



# BioLaw Journal

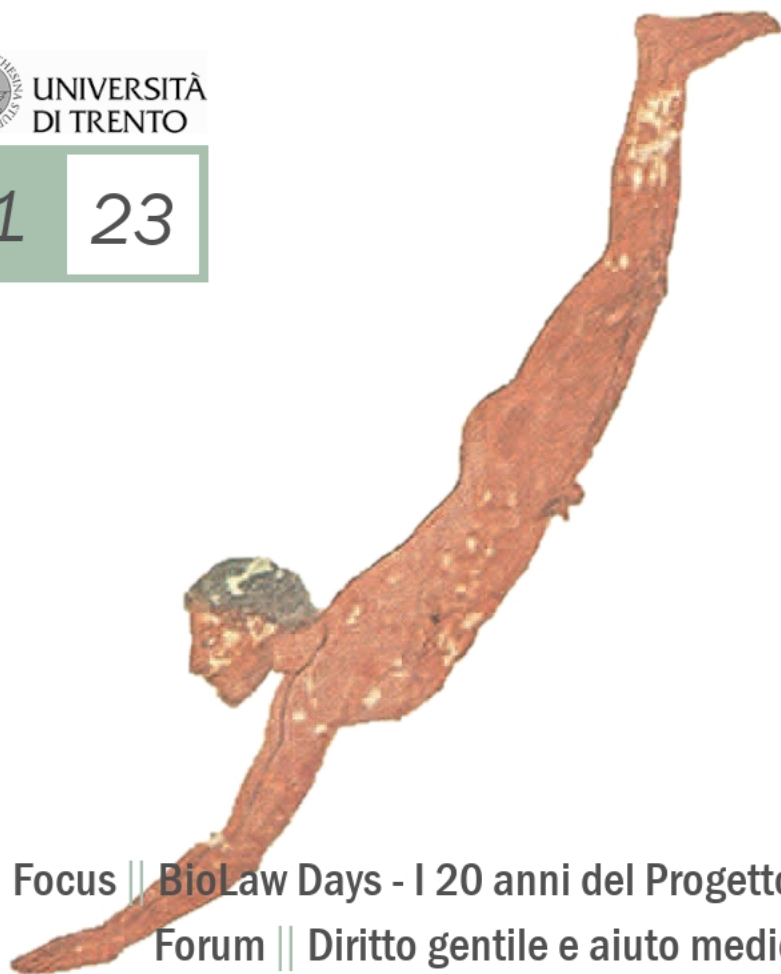
## Rivista di BioDiritto



UNIVERSITÀ  
DI TRENTO

1

23



**Focus || BioLaw Days - I 20 anni del Progetto BioDiritto**

**Forum || Diritto gentile e aiuto medico a morire**

**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, Giulia Formici, Valentina Gastaldo, Valeria Marzocco, Erika Ivalù Pampalone, Giovanna Razzano, Lucia Scaffardi, 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](mailto:biodiritto@gmail.org)

Website: <https://teseo.unitn.it/biolaw>

**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.

April 2023

ISSN 2284-4503

© Copyright 2023



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

**Cover design:** Marta Tomasi

# BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto n. 1/2023

## Table of contents

<b>Diritto e persona</b> .....	1
<i>Carlo Casonato</i>	
 <b>FOCUS ON – BIOLAW DAYS – I 20 ANNI DEL PROGETTO BIODIRITTO</b>	
<b>Alcune considerazioni sulle specificità della materia e sulla originalità del “metodo trentino” come creazione di luoghi per il “biodiritto”. In occa- sione del Ventennale di <i>Biolaw</i></b> .....	5
<i>Lorenza Violini</i>	
<b>Il potere della scienza e (quello del)l’opinione pubblica. Spunti di rifles- sione</b> .....	9
<i>Giacomo D’Amico</i>	
<b>Sul rapporto tra individuo e Stato e società</b> .....	17
<i>Vladimiro Zagrebelsky</i>	
<b>Intervento Biodiritto – Trento, 30 settembre 2022</b> .....	19
<i>Daria de Pretis</i>	
<b>Keynote Speech</b> .....	25
<i>Maria Chiara Carrozza</i>	
<b>Venti anni di biodiritto. Appunti di viaggio</b> .....	31
<i>Antonio D’Aloia</i>	
<b>Storie di vita e di tecnica viste da un... cyborg!</b> .....	37
<i>Amedeo Santosuosso</i>	
<b>Biodiritto e innovazioni tecnico scientifiche. Una riflessione nella pro- spettiva di genere</b> .....	43
<i>Elettra Stradella</i>	
<b>Brevi note su Europa e il Biodiritto</b> .....	49
<i>Lorenzo Chieffi</i>	
<b>L’evoluzione del rapporto tra cittadinanza e Medicina</b> .....	55
<i>Luciano Orsi</i>	
<b>Il binarismo di genere come problema di bio-diritto</b> .....	59
<i>Barbara Pezzini</i>	

<b>Pluralismo di valori, democrazia e bilanciamento: riflessioni a margine della sentenza Dobbs</b> .....	67
<i>Ludovica Poli</i>	
<b>Salute, diritto, futuro. I 20 anni del Progetto BioDiritto</b> .....	71
<i>Francesca Giardina</i>	
<b>Salute, diritto, futuro, Tradotto nel mandato: discutere del futuro del diritto alla salute</b> .....	75
<i>Loreta Rocchetti</i>	
<b>Rilanciamo il nostro Sistema Sanitario Nazionale!</b> .....	79
<i>Andrea Ziglio</i>	
 <b>CALL FOR PAPERS – BIOLAW DAYS – I 20 ANNI DEL PROGETTO BIODIRITTO</b>	
<b>Ritorno al passato. La Corte Suprema e la sentenza Dobbs</b> .....	83
<i>Maria Chiara Errigo</i>	
<b>PNRR e Salute nella dinamica della forma di Stato</b> .....	99
<i>Beatrice Perego</i>	
<b>Data donation and data altruism to face algorithmic bias for an inclusive digital healthcare</b> .....	115
<i>Giulia Re Ferrè</i>	
<b>Lo <i>status</i> giuridico del minore: la necessità di una ricostruzione unitaria all'interno dell'Unione</b> .....	131
<i>Matteo Caldironi</i>	
<b>I nuovi orizzonti delle decisioni di fine vita e della donazione di organi in Italia</b> .....	143
<i>Elena Scalcon</i>	
 <b>FORUM – PROPOSTA DEL DIRITTO GENTILE IN MATERIA DI AIUTO MEDICO A MORIRE</b>	
<b>Prova di testo normativo in materia di aiuto medico a morire</b> .....	163
<b>Una legge “gentile” sull’aiuto medico a morire?</b> .....	167
<i>Mariassunta Piccinni</i>	
<b>Aiuto medico a morire e diritto: come intervenire? Spunti da un esperimento giuridico</b> .....	177
<i>Lucia Busatta</i>	
<b>Aiuto medico a morire: “obiezione di coscienza” o “scelte in coscienza”? ..</b>	183
<i>Paolo Benciolini</i>	



<b>Oltre la Corte Costituzionale: per una proposta di legge che prenda in carico le vulnerabilità</b> .....	187
<i>Ludovica De Panfilis</i>	
<b>Le necessarie tutele (e i relativi controlli) in ordine al processo di formazione della volontà di morte</b> .....	191
<i>Giuseppe Giaimo</i>	
<b>Il perché della non punibilità dell'aiuto medico a morire</b> .....	195
<i>Elisabetta Palermo, Debara Provolo, Elena Cadamuro</i>	
<b>Considerazioni sul documento "Disposizioni in materia di aiuto medico a morire"</b> .....	199
<i>Sergio Seminara</i>	
<b>L'ineluttabilità della morte è condizione necessaria per considerare costituzionalmente legittimo l'aiuto medico a morire? Spunti di riflessione a margine della proposta di legge di <i>Undirittogentile</i></b> .....	203
<i>Davide Servetti</i>	
<b>La fragilità biologica può essere un requisito per l'accesso ad una procedura di aiuto medico a morire?</b> .....	211
<i>Nereo Zamperetti</i>	
 <b>ESSAYS – SAGGI</b>	
<b>Lo status di figlio nato da maternità surrogata oltre la dicotomia fra dignità della donna e identità del bambino</b> .....	217
<i>Federico Pistelli</i>	
<b>Diritto e pregiudizio: il legislatore, i giudici e la Corte alla prova della PMA</b> .....	245
<i>Giuseppina Barcellona</i>	
<b>Sugli embrioni "sospesi"</b> .....	279
<i>Franca Meola</i>	
<b>Il Servizio sanitario nazionale, tra storia e attualità: riflessioni intorno alla gestazione e alle prospettive di attuazione della riforma della sanità territoriale</b> .....	335
<i>Teresa Andreani</i>	
<b>Infermità mentale sopravvenuta e disagio psichico. L'inadeguatezza del paradigma penale e il dovere di fare qualcosa</b> .....	361
<i>Stefano Fiore</i>	
<b>The Courts and effective judicial protection during the Covid-19 pandemic. A comparative analysis</b> .....	377
<i>Paola Iamiceli, Fabrizio Cafaggi</i>	

**COMMENTARIES – NOTE A SENTENZA**

**La tutela dei legami di parentela nell'adozione in casi particolari: Note a margine della sentenza della Corte Costituzionale n. 79/2022 .....** 417  
*Chiara Ingenito*

**Una rinnovata attenzione per il sistema delle REMS: dall'ordinanza istruttoria n. 131 del 2021 alla sentenza n. 22 del 2022 della Corte costituzionale .....** 437  
*Valentina Piscopo*

**PERSPECTIVES – PROSPETTIVE**

**Compulsive medical acts and duty to inform: the Portuguese perspective..** 457  
*Man Teng long*

**A reality outside the law: an ethical-legal analysis of the 30 years of deontological regulation of assisted reproduction technologies in Brazil .....** 467  
*Manuel Camelo Ferreira da Silva Netto, Carlos Henrique Félix Dantas*

**ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND LAW**

**AI Systems Involved in Harmful Events: Liable Persons or Mere Instruments? An Interdisciplinary and Comparative Analysis .....** 485  
*Federico Carmelo La Vattiata*



## Diritto e persona

Carlo Casonato

**È** un piacere e un privilegio introdurre questo numero di BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto. È un piacere perché, come accaduto per i numeri precedenti, i contributi qui pubblicati coprono un ampio e stimolante ventaglio di tematiche. Anzitutto, si raccolgono gli scritti riferiti alle diverse sessioni che hanno scandito i BioLaw Days di Trento (la “festa scientifica” che, dal 29 settembre al primo ottobre scorsi, ha ricordato i primi vent’anni del Progetto BioDiritto) e che hanno affrontato il dibattito sulla disciplina del fine vita, il ruolo del biodiritto fra poteri pubblici e privati, la sua funzione rispetto alle innovazioni scientifico-tecnologiche e al mutamento delle istanze sociali oltre che le sue prospettive future. A tale elenco di scritti già molto ricco, si aggiungono articoli sulla giustizia comparata in tema di contrasto alla pandemia, sul tema (attualissimo) del riconoscimento dello status di figlio nato da maternità surrogata e sulle adozioni in casi particolari, sulle REMS e sulle misure a tutela della salute mentale delle persone detenute, sulla disciplina europea dei diritti del minore, sull’evoluzione della sanità territoriale, sui limiti del consenso informato in Portogallo, sulla disciplina della PMA in Italia e in Brasile, per terminare con i contributi raccolti nella sezione dedicata alla disciplina comparata dell’intelligenza artificiale. Ma scrivere l’editoriale di questo numero è anche un privilegio – dicevo – perché un privilegio è stato trovarsi nella condizione di seguire e di dare un qualche impulso alle attività diffuse di un gruppo di ricercatrici e ricercatori che si è formato attorno all’idea, non sempre consapevole ma ben radicata, di un diritto che non fosse solo rivolto allo studio della vita nelle sue diver-

se fasi e manifestazioni, ma che di quelle diverse fasi e manifestazioni dovesse prendersi cura; verso le quali dovesse, in qualche modo, porsi a servizio. Così, la ricostruzione di Francesca Giardina ricorda come nel «fondere i due termini che si fronteggiano in un inestinguibile confronto (bio/diritto), la nascita e il percorso del biodiritto hanno creato un nuovo mondo. Volendo semplificare al massimo una storia difficilmente semplificabile: non è la vita umana che deve servire il diritto, è il diritto che deve porsi al servizio della vita umana». Gli ambiti e le occasioni per verificare, nel mutare di variabili sociali, tecnologiche, economiche e giuridiche, l’emergere e il permanere di tale capacità si ritrovano in moltissimi dei contributi qui raccolti; come in moltissimi contributi si affronta il delicato compito di dare prevalenza ai contenuti e alle formule con cui si tende a riempire il concetto di vita umana. Vladimiro Zagrebelsky, trattando dell’aiuto al suicidio, conclude per una decisa ma attentamente ponderata precedenza dell’autodeterminazione individuale, la quale, per essere tale, deve liberarsi nella misura del possibile dei condizionamenti legati alla vulnerabilità. «Dolore fisico, dolore psichico, crisi familiari, emergenze economiche, fatica di vivere ecc., ne sono esempi, non esaustivi. A tutela della libertà, tanto più in casi drammatici come è la decisione di porre fine alla propria vita (ma non solo), proprio la protezione della libertà individuale dovrebbe portare lo Stato e la società a fare tutto il possibile per rimuovere i condizionamenti che il soggetto patisce». Sullo stesso tema, Luciano Orsi registra un affievolimento dei principi paternalista e familista accompagnato da un rinnovato protagonismo della persona, raccomandando però una buona dose di realismo: «la Medicina ha bisogno di ali per staccarsi dall’ancoraggio terrestre alla pura patologia organicista, e queste ali sono proprio



diritto. Però le ali devono rimanere saldamente attaccate al corpo della Medicina per trovare un corretto equilibrio tra l'elevazione del pensiero teoretico e un'adeguata considerazione delle conseguenze pratiche degli assunti teorici, altrimenti quelle preziose ali corrono il rischio di bruciarsi nei cieli delle alte teorizzazioni». Barbara Pezzini, su altro fronte, tratta del binarismo di genere e dell'intersezionalità, confermando la funzione "servente" del diritto. Si tratta di «condizioni personali che, proprio perché statisticamente minoritarie, interpellano con particolare forza il diritto costituzionale, nella sua capacità di dare riconoscimento e garanzia ai diritti inviolabili della persona umana». Con approccio trasversale, Lorenzo Chieffi riflette sul crescente grado di intensità con cui alcuni ordinamenti europei, il Consiglio d'Europa e la stessa Unione hanno preso in considerazione il protagonismo della persona nel condurre le proprie scelte esistenziali concludendo per la convergenza verso un unico obiettivo garantistico che «all'esito dell'adozione di diverse Carte dei diritti e della spinta esegetica offerta dal diritto giurisprudenziale, ha contribuito, proprio grazie all'impegno dedicato alla tutela dei valori personalistici, ad una progressiva costituzionalizzazione dei diritti a livello europeo».

Oltre ai contenuti con cui dare corpo ai concetti di vita e di persona, i contributi qui pubblicati (non avrebbero potuto non farlo) parlano di metodo. L'approccio tipico del biodiritto, proprio a motivo della delicatezza dell'oggetto di studio, è stato fin da principio improntato all'apertura verso la pluralità delle posizioni in campo e al rispettivo confronto. Inoltre, la considerazione per il discorso filosofico e precipuamente bioetico e per i risultati condivisi delle cd. scienze dure ha sempre costituito la base per quello che, pur evitando improprie sovrapposizioni, è stato qualificato un evidence-based

law. Daria de Pretis, così, propone quattro punti che, nella prospettiva della giustizia costituzionale, ricostruiscono il rapporto fra scienza e diritto, raccomandando ragionevolezza, considerazione degli inevitabili margini di incertezza, equilibrato rispetto per la discrezionalità politica del legislatore, adeguamento degli strumenti per far acquisire ai giudici costituzionali adeguate conoscenze scientifiche. E Lorenza Violini parla complessivamente di un biodiritto caratterizzato da un «approccio olistico, puntuale e duale», ricordando come «la contiguità tra "bio" e "diritto" debba rimanere tale e [come] i rapporti tra queste due componenti debbano essere ispirati ad una logica di alleanza: «scientific methods and [legal] principles can and should be integrated into the making and enforcement of laws [...] without compromising the integrity of science, the democratic legitimacy of government, or both».

Seguendo una parabola naturale, il cammino del biodiritto degli ultimi anni si è rivolto verso lo studio dell'intelligenza artificiale (AI). Tale ambito ci ha subito interessati non solo per le sue particolari, quanto complesse, caratteristiche scientifiche e tecnologiche, ma perché nel proporre un'idea alternativa di intelligenza, ha introdotto anche possibili idee alternative di umano. Affrontare la AI, così, significa anzitutto affrontare le qualità della persona, verificando quali siano le proprietà ad essa intrinseche e irrinunciabili e quali invece siano quelle accessorie e delegabili. L'individuazione dei principi etici per la AI come il riconoscimento della sua disciplina giuridica, così, hanno portato con loro l'esigenza primaria (in termini sia temporali che di rilevanza) tesa a chiarire e possibilmente condividere l'idea di persona e di società che caratterizza l'oggi e che caratterizzerà il domani. Nel riconoscere il ruolo da attribuire e lo spazio da riservare alla AI, infatti, è prima di tutto ne-

cessario verificare la funzione e gli ambiti di azione dell'umano. Allo stesso modo, non si può decidere se sia preferibile un funzionario-robot, un medico-robot, un insegnante-robot, un giudice-robot, se prima non ci si sia chiariti su quale ruolo e quali obiettivi abbiano quelle professioni e quali caratteristiche debba avere chi le esercita. La AI rappresenta una sfida decisiva, una delle più cruciali di questa epoca, consistente nell'indagare l'essenza di ciò che artificiale non è. In questa prospettiva, Luciano Violante (cui si rinvia al numero 1 del 2022 di questa Rivista) propone una stimolante serie di tesi sulle caratteristiche e i principali attori della cybersociety, del cyberspace e del cyberstate, oltre che, appunto, sulle sfide che saremo chiamati ad affrontare per rimanere pienamente umani. Trattando di medicina, Loreta Rocchetti si chiede se non si stia procedendo «verso lo smart working anche per i curanti? E con quali risultati in questo mondo sempre più virtuale su persone malate, corpi sofferenti, difficili da convincere di essere "virtuali"?». In termini più generali, pensando all'impossibilità umana di gestire la quantità di informazioni che la AI può gestire, Amedeo Santosuosso giunge alla conclusione secondo cui «mettere un umano nel loop è impossibile o inutile, perché quell'umano non ha materialmente la capacità di processare tutte quelle informazioni in tempo reale. E allora, cosa signifierà la centratura sull'umano o che l'umano sia in the loop?».

Seguendo queste traiettorie, ma altre se ne potrebbero citare, quello che oggi chiamiamo biodiritto si è caratterizzato per essere un ambito di studio che, forse prima e con maggior chiarezza di altri, permette di rilevare, in termini comprensivi, i punti di tensione fra diritto, persona e società. In questa prospettiva, Lorenza Violini ricorda come il biodiritto «connette in modo immediato i processi vitali con

l'ordinamento giuridico, riflettendo in esso i drammi esistenziali dell'uomo d'oggi; detto altrimenti, avendo come oggetto di regolazione il *bios*, il biodiritto tocca immediatamente la concezione che una società esprime rispetto a tale oggetto, cioè la vita e la natura umana. Il biodiritto, pertanto, come campo speciale rispetto al diritto nel suo insieme». Su queste basi, e allargando lo sguardo e la prospettiva di analisi, Maria Chiara Carrozza espone i suoi pensieri sul biodiritto, citando, fra gli altri, la velocità di cambiamento, la caratteristica natura innovativa e la ricerca di equilibrio e sostenibilità fra esigenze di sviluppo e principi etici e giuridici che non possono più concepirsi come contrapposti; il tutto orientato al bene e alla dignità delle persone.

In conclusione di questo breve editoriale, si può confermare come la ricerca in tema di biodiritto si sia accresciuta molto in questa ventina d'anni e abbia ricevuto un riconoscimento diffuso (è ora inserita anche all'interno di qualche declaratoria di settore). In questo modo, è venuta a far parte di un orizzonte ampio coltivato da una crescente comunità scientifica, arricchendosi di temi, di prospettive di indagine, di posizioni ideali e concrete. Espandendosi i confini, i contatti con altre materie, con altre discipline e metodologie non hanno potuto che crescere, conducendo a indagini spesso caratterizzate da principi, categorie e istituti in continua ridefinizione. Del resto, ricorda Antonio D'Aloia, nel momento in cui si intravede un nuovo orizzonte «ci viene voglia di andare a raggiungere quell'orizzonte, ponendoci altre domande, altre interrogativi, in una sorta di inesauribile ricerca di ciò che può dare forma a quell'idea costituzionale del pieno sviluppo della persona umana». E se un limite del biodiritto esiste, conferma Amedeo Santosuosso, si tratta di «un limite mobile, legato alle circostanze storiche, all'evo-

*Editorial*

luzione sociale e al modo in cui gli umani sviluppano una sensibilità su alcuni argomenti». Il ricercatore che si occupa di biodiritto, così, trova nell'incertezza e nella curiosità che da essa origina sia le ragioni che lo spingono a dare inizio a un percorso di studio, sia esigenti ma indispensabili compagne di viaggio; un viaggio che, con l'aiuto delle altre forme di sapere e del confronto sincero con diverse esperienze e sensibilità, insiste nel puntare a riconoscere nella persona e nella promozione del suo autentico benessere la propria ultima destinazione.



## Alcune considerazioni sulle specificità della materia e sulla originalità del "metodo trentino" come creazione di luoghi per il "biodiritto". In occasione del Ventennale di *Biolaw*

**Lorenza Violini**

Professoressa ordinaria di diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano. Mail: [lorenza.violini@unimi.it](mailto:lorenza.violini@unimi.it).

### 1. Introduzione

È da svariati decenni che l'espressione linguistica "biodiritto" si è imposta come parte integrante del linguaggio dei giuristi. Innestato sulla più ampia espressione "bioetica", entrata a far parte del nostro patrimonio culturale negli anni Venti del secolo scorso come disciplina che si occupa delle questioni morali legate al *bios*, alla vita nel suo aspetto dinamico di ricerca medica, il biodiritto ha ben presto acquisito una sua autonomia (pur nel panorama interdisciplinare che fa parte della bioetica) in quanto studio delle regole che presiedono, *de iure condito* e *de iure condendo*, allo sviluppo dell'esistenza umana e animale, per poi accedere, più di recente, sulla scorta della espansione del tema verso i confini dello *One Health*, a tutti gli aspetti della vita in generale, comprese le condizioni ambientali che la rendono possibile. È infatti evidenza ormai consolidata che la tutela della vita umana non possa perseguirsi in maniera sconnessa dalla salvaguardia dell'ambiente e dalla salute animale e che il raggiungimento dei massimi standard possibili di salute pubblica sia possibile solo attraverso l'applicazione del concetto della "Salute Unica": «un approccio integrato e unificante che mira a bilanciare e ottimizzare in modo sostenibile la salute di persone,

animali ed ecosistemi» (come recita la definizione di *One Health* offerta nel 2021 dall'Alleanza tripartita OMS, FAO e OIE).

Siamo dunque in presenza di una continua espansione della materia, espansione che segue la logica della globalizzazione, la quale ci ha mostrato tutti i possibili nessi geografici, ambientali, economici, culturali, sociali e giuridici (e molto altro ancora) che caratterizzano i fenomeni indagati dal sapere umano.

L'ampiezza di sguardo che impone lo studio del biodiritto – e che ha caratterizzato il progetto trentino sin dalle sue origini – può, forse, considerarsi una moderna reinterpretazione del concetto di *enciclopedia*: non più solo elenco di oggetti, questioni e fenomeni ma ricerca di nessi, di connessioni, di reciproche influenze ed interazioni che esprimono, ultimamente, la incommensurabilità del sapere e della ricerca che ne è primo e insostituibile strumento.

### 2. Le specificità del biodiritto: il metodo

A fronte della vastità di orizzonti che incombono sul tema del *bios* – e del termine bioetica che si propone come materia di sintesi – si può forse azzardare l'ipotesi che il biodiritto abbia mantenuto una sua specificità, quantomeno sul piano del metodo. E, infatti, benché generato da e innervato in questo amplissimo mondo, comprendente scienze di diversa natura e di approcci metodologici differenziati, che spaziano dalla filosofia al mondo delle scienze dure, soprattutto quelle mediche e farmacologiche, il biodiritto ha fin qui mantenuto una solida coerenza sul piano del metodo e dei contenuti, restando rigorosamente ancorato alla tradizione giuridica in tutte le sue dimensioni, da quella privatistica e quella pubblicistica a quella comparatistica, senza sottrarsi altresì dal confronto con il diritto internazionale e sovranazionale. È prevalentemente per



questo che non si riscontra in esso quella molteplicità di approcci che, forse in modo non interamente giustificabile, è proprio della bioetica, con le sue svariate accezioni culturalmente e ideologicamente connotate, dalla bioetica cd “laica” a quella cd. “cattolica” a quella che si rifà al pensiero di Kant, basato sul rispetto di tutti gli esseri “viventi” e, nel caso del soggetto umano, sulla necessità che egli sia trattato come mezzo e non come fine. Analoghe distinzioni non si riscontrano nel settore del biodiritto, in cui il metodo giuridico e i valori che si propugnano, fortemente coincidenti con i valori costituzionali, danno sì luogo a diversità di opinioni ma non a “correnti” di pensiero specifiche e qualificate.

### 3. Le specificità del biodiritto: i contenuti. La contiguità con il progresso scientifico

Uniti dal metodo, non si può tuttavia negare come i contenuti delle ricerche in materia di biodiritto nel loro insieme abbiano delle caratteristiche che potremmo definire come “organolettiche” che ne segnano gli studi e ne identificano gli sviluppi. Una prima caratteristica che può essere identificata riguarda la stretta contiguità che il diritto del *bios* impone di intrattenere con le scienze dure e con i suoi progressi.

La contiguità dovrebbe essere considerata un elemento di estremo interesse ma senza che essa ridondi nella confusione tra i due livelli; come è noto, i tentativi di “non distinguere” sono presenti in dottrina fino al punto che in alcuni casi si ritiene di poter “stemperare” il sistema giuridico nell’ambito del *bios* in un sistema scientifico, tra l’altro in continua evoluzione. Ma come Hume ci ricorda, essere e dover esser sono due piani non confondibili ed occorre guardare con

criticità alla possibilità che giuristi e decisori politici assumano, un atteggiamento di c.d. *maximal deference* nei confronti della scienza e delle micro-verità che essa è in grado di fornire o al tentativo di stemperare il diritto costituzionale in un presunto “diritto scientifico” che acquisisce forza “costituzionale” proprio per l’incidenza che le scienze dure stanno sempre più esercitando nei confronti dell’uomo e del suo rapporto con la natura, con il creato e con la dimensione globale sempre più articolata. Chi scrive è del parere che la contiguità tra “bio” e “diritto” debba rimanere tale e che i rapporti tra queste due componenti debbano essere ispirati ad una logica di alleanza: «scientific methods and [legal] principles can and should be integrated into the making and enforcement of laws [...] without compromising the integrity of science, the democratic legitimacy of government, or both»<sup>1</sup>.

Perché ciò si realizzi è necessario affinare sempre più strumenti e procedure di dialogo tra i due mondi, che siano in grado di rispettarne le rispettive peculiarità. E così, ad esempio, quando i decisori politici necessitano di ricorrere a valutazioni tecnico-scientifiche per adottare le proprie decisioni devono essere messi nella condizione di conoscere i margini d’incertezza e di affidabilità delle teorie, previsioni e conoscenze messe a loro disposizione. Del resto, come osserva chiaramente Mariachiara Tallacchini, «l’incertezza intrinseca del sapere scientifico contemporaneo non dipende unicamente dall’aumento delle situazioni di rischio o di imprevedibilità connesse al procedere della conoscenza, ma dall’intrinseca incompiutezza e indeterminazione della scienza rispetto alla necessità di definizione delle scelte sociali, delle politiche pubbliche, delle decisioni giuridiche»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> O.C. SNEAD, *Science, Public Bioethics, and the Problem of Integration*, in *UC Davis Law Review*, 5, 2010, 1529-1530.

<sup>2</sup> M. TALLACCHINI, *Sicurezza e responsabilità in tempi di crisi*, in *Rivista di diritto alimentare*, 1, 2012, 4-5.



#### 4. Le specificità del biodiritto: i contenuti. La dimensione antropologica

La seconda caratteristica "organolettica" del biodiritto attiene ai suoi risvolti antropologici; esso non solo appare in stretta contiguità con il mondo delle scienze, ma lo è anche con le domande fondamentali dell'esistenza: cos'è la vita? Cos'è la dignità? E cosa un'esistenza degna d'esser vissuta?

È sullo sfondo di questi interrogativi che nel vasto mondo del biodiritto si affermano soluzioni giuridiche ispirate a concezioni improntate al principio dell'autodeterminazione, ovvero a visioni relazionali dell'esistenza del singolo o ancora a impostazioni solidaristiche della società. Come ho avuto già modo di osservare in alcuni scritti destinati proprio alla rivista *Biolaw Journal*, l'uomo del XXI secolo ha dato ormai per acquisito un nuovo modo di considerare la propria esistenza, non più determinata per la gran parte dalla natura e della casualità che ne deriva ma fattore su cui esercitare la propria libertà e la propria capacità di dominio, anche grazie all'incessante progredire delle conoscenze e delle tecnologie medico-scientifiche. Questi cambiamenti hanno determinato, agli occhi dei più, una vera e propria crisi dell'umano, che invade i campi propri della nuova disciplina del biodiritto. Essa risulta particolarmente sensibile alla crisi medesima perché il biodiritto connette in modo immediato i processi vitali con l'ordinamento giuridico, riflettendo in esso i drammi esistenziali dell'uomo d'oggi; detto altrimenti, avendo come oggetto di regolazione il *bios*, il biodiritto tocca immediatamente la concezione che una società esprime rispetto a tale oggetto, cioè la vita e la natura umana. Il biodiritto, pertanto, come

campo speciale rispetto al diritto nel suo insieme, viene anch'esso coinvolto in questa crisi generale della capacità regolatoria dell'ordinamento e deve lottare per far fronte all'arduo compito di cercare risposte a questioni che coinvolgono processi vitali, questioni che un tempo non si ponevano, o si ponevano in misura minore, visto che si trattava per lo più di processi determinati dalla natura.

Tale compito, che consegue alla fine del cd. paradigma naturalistico sopra individuato, carica questo settore dell'ordinamento di un duplice peso, quello di regolamentare situazioni prima sconosciute ma anche – implicitamente o esplicitamente – quello di proporre o presupporre una valutazione etica, consentendo o vietando i relativi comportamenti. In questo senso la pur comprensibile tensione a creare regole eticamente neutre si scontra inevitabilmente con l'influsso che la legge esercita sul comportamento e lo orienta verso questa o quella scelta che, di viene inevitabilmente, *scelta di vita*.

#### 5. Un progetto riuscito

Della complessità e dell'ampiezza proprie del biodiritto che si è cercato di illustrare – seppur per brevi cenni – in queste pagine è sempre stato conscio il gruppo di ricerca trentino che ha dato avvio al "progetto biodiritto". Lo sviluppo di tale intuizione ha consentito di creare un luogo PER il biodiritto che da 20 anni ospita la discussione su tale disciplina e sui suoi contenuti con un approccio olistico, puntuale e duale che lo rendono ormai riferimento irrinunciabile per il dibattito presente e futuro.



## Il potere della scienza e (quello del)l'opinione pubblica. Spunti di riflessione

**Giacomo D'Amico**

*Professore ordinario di diritto costituzionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Messina e assistente di studio alla Corte costituzionale. Mail: [giacomo.damico@unime.it](mailto:giacomo.damico@unime.it).*

### 1. Potere e opinione pubblica: questioni definitorie

Nell'ambito della riflessione sui rapporti tra il c.d. biodiritto e i poteri pubblici e privati uno spazio autonomo di riflessione deve essere riservato al ruolo svolto dall'opinione pubblica. Concetto, questo, tra i più sfuggenti e di dubbia definizione con i quali ci si possa confrontare, e il cui uso è tanto diffuso quanto indefinito ne sono la portata e l'ambito di riferimento. Eppure, nello Stato costituzionale contemporaneo, vale a dire in quell'ordinamento statale affermatosi nelle democrazie liberali del secondo dopoguerra, non si dubita che alla base del sistema democratico pluralista vi debba essere un'opinione pubblica adeguatamente informata.

Quest'ultima appare quindi, per un verso, consustanziale all'instaurazione e al mantenimento in vita di un ordinamento liberal-democratico ma, per altro verso, sfuggente rispetto ai tradizionali canoni di interpretazione del giurista. Infatti, oltre a chiedersi cos'è l'opinione pubblica e su quali basi cognitive si sia formata, occorre interrogarsi su come essa possa essere interpretata e "misurata".

Se poi questa nozione viene posta in relazione al concetto di potere diventa assai difficile definirne i rapporti. Basti solo considerare che non

può financo escludersi che nel concetto di potere, inteso in senso particolarmente ampio, rientri la stessa opinione pubblica o, per meglio dire, che possa discutersi di un potere dell'opinione pubblica. Eppure, se ci si confronta con le più autorevoli ricostruzioni teoriche quest'ultima possibilità sembrerebbe essere esclusa. Nicola Matteucci<sup>1</sup> ritiene infatti che l'opinione pubblica «serve al controllo del potere, perché sia legittimo e non semplice dominio, ad opporre la ragione alla ragion di Stato». Pertanto, l'opinione pubblica «non coincide mai con il potere o, meglio, non è la volontà generale del popolo, la volontà della nazione, della classe, delle masse, quale viene interpretata ed espressa dalla classe politica: essa è l'espressione del potere culturale».

Se si accetta questa impostazione, sembra doversi dedurre che è possibile discutere "di un" o "del" potere dell'opinione pubblica solo in un senso a-tecnico e al mero fine di alludere al "peso" e alla forza di condizionamento esercitati dall'opinione pubblica.

Da quanto detto derivano anche altri interrogativi: in particolare, in un ordinamento democratico e pluralista esiste un'unica opinione pubblica? O ciò cade in irrimediabile contraddizione con la premessa fondata sulla garanzia del pluralismo? Da questo punto di vista è proprio il rapporto dialettico con il potere, anch'esso ormai indubbiamente diffuso e parcellizzato, a rendere inevitabile discutere di plurime *opiniones*. Un'opinione pubblica quindi che, come in un gioco di specchi riflessi, sembra adeguarsi alla conformazione del potere, frammentandosi, nelle democrazie liberali e pluraliste, nei mille rivoli di quest'ultimo.

Non meno problematica è poi la definizione di "potere". Senza voler affrontare uno degli snodi

<sup>1</sup> N. MATTEUCCI, *Opinione pubblica*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 430.

teorici più rilevanti della filosofia politica (e non solo), in questa sede ci si può limitare a riprendere la definizione data da Romano Guardini<sup>2</sup>, secondo cui «[i]n senso proprio possiamo [...] parlare di potere solo quando siano dati due elementi: da un lato una vera energia, capace di modificare la realtà delle cose, e di determinare le loro condizioni e le loro reciproche relazioni; dall'altro una coscienza che ne sia consapevole; una volontà che stabilisca delle mète, una capacità che disponga della forza per raggiungere quelle mète. Tutto ciò presuppone lo spirito, quella realtà che è nell'uomo ed è capace di sottrarsi alla immediata complessità della natura e di disporre liberamente di essa». Da questa definizione, sia pure nella sua evidente ampiezza e genericità, si coglie l'elemento decisivo per trasformare l'energia e/o la forza in potere; Guardini declina questo elemento in una triade: la coscienza o consapevolezza di chi detiene il potere, la volontà di orientare quest'ultimo verso delle mete e la capacità di avvalersi della forza per raggiungere gli obiettivi.

Potere e opinione pubblica hanno quindi una natura relazionale<sup>3</sup>: essi esistono in tanto in quanto sia possibile configurare un altro termine (soggetto od oggetto) rispetto al quale potere o opinione pubblica entrano in relazione. La capacità di creare, di modificare o di distruggere, nella quale si esprime l'uno, e la capacità di controllare e di condizionare, nella quale si realizza l'altra, hanno senso solo se riferite a un'entità oggetto dell'attività di creazione, modificazione, distruzione, controllo e condizionamento. Discutere del potere o dell'opinione pubblica senza

individuare, rispettivamente, il contenuto del primo e l'oggetto della seconda è dunque operazione impossibile, prima ancora che inutile.

In altre parole, l'«esistenza materiale» del potere (ma ciò vale anche per l'opinione pubblica) «*dipende* dalla relazione con coloro che ne sono i destinatari»; dipende, quindi, «dalla relazione con l'*alterità*». A sua volta, dall'«*immanenza dell'alterità*» deriva una «*intrinseca fragilità*» del potere<sup>4</sup>, che proprio per la necessità dell'«altro» contraddice le sue pretese di assolutezza.

## 2. Dal «problema del potere» al «problema dell'opinione pubblica»

Nello Stato costituzionale il potere è solitamente considerato come oggetto di legittimazione e, al tempo stesso, di limitazione da parte delle Costituzioni liberal-democratiche. Ciò perché – com'è stato rilevato – «la supremazia della Costituzione toglie poteri, riduce arbitrii, impone obblighi, e soprattutto [...] tende ad imporsi a tutti i poteri, pubblici e privati»<sup>5</sup>. In altre parole, il potere nelle sue varie declinazioni (politico, economico-finanziario, militare, culturale, scientifico ecc.) trova il fondamento legittimante nella Costituzione, che però lo limita, evitando che possa debordare e rivolgersi al perseguimento di «mète» (secondo la terminologia di Guardini) in antitesi con le indicazioni desumibili dalle disposizioni costituzionali.

Strettamente legato al concetto di potere è poi quello di obbedienza, trattandosi della posizione speculare a quella di chi detiene il primo. Al riguardo, si rivela illuminante la riflessione di Carl

<sup>2</sup> R. GUARDINI, *Il potere* (1951), in ID., *La fine dell'epoca moderna. Il potere* (1950-1951), XIII ed., Brescia, 2022, 118 s.

<sup>3</sup> Sulla natura relazionale del potere si rinvia, da ultimo, a D. DE PRETIS, *Potere*, in M. RUOTOLO, M. CAREDDA *La Costituzione ... aperta a tutti*<sup>4</sup>, Roma, Roma TrE-Press, 2022, 155 ss.

<sup>4</sup> B. MONTANARI, *La fragilità del potere. L'uomo, la vita, la morte*, Milano-Udine, 2013, spec. 89 ma *passim*.

<sup>5</sup> M. FIORAVANTI, *Lezioni di storia costituzionale. Le libertà fondamentali. Le forme di governo. Le Costituzioni del Novecento*, Torino, 2021, 403.

Schmitt<sup>6</sup>, secondo cui «chi ha il potere e chi gli è soggetto concorrono a formare una unità politica», nel senso che chi detiene il potere «può creare continuamente efficaci – e non sempre immorali – motivi di obbedienza». Schmitt sintetizza questo concetto con un'espressione lapidaria: «è vero che il consenso produce il potere, ma è anche vero che il potere produce il consenso, e certo non è sempre e comunque un consenso irrazionale o immorale». A questa conclusione Egli giunge ritenendo che «[i]l potere è qualcosa in più sia della somma di tutti i singoli consensi che ottiene sia del loro prodotto», realizzando, per questo verso, un «plusvalore». Questo *quid pluris* deriva, secondo Schmitt, dal fatto che «l'uomo [...] è prigioniero del contesto sociale» e che «i limiti sociali lo incalzano in modo tanto più forte e pressante»<sup>7</sup> rispetto a quanto avveniva in epoche passate. Pertanto, oggi «un moderno potente ha mezzi infinitamente più numerosi di quelli posseduti da Carlo Magno o Barbarossa», «per produrre il consenso al proprio potere»<sup>8</sup>. Schmitt non si arresta quindi al dato “formale” della somma dei consensi ma getta lo sguardo verso la realtà sociale nella quale – pur scrivendo a metà degli anni Cinquanta del secolo scorso – rinviene i segnali di un potere che si alimenta del consenso sociale in modo più che proporzionale. In questo contesto deve essere inquadrato il concetto di opinione pubblica, rispetto al quale resta il nodo centrale della sua definizione. In particolare, pare essenziale sottolineare l'importanza dell'aggettivo «pubblica» che la

caratterizza e che la differenzia dalle altre opinioni. Questo aggettivo – com'è stato rilevato – «va assunto in un duplice significato: è pubblica nel suo formarsi, nel senso che è un'opinione non individuale, ma che nasce attraverso un processo di comunicazione intersoggettiva, e cioè un dibattito, che porta a un comune convincimento; è pubblica, perché ha come suo oggetto il pubblico e non il privato, e cioè la vita politica nei suoi molteplici aspetti»<sup>9</sup>.

L'aggettiva «pubblica» vale dunque a marcare la differenza tra questo concetto e le mere opinioni individuali, ma al contempo chiarisce il *proprium* di questa opinione, presupponendo l'esistenza di una serie di condizioni affinché possa svolgersi quel «processo di comunicazione intersoggettiva» nel cui contesto si forma l'opinione pubblica. La riforma protestante, con il conseguente venir meno del monopolio dell'interpretazione delle Sacre Scritture, l'invenzione della stampa, con la conseguente facilitazione della circolazione delle idee e la formazione delle prime associazioni partitiche, sono le condizioni culturali o di contesto affinché potesse iniziare a discutersi di un'opinione pubblica. È chiaro però che solo il riconoscimento della libertà di stampa e il venir meno del principio degli *arcana imperii* (cioè della segretezza degli atti dello Stato) potevano in concreto consentire la sua libera formazione<sup>10</sup>.

In questo quadro, non sorprende quanto affermato nell'art. 11 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, secondo cui

<sup>6</sup> C. SCHMITT, *Dialogo sul potere* (1954), a cura di G. Gurisatti, Milano, 2012, 18. Com'è noto, quest'opera è strutturata come un immaginario dialogo tra un giovane e lo stesso Schmitt. Il passaggio riportato sopra segue alla formulazione della seguente domanda da parte del giovane: «Ma se il potente comanda qualcosa di contrario alla legge? Non bisogna negargli l'obbedienza?» (17).

<sup>7</sup> A differenza, invece, dei «limiti naturali che arretrano rispetto all'uomo» (18); ciò perché «[c]on l'aiuto della tecnica l'uomo, creatura debole per natura, si è innalzato enormemente al di sopra del suo ambiente» ed «[è] diventato il signore della natura e di tutte le creature terrestri» (13).

<sup>8</sup> C. SCHMITT, *Dialogo sul potere*, cit., 19.

<sup>9</sup> N. MATTEUCCI, *Opinione pubblica*, cit., 421.

<sup>10</sup> N. MATTEUCCI, *Opinione pubblica*, cit., 422.

«La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi»<sup>11</sup>.

Il riconoscimento della libera manifestazione dei pensieri e delle opinioni come «uno dei diritti più preziosi dell'uomo» rappresenta quindi non solo il fondamento (sostanzialmente) costituzionale dell'opinione pubblica ma anche la sua chiave di lettura in prospettiva storica. In altre parole, questo concetto si è formato e si è sviluppato in quell'*humus* di principi di libertà e di eguaglianza su cui sono attecchite le Carte costituzionali moderne, a partire da quella americana del 1787, e poi in particolare le Costituzioni delle democrazie liberali e pluraliste del secondo dopoguerra. Sarebbe dunque riduttivo pensare che il fondamento del concetto (moderno e contemporaneo) di opinione pubblica risieda solo nella libertà di manifestazione del pensiero, dovendosi piuttosto rinvenire in quel complesso di diritti di libertà che delineano le c.d. libertà politiche (e dunque, tra le altre, nella libertà di riunirsi e di associarsi per il perseguimento di scopi politici, nel riconoscimento dell'eguaglianza tra gli individui, a prescindere dalle loro opinioni politiche, e nel suffragio universale diretto).

Pertanto, il concetto di opinione pubblica è strettamente condizionato dalla compresenza di una serie di fattori, finendo dunque con l'atteggiarsi in modo diverso a seconda del contesto storico, temporale e geografico di riferimento. Ancora una volta, dunque, l'opinione pubblica si adegua alla concreta configurazione del potere o, per meglio dire, al modo in cui si atteggia il

«problema del potere», a voler utilizzare una formula assai diffusa tra i filosofi del diritto<sup>12</sup>. È stato acutamente rilevato, in proposito, che «[l]a società storica si differenzia dalla società arcaica appunto perché pone al potere problemi di giustificazione, di controllo, di garanzie che non avrebbero significato se il comando si esprimesse come condizionamento deterministico e se l'obbedienza si presentasse come adeguazione passiva»<sup>13</sup>.

Eccoci dunque arrivati allo snodo cruciale: il «problema del potere» è oggi costituito in gran parte dal «problema dell'opinione pubblica», vale a dire dalle condizioni in cui essa si forma, si consolida, muta e si adegua ai mutamenti della realtà sociale. I problemi di giustificazione, di controllo e di garanzia, nei quali si esaurisce il «problema del potere», sono strettamente connessi e interdipendenti rispetto al modo in cui, nelle società contemporanee, si configura l'opinione pubblica. Ciò per due ordini di ragioni: sia per l'effetto diretto che un'opinione pubblica liberamente formata e informata produce in termini di controllo del potere, sia per quanto la sua esistenza presuppone. Non vi è – e non vi può essere – un'opinione pubblica liberamente formata e informata senza l'esistenza di un apparato statale che garantisca i principi di libertà, di democrazia, di pluralismo istituzionale e sociale. Essa è dunque causa ma anche effetto di un peculiare assetto della forma di stato.

Se questi sono, per grande approssimazione, i rapporti tra potere (politico) e opinione pubblica, in questa sede occorre chiedersi come si collochi la scienza o – restando nell'ambito della

*della politica*, Torino, 2020, 87 ss.; R. DE STEFANO, *Il problema del potere*, Milano, 1962,

<sup>13</sup> A. ZANFARINO, *Potere (in generale)*. a) *Filosofia del diritto*, in questa *Enciclopedia*, XXX, 1980, 600.

<sup>11</sup> Al riguardo, N. MATTEUCCI, *Opinione pubblica*, cit., 422, ritiene che l'opinione pubblica sia stata «consacrata» nell'art. 11 della Dichiarazione.

<sup>12</sup> N. BOBBIO, *Il problema del potere* (1961), ora in Id., *Il problema del potere. Introduzione al corso di scienza*

relazione sopra delineata – il potere della scienza rispetto all'opinione pubblica.

### 3. Il “potere scientifico” e il suo fondamento

Il dibattito sul potere è oggi contraddistinto da due “caratteristiche linguistiche”, che però non restano confinate al piano meramente definitorio ma hanno significativi riflessi sul piano sostanziale. Per un verso, il termine “potere” viene costantemente declinato al plurale, con la conseguenza che non di un potere o del potere si discute ma di o dei tanti poteri. Per altro verso, a questo sostantivo solitamente si accompagna un aggettivo che ne definisce il contenuto; di qui l'utilizzo di formule come quelle di «poteri selvaggi»<sup>14</sup> o di «poteri nuovi»<sup>15</sup>, entrambe volte a marcare la differenza rispetto a presunti poteri “non selvaggi” od “ordinati”, o rispetto a poteri “vecchi”.

In fondo, per quanto possa apparire paradossale, l'utilizzo di queste espressioni (che declinano al plurale e colorano in modo diverso il concetto di potere) non smentisce, ma anzi conferma, l'esistenza di un irriducibile nucleo della nozione di potere, individuabile in quella combinazione di «vera energia» e di coscienza e consapevolezza di cui parlava Guardini e a cui si è fatto cenno sopra. Ciò che sembra invece differenziare le diverse esperienze di “potere” o, per meglio dire, le sue differenti epifanie è piuttosto il problema del suo fondamento; di qui un vasto spettro di tipologie di potere, distinguibili tra loro in base all'aggettivo utilizzato per definirne il fondamento, tra cui, ad esempio, politico, divino, religioso, popolare, economico, culturale, scientifico ecc.

Muovendo da questa prospettiva, il “potere scientifico” consiste in quella peculiare

manifestazione di potere che trova il suo fondamento in asserzioni testate e validate attraverso il ricorso al metodo scientifico, dunque sulla base di una metodologia secondo cui la validità di un'affermazione non è frutto di un atto autoritativo ma di un percorso di osservazione, ricostruzione, validazione e contestazione condotto in base a criteri condivisi all'interno della comunità scientifica di riferimento.

Queste caratteristiche rendono, già di per sé, evidente che il potere scientifico ha un fondamento fortemente caratterizzato da alcuni dei principi cardine dello stato democratico contemporaneo, tra i quali, su tutti, la libertà della ricerca scientifica. Da questo punto di vista, sia che si consideri la prospettiva del singolo studioso, sia quella della comunità scientifica, risulta indiscutibile che senza tale libertà qualsiasi tentativo di configurare un autentico “potere scientifico” scevro da condizionamenti politici, economici o religiosi è destinato a naufragare. Dietro la libertà di ricerca scientifica si cela infatti l'indipendenza dello scienziato/ricercatore, presupposto ineliminabile della scienza moderna e contemporanea.

Anche altri diritti e libertà sono direttamente “chiamati in causa” come condizioni irrinunciabili del potere scientifico inteso nei termini di cui sopra si è detto; si pensi, per tutti, al diritto all'istruzione e a quello all'informazione, nonché al principio di eguaglianza sostanziale. Senza dimenticare, poi, la generale libertà personale e il diritto alla salute, con specifico riferimento alla scienza medica.

Esiste, in altre parole, un comune denominatore che lega questi principi e che costituisce il fondamento del potere scientifico: il principio democratico e il patrimonio di valori e principi su cui esso è edificato costituiscono, infatti, l'unico

<sup>14</sup> L. FERRAJOLI, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Roma-Bari, 2011.

<sup>15</sup> M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, Bologna, 2022.



“terreno fertile” su cui può germogliare un potere autenticamente scientifico. Questa considerazione non è smentita dall'affermazione – invero, piuttosto semplicistica – secondo cui “la scienza non è (o non sarebbe) democratica”. Dietro quest'ultimo assunto sta infatti la constatazione dell'impossibilità di porre sullo stesso piano un'asserzione *science-based* e una fondata su contenuti emozionali o su sensazioni e percezioni prive di un fondamento scientificamente sostenibile. Di qui la conclusione che la validità scientifica di una tesi non potrebbe essere rimessa a una decisione “democratica”, in cui il voto dello scienziato vale quanto quello del *quisque de populo*, ma dovrebbe essere assunta solo da coloro che detengono le necessarie conoscenze tecnico-scientifiche.

In realtà, il principio democratico non è affatto ostativo di quest'ultima conclusione, per l'ovvia ragione che da esso e dalla conseguente necessità che i processi di decisione politica siano governati in modo democratico non discende affatto una sottovalutazione del “peso” che le conoscenze scientifiche hanno in questi processi. Al contrario, le istituzioni democratiche esaltano – *rectius*, devono esaltare – il valore della ricerca scientifica, promuovendola e sostenendola, perché da essa deriva la stessa legittimazione del potere politico, che si avvierebbe verso una pericolosa deriva autoritaria se pensasse di poter imporre le proprie valutazioni a quelle provenienti dal mondo della scienza e della ricerca scientifica.

Esiste, in buona sostanza, un rapporto di mutua alimentazione tra potere politico democraticamente assunto e potere scientifico, nel senso che la legittimazione del primo è condizionata, tra l'altro, dalla coerenza delle decisioni assunte rispetto alle indicazioni che provengono dal secondo, ma anche nel senso che l'esistenza e

l'indipendenza di quest'ultimo, nei termini di cui si è detto, presuppongono il primo.

In questo quadro, sia pure approssimativamente ricostruito, non può non rilevarsi come la scienza moderna e l'opinione pubblica trovino un comune momento di genesi e di primigenio sviluppo nel momento di crisi del potere assoluto. Il venir meno dell'unicità del potere, la connessa teorizzazione del principio di separazione dei poteri e il riconoscimento di alcune libertà fondamentali, come quelle di stampa, di associazione e in forma embrionale di ricerca costituiscono il presupposto perché si possa parlare autenticamente di metodo scientifico e, al contempo, di opinione pubblica in senso moderno.

La formazione dell'opinione pubblica, almeno nei termini in cui oggi ne parliamo, è infatti strettamente collegata alla nascita e all'organizzazione delle società moderne, nelle quali gli individui possono esprimere, sia come singoli sia in quanto componenti di quelle che vengono definite formazioni o corpi sociali, il proprio giudizio sulla politica del governo, come su altri temi culturali, religiosi, sociali e scientifici. È dunque in quella fase storica che si colloca tra la fine del Seicento (soprattutto in Inghilterra) e la fine del Settecento nell'Europa continentale che si pongono le basi di quella che oggi chiamiamo opinione pubblica.

A quest'ultimo riguardo, è bene precisare che l'individuazione di questo momento di nascita dell'opinione pubblica non è universalmente condivisa; a maggior ragione, ciò appare discutibile se, anziché di opinione, si discute di sfera pubblica contrapposta a quella privata, non mancando, già nelle città-stato greche, la distinzione tra la sfera della *polis* e quella dell'*oikos*. In questa sede si intende, piuttosto, assumere come punto di riferimento quella che Jürgen Habermas chiama la «sfera pubblica borghese» e quindi un peculiare sviluppo del concetto di



“pubblico”, tale per cui «soltanto nell’Inghilterra del tardo Seicento e nella Francia del XVIII secolo si può parlare in senso preciso di “opinione pubblica”»<sup>16</sup>.

È dunque al concetto moderno e contemporaneo di opinione pubblica<sup>17</sup> che si fa riferimento ed è con questo che il potere scientifico è chiamato oggi a confrontarsi.

#### 4. Potere scientifico e opinione pubblica: un rapporto segnato da un’irriducibile conflittualità?

Nel migliore dei mondi possibili, sia il potere politico sia quello scientifico non potrebbero che trarre giovamento da un’opinione pubblica perfettamente informata e libera da condizionamenti<sup>18</sup>, ma è facile rilevare che così non è. L’opinione pubblica non esercita il suo potere attraverso un procedimento chiaro e razionale di persuasione, bensì mediante meccanismi, non sempre del tutto trasparenti, anzi spesso subdoli, di pressione. Il rischio di un nuovo dispotismo è dietro l’angolo. Risuonano sinistre, ma presaghe, le parole di Tocqueville che ammoniva dai rischi del potere che la maggioranza può esercitare sul pensiero e stigmatizzava il pericolo di un

dispotismo immateriale, esercitato attraverso l’autorità morale esercitata dalla maggioranza<sup>19</sup>. Rispetto a questo scenario, nemmeno il potere scientifico, dotato di un fondamento di razionalità, può dirsi esente da rischi. Diversi fattori entrano in gioco, specie quando a essere in discussione è la vita stessa dell’individuo e il suo benessere psico-fisico. Emergono così alcune significative differenze che mettono in crisi il rapporto tra potere scientifico e opinione pubblica. Su tutte, almeno tre paiono rilevanti in questa sede: differenze quanto al fondamento, alla tempistica e agli attori dei processi decisionali.

L’opinione pubblica si fonda su quelle che Walter Lippmann<sup>20</sup> chiamava le «immagini» che l’individuo ha nella propria testa del mondo esterno. La formazione di queste immagini è condizionata da tanti fattori, tra i quali, su tutti, il tempo e l’attenzione. Queste immagini prendono il posto della conoscenza certa e diretta su determinati fatti e quindi, in quanto tali, è molto più probabile che entrino in rotta di collisione, piuttosto che assecondino, le acquisizioni scientifiche.

Queste ultime, inoltre, hanno bisogno di tempi mediamente lunghi per il loro consolidamento e per il riconoscimento da parte della comunità scientifica; l’opinione pubblica si forma, invece, rapidamente e su basi paradossalmente più

<sup>16</sup> J. HABERMAS, *Storia e critica dell’opinione pubblica* (1962-1990), a cura di M. Carpitella, Roma-Bari, 2002, XLVI e spec. 18.

<sup>17</sup> Alexis de Tocqueville, pur sottolineando le differenze tra il Re di Francia e il Presidente degli Stati Uniti, affermava icasticamente che «[t]uttavia, al di sopra dell’uno come al di sopra dell’altro, c’è un potere dirigente, quello dell’opinione pubblica» (A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America* (1835-1840), in N. MATTEUCCI (a cura di), *Scritti politici*, vol. II, Torino, 1968, 151 s.).

<sup>18</sup> Già Alexander Hamilton, nel n. 71 de *The Federalist*, sottolineava che i principi repubblicani non impongono ai governanti «an unqualified complaisance to every sudden breeze of passion, or to every transient impulse which the people may receive from the arts

of men, who flatter their prejudices to betray their interests» (A. HAMILTON, J. MADISON, J. JAY, *The Federalist Papers*, Oxford University Press, Oxford - New York, 2008, 351).

<sup>19</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit., 303: «Sotto il governo assoluto di uno solo, il dispotismo, per arrivare all’anima, colpiva grossolanamente il corpo; e l’anima, sfuggendo a quei colpi, s’elevava gloriosa al di sopra di esso; ma nelle repubbliche democratiche, la tirannide non procede affatto in questo modo: essa trascura il corpo e va diritta all’anima».

<sup>20</sup> W. LIPPMANN, *Public Opinion* (1922), Transaction Publishers, New Bunwick (U.S.A.) and London (U.K.), 1998, 3 ss.

difficili da scardinare rispetto a quelle delle asserzioni scientifiche. Per quanto possa sembrare strano a dirsi, è più agevole mettere in discussione queste ultime, piuttosto che contestare un'opinione pubblica.

Quanto poi agli attori dei processi decisionali, la naturale ristrettezza della cerchia degli specialisti/scienziati/ricercatori porta solitamente la massa a dubitare della validità di una tesi sostenuta da una élite iperspecialistica e tecnocratica, rispetto alla quale è facile trovare qualche voce fuori del coro, depositaria di quella che, nell'opinione pubblica, diventa una verità riservata a pochi.

Rispetto a questa prospettiva che antidoti ha lo Stato costituzionale, fondato sul pluralismo e sulla libertà di manifestazione del pensiero? Sicuramente la soluzione non può risiedere in una decisione autoritaria, nemmeno quando questa si fondi su asserzioni scientifiche pacificamente riconosciute dalla comunità degli scienziati.

Diventa, piuttosto, fondamentale scardinare il fondamento di autoreferenzialità che spesso connota l'opinione pubblica; in tal senso l'unico mezzo di cui dispone lo Stato costituzionale

contemporaneo è quello culturale, inteso in questo ambito come cultura scientifica. Non pare potersi dubitare che la formazione di opinioni pubbliche fondate su emozioni anziché su asserzioni (scientifiche) può essere superata solo attraverso un lungo e defatigante processo di crescita culturale della società, che deve passare dalla consapevolezza che la validità scientifica non è un dato acquisibile rapidamente e una volta per tutte ma il frutto di un cammino complesso condotto secondo i canoni di quel metodo scientifico di cui si è detto sopra<sup>21</sup>. In questa prospettiva, diventa centrale la consapevolezza della necessità di questa metodologia, prima ancora della verifica della validità delle singole asserzioni.

Grava quindi sulle istituzioni politiche ma anche su quelle di istruzione e universitarie il compito di rendersi protagoniste di questo salto di qualità culturale, in modo che le opinioni pubbliche di domani possano formarsi sulla base di un patrimonio di conoscenze e di informazioni tali da sostenere e legittimare il potere scientifico e non da screditarlo.

<sup>21</sup> Su questi temi si rinvia al recente studio di L. DEL CORONA, *Libertà della scienza e politica. Riflessioni*

*sulle valutazioni scientifiche nella prospettiva del diritto costituzionale*, Torino, 2022, spec. 26 ss.

## Sul rapporto tra individuo e Stato e società

**Vladimiro Zagrebelsky**

*Già magistrato e giudice della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Mail: [v.za-zgrebelsky@gmail.com](mailto:v.za-zgrebelsky@gmail.com).*

La natura dei fatti che si usano riportare al BioDiritto mette in primo piano il tema della autodeterminazione dell'individuo. Si tratta del rapporto che legittimamente si instaura tra lo Stato e la persona individuale ed anche tra l'individuo e le attese (e pretese) della società nelle sue varie articolazioni. La difesa della libertà dell'individuo implica la massima limitazione possibile delle interferenze e degli interventi restrittivi da parte dello Stato e legittime reazioni di insofferenza quando la pressione censoria provenga dalla società.

Naturalmente non si tratta di rifiutare ogni e qualunque influenza sociale o dello Stato, tenuto conto della natura sociale della persona umana e del nesso tra diritti e doveri di solidarietà enunciato dall'art. 2 della Costituzione. La questione, cioè, non si risolve in termini assoluti, ma richiede attenta considerazione di esigenze diverse.

Tuttavia, la regola dovrebbe essere quella della eccezionalità delle limitazioni o dei condizionamenti della libertà dell'individuo. In questo senso si è espresso il Tribunale costituzionale federale tedesco (Bundesverfassungsgericht, 2 BvR 2347/15 del 26 febbraio 2020), decidendo una questione riguardante l'aiuto al suicidio. Il Tribunale ha affermato che limitare la rilevanza della decisione di morire a certe situazioni, come quella di malattia incurabile o solo a certi stadi della vita o di una malattia significherebbe restringere e predeterminare le motivazioni della persona. Ciò però sarebbe incompatibile con la nozione costituzionale di libertà. La decisione

della persona non può essere valutata secondo valori di carattere generale, dogmi religiosi, norme sociali. E la persona non deve essere chiamata a dare spiegazioni sui motivi che la inducono a prendere una decisione. Il punto fondamentale è però quello che riguarda la libertà, consapevolezza, non occasionalità della decisione di morire e il dovere dello Stato di mettere in opera le cautele necessarie a tal proposito, per impedire che un individuo metta fine ai suoi giorni se la sua decisione non è stata presa liberamente e in tutta coscienza. Così, ad esempio, l'obbligo di ottenere una prescrizione medica per il farmaco letale e l'esclusione della possibilità di riceverlo per suicidarsi senza averla ottenuta, è legittima regola tesa a proteggere la persona da decisioni non meditate e prese senza discernimento (Corte europea dei diritti umani, *Haas c. Svizzera*, 20 gennaio 2011).

Come è noto la Corte costituzionale italiana (sentenza n. 242/2019) si è espressa diversamente, ritenendo di poter ritagliare un ambito di situazioni di sofferenza del soggetto, fuori del quale continuerebbe la punibilità di chi lo aiuti al suicidio. Lo Stato quindi, fuori dei casi da esso stesso definiti, non rispetta il diritto individuale alla autodeterminazione. Ma la decisione del come e quando morire rientra nella portata della vita privata il cui rispetto è assicurato dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani, secondo la giurisprudenza della Corte europea (salvo i margini di discrezionalità riconosciuta agli Stati nel disciplinarne e proteggerne l'esercizio).

In proposito, merita menzione una difficoltà rivelata dalla giurisprudenza della Corte europea quando i ricorsi individuali riguardano temi come aborto, PMA e suicidio. La Corte riconosce alla legislazione degli Stati un margine di apprezzamento, più o meno ampio, a seconda che la questione abbia o non abbia un rilievo etico e a seconda che riguardi aspetti più o meno intimi

della persona. Ma i temi con rilevanza etica sono proprio quelli che hanno un maggior impatto sulla sfera personale e intima del soggetto. E le materie proprie del BioDiritto hanno questa caratteristica. Con in più, per quel che riguarda il diritto interno nazionale (da cui la Corte europea tende a tenersi lontana), che lo Stato laico pluralista dovrebbe ridurre al minimo i suoi interventi che implicino e rivelino una scelta di campo etico-religioso (il principio maggioritario non dovrebbe operare).

Una prima indicazione può trarsi nel tema qui considerato: rispetto per l'autonomia dell'individuo nelle scelte di comportamento e rigoroso *self-restraint* per lo Stato che voglia intervenire imponendo la sua disciplina. Una disciplina che si giustificerebbe quando l'ambito delle tutele da assicurare vada oltre la posizione della persona della cui autonomia si tratta (con il problema dell'aborto, diverso dalle questioni di fine vita) e dovrebbe riguardare, non il rispetto della autodeterminazione, ma i criteri che debbono essere soddisfatti per assicurare la libertà e consapevolezza delle scelte maturate dal soggetto.

In secondo luogo, occorre considerare i condizionamenti che intervengono sempre, con modo e peso diverso, nell'esercizio della autodeterminazione. Il tema è quello della vulnerabilità di persone assoggettate alla pressione derivante dalla situazione in cui si trova. La questione si pone diversamente a seconda del tipo di deliberazioni che il soggetto assume. Dolore fisico, dolore

psichico, crisi familiari, emergenze economiche, fatica di vivere ecc., ne sono esempi, non esaustivi. A tutela della libertà, tanto più in casi drammatici come è la decisione di porre fine alla propria vita (ma non solo), proprio la protezione della libertà individuale dovrebbe portare lo Stato e la società a fare tutto il possibile per rimuovere i condizionamenti che il soggetto patisce (nel suicidio, assicurare veramente l'accesso alle cure palliative, ma non solo, perché il dolore fisico non è l'unico motivo che pesa nella decisione)

A questo proposito e supponendo che quanto detto abbia fondamento, risultano evidenti le ragioni di dissenso rispetto alla sentenza della Corte costituzionale sull'aiuto al suicidio (e per conseguenza anche quella sulla ammissibilità del referendum sull'omicidio del consenziente).

In conclusione, nelle materie del Biodiritto, supponendo che sia definibile con precisione il suo ambito, l'intervento dello Stato dovrebbe essere minimo, soprattutto quando si manifesti nella forma di divieto e quindi di riduzione dell'area dei casi in cui l'autodeterminazione è rispettata. Mentre rigorosi dovrebbero essere i criteri di valutazione della "qualità" della volontà del soggetto e dovrebbero essere efficaci, in vista della libertà delle scelte operate dal soggetto, le concrete offerte alternative messe a disposizione (non imposte). Poiché la libertà di una scelta dipende anche, o soprattutto, dalla esistenza concreta di vie alternative.

## Intervento Biodiritto – Trento, 30 settembre 2022

**Daria de Pretis**

*Vice-Presidente della Corte costituzionale.*

Sono particolarmente grata al Prof. Carlo Casonato e a tutto il suo gruppo per avermi coinvolta nella celebrazione di questo entusiasmante ventennale, che è al tempo stesso di festeggiamento e di riflessione sui temi del “diritto della vita”.

Sono già state dette tante cose, e non voglio ripeterle. Il mio compito è solo quello di introdurre questa sessione di lavori, e per questo dedicherò alcune brevi considerazioni al nostro tema. Vorrei però prima di tutto sottolineare una particolare virtù, fra le molte altre, dell’impresa “Biodiritto”, il coraggio.

Penso al coraggio di chi vent’anni fa decise di intraprendere questa avventura. Io ero qui e ne ho vissuto da vicino l’inizio e i primi dieci anni. L’ho poi seguita da lontano nei successivi dieci. Quando tutto è partito mi occupavo, in quanto amministrativista, di una materia contigua a quella del diritto costituzionale alla quale appartiene il prof. Casonato. Entrambi, dunque, lavoravamo nell’area comune del diritto pubblico, e ricordo bene come Carlo fosse stato sconsigliato, anche autorevolmente, dall’occuparsi di un ambito che veniva sentito come, diciamo, un po’ stravagante, e come venisse invece invitato a dedicarsi alle cose “vere e serie” della disciplina, che non ricordo di preciso quali fossero, ma sicuramente non erano quelle del “diritto della vita”.

Con la tenacia che lo contraddistingue, invece, e anche, probabilmente, con quella voglia di divertirsi – che è stata sottolineata nel video introduttivo – che non può essere mai estranea alla attività del ricercatore, Carlo Casonato non si fece distogliere dal suo sogno e mise tutte le sue energie in questa ricerca, dimostrando con ciò da subito quella che è forse la prima caratteristica del ricercatore, ossia muoversi fuori dagli schemi.

La sfida era grande. Il biodiritto era allora un terreno non arato dai giuristi e, per definizione, un oggetto di studio destinato a investire più discipline, afferenti a campi scientifici diversi. Un oggetto dunque che non può che nutrirsi di interdisciplinarietà e che richiede di conseguenza un approccio nuovo alla scienza giuridica, aperto alla sua contaminazione con altre scienze. Un approccio che, quando tutto questo iniziò, poteva apparire, almeno a noi giuristi, poco ortodosso. Oggi di interdisciplinarietà parliamo tutti, e semmai è vero il contrario di quello che allora ci pareva strano: in una prospettiva quasi rovesciata oggi percepiamo piuttosto lo scarto fra la convinzione, che abbiamo ormai netta, dell’importanza della commistione delle diverse scienze per l’avanzamento del sapere, e una permanente rigidità del sistema della ricerca scientifica, che quella commistione frena o addirittura ostacola, come ha giustamente sottolineato il Prof. Casonato ricordando le gabbie dei settori scientifico-disciplinari.

Oggi sappiamo tutti, in qualsiasi ambito del mondo scientifico, sia delle scienze umanistiche che di quelle “dure”, che la ricerca non è una questione “verticale”; che con essa non

si tratta di andare soltanto e semplicemente a fondo sul singolo aspetto nella singola area, ma che essa produce i risultati migliori quando si mettono insieme i saperi e li si fa dialogare e fertilizzare reciprocamente. Il biodiritto è stato anche questo, e il biodiritto trentino lo è stato in modo pionieristico ed esemplare.

Chiudo questa parentesi, ma ci tenevo a ricordarlo, perché credo che questa storia, di cui celebriamo i vent'anni, sia davvero una storia di successo; una delle scelte più felici fatte nella Facoltà di Giurisprudenza di Trento, non diversamente da come lo era stata, ai suoi esordi, la decisione di puntare sulla comparazione. Quella della comparazione fu certamente anch'essa una scelta pervasiva e coraggiosa ma, se vogliamo, in qualche misura più convenzionale; quella del biodiritto fu davvero dirompente. Oggi possiamo dire che ha pagato, e dobbiamo quindi complimentarci con Carlo e con tutti i suoi bravissimi collaboratori per quanto hanno fatto in questi vent'anni.

Due parole di introduzione, ora, alla nostra sessione di questa mattina dedicata a "Biodiritto e innovazioni scientifiche e tecnologiche": si tratta di un tema che incrocia scienza, diritto e politica, e intreccia le competenze di tutti gli attori coinvolti in questi ambiti, quindi studiosi, ricercatori, scienziati, giuristi teorici e pratici, e, naturalmente, il legislatore, che esprime il sentire della collettività e assume le decisioni politiche conseguenti.

In questo contesto di protagonisti che affollano la scena dell'innovazione scientifico-tecnologica e delle sue ripercussioni, anche

attraverso il diritto, sulla vita delle persone, il ruolo delle Corti in generale e delle Corti costituzionali nello specifico è certamente un ruolo forte e particolare. Lo è per tante ragioni, che sono state messe in evidenza, ma che sempre di più ci mettono davanti la delicatezza delle questioni in campo e del ruolo di chi è chiamato a darvi risposta.

Le Corti, poste sempre più spesso di fronte alle domande ultime riguardanti la vita – il suo inizio, la sua fine, i limiti di un'esistenza dignitosa – sono inevitabilmente chiamate a prendere atto degli sviluppi della scienza e delle loro risultanze. E sono chiamate a prenderne atto e farne applicazione immediatamente e spesso senza mediazioni, in risposta a istanze sempre più urgenti e incalzanti, come probabilmente non avviene con nessun altro soggetto dell'ordinamento, se non forse gli stessi ricercatori che quelle risultanze concorrono a produrre. Le Corti sono così chiamate a decidere subito e a dover dunque occuparsi subito degli approdi della scienza, approdi che raramente offrono certezze.

Tutti ormai, anche noi giuristi poco avvezzi alle scienze dure, abbiamo superato l'idea che la scienza produca certezze. Ci siamo così abituati tutti al fatto che la scienza offre verità relative e risultati che spesso presentano, al più, solo un certo grado di attendibilità. Perché è, per definizione, proprio della scienza mettere continuamente in discussione gli approdi cui di volta in volta perviene. E questo, per chi deve applicare quelle risultanze scientifiche per dare risposte a domande alle quali non può comunque sottrarsi, è naturalmente un problema.



Sullo sfondo c'è un tema ulteriore, che è quello della supplenza cui sono spesso chiamate le Corti sulle delicate questioni di cui stiamo parlando. Una supplenza pesante, che ha le sue ragioni legate, sia alla sempre più pressante domanda di riconoscimento e di tutela dei diritti delle persone, sia alla difficoltà degli altri attori della scena pubblica a offrire le risposte richieste. Molte decisioni che riguardano i temi delicati della vita – pensiamo alle scelte procreative, alle decisioni sul fine vita, ai trattamenti sanitari e ai loro limiti – e che per loro natura involgono la soluzione di questioni tecniche, sovente i Parlamenti, a ragione o a torto, non si sentono o non sono in grado di prenderle. Si tratta di questioni sulle quali non è facile trovare il momento del compromesso. Si tratta inoltre di scelte che possono rivelarsi impopolari o che sono comunque difficilmente valutabili sul piano del consenso o del dissenso dell'opinione pubblica. Un'altra ragione sta poi nei tempi della decisione, che sono spesso per i Parlamenti quelli lunghi della discussione assembleare e della negoziazione politica. Tempi che addirittura possono non stare al passo della tempistica delle innovazioni scientifiche sulle quali si dovrebbe prendere posizione.

Così delineato il quadro degli attori in campo e il ruolo centrale delle Corti, mi limito a quattro brevi considerazioni che possono servire da spunto per le nostre riflessioni.

La prima riguarda il rapporto fra scienza e legalità. Il punto di partenza è l'affermazione che le risultanze scientifiche rientrano nel concetto più generale di legalità. Non è possibile che una determinata soluzione sia

legale se è in contrasto con ciò che ci dice la scienza o, per restare nell'ambito specifico del biodiritto, con le conoscenze acquisite dalla ricerca medico-scientifica. Si tratta di un dato che possiamo considerare pacifico. La sua spiegazione va cercata, molto semplicemente, sul piano della ragione e sulla necessaria rispondenza a ragione delle scelte legislative. Ciò corrisponde al canone costituzionale di ragionevolezza, desumibile innanzitutto dall'art. 3 Cost., che si riverbera poi su tutte le varie previsioni della Costituzione. Così, per restare al tema della salute, garantita all'art. 32 Cost. come diritto del singolo e interesse della comunità, è evidente che la valutazione della compatibilità costituzionale di ogni previsione legislativa che la riguardi si misurerà anche con la sua coerenza con le conclusioni cui è pervenuta la scienza medica prima di tutto e ogni altra scienza rilevante in materia. In questi termini, la scienza e i suoi risultati costituiscono un limite alla discrezionalità del legislatore, giacché scelte che si contrappongano o che contrastino con essa, la quale concorre, come detto, a definire il quadro della legalità, sono illegittime.

Ho già fatto riferimento, peraltro, alla possibile – se non addirittura tendenziale – incertezza delle stesse risultanze della scienza e della tecnica. Con questo passo al secondo spunto di riflessione, che riguarda le valutazioni scientifiche opinabili. Le conoscenze scientifiche diventano così elementi di condizionamento della legalità delle scelte pubbliche nei limiti in cui esse sono attendibili, cioè nella misura in cui si collocano nell'area dell'attendibilità.

Su questo terreno la domanda è: come si pone il giudice di fronte a una scienza che dà in certi casi risultati ragionevolmente certi (per quanto anche essi sempre suscettibili di essere messi in discussione, secondo la logica connaturata alla stessa ricerca scientifica), ma offre anche, in altri casi, conclusioni che presentano margini di incertezza e dunque di opinabilità?

Il problema delle Corti è duplice: definire i confini di ciò che può essere ritenuto ragionevolmente attendibile e dunque legittimo; verificare la tenuta, e quindi ancora una volta la legittimità, dei criteri con i quali, dentro quei confini, viene operata la scelta ultima. Su entrambi i versanti la verifica si presenta problematica e delicatissima. Si tratta di questioni che naturalmente non posso approfondire in questo momento, ma rispetto alle quali voglio precisare almeno un aspetto, e ritornare così sul tema della interdisciplinarietà cui accennavo prima. Sono infatti convinta che, per verificare in modo appropriato quelle operazioni di definizione di confini e di selezione di criteri, sia necessario che anche chi giudica sia in grado di calarsi in un contesto multidisciplinare, aprendosi ad altre discipline. Ciò, ovviamente, non significa che il giudice debba fare lo scienziato del caso, ma che lo stesso giudice non possa essere del tutto privo delle conoscenze rilevanti nella materia di cui si occupa e non possa non essere attrezzato quantomeno sul metodo che in essa di utilizza. Il giudice deve avere, cioè, nei confronti della scienza che, sia pure indirettamente, è chiamato ad applicare, un atteggiamento di apertura, di consapevolezza della complessità del sapere

con cui si misura. Perché solo così per il giudice è possibile arrivare a valutare sia il rispetto dei limiti dell'attendibilità sia la correttezza dei metodi adottati, e dunque formarsi un quadro sufficientemente chiaro per decidere sulla questione giuridica.

Passo così al terzo profilo, che riguarda i rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore. Ho già detto che la scienza costituisce un limite per il legislatore e che le Corti sono chiamate a verificarne il rispetto. Anche con riguardo a questa loro attività, tuttavia, si pone il tema più generale del *self restraint* del giudice di fronte alle attribuzioni di chi è deputato ad operare le scelte politiche, e dunque delle assemblee rappresentative. Dicevo prima che, all'interno dei confini dell'attendibilità scientifica di una certa decisione, si aprono gli spazi di manovra del legislatore e che le Corti devono rispettarli, riconoscendo la imprescindibile discrezionalità riservata alla legge. Quello cui le Corti stesse sono chiamate a compiere è un non facile esercizio di equilibrio, tanto più complesso in quanto la verifica del necessario rispetto dei limiti esterni dello spazio riservato al legislatore non esaurisce il controllo giurisdizionale sull'attività legislativa. La stessa scelta legislativa di soluzione del dubbio scientifico, pur all'interno dei confini dell'attendibilità, incontra a sua volta dei condizionamenti. Cito per tutti la necessità che la scelta stessa non venga operata alla luce di criteri estranei a quelli propri della valutazione tecnica, come sarebbe in particolare in caso in cui il dubbio tecnico venisse risolto alla luce della valutazione degli interessi. Anche questo è un grande tema che posso solo



accennare offrendolo come spunto per la riflessione che seguirà.

Un'ultima considerazione riguarda infine il tema di come le Corti acquisiscono le loro conoscenze. Ho già detto della necessità di un nuovo atteggiamento di apertura del giudice verso la scienza. Penso che nel bagaglio di chi è chiamato a giudicare non possa non esservi consapevolezza, almeno in termini generalissimi, del metodo della scienza applicata e del fatto che il compito di giudicare include anche quello di verificare, appunto, l'ambito dell'attendibilità delle risultanze scientifiche. A questo fine le Corti devono acquisire gli elementi per formarsi il loro giudizio e questo è, ancora una volta, un tema alquanto delicato.

Posso parlare della nostra Corte costituzionale e di quello che accade nelle Corti simili alla nostra: ognuna ha trovato la sua strada per acquisire informazioni, per arrivare alla decisione a seguito di un'istruttoria adeguata. Anche questo oggetto meriterebbe uno specifico approfondimento, che la nostra stessa Corte ha recentemente condotto in vista della modifica delle norme integrative che regolano il suo processo. I modi sono molti, e vanno dalla conoscenza personale del singolo giudice, che può acquisire le sue informazioni per varie vie, alle informazioni immesse formalmente nel processo, prima di tutto dalle parti. Quanto alla conoscenza personale, non credo di rivelare niente che non possa essere detto raccontando, per esempio, che quando qualche anno fa la Corte costituzionale fu chiamata a pronunciarsi sull'utilizzo per la ricerca degli embrioni c.d. sovrannumerari, io stessa mi

rivolsi a colleghi accademici studiosi delle scienze biologiche per farmi un'idea dell'uso che effettivamente poteva essere fatto e di quanto esso potesse essere utile alla ricerca scientifica.

Al di là di questo, vi sono i poteri istruttori della Corte, che, oltre ad avvalersi, come detto, dei dati offerti dalle parti nel contraddittorio processuale – ed ora anche dagli interventi degli *amici curiae* – può acquisire la documentazione che ritiene necessaria o comunque utile ordinandone la produzione a chi ne sia in possesso. C'è poi adesso – dopo la recente riforma delle norme integrative – la possibilità di effettuare audizioni di esperti di discipline specifiche. La Corte l'ha già utilizzata, non ancora però in casi rilevanti nella materia del biodiritto. Questa modalità non era stata ancora formalizzata e non venne usata, per esempio, quando fu deciso il c.d. "caso Cappato" sul suicidio assistito. Ricordo a questo proposito in particolare che quasi nello stesso periodo, poco dopo la nostra decisione, in un incontro bilaterale con il Tribunale costituzionale tedesco, occupato all'epoca con una questione simile, ci fu raccontato delle audizioni fatte in quel contesto, che si erano susseguite addirittura per giorni con il coinvolgimento di esperti di varie diverse discipline scientifiche.

Mi fermo qui. Ho solo cercato di offrire qualche sollecitazione, qualche idea per la nostra giornata di lavoro e qualche accenno – con qualche squarcio di visione dall'interno – al lavoro della Corte costituzionale e alle grandi questioni che la investono quando è chiamata a trattare i delicati temi del biodiritto. L'approfondimento e le prospettive offerte

*Focus on*

dal vostro gruppo di ricerca sono, su queste questioni, particolarmente preziosi.



## Keynote Speech

**Maria Chiara Carrozza**

*Presidente Consiglio Nazionale delle Ricerche.*

Nel corso degli ultimi decenni, la percezione prevalente dell'umanità a proposito della propria collocazione nel tempo è passata da un diffuso presentimento – rivelatosi illusorio – di “fine della storia”, alla consapevolezza di trovarsi a vivere in un radicale cambiamento di epoca e in uno stato di transizione permanente.

La prospettiva di osservazione della contemporaneità e della fase storica che stiamo vivendo ci porta ad analizzare e valutare con sempre maggiore profondità il valore semantico del termine “transizione”.

Ogni transizione è un fenomeno complesso e dinamico, che va compreso e accompagnato, con pazienza e tenacia. La percezione delle problematiche ambientali, così come lo stato di pandemia, hanno indubbiamente rafforzato la nostra consapevolezza di vivere in una realtà globale, dove tutto è interconnesso e correlato: un ecosistema in equilibrio instabile dove è importante imparare a programmare e prevedere l'impatto dei comportamenti delle grandi comunità a livello globale, così come dei singoli, in ogni specifico punto del pianeta.

Queste grandi problematiche hanno imposto al mondo nuovi vocabolari, che orientano e determinano i nostri comportamenti, modellano il sistema e l'organizzazione dei saperi (con “alleanze” e contaminazioni sempre più inedite), rinnovano radicalmente il nostro rapporto con la conoscenza, la scienza e le tecnologie.

L'antropocentrismo che ha caratterizzato la modernità deve necessariamente evolvere verso un nuovo rapporto, più responsabile e integrato, con la natura. Termini relativamente nuovi come “antropocene”, “biodiversità”, “transizione ecologica”, “sostenibilità”, “one health” acquistano

sempre nuovi significati (spesso dalla forte valenza politica) e vanno a riassumere un universo di concetti, di narrazioni, di strategie, di processi, di modelli e di azioni.

E questo universo investe ed interroga profondamente la ricerca scientifica, che è fortemente chiamata in causa per dare risposte concrete a problematiche sempre più complesse e strategiche per il nostro futuro.

Costruire la scienza del futuro significa aggiungere nuovi termini alle equazioni che descrivono la nuova realtà, dove le risorse non sono infinite, l'energia deve essere pulita, i processi devono cambiare di forma (da lineare a circolare), l'impatto delle azioni umane deve essere costantemente e attentamente previsto, modellato e regolato.

Per fare un esempio: la transizione ecologica e la transizione energetica sono due dimensioni fortemente intrecciate, ed esigono una visione chiara e strategica sulla quale convergere. L'efficienza energetica gioca un ruolo di primo piano negli scenari di decarbonizzazione proposti per le economie mature, sicché la ricerca e lo sviluppo tecnologico dovranno investire decisamente nel fotovoltaico, nell'uso delle biomasse, nella fotosintesi artificiale, nell'idrogeno, nell'accumulo elettrochimico dell'energia e nell'evoluzione delle reti elettriche.

Lo scenario che oggi caratterizza la programmazione della ricerca scientifica è segnato profondamente dalla necessità di risposta alle sfide globali e alle grandi transizioni.

Ho vissuto direttamente la pandemia nel mio ruolo di direttore scientifico di una rete di ricerca ospedaliera nel campo della neuroriabilitazione. Ho potuto seguire attentamente la trasformazione profonda della assistenza e della ricerca clinica, resa necessaria dalla minaccia del virus e delle sue conseguenze. Ho vissuto in prima persona la trasformazione digitale della sanità, e

percepito quanto sia stato importante lo sviluppo delle infrastrutture tecnologiche per riuscire a gestire gli effetti della pandemia, e quindi sviluppare la resilienza con una solida organizzazione basata sulla evidenza scientifica.

La transizione digitale, cominciata qualche decennio fa, sembra giunta a uno stadio di maturità non solo negli aspetti tecnologici, ma anche nelle sue conseguenze ambientali, culturali, sociali, politiche ed economiche. La scarsità di materie prime e il consumo energetico hanno aggiunto due termini importanti nel modello che descrive la transizione digitale. Dall'altra parte il tema della relazione fra economia digitale e diritti umani ha messo in evidenza l'importanza e l'urgenza di disporre di un apparato normativo adeguato, che fissi criteri e regole per misurarsi con la rete e le sue risorse, garantendo libertà, diritti e soprattutto equità.

Una delle risposte alla crisi sociale e occupazionale causata dalla pandemia e dagli altri grandi fenomeni ai quali si è accennato verrà dalle applicazioni e dall'impiego dell'Intelligenza Artificiale. L'IA è sicuramente una delle tecnologie abilitanti alla base della cosiddetta "quarta rivoluzione industriale". Ma il suo impatto non si limiterà alla sfera della produzione di beni e della offerta di servizi. In virtù della sua pervasività e della sua intrinseca capacità di mutare i rapporti sociali, sortirà un impatto culturale dirompente e – di conseguenza – influirà potentemente sulla dimensione politica e del diritto.

Il fenomeno della IA, paradigmatico delle nuove tecnologie abilitanti che emergono dalla ricerca scientifica, dovrà pertanto confrontarsi con la dimensione dello sviluppo sostenibile, in uno scenario di riferimento geopolitico e istituzionale profondamente intrecciato con le logiche dell'innovazione e del "possesso" delle diverse tecnologie.

In questa logica, anche il mondo della produzione e del lavoro stanno cambiando radicalmente la propria fisionomia e le proprie leggi, con profonde trasformazioni in termini di organizzazione, tecnologie, produttività, reddito. La differenza sulla qualità del lavoro e sulle retribuzioni sarà l'innovazione tecnologica, con nuove figure professionali, altamente qualificate e complementari alle professioni più tradizionali.

Sulla base di questi primi elementi di riflessione, appare necessario immaginare e fondare un nuovo "umanesimo scientifico", capace di pensare e creare un grande laboratorio di soluzioni tecnologiche e organizzative, che poggi sull'evidenza scientifica come metodo e sul bene delle persone come obiettivo, con una particolare attenzione alla creazione dei servizi del futuro e alle situazioni di fragilità e solitudine.

Questo nuovo umanesimo passa anche dalla decisa scelta dei principi dell'Open Science e delle sue applicazioni, ovvero della pubblicazione e della diffusione dei dati e dei risultati delle ricerche scientifiche in modo che siano accessibili a ogni livello di studio, dai semplici cittadini, agli scienziati, ai professionisti di ogni settore.

Tutti questi esempi forniscono solo alcuni accenni e indizi circa la portata delle sfide a cui è chiamata la ricerca scientifica e le sue applicazioni per garantire un futuro all'umanità e una prospettiva evolutiva alla civiltà.

Ogni forma di sapere e ogni sua evoluzione è anche luogo di fondazione e dibattito intorno ai diritti e al diritto. Esse svolgono un ruolo centrale per la coscienza di una società, specialmente di una società democratica. Come ha ricordato Stefano Rodotà, la conoscenza è un "bene comune e un bene pubblico globale", che mette in gioco "diritti non costruiti come titoli da scambiare sul

mercato, ma come elementi costitutivi della persona e della sua cittadinanza”.

Come ci si potrà orientare nella riflessione sui nuovi diritti, sempre più urgente negli scenari in profonda e rapida trasformazione della società contemporanea?

Serve un “umanesimo planetario”, come lo chiama Edgar Morin nell’elaborazione della sua teoria della complessità, poiché la nostra società si trova di fronte ad “un problema di comprensione e di insegnamento di una nuova condizione umana, nella quale esseri umani e sistemi artificiali sono fortemente interconnessi tra loro in una nuova società unificata”.

All’interno di questa complessità si situa la natura e l’evoluzione del “biodiritto”, nozione nata pochi decenni fa dalla coincidenza, da un lato, di un imponente sviluppo scientifico e tecnologico nel campo delle scienze della vita e, dall’altro, da un altrettanto importante progresso culturale nell’ambito della bioetica e della civiltà giuridica. Il termine biodiritto indica quindi l’insieme degli interrogativi e delle problematiche posti dalla relazione tra etica e diritto, tra progresso della ricerca scientifica ed evoluzione delle tecnologie, capaci di influire su molte sfere della vita umana e di intervenire su molti aspetti della dimensione biologica, un tempo considerati immutabili nel tempo e nello spazio.

Il biodiritto si è connotato come settore di ricerca che necessita di approcci, analisi e metodi fortemente interdisciplinari e comparativi, privilegiando l’indagine sul rapporto fra nuove tecnologie – solo inizialmente limitate all’ambito biomedico – e il fenomeno giuridico nel suo complesso.

Gli sviluppi successivi hanno ampliato gli orizzonti e i terreni di indagine ad alcune dimensioni innovative per la tutela della salute, ai temi dell’inizio e del fine vita, alla genetica e al progresso garantito dalla libertà di ricerca, alla

sperimentazione clinica e farmaceutica, ai trattamenti sanitari obbligatori e alle vaccinazioni, agli studi di genere, ai diritti degli animali, alle neuroscienze, all’intelligenza artificiale e alla robotica, ai dati clinici e il loro utilizzo scientifico e commerciale, alla cybersecurity.

Un’altra grande sfida posta al biodiritto riguarda la definizione e la regolamentazione dei confini fra naturale e artificiale, messi in evidenza (e spesso in crisi) dai progressi della bionica e della produzione di organi artificiali.

Altro terreno di confronto del biodiritto in rapporto alle tecnologie riguarda la materia brevettuale, delle licenze e dei contratti di sfruttamento, e le loro conseguenze: le situazioni di monopolio; le garanzie rispetto alla proprietà intellettuale generata con la ricerca e l’impatto dei sistemi open; il corretto utilizzo dei fondi pubblici e dei trials clinici sulle persone.

Ulteriori corollari riguardano l’accreditamento e la certificazione dell’innovazione, al fine di garantire il trasferimento tecnologico e i prodotti sul mercato. Inoltre vanno aggiornati i meccanismi di valutazione della ricerca, cercando di misurare – anche a livello giuridico – valori come l’impatto, il danno e il vantaggio, ad esempio rispetto all’utilizzo di soluzioni terapeutiche.

I temi della salvaguardia dei diritti umani e del contrasto alla disuguaglianza sono elementi di primaria importanza nei processi legislativi, ma allo stesso modo lo sono nella regolamentazione e nel funzionamento delle infrastrutture per la sperimentazione, l’innovazione e l’utilizzo dei dati.

La riflessione giuridica a riguardo deve puntare a evitare ogni forma di sfruttamento e di disuguaglianza, deve favorire l’utilizzo della conoscenza a servizio del progresso, della creazione di impresa e dell’impatto sociale positivo.

Tra le sfide poste al biodiritto che riguardano un futuro più prossimo che remoto, possiamo identificare la salvaguardia della biodiversità e l'affermazione del concetto di one-health, che riassume e rende interdipendenti le nozioni di salute, ambiente e benessere.

La recente modifica della nostra Costituzione ha comportato – all'articolo 9 – l'allargamento della tutela all'ambiente, alla biodiversità, agli ecosistemi e agli animali; l'articolo 41 definisce ora che la salute e l'ambiente sono paradigmi da tutelare da parte dell'economia, al pari della sicurezza, della libertà e della dignità umana.

Questa modifica costituzionale avrà un forte impatto sulla legislazione, sull'economia, sulla convivenza civile e sui sistemi di produzione, in quanto la biodiversità rappresenta un valore comune immenso. La sua compromissione ha una relazione con il danno per ambiente e per le persone, e perciò deve essere misurata, valutata e recuperata, soprattutto attraverso la ricerca e le nuove tecnologie.

Usando un'immagine che insiste sui colori primari, il rosso (biologia – salute) e il verde (piante – cibo) sono mondi strettamente collegati, e il biodiritto deve occuparsi di entrambi e della loro integrazione.

Tutte le materie e le questioni che ruotano intorno al biodiritto e le sue acquisizioni si snodano su equilibri costantemente provvisori, che devono tenere conto del pluralismo culturale, della polisemia e delle ambivalenze legate alle concezioni della vita, ai poteri della tecnica, all'evoluzione dell'etica pubblica e dei sistemi di diritto. L'elaborazione giuridica occidentale, condensata nella "Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina" (conosciuta come "Convenzione di Oviedo", emanata dal Consiglio d'Europa nel 1997), definisce i denominatori comuni del biodiritto: il principio del rispetto della dignità

umana, della salvaguardia della libertà di scelta autoresponsabile della persona, del beneficio delle generazioni presenti e future, dell'importanza di un pubblico dibattito sulle questioni sollevate e sulle risposte da dare.

Principi che si inscrivono nel solco della civiltà giuridica che ha prodotto la "Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo" del 1948 e ha ispirato le più importanti carte costituzionali, con la persona e la sua dignità poste al centro di un progetto positivo da perseguire all'interno della sfera pubblica e intese come limite nell'esercizio di qualsiasi potere.

Su queste basi, il diritto può e deve aggiornarsi e diventare strumento di innovazione sociale, di stimolo alla sperimentazione, all'innovazione e al progresso scientifico.

In particolare il biodiritto ha bisogno di forme e strumenti di aggiornamento costante, per comprendere e interpretare gli avanzamenti e i trend della ricerca, e per proporre soluzioni regolatorie al passo con i tempi e con il progresso scientifico. Nel contempo, il decisore politico e il legislatore dovranno dotarsi di forme di consulenza scientifica sempre più solide e strutturate.

Altra questione centrale affinché il biodiritto possa svolgere la propria funzione sociale consiste nell'accesso all'informazione giuridica da parte di tutti i cittadini, per i quali la conoscenza delle norme ha un impatto tanto nella vita quotidiana, quanto nelle varie forme di partecipazione alla formazione delle decisioni pubbliche e alla vita democratica.

Venendo al contesto nazionale, per un paese a vocazione manifatturiera e con scarsità di materie prime e di fonti energetiche come il nostro, la capacità di ricerca e innovazione tecnologica è una condizione necessaria. Come nel resto del mondo, anche il futuro dell'Italia dipende dalla qualità delle leggi, a cominciare dal diritto

amministrativo (con il quale mi confronto quotidianamente, nella mia funzione di presidente di un grande ente pubblico di ricerca), che dovrebbe fornire strumenti di governo e di operatività sufficientemente flessibili ed efficienti, e capaci di contrastare con efficacia le varie forme di corruzione.

In questa epoca di grandi crisi e di grandi transizioni è ormai chiaro come non si possa prescindere da una rinnovata dialettica e da relazioni profondamente integrate fra scienza, società e politica; così come in un quadro geopolitico possiamo considerare un ruolo ancora più forte della “diplomazia scientifica”, soprattutto in tema di accesso alle cure, sostenibilità, utilizzo delle risorse e lotta al cambiamento climatico. È diventato ancora più chiaro come l’equilibrio del nostro ecosistema si possa raggiungere solo con l’equità e la lotta alla disuguaglianza, e come ciò sia collegato all’investimento in ricerca fondamentale, istruzione, definizione di competenze e alla capacità infrastrutturale di trasformare la scienza in tecnologia, di organizzare sperimentazioni traslazionali con un metodo rigoroso e rispettoso di principi etici, garantendo diffusione e accessibilità.

Un’uguaglianza che non può che partire dalla garanzia dell’accesso alle soluzioni tecnologiche come quella rappresentata dai vaccini per tutti, senza distinzioni rispetto alla provenienza geografica, all’età, al ceto sociale o alle condizioni economiche.

Un’immagine che riflette un ottimismo nei confronti della ricerca scientifica e della tecnologia, intesa come una forza orientata al bene, perché sostenuta da un solido e imprescindibile apparato di valori.

I campi di indagine – estremamente vasti – e la immensa valenza sociale del biodiritto, così come le acquisizioni e i progressi di gran parte delle discipline scientifiche e dei settori tecnologici, sempre più integrati, stanno a dimostrare un assunto che dovrebbe entrare a far parte del dibattito pubblico e della coscienza civile:

l’alleanza sempre più necessaria tra il mondo della ricerca, i settori produttivi e la politica consiste nel creare le condizioni per il riconoscimento reciproco e il consolidamento della collaborazione al servizio della società, in un quadro di riferimento di giustizia, mirando a raggiungere gli obiettivi di sviluppo sostenibile da cui dipende la salvezza dell’umanità.





## Venti anni di biodiritto. Appunti di viaggio\*

**Antonio D'Aloia**

Professore ordinario di diritto costituzionale, Università degli Studi di Parma. Mail: [antonio.daloia@unipr.it](mailto:antonio.daloia@unipr.it).

Sono molto contento di essere qui e proverò ad interpretare il mio ruolo di *discussant* nella tavola rotonda con la libertà e la informalità che questa modalità richiede, rimanendo comunque nell'ambito tematico che ci è dato dal titolo di questa sessione.

Non posso non partire anche da un ricordo, che in realtà non è semplicemente una cosa del passato, ma è parte della mia esperienza presente, e mi auguro che lo sia anche per il futuro. La vicenda di questo gruppo di ricercatori e studiosi sul biodiritto è in realtà, almeno in parte, un pezzo di storia personale; avevo cominciato ad occuparmi di questi temi negli anni '90 insieme a Lorenzo Chieffi, con il CIRB di Napoli, lavorando su sessualità, corpo, transessualismo, diritto di morire mettendo il punto interrogativo sul titolo di un mio saggio che avevo – faticosamente e anche con grande preoccupazione – consegnato alla lettura dei miei Maestri. Tuttavia, qui ho trovato – lo dico anche senza retorica perché appunto la leggerezza con cui stiamo vivendo queste giornate di studio credo che sia una dimostrazione della capacità di questo gruppo di lavorare seriamente senza prendersi troppo sul serio, facendo davvero un'attività scientifica e divulgativa di livello elevato – una continuità, una sistematicità, un'estensione (e una profondità) tematica, una capacità di anticipare argomenti e

\* Questi appunti rappresentano la trascrizione fedele dell'intervento svolto in occasione dei *Biolaw Days*, nell'ambito della Tavola rotonda dedicata alla II Sessione, su "*Biodiritto e innovazioni scientifico-tecnologiche*". Ho scelto di mantenere il carattere informale

problemi che poi sono diventati diffusi nella letteratura giuridica, che credo davvero sia un elemento identificativo del team di BioDiritto di Trento, all'interno di tutti i vari gruppi (ormai sono tanti a livello nazionale) che si occupano dei riflessi e delle implicazioni giuridiche della bioetica: giuristi che in qualche modo hanno superato questo confine, hanno fatto una sorta di *coming out* abbastanza difficile negli anni '90, mentre invece adesso questi temi costituiscono una parte essenziale della formazione di qualsiasi giovane giurista.

Fatta questa premessa, anche sull'importanza dell'interdisciplinarietà, vengo al tema della tavola rotonda. Dico subito che dirò alcune cose, magari un po' scollegate, anche perché sono stato molto coinvolto e "sfidato" dai sette pensieri di Maria Chiara Carrozza (così li hai lei stessa definiti nell'incipit della sua relazione di apertura); pensieri molto profondi, e quindi credo che dialogherò anche con le cose che ha detto lei.

Siamo ormai del tutto convinti del fatto che la scienza, la tecnologia – che poi sono la stessa cosa perché la scienza è anche e necessariamente un fare tecnologico, un fare trasformativo – siano uno dei grandi fattori di modificazione delle nostre società, della percezione che abbiamo di noi stessi e quindi anche delle nostre categorie etiche e giuridiche. Questa è una sfida soprattutto per chi, come il costituzionalista, è chiamato a confrontarsi con categorie indeterminate, che ovviamente vengono, in qualche modo, ripasmate da queste nuove possibilità che provengono dall'evoluzione scientifica e tecnologica.

e discorsivo dell'intervento, limitandomi ad una mera sistemazione delle frasi nel passaggio dal linguaggio orale a quello scritto. Anche per questo non ci sono note bibliografiche, ad eccezione di alcuni riferimenti, nel testo, a miei lavori recenti sui temi affrontati.

Dignità, eguaglianza, pieno sviluppo della persona, alcune figure nell'ambito della teoria dei diritti non sono più la stessa cosa; il diritto di procreare o il diritto di controllare le fasi finali della propria vita o il diritto di cambiare sesso sono stati "costruiti" o ri-definiti intorno a delle possibilità tecnologiche che prima non esistevano; e, come sempre, nel linguaggio dei diritti, ogni volta che mettiamo un gradino, ci saliamo su, guardiamo un orizzonte più lontano e ci viene voglia di andare a raggiungere quell'orizzonte, ponendoci altre domande, altre interrogativi, in una sorta di inesauribile ricerca di ciò che può dare forma a quell'idea costituzionale del pieno sviluppo della persona umana.

In questo rapporto tra scienza, società, etica, il ruolo del diritto non è un ruolo di mera recezione di quello che avviene, non può essere solo questo; il diritto ha con sé la sua storia, le sue sedimentazioni di valori e principi, e quindi è un confronto, che, a volte, effettivamente vede il diritto spiazzato, costretto ad inseguire, e il legislatore lo fa a fatica, mentre il giudice è costretto quasi a farlo, in quanto vede davanti a sé il caso drammatico, deve dare una risposta, e quando questa risposta non c'è nella legislazione, il giudice la deve trovare all'interno di quei principi, di quelle clausole, di quelle strutture linguistiche indeterminate che danno poi il senso anche della creatività del lavoro del giurista.

Dunque, è una sorta di rapporto bidirezionale, perché la scienza ci sfida a capire e a cercare il significato di nuove cose; il diritto, dall'altra parte, cerca però poi, in qualche modo, di indirizzare la scienza, cerca di svolgere quella funzione che Massimo Cacciari identifica nella immagine (tratta dalla lettera di S. Paolo ai Tessalonicesi) del *Katéchon*, cioè del potere che trattiene, del potere che frena. E questa attività di

freno, di controllo non è mai un'attività definitiva: quante volte su un tema biogiuridico abbiamo cominciato con una posizione di assoluta chiusura (una repulsione, un divieto, un tabù) e poi, dopo qualche anno, invece, abbiamo cominciato a capire che non era così, che forse dobbiamo distinguere tra le diverse situazioni e in questa operazione di distinzione, possiamo trovare delle ragioni per superare la fase del «tutto o niente», e per cercare delle sintesi e delle mediazioni.

Faccio un esempio, ma ovviamente non posso approfondire: il caso di Crispr e dell'ingegneria genetica, nell'ambito del quale alla posizione iniziale di assoluta chiusura sono venute ad affiancarsi, recentemente, posizioni più aperte e problematiche da parte di alcune tra le grandi strutture bioetiche comparate, come il *Nuffield Council of Bioethics*, l'*Ethikrat* tedesco, le *National Academies* statunitensi. Nei *position papers* di queste Authorities si comincia a discutere sulla possibilità di aprire, di creare una linea di confine tra terapia ed *enhancement*, se non ci sono altre alternative disponibili. Insomma, il discorso va avanti, non si ferma al semplice "No", o alla semplice accettazione acritica, che è egualmente sbagliata<sup>1</sup>.

Il biodiritto è un universo vastissimo, in continuo movimento, e la sensazione è che stiamo andando oltre i confini talvolta anche del corpo, della mente, dello spazio: abbiamo parlato di intelligenza artificiale, abbiamo accennato al tema delle neuroscienze, e dentro questi confini in movimento ci sono delle cose che, in qualche modo, si confermano, come per esempio il ruolo forte della giurisdizione, le difficoltà del legislatore, la necessità di un diritto che assuma sempre più forme ibride, capace di confrontarsi ragionevolmente con le istanze che provengono

*mente modificati? La tecnica CRISP: Scienza ed etica dell'editing umano*, Milano, 2023.

<sup>1</sup> A. D'ALOIA, *Sfide etiche e giuridiche dell'editing genomico*, Prefazione a H.T. GREELY, *Bambini genetica-*



dalla società, dagli scienziati, dal mondo della tecnologia.

Che cosa è successo in questi vent'anni?

Se uno ci pensa, fa un parallelo tra il 2002, quando l'esperienza trentina del gruppo di studio sul biodiritto è cominciata, e oggi, ha veramente la sensazione che il campo sia stato spargiato anche nelle sue questioni più tradizionali (inizio vita, fine vita). Nel 2002 non avevamo ancora la legge sulla procreazione medicalmente assistita, intervenuta in Italia solo nel 2004; e abbiamo visto il lavoro enorme che ha fatto la Corte costituzionale per intervenire, correggere, per certi versi anche 'stravolgere' la legge 40. Negli USA Dobbs ha praticamente cancellato Roe dopo cinquanta anni, rimettendo in discussione contenuti e limiti del diritto di aborto.

Sul fine vita, per fare un altro esempio sempre su un tema "classico" della bioetica e del biodiritto, il dibattito è andato molto oltre la linea del rifiuto di cure, della distinzione tra lasciarsi morire o chiedere di essere uccisi; in Italia siamo ormai a capire come applicare i difficili principi della Corte costituzionale sul suicidio medicalmente assistito.

Si comincia a parlare di criotanasia, cioè di ibernazione e quindi di morte (!) finalizzata eventualmente ad una possibilità di risveglio e di cura in un futuro più o meno lontano, o ad una più facile utilizzazione degli organi per trapianti.

È successo poi l'impensabile. Ci siamo dovuti confrontare con un'emergenza pandemica che prima avremmo pensato solo come un "soggetto" da film di fantascienza, nell'ambito della quale la biopolitica ha un assunto un volto molto duro, preoccupante, quello del lockdown, del distanziamento sociale, della sospensione di alcuni diritti e libertà fondamentali. Abbiamo capito anche qualcosa in più anche sul concetto di salute,

in particolare, sul rapporto fra salute individuale e salute collettiva, soprattutto sul tema così divisivo delle vaccinazioni anti-Covid, andando verso la riscoperta di un'idea *fisica* della salute<sup>2</sup>.

Anche non poter lavorare, dover chiudere il proprio negozio, la paura della miseria, sono problemi di salute, impattano su di essa in termini di benessere psico-fisico, però in qualche modo il virus ci ha fatto tornare ad una idea più essenziale di salute, intesa quale difesa dal contagio, dalla malattia, come difesa dell'integrità fisica.

E poi le nuove acquisizioni sul cervello, sulla mente, che sembra diventato il campo di battaglia di questo XXI secolo, forse più della stessa genetica. Appunto di questo tema, nel 2002, quando cominciava l'esperienza del gruppo "Biodiritto" di Trento, l'*Economist* si occupava in un articolo chiamato *Open Minds*, nel quale poteva leggersi: «la genetica può già minacciare o uccidere l'autonomia, alterare l'umanità, ma le neuroscienze possono fare tutto questo prima e in modo anche più forte». È una sfida forte per il diritto e per alcune delle sue categorie: il concetto di responsabilità, di imputabilità, capire come le neuroscienze possono dare un contributo al giurista italiano che si confronta con l'art. 27 della Costituzione, secondo il quale la responsabilità è personale e le pene devono tendere alla rieducazione del condannato; ricordiamo tutti quella bellissima sentenza della Corte Costituzionale sulla scusabilità a certe condizioni dell'ignoranza incolpevole della legge penale (sent. 364/1988), in cui il Giudice costituzionale afferma che bisogna capire se un soggetto ha sbagliato davvero consapevolmente (o almeno sulla base di un atteggiamento di disinformazione negligente e rimproverabile), in quanto,

<sup>2</sup> A. D'ALOIA (a cura di), *La tempesta del Covid. Dimensioni bioetiche*, Milano, 2021.

altrimenti, la prospettiva della rieducazione rischia di non avere senso<sup>3</sup>.

E infine, la nuova sfida dell'intelligenza artificiale, che è una sfida già nelle parole: l'intelligenza è il simbolo stesso dell'umanità, e quindi il semplice fatto di accostare alla parola *intelligenza* l'aggettivo *artificiale* ci dà l'idea del cambio di paradigma che abbiamo davanti. Mi viene in mente il concetto di *ominescence* usato da Michel Serres, vale a dire la perdita dei confini, lo "scolarimento" del concetto di umanità, prima richiamato anche da Maria Chiara Carrozza: sistemi agenti autonomi, interfacce cervello-computer, uomini bionici o strutture robotiche in cui potremmo immaginare anche l'impianto di organoidi neurali. Tutto questo come impatterà anche sulla nostra percezione di questi sistemi artificiali dotati di intelligenza e capacità cognitive, sulla nostra abitudine a lavorare con questi soggetti, ad essere assistiti, a relazionarci nella vita quotidiana con questi sistemi? in che modo potrebbe cambiare la nostra considerazione di queste cose (se resteranno solo cose)<sup>4</sup>?

Si ha la sensazione di essere in una sorta di terreno intermedio tra il soggetto e la cosa e forse solo il futuro ci potrà dire dove stiamo andando perché certo questo non è un problema temporaneo; l'intelligenza artificiale non è qualcosa che esiste oggi, che magari esisterà nei prossimi cinque o dieci anni, e poi si risolverà in qualche modo. Sarà, invece, un elemento di identificazione del XXI secolo e del tempo ancora a venire.

Anche il paradigma della soggettività costituisce un'altra sfida – e mi avvio a concludere – in questo incrocio tra biodiritto e innovazioni scientifiche e tecnologiche. Maria Chiara Carrozza richiamava questo concetto, "la salvezza

dell'umanità", ed effettivamente anche questa è una cosa fino ad un po' di tempo fa impensabile. Ancora una volta viene chiamato in causa il rapporto tra scienza, diritto, natura. Il cambiamento climatico non è una catastrofe naturale. Il cambiamento climatico è una catastrofe tecnologica; è il prodotto del modo di funzionare delle nostre democrazie e dei nostri sistemi di economia avanzata. Timothy Mitchell ha parlato di «carbon democracy», sostenendo che «i combustibili fossili hanno contribuito a creare sia la possibilità della moderna democrazia che i suoi limiti».

Questa imbricazione tra modi di evoluzione dei nostri modelli sociali e alterazione degli equilibri climatici ed ecologici in qualche modo non ci ha fatto vedere il problema o non ci ha fatto reagire adeguatamente al problema quando abbiamo cominciato a percepirne la realtà. Ricordo che già alla fine degli anni '80, il climatologo James Hansen disse in audizione davanti al Senato americano che la terra si stava riscaldando e che noi eravamo la causa di questo processo di trasformazione.

Da quel momento, ogni anno, i report annuali dell'IPCC, che è un panel intergovernativo sul cambiamento climatico, ci avvertono che la catastrofe sta arrivando, con un linguaggio sempre più severo e "imminente".

Tutte queste novità hanno scompaginato, come dicevo prima, anche la categoria della soggettività: discutiamo di agenti artificiali autonomi, generazioni future, cose della natura, il clima stesso diventa "oggetto" di giudizi (sono migliaia in questo momento nel mondo i giudizi intentati contro governi, compagnie petrolifere, industrie, da organizzazioni non governative, associazioni di protezione di minori o dell'ambiente).

<sup>3</sup> A. D'ALOIA, M. Errigo (eds.), *Neuroscience and Law. Complicated Crossings and New Perspectives*, Cham, 2020.

<sup>4</sup> A. D'ALOIA, *Intelligenza artificiale, società algoritmica, dimensione giuridica. Lavori in corso*, in *Quaderni Costituzionali*, 3, 2022.

Il biodiritto è davvero un viaggio nelle incertezze dell'esperienza umana (dei singoli e delle comunità), tra confini mobili, in continua ridefinizione.

Questo dà la bellezza e il fascino, in un certo senso anche l'inquietudine, dei temi che stiamo affrontando.

*Focus on*





## Storie di vita e di tecnica viste da un... cyborg!

**Amedeo Santosuosso**

Docente di Diritto, Scienza, Nuove tecnologie, Università di Pavia e Scuola Universitaria Superiore di Pavia.  
Mail: [a.santosuosso@unipv.it](mailto:a.santosuosso@unipv.it).

### 1. Introduzione

Parlerò in questo scritto di alcuni aspetti del biodiritto: in primo luogo, la sua origine dal punto sia mio personale, sia in termini oggettivi; in secondo luogo, della difficoltà di definizione del biodiritto e di individuazione dei propri limiti; poi discuterò del carattere inevitabilmente mobile del limite del biodiritto e della difficoltà di definire cosa si intenda per persona umana (dopo Darwin); infine, parlerò del rapporto tra tecnologia e umano, dell'intelligenza aumentata e dei modi di interazione tra macchine e umani (Cyborg), fino al modo di intendere l'idea di coevoluzione di uomini, animali non umani e macchine nella nicchia ecologica (con un cenno al ruolo del diritto).

### 2. Origine del biodiritto: personale e oggettiva

La mia esperienza personale con il biodiritto ha avuto inizio nel 1981 quando come giovane giudice appena entrato in magistratura mi trovai coinvolto nelle discussioni a proposito dello sciopero della fame di tre giovani detenuti.

Nell'autunno del 1981, tre giovani attivisti politici, accusati di crimini associativi e di altri crimini (non comportanti violenza diretta sulle persone), in carcerazione preventiva da un anno nel carcere di San Vittore a Milano, iniziarono un lunghissimo sciopero della fame per protestare contro le condizioni di vita in carcere, la violenza

esercitata dalla polizia penitenziaria e il ritardo del processo. L'opinione pubblica era in apprensione perché pochi mesi prima, il 5 maggio 1981, Bobby Sands, volontario irlandese del *Provisional Irish Republican Army*, era morto nell'ospedale del carcere di Maze, in Irlanda del Nord, Regno Unito, dopo sessantasei giorni di sciopero della fame. Il governo presentò un disegno di legge che consentiva l'alimentazione forzata in carcere (e che non fu mai approvato dal Parlamento).

I giudici italiani coinvolti nel caso erano divisi. Ricordo riunioni assai appassionate tra giudici al palazzo di giustizia di Milano, e anche in case private la sera. In quel momento ero un giudice fresco di nomina e avevo già pubblicato il mio primo libro e alcuni articoli sulla storia del diritto e delle istituzioni pubbliche. Era chiaro nella mia mente che l'alimentazione forzata dei prigionieri era una violazione della libertà e dell'integrità personale dei detenuti. Ero convinto (pensando a caposaldi del pensiero politico moderno, da Thomas Hobbes a John Stuart Mill) che solo ogni persona ha il potere di decidere del proprio corpo e della propria vita e che nessuna autorità, pubblica o privata che sia, ha il potere di decidere al posto del diretto interessato.

Tuttavia, discutendo con i miei colleghi giudici, e con alcuni pubblici ministeri, scoprii che essi non consideravano così importanti queste idee e che erano prevalentemente preoccupati dall'idea dell'uso (illegittimo) che una persona può fare del proprio corpo come arma contro il potere dello Stato e l'autorità della legge.

Ero stupito. La mia reazione fu quella di studiare meglio la giurisprudenza, la legislazione e i principi costituzionali in materia di salute e trattamenti medici. In altre parole, ero sicuro che la questione della libertà personale nel campo dei trattamenti medici fosse già giuridicamente risolta, anche se la mia ignoranza giuridica mi impediva di conoscere lo stato dell'arte. Alla fine



della mia esplorazione teorico-giuridica, sorprendentemente, non trovai altro che vecchie teorie, alcune delle quali sostenevano che tutta la materia del corpo, dei trattamenti medici e della medicina fosse sotto la giurisdizione della morale ed escludevano qualsiasi ruolo del diritto.

Questa fu la mia prima occasione di riflessione biogiuridica, pur non definita così all'epoca.

Sul piano oggettivo generale, alla fine degli anni '80 del secolo scorso il dibattito bioetico ha anche in Italia un notevole sviluppo. Basti pensare che nel 1989 viene fondata da Renato Boeri e altri studiosi di impostazione laica la Consulta laica di bioetica. Nel 1990 viene istituito il Comitato Nazionale per la Bioetica, presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Nel dibattito bioetico inizialmente ci si ispirò a una sua visione ampia, che considerava sostanzialmente la bioetica un campo all'interno del quale (come immaginato da Uberto Scarpelli) si potessero confrontare la filosofia, il diritto e le altre discipline coinvolte. Una conferma si può trovare nella prima edizione della *Encyclopedia of Bioethics* (1978) che dedica ampio spazio a voci giuridiche, ma all'interno dell'ambito generale *bioethics*.

Ma, nello stesso tempo, la bioetica era anche una disciplina filosofica in senso proprio, in quanto settore dell'etica, che è disciplina filosofica per definizione. In parallelo tra la fine degli anni '80 e l'inizio degli anni '90 matura la spinta a utilizzare un nome diverso per raccogliere le riflessioni giuridiche nelle materie che la bioetica trattava in termini filosofici. Avvenne così la migrazione, si potrebbe dire, della riflessione giuridica in un settore diverso al quale fu dato il nome di biodiritto sulla scia della formula americana del *biolaw*. Il Trattato di Biodiritto, diretto da Rodotà e Zatti, esce con il primo volume nel 2010 e, in qualche modo (come vediamo qui di seguito), rappresenta la formalizzazione della migrazione.

### 3. I confini del biodiritto

Quali siano i confini del biodiritto è questione ampiamente dibattuta e mai definitivamente risolta. Ne dà atto in modo acuto e interessante Carlo Casonato nel suo manuale (2006) e la stessa Presentazione (attribuibile ai suoi direttori) del Trattato di Biodiritto. In altri termini bisogna abituarsi a lavorare in un contesto dei cui confini non si ha certezza. Si potrebbe dire, in modo assai sintetico, che se per biodiritto si intende il diritto che riguarda gli umani nella loro umanità allora si potrebbe dire che tutto il diritto è biodiritto, in quanto il diritto può essere visto come insieme di regole (giuridiche appunto) che riguardano la convivenza degli umani, in tutti gli aspetti, dalle loro vite alle loro attività anche economiche. Ma se, allora, il biodiritto non ha confini diversi dal diritto in senso proprio la questione rimane irrisolta. E anche settori giuridici come quello sulla proprietà intellettuale, che, a prima vista, può sembrare lontano dalle tematiche biogiuridiche, può acquistare dei riflessi biogiuridici nel momento in cui, per esempio, si parla della brevettabilità di parti del corpo umano o della brevettabilità e dei limiti dei brevetti in materia farmaceutica. E gli esempi potrebbero continuare.

La conclusione alla quale si può giungere è che un limite del biodiritto esiste, ma è un limite mobile, legato alle circostanze storiche, all'evoluzione sociale e al modo in cui gli umani sviluppano una sensibilità su alcuni argomenti.

### 4. Un limite mobile

Acquisita l'idea di mobilità del limite, il problema che si apre è quello del rapporto con le tecnologie.

Le macchine, più o meno intelligenti, fanno parte di un più ampio scenario (già attuale) uomo-macchina, popolato da molte cose unificate in una

logica essenziale di avvicinamento delle tecnologie all'uomo, verso una progressiva integrazione. Siamo, infatti, entrati in una fase in cui le tecnologie si avvicinano e si compenetrano con il corpo umano: gli esempi partono dalla tecnologia sul nostro corpo (es. dispositivi indossabili), alla tecnologia integrata con il nostro corpo, all'umanità aumentata (sensi, cognizione, movimento), all'interfaccia di segnali neurali invisibili fino alle interfacce neurali dirette. Per usare il gergo di una delle più grandi società di analisi economica e informazione tecnologica, si dovrebbe dire che siamo già nell'era dell'umanità aumentata, dove la tecnologia si fonde con la biologia per estendere le capacità fisiche e mentali del corpo umano<sup>1</sup>.

A questo sviluppo se ne aggiunge un altro opposto, se si vuole, che poi conduce a un risultato non molto differente. Mi riferisco allo sviluppo delle tecnologie immersive nelle quali è l'uomo che si immerge nelle tecnologie, più esattamente in un ambiente tecnologico, di cui oggi è emblematico il Metaverso.

Dunque, nel momento in cui assumiamo l'uomo integrato con le tecnologie come il limite, seppur mobile del biodiritto, e facciamo i conti con le difficoltà di questa definizione, bisogna dar conto dell'ulteriore problema degli animali non umani e della loro collocazione nel campo di attenzione del biodiritto (tema già affrontato nel Trattato di biodiritto).

## 5. Alcune formule magiche

A fronte della pervasività della tecnologia negli ultimi decenni si è provato a sottolineare il ruolo insostituibile degli umani usando formule come quella della tecnologia centrata sull'uomo

*Human centred artificial intelligence* oppure *Human centred Technology*.

Nel 2019 l'Università di Stanford (USA) crea un istituto per un'intelligenza artificiale centrata sull'uomo (*Stanford Institute for Human-Centred Artificial Intelligence*), esempio seguito da varie altre università, anche italiane. E nello stesso periodo di tempo diventa popolare la formula *Human in the loop*, per sottolineare che non deve esservi decisione che non veda un ruolo riconosciuto all'essere umano nel processo decisionale.

A tale proposito è necessario capire se questa centratura sull'umano e questo ruolo riconosciuto all'umano sia qualcosa di reale, o sia solo una manifestazione di buona volontà.

Si pensi al caso di un robot cognitivo che venga utilizzato in ambito assistenziale. Questa macchina processa un'enorme quantità di dati su canali diversi, da quello classico dei sensori per evitare contatti con cose o persone, a quello dei dati relativi alle immagini fino al canale che riguarda le capacità di dialogo attraverso il linguaggio naturale. Ciascuno di questi canali fa capo a server diversi, dislocati in cloud diversi, in ragione dei dati che devono essere elaborati. I dati sono sia in entrata sia in uscita del robot e la loro elaborazione e restituzione al robot cognitivo guida la sua azione in ambito sanitario o in ambiti sociali diversi. Se si prova a immaginare, per esempio, quale umano oggi possa essere in grado di processare contemporaneamente tutta questa quantità di dati, non si può che giungere alla conclusione che mettere un umano nel loop è impossibile o inutile, perché quell'umano non ha materialmente la capacità di processare tutte quelle informazioni in tempo reale. E allora, cosa

<sup>1</sup> «IDC is a leading global provider of market intelligence, consulting services and events for the information technology, telecommunications and general

technology markets». Si veda: <https://www.idc.com/> (ultimo accesso: 20 marzo 2023).

significherà la centratura sull'umano o che l'umano sia *in the loop*?

Si deve pensare che la centratura su all'umano e l'essere l'umano *in the loop* abbiano un valore simbolico o, meglio, indichino una finalità che gli umani che producono quelle macchine intendono attribuire al sistema. Questa è un'affermazione già più realistica.

La centratura sulle finalità ci interroga su quali siano le modalità di definizione delle finalità e, poi, le modalità di loro realizzazione e di controllo sul fatto che quelle finalità siano effettivamente rispettate e corrispondano, si può dire, alle nostre intenzioni. Nel caso dei robot cognitivi, per esempio, se non si vuol cadere nella contraddizione di sostituire l'umano, che non riesce a processare quella grande quantità di dati di cui si è detto prima, con un sistema artificiale che svolga quella funzione, ampliando così il problema, è necessario immaginare qualcosa di diverso e che garantisca il rispetto di quella finalità di cui si è detto<sup>2</sup>.

Ma allora, se è necessario trovare una forma di controllo e interazione tra l'umano che produce la tecnologia, le finalità della tecnologia che supera l'umano nella capacità di elaborazione delle informazioni e il controllo sulle finalità della tecnologia, alla fine dobbiamo renderci conto che si sta realizzando (o forse è già in parte realizzato) un cambiamento della natura dell'umano che interagisce con questi strumenti. A questo punto la domanda ulteriore diventa: di quale umano stiamo parlando? È un umano fisso nel tempo e nello spazio? O come altrimenti definito? Dopo

<sup>2</sup> Un gruppo interdisciplinare sta lavorando su questi temi presso la Scuola Superiore IUSS di Pavia.

<sup>3</sup> H. THOMPSON, *Questa creatura delle tenebre*, Roma, 2021.

<sup>4</sup> «L'intelligenza artificiale è pronta a cambiare ogni settore dell'economia. Come ci assicuriamo che questa tecnologia aumenti, e non sostituisca, gli esseri umani? Durante la conferenza primaverile dell'HAI,

Darwin non può esservi dubbio circa la non fissità creazionista di cosa sia umano. I dialoghi tra Fitzroy, comandante del brigantino Beagle, e Darwin, che, entrambi da una prospettiva cristiana, si interrogano su se siano umani o meno gli abitanti della Terra del fuoco, così poco simili all'umano europeo sul quale entrambi avevano costruito la loro idea di umano, sono illuminanti e di un interesse straordinario (la ricostruzione è in Harry Thompson, *Questa creatura delle tenebre*, 2021, prima edizione inglese 2005)<sup>3</sup>.

## 6. Tecnologie che arricchiscono l'umano: cyborg?

Possiamo, quindi, accettare l'idea o perlomeno condividere l'osservazione elementare, se volete, che la tecnologia arricchisce l'umano.

L'Università di Stanford (USA) ha dedicato la sua conferenza di primavera 2021 all'*Intelligence Augmentation*, che viene descritta come il modo per far sì che l'intelligenza artificiale non sostituisca gli umani ma aumenti le loro capacità. La conferenza era stata annunciata con queste parole: «Artificial intelligence is poised to change every sector of the economy. How do we ensure that this technology will augment, not replace, humans? During HAI's spring conference, scholars, and industry professionals in the fields of healthcare, education, art, and others will discuss how AI technology can best support humans as they approach critical global challenges»<sup>4</sup>.

Se questo è il caso, la domanda diventa chi sarà il soggetto, il *chi*, di questa trasformazione.

studiosi e professionisti del settore nel campo della sanità, dell'istruzione, dell'arte e altri discuteranno su come la tecnologia dell'IA può supportare al meglio gli esseri umani nell'affrontare le sfide critiche globali» (traduzione dell'autore). Si veda: <https://engineering.stanford.edu/events/hai-2021-spring-conference-intelligence-augmentation-ai-empowering-people-solve-global> (ultimo accesso: 20 marzo 2023).

Un'umanità antistorica non contaminata (dalla tecnologia) semplicemente non è mai esistita, come ci ha ricordato in modo magistrale Carlo Sini<sup>5</sup>. Gli esseri umani, nella loro situazione ed esperienza attuale, assomigliano piuttosto a persone «whose physiological functioning is aided by or dependent upon a mechanical or electronic device»<sup>6</sup>, che è la definizione del dizionario Oxford per cyborg.

Non paia un modo solo suggestivo di porre la questione. Studi recenti mostrano la possibilità di costruire sistemi di IA che siano progettati in modo da essere complementari alle abilità umane, secondo la logica per cui umano+macchina è meglio di solo umano o solo macchina. Un interessante studio condotto in ambito medico indica questa strada:

«*A rising vision for AI in the open world centers on the development of systems that can complement humans for perceptual, diagnostic, and reasoning tasks. To date, systems aimed at complementing the skills of people have employed models trained to be as accurate as possible in isolation* [sottolineatura aggiunta]. *We demonstrate how an end-to-end learning strategy can be harnessed to optimize the combined performance of human-machine teams by considering the distinct abilities of people and machines*»<sup>7</sup>.

Certo, per ora si tratta di un primo passo verso la complementarità in compiti solo di percezione,

diagnostica e di ragionamento, ma è una strada che mi pare molto interessante (e promettente anche in altri campi) e che conferma la tesi sostenuta in questo articolo.

In questa prospettiva realistica, le macchine non distruggeranno l'umanità. Gli esseri umani coevolveranno con le macchine che loro stessi creeranno e che, in un modo o nell'altro, controlleranno anche attraverso regole sociali, etiche e giuridiche. Inoltre, gli umani, integrati con dispositivi meccanici o elettronici, continueranno la loro evoluzione sviluppando il loro autocontrollo come cyborgs<sup>8</sup>.

## 7. Uomini e macchine: e il diritto?

Gli umani e le macchine coevolvono. E il diritto? Evolve anch'esso. Per avere un diritto che sia in grado di instaurare un dialogo con questi cambiamenti profondi che si realizzano nella società e nel suo sviluppo nella sua capacità di sviluppo tecnologico è necessario un diritto che sia consapevole della propria artificialità.

L'idea di coevoluzione e di azione e retroazione nella nicchia ecologica non è una via d'uscita che garantisca che tutto vada per il meglio. È, piuttosto, una chiamata per la nostra responsabilità per le nostre scelte e azioni.

<sup>5</sup> C. SINI, *L'uomo, la macchina, l'automa. Lavoro e conoscenza tra futuro prossimo e passato remoto*, Torino, 2009.

<sup>6</sup> «Il cui funzionamento fisiologico è aiutato o dipendente da un dispositivo meccanico o elettronico» (traduzione dell'autore).

<sup>7</sup> B. WILDER, E. HORVITZ, E. KAMAR, *Learning to Complement Humans*, arXiv:2005.00582v1 [cs.AI], 2020.

<sup>8</sup> Sulla coevoluzione si vedano anche P.J. RICHESONA, R. BOYD, J. HENRICH, *Gene-culture coevolution in the age of genomics*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 107, 2, 2010, 8985–8992; O.R. GOODENOUGH, *Mind viruses: culture, evolution and the puzzle of altruism*, in *Social Science Information*, 34, 2, 1995, 287.



## Biodiritto e innovazioni tecnico scientifiche. Una riflessione nella prospettiva di genere

**Elettra Stradella**

*Professoressa associata di Diritto pubblico comparato, Università di Pisa. Titolare Jean Monnet Chair EUWONDER (European Women's Law and Gender).*

*Mail: [elettra.stradella@unipi.it](mailto:elettra.stradella@unipi.it).*

### 1. Un biodiritto di genere

Diversi sono gli ambiti in cui la tecnica incide sui corpi, e la sua evoluzione rapida è in grado di trasformare le dimensioni stesse della vita, della morte, della salute. In questa relazione tra tecnica e corporeità le sfide poste oggi al biodiritto sono molteplici, e sarebbe impossibile affrontarle tutte nelle brevi riflessioni che seguiranno. Per questa ragione si è scelto di concentrare lo sguardo sulla dimensione che la relazione tra tecnica e corporeità assume nella prospettiva di genere, ritenendo che essa getti una luce particolare sul biodiritto, tanto da configurare oggi un vero e proprio *biodiritto di genere*.

Da questo punto di vista la rilevanza attiene certamente almeno due momenti: quello della riproduzione, articolato in termini di assistenza alla riproduzione e di interruzione volontaria del processo riproduttivo, e quello della auto ed eterodeterminazione del complesso sesso-genere.

### 2. La relazione tra tecnica e corporeità: il momento della riproduzione

Per quanto riguarda il primo profilo del momento riproduttivo, l'assistenza alla riproduzione realizzata attraverso gli strumenti

scientifico-tecnologici trasforma la maternità dall'interno (a) e dall'esterno (b).

(a) Essa potenzialmente rivoluziona il legame inscindibile tra corpo della donna e riproduzione, se si guarda alla prospettiva, non immediata ma configurabile, dell'utero artificiale, com'è noto teorizzata già dalla femminista radicale Firestone quale definitiva liberazione della donna dalla schiavitù riproduttiva, ma, specularmente, anche in quella presente e reale della *surrogacy*, dove il corpo femminile viene reificato fino a diventare contenitore utilizzato e diretto da uomini, e da altre donne, per la realizzazione di una maternità extra-corporea.

Le tecnologie riproduttive sono tema centrale del femminismo, già a partire dalla metà del secolo scorso, basti pensare a *Il Secondo Sesso* di Simone de Beauvoir, dove, in un momento nel quale ancora le tecnologie non operavano sui corpi delle donne con finalità riproduttive, la filosofa individua nella fecondazione assistita lo strumento capace di permettere all'umanità «di dominare la funzione riproduttrice», consentendo alle donne di «ridurre il numero delle gravidanze, integrarle razionalmente nella propria vita, invece di esserne schiava», e di conquistare il dominio sul suo corpo<sup>1</sup>.

Come ricordato, Firestone guarda ancora oltre, invocando l'utilizzo di tecniche riproduttive, quali l'ectogenesi, per salvare le donne dal feroce e ineluttabile destino di dover portare a termine una gravidanza, perché *pregnancy is barbaric*, e barbara è la vicenda del parto<sup>2</sup>. Pur nella consapevolezza del ruolo che le tecnologie svolgono nella riproduzione del potere patriarcale, e dunque nelle dinamiche oppressive, la neutralità della tecnologia dal punto di vista morale viene individuata come base per lo sviluppo di rivendicazioni politiche che abbiano ad oggetto il suo

<sup>1</sup> S. DE BEAUVOIR, *Il secondo sesso*, Milano, 1961.

<sup>2</sup> S. FIRESTONE, *The Dialectic of Sex: The Case for a Feminist Revolution*, New York, 1970.

utilizzo in funzione di una liberazione delle donne dall'oppressione del modello di famiglia costruito intorno alla differenza biologica tra i sessi, e, dunque, finalizzato ad una decostruzione e redistribuzione dei ruoli di genere all'interno della società.

Ma, nell'ambito del ben noto pluralismo dei femminismi, non mancano alcune posizioni particolarmente critiche delle implicazioni derivanti dall'utilizzo delle tecnologie riproduttive, utili ad inquadrare le sfide che queste oggi pongono al biodiritto nella prospettiva di genere.

Si pensi alla posizione di chi sostiene che tali tecnologie e il loro utilizzo rappresentino una forma contemporanea di sfruttamento patriarcale del corpo delle donne, che agirebbe anche sul piano simbolico, in quanto la progettazione di tecnologie in grado di aumentare la capacità riproduttive delle donne consentirebbe agli uomini, il cui controllo sullo sviluppo scientifico e sulla innovazione tecnologica resta preponderante se non esclusivo, di alterare in loro favore le condizioni e i processi biologici che guidano la riproduzione stessa<sup>3</sup>, portando alle estreme conseguenze un processo di controllo maschile sul potere riproduttivo femminile che ha profonde radici storiche, in particolare nel contratto sessuale che il matrimonio rappresenta<sup>4</sup>, e il cui collegamento con la procreazione artificiale bene si evince, proprio dal punto di vista giuridico, in quegli ordinamenti che escludono le donne single e le donne lesbiche dall'accesso alla fecondazione assistita.

<sup>3</sup> G. COREA, *The Mother Machine*, New York, 1985, su cui riflette: A. DI MARTINO, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive: autodeterminazione, salute, dignità*, Milano, 2020. S. FRANKLIN, M. MCNEIL, *Reproductive Futures: Recent Literature and Current Feminist Debates on Reproductive Technologies (a Review Essay)*, in *Feminist Studies*, 14, 3, 1988, 545-560.

Attualmente la questione più complessa che il biodiritto è chiamato ad affrontare è quella della surrogazione di maternità, diversa dalle altre pratiche riproduttive artificiali in quanto portatrice di una sorta di estensione alla capacità naturale umana di riproduzione, «eterointegrazione dell'insufficienza biologica»<sup>5</sup>, ma anche intrinsecamente critica per la sovrapposizione che essa sembra generare tra bene materiale e persona, come sottolineato nel noto manifesto promosso in Francia nel 2015 su *Libération* dalla filosofa Agacinski.

In Italia, com'è noto, il legislatore ha vietato la maternità surrogata attraverso lo strumento del diritto penale, sanzionandola attraverso l'art. 12, c. 6 della l. n. 40/2004, indipendentemente dal fatto che essa si fondi su uno scambio economico oppure su moventi solidaristici, e la stessa Corte costituzionale, in particolare nella sentenza n. 33/2021, ha confermato il divieto mettendo in rilievo come questo si fondi sulla tutela della dignità della donna e sulla necessità di prevenire i rischi di sfruttamento in particolare di quelle donne le cui condizioni sociali ed economiche determinano uno stato di vulnerabilità<sup>6</sup>. La prospettiva intersezionale avrebbe consentito di inquadrare il fenomeno in realtà anche a prescindere dal riferimento alla dignità, di cui è conosciuta, proprio nella riflessione biogiuridica, l'ambivalenza e il connesso pericolo di oggettivizzazione paternalistica di cui è portatrice, nonché a prescindere, almeno in parte, dal tema, che è stato poi centrale nella giurisprudenza

<sup>4</sup> C. PATEMAN, *The Sexual Contract*, Oxford, 1988; R. ROWLAND, *Living Laboratories: Women and Reproductive Technology*, Bloomington, 1992.

<sup>5</sup> A.B. FARAONI, *La maternità surrogata: la natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Milano, 2002.

<sup>6</sup> Si veda, in questa Rivista, S. CECCHINI, *Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale*.



costituzionale, relativo al *best interest of the child* nei suoi rapporti con la coppia che abbia avviato il processo gestazionale in un Paese nel quale la gestazione per altri è lecita, e se ne sia poi presa cura dopo la nascita. Sappiamo che proprio la sentenza n. 33 ha ritenuto i legami del bambino parte integrante della sua identità, indipendentemente dalle caratteristiche della coppia e dal percorso che lo ha condotto a venire al mondo, così come ineludibili sono stati ritenuti i doveri derivanti dall'esercizio della responsabilità genitoriale, d'altra parte la Corte ha posto gli interessi dei bambini in bilanciamento con la legittima finalità dell'ordinamento di introdurre degli strumenti di deterrenza al fine di fornire di dare effettività e concretezza al divieto previsto dalla legge. Le novità relative alle trasformazioni, indicate dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 79/2022, rispetto all'istituto dell'adozione in casi particolari, e la rimozione degli elementi di discriminatorietà dello strumento gravanti sulla condizione personale e giuridica dei bambini coinvolti, in attesa di un intervento sistematico e risolutivo del legislatore, consentono peraltro di spostare la riflessione alla quale il biodiritto è chiamato dal tema pressante della tutela dell'interesse dei minori al riconoscimento della relazione giuridica con il genitore "intenzionale", centrale peraltro nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, all'effettiva qualificazione della surrogazione in una prospettiva di genere attenta a tutti i diritti fondamentali coinvolti<sup>7</sup>, consapevole della necessità di leggere

i diritti delle donne in chiave intersezionale, ma anche capace di aprirsi a differenziazioni ed articolazioni sul piano etico che potrebbero richiedere nuovi dispositivi su quello giuridico – si pensi alla citata questione della surrogazione solidaristica –, poco compatibili con il ricorso indiscriminato al diritto penale, pure invocato, secondo un'attitudine opportunamente definita panpenalistica, da quelle proposte di legge che negli ultimi anni hanno tentato di estendere l'applicazione della legge penale italiana al reato di surrogazione di maternità commesso all'estero, al di là dell'esistente disciplina in materia di reati commessi all'estero<sup>8</sup>

La riproduzione realizzata attraverso la tecnologia trasforma la dimensione corporea della maternità anche dall'esterno (**b**), aprendo la dimensione della genitorialità oltre il legame biologico, e mettendo ulteriormente in discussione l'eteronormatività. Infatti, il fatto stesso che la procreazione artificiale consenta l'omogenitorialità, la rende incarnazione della possibilità di una diversità radicale nella costruzione dei modelli familiari, e motore potenziale di un profondo cambiamento sociale prima<sup>9</sup> e giuridico poi, nella direzione del progressivo superamento, a tutti gli effetti, del fondamento eterosessuale della famiglia. Sappiamo bene che nel nostro ordinamento non è consentito l'accesso alla procreazione medicalmente assistita alle coppie omosessuali, sulla scorta di valutazioni che si richiamano anche significativamente all'*idem sentire*, e dunque all'idea che il diritto debba tenere conto del

<sup>7</sup> G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, in *Questione Giustizia*, 7 giugno 2022.

<sup>8</sup> M. PELLISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)*, Camera dei deputati, in *Sistema penale*, 29 giugno 2021; proposte dello stesso tenore sono state peraltro ripresentate nell'attuale legislatura, ci si riferisce

in particolare a A.C. 887, presentato dall'on. Varchi (Fdl), attualmente in esame in Commissione Giustizia.

<sup>9</sup> C. BERTONE, *Il fascino discreto delle famiglie omogenitoriali: dilemmi e responsabilità della ricerca*, in *Rivista sulle trasformazioni sociali*, 9, 1, 2015, e C. BERTONE, *Spazi locali per le politiche antidiscriminatorie LGBT+: opportunità e limiti del contesto presente*, in E. Stradella, *Le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere*, Pisa, 2019.



socialmente possibile e dell'auspicabile: la sentenza n. 221/2019 ha dichiarato non fondate le questioni relative alla limitazione dell'accesso alle tecniche di PMA alle coppie formate da persone di sesso diverso, non ritenendo tale scelta ingiustificata o irrazionale soprattutto in quanto assunta anche in relazione al grado di accettazione sociale, presente al momento dell'approvazione della legge n. 40/2004, del fenomeno dell'omogenitorialità. Nella sentenza n. 230/2020 ha ribadito che non esiste un diritto costituzionalmente riconosciuto all'omogenitorialità, e dunque spetta semmai al legislatore disciplinare il fenomeno enunciando e garantendo i relativi diritti. D'altra parte, l'esistenza stessa dell'opportunità, per quanto astratta o giuridicamente preclusa, la possibilità tecnologica che si fa posizione soggettiva, alterano il confronto teorico, il dibattito politico e dottrinale, e incidono inevitabilmente sul quadro normativo. In un modo che in parte altera la dimensione corporea del biodiritto, producendo una criticata «uniformazione delle istanze di genitorialità delle coppie omosessuali [...] attraverso la cancellazione della differenza sessuale nella procreazione e nelle differenze nel modo in cui si viene al mondo»<sup>10</sup>. Il biodiritto, proprio attraverso un'analisi attenta alle specificità delle tecniche, e all'impatto delle innovazioni scientifiche e tecnologiche nell'ambito riproduttivo, è chiamato a mostrare le differenze scongiurando l'omologazione, e da questo punto di vista sembra essenziale il valore bioetico e biogiuridico della distinzione tra maternità lesbica attraverso la fecondazione eterologa e maternità surrogata. Venendo al secondo profilo del momento riproduttivo, nuovi confini di un tema tradizionale,

<sup>10</sup> S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2015, 1 ss; E. OLIVITO, *(Omo)genitorialità*

quale quello dell'interruzione volontaria della gravidanza, interrogano il biodiritto.

L'aborto volontario, che della tecnologia e della scienza ha bisogno, proprio dalle innovazioni tecnico-scientifiche è reso per un verso più difficile da regolare, diventando l'elemento che negli Stati Uniti viene definito della *viability* (com'è noto, la capacità del feto di sopravvivere al di fuori del corpo della madre), sempre più incerto e soggetto a rapidi mutamenti, per altro verso esse fungono in alcuni casi, nel discorso politico, sotto forma di "incertezza medico scientifica" o di vera e propria *fake news* parascientifica, da strumento di battaglia *anti-choice* (più che *pro-life*).

Basti pensare, negli Stati Uniti, a quando il Chief Justice Roberts *concurring in judgment* in *June Medical Services, LLC v. Russo* (591 U.S. 1101 (2020), 2136) cita la sentenza *Gonzales v. Carhart* (550 U.S. 124, 163 (2007)), che aveva ritenuto costituzionale una legge federale del 2003, il *Partial Birth Abortion Ban Act*, con la quale si vietava ai medici di ricorrere a una tecnica abortiva particolarmente cruenta, utilizzabile nel secondo trimestre della gestazione, per ricordare che è il potere legislativo, a livello statale e federale, ad essere dotato della più ampia discrezionalità regolativa in tutti quegli ambiti in cui non esistono certezze medico-scientifiche.

Proprio la questione delle presunte incertezze medico-scientifiche rappresenta terreno fertile per un discorso politico, ma anche giurisprudenziale, che si appropria in modo fortemente distorsivo dell'approccio *evidence-based* tipicamente nord-americano, riprendendo quegli argomenti pseudo-femministi che a partire dagli anni Ottanta avevano spostato il baricentro degli

*intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga*, in *Rivista AIC*, 2, 2021, 142.



interventi antiabortisti dalla rappresentazione, e conseguentemente tutela, del feto come persona, alla vittimizzazione della donna che abortisce compromettendo la sua salute fisica e mentale<sup>11</sup>.

### 3. La relazione tra tecnica e corporeità: il momento della auto ed eterodeterminazione del complesso sesso-genere

Un ultimo aspetto a cui si intende dedicare qualche riflessione è quello relativo all'auto ed eterodeterminazione del complesso sesso-genere.

Il momento della identificazione di genere è forse quello in cui più di ogni altro si manifesta la rilevanza dei corpi per il diritto, e condiziona larga parte delle relazioni giuridiche, oltre che sociali, essendosi realizzata la progressiva definizione, nell'alveo dei diritti connessi alla personalità, alla dignità umana, e all'autodeterminazione quale momento di decisione sui percorsi di sviluppo della propria personalità, di un diritto all'autoidentificazione di genere. Un diritto che, d'altra parte, sappiamo che lo stesso legislatore italiano ha tradotto fin dagli Ottanta quando, con uno dei primi interventi legislativi in Europa, ha disciplinato la rettificazione del sesso attribuendo riconoscimento giuridico al transessualismo, e che ha poi assunto una connotazione progressivamente più psico-sociale che biologica attraverso il superamento, sia in Italia che in Europa, dell'obbligo di intervento chirurgico, e dell'effettiva irreversibilità della scelta di transizione da un sesso all'altro corroborata dalla necessaria sterilizzazione. Com'è noto la Corte costituzionale con la sentenza n. 221/2015 ha ricavato, all'interno dell'ordinamento italiano, del sistema costituzionale e convenzionale, un

«diritto all'identità di genere quale elemento costitutivo del diritto all'identità personale, rientrante a pieno titolo nell'ambito dei diritti fondamentali della persona» garantiti dall'art. 2 della Costituzione e dall'art. 8 della CEDU.

Pur non essendo rinvenibile, a mio avviso, un collegamento diretto tra tutela del principio di autodeterminazione, diritti della personalità e c.d. diritto ad essere sé stessi, e superamento dell'approccio binario che ha caratterizzato e ancora caratterizza le Costituzioni e le legislazioni europee ed extraeuropee, indubabilmente se nel diritto ad essere sé stessi, e nell'identità di genere, si ricomprende l'esperienza di sé come soggettività non riconducibile a nessuno dei due generi "istituzionalizzati", allora deve essere preso in considerazione il problema delle diverse possibili modalità di riconoscimento delle soggettività non binarie alla luce di tutti i diritti fondamentali e gli interessi costituzionali coinvolti, a partire da quello al definitivo superamento delle gerarchie di genere e ad una effettiva eguaglianza tra donne e uomini.

Peraltro, il superamento stesso del binarismo può assumere forme e manifestazioni diverse: da un approccio "aggiuntivo/integrativo", che introduca all'interno degli ordinamenti giuridici ipotesi di riconoscimento di genere ulteriori oltre a M e F (come è avvenuto, in Europa, in particolare in Germania e in Austria), un approccio che deriva in particolare dalle esigenze dei soggetti intersessuali, alle quali si associano emergenti diritti e interessi di rango costituzionale, situazioni in cui sono proprio i corpi "naturali" a chiedere riconoscimento e visibilità, fino ad un approccio "disgregativo", o *queer*, che miri ad una eliminazione del genere quale elemento di riconoscimento, di classificazione, o in qualsiasi modo

<sup>11</sup> S. MANCINI, *Il canarino nella miniera del liberalismo: i diritti riproduttivi nell'America di Trump*, in *BioLaw Journal*, 2, 2021, 257 ss.

rilevante per gli ordinamenti giuridici, e che tende quindi a spogliare i corpi di qualsiasi portato normativo (con i problemi che questo comporterebbe per il venir meno della possibilità giuridica di pensare le asimmetrie che hanno caratterizzato la storia degli ordinamenti giuridici, e di agire con misure sullo schema delle “azioni positive”).

In questo senso si pongono evidentemente due questioni in relazione al rapporto tra biodiritto e tecnologia: da un lato quella legata alla definizione di un *habeas corpus* di genere che riporti al centro il tema della non interferenza del potere pubblico sui corpi, cruciale nella tutela delle persone intersessuali<sup>12</sup>, dall’altro quella relativa al rapporto tra diritto come artificio e diritto come trasposizione di ciò che è naturale<sup>13</sup>, poiché la

condizione della persona transessuale sembra mostrare come la tecnologia (qui intesa in senso ampio quale tecnica applicata alle condizioni di vita dell’essere umano, comprensiva dunque, tra l’altro, delle terapie farmacologiche) possa indurre il diritto a spostarsi variamente sulla linea che lega natura e artificio; mentre la rivendicazione della soggettività fluida o *queer* pone la tecnologia sotto una diversa luce, mostrando per un verso la possibile prevalenza della volontà e l’indipendenza dell’identità sui corpi visibili, “naturali” e sull’impatto che le trasformazioni tecnologiche sono in grado di esercitare sugli stessi, per altro aprendo ad una visione transumanistica che pone proprio la tecnologia al centro di un processo di riprogettazione della condizione umana<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> A. LORENZETTI, *Frontiere del corpo, frontiere del diritto: intersessualità e tutela della persona*, in *BioLaw Journal*, 2, 2015, 109 ss.; P. VERONESI, *Corpi e questioni di genere: le violenze (quasi) invisibili*, in *GenIUS*, 2, 2020.

<sup>13</sup> A. D’ALOIA, *Il terzo sesso*, in *formucostituzionale.it*, 24 aprile 2014.

<sup>14</sup> S. YOUNG, *Designer Evolution: A Transhumanist Manifesto*, New York, 2006.

## Brevi note su Europa e il Biodiritto

**Lorenzo Chieffi**

*Professore ordinario di diritto pubblico e costituzionale, Università della Campania Luigi Vanvitelli. Mail: [lorenzo.chieffi@unicampania.it](mailto:lorenzo.chieffi@unicampania.it).*

### 1. Il problematico approccio per le questioni eticamente sensibili

L'approfondimento degli interventi realizzati dall'Unione Europea nel variegato e multidisciplinare comparto delle scienze biomediche, pur mostrando un progressivo interesse per i numerosi temi al centro del dibattito biogiuridico, denota la permanenza di insuperabili distanze tra gli Stati membri su talune questioni eticamente sensibili.

La presenza di un differente approccio culturale, a conferma di un pluralismo di posizioni presenti all'interno del Vecchio continente *unito nella diversità*, ha di fatto ostacolato l'adozione di una disciplina normativa uniforme a livello sovranazionale, di natura vincolante, diretta a risolvere casi riguardanti l'inizio della esistenza umana, con riferimento all'aborto e alla fecondazione assistita, e la sua fine, dall'aiuto al suicidio, all'eutanasia attiva. Analogamente ha riguardato lo stesso riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali, così da porle al riparo da ingiustificate discriminazioni.

Questi persistenti impedimenti all'introduzione di fonti del diritto derivato hanno perciò condotto il Parlamento europeo (da ora in poi P.E.) a svolgere un'attività di indirizzo e di *moral suasion* nei confronti degli Stati membri,

avvalendosi di Risoluzioni e Raccomandazioni, per indurli a adottare, in piena autonomia, discipline legislative interne a tutela dei diritti della donna e dello stesso morente.

Rappresenta effetto degli stimoli provenienti dal diritto sovranazionale<sup>1</sup> la progressiva valorizzazione da parte dell'Italia e della Spagna della volontà in precedenza espressa da parte del malato terminale. Accanto al riconoscimento del diritto di interrompere l'impiego di strumenti di sostegno vitale secondo quanto dichiarato, ora per allora, all'interno di Disposizioni anticipate di trattamento<sup>2</sup> o di *Instrucciones previas*<sup>3</sup>, tale apertura alla libertà del singolo di disporre del proprio corpo, fino alle estreme conseguenze, ha reso possibile, in presenza di specifiche condizioni di sofferenza fisica o psicologica, anche l'aiuto al suicidio<sup>4</sup> e la stessa eutanasia attiva<sup>5</sup>, in modo da ripercorrere l'esperienza consolidatasi in altri Paesi del Nord Europa, come l'Olanda, il Belgio e il Lussemburgo e non solo.

In altra direzione, questa volta con diversa capacità impositiva, la sensibilità per la promozione dei valori fondamentali, come l'eguaglianza e il rispetto della dignità umana, sanciti dall'art. 2 del Trattato istitutivo, ha invece indotto la Commissione europea ad avviare, nel mese di luglio 2021, una procedura di infrazione nei confronti degli Stati (come la Polonia e l'Ungheria) che avevano adottato leggi limitative della libertà di manifestazione del pensiero e del diritto all'informazione, con effetti chiaramente discriminatori per quanti dichiarassero un diverso orientamento sessuale, in violazione degli artt. 11 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione

<sup>1</sup> Risoluzioni del P.E. del 25 aprile 1991 e del 28 aprile 1997, cui occorre certamente aggiungere la Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina del Consiglio d'Europa, sottoscritta ad Oviedo il 4 aprile 1997.

<sup>2</sup> Legge n. 219/2017.

<sup>3</sup> Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

<sup>4</sup> Corte Cost. sentenza n. 242/2019.

<sup>5</sup> Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo.

Focus on  
 europea<sup>6</sup>. In particolare, l'accertamento istruttorio intrapreso da Bruxelles ha riguardato quei provvedimenti statali che intendevano limitare l'accesso ai minori di 18 anni a materiali didattici o a servizi audiovisivi in cui fosse descritta la cosiddetta «divergenza tra la propria identità e il sesso attribuito alla nascita, il cambiamento di sesso o l'omosessualità», ovvero consentire (in Polonia) l'adozione, da parte di Regioni e Comuni, di misure sulle cosiddette «zone libere da ideologia LGBTIQ».

Analoga condanna, da parte del Parlamento europeo era rivolta allo Stato polacco<sup>7</sup>, a seguito di una sentenza pronunciata il 22 ottobre 2020 (K1/20), dal Tribunale Costituzionale di questo Paese, cui ha fatto pure seguito una legge di eguale tenore restrittivo che impone un divieto di interruzione volontaria della gravidanza pressoché assoluto mettendo a repentaglio la salute sessuale e riproduttiva delle donne, anche per le conseguenze degli aborti clandestini cui sarebbero costrette.

Ma al di là di questi richiami di natura politica, in grado comunque di condurre, a seguito di una procedura di infrazione, ad una condanna del Paese inadempiente, la promozione dei diritti fondamentali da parte dell'U.E. è stata realizzata, sia pure indirettamente, e soprattutto in via giurisdizionale, attraverso lo svolgimento dei suoi compiti originari che privilegiano lo sviluppo di uno spazio economico libero, informato ai principi del mercato e della concorrenza, nel rispetto dei necessari livelli di protezione sociale. Il riconoscimento del diritto di godere di diritti previdenziali e di accedere a servizi pubblici essenziali, come consentiti dalle politiche europee

<sup>6</sup> [https://commission.europa.eu/aid-development-cooperation-fundamental-rights/your-rights-eu/eu-charter-fundamental-rights\\_it](https://commission.europa.eu/aid-development-cooperation-fundamental-rights/your-rights-eu/eu-charter-fundamental-rights_it).

<sup>7</sup> Risoluzioni del P.E. del 9 giugno e del 7 luglio 2022.

<sup>8</sup> Corte di Giustizia, Grande Sezione, 19 dicembre 2019, *Associazione One of Us e a.*, C-418/18 P.

di promozione dei *welfare* sanitari, ha infatti spinto in numerosi casi la Corte di Lussemburgo a valorizzare la stessa autodeterminazione fisica (*habeas corpus*) e informativa (*habeas data*) dell'individuo coerentemente al catalogo assiologico contenuto nei Trattati istitutivi.

Con riguardo, ad esempio, alle più divisive questioni relative all'inizio della vita umana, derivanti dal ricorso all'interruzione volontaria della gravidanza o a tecniche di fecondazione assistita, il difficile raggiungimento di una posizione comune, non ha fatto velo ad una giurisprudenza di questa Corte che, con l'intento di migliorare la sicurezza dei servizi sanitari e conseguentemente ridurre la mortalità delle madri provocata da aborti non sicuri, è giunta a porre in risalto l'autonomia di decisione della donna<sup>8</sup>. Analogo obiettivo era raggiunto, a seguito di un ricorso promosso da una Associazione antiabortista irlandese, attraverso il riconoscimento, «tra i servizi consentiti dall'art. 60 del Trattato CE», dell'attività medica svolta per consentire l'interruzione della gravidanza che avrebbe potuto essere normalmente eseguita dietro retribuzione «nell'ambito di una libera professione per intervento medico» e «in conformità al diritto dello Stato» interessato<sup>9</sup>.

L'intento di tutelare i diritti della donna, avverso qualunque effetto discriminatorio determinato dalla scelta di maternità, ha pure ispirato l'ulteriore pronuncia della Corte di Giustizia<sup>10</sup> che ha dichiarato illegittimo, per essere fondato sul sesso, il licenziamento di una lavoratrice che si trovava «in una fase avanzata di un trattamento di fecondazione in vitro (..), tra il prelievo follicolare e il trasferimento immediato degli ovuli

<sup>9</sup> Corte di Giustizia, 4 ottobre 1991, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd*, causa C-159/90.

<sup>10</sup> Corte di Giustizia, 26 febbraio 2008, *Sabine May*, causa C-506/06.



fecondati in vitro nel suo utero», a condizione che si fosse «dimostrato che il licenziamento» era basato «essenzialmente sul fatto che l'interessata» si era «sottoposta a tale trattamento». Relativamente invece alla tutela dei diritti delle persone omosessuali, la perdurante assenza di una normativa europea a contenuto vincolante, per le ragioni etiche in precedenza enunciate, ha progressivamente condotto la giurisprudenza europea a condannare qualunque discriminazione fondata sull'orientamento e sulle tendenze sessuali nei luoghi di lavoro, in riferimento ai livelli di retribuzione assicurati, alle opportunità (ferie retribuite, permessi per ragioni familiari) consentite a quanti avessero contratto matrimonio, ai requisiti per accedere ad una assunzione<sup>11</sup>. Nella stessa direzione si inoltrano le sentenze di questo giudice che hanno riconosciuto diritti previdenziali di tipo pensionistico al ricorrente il cui partner, con il quale era intercorsa un'unione solidale, fosse deceduto<sup>12</sup> ovvero che hanno inteso assicurare il ricongiungimento del cittadino di uno Stato terzo legalmente sposato con un cittadino dell'Unione dello stesso sesso, conformemente alla legge di uno Stato membro diverso dallo Stato ospitante<sup>13</sup>.

## 2. La progressiva attenzione dedicata dall'U.E. per le questioni di Bioetica *pratica* o *quotidiana*

Con riguardo invece al profilo prestazionale dell'impegno europeo, appartenente all'impostazione *pratica* o *quotidiana* dell'analisi bioetica<sup>14</sup>, un crescente interesse allo sviluppo dei

*welfare* sanitari ha dato la spinta, in presenza della grave crisi pandemica da Covid-19 di dimensione planetaria, ad un maggiore protagonismo degli organi di governo dell'Istituzione sopranazionale. Tale dinamismo, che negli auspici della Presidente della Commissione europea, Ursula von der Leyen, dovrebbe condurre ad una «forte Unione europea della salute», ha consentito l'acquisto congiunto dei necessari farmaci per l'avvio della campagna vaccinale accanto alla destinazione di ingenti risorse economiche agli Stati membri attraverso l'impiego di numerose linee di finanziamento che vanno dal Pepp (*Pandemic Emergency Purchase Programme*), avviato nel marzo 2020, al MES (*Meccanismo europeo di stabilità*), introdotto nel 2012 mediante trattato intergovernativo e diretto a fornire assistenza ai Paesi della zona euro in gravi difficoltà finanziarie, ai prestiti del fondo SURE (*Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency*), elaborato dal *Council Regulation* EU 2020/672 del 19 maggio 2020. Più recenti sono gli impegni assunti dall'U.E. attraverso il *NextGenerationEu*, comprensivo del *Recovery Fund*<sup>15</sup>, operativo dal 2021 al 2024 con il compito di affiancare il budget pluriennale approvato per il 2021-2027, e il successivo Regolamento UE/2021/522 del P.E. e del Consiglio, del 24 marzo 2021, che istituisce un programma d'azione dell'Unione in materia di salute per il periodo 2021-2027.

Il ricorso alla leva finanziaria ha rappresentato un'importante tappa del coordinamento delle politiche sanitarie, da più parti auspicato. Con l'intento di porre rimedio alla improvvisa e imprevedibile emergenza epidemiologica, la regia

<sup>11</sup> *Ex multis*, Corte di Giustizia, 12 dicembre 2013, *Frédéric Hay*, causa C-267/12, EU:C:2013:823; 23 aprile 2020, *NH*, causa C-507/18, *NH*, EU:C:2020:289.

<sup>12</sup> *Ex multis*, Corte di Giustizia, 27 aprile 2006, *Richards*, causa C-423/04, *Jürgen Römer*, causa C-147/08, EU:C:2011:286; 1 aprile 2008, *Tadao Maruko*, causa C-267/06, EU:C:2008:179.

<sup>13</sup> Corte di Giustizia, 5 giugno 2018, *Relu Adrian Coiman e a.*, causa C-673/16, EU:C:218:385.

<sup>14</sup> G. Berlinguer, *La bioetica quotidiana*, Firenze, 2000.

<sup>15</sup> Regolamento UE/2021/241, del P.E. e del Consiglio del 12 febbraio 2021, cui si deve l'istituzione del dispositivo per la ripresa e la resilienza.



Focus on  
 europea si è proposta di assicurare l'adeguamento dei servizi sanitari nazionali, a cominciare dal rafforzamento delle terapie intensive e della medicina di base o comunitaria, con indubbe potenzialità per la prevenzione delle malattie e la riduzione delle distanze interterritoriali.

Lo svolgimento di un'attività di coordinamento, di indirizzo e di scambio tra gli Stati di buone pratiche, in questo settore dei servizi pubblici essenziali, rientrando tra quelli di tipo concorrente, attraverso interventi prevalentemente economici il cui obiettivo è quello di assicurare «un livello elevato di protezione della salute umana» (art. 168.1 TFUE), non potrebbe in alcun modo interferire nelle competenze riconosciute agli Stati membri in materia sanitaria, cui spettano la decisione sull'organizzazione e il funzionamento delle strutture dedicate alla realizzazione delle attività assistenziali.

In aggiunta al supporto offerto nelle modalità che precedono, l'apertura allo sfruttamento economico dei risultati della ricerca nel campo della biomedicina ha anche sollecitato il legislatore europeo a rivolgere lo sguardo alle ingerenze che potrebbero derivare da queste attività nella autonomia di decisione del malato e nella stessa riservatezza dei suoi dati sensibili (sanitari) e sensibilissimi (genetici), così da porli al riparo da qualunque irragionevole diffusione<sup>16</sup>.

Va in questa direzione anche il Regolamento n. 536 del P.E. e del Consiglio del 16 aprile 2014 sulla sperimentazione clinica dei farmaci per uso umano, approvato in adempimento degli obiettivi perseguiti dal Trattato sul funzionamento dell'U.E. all'art. 114 (capo 3, sul riavvicinamento legislativo) e all'art. 168, par. 4, lett. c (contenuto nel Titolo XIV, dedicato alla sanità pubblica). Pur non pregiudicando l'autonomia degli Stati membri di decidere le misure volte a perseguire

<sup>16</sup> Regolamento UE/2016/679, del P.E. e del Consiglio del 27 aprile 2016.

l'illecita esecuzione della pratica sperimentale, tale fonte del diritto derivato manifesta, attraverso l'introduzione di norme di dettaglio immediatamente applicabili, la maturazione di una volontà europea verso una più intensa omogeneizzazione della normativa di riferimento.

Particolare attenzione viene quindi riservata alla salvaguardia dei diritti (a cominciare dalla tutela della riservatezza dei dati personali, comprensivi di quelli genetici), sicurezza, dignità e benessere dei soggetti sottoposti ad un protocollo sperimentale che dovrà essere sviluppato per ottenere «dati affidabili e robusti», ritenuti prevalenti su qualunque altro interesse (art. 3) sia esso scientifico che economico.

In aggiunta ad una puntuale individuazione del contenuto delle informazioni da fornire al soggetto interessato o al suo rappresentante legale, nell'impossibilità del primo di esprimere direttamente la sua volontà (art. 29), vengono quindi dettate ulteriori norme per consentire un'adeguata espressione del consenso in presenza: di sperimentazioni nell'ambito di *cluster trials* (art. 30), di sperimentazioni cliniche su soggetti incapaci (art. 31), su minori (art. 32), su donne in gravidanza o allattamento (art. 33), di sperimentazioni cliniche in situazioni di emergenza (art. 35). Sempre con l'intento di rinvenire un giusto punto di equilibrio tra perseguimento degli interessi economici, consentiti dallo sfruttamento della conoscenza, e la salvaguardia dei valori personalistici, la stessa regolamentazione della brevettabilità di sequenze o sequenze parziali di un gene ovvero di embrioni umani per un loro impiego a fini industriali e commerciali, fintantoché permangano allo stadio di *partenote*, prodotto della partenogenesi e privo delle potenzialità di sviluppo umano<sup>17</sup>, si propone, come obiettivo non secondario, di impedire un'inaccettabile

<sup>17</sup> cfr. Direttiva 98/44/CE, 6 luglio 1998, del P.E. e del Consiglio.



reificazione della vita nascente, di cui dovrà essere preservata la dignità<sup>18</sup>.

In altro settore della ricerca, quello agroalimentare, da cui potrebbero derivare ricadute per la salute umana, per la biodiversità e per gli stessi diritti delle generazioni future, analogo impegno cautelare, attraverso l'applicazione del principio precauzionale e dello sviluppo sostenibile, è stato riservato dall'U.E. alla diffusione degli OGM.

Nonostante il possibile miglioramento della produzione agricola e il risanamento dell'ambiente inquinato, reso possibile dall'impiego di materiale genetico che abbia subito alterazioni, la normativa europea ne delimita comunque la circolazione negandone l'autorizzazione all'immissione in commercio in assenza di un'adeguata e sufficiente dimostrazione della loro innocuità e dei vantaggi «sul piano nutrizionale» rispetto al prodotto «che si intende sostituire»<sup>19</sup>.

### 3. Considerazioni conclusive

Dalla rapida e sintetica rassegna delle problematiche in precedenza esposte appare evidente l'impegno dedicato dall'U.E. per consentirne la soluzione, nonostante gli impedimenti legati all'autonomia di decisione degli Stati membri per questioni, di indubbia rilevanza etica, che attengono alla protezione della vita nascente e alla prosecuzione della propria esistenza da parte del malato terminale.

Soprattutto a seguito della introduzione di nuove applicazioni tecnologiche in delicati settori della conoscenza umana, suscettibili di proficuo sfruttamento economico, significativa è stata

l'attenzione dedicata per le possibili ricadute sull'individuo e sulla comunità di appartenenza, all'esito di una giurisprudenza della Corte di Lussemburgo elaborata sovente in collaborazione con la stessa Corte EDU che ha fornito alla prima, con le sue pronunce, importanti spunti di riflessione.

Pur continuando a perseguire i suoi obiettivi originali, che privilegiano lo sviluppo di uno spazio economico libero, informato ai principi del mercato e della concorrenza, il processo di integrazione ha quindi incrementato, coerentemente alle innovazioni introdotte nei Trattati istitutivi, la precipua sensibilità sia per le politiche sociali nel campo sanitario che per la stessa tutela dei diritti soggettivi minacciati dall'impiego di innovative tecnologie elaborate nel comparto della medicina.

La convergenza verso un unico obiettivo garantistico da parte dei due organismi sovranazionali – l'U.E., appunto, e il Consiglio d'Europa –, all'esito dell'adozione di diverse Carte dei diritti<sup>20</sup> e della spinta esegetica offerta dal diritto giurisprudenziale, ha contribuito, proprio grazie all'impegno dedicato alla tutela dei valori personalistici, ad una progressiva *costituzionalizzazione* dei diritti a livello europeo.

La valorizzazione da parte della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E., poi inserita all'interno del Trattato di Lisbona del 2007, della libertà di cura del paziente, al riparo da un incauto impiego delle applicazioni biomediche, a cominciare da quelle di tipo genetico, oltre che da un inopportuno sfruttamento economico di parti separate del corpo umano (art. 3), ha rappresentato, in questa direzione, un significativo motore

<sup>18</sup> cfr. Corte di Giustizia, Grande Sezione, 18 ottobre 2011, *Oliver Brüstle*, causa C-34/10 e 18 dicembre 2014, *International Stem Cell Corporation*, causa C-364/13.

<sup>19</sup> Regolamento CE n. 1829/2003 del P. E. e del Consiglio del 22 settembre 2003 e Regolamento CE n.

1830/2003 del P.E. e del Consiglio, del 22 settembre 2003.

<sup>20</sup> Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina del Consiglio d'Europa, sottoscritta a Oviedo il 4 aprile 1997, alla Carta di Nizza del 7 dicembre 2000.

esegetico di cui si sono avvalsi, sia pure con diversa capacità impositiva, gli organi di governo sovranazionale e la stessa Corte di giustizia.

Nel rispetto della teoria dei *controlimiti* e del cd. *marginale di apprezzamento nazionale*, che comprovano la persistenza di un pluralismo valoriale per questioni eticamente sensibili e ancora

divisive, in non pochi casi tali progressi interpretativi, elaborati a livello europeo, hanno pure rappresentato un importante stimolo per interventi solo in seguito realizzati da legislatori e giudici statali a conferma, questa volta, di una collaborazione di tipo *verticale*.

Focus on



## L'evoluzione del rapporto tra cittadinanza e Medicina

**Luciano Orsi**

*Medico palliativista, direttore scientifico della Rivista italiana di cure palliative, Crema. Mail: [orsiluciano@gmail.com](mailto:orsiluciano@gmail.com).*

### 1. Diritto del malato ad una informazione corretta e al suo coinvolgimento nel processo decisionale

Negli ultimi decenni si è assistito ad una progressiva attuazione del diritto del malato ad ottenere un'informazione adeguata ai suoi bisogni e veritiera sulle sue condizioni di malattia; parallelamente si registra un crescente suo attivo coinvolgimento nel processo decisionale. Tale andamento è correlabile al lento tramonto (purtroppo non ancora completo) del paternalismo medico, che viene progressivamente sostituito da un modello di medicina ispirato alla condivisione decisionale. Peraltro, il cittadino malato e i suoi familiari sono sempre più consapevoli di tali diritti anche se il quadro in merito non è omogeneo. Infatti, vi sono, accanto ad una maggioranza di malati che richiede informazioni diagnostiche e prognostiche puntuali per poi poter rivestire un ruolo realmente attivo nel processo decisionale, anche una minoranza di malati che rimane più propensa ad affidarsi ai sanitari (o ai loro cari) nell'acquisire le informazioni sulla propria malattia, finendo con il delegare le decisioni finali ai sanitari o familiari di fiducia. Il quadro si complica ulteriormente poiché lo stesso malato può oscillare, durante il percorso di malattia, tra i due suddetti atteggiamenti.

In modo analogo, anche i familiari non hanno un orientamento omogeneo poiché vi è una maggioranza di familiari ancora attestati su atteggiamenti francamente familistici che ostacolano sia

l'informazione corretta e veritiera del malato che il suo reale coinvolgimento nelle decisioni assunte. Viceversa, una rilevante minoranza di familiari è propensa a non infantilizzare il malato e a non ostacolare la sua informazione e il suo ruolo attivo nella presa di decisioni. Come il paternalismo medico, anche il familismo (falsamente e ingenuamente protettivo nei confronti del malato) è in fase di tramonto anche se rimane per molti versi incompiuto.

### 2. Atteggiamento della società verso la Medicina, la Sanità e la Scienza

Anche in questo settore il panorama è molto variegato poiché coesistono nella società almeno tre posizioni dei cittadini sia nel ruolo di malati che di familiari. La prima, fortunatamente prevalente, è una posizione che prevede una fiducia di fondo verso la Medicina, la Sanità e la Scienza (fiducia non cieca e che pertanto richiede di essere via via confermata in un percorso di cura). Tale fiducia prevede inoltre il coltivare attese ragionevoli e l'assunzione di una qualche responsabilità nella condivisione della cura. Una seconda posizione, relativamente minoritaria, è invece più orientata ad una fiducia molto più circospetta, con attese eccessive che non raramente sfociano in pretese anche espresse in modo perentorio, e con scarsa propensione ad accettare responsabilità nella condivisione decisionale e nella attuazione del percorso di cura. La terza posizione, sicuramente minoritaria, è rappresentata da cittadini che hanno una forte o addirittura radicale sfiducia nella Medicina, nella Sanità e nella Scienza associandola a pretese assolutamente irrealistiche ed a completo scarico di responsabilità sui sanitari e sulle istituzioni.

Queste tre posizioni erano da tempo ben visibili nei normali percorsi di cura e si sono chiaramente evidenziate nella tragica vicenda

Focus on  
 pandemica Covid-19, soprattutto nei confronti delle misure di contenimento infettivo e nelle vaccinazioni. Le posizioni, per nulla sopite, No-Mask, No-Vax, ne sono un drammatico e indiscutibile esempio.

Nella declinazione delle suddette tre posizioni va inserito anche l'atteggiamento del cittadino verso il rivestire un ruolo più o meno attivo nelle faccende che riguardano la salute. La disponibilità nel mettersi in gioco e partecipare responsabilmente alle scelte e alla attuazione della cura oscilla da atteggiamenti molto attivi (ad esempio collaborando con sanitari nell'informazione del malato, nell'accettare le liste di attesa o gli inevitabili rischi di ogni terapia o trattamento, ecc.) a atteggiamenti di chiusura (ad esempio alimentando la congiura del silenzio, rifiutando o tentando di aggirare le liste di attesa, rifiutando di accettare i rischi di effetti collaterali delle terapie, ecc.). In senso più lato, tali oscillazioni nel rivestire un ruolo attivo e nel farsi carico delle decisioni si correla alla difficoltà di uscire da una logica autocentrata (che privilegia i propri diritti scotomizzando i propri doveri) per entrare in una auspicabile logica eterocentrata (che comprende anche un tener in adeguato conto le esigenze e i diritti della comunità).

### 3. Attitudini e comportamenti dei professionisti sanitari

Nella gran parte delle équipes sanitarie coesistono residui più o meno consistenti di paternalismo medico e di orientamenti riduzionistici (malattia vista come pura patologia – *disease* – soprattutto per un ritardo nella formazione di base e specialistica), ed una crescente attuazione di un modello di medicina delle scelte condivise

<sup>1</sup> E. PULICE, A. C. VARGAS, *Laboratorio dei Diritti Fondamentali. Pluralismo etico e conflitti di coscienza nell'attività ospedaliera. Volume secondo. Le scelte di*

con il malato visto più globalmente come persona affetta da un'*illness*.

Anche la pratica della limitazione terapeutica dei trattamenti futili o eticamente sproporzionati incontra difficoltà ad essere diffusamente praticata perché, anche se è sicuramente più accettata a livello teorico rispetto a due o tre decenni fa, la sua attuazione crea problemi, soprattutto in ambiti lontano dalle cure palliative o dalla medicina intensiva. Si veda a questo proposito un'attenta descrizione del fenomeno della pratica quotidiana della desistenza terapeutica fornito dalla ricerca sul campo condotta recentemente da E. Pulice e A. C. Vargas<sup>1</sup>.

### 4. Opinioni e visioni del fine vita nella Società e nella Medicina

Anche in questo ambito tematico coesistono opinioni, aspirazioni e atteggiamenti contrastanti. Sia fra i malati ed i loro familiari che fra i professionisti sanitari si intrecciano polarità opposte in tema di fine vita che vedono, da un lato, il rifiuto di accettare la terminalità e le cure palliative, con persistenza di oppiofobia e richieste di "fare sempre tutto fino alla fine", e, dall'altro, una crescente accettazione della terminalità e delle cure palliative, una visione positiva degli oppiacei e delle cure palliative anche precoci e simultanee, con attenzioni ad una doverosa limitazione dei trattamenti.

La propensione teorica dei malati e dei familiari a prendere in considerazione, nei reali percorsi di malattia, la Morte Medicalmente Assistita (MMA – termine che include sia il suicidio medicalmente assistito che l'eutanasia) è lentamente crescente anche se del tutto minoritaria nell'esperienza dei palliativisti e degli altri

*fine vita*, Bologna, 2021, <https://labdf.eu/project/pluralismo-etico-e-conflitti-di-coscienza-nellattivita-ospedaliera-ii-le-scelte-di-fine-vita/>.

sanitari che gestiscono direttamente le fasi finali della vita. Ancor più sporadica è la richiesta esplicita dei malati in fase avanzata o terminale di malattia di adire alla MMA.

Infine, è sicuramente presente sia fra i sanitari che nella popolazione generale una frequente confusione fra la sedazione palliativa e la MMA. La discussione pubblica, soprattutto a livello politico e mediatico, dei casi di richiesta di MMA verificatisi negli ultimi anni ha peggiorato tale confusione che purtroppo contamina anche non pochi giuristi, eticisti e opinionisti di varia estrazione. Il dibattito che ha circondato la sentenza 242/19 della Corte costituzionale ha contribuito, purtroppo, a mantenere tale confusione che danneggia tutti, malati, familiari, sanitari ed entrambi i sostenitori della causa pro o contro la MMA perché la sedazione palliativa viene spesso distorta nei suoi presupposti etico-clinici per sostenere una delle due cause.

## 5. Legge 219/17

Purtroppo questa importante legge è ancora molto poco conosciuta sia all'interno della società che della Medicina, soprattutto per quanto concerne l'articolo 5 (la Pianificazione condivisa delle cure che dovrebbe guidare il processo relazionale e decisionale nelle fasi avanzate di malattia) e l'articolo 2 (che riguarda il divieto di ostinazione terapeutica e il diritto al controllo delle sofferenze rivestendo un ruolo fondamentale nel contrastare la piaga della medicina difensiva e facilitare l'avvio di cure palliative tempestive e non tardive). La scarsa conoscenza dell'articolo 1 ostacola poi una seria trasformazione del consenso informatico da pura formalità burocratica a reale condivisione di un atto o percorso di cura.

## 6. Vicenda pandemica Covid-19

Nonostante un comprensibile desiderio di lasciarsi alle spalle quanto vissuto nella pandemia sarà bene non dimenticare molti aspetti di tale accadimento storico. Fra di essi spicca, sotto il profilo bioetico, la abortita discussione sul triage pandemico. Il triage rimane inevitabile in situazioni ove sussista un grande squilibrio tra bisogni sanitari e risorse disponibili, come appunto accade nelle maxiemergenze sanitarie, nelle pandemie e nelle catastrofi umanitarie. Non volerne parlare pubblicamente, negando o scotomizzando il problema come è stato fatto in Italia durante la pandemia, nel nome dell'universalismo del nostro sistema sanitario e del diritto alle cure sancito dalla Costituzione, significa solo aver perso un'occasione per una maturazione realistica della riflessione etico-giuridica e politica. Ora che la pandemia sembra affievolita è quanto mai opportuno affrontare un confronto su tale tema che non dovrà essere limitato al livello specialistico ma dovrà includere una discussione pubblica ispirata al realismo.

## 7. Medicina, etica, diritto e deontologia

Un sano realismo dovrebbe orientare i necessari rapporti tra Medicina, etica, diritto e deontologia. Infatti, la Medicina ha bisogno di ali per staccarsi dall'ancoraggio terrestre alla pura patologia organicista, e queste ali sono proprio rappresentate dall'etica, dalla deontologia e dal diritto. Però le ali devono rimanere saldamente attaccate al corpo della Medicina per trovare un corretto equilibrio tra l'elevazione del pensiero teorico e un'adeguata considerazione delle conseguenze pratiche degli assunti teorici, altrimenti quelle preziose ali corrono il rischio di bruciarsi nei cieli delle alte teorizzazioni.





## Il binarismo di genere come problema di bio-diritto

**Barbara Pezzini**

*Professoressa ordinaria di diritto costituzionale, Università di Bergamo. Mail: [barbara.pezzini@unibg.it](mailto:barbara.pezzini@unibg.it).*

Il mio contributo alla riflessione sui temi e i problemi che sfidano oggi il bio-diritto introduce il rapporto tra il *genere* – come indispensabile categoria analitica intrinsecamente, anche se non esclusivamente, binaria – e le strutture giuridiche che, da un lato, presuppongono, spesso implicitamente, e, dall'altro, configurano il binarismo nel sistema di sesso e genere.

Proverò a farlo esplicitando brevemente alcune necessarie premesse (1), per procedere con una altrettanto sintetica ricognizione di alcune significative istanze sociali (2) che oggi sfidano al superamento delle strutture giuridiche binarie (3) e proporre conclusivamente alcune riflessioni sui percorsi che consentono di affrontare criticamente le tensioni tra genere e binarismo senza abbandonare il genere (4).

### 1. Premesse in forma di *parole-chiave*

Le premesse indispensabili possono essere richiamate sinteticamente attraverso alcune *parole-chiave*.

*Sistema sesso-genere.*

Il genere è la categoria analitica relazionale che restituisce la gerarchia sociale nei rapporti tra i sessi e, dunque, i problemi di disuguaglianza e di subordinazione: è una prospettiva che indaga il modo sessuato di esistere di una società utilizzando un codice *binario* (che rileva due sessi, uomini e donne) e *relazionale* (che implica dialettica e reciprocità tra le sue componenti), che restituisce una *gerarchia* (in quanto elaborazione,

variabile culturalmente, del sesso come coppia gerarchica).

Sesso e genere sono contemporaneamente presenti a definire strutturalmente la condizione della persona che *l'analisi di genere*, in quanto prospettiva descrittiva e interpretativa della differenza e della relazione tra i sessi, può illuminare. In questo senso, oggetto di indagine è sempre un *sistema* nel quale rilevano entrambe le dimensioni della relazione tra femminile e maschile: sia quella più immediatamente restituita dal sesso, cui appartengono la biologia, la corporeità, la sessualità e la riproduzione; sia quella dei ruoli, delle possibilità, dei diritti e delle aspettative, dei costrutti di potere connessi socialmente all'appartenenza sessuale (il *genere*).

*Gerarchia.*

Destruire e ristrutturare i rapporti di genere uomo/donna introduce una diversa consapevolezza: la dimensione di genere apre a una condizione intrinsecamente variabile, non statica, che resta, tuttavia, nella sua portata analitica, focalizzata sulla dimensione gerarchizzata che il genere incorpora, consentendoci di mettere a tema criticamente la relazione *corpo-sesso-genere-sessualità-identità*. Apre, così, una dimensione di ricerca in cui nulla può darsi per scontato, dal cui orizzonte scompare la scorciatoia semplificante della neutralizzazione e, al contrario, si richiede la piena accettazione della complessità.

*Circularità.*

Sesso e genere sono attributi della persona, in un'interazione complessa che tiene al centro la corporeità; nel *sex-gender-system* il rapporto tra sesso e genere non può essere inteso secondo una sequenzialità data e banale (al corpo è attribuito un sesso e al sesso un genere), ma come l'attivazione di una relazione *circolare*, alimentata dalla dimensione relazionale della persona. Il rapporto *corpo – sesso – genere* non si risolve

per nessuno nella presa d'atto di un corredo cromosomico, né nella presenza e funzionalità delle gonadi, nella conoscenza del patrimonio genetico, nella forma e nella misura degli organi genitali. Ciascuno di questi elementi può essere diversamente importante, anche in momenti e circostanze specifiche della propria esistenza; ogni persona sperimenta nel corso della vita il processo complesso attraverso il quale diventa consapevole di ognuno degli elementi che si definiscono «sesso» e/o «genere» (caratteri sessuali primari e secondari, sesso cromosomico, cromatinico, gonadico, biologico, psicologico, sociale); un cammino intessuto di «narrazioni», attraverso le quali altri e altre ci raccontano e noi raccontiamo a noi stessi/e le combinazioni possibili tra tutti quegli elementi, prendendo coscienza del sesso e del genere nella nostra vita.

Se in prima approssimazione è plausibile e persino utile distinguere sesso e genere per riferirsi agli attributi – rispettivamente biologici e sociali – del corpo e della persona, sesso e genere non possono essere impiegati per qualificare le analisi, le interpretazioni e le politiche senza la piena consapevolezza della loro reciproca influenza: la consistenza analitica del genere serve per riconoscere i costrutti sociali proprio separandoli dagli elementi biologici e naturali che caratterizzano il sesso (e per rilevarne i tratti di gerarchizzazione, subordinazione e asimmetria nella relazione tra femminile e maschile), ma la stessa dimensione biologica del sesso – la differenziazione sessuale, la sessualità, la riproduzione – viene interpretata e ricostruita all'interno di un contesto e di un costrutto sociale.

#### *Intersezionalità.*

L'approccio che integra sesso e genere come dimensioni specifiche dei rapporti giuridici impone una prospettiva multi-dimensionale, che incrocia al sesso/genere le altre determinanti o variabili, e più specificamente *intersezionale*: una

prospettiva che considera come l'interazione con il genere di altri fattori o condizioni di rischio e/o vulnerabilità determini effetti specifici, qualitativamente differenti dalla loro mera sommatoria, la cui complessità va adeguatamente considerata a partire dalla indispensabile consapevolezza che, nel bio-diritto, ogni riferimento è sempre saldamente ancorato alla dimensione della corporeità e della biologia – cioè al *sesso* – ma non può per questo mai prescindere dalla considerazione delle costruzioni sociali che insieme interpretano e definiscono l'appartenenza sessuale – cioè il *genere*. La complessità è, dunque, prima di tutto, la complessità del *sistema sesso-genere*, nella sua configurazione bi-dimensionale.

#### *Diritti sociali versus diritti individuali.*

La complessità della rilevanza in termini di bio-diritto della relazione tra corpo, sesso e genere si gioca sullo sfondo della tensione tra la dimensione dei diritti fondamentali della persona come *diritti sociali* – alla salute, in primo luogo – e come *diritti individuali* di auto-determinazione identitaria: coinvolgendo così il perdurante dibattito sulle categorizzazioni dei diritti costituzionali e sulle relative forme di riconoscimento e garanzia.

## **2. Le istanze sociali che sfidano il binarismo**

Benché la configurazione binaria dei sessi e la conseguente ascrizione alternativa all'uno o all'altro trovino una corrispondenza non problematica per la maggior parte degli esseri umani, per alcune persone la forma alternativa non consente una risposta appropriata.

La nozione di sesso si è fatta sempre più complessa, nella misura in cui il corpo umano si trova esposto a una manipolazione tecnologica di carattere e intensità nuove e sembra smarrire il suo carattere fondante e indiscutibile e, in



particolare, la capacità di significare qualcosa di inequivoco e inevitabile anche rispetto alla dimensione del sesso e del genere; transitando da una logica binaria a una concezione a mosaico, il sesso assume e continua a interrogare il *dimorfismo*, ma la differenza sessuale è percepita entro un modello dinamico e complesso, in cui lo stesso processo di differenziazione viene interrogato nei termini di una relazione di somiglianza/dissimiglianza che implica pluralità e variazione (nella misura in cui la differenziazione sessuale non si presenta come uni-fattoriale, ma come il risultato di numerosi eventi che agiscono in modo coordinato e regolantisi reciprocamente, tra due sessi non esiste un confine netto, una rigida cesura, ma piuttosto un *continuum* lungo una scala graduale, con una serie di variazioni e di differenziazioni che non autorizzano la configurazione di due gruppi assolutamente distinti).

A rendere la problematicità per il bio-diritto della sequenza corpo-sesso-genere, sfidando ogni possibilità di risolverla semplicisticamente in termini binari, sono, in particolare, le istanze sociali che provengono dalle condizioni delle persone *intersessuali*, *transessuali* e *transgenere*, che una configurazione rigidamente dicotomica di sesso/genere non riesce a integrare.

La *condizione intersessuale* rimanda, guardando alla complessità del reale, a un'espressione collettiva che denota una varietà, relativamente ampia, di condizioni riferibili alle correlazioni tra sesso genetico, gonadico e fenotipico. Riguarda la condizione delle persone che, avendo dalla nascita caratteri di entrambi i sessi e non potendo essere univocamente ascritte all'uno o all'altro sesso, sfuggono alla regola binaria per cui ogni individuo deve alternativamente essere

riconosciuto come maschio o femmina (un complesso di situazioni oggi codificate dalla medicina in modo assai articolato, individuando svariate manifestazioni differenti della intersessualità che vengono ricomprese nella categoria dei *disturbi della determinazione e differenziazioni sessuali*); ma anche la condizione di persone che, pur essendo state inquadrate alla nascita in uno dei due sessi, scoprono successivamente – in età puberale, ma talvolta anche solo in età adulta, a seguito di indagini intraprese per indagare la difficoltà di concepire – di avere caratteristiche gonadiche o cromosomiche divergenti dal sesso attribuito. La condizione intersessuale non ha una definizione univocamente e pacificamente accettata; il termine stesso viene talvolta contestato perché sessualizzerebbe le persone in termini di erotismo piuttosto che di biologia, implicando che non abbiano una chiara identità di sesso o genere e forzandole nella direzione di un'identità *queer* alla quale non sentono di appartenere.

La *condizione transessuale*, invece, per lo meno nello specifico dell'ordinamento italiano, è normativamente definita dalla legge 164/1982 e dalle sue interpretazioni costituzionali<sup>1</sup>: ne sono elementi costitutivi la rettificazione dell'iscrizione del sesso anagrafico sulla base del riconoscimento di una scissione tra sesso psicologico e sesso biologico, che comporta una modificazione dei caratteri somatici con diretta rilevanza nella sfera di trattamenti medici (non necessariamente chirurgici, ma certamente ormonali).

La *condizione transgenere*, infine, accumuna, raggruppandole sotto una sorta di termine *ombrello*, un vasto insieme di pratiche e identità tra loro differenti che tutte sfidano i confini socialmente costruiti di sesso/genere; in particolare,

1 Dalle prime sentenze a cavallo dell'adozione della legge – 98/1979 e 161/1985 – alle sentenze che più recentemente hanno chiarito il rapporto tra

definitività della transizione e trattamenti medici – 221/2015 e 180 e 185/2017.

con questo termine in svariati ambiti si fa riferimento all'esperienza specifica delle persone che non si riconoscono nel sesso assegnato loro alla nascita e scelgono di *autodeterminarsi* nel genere di identificazione secondo interpretazioni molteplici, plurali e *fluide* dei ruoli di genere e della corporeità.

Con una precisazione: le categorizzazioni qui proposte hanno una funzione operativa rispetto alla possibilità di affrontare criticamente il trattamento giuridico di talune condizioni personali ed esperienze di vita, senza rinunciare alla necessità di problematizzarle e con la piena consapevolezza dei limiti, delle contraddizioni e dei rischi di un effetto stigmatizzante e discriminatorio delle categorizzazioni in quanto tali.

Ma, come sappiamo, l'inquadramento dei problemi giuridici non può prescindere, per garantire la necessaria dimensione di effettività dei diritti, che sono sempre esercitati da *persone situate*.

Tanto più perché si tratta di condizioni personali che, proprio perché statisticamente minoritarie, interpellano con particolare forza il diritto costituzionale, nella sua capacità di dare riconoscimento e garanzia ai diritti inviolabili della persona umana.

Per quanto complesse da affrontare, le istanze giuridiche provenienti dalle condizioni intersessuale e transessuale hanno a che fare con la definizione di procedimenti di tipo amministrativo e/o giudiziario che consentano di offrire, in modo adeguato e senza inutili aggravii, una risposta ai bisogni specifici della persona (per quanto riguarda, ad esempio, i confini della medicalizzazione e patologizzazione della condizione personale stessa; il suo inquadramento, per quanto necessario, in una relazione terapeutica autenticamente basata sul consenso informato; le garanzie di effettività delle prestazioni medico-sanitarie indispensabili; ma anche per ciò che

concerne la semplificazione e la modulazione delle procedure che presuppongono e/o richiedono l'assegnazione di un sesso-genere alla persona in diversi momenti della vita e a diversi fini). Per contro, non può sfuggire l'ulteriore problematicità del riconoscimento giuridico di una condizione come quella transgenere, già di per sé programmaticamente incentrata sulla fluidità e indeterminatezza, da un lato, e sulla pretesa di una pressoché assoluta auto-referenzialità, dall'altro, dei processi di configurazione dell'identità, che sembrerebbero piuttosto condurre verso la dimensione della *irrelevanza* giuridica.

### 3. Alternative al binarismo?

E con questo si entra nel vivo della problematicità delle sfide alla struttura binaria del sistema sesso-genere che, anche osservate nella prospettiva comparatistica, sembrano aver sin qui stimolato risposte alternative al binarismo in direzioni anche significativamente differenti tra loro: dal riconoscimento di un *terzo sesso*, a quello di un *unico genere* o, all'estremo opposto, al «*genderismo*» (che nega la possibilità di scostamento tra sesso anatomico e genere sociale, riconoscendo esclusivamente due generi fondati sull'anatomia, le cui manifestazioni sociali non potrebbero essere modificate, dato che esisterebbero caratteri innati, eternamente presenti in tutte le culture, che caratterizzano un solo modo di essere uomo – patriarcale – e di essere donna – subordinato e complementare).

E se il riconoscimento di un terzo sesso potrebbe non bastare, spingendo verso una moltiplicazione delle categorie, l'*unico genere* potrebbe, invece, silenziare quella complessità che sta faticosamente emergendo solo nei tempi più recenti, con il rischio di tornare alla *falsa neutralità del soggetto* – un postulato che nasconde, in



realtà, la gerarchizzazione dei sessi – in una pericolosa convergenza con il pregiudizio *genderista*, che qualifica e stigmatizza come devianza ogni elemento di contraddizione del binarismo di genere e che, fondando il genere sul sesso anatomico e stabilendo un nesso indissolubile tra i due piani, stabilisce inderogabilmente anche che i due generi sono reciprocamente attratti e che e le forme di desiderio e orientamento diverse dall'eterosessualità sono vizio e perversione.

La prospettiva che si dovrebbe, invece, assumere a fronte delle condizioni non binarie (intersessuale, transessuale, transgenere) richiede preliminarmente di chiarire se, e quando, a dover essere messo in discussione e ripensato sia il sesso o il *genere* o – più precisamente – quale specifico momento/aspetto del *rapporto circolare tra sesso e genere* vada messo in discussione e ripensato.

Tenendo, comunque, presente che si tratta di questioni che, pur sollecitate da condizioni minoritarie, hanno in realtà a che fare con i processi di identificazione di tutte e di tutti e riguardano anche le persone che non problematizzano o problematizzano meno il rapporto sesso–genere nella loro esperienza personale (nella condizione *cis-gender*, che allinea gli elementi *visibili* – genitali esterni, caratteri sessuali secondari – *invisibili* – apparato genitale interno, gonadi, cromosomi, cromatina, ghiandole endocrine – e *variabili* – psicologico e relazionale – dell'identità di genere, problematicamente disallineati nelle condizioni intersessuale, transessuale e transgenere).

#### 4. Superare il binarismo o superarne le rigidità?

La questione sociale implicata richiede un ascolto attento dei soggetti portatori di soggettività non binarie, ai bisogni dei quali dovrà rispondere una convincente sintesi giuridico-politica, garantendo un'elaborazione politica che affronti le contraddizioni e i limiti del binarismo di genere in chiave di uguaglianza anti-subordinazione, assumendo la critica al binarismo – e alla sua costruzione giuridica – non in quanto tale, ma quando e nella misura in cui le rigidità della sua declinazione producono condizioni di subordinazione (con le parole di Blanca Rodriguez Ruiz «*to end sex-gender as a source of power*»).

Nella consapevolezza che le questioni di diritto costituzionale che stanno dietro a tutto questo sono di assoluta rilevanza, in quanto richiedono di definire i fondamenti dei diritti che si vogliono riconoscere e garantire e di chiarire i poteri che operano riconoscimento e garanzia (legislativo *versus* giurisdizionale).

Il dibattito su questi temi si presenta spesso difficile e fortemente polarizzato.

Proprio per questo è indispensabile procedere, innanzitutto, a mappare le tendenze in atto per leggerle in una griglia condivisa, che consenta di problematizzare gli interrogativi e i percorsi di risposta a partire da una base di conoscenze comuni<sup>2</sup>.

Personalmente avverto fortemente il rischio che l'abbandono del binarismo in favore di un genere esclusivamente autodeterminato in modo auto-referenziale, che rende il sesso/corpo un "oggetto" pienamente manipolabile, si intrecci alle forme indubbiamente presenti di *ri-*

2 Come si è recentemente iniziato a fare in un panel di Icons Italia che ho avuto il privilegio di coordinare, tenutosi il 16 settembre 2022 a Bologna, con i contributi di Mia Caielli, Stefano Osella, Anna Lorenzetti,

Blanca Rodriguez Ruiz (nonché di Elettra Stradella e Giovanna Spanò, che non hanno potuto essere presenti).

*Focus on*

*genderizzazione* (basti pensare alla sentenza Dobbs): ostacolando non solo il versante per così *negativo* (in termini di critica e smascheramento) della de-costruzione dell'astrattezza e della falsa universalità del soggetto giuridico, ma soprattutto quello *positivo*, che consiste nella capacità di aprire spazi in cui la libertà *femminile* storicamente negata possa, invece, essere agita e in questo agire continui ad aprire spazi nuovi per tutte le esperienze di vita e le pratiche dell'esistenza *in quanto capace di trasformare le categorie della tradizione giuridica*.

Tenendo, comunque, presente che l'uso delle categorie sottintende e richiama teorizzazioni in merito alla differenza e al suo senso etico e politico: che ne precedono e fondano il rilievo e il trattamento dal punto di vista giuridico e che – se si conviene sulla differenza come ciò che a ciascuno/a svela l'incompiutezza di un'identità mai completabile, che postula la relazione con l'altro da sé, da riconoscersi e che sia riconoscibile come tale – possono correggere e integrare le tendenze a una neutralizzazione o semplificazione assimilazionistica e paritaria.

E qui rileva anche, in particolare, la necessità di interrogare la scissione diritti sociali e diritti individuali per superarla nella concezione della *libertà come condizione* prima ancora che come *scelta*, con un approfondimento dell'*alterità* presupposta: l'altro da me, l'altro che mi manca, l'altro che non posso essere individualmente, da solo/a, è esperienza della dimensione relazionale e non autoreferenziale ed è esperienza del limite (anche, in particolare, sul piano giuridico); come il sesso non è mai linearmente e semplicemente genere, l'auto-determinazione non è diritto di ascrivere effetti giuridici all'affermazione della propria identità, semmai questione da collocare – dal punto di vista dei principi fondamentali della costituzione – nel rapporto tra la dimensione personalista dell'art. 2 Cost. «in cui

si svolge la personalità» di ciascun essere umano e la dimensione di effettività dell'uguaglianza sostanziale garantita dall'art. 3, Il Cost., che afferma gli obiettivi del pieno sviluppo della persona e dell'effettiva partecipazione.

Una provvisoria, solo approssimativa, conclusione, segnala, infine, che l'intrinseca mutevolezza dei costrutti di sesso e genere non diventa mai evanescenza; non ha mai a che fare con determinanti interamente manipolabili o disponibili, né sul piano individuale, né su quello collettivo, piuttosto con qualificazioni della persona immerse nella sfera di relazioni personali, sociali e giuridiche dalle quali dipendono e si alimentano: le cui problematicità bio-giuridiche stanno nella cornice dell'uguaglianza costituzionale anti-subordinazione di genere prima che nella sfera dell'identità personale.

L'analisi di genere offre una prospettiva che affonda le sue radici nelle varie e complesse elaborazioni del pensiero femminista, che hanno offerto le categorie per pensare in modo non gerarchizzato la differenza di sesso e genere e che permettono di ricostruire dinamiche sociali complesse. Anche la costruzione giuridica del *sex-gender system* è un processo che avviene in una dimensione, necessariamente mobile e dinamica, nella e attraverso la quale si compie una costante ridefinizione dei rapporti di genere, che impedisce di isolare le caratteristiche associate al genere in una statica dimensione essenzialistica o naturalistica; i contenuti di genere sono socialmente variabili e, come tali, vengono costantemente rinegoziati in complessi ed incessanti processi circolari cui anche il diritto contribuisce, sia precedendo il genere ed orientandone la costruzione, sia inseguendolo, come avviene quando la regola sociale diviene una categoria giuridica, avvalendosi della forza e delle strutture dell'ordinamento per riprodurre gerarchie e/o imporre complementarietà



Ma, appunto, si tratta solo una prima e provvisoria indicazione di metodo offerta come contributo alla discussione.

*Focus on*







## Pluralismo di valori, democrazia e bilanciamento: riflessioni a margine della sentenza Dobbs

Ludovica Poli

Professoressa associata di diritto internazionale, Università degli Studi di Torino. Mail: [ludovica.poli@unito.it](mailto:ludovica.poli@unito.it).

Come altri temi di cui il biodiritto si occupa, l'aborto comporta un confronto tra posizioni etiche e sistemi valoriali contrapposti. Ben lo evidenzia il giudice Alito, estensore della sentenza della Corte Suprema americana in *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, esordendo con queste parole: «abortion presents a profound moral issue on which Americans hold sharply conflicting views»<sup>1</sup>.

Il dibattito sull'ammissibilità dell'aborto è fortemente animato, da una parte, da chi si pone a difesa della vita potenziale del feto e, dall'altra, da coloro che insistono sulla necessità di tutelare innanzitutto l'autonomia della donna, il cui corpo e la cui vita sono primariamente interessati dalla gravidanza. Gli argomenti sollevati dagli uni e dagli altri appaiono tanto granitici da rivelare l'incomunicabilità di fondo tra le due posizioni. Anche per ovviare alla difficoltà di trovare una definizione univoca per una questione moralmente controversa, la risposta del diritto è spesso centrata sulla definizione di tempi e condizioni dell'aborto legittimo.

Come si pone la sentenza *Dobbs* su questo sfondo, in particolare alla luce dei celebri

precedenti *Roe v. Wade* e *Planned Parenthood v. Casey*? Nel tentativo di mediare tra interessi contrapposti, entrambe le sentenze identificavano nella *viability line* il momento in cui il diritto della donna dovesse cedere il passo all'interesse dello Stato di preservare una *potential life*; *Dobbs*, invece, si pone in totale rottura con questo approccio e, negando qualunque fondamento costituzionale al diritto di aborto, apre la porta a normative estremamente restrittive in materia.

Nel 1973, in *Roe v. Wade*, con una sentenza entrata rapidamente nella storia, la Corte Suprema americana aveva ricondotto la libertà della donna di interrompere una gravidanza al diritto alla *privacy*, ricavabile dal nono e dal quattordicesimo emendamento. Pertanto, gli Stati potevano vietare tale pratica solo a partire dal momento della gestazione in cui il feto avesse raggiunto un tale livello di sviluppo da poter sopravvivere al di fuori dal corpo della madre<sup>2</sup>. La sentenza *Roe* proponeva poi la distinzione in trimestri per definire il margine di possibile intervento dello Stato. In particolare, nel primo trimestre di gestazione, lo Stato, non dovendo interferire con la decisione della donna di interrompere la gravidanza, poteva al più pretendere che l'aborto fosse praticato da un medico autorizzato e in condizioni sicure; nel secondo trimestre (e fino al raggiungimento della *viability line*), lo Stato aveva la possibilità di regolamentare la procedura al solo fine di proteggere la salute materna; negli ultimi tre mesi di gestazione (e più in particolare dal momento in cui il feto divenisse

<sup>1</sup> Corte suprema degli Stati Uniti d'America, *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women's Health Organization et al.*, 597 U.S. (2022), sentenza del 24 giugno 2022, 1.

<sup>2</sup> Corte suprema degli Stati Uniti d'America, *Roe et al. v. Wade, District Attorney of Dallas County*, 410 U.S.

113, sentenza del 22 gennaio 1973. Sulla sentenza: P.B. HEYMANN, D. E. BARZELAY, *The Forest and the Trees: Roe v. Wade and Its Critics*, in *Boston University Law Review*, 53, 1973, 765ss; D.J. GARROW, *Abortion before and after Roe v. Wade: An historical perspective*, in *Albany Law Review*, 62, 1998, 833 ss.



Focus on  
 ‘vitale’), lo Stato poteva vietare l’interruzione di gravidanza, salvo che tale pratica fosse indispensabile per preservare la vita o la salute della madre. Nel 1992, con la sentenza nel caso *Planned Parenthood v. Casey*, si confermava la centralità della *viability line* come spartiacque nella regolamentazione dell’aborto e il test dell’*undue burden* sostituiva la rigida suddivisione in trimestri per valutare l’ammissibilità di restrizioni all’interruzione di gravidanza precedenti a tale momento. In particolare, la Corte Suprema precisava che, prima che il feto divenisse “vitale”, lo Stato, pur non potendo vietare l’aborto, aveva comunque la possibilità di promuovere scelte *pro-life*, salvo porre un onere eccessivo sulle donne o un ostacolo sostanziale all’interruzione di gravidanza<sup>3</sup>.

Con la sentenza *Dobbs* la Corte Suprema è tornata decisamente sui suoi passi e ha inteso correggere la posizione (definita “*egregiously wrong*”) che aveva assunto in precedenza con *Roe* e *Casey*<sup>4</sup>. L’imposizione della regola della *viability line* – frutto di un “*raw judicial power*” – avrebbe infatti ridimensionato eccessivamente la libertà degli Stati di regolare l’interruzione di gravidanza, rispetto alla maggior parte delle democrazie occidentali<sup>5</sup>. Secondo la maggioranza dei giudici, il diritto all’interruzione volontaria di gravidanza non è garantito dalla Costituzione americana non solo perché non è esplicitamente previsto nel testo, ma anche perché non è desumibile dalla *due process clause* del quattordicesimo emendamento, non essendo né solidamente fondato nella tradizione e storia del Paese, né implicito nel concetto di “*ordered*

*liberty*”. In particolare, la nozione di “*ordered liberty*” (una libertà dell’individuo limitata, temperata, da esigenze di ordine pubblico) non impedirebbe ai rappresentanti eletti del popolo di decidere come regolamentare l’aborto, temperando gli interessi della donna e quelli della “vita potenziale”<sup>6</sup>.

Se ci si sofferma su quest’ultimo passaggio della sentenza si può avere l’impressione che la Corte si concentri sull’aspetto procedurale della regolamentazione e dunque, primariamente, sul contestato parametro della *viability line*. Pur rappresentando l’esito dello sforzo di composizione tra diritti della donna e dell’interesse dello Stato a tutelare una vita potenziale, la *viability line* comportava in effetti numerosi problemi di ordine operativo. Essa, infatti, non individua univocamente un momento specifico della gestazione, ma richiama piuttosto un concetto indefinito e dipendente dalle specifiche circostanze di specie (condizioni cliniche della donna e del feto, conoscenze scientifiche e capacità tecniche, variabili nel tempo e nello spazio).

Come sottolinea il giudice Roberts nella sua opinione concorrente, la Corte ben avrebbe potuto limitarsi a negare la validità della *viability line* come limite temporale per consentire l’interruzione di gravidanza e stabilire piuttosto la necessità di definire un più chiaro termine temporale entro il quale garantire alla donna la libertà di scelta<sup>7</sup>. Invece, la portata della sentenza è assai più ampia: rinunciando completamente a ricercare un equilibrio a livello dei valori tutelati nella Costituzione federale, la Corte Suprema ha esercitato un *judicial restraint* che rappresenta, in sé,

<sup>3</sup> Corte suprema degli Stati Uniti d’America, *Planned Parenthood v. Casey*, cit., 2820-2821, par. 20-27. Sulla sentenza: E. DALY, *Reconsidering Abortion Law: Liberty, Equality, and the New Rhetoric of Planned Parenthood v. Casey*, in *American University Law Review*, 45, 1995, 77 ss.

<sup>4</sup> Corte suprema degli Stati Uniti d’America, *Dobbs v. Jackson*, cit., 41.

<sup>5</sup> *Ivi*, 53.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> Corte suprema degli Stati Uniti d’America, *Dobbs v. Jackson*, cit., *Concurring opinion* del giudice Roberts, 7-8.

una sconfitta per la tutela dei diritti delle donne<sup>8</sup>. Essa ha infatti lasciato nelle mani degli Stati non solo il compito di regolare l'aborto, ma di fatto, anche la libertà di decidere di non consentirlo. Da giugno 2022 si sono così moltiplicate negli Stati Uniti normative restrittive in materia di interruzione di gravidanza che hanno gravissime ricadute sulla tutela della salute riproduttiva delle donne gravide, non solo con riferimento all'interruzione volontaria di gravidanza. Studi dimostrano infatti che tali normative rischiano di avere effetti deleteri sul modo in cui gli operatori sanitari gestiscono gli aborti spontanei e diverse complicazioni ostetriche<sup>9</sup>. Impedendo l'accesso all'aborto sicuro, tali normative, validate *a priori* dalla sentenza *Dobbs*, mettono a repentaglio la salute e la vita delle donne e delle ragazze, le sottopongono a sofferenze fisiche o mentali che - come precisato da diversi *treaty bodies* delle Nazioni Unite - possono equivalere a trattamenti crudeli, disumani o degradanti e rappresentano forme di discriminazione contro le donne e di violenza di genere. Dal punto di vista del diritto internazionale, esse si pongono, pertanto, in violazione degli obblighi di tutela dei diritti umani assunti dagli USA attraverso la ratifica di trattati, tra cui il Patto sui diritti civili e politici<sup>10</sup>. Il *judicial restraint* della Corte Suprema - che ricorda l'atteggiamento adottato dalla Corte EDU non solo in materia di aborto, ma con

riferimento ad ogni questione eticamente controversa - si fonda sulla fiducia nelle garanzie della democrazia. I giudici insistono, non a caso, sulla possibilità che le donne e i movimenti *pro-choice* orientino le decisioni del legislatore attraverso le attività di *lobby* e la partecipazione alla vita politica dei singoli stati<sup>11</sup>. Pare legittimo, tuttavia, chiedersi se il processo democratico sia davvero sufficiente ad escludere una compromissione dei diritti fondamentali, quando siano in discussione questioni controverse dal punto di vista etico, in particolare in un contesto, come quello americano, in cui questo tema ha assunto un significato strategico per la politica nazionale. Pare a chi scrive che la delega operata dalla Corte suprema, a vantaggio del potere legislativo degli Stati federati, rischi piuttosto di consentire ad una certa maggioranza di imporre le proprie preferenze morali anche a chi senta diversamente. La sentenza *Dobbs* rappresenta dunque una sconfitta per la tutela dei diritti fondamentali degli individui non solo dal punto di vista operativo, ma anche sul piano concettuale: la totale rinuncia ad un bilanciamento di diritti del singolo con gli interessi dello stato si pone in netto contrasto con la necessità di riconoscere e valorizzare il pluralismo morale che dovrebbe invece caratterizzare le società occidentali.

<sup>8</sup> L. POLI, *La sentenza della Corte Suprema statunitense in Dobbs v. Jackson: un judicial restraint che viola i diritti fondamentali delle donne*, in *DUDI*, 2022, 659 ss.

<sup>9</sup> M. LEWANDOWSKA, *The fall of Roe v Wade: the fight for abortion rights is universal*, in *BMJ*, 377, 2022, o1608, 29 giugno 2022; L.M. PALTROW, L.H. HARRIS, M.F. MARSHALL, *Beyond Abortion: The Consequences of Overturning Roe*, in *The American Journal of Bioethics*, 2022, 3 ss.

<sup>10</sup> S. DE VIDO, *Blessed be the fruit. Un'analisi di genere della sentenza Dobbs della Corte Suprema statunitense alla luce del diritto internazionale dei diritti umani*, in *SIDIBlog*, 25 luglio 2022, disponibile su [www.sidiblog.org](http://www.sidiblog.org).

<sup>11</sup> Corte suprema degli Stati Uniti d'America, *Dobbs v. Jackson*, cit., 65.



## Salute, diritto, futuro. I 20 anni del Progetto BioDiritto

**Francesca Giardina**

*Professore ordinario di diritto privato, Università di Pisa. Mail: [fragianar@gmail.com](mailto:fragianar@gmail.com).*

Sono molto grata a Trento che ha creato il Progetto BioDiritto e sono molto felice di essere stata chiamata a celebrare i suoi vent'anni. Per farlo vorrei esordire soffermandomi sul termine che lo definisce, BioDiritto, parola composta che fonde la radice primaria, in senso etimologico, della parola "vita" (*bio-*, dal greco *bios*) con la parola "diritto".

Il diritto, nella sua dimensione storica, ha molte colpe: ha preso in considerazione la vita come un punto di riferimento in senso oggettivo, in quanto fatto a cui si legano effetti giuridici (nascita, età, morte, con le loro conseguenze in termini di regole).

I giuristi, anche quando hanno ammesso che il diritto è in uno stretto rapporto con la vita umana, hanno coltivato l'illusione di muoversi in un mondo che non subisse le contaminazioni dell'esistenza, della realtà.

Ma a questa tradizione asettica, fondata sul formalismo che ha fatto dell'uomo un mero soggetto di diritti, sono state contrapposte domande cruciali: «La società deve rassegnarsi a essere chiusa nella gabbia d'acciaio di una onnipresente e pervasiva dimensione giuridica?». «Può il diritto, la regola giuridica, invadere i mondi vitali, impadronirsi della nuda vita?»<sup>1</sup>.

Di qui un'ampia riflessione che ha teso a segnalare la distanza tra vita e diritto, come un peccato originale del diritto. Emblematico il titolo del bel libro di Paolo Zatti: "Maschere del diritto volti della vita"<sup>2</sup>, dove i due termini usati descrivono

con chiarezza i rapporti tra vita e diritto: la vita ha volti, il diritto crea maschere.

Nel fondere i due termini che si fronteggiano in un inestinguibile confronto (bio/diritto), la nascita e il percorso del biodiritto hanno creato un nuovo mondo. Volendo semplificare al massimo una storia difficilmente semplificabile: non è la vita umana che deve servire il diritto, è il diritto che deve porsi al servizio della vita umana. Senza divieti irragionevoli, senza prescrizioni formalistiche, in altri termini senza incutere sfiducia, spesso timore che genera supina obbedienza e, talvolta, ribellione.

Quando si occupa della vita umana e delle mille sfumature di colore del vivere, il diritto deve abbandonare il suo linguaggio bicolore (bianco o nero) che induce a ragionare per opposti. La vita ha molte zone d'ombra, tinte di grigio, dal suo inizio alla sua fine. Non sono bianco o nero il nascere e il morire, come pretende la tradizione giuridica.

Una legge come la n. 219 del 2017 – che, mi piace ricordarlo, ha avuto la sua genesi nelle *Idee in forma normativa* nate proprio qui a Trento nel 2012 – ha mutato significativamente il ruolo del diritto nella vita umana: nel disciplinare la relazione di cura e fiducia tra medico e paziente (e sottolineo fiducia), ha inteso far sì che il diritto giochi un ruolo non prescrittivo, ma "benefico" nelle scelte che accompagnano la persona nei percorsi che mirano a salvaguardare e garantire la sua salute, attraverso vari strumenti: una concezione non formalistica del consenso al trattamento medico che non è più un *punto*, una volontà puntiforme che esaurisce con sé, in un unico istante, ogni possibilità di espressione, bensì una *linea*, lungo la quale si svolge, e si evolve, la volontà del paziente, assunta non come punto di partenza, ma come punto di

<sup>1</sup> S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, Milano, 2006.

<sup>2</sup> P. ZATTI, *Maschere del diritto, volti della vita*, Milano, 2009.

arrivo. Un consenso che, giova sottolinearlo, può essere negato e revocato, a garanzia di scelte anche di fine vita.

Un tema che ci porta all'ultima declinazione del titolo della tavola rotonda: il futuro. E il futuro concerne il destino delle regole che riguardano la morte.

Per usare le parole di Paolo Zatti, la legge 219 ha «in sé il seme di una espansione, il cui confine è segnato da una condizione: lo stato di sofferenza intollerabile provocato da una patologia irreversibile». E se quella legge non ha inteso prendere in considerazione il tema dell'aiuto al suicidio non è stato per assoluta e inconciliabile diversità del tema rispetto all'oggetto della sua disciplina, ma solo per quello che la Corte costituzionale ha considerato una sorta di ritegno della normativa del 2017, che non è giunta a «trarre dai suoi fondamenti *tutte le conseguenze che essi implicano* riguardo all'aiuto medico a *“congedarsi dalla vita”*».

Ma non c'è dubbio che la legge, nel garantire il rifiuto di cure anche nel caso in cui tale rifiuto implichi un'accettazione della morte (e, più o meno implicitamente, una richiesta di morte), consideri irrinunciabile il diritto della persona di salvaguardare la propria dignità rifiutando una sofferenza giudicata intollerabile.

E proprio dalla Corte costituzionale giungerebbe l'invito a inserire la disciplina dell'aiuto medico a morire «nel contesto della legge n. 219 del 2017 e del suo spirito, in modo da inscrivere anche questa opzione nel quadro della “relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico”, opportunamente valorizzata dall'art. 1 della legge medesima»<sup>3</sup>.

Sono convinta che sia non solo inutile, ma potenzialmente dannoso, duplicare regole che hanno – o meglio dovrebbero avere – la stessa finalità:

garantire il rispetto della dignità della persona umana nei momenti della fragilità e della sofferenza, fino a quella che la l. 219/2017 chiama, con espressione a mio avviso intensa e sintetica, «imminenza di morte» (art. 2, comma 2).

I tentativi di rispondere alle richieste della Corte costituzionale disciplinando la morte volontaria medicalmente assistita hanno dimenticato di farne un momento della relazione di cura e fiducia tra paziente e medico. Con ciò trascurando quella che, a mio avviso, è la norma forse più significativa e pregnante della legge 219: «Il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura» (art. 1, comma 8).

Ben diverso lo spirito con il quale il Progetto BioDiritto ha creato a Trento nel 2018 – a seguito dell'ordinanza della Corte e ancor prima della successiva sentenza – un gruppo di lavoro chiamato a discutere una proposta di legalizzazione dell'assistenza al suicidio.

È apparsa evidente la necessità di considerare il percorso che conduce alla richiesta di congedarsi dalla vita come momento di comunicazione e di cura, evitando di comprimere quella richiesta in un unico atto, di burocratica e formalistica fisionomia, un “atto” inteso come manifestazione di volontà capace di fissare inesorabilmente un intangibile autoregolamento, che distingue il voluto e il non voluto con un netto spartiacque tra realtà rigidamente distinte.

Nell'ambito delle scelte sanitarie – con attenzione particolare agli scenari di fine vita – non ci si trova mai di fronte a meri atti giuridici, bensì a processi all'interno dei quali la “scelta” deve potersi esprimere in forme diverse e più duttili, adatte al contesto di riferimento.

Poiché non può essere l'illusorio e rassicurante diritto di autodeterminazione, da solo, senza lo stretto legame con il rispetto dell'identità e della

<sup>3</sup> Corte costituzionale, ordinanza n. 207 del 2018, punto 2.4.



dignità della persona, a fondare le scelte di fine vita.

*Focus on*







# Salute, diritto, futuro, Tradotto nel mandato: discutere del futuro del diritto alla salute

**Loreta Rocchetti**

Medico, già Medico di Famiglia e cure palliative. Mail: [loreta.rocchetti@gmail.com](mailto:loreta.rocchetti@gmail.com).

## 1. Introduzione

Ho esercitato la medicina per parecchi anni, ora sono in pensione da qualche anno, e sollevata da responsabilità e progettualità futura della Sanità mi resta la libertà di riflettere, immaginare, sperare. Voglio condividere alcune osservazioni. Abbiamo vissuto e stiamo ancora vivendo, un'esperienza che porterà inevitabili cambiamenti in noi, ma anche nell'organizzazione della sanità: la pandemia da Covid-19. Siamo abituati ai cambiamenti quelli che abbiamo vissuto negli ultimi 40-50 anni hanno prodotto grandi e positive novità diagnostiche, cliniche, sociali (le leggi 194/1978, 180/1978, e 38/2010) e organizzative nella sanità che hanno avuto grandi riflessi in campo bioetico e del biodiritto.

Accenno a tre dei possibili cambiamenti che ci troveranno impegnati nel prossimo immediato futuro.

## 2. Telelavoro e Telemedicina

Sembra inevitabile: nel mondo del lavoro lo *smart working* sarà la regola per tanti lavoratori con molti *pro* e molte insidie anche sulla salute dei lavoratori stessi. E la sanità? Una ricerca del 2021 si proponeva tra l'altro di vedere in cinque paesi, Francia, Germania, Regno Unito, Stati

Uniti e Cina, come la pandemia ha cambiato i comportamenti e quali di essi si sarebbero consolidati diventando stabili anche dopo l'emergenza. Una delle abitudini che si consoliderà è il *virtual healthcare*, cioè la telemedicina grazie alla quale molti pazienti consultano il proprio medico online e si sottopongono a esami diagnostici senza la necessità di muoversi da casa<sup>1</sup>. Effettivamente il Decreto n. 77/2022 «per lo sviluppo dell'assistenza territoriale nel Servizio sanitario nazionale», dà molta enfasi alla Telemedicina (televisita, telediagnosi, teleassistenza) e all'uso degli strumenti digitali in sanità. È innegabile, la telemedicina è una grande possibilità in molti campi e in diverse circostanze, ma si saprà contenerla e non farla diventare da mezzo un fine, usandola perché comoda anche quando non sarebbe indispensabile? Non andiamo verso lo *smart working* anche per i curanti? E con quali risultati in questo mondo sempre più virtuale su persone malate, corpi sofferenti, difficili da convincere di essere "virtuali"?

## 3. Sanità pubblica o sanità privata

Da tempo si individuano segnali di propensione per la sanità privata a scapito di quella pubblica. Due segnali recenti:

- a) Nel 2021 i premi per le Polizze Malattia sono ulteriormente cresciuti, i premi hanno raggiunto 3,3 miliardi di euro un 5,6% in più del 2020 e del 21,5% sempre rispetto al 2020 per quanto riguarda la garanzia rimborso spese mediche (cause varie: aumentata sensazione di fragilità legata alla pandemia? difficoltà ad avere cure sollecite da un servizio "intasato"? L'impressione (nefasta ma psicologicamente

<sup>1</sup> J. REMES, J. MANYIKA, S. SMIT, S. KOHLI, V. FABIUS, S. DIXON-FYLE, A. NAKALIUZHNYI, *The Consumer demand recovery and lasting effects of covid-19*, McKimsey

Global Institute, 2021 (citato da P. DE SOLDÀ, *La vita fuori di sé. Una filosofia dell'avventura*, Venezia, 2022).

comprensibile) che pagando si è curati meglio?<sup>2</sup>

- b) Nei programmi elettorali recenti si parlava poco di sanità e non si nomina mai il SSN. Solo in un programma si auspica un «sistema integrato pubblico privato». Non so cosa voglia praticamente dire praticamente.

Non ho particolari pregiudizi verso la sanità privata: è “eccellente” in alcuni ambiti specialistici, più abbordabile anche per minore burocrazia, più snella nelle assunzioni e nelle rimozioni di qualche operatore non adatto. Ma la *mission* della sanità privata legittimamente è il guadagno, ovviamente fornendo un buon servizio per chi può accedervi, mentre la sanità pubblica è la risposta al dovere costituzionale (art. 32 della Costituzione) di «tutelare la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività», e garantire cure a tutti i cittadini, una sanità basata sui principi di universalità, uguaglianza ed equità. Quale servizio sanitario è opportuno consolidare e rafforzare? L'epidemia di Covid ce lo ha indicato.

#### 4. Dove sta il nemico della mia salute

Avevamo sconfitto le malattie infettive e abbiamo concentrato tutto su di noi: campagne di prevenzione informavano che scegliendo modelli di vita e sottoponendoci a screening potevamo “prendere d'anticipo” le minacce sempre endogene di malattia, la minaccia era dentro il nostro corpo: le cosiddette malattie del benessere, da sovralimentazione ... qualche “piccola epidemia” l'ebola, l'aviaria, la peste suina non ci hanno sconvolti più di tanto essendo “lontane”. Arriva il Covid 19, da fuori e abbiamo cercato di non farlo entrare: mascherine, distanziamenti, igienizzazione... e poi vaccinazione e non è finita

<sup>2</sup> Stefano Massini sulla Repubblica del 27 agosto.

qui, si susseguono allarmi sul vaiolo delle scimmie, la febbre dengue, la zecca ... dobbiamo difenderci da un nemico esterno che non dipende da noi.

Si riattivano opinioni e atteggiamenti che confondono la causa con la “cura” (es. è il vaccino non il virus che ammala). Si inserisce un discorso nuovo nel nostro rapporto con la salute e in conseguenza con la sanità. Varrà la pena riflettere a quali riflessi avrà sulla nostra attuale realtà sanitaria ma soprattutto culturale.

#### 5. Conclusioni

Mi chiedo: quale diritto alla salute, a quale salute e all'accesso alla sanità ci riserverà il futuro? I malati saranno sempre più virtuali, stratificati in categorie (la parola stratificazione è molto ripetuta del DM 77), trasformati in Entità generali astratte? Come evolverà la situazione che ha fatto dire a Ceronetti qualche anno fa: «La scienza fa che i cuori battano più a lungo – ma li ha avviliti. Paghiamola, senza ringraziarla»? L'approccio scientifico, razionale alla “cura”, ha prodotto nuove e vincenti strategie terapeutiche, nuovi mezzi diagnostici, ha “fatto battere i cuori più a lungo” e non in senso metaforico. Lavorare con numeri, dati, algoritmi, statistiche ha permesso di organizzare servizi per tutti. Questo è bene, ma nella cura lascia un senso di incompiuto di insoddisfatto nelle persone, quello che ha fatto dire a Ceronetti “non ringraziamola” e ha fatto sì che la nostra Medicina mai così efficace, non sia stata mai così poco amata. Ne abbiamo prove tutti i giorni, nei tribunali, sulla stampa ed anche nei luoghi di cura. L'umano non è solo razionalità e corpo materiale, possiede anche una dimensione diversa, non quantificabile, ridicibile a numeri che lo fa sentire “unico,



particolare, se stesso, vivo”, e che percepisce trascurata. Possiamo chiamarla componente spirituale in senso lato. Questa insoddisfazione porta al ricorso ad approcci alternativi che a volte soddisfano questo bisogno di “irrazionale” ma a volte ritardano, complicano o bloccano situazioni altrimenti risolvibili. E a volte dissanguano le famiglie. Chiediamoci perché le cure palliative che, per definizione, non guariscono ma curano, sono molto amate. Esse si occupano per mandato anche della parte “spirituale - identitaria” delle persone. La fondatrice Cicely Sanders diceva ai suoi pazienti «Tu sei importante perché sei tu e sei importante fino all’ultimo momento della tua vita» quindi non perché sei utente di un servizio, o perché rientri in una stratificazione di persone per età o per patologia, ma perché sei una persona particolare e quello che senti, dici, spero è importante all’interno della nostra relazione di cura. Come possiamo conciliare i risultati straordinari di una medicina tecnologica ai quali non vogliamo rinunciare e la soddisfazione di una persona di essere considerata per se stessa in particolare nel momento fragile della malattia? La chiave della prima stanza di un grande edificio è una medicina sul territorio che permetta di instaurare un rapporto duraturo e non sporadico, con vicinanza, ascolto, conoscenza dell’ambiente di vita e di diverse generazioni e possa fare anche il raccordo con interventi superspecialistici che hanno poco tempo per la relazione. Non è nostalgia di un vecchio medico di famiglia, lo hanno scritto e non da oggi, illustri chirurghi o specialisti, cito Gawende, Oliver

Sacks, Nuland, Rinnenburger, lo accenna indirettamente la legge 219/2017 quando dice «il tempo della relazione è tempo di cura».

La scommessa per una sanità umanamente completa passa attraverso:

- l’imparare, da parte di chi pratica la medicina ed anche da chi la governa, a distinguere l’urgenza dalla non urgenza, che richiedono approcci diversi;
- ridare credito e valore all’assistenza sul territorio, con la formazione degli operatori sanitari non solo “all’educazione digitale e ai nuovi modelli di assistenza”<sup>3</sup> ma anche alla relazione, alla “curiosità” e all’attenzione alle persone, ad aiutarle ad affrontare con beneficio una situazione difficile (si dice *coping* oggi);
- far percepire alla popolazione l’importanza della medicina che “si prende cura”, non solo di quella che “compie miracoli”. Usando tutti i mezzi disponibili perché non ci sia una medicina di serie A, quella delle fiction eroiche di medicina di emergenza che salva vite o il Dottor House o il Dottor Murphi di *The Good Doctor*, e una di serie B, quella che silenziosamente salva più vite<sup>4</sup> che è la medicina del territorio.

I have a dream. Ho un sogno: sogno un mondo dove salute non sia sinonimo di medicalizzazione, ma di vita. Una vita che vaga la pena di essere vissuta come individui ma anche come comunità solidale.

<sup>3</sup> Dal programma di un partito politico per le elezioni del 2022.

<sup>4</sup> Julia Hart 1971 e poi 2017. Riportato da Dagmar Rinnenburger in *La cronicità. Come prendersene cura, come viverla*.



# Rilanciamo il nostro Sistema Sanitario Nazionale!

**Andrea Ziglio**

*Consigliere Segretario Ordine dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri della Provincia di Trento. Mail: [andrea.ziglio@gmail.com](mailto:andrea.ziglio@gmail.com).*

## 1. Il contesto

È sotto gli occhi di tutti la crisi di sistema che investe la Sanità Italiana, che pur rappresentando ancora una delle migliori Sanità al mondo è stretta tra la morsa, da un lato, della complessa ripresa post-pandemica, delle sempre più marcate disuguaglianze di salute e sociali, della sfida globale, dell'inarrestabile innovazione tecnologica e scientifica, e, dall'altro, dell'imperante esigenza di sostenibilità e razionalizzazione delle risorse, della difficoltà di reclutamento dei professionisti sanitari, nonché di una talora eccessiva deriva burocratico-normativa.

La tenuta del Sistema Sanitario Nazionale (SSN), fondato su principi di equità ed uguaglianza di accesso alle cure, è messa a dura prova dal crescente bisogno di salute, ascrivibile all'aumento dell'aspettativa di vita ed al conseguente impatto socio-assistenziale in termini di malattie croniche, cronico-degenerative ed invalidanti che affliggono una popolazione sempre più anziana e sempre più sola. Le politiche sanitarie devono ora investire nell'assistenza territoriale, innovando e sviluppando nuovi modelli assistenziali, limitando il ricorso a ospedalizzazioni non necessarie, ma anche nel controllo dei fattori di rischio e nella prevenzione primaria. È proprio in quest'ottica che si inserisce il D.M. 77/2022 "Regolamento per la definizione di modelli e standard per lo sviluppo dell'assistenza territoriale nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale" ed il PNRR "Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza".

In tale contesto non si può poi dimenticare la crisi che investe i medici e i professionisti sanitari italiani, vittime incolpevoli di politiche sanitarie e professionali poco lungimiranti. Il numero di medici, in particolare di alcune discipline, risulta del tutto insufficiente rispetto al fabbisogno ed i professionisti sono ormai stanchi e demotivati. La costante ascesa del numero di giovani medici italiani, preparati ed entusiasti, che decidono di emigrare in altri Paesi per trovare asilo in realtà sanitarie che offrono ben più allettanti prospettive di crescita professionale, umana e sociale, dovrebbe rappresentare motivo di ulteriore riflessione sul futuro della Sanità Italiana. Anche le altre professioni sanitarie versano in una situazione del tutto simile. Di contro, per rifondare un sistema così poco incline al cambiamento, è sui professionisti che si dovrebbe investire al fine di avviare il rinnovamento culturale richiesto per affrontare le nuove sfide in sanità. Appare naturale, dunque, che nell'agenda politico-sanitaria del nostro Paese debba essere posta tra le priorità l'adozione di politiche a sostegno dell'accesso dei giovani medici (e più estesamente delle giovani generazioni di tutti i professionisti) alla formazione, alla ricerca ed alla professione e la valorizzazione di tutti i professionisti già inseriti nel Sistema, al fine di ridare speranza agli operatori del SSN.

## 2. Le proposte dell'OMCeO di Trento

L'Ordine dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri (OMCeO) della Provincia di Trento agisce quale organo sussidiario dello Stato col fine di tutelare gli interessi pubblici, garantiti dall'ordinamento, connessi all'esercizio professionale. Promuove e assicura l'indipendenza, l'autonomia e la responsabilità della professione e dell'esercizio professionale, la qualità tecnico-professionale, la valorizzazione della funzione sociale, la salvaguardia dei diritti umani e dei principi etici dell'esercizio



professionale indicati nel Codice Deontologico, al fine di garantire la tutela della salute individuale e collettiva.

L'Ordine deve quindi essere considerato un interlocutore privilegiato delle Istituzioni ed essere coinvolto costantemente nelle scelte che avranno un impatto sulla salute della popolazione. La Sanità del nostro Paese e della nostra Provincia ha bisogno di un profondo rinnovamento che deve essere il più condiviso possibile sia con gli operatori che con i cittadini.

A tale proposito l'Ordine si impegna a proporre e sostenere la necessità di una riforma strutturale che:

- investa realmente nella Sanità, che non deve più essere vista come una voce di spesa, ma come fonte di investimento, di guadagno e di ricchezza;
- superi la vecchia visione di Sanità ospedaliera e territoriale basando la riforma del sistema sulla logica One Health e portando una soluzione complessiva che metta in rete coordinata i professionisti e le risorse disponibili sul territorio, rispondendo così al bisogno di salute dei cittadini nel loro ambiente di vita e di lavoro e accompagnandoli nel processo di prevenzione, diagnosi, cura, assistenza e riabilitazione;
- potenzi l'assistenza territoriale secondo quanto previsto dal D.M. n. 77/2022 e dal PNRR, col fine di portare il sistema sanitario nelle case dei cittadini in un'ottica di inter-professionalità, prossimità ed innovazione, ricorrendo anche al supporto di nuovi strumenti tecnologici (telesanità, sistemi informativi per la continuità delle cure, ecc);
- introduca politiche innovative di gestione del personale. I professionisti vanno valorizzati costruendo su ognuno di loro un progetto di crescita professionale,

sostenendo la responsabilità e l'autonomia, valorizzando la natura intellettuale della professione, assicurando maggiore incisività nelle scelte di politica sanitaria, lavorando sulle condizioni di lavoro e sulla prospettiva di carriera individuale, basata sempre sul merito;

- porti ad una de-burocrazia della professione, permettendo ai professionisti di esercitare al pieno la loro professionalità;
- sia impegnata nel promuovere la responsabilizzazione dei cittadini, che vanno a loro volta coinvolti nelle decisioni di politica sanitaria. È necessario stipulare un patto sociale che veda professionisti sanitari, cittadini e istituzioni impegnati a rilanciare il nostro Servizio Sanitario. Se il cittadino diventa un coautore della propria cura, allora non può avere solo diritti, ma deve avere anche doveri, come il buon uso dei servizi, l'utilizzo appropriato delle risorse ed il rispetto della prescrizione medica.

### 3. Conclusioni

Il nostro Sistema Sanitario sta attraversando un periodo di profonda crisi, che potrà essere superato solo grazie ad un pieno coinvolgimento (tavolo di confronto permanente) ed alla collaborazione di tutti i principali soggetti coinvolti ("stakeholder"): medici e altre professioni sanitarie, associazioni di pazienti, cittadini e Istituzioni. È necessaria una vera riforma di sistema che investa sulla Sanità, creando un sistema a rete che parta dal territorio, ma coinvolga anche le strutture ospedaliere in un'ottica di integrazione. È indispensabile poi valorizzare i professionisti sanitari che rappresentano il maggior valore del nostro Sistema Sanitario e sono i principali difensori



della Salute come diritto fondamentale dell'uomo e pilastro della nostra democrazia.

*Focus on*





## Ritorno al passato. La Corte Suprema e la sentenza *Dobbs*

*Maria Chiara Errigo\**

BACK TO THE PAST. THE SUPREME COURT AND THE DOBBS CASE

ABSTRACT: Il presente contributo propone alcune considerazioni a margine della sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti (*Dobbs et al, v. Jackson Women's Health Organization, et al.* 597 US\_2022), resa il 24 giugno 2022, che ha ribaltato i precedenti di *Roe v. Wade* (1973) e *Planned Parenthood v. Casey* (1992), eliminando, in questo modo, ogni tutela esistente a livello federale in relazione al diritto all'aborto negli Stati Uniti.

KEYWORDS: Diritto all'aborto; Corte Suprema; *Roe v. Wade*; libertà di autodeterminazione

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyze the consequences arising on abortion rights in the wake of the U.S. Supreme Court decision (*Dobbs et al, v. Jackson Women's Health Organization, et al.* 597 US\_2022), delivered on June 24, 2022, that overturned the precedents of *Roe v. Wade* (1973) and *Planned Parenthood v. Casey* (1992), thereby eliminating, in this way, any existing federal protections.

PAROLE CHIAVE: abortion rights; Supreme Court; *Roe v. Wade*; self-determination

SOMMARIO: 1. Da *Roe* a *Dobbs*. Considerazioni introduttive – 2. Diritto all'aborto e Corte Suprema: una nuova impostazione teorica – 3. Il dopo *Dobbs*: qualche considerazione iniziale

### 1. Da *Roe* a *Dobbs*. Considerazioni introduttive

Il 24 giugno 2022 la Corte Suprema degli Stati Uniti si è pronunciata (*Dobbs et al, v. Jackson Women's Health Organization, et al.* 597 US\_2022) nuovamente in tema di aborto, con una decisione storica che ha ribaltato i precedenti di *Roe v. Wade* (1973) e *Planned Parenthood v. Casey* (1992), eliminando, in questo modo, ogni tutela esistente a livello federale in relazione all'interruzione volontaria di gravidanza. Attraverso il caso *Dobbs*, infatti, la Corte Suprema ha superato l'interpretazione adottata con la pronuncia del 1973, per mezzo della quale era stato possibile il riconoscimento, sul piano costituzionale, del diritto all'aborto. Tuttavia, tale approdo giurisprudenziale non è mai stato "assorbito" del tutto all'interno del tessuto socio-politico americano, costituendo un punto di rottura e di divisione con progressivi tentativi volti a superare il quadro di tutela così delineato<sup>1</sup>.

\*Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

<sup>1</sup> Cfr. ad esempio, i casi *Akron v. Akron Center for Reproductive Health* 462 US 416 (1983); *Webster v. Reproductive Health Services* 492 US 490 (1989); più di recente, *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* 579 U.S. 582 (2016),



In particolare, il caso in esame ha riguardato una legge dello Stato del Mississippi, che vietava le operazioni di aborto dopo la quindicesima settimana di gravidanza. La legge prevedeva eccezioni per le emergenze mediche e in caso di gravi malformazioni del feto, ma, ad esempio, non per le ipotesi di stupro o incesto<sup>2</sup>. La normativa, sebbene adottata nel 2018, non era mai entrata in vigore in quanto le Corti inferiori – compresa la *Court of Appeal* del *Fifth Circuit* – avevano ritenuto la stessa in contrasto con i precedenti di *Roe* e *Casey*, sospendendone l’applicazione. Al contrario, la sentenza *Dobbs*, affermando la legittimità della legge del Mississippi, ha ridefinito la disciplina in tema di aborto, abbandonando le garanzie fissate a livello federale e “restituendo” ai singoli Stati il potere di decidere se, e a quali condizioni, riconoscere un *right to abortion*<sup>3</sup>. L’impatto di questa decisione si rivela estremamente serio, andando ben oltre la singola legge del Mississippi e legittimando, in questo modo, l’approvazione di normative statali anche particolarmente restrittive<sup>4</sup>.

Con la sentenza *Dobbs* sembra verificarsi, così, una sorta di “ritorno al passato”, in quanto, da una parte, la Corte effettivamente (ri)attribuisce ai singoli Stati il potere di legiferare in questo ambito in modo del tutto autonomo e, dall’altra, la decisione comporta inevitabilmente il venire meno di preziose garanzie a favore della donna, in termini di diritto alla salute, di eguaglianza e di autodeterminazione<sup>5</sup>.

---

June medical service v. Russo 591 U.S. 1101 (2020). Sui diversi “attacchi” a *Roe* e il progressivo, graduale sgretolamento di queste garanzie, si veda lo studio di M. ZIEGLER, *Abortion and the Law in America – Roe v. Wade to the present*, Cambridge, 2020, 60 ss.; per una ricostruzione del *right to abortion* negli Stati Uniti, si veda anche il contributo di L. FABIANO, *Tanto tuonò che piovve: l’aborto, la polarizzazione politica e la crisi democratica nell’esperienza federale statunitense*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2022, 5 ss.

<sup>2</sup> Così la normativa del Mississippi, il cosiddetto *Gestational Age Act*, MS Code §41-41-191 (2018), che, appunto, prevede «[a]bortion limited to fifteen (15) weeks’ gestation except in medical emergency and in cases of severe fetal abnormality». Occorre specificare che a seguito della sentenza *Dobbs*, lo Stato del Mississippi, a partire da luglio 2022, ha reso efficace una precedente normativa, approvata nel 2007 e rientrante nell’ambito delle cosiddette “trigger laws”, in base alla quale l’aborto è vietato del tutto, ad eccezione soltanto se necessario per salvare la vita della madre o in caso di stupro, che, tuttavia, dovrà essere denunciato alle autorità competenti, sul punto, cfr. MS Code § 41-41-45, <https://law.justia.com/codes/mississippi/2019/title-41/chapter-41/performance-of-abortion-consent/section-41-41-45/>.

<sup>3</sup> Sul punto, si veda anche il commento di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Diritti costituzionali effimeri? L’overruling di «Roe v. Wade»*, in *Il Foro italiano*, 9, 2022, 432 ss.

<sup>4</sup> Ad esempio, nell’ambito delle attività del *Guttmacher Institute*, si veda l’analisi di E. NASH, L. CROSS, *26 States are certain or likely to ban abortion without Roe: here’s which ones and why*, ottobre 2021, disponibile al <https://www.guttmacher.org/article/2021/10/26-states-are-certain-or-likely-ban-abortion-without-roe-heres-which-ones-and-why>, in base alla quale veniva prospettato che circa 26 Stati avrebbero potuto vietare del tutto o quasi le operazioni di interruzione di gravidanza. Ai fini di monitoraggio delle singole discipline statali, si veda anche la pagina del *New York Times*, *Tracking the States Where Abortion is Now Banned*, [https://www.nytimes.com/interactive/2022/us/abortion-laws-roe-v-wade.html?name=styln-abortion-us&region=TOP\\_BAN-NER&block=storyline\\_menu\\_recirc&action=click&pgtype=Interactive&variant=show&is\\_new=false](https://www.nytimes.com/interactive/2022/us/abortion-laws-roe-v-wade.html?name=styln-abortion-us&region=TOP_BAN-NER&block=storyline_menu_recirc&action=click&pgtype=Interactive&variant=show&is_new=false), che viene periodicamente tenuta in aggiornamento.

<sup>5</sup> In questo senso, si esprime anche L. RONCHETTI, *La decostituzionalizzazione in chiave populista sul corpo delle donne: è la decisione Dobbs a essere «egregiously wrong from the start»*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2022, 36 ss.; 41 ss., mettendo in luce che secondo la lettura dell’opinione di maggioranza «è possibile “to think, to say but not to act” autonomamente quando si porta in grembo un nuovo essere umano. Detto altrimenti, sin dal concepimento il corpo della donna non è più suo ma un corpo pubblico, un contenitore che può pensare, può dire ma non può agire sul suo stesso corpo», 43.





Tramite la sentenza sul caso *Roe*, invece, era stato definito uno standard comune di tutela, al quale le normative statali avrebbero dovuto necessariamente attenersi. In particolare, questa pronuncia non impediva di per sé agli Stati l'adozione di determinate discipline sul punto, ma dettava alcuni criteri in base ai quali circoscrivere e orientare l'azione di questi ultimi. In quella sede, infatti, la Corte Suprema, riconoscendo il diritto all'aborto quale specificazione ulteriore del diritto alla privacy, all'interno della copertura costituzionale del XIV emendamento, aveva elaborato il criterio del cosiddetto *trimester framework*, che prevedeva una limitazione del potere statale pressochè totale nel primo trimestre (dove la scelta di abortire ricadeva nella più ampia discrezionalità della donna), e una maggiore capacità di intervento solo a scopo di tutela della salute della gestante nel secondo trimestre, fino ad arrivare al momento della *fetal viability* (vitalità al di fuori dell'utero del feto), in cui lo Stato, da questo momento in poi, avrebbe potuto intervenire finanche vietando l'aborto, ad eccezione del caso di pericolo di vita della donna<sup>6</sup>. Questo schema (definito nella sentenza *Dobbs* «a detailed set of rules»<sup>7</sup>) era già stato in parte scardinato nel 1992, con il caso di *Planned Parenthood v. Casey*, che aveva eliminato il criterio del *trimester framework* e riconfermato soltanto il limite della *fetal viability*, introducendo, inoltre, il cosiddetto canone dell'*undue burden*, in base al quale le normative statali in tema di interruzione di gravidanza (volte a regolamentare la fase di *previability*) sarebbero state ritenute illegittime, laddove si fossero tradotte in un ostacolo "sproporzionato" alla capacità di scelta della donna. Di fatto, con *Casey* si assiste ad un parziale *overrule* della sentenza *Roe*: sebbene sia stato comunque riconfermato il cosiddetto *central holding* di tale pronuncia, relativo al limite della *fetal viability*, essa ha condotto all'adozione di un parametro meno rigido, con la conseguente possibilità degli Stati di varare normative più restrittive<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> «(a) For the stage prior to approximately the end of the first trimester, the abortion decision and its effectuation must be left to the medical judgment of the pregnant woman's attending physician. (b) For the stage subsequent to approximately the end of the first trimester, the State, in promoting its interest in the health of the mother, may, if it chooses, regulate the abortion procedure in ways that are reasonably related to maternal health. (c) For the stage subsequent to viability, the State in promoting its interest in the potentiality of human life may, if it chooses, regulate, and even proscribe, abortion except where it is necessary, in appropriate medical judgment, for the preservation of the life or health of the mother», *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

<sup>7</sup> *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* 597 US (2022), Opinion of the Court, 46.

<sup>8</sup> Con l'abbandono del *trimester framework*, la gravidanza viene divisa in due fasi, prendendo quale spartiacque il momento della *viability* del feto e l'adozione del canone dell'*undue burden* per vagliare la legittimità di tutte le discipline statali che fossero intervenute a disciplinare la fase di *previability* determina il venire meno dello *strict scrutiny* elaborato con *Roe*, attraverso il quale un'eventuale disciplina statale in tema di aborto sarebbe stata sottoposta ad un vaglio di costituzionalità molto rigido, cfr., su questo passaggio, A. SPERTI, *Il diritto all'aborto e il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe v. Wade*, in *La Rivista del "Gruppo di Pisa"*, 3, 2022, la quale, in riferimento a *Roe*, si esprime ricordando che «La Corte Suprema concluse che il diritto all'aborto avesse la natura di un diritto "fondamentale" e, di conseguenza, ritenne che ogni sua limitazione dovesse essere sottoposta ad un rigoroso scrutinio (cd. *strict scrutiny*) di legittimità costituzionale», 25; cfr. *Roe v. Wade* 410 US 113 «Where certain "fundamental rights" are involved, the Court has held that regulation limiting these rights may be justified only by a "compelling state interest," [...], and that legislative enactments must be narrowly drawn to express only the legitimate state interests at stake. In the recent abortion cases, cited above, courts have recognized these principles», 154.



La sentenza *Dobbs* si pone in successione ravvicinata ad altri casi sul tema, nell'ambito dei quali è emersa la "crisi" di quel sistema di garanzie nell'ambito dell'interruzione di gravidanza, così faticosamente elaborato con *Roe* e in seguito riadattato in *Casey*, evidenziandosi la difficoltà di contenere le "spinte" degli Stati più conservatori e il problematico raggiungimento di una solida maggioranza decisionale in seno alla Corte, che nell'ultimo periodo si è caratterizzata per una completa polarizzazione delle posizioni al suo interno<sup>9</sup>.

Tuttavia, questa volta, lo Stato del Mississippi aveva chiesto alla Corte Suprema di pronunciarsi in merito alla legittimità costituzionale della legge medesima, mettendo in discussione i precedenti di *Roe* e *Casey*<sup>10</sup>. I giudici supremi, dunque, nel valutare la compatibilità della legge del Mississippi, hanno compiuto un esame profondo, reimpostando in modo radicale l'interpretazione sul tema del diritto all'aborto.

D'altra parte, che la sentenza del 1973, attraverso la quale era stato riconosciuto il tenore costituzionale del *right to abortion*, non abbia mai del tutto convinto in termini di *legal reasoning*, non è un fatto nuovo<sup>11</sup>; a ciò deve aggiungersi la portata problematica, intrinseca al fenomeno dell'interruzione volontaria di gravidanza che da sempre costituisce una questione moralmente controversa e fortemente divisiva all'interno della compagine socio-politica. Eppure, la sentenza di *Roe* possiede l'innegabile merito di essersi fatta carico di esigenze di tutela non più rinviabili, quale prodotto di una realtà socio-culturale in trasformazione, ponendosi sulla scia di altre decisioni della stessa Corte, relative alla sfera riproduttiva e alla libertà sessuale della persona (la cui base giuridica di giustificazione è da rinvenirsi sempre nel cosiddetto *right to privacy*)<sup>12</sup>. Nel tempo, *Roe* ha finito per rappresentare un vero e proprio

<sup>9</sup> Si vedano, ad esempio, le decisioni relative a *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. 582 (2016); *June Medical Services, L.L.C. v. Russo* 591 US\_2020; *Whole Woman's Health v. Jackson*, 595 U.S.\_ (2021).

<sup>10</sup> La sentenza evidenzia infatti che «[t]he State's primary argument is that we should reconsider and overrule *Roe* and *Casey* and once again allow each State to regulate abortion as its citizens wish», *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, cit., 4. Inizialmente, al momento della *petition for a writ of certiorari* (consegnato il 15 giugno 2020), lo Stato del Mississippi si era rivolto alla Corte limitandosi a richiedere «whether all pre-viability prohibitions on elective abortions are unconstitutional», poi concesso a novembre 2021 (la cronistoria del caso *Dobbs v. Jackson* è disponibile al link <https://www.supremecourt.gov/docket/docketfiles/html/public/19-1392.html>). Nel corso degli *oral arguments* svoltisi a dicembre 2021, invece, è emerso un vero e proprio "attacco" ai casi di *Roe* e *Casey*, con la richiesta da parte dei rappresentanti del Mississippi di affermare la legittimità della legge in esame e ribaltare i precedenti (la trascrizione degli *oral arguments* da cui è possibile è disponibile al link [https://www.supremecourt.gov/oral\\_arguments/argument\\_transcripts/2021/19-1392\\_4425.pdf](https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2021/19-1392_4425.pdf)).

<sup>11</sup> Cfr., ad esempio, L. TRIBE, *Toward a model of roles in the Due Process of Life and Law*, in *Harvard Law Review*, 87, 1973, 1 ss.; R. B. GINSBURG, *Some Thoughts on autonomy and equality in Relation to Roe v. Wade*, in *North Carolina Law Review*, 63, 1985, 375 ss., secondo la quale il ragionamento alla base della decisione sul caso *Roe* mostrava un'intrinseca debolezza argomentativa, fondando il riconoscimento del diritto all'aborto sul concetto di *privacy*, invece che sulla *Equal Protection Clause*, e, dunque, sulla base del principio di eguaglianza di genere e della libertà di autodeterminazione della donna.

<sup>12</sup> Cfr. *Griswold v. Connecticut* 381 US 479 (1965), che rappresenta un'altra decisione storica della Corte Suprema attraverso la quale si afferma che la Costituzione degli Stati Uniti protegge, sotto il cappello di tutela del diritto alla *privacy*, anche la libertà procreativa della coppia, in tema di contraccezione (c.d. *marital privacy*); successivamente *Eisenstadt v. Bard* 405 U.S. 438 (1972) ha esteso il diritto all'acquisto di contraccettivi anche alle donne non sposate. Più di recente, e sempre in base al diritto alla *privacy* che poggia sul dettato del XIV emendamento, la Corte Suprema sancisce l'illegittimità costituzionale della normativa texana che criminalizzava le relazioni omosessuali, cfr. *Lawrence v. Texas* 539 U.S. 558 (2003). Sul concetto di *privacy*, si veda più in generale, S. WARREN, L.

“pezzo” di storia costituzionale dei diritti degli Stati Uniti: non si tratta semplicemente del riconoscimento della possibilità di interrompere una gravidanza, ma di un passaggio ancora più profondo, che testimonia la conquista di spazi di libertà (e della garanzia di tutela di questi ultimi), e dimostra l’affermazione di una concezione del rapporto fra Stato e persona, in cui il primo deve astenersi dall’interferire nell’ambito di scelte che afferiscono essenzialmente alla sfera più intima della persona stessa<sup>13</sup>. Occorre sottolineare come la sentenza *Dobbs* arrivi a seguito di una progressiva polarizzazione delle posizioni politiche; l’era Trump ha inciso profondamente anche sulla composizione della Corte Suprema, nominando addirittura 3 dei suoi membri (Gorsuch, Kavanaugh, Barrett; la nomina di quest’ultima è arrivata peraltro ormai alla scadenza del mandato dell’ex Presidente<sup>14</sup>), e finendo per alterare gli equilibri interni di questo organo verso una tendenza indubbiamente più conservatrice, che ha trovato espressione anche nell’ambito della decisione in esame<sup>15</sup>. Nel corso degli ultimi tempi, e sotto l’amministrazione Trump, inoltre, molti Stati hanno finito per adottare con riferimento all’aborto dei veri e propri *trigger bans*, ossia legislazioni più restrittive rispetto a quanto previsto a livello federale, nel tentativo di riportare la questione davanti alla Corte Suprema e ribaltare quanto affermato con *Roe* e, quindi, con *Casey*. Con il caso del Mississippi, dunque, questo obiettivo viene raggiunto; la Corte Suprema supera i propri precedenti, cancella quel livello di tutele ritenuto fondamentale e priva il diritto all’aborto della sua dimensione costituzionale, senza pensare che, in questo modo, viene meno anche un potere di disposizione del proprio corpo e si rompe quel legame esistente fra libertà riproduttiva e capacità della donna di partecipare, su un piano di parità con gli uomini, alla vita politica e sociale<sup>16</sup>.

---

BRANDEIS, *The right to privacy*, in *Harvard Law Review*, 4, 5, 1890, il cui riferimento è inizialmente soprattutto alla tutela dei dati personali rispetto alla stampa e ai mezzi di comunicazione in generale.

<sup>13</sup> Cfr. E. GRANDE, *Dobbs: una sentenza in fondo attesa. Come ci si è arrivati e quali le sue implicazioni future*, in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 1/special issue, 2023, 6-7.

<sup>14</sup> Da notare il fatto che allo scadere del mandato del Presidente Obama, il Senato, che all’epoca vantava già una maggioranza repubblicana, si era opposto alla nomina da parte di quest’ultimo di un nuovo giudice supremo (Merrick Garland), sostenendo che essendo un atto di particolare importanza, in grado di produrre effetti estremamente condizionanti sul lungo termine, esso dovesse appartenere al Presidente di prossima elezione e non a quello ormai “in scadenza”. Ciò, tuttavia, non è stato rispettato, a sua volta, da Trump con la nomina della Giudice Amy Connie Barrett; sul punto si veda, C. BOLOGNA, «Parlare con la voce di un giudice»: il rapporto tra politica e giurisdizione negli Stati Uniti, in *Il Mulino*, 6, 2020, 1060 ss.; L. P. VANONI, *La nomina dei giudici supremi tra scontro politico e diritto costituzionale: il caso americano*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3, 2017, 833 ss.

<sup>15</sup> Si veda S. PENASA, *People have the power! E i corpi e le biografie delle donne? I diversi livelli di rilievo della sentenza Dobbs della Corte Suprema USA*, in *DPCE online*, 3, 2022, 1609 ss., che evidenzia come dalle diverse posizioni dei giudici supremi emerga una spaccatura profonda, una contrapposizione ideologica, notando che sia l’opinione di maggioranza sia quelle dissidenti «utilizzano in parallelo alcuni dei più tradizionali e consolidati topoi costituzionalistici per offrire interpretazioni irriducibilmente dicotomiche e inconciliabili [...] Sullo sfondo, si conferma l’emersione di una frattura interna alla Corte che va ben oltre le drammatiche conseguenze del caso concreto, per coinvolgere la concezione del ruolo della Corte e, inevitabilmente, della Costituzione».

<sup>16</sup> In questo senso, L. TRIBE, *The Invisible Constitution*, Oxford, 2008, 193; cfr. anche G. SORRENTI, *Corte Suprema, Dobbs v. Jackson: fra tradizionalismo ed evoluzione dei diritti*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2022, 612.



## 2. Diritto all'aborto e Corte suprema: una nuova impostazione teorica

La sentenza *Dobbs* presenta una portata problematica estremamente complessa. Non solo, infatti, viene eliminato il carattere costituzionale del diritto all'aborto, con ricadute estremamente gravi per la salute psico-fisica della donna e la sua libertà di autodeterminazione, ma la decisione tocca una pluralità di questioni teoriche di base, attinenti alla modalità di interpretazione del testo costituzionale, al rispetto del principio dello *stare decisis*, al rapporto intercorrente tra Federazione e Stati membri sul tema in esame, finendo per riguardare anche lo stesso ruolo interpretato dalla Corte Suprema nell'ambito dell'ordinamento statunitense<sup>17</sup>.

Leggendo la decisione sul caso *Dobbs*, emerge fin da subito come l'opinione di maggioranza proponga un nuovo registro interpretativo, attraverso il quale la pronuncia storica di *Roe* viene etichettata, senza dubbio, come «*egregiously wrong from the start*»<sup>18</sup>. Secondo i giudici supremi la logica motivazionale sottesa alla sentenza del 1973 si contraddistingue per una intrinseca “fragilità” del ragionamento giuridico svolto; l'aborto, infatti, oltre a non essere un diritto espressamente previsto dal testo costituzionale, non può nemmeno essere ricompreso nell'alveo della tutela espressa dal XIV emendamento, in quanto, in primo luogo, esso non può essere rintracciato nelle radici storiche dell'ordinamento statunitense, né delle legislazioni dei singoli Stati, e in secondo luogo, non rientra in quel concetto di «*ordered liberty*» che emerge dalla Costituzione.

Quanto al primo punto, la Corte Suprema compie in questa sede una minuziosa ricostruzione storica in tema di interruzione volontaria di gravidanza, fino ad arrivare alle normative inglesi del XIII secolo, richiamando alcune delle voci più importanti della storia del *common law* (in particolare, Henry de Bracton, Edward Coke, William Blackstone, Matthew Hale), a sostegno della propria tesi. Se, infatti, il XIV emendamento può essere l'appiglio costituzionale attraverso il quale trovano spazio determinati diritti non direttamente espressi nel testo, occorre però capire se gli stessi appartengano in qualche modo all'esperienza storica americana<sup>19</sup>.

L'indagine effettuata dai giudici supremi è proprio volta a ricercare il significato *originario* del testo costituzionale, dimostrando come il diritto all'interruzione di gravidanza non possa considerarsi in alcun modo «*deeply rooted*» nella storia degli Stati Uniti, e come al momento dell'adozione del XIV emendamento tre quarti degli Stati membri vietassero l'aborto a tutti gli stadi della gravidanza e

<sup>17</sup> Si veda L. P. VANONI, *La Corte Suprema tra polarizzazione politica e interpretazione costituzionale: alla ricerca di un nuovo equilibrio?*, in *Diritto pubblico Comparato ed Europeo*, 2, 2021, 499 ss.; con particolare riguardo al tema dell'aborto, si veda, M. FASAN, *Il ruolo della Corte Suprema tra diritto e politica. Considerazioni sul diritto all'aborto nell'ordinamento statunitense*, in *DPCE online*, 4, 2021, 4465 ss.; parla di *overruling politico*, E. GRANDE, *Dobbs e le allarmanti implicazioni di un overruling politico in tema di aborto*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 15, 2022, 73 ss.

<sup>18</sup> *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, cit., 6.

<sup>19</sup> «*Instead, guided by the history and tradition that map the essential components of our Nation's concept of ordered liberty, we must ask what the Fourteenth Amendment means by the term "liberty"*», *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, cit., 14. Sull'utilizzo dell'elemento della tradizione in *Dobbs*, si veda A. SPERTI, «*Dobbs*» e il controverso *overruling* di «*Roe v. Wade*» sullo sfondo del confronto tra opposte visioni del rapporto tra storia e Costituzione, in *Il Foro italiano*, 9, 2022, 450-453.

all'epoca del caso *Roe* fossero ancora 30 le legislazioni statali che classificavano l'interruzione volontaria di gravidanza come un crimine<sup>20</sup>.

Quella che si delinea è dunque una nuova impostazione teorica sul diritto all'aborto, la cui tutela, a livello federale, non può trovare spazio; essa è espressione della corrente originalista, la quale interpreta la Carta costituzionale degli Stati Uniti a partire dal significato che i *Framers* hanno voluto attribuire al testo (*original intent*), o in base al cosiddetto *original public meaning*, per mezzo del quale «*the object of interpretation is the text as reasonably understood by a well-informed reader at the time of the provision's enactment*»<sup>21</sup> (e in questo senso, il XIV emendamento così inteso non potrebbe ricomprendere anche il diritto all'aborto)<sup>22</sup>. Il ruolo del giudice, secondo questa modalità interpretativa, sarebbe quello di andare a ricercare quel determinato significato e applicarlo al caso concreto, senza poter inserire nuovi "contenuti" attraverso un'interpretazione di tipo evolutivo<sup>23</sup>. Una tale azione, infatti, si configurerebbe come fortemente problematica nel rispetto del principio di separazione dei poteri, determinandosi il venire meno dei "confini" fra decisione giudiziaria e regolazione legislativa.

In questa prospettiva, secondo l'opinione di maggioranza, la decisione del 1973 ha rappresentato un «*exercise of raw of judicial power*»<sup>24</sup>, una sorta di vera e propria «*hybris giudiziaria*»<sup>25</sup>, attraverso la quale i giudici non si sono limitati a decidere il caso, ma hanno dettato una serie di regole molto più simili a quelle che potrebbero appartenere ad un legislatore. In base a questa diversa prospettiva teorica, quindi, *Roe* va oltre i confini della decisione giudiziaria, imponendo una nuova regolamentazione

---

<sup>20</sup> Da notare che l'opinione di maggioranza è corredata di un'apposita Appendice in cui vengono annotate, in ordine cronologico, tutte le normative statali vigenti all'epoca dell'adozione del XIV emendamento nel 1868.

<sup>21</sup> J. O. MCGINNIS, M. B. RAPPAPORT, *Unifying original intent and original public meaning*, in *Northwestern University Law Review*, 113, 2019, 1373 ss.

<sup>22</sup> Ad esempio, si veda quanto sostenuto dal Giudice Scalia, che in riferimento all'aborto affermava «*The difficulty with Roe v. Wade is a legal rather than a moral one. I do not believe – and no one believes for 200 years – that the Constitution contains a right to abortion*», cfr. Pew research Center, *Session Three: Religion, Politics and the Death Penalty*, (Jan. 25, 2002), <http://www.pewforum.org/2002/01/25/session-three-religion-politics-and-the-death-penalty/>.

<sup>23</sup> In generale, in merito all'interpretazione originalista, è necessario dire che esistono diverse declinazioni di questa corrente interpretativa, cfr. T. B. COLBY, P. J. SMITH, *Living Originalism*, in *Duke Law Journal*, 59, 2009, 239 ss, in cui si afferma che, appunto, che «*there are today countless variations of originalism*», 245. Sul concetto di originalismo, si veda D. A. FARBER, *The originalist debate: a guide for perplexed*, in *Ohio State Law Journal*, 49, 1989, 1085 ss; L. B. SOLUM, *What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory*, Georgetown Law Faculty Publications and other works, 2011, 1353 ss.; A. LONGO, *La peculiarità ermeneutica della Costituzione nel tempo: quattro passi su una strada tortuosa*, in *Consulta online*, ottobre 2014, 14, che ricorda come «*l'obiettivo dell'originalismo è affermare, nello svolgimento dell'attività ermeneutica, la priorità del momento germinativo rispetto a quello applicativo. Nel caso della Costituzione, tale provenienza diviene ancor più qualificata e, dunque, degna di considerazione, poiché essa incarna la scelta democratica nel suo nucleo essenziale e legittimante tutti gli altri poteri. Solo una rigida attenzione alla lettera della Costituzione può mantenere il legame con tale promanazione popolare, legittimando l'attività della Corte Suprema e mantenendola nell'ambito del circuito democratico*». Sempre sul tema dell'originalismo, si veda, inoltre, A. SCALIA, *Originalism: the Lesser Evil*, in *University of Cincinnati Law Review*, 57, 1988, 849 ss.; C. SUNSTEIN, *Originalism*, in *Notre Dame Law Review*, 93, 2018, 1672.

<sup>24</sup> *Dobbs v. Jackson Whole Women's Health*, cit., 3.

<sup>25</sup> Per questa espressione si veda, C. DE SANTIS, «*Abortion is inherently different*»: la Corte Suprema USA sancisce l'overruling di *Roe* e *Casey*, in [diritticomparati.it](http://diritticomparati.it), 12 luglio 2022.





a livello federale, che dovrebbe essere propria solo di un organo legislativo<sup>26</sup>. Nel solco di questa impostazione, ma in modo ancora più rigido, si costruisce anche la *concurring Opinion* del Giudice Thomas, secondo il quale la sentenza *Dobbs* potrebbe costituire il primo passo per tornare ad una legalità costituzionale connessa al suo significato *originario*, con l'eventualità che «[f]or that reason, in future cases, we should reconsider all of this Court's substantive due process precedents, including *Griswold*, *Lawrence*, and *Obergefell*»<sup>27</sup>.

Nella prospettiva della sentenza *Dobbs*, quindi, il diritto all'aborto non può ritenersi implicito in quel concetto di *ordered liberty* proprio del XIV emendamento; questo non soltanto in quanto non vi è traccia di esso né nel testo costituzionale, né a livello di esperienza storica, ma proprio perchè *Roe* propone, secondo i giudici di *Dobbs*, un'interpretazione troppo ampia (la Corte scrive proprio «*too much*»<sup>28</sup>), senza operare un corretto bilanciamento fra i diritti in gioco, che, in questo caso vedono, da una parte, la libertà di autodeterminazione della donna e, dall'altra, la tutela di un *unborn human being*. Occorre sempre considerare, infatti, che la libertà di interrompere una gravidanza è da ritenersi, secondo la Corte, «*critically different*» rispetto agli altri diritti. L'aborto rappresenta una questione morale insolubile e per questo la decisione di come regolare tale fatto deve essere lasciata ai singoli Stati, che ben potrebbero esprimere una diversa sensibilità sul punto.

Se la corrente originalista, nelle sue diverse forme, non deve ritenersi di per sé espressione di una coscienza politica necessariamente conservatrice, trattandosi “soltanto” di uno dei modi attraverso i quali è possibile interpretare il testo costituzionale, e anche alla luce delle debolezze delle decisioni di *Roe* e *Casey*, appare comunque difficile percepire la lettura che emerge dalla sentenza *Dobbs* in qualche modo neutrale<sup>29</sup>. Essa sembra espressione di un'idea che è propria anche di un atteggiamento

<sup>26</sup> «*The scheme Roe produced looked like legislation, and the Court provided the sort of explanation that might be expected from a legislative body*”, *Dobbs v. Jackson Whole Women's Health*, Opinion of the Court, cit., 49.

<sup>27</sup> *Dobbs v. Jackson Whole Women's Health*, Concurring Opinion Justice Thomas, cit., 3. Su questo aspetto, che rappresenta uno dei timori che emerge dalla lettura della sentenza, interviene anche l'opinione di maggioranza della Corte, la quale prova ad assicurare che ciò non si verificherà, in quanto tali diritti non si possono porre sullo stesso piano dell'aborto, che ha ad oggetto una vita potenziale e che per questo viene definito come “diverso”.

<sup>28</sup> *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, cit., 32.

<sup>29</sup> Ancora, sul concetto di originalismo e sulle sue applicazioni all'interno della sentenza *Dobbs*, si veda il dibattito su *Originalismo e Costituzione* sul sito web dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, (contributi di C. CARUSO, *Originalismo e politicità della Corte Suprema degli Stati Uniti*, L. P. VANONI, *Originalismo e Costituzione: una risposta*; N. ZANON, *La Costituzione “neutrale” di Kavanaugh*; O. CHESSA, *Originalismo moderato e neutralità costituzionale*, M. D'AMICO, *Una discussione “maschile” che lascia sullo sfondo le donne e i loro diritti*, G. RAZZANO, *Un'analisi costituzionale può essere fuori dai confini di ogni ragionevole interpretazione delle varie disposizioni costituzionali?*, F. PEDRINI, *Una lezione teorica dell'originalismo: l'interpretazione “di quale” Costituzione?*, C. VALENTINI, *Originalismo e Politica dell'originalismo*, C. BOLOGNA, *Il caso Dobbs e la terza via*), disponibile al link <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione>. Si vedano altresì i contributi di G. BRUNELLI, *L'aborto “sbilanciato”: il bilanciamento (assente) in Dobbs e il bilanciamento (inadeguato) in Corte costituzionale n. 27/1975*, in *BiLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 1/special issue, 2023, che parla di una «impostazione rigidamente originalista della majority opinion», trascurando «del tutto la prospettiva delle donne. [...] Un originalismo che rinvia alla tradizione giuridica, identificata nella storia più antica del Paese, senza alcuna considerazione del cinquantennio trascorso dalla pronuncia di *Roe v. Wade* e dell'affidamento consolidato da parte delle donne su un sistema che consentiva loro di decidere se e quando diventare madri», 18-19; C. CARUSO, *Originalismo e teoria della Costituzione. Una critica a Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, in *BiLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 1/special issue, 2023, 91 ss.; P. VERONESI, *Il “caso Dobbs”: originalismo “estremo” e crisi del costituzionalismo negli States*, in *BiLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 1/special issue, 2023, 109 ss.





politico effettivamente conservatore, il quale finisce inevitabilmente per chiudere ai diritti delle donne, abbassando il livello di garanzia precedentemente stabilito. Per questo *Dobbs*, seppure animata dal ripristinare una più corretta lettura del testo costituzionale ed eliminare divisioni e conflitti generati dalla sentenza *Roe*, sembra tornare indietro nel tempo, inserendosi in una dimensione involutiva sul piano della tutela dei diritti<sup>30</sup>.

Neppure il principio dello *stare decisis* può costituire un “argine” all’azione dei giudici supremi, secondo i quali è da considerarsi come un «*not an inexorable command*» e dunque può essere superato, laddove i precedenti siano espressione di errori di valutazione da parte della Corte medesima. La sentenza, infatti, nel motivare il proprio cambio di passo, cita diversi casi di *overruling*, per dimostrare proprio come decisioni sbagliate siano state poi oggetto di “riforma” da parte degli stessi giudici supremi. In particolare, la Corte riporta vari esempi, fra cui il caso di *Brown v. Board of Education* 347 US 483 (1954) che ha superato la sentenza *Plessy v. Ferguson* 163 US 537 (1896), eliminando la terribile dottrina del *separate but equal*, ma anche di *Obergefell v. Hodges*, 576 U. S. 644 (2015) che riforma la decisione *Baker v. Nelson* 409 U. S. 810 (1972), riconoscendo alle coppie dello stesso sesso la possibilità di contrarre matrimonio<sup>31</sup>. Nell’indicazione dei vari casi di *overrule* susseguitesi nella giurisprudenza costituzionale degli Stati Uniti, si legge il tentativo della Corte di giustificare la propria scelta, mostrando come, laddove la decisione si riveli errata, occorra intervenire sganciandosi dal vecchio precedente per definire un nuovo equilibrio. Tuttavia, è necessario notare come nei vari casi riportati nella sentenza – a differenza della decisione *Dobbs* – l’*overrule* si sia posto come «*ampliativo*» della dimensione dei diritti<sup>32</sup>, fissando standard di garanzia più ampi, espressione di una tendenza maggiormente inclusiva delle istanze di tutela avanzate dalla comunità sociale.

<sup>30</sup> È emblematico un articolo pubblicato sul *New York Times* (24 giugno 2022) a firma della Professoressa Mary Ziegler (UC Davis), intitolato *Roe’s Death Will Change American Democracy*, che critica la tesi sostenuta dall’opinione di maggioranza della Corte Suprema, secondo cui *Roe* è stato motivo di divisione sociale e politica, e che, superata tale decisione, questi conflitti diminuiranno, specificando che «*The decades-long fight to reverse Roe was not an effort to restore democracy but instead an attempt to change the way American democracy works — one that, now realized, will touch areas of life well removed from reproduction*». Sebbene di per sé i giudici supremi non cancellino la possibilità di accedere alle procedure di aborto (così sottolinea A. CANEPA, *Considerazioni a margine della sentenza “Dobbs” della Corte Suprema degli Stati Uniti: c’è spazio per un dibattito non ideologico sull’aborto?* In *Corti Supreme e Salute*, 2, 2022, secondo il quale la Corte «*non fa affatto tabula rasa della possibilità per le donne di ricorrere all’interruzione volontaria di gravidanza, rinviando invece alla sede legislativa (dei singoli Stati) l’adozione della normativa in materia*», 394-395), le ricadute sostanziali di questa scelta decisionale paiono andare in questa direzione; l’abbandono di una tutela minima uniforme su tutto il territorio federale pone problematiche molto serie in termini di garanzie dei diritti in questo ambito.

<sup>31</sup> La Corte richiama direttamente anche i casi di *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U. S. 379 (1937), che, superando il precedente di *Adkins v. Children’s Hospital of D. C.*, 261 U. S. 525 (1923), afferma la costituzionalità delle leggi statali sul salario minimo; *West Virginia Bd. of Ed. v. Barnette*, 319 U. S., che riforma la sentenza sul caso *Minersville School Dist. v. Gobitis*, 310 U. S. 586 (1940), sancendo la libertà religiosa degli studenti delle scuole pubbliche; la Corte rinvia in nota ad una serie di altri casi, espressione di importanti *overrule* della stessa, cfr. 40-43.

<sup>32</sup> Si veda, di nuovo, C. DE SANTIS, «*Abortion is inherently different*»: la Corte Suprema USA sancisce l’*overruling* di *Roe* e *Casey*, cit. Si veda, inoltre, P. VERONESI, *Il “caso Dobbs”: originalismo “estremo” e crisi del costituzionalismo negli States*, cit., 113, che definisce «*quasi offensivo che per giustificare questo ribaltamento, Alito invochi la [...] decisione Brown [...]: paragonare espressamente Roe a Plessy è a dir poco ingiurioso*».





Più specificamente, l'opinione di maggioranza articola la propria decisione principalmente attraverso quattro "argomenti", in base ai quali *Roe* e anche *Casey* devono intendersi come sbagliate e pertanto necessitano di essere superate<sup>33</sup>. In primo luogo, viene evidenziato come la *natura dell'errore* decisionale risieda proprio in un esercizio scorretto del potere giudiziario, che mal interpreta il dettato costituzionale e arriva ad "usurpare" «*the power to address a question of profound moral and social importance that the Constitution unequivocally leaves for the people*»<sup>34</sup>. In secondo luogo, i precedenti del 1973 e del 1992, ritenendo che la Costituzione conferisse implicitamente un diritto all'aborto, finiscono, quindi, per fondarsi su una «*erroneous historical narrative [...] that have no bearing on the meaning of the Constitution*»<sup>35</sup>; il ragionamento giuridico (*the quality of the reasoning*) alla base di *Roe* racchiude una lettura errata della tradizione storica americana e dei precedenti della stessa Corte, senza fornire solide giustificazioni in merito all'adozione della suddivisione in trimestri della gravidanza, né a quello riguardante il confine della *viability*. La critica dei giudici supremi si rivolge anche specificamente alla sentenza *Casey*, la quale, pur rappresentando un parziale *overrule* di *Roe*, ne ha confermato il *core argument* relativo al concetto di *fetal viability* e ha introdotto il discusso canone dell'*undue burden*. Concentrandosi proprio su tale parametro, la Corte sottolinea come lo stesso debba considerarsi «*unworkable*», ossia un criterio che non funziona, in quanto presenta un'ambiguità applicativa di fondo, tale da non poter costituire un parametro oggettivo, senza garantire una reale prevedibilità delle decisioni sul tema e mettendo conseguentemente in difficoltà le Corti inferiori nell'interpretare tale parametro con coerenza<sup>36</sup>.

Infine, i giudici supremi mettono in luce come l'interpretazione scorretta delle disposizioni costituzionali effettuata tramite *Roe* (e quindi anche in *Casey*) possa riverberarsi anche su altre aree del diritto e sull'applicazione di altri principi (*effect on other areas of law*), escludendo, inoltre, il carattere di *reliance* degli interessi in gioco in questa sede. Da questo punto di vista, infatti, secondo la Corte, se il concetto di *reliance* si traduce nel cosiddetto "affidamento" circa l'esistenza di un certo diritto, non è possibile riconoscere questo aspetto in sede di interruzione volontaria di gravidanza, trattandosi di una

<sup>33</sup> Già nel *syllabus* la Corte riassume i criteri in base ai quali esamina e rivede i propri precedenti in tema di aborto: «*the nature of their error, the quality of their reasoning, the "workability" of the rules they imposed on the country, their disruptive effect on other areas of the law, and the absence of concrete reliance*», *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Opinion of the Court, cit., 43; per tale struttura argomentativa, si veda anche la decisione sul caso *Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees*, 585 US (2018), che ribalta il precedente di *Abood v. Detroit Bd of Ed.* 431 US 209 (1977), e nell'ambito della quale l'opinione di maggioranza risulta redatta sempre da *Justice Alito*.

<sup>34</sup> *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Opinion of the Court, cit., 44.

<sup>35</sup> *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Opinion of the Court, cit., 45.

<sup>36</sup> Secondo la Corte, il canone introdotto con *Casey* non è stato in grado di individuare un linea di demarcazione fra le normative ammissibili e quelle incostituzionali generando maggiori divisioni anche interne alla Corte medesima nella decisione di determinati casi, cfr. «*The experience of the Courts of Appeals provides further evidence that Casey's line between permissible and unconstitutional restrictions has proved to be impossible to draw with precision[...] Casey has generated a long list of Circuit conflicts. Most recently, the Courts of Appeals have disagreed about whether the balancing test from Whole Woman's Health correctly states the undue-burden framework. [...] Continued adherence to that standard would undermine, not advance, the evenhanded, predictable, and consistent development of legal principles*», *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Opinion of the Court, cit., 61-62.







sfera incerta (*unplanned activity*) e appartenente ad una dimensione del tutto impalpabile, priva di quella concretezza che è tipicamente riconducibile all'area del diritto dei contratti<sup>37</sup>.

Sebbene la sentenza *Dobbs* si riveli molto impattante, la Corte, sposando un approccio originalista, finisce per ridimensionare la sua stessa capacità d'azione<sup>38</sup>. Come è stato fatto notare, «*le Corti possono dar voce a istanze che spesso nel processo politico sono prive di visibilità perché minoritarie [...] possono dare un contributo importante al confronto su questioni controverse e divisive [...] costruendo nel tempo una narrativa giurisprudenziale con cui il processo politico è chiamato a misurarsi per condiderla o superarla*»<sup>39</sup>. Questo forse assume un significato ancora più forte nell'ambito degli ordinamenti di *common law*, dove il diritto è prima di tutto giurisprudenziale e si costruisce tramite casi concreti.

Così facendo, invece, la Corte Suprema rimarca l'esigenza di esercitare la propria autorità dentro i confini tracciati dal dettato costituzionale. Secondo questa prospettiva, quindi, i precedenti di *Roe* e *Casey* eccedono lo spazio di competenza attribuito ai giudici supremi, vanno oltre il ruolo ad essi conferito dal disegno dei Costituenti e per questo «*the authority to regulate abortion must be returned to the people and their elected representatives*»<sup>40</sup>. La Corte, dunque, sceglie di affidare le sorti del diritto all'aborto al processo politico, che ben potrà riservare esiti diversi, a seconda del substrato socio-culturale e della sensibilità politica di quel determinato Stato, con implicazioni problematiche anche per quanto riguarda il piano dell'eguaglianza. L'aborto da fatto privato e personale diviene nuovamente un argomento del discorso pubblico, in un alone di incertezza e nelle mani delle maggioranze politiche<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> Su questo punto, è molto forte la critica all'interno della *Dissenting Opinion* dei Giudici Breyer, Kagan e Sotomayor, i quali sottolineano che: «*The Court's failure to perceive the whole swath of expectations Roe and Casey created reflects an impoverished view of reliance. [...] This unprecedented assertion is, at bottom, a radical claim to power. By disclaiming any need to consider broad swaths of individuals' interests, the Court arrogates to itself the authority to overrule established legal principles without even acknowledging the costs of its decisions for the individuals who live under the law, costs that this Court's stare decisis doctrine instructs us to privilege when deciding whether to change course*», 52-53. Sul punto, si veda, inoltre, A. BARAGGIA, *La sentenza Dobbs v. Jackson: un approdo non del tutto prevedibile del contenzioso in materia di aborto negli Stati Uniti*, in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 1/special issue, 2023, 69.

<sup>38</sup> Si veda anche C. CARUSO, *Originalismo e teoria della Costituzione. Una critica a Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, cit., 94-95; P. VERONESI, *Il "caso Dobbs"*, cit., 114.

<sup>39</sup> Così C. VALENTINI, cit., nell'ambito della Lettera AIC su *Originalismo e Costituzione*.

<sup>40</sup> *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Opinion of the Court, cit., 69.

<sup>41</sup> Fa riflettere il fatto che l'opinione di maggioranza sottolinei come anche le donne partecipino a questo processo politico con la conseguente possibilità di influenzarlo (sia in termini pro-choice, sia pro-life). Questa possibilità, pur rivestendo – ora più che mai – un ruolo centrale, lascia, comunque un certo senso di insoddisfazione; la Corte, infatti, così facendo, priva la dimensione del diritto all'aborto di una tutela costituzionale, di una "copertura" che potrebbe rivelarsi, talora, determinante per bilanciare le scelte delle maggioranze politiche, che, come tali, potrebbero sacrificare determinati interessi individuali, cfr. di NUOVO C. VALENTINI, cit. Si veda, inoltre, S. PENASA, *People have the power!*, cit., «*L'interesse della donna a vedersi riconosciuto uno spazio decisionale autonomo in ambito procreativo non scaturisce più direttamente dalla Costituzione, intesa quale living document, ma deve necessariamente passare attraverso la decisione politica delle diverse maggioranze parlamentari, sulla base di una concezione originalista della Costituzione che non ammette l'evoluzione progressiva nell'ambito e nel significato dei diritti sanciti dal testo costituzionale*», 1613.



### 3. Il dopo *Dobbs*: qualche considerazione iniziale

Dopo la sentenza *Dobbs*, il tema dell'interruzione di gravidanza torna a rappresentare un orizzonte normativo estremamente frastagliato, con l'esistenza di discipline statali anche molto distanti tra loro. Se il caso *Roe* aveva spostato la "materia" dell'aborto dal piano statale a quello federale, almeno per quanto riguarda la fissazione di una "normativa quadro", con *Dobbs* la competenza a decidere come disciplinare l'interruzione volontaria di gravidanza viene riconsegnata agli Stati<sup>42</sup>. L'*overruling* dei precedenti del 1973 e del 1992 ha conseguentemente determinato l'entrata in vigore delle cosiddette *trigger laws* (o *trigger bans*), normative caratterizzate da restrizioni o divieti rispetto all'esercizio del diritto all'aborto così come definito tramite *Roe* (e poi con *Casey*), ed approvate prima ancora della decisione *Dobbs*, in attesa, dunque, che la Corte si ripronunciasse di nuovo su questo tema, sconvolgendo gli equilibri stabiliti in precedenza. In questo modo, nel momento in cui si scrive, l'aborto risulta vietato (in alcuni casi, si tratta di divieti pressoché totali, dove l'unica eccezione possibile si identifica con il pericolo di vita della madre) in 13 Stati, ai quali si aggiunge la Georgia che lo prevede soltanto entro la sesta settimana di gravidanza<sup>43</sup>.

La decisione della Corte Suprema finisce per sottolineare una forte debolezza politica, che impedisce l'elaborazione di un quadro normativo entro il quale collocare la disciplina del diritto di aborto, raggiungendo un livello di tutela quanto più possibile omogeneo su tutto il territorio statunitense. Si evidenzia una completa polarizzazione delle posizioni politiche che non rende possibile adottare, a livello federale, normative su problematiche così divisive, e che si ripercuote anche sulle legislazioni statali<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> La sentenza *Dobbs* finisce per incidere proprio anche sullo stesso riparto di competenze Federazione/Stati, nell'ambito del quale se in base all'art. 1, sez. 8 della Costituzione americana, la potestà legislativa in materia di salute e famiglia apparterebbe agli Stati, dall'altro, lo stesso articolo alla sez. 5 prevede che la Federazione si occupi di adottare tutte le misure necessarie per l'attuazione e l'applicazione del XIV emendamento (cui fino a poco tempo fa veniva ancorato anche il *right to abortion*), sul punto si veda A. CANEPA, *Considerazioni a margine della sentenza Dobbs degli Stati Uniti*, cit., 416, il quale evidenzia l'eventualità che l'amministrazione federale possa attrarre a sé la competenza in tema di salute/aborto «in base alla interstate commerce clause dell'art. 1, sez. 8, Cost., che, storicamente, è stata la clausola costituzionale più efficace, per giustificare l'assunzione di competenze legislative federali in materie non enumerate dallo stesso articolo», 417.

<sup>43</sup> I dati sono tratti dallo studio di monitoraggio condotto dal New York Times, *Tracking the States Where Abortion is now Banned*, cit.; in questo "tracciamento" delle normative statali, fra i Paesi che hanno adottato le normative più restrittive si indicano: Alabama, Idaho, Kentucky, Louisiana, Arkansas, Mississippi, Oklahoma, South Dakota, Missouri, Tennessee, Texas, West Virginia, Wisconsin. Lo studio del New York Times evidenzia un altro buon numero di Stati in cui esistono normative in tema di aborto contenenti divieti o limitazioni molto rigide che allo stato attuale sono state bloccate dalle Corti statali, ma che potrebbero certamente uscire da questo stadio di "sospensione" ed entrare pienamente in vigore. Per l'aggiornamento delle diverse normative statali si veda anche la pagina del Guttmacher Institute, *State legislation Tracker*, disponibile al link <https://www.guttmacher.org/state-policy>. Su *Dobbs* e sulla problematica frammentazione del panorama normativo in questo ambito si veda anche M. R. MARELLA, «*Dobbs*» e la geopolitica dei diritti, in *Il Foro italiano*, 9, 2022, 445.

<sup>44</sup> Deve essere sottolineato che la House of Representatives ha approvato a giugno 2022 il testo del *Women's Health Protection Act 2022*, H.R. 8296, volto a rafforzare le tutele riconosciute in tema di aborto con *Roe* e *Casey*; il testo era stato proposto in un'altra versione già nel 2021, non riuscendo, tuttavia, a trovare il consenso sperato e respinto in Senato nel febbraio 2022. Il tentativo è quello di attrarre a livello federale la competenza in materia di aborto attraverso l'impiego della *commerce clause*, di cui all'art. 1, sez. 5, della Costituzione. Sul punto, cfr. A. KARNI, *House passes Two Bills to Ensure Access to Abortion*, in *the New York Times*, 15 luglio 2022, disponi-





Il dopo *Dobbs*, infatti, vede normative estremamente restrittive e altre molto permissive, delineando l'immagine di una vera e propria "spaccatura" culturale e politica in merito all'esercizio del diritto all'aborto (solo a titolo esemplificativo in Minnesota, il diritto all'aborto è riconosciuto come "costituzionale" e così anche in Illinois, che lo ha inserito nella propria Costituzione nel 2019<sup>45</sup>; in Alaska, Colorado, New Jersey, New Mexico, Vermont non è previsto alcun limite temporale per le procedure di aborto; diversamente, Alabama, Arkansas, Idaho, Louisiana, Mississippi, Missouri e Texas<sup>46</sup> presentano divieti molto severi sul tema<sup>47</sup>, mentre in Kansas tramite il voto popolare sono state respinte gravi restrizioni all'esercizio dell'interruzione volontaria di gravidanza<sup>48</sup>).

Forse, volendo provare davvero a comporre interessi contrapposti e a superare le perplessità generate dal bilanciamento operato con *Roe*, poteva essere meglio valutata la prospettiva teorica avanzata dal giudice Roberts nella sua *concurring Opinion*, che, pur ritenendo necessario eliminare il criterio della *viability*, avrebbe quantomeno preservato il riconoscimento di una dimensione costituzionale del

---

bile al link <https://www.nytimes.com/2022/07/15/us/politics/house-passes-abortion-access-bills.html> ; A. CANEPA, *Considerazioni a margine della sentenza Dobbs degli Stati Uniti*, cit., 417; si veda anche L. FABIANO, *Tanto tuonò che piovve*, cit., 43, richiamandosi in realtà al precedente tentativo di approvazione del Women's Health Act del 2021.

<sup>45</sup> Si veda l'Illinois *Reproductive Health Right*, 2019; quanto al Minnesota si veda il caso *Doe v. Gomez* 542 N.W.2d 17 (1995). Gli Stati più liberali, che garantiscono la possibilità di abortire, hanno poi manifestato forte solidarietà nei confronti delle donne e dei cosiddetti *abortion providers*, ossia quei medici e cliniche che si occupano di realizzare le procedure di aborto, offrendo loro ospitalità per lo svolgimento delle operazioni. Oltre a queste due esperienze "positive", sempre senza alcuna pretesa di esaustività, può essere ricordata anche la California, che pur avendo riconosciuto il diritto all'aborto già nel 1969 – ben 4 anni prima di *Roe* – ha costituzionalizzato, tramite voto referendario, «*an individual's reproductive freedom in their most intimate decisions*», cfr. California Constitution, Art. 1 – Declaration of rights, così come emendato a novembre 2022.

<sup>46</sup> Da ultimo, il 7 aprile 2023 un giudice distrettuale ha sospeso in Texas la commercializzazione della pillola abortiva a base di mifepristone, approvata nel 2000 dalla *Food and Drug Administration* (FDA); la decisione è stata prontamente impugnata dall'Amministrazione federale e, nei giorni successivi, la *Court of Appeal* del *Fifth Circuit* si è pronunciata affermando la possibilità di continuare la vendita di tale farmaco, mantenendo, tuttavia, alcuni limiti: in particolare, la pillola abortiva dovrà essere prescritta e somministrata in presenza da un medico dopo 3 visite (venendo meno, dunque, la possibilità di ottenere tale farmaco per posta, eventualità resa possibile dalla stessa FDA) ed entro il termine di 7 settimane dall'inizio della gravidanza. Sempre l'Amministrazione Biden si è rivolta alla Corte Suprema; sul punto, è intervenuto il giudice Alito sospendendo temporaneamente le decisioni che limitano l'accesso alla pillola abortiva, rinviando al 19 aprile 2023 la discussione del caso. Sulla vicenda, si veda A. HOWE, *Biden administration and drug manufacturer ask court to block suspension of mifepristone approval*, in *Scotus Blog*, 14 aprile 2023, disponibile al link <https://www.scotusblog.com/2023/04/supreme-court-biden-administration-and-drug-manufacturer-ask-court-to-block-suspension-of-mifepristone-abortion-approval/> ; P. BELLUCK, A. LIPTAK, *Abortion Is Back at Supreme Court's Door After Dueling Orders on Pill*, in *The New York Times*, 13 aprile 2023.

<sup>47</sup> Per una completa e aggiornata ricostruzione delle discipline statali sul tema, cfr., di nuovo, la pagina curata dal New York Times, *Tracking the States Where Abortion is now banned*, cit.; si veda, inoltre, il contributo di R. TONIATTI, *La sfida di Dobbs al mainstream constitutionalism e il ruolo degli Stati membri: prove di resilienza di una poliarchia*, in *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/special issue, 2023, 45 ss.

<sup>48</sup> Nell'ambito di questa nuova prospettiva del diritto all'aborto, emerge come estremamente significativa l'esperienza del Kansas, Paese a guida repubblicana, nel quale le restrizioni all'esercizio del diritto all'aborto sono state "bocciate" tramite voto referendario cfr. M. SMITH, K. GLUECK, *Kansas vote to preserve Abortion Rights Protections in Its Constitution*, in the *New York Times*, 2 agosto 2022, disponibile al link <https://www.nytimes.com/2022/08/02/us/kansas-abortion-rights-vote.html> .



“*right to abortion*”, mantenendo, seppure più flebilmente rispetto a prima, uno standard minimo di garanzia su tutto il territorio statunitense<sup>49</sup>.

Nel tentativo di frenare l’adozione di legislazioni sempre più restrittive, l’amministrazione federale si è schierata fin da subito contro la sentenza della Corte, ritenendo che la stessa sia in realtà il risultato di ideologie conservatrici, espressione di convinzioni anche politiche. Il Presidente Biden, quindi, ha cercato di contenere gli effetti della decisione della Corte, provando ad assicurare comunque determinate forme di tutela su tutto il territorio nazionale, attraverso due successivi ordini esecutivi, che, tuttavia, non sembrano però in grado di vincolare le normative statali in termini di garanzia e legalizzazione delle procedure di aborto e, pertanto, pur essendo meritevoli di attenzione, non riescono ad esercitare un’azione così incisiva e condizionante<sup>50</sup>.

Al contrario, sembra ben più efficace la “strategia” – se così può essere definita – che è stata adottata al fine di tutelare i diritti delle coppie omosessuali, consistente nell’approvazione di un’apposita normativa sul punto. Il diritto ad avere relazioni e a contrarre matrimonio fra persone dello stesso sesso rappresenta un’altra di quelle prerogative riconosciute per via giurisprudenziale, non previste espressamente dal testo costituzionale, e che, pertanto, ben potrebbero essere “bersaglio” del nuovo approccio interpretativo adottato in quest’ultima fase dalla Corte Suprema<sup>51</sup>. Il nuovo “bill”, denominato

<sup>49</sup> «*Let me begin with my agreement with the Court, on the only question we need decide here: whether to retain the rule from Roe and Casey that a woman’s right to terminate her pregnancy extends up to the point that the fetus is regarded as “viable” outside the womb. [...] The Court’s decision to overrule Roe and Casey is a serious jolt to the legal system—regardless of how you view those cases*». E ancora «*I am not sure, for example, that a ban on terminating a pregnancy from the moment of conception must be treated the same under the Constitution as a ban after fifteen weeks*», così la *concurring opinion* del Chief Justice Roberts, 2, 11-12. Secondo il *Chief Justice*, la Corte Suprema avrebbe dovuto alla richiesta iniziale dello Stato del Mississippi (poi mutata in una espressa messa in discussione dei precedenti di Roe e Casey) valutando soltanto la possibilità di emanare normative che vietassero le procedure di aborto prima del limite della *viability*, senza pronunciarsi oltre.

<sup>50</sup> In particolare, il primo ordine esecutivo è arrivato ad inizio luglio (testo è disponibile al seguente link <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2022/07/08/executive-order-on-protecting-access-to-reproductive-healthcare-services/>) e il secondo a circa un mese di distanza dal primo (testo disponibile al seguente <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2022/08/03/executive-order-on-securing-access-to-reproductive-and-other-healthcare-services/>). Gli ordini di Biden sono diretti ad un costante monitoraggio delle normative statali in tema di aborto, e al rafforzamento delle tutele federali in termini di assistenza medica, in merito all’accesso alle procedure di interruzione di gravidanza (inclusi i medicinali autorizzati dall’FDA), ai metodi contraccettivi, alla messa in atto di iniziative di sensibilizzazione ed educazione pubblica sul tema, al coinvolgimento di avvocati che possano tutelare pro bono l’eventuale personale sanitario, a meccanismi volti a rafforzare la tutela della privacy relativamente all’utilizzo dei servizi legati alla salute riproduttiva. Inoltre, proprio il secondo atto del Presidente impone di fornire un aiuto alle donne con difficoltà economiche residenti in Paesi in cui l’aborto è oggi vietato, al fine di consentire il loro trasferimento presso altri Stati in cui tali operazioni sono invece garantite e tutelate. A ciò si aggiunge, inoltre, la creazione di una task force governativa (*Task force on Reproductive Healthcare Access*) volta a monitorare le legislazioni statali e ad individuare eventuali strategie di azione per implementare le tutele in questo ambito, cfr. <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-announces-reproductive-rights-task-force>.

<sup>51</sup> Si ricordi la *concurring opinion* del giudice Thomas, cfr. supra nota 26.

*Respect for Marriage Act*, in questo modo, riconosce e garantisce i matrimoni anche delle coppie omosessuali a livello federale e all'interno dei singoli Stati, mettendo al riparo da eventuali *revirement* giurisprudenziali le tutele faticosamente raggiunte<sup>52</sup>.

La scelta dei giudici supremi ha determinato, inoltre, reazioni molto forti anche in ambito europeo, in relazione al quale deve essere ricordata l'azione promossa dal Parlamento Europeo con la Proposta di Risoluzione presentata a giugno 2022, subito dopo la sentenza *Dobbs*, attraverso la quale si propone l'inserimento, all'interno della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea, di un'apposita disposizione volta a riconoscere espressamente il diritto di ogni persona ad ottenere un aborto sicuro e legale (quale nuovo art. 7 bis della Carta)<sup>53</sup>. Il Parlamento Europeo arriva a questa considerazione alla luce delle difficoltà esistenti sia a livello europeo, nel garantire l'accesso alle procedure di aborto (si pensi, in particolare, al caso polacco o al codice penale maltese)<sup>54</sup>, sia oltreoceano, soffermandosi ampiamente sull'esperienza statunitense rispetto alla quale vengono evidenziate forti preoccupazioni in merito alla salute sessuale e riproduttiva di donne e ragazze, rivolgendo allo stesso Governo federale l'invito ad agire in questo ambito con tempestive misure di tutela. La proposta del Parlamento Europeo vuole probabilmente rappresentare, da una parte, una sorta di "misura preventiva", volta ad evitare che la decisione della Corte Suprema possa avere un'eco ulteriore, andando ad influenzare anche gli equilibri già fragilissimi di alcune esperienze europee in tema di aborto. Dall'altra parte, essa invia indubbiamente un segnale importante da parte dell'Europa, una presa di posizione piuttosto netta, nel tentativo di contribuire ad orientare le politiche dei singoli Stati in materia.

L'impatto della decisione *Dobbs* è ancora soltanto all'inizio e ad oggi si manifesta con proiezioni estremamente drammatiche sulle donne<sup>55</sup>. Di certo, l'aborto conduce inevitabilmente ad un bilanciamento

<sup>52</sup> Si tratta del *Respect for Marriage Act*, H.R. 8404, approvato dapprima dalla House of Representatives e poi dal Senato; il bill, a seguito della firma del Presidente Biden, è ora in vigore; il testo è consultabile a questo link <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/8404/text>. Sul punto, cfr. A. KARNI, *Bill to Protect Same Sex Marriage Rights Clears Congress*, in the *New York Times*, 8 dicembre 2022, disponibile al link <https://www.nytimes.com/2022/12/08/us/politics/same-sex-marriage-congress.html>; P. MASTROLILLI, *La Camera USA lancia un segnale alla Corte Suprema: "I matrimoni gay restino legali"*, in *La Repubblica*, 20 luglio 2022, disponibile al link [https://www.repubblica.it/esteri/2022/07/20/news/la\\_camera\\_usa\\_lancia\\_un\\_segnaile\\_alla\\_corte\\_suprema\\_i\\_matrimoni\\_gay\\_restino\\_legali-358543666/](https://www.repubblica.it/esteri/2022/07/20/news/la_camera_usa_lancia_un_segnaile_alla_corte_suprema_i_matrimoni_gay_restino_legali-358543666/); si veda, inoltre, A. BARAGGIA, *La sentenza Dobbs v. Jackson*, cit., 65.

<sup>53</sup> Cfr. il testo della *Proposta di Risoluzione del Parlamento europeo sulla decisione della Corte suprema statunitense di abolire il diritto all'aborto negli Stati Uniti e la necessità di tutelare il diritto all'aborto e la salute delle donne, anche nell'UE*, presentato a giugno 2022 e approvato nel mese successivo, disponibile al link [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2022-0365\\_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2022-0365_IT.pdf). Per un'analisi della reazione europea a *Dobbs*, cfr. P. DE PASQUALE, *Editoriale. Il diritto di aborto...o l'aborto di un diritto?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3, 2022, VIII ss.

<sup>54</sup> Sul punto, si veda il Comunicato stampa del Parlamento Europeo, *The abortion ban in Poland in an attack on woman's and fundamental rights*, 28 gennaio 2021, disponibile al link <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20210128IPR96601/the-abortion-ban-in-poland-is-an-attack-on-women-s-and-fundamental-rights>; S. Fiore, *Sulla possibilità di tutelare l'aborto attraverso il diritto dell'Unione Europea: riflessioni a partire dal caso polacco*, in *BiLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 2023, 1 - Special issue, 387 ss., 399 ss.; M. Tomasi, *Abortion rights e spazio costituzionale europeo: gli orizzonti ristretti dell'ordinamento polacco*, in *BiLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 2023, 1 - Special issue, 403 ss.

<sup>55</sup> K. KIMPTON, *Abortion after Dobbs: Defendants, denials, and delays*, in *Science Advances*, 36, 8, 2022, in cui vengono identificati, in particolare, 3 profili problematici connessi alle ricadute della decisione in esame: «(i)



Call

di valori estremamente complesso, contrassegnato da una irriducibile fragilità, rimanendo un fatto controverso, in cui confluiscono principi etici, esigenze sociali, implicazioni culturali; e, tuttavia, davanti a questa complicata serie di istanze, non è possibile sottrarsi al tentativo di operare una sintesi degli interessi in gioco. Da questo punto di vista, *Dobbs* sembra aver compiuto un passo indietro, essendosi spinta fino al superamento dei propri precedenti, che forse (stando a quanto sostenuto, ad esempio, dal Giudice Roberts) poteva anche non essere del tutto necessario ai fini della decisione del caso.

Se a partire dalla sentenza *Roe* l'interruzione di gravidanza è stata motivo di accesi conflitti culturali, traducendosi spesso in un vero e proprio *political issue*, oggi tale aspetto assume toni ancora più gravi. La questione, infatti, malgrado il tentativo della Corte Suprema di ripristinare i "vecchi" equilibri nel rispetto del dettato e della storia costituzionale americana, rimane ancora del tutto aperta, rimessa al processo politico, che sembra caratterizzato da profonde incertezze.

---

*more people surveilled and criminalized for activities during pregnancy; (ii) more people denied abortion care; and (iii) more delays in obtaining abortion care», 1.*



## PNRR e Salute nella dinamica della forma di Stato

*Beatrice Perego\**

PNRR AND HEALTH IN THE DYNAMICS OF THE FORM OF STATE

ABSTRACT: This research, through the filter of the “health” subject, intends to investigate the interconnection between technology and autonomy in the State-Region relationship. Due to its nature, technique require uniformity of application, affecting the constitutional division of competences and favouring the phenomenon of the centralisation of powers at State level to the detriment of peripheral ones. This phenomenon, which was highlighted during the Covid-19 pandemic, is confirmed with the recovery plan and resilience. The marginal role accorded to territorial representation in the Plan’s governance system, distances the goal of eliminating territorial disparities, which is a necessary condition for the Country’s effective recovery.

KEYWORDS: Recovery plan and resilience; governance; centralisation; health; territorial disparities

ABSTRACT: La presente ricerca, attraverso il filtro della materia “salute”, intende indagare il rapporto tra tecnologia e autonomia nella relazione tra Stato e Regioni. Per sua natura, la tecnica, richiede uniformità di applicazione andando ad incidere sul riparto costituzionale delle competenze e, in particolare, favorendo il fenomeno della centralizzazione dei poteri a livello statale a discapito di quelli periferici. Questo fenomeno, acuitosi durante la pandemia da Covid-19, trova conferma con il PNRR. Il ruolo marginale affidato alle rappresentanze territoriali nel sistema di governance del Piano, inoltre, allontana il traguardo dell’eliminazione dei divari territoriali, condizione necessaria per un’effettiva ripresa del Paese.

PAROLE CHIAVE: Piano ripresa e resilienza; governance; accentrimento; salute; divari territoriali

SOMMARIO: 1. Brevi cenni introduttivi – 2. Il governo della tecnica nei rapporti tra Stato e autonomie – 3. Governance del PNRR: l’influenza dell’indirizzo politico europeo sui meccanismi di accentrimento interni – 4. (Segue) Il difficile raccordo tra Stato, Regioni ed Enti locali: la questione del “Mezzogiorno” – 5. Note conclusive.

---

\* Dottoranda di ricerca in Scienze Politiche, curriculum Governo e Istituzioni Università degli Studi Roma Tre. Mail: [beatrice.perego@uniroma3.it](mailto:beatrice.perego@uniroma3.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.



## 1. Brevi cenni introduttivi

La relazione tra scienza e diritto si traduce in un faticoso condizionamento degli assetti istituzionali e delle tradizionali categorie conosciute dall'esperienza giuridica in quanto, ad oggi, sono sempre più frequenti le situazioni in cui l'ordinamento deve confrontarsi con ambiti, come la salute, l'ambiente, e la digitalizzazione, che richiedono un alto grado di expertise, progettualità di lungo periodo e applicazione uniforme.

La presente ricerca intende, dunque, indagare in che modo l' "interdipendenza" tra politica e tecnica e, specificamente, l'adozione di misure e discipline a contenuto tecnico-scientifico influisce sull'assetto costituzionale del riparto di competenze tra i livelli di governo dell'ordinamento.

Come si cercherà di evidenziare, per sua natura, la tecnica, necessitando di specifiche competenze e applicazione unitaria, richiede un intervento quanto più centralizzato, rendendo l'apporto regionale, se non nullo, sicuramente limitato<sup>1</sup>.

L'accentramento dei poteri, in parte determinato dalla definizione poco chiara del riparto delle competenze e da interventi giurisprudenziali che hanno reso ancor più fluidi i confini delle stesse<sup>2</sup>, si è acuitizzato in occasione della pandemia da Covid-19<sup>3</sup>.

La gestione pandemica ha consolidato un modello che, giustificato dalle ragioni di urgenza e uniformità, vede il Governo quale organo protagonista (a partire dalla scelta degli atti normativi da adottare, nella specie decreti-legge e decreti del Presidente del Consiglio dei ministri), con la conseguente marginalizzazione del ruolo, tanto delle Regioni ed enti locali, quanto del Parlamento<sup>4</sup>.

Tale dinamica viene ulteriormente rafforzata dal processo di integrazione europea in cui gli Stati membri assumono il ruolo di meri esecutori delle scelte tecniche dell'UE, come dimostrato dall'attuale esperienza, che vede gli stessi impegnati nell'attuazione dei rispettivi PNRR. La predeterminazione a livello europeo degli obiettivi del Piano sia nell' "an", che nel "quando" e, in parte, nel "quomodo", ha, infatti, inciso significativamente sugli assetti di governance predisposti per la messa in opera dello stesso, confermando l'assoluta centralità dell'esecutivo.

Ora, se da un lato il PNRR (e più in generale il sistema del Next Generation EU) rappresenta una valida opportunità per l'Italia per far fronte e colmare le lacune strutturali di ostacolo allo sviluppo economico, dall'altro, come si cercherà di mettere in luce del corso della trattazione, gli obiettivi di coesione

<sup>1</sup> Si veda A. IANNUZZI, *Il Diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018, 104-133; Più nello specifico, in materia sanitaria si veda R. BALDUZZI, *Titolo V e tutela della salute*, in *Quaderni regionali*, 2002. Per un'analisi più specifica sul tema si rimanda al paragrafo 2 del presente contributo.

<sup>2</sup> S. MANGIAMELI, *Prime considerazioni sulla tecnica del riparto delle competenze legislative nel nuovo disegno di legge costituzionale di revisione del Titolo V*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2003; R. BIN, *L'interesse nazionale dopo la riforma: continuità dei problemi, discontinuità della giurisprudenza costituzionale*, in *Le Regioni* 2001, 1213 ss.

<sup>3</sup> F. BILANCIA, *Le trasformazioni dei rapporti tra Unione europea e Stati membri negli assetti economico-finanziari di fronte alla crisi pandemica*, in *Diritto Pubblico*, 2021, 41 ss.

<sup>4</sup> Sul punto si vedano, tra gli altri, F. BILANCIA, *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto Stato/Regioni*, in *Diritto Pubblico*, 2020; F. TORRE, *La Costituzione sotto stress ai tempi del coronavirus*, in *Forum di Biolaw Journal*, 2020; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *ConsultaOnline*, 2020.



sociale e di riduzione del divario territoriale – particolarmente evidenti in ambito sanitario – non potranno essere raggiunti se non attraverso una reale collaborazione tra i poteri centrali e quelli periferici, nonché recuperando l'essenziale apporto degli organi della rappresentanza.

## 2. Il governo della tecnica nei rapporti tra Stato e autonomie

Nella società moderna, la tecnica assume un ruolo pregnante nella tutela dei diritti e degli interessi, come la salute, l'ambiente, la sicurezza, ecc., costituzionalmente garantiti. L'effettività dei diritti fondamentali, quindi, è fortemente influenzata dall'adozione di normative a contenuto tecnico-scientifico che, al contempo, incidono inevitabilmente sul normale assetto di riparto delle competenze sia a livello statale che sovranazionale.

In particolare, per quanto è di interesse al presente contributo, l'uso della tecnica, che per sua natura richiede un'applicazione quanto più uniforme ed è, quindi, insuscettibile di esercizio frazionato, genera problematiche in riferimento al riparto di competenze fra Stato e Regioni incidendo, al contempo, sul sistema delle fonti del diritto. Più nello specifico, l'esigenza di una regolamentazione tecnica omogenea applicabile sull'intero territorio nazionale – come, peraltro, evidenziato dalla Corte costituzionale in più occasioni<sup>5</sup> – comporta deroghe al riparto costituzionale di competenze a discapito dell'autonomia regionale. La principale sfida che la tecnica pone, quindi, è quella di trovare un punto di raccordo tra uniformità della disciplina e valorizzazione delle specificità territoriali, le quali possono richiedere adattamenti della stessa.

Tuttavia, le esigenze di uniformità sembrano prevalere sulle istanze di diversificazione.

In particolare, per quanto concerne la disciplina in materia di tutela della salute, se da una parte la riforma del 2001 ha consolidato la riunificazione dell'intera materia sanitaria, rafforzando la competenza legislativa regionale<sup>6</sup>, dall'altra non è stata in grado di superare le criticità inerenti la demarcazione delle competenze tra Stato e autonomie: anzitutto, in ragione della clausola di uniformità, spetta allo Stato la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni ex art. 117, co. 2, lett. m); in secondo luogo lo Stato può esercitare il potere sostitutivo di cui all'art. 120, co.2, al fine di garantire l'effettività dei livelli essenziali; infine, sono numerosi gli ambiti di co-regolazione che si intrecciano con la tutela della salute, circostanza che rende evanescenti i confini delle competenze statali e regionali in materia<sup>7</sup>.

Così, anche dopo la riforma del Titolo V, si è registrata una certa tendenza del legislatore statale ad invadere l'area di competenza regionale attraverso l'adozione di regole specifiche ed auto-applicative che coinvolgono tutto il territorio nazionale. Si pensi, ad esempio, alla regolamentazione sul divieto di fumo, al tema di trattamenti sanitari volontari, o ancora, alle disposizioni concernenti l'appropriatezza

<sup>5</sup> Si vedano, *ex multis*, Corte cost., sent. n. 11/2014, Corte cost. Sent. n. 254/2010 e sent. 182/2006.

<sup>6</sup> R. BALDUZZI, *op.cit.*, 67.

<sup>7</sup> M. MONSERRATO, *Considerazioni sul riparto di competenze in materia di sanità delineato dalla legge costituzionale recentemente approvata*, in *federalismi.it*, 2016, 2 e ss.; R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2019, 8-9.





delle pratiche terapeutiche<sup>8</sup> – ambito nel quale l’invasione di campo viene giustificata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale sulla base “dell’interesse unitario” – nonché da diverse norme di carattere organizzativo che vengono ricondotte all’ambito generale della tutela della salute attraverso l’interpretazione di tipo finalistico, ovvero tramite l’utilizzo del criterio della prevalenza<sup>9</sup>.

Più di recente, la pandemia da Covid-19 ha amplificato le dinamiche di accentramento sin qui descritte, alimentando il dibattito circa le modalità di gestione dell’emergenza sanitaria, sebbene esistano normative inerenti al tema<sup>10</sup>. Le maggiori criticità sono state rilevate con riferimento alla compatibilità della produzione normativa posta in essere con il sistema di riparto delle competenze delineato in costituzione, nonché al mancato coordinamento tra livelli di governo. Dal canto suo, lo Stato, ha evidenziato la necessità di un governo unitario e uniforme della pandemia. La legittimità dell’azione del governo ha trovato l’avallo della Corte costituzionale, che l’ha giustificata alla luce della competenza legislativa esclusiva statale della profilassi internazionale considerato che, «A fronte di malattie altamente contagiose in grado di diffondersi a livello globale, ragioni logiche, prima che giuridiche (sentenza n. 5 del 2018) radicano nell’ordinamento costituzionale l’esigenza di una disciplina unitaria, di carattere nazionale, idonea a preservare l’uguaglianza delle persone nell’esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l’interesse della collettività (sentenze n. 169 del 2017, n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002)»<sup>11</sup>. Dall’altro lato, le Regioni, forti di poter tutelare più efficacemente gli interessi territoriali, rivendicavano la loro centralità.

Ora, se la riforma del titolo V aveva inteso irrigidire e definire confini precisi del riparto di competenze tra i poteri, la gestione della pandemia e, nello specifico, la necessità di una regolazione tecnica unitaria, ha reso più fumoso l’assetto della distribuzione delle competenze (tanto quelle legislative, quanto quelle regolamentari) stabilizzando un modello di attribuzione basato, tra gli altri, sui criteri finalistici di sussidiarietà e prevalenza, in presenza di interessi imputabili tanto allo Stato, quanto alle Regioni<sup>12</sup>. In particolare, laddove siano coinvolte prescrizioni tecniche, ove non sia ravvisabile la possibilità di ricondurre la materia alla competenza esclusiva dello Stato, l’adozione di atti normativi a contenuto tecnico da parte dello stesso risulta difficilmente giustificabile e comporta il rischio di un’eccessiva dilatazione delle materie ad esso riservate, nonché una riduzione dell’autonomia regionale. Pertanto,

<sup>8</sup> D. MORANA, *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, in C. COLAPIETRO, M. ATRIPALDI, G. FARES, A. IANNUZZI (a cura di), *I modelli di welfare sanitario tra qualità e sostenibilità. Esperienze a confronto*, Napoli, 2018, 6 e ss.

<sup>9</sup> Sul punto si veda la sentenza della Corte cost. n. 207/2010 nella quale si legge che “le norme che disciplinano gli aspetti organizzativi dell’attività sanitaria vanno anch’esse ricondotte alla materia della tutela della salute, quando sono idonee ad incidere sulla salute dei cittadini, costituendo le modalità di organizzazione del servizio sanitario la cornice funzionale ed operativa che garantisce la qualità e l’adeguatezza delle prestazioni erogate”. *Ex multis*, si vedano: Corte cost. sent. n. 422/2006, Corte cost. sent. n. 178/2010, Corte cost., sent. n. 231/2012, Corte cost. sent. n. 255/2013.

<sup>10</sup> F. BILANCIA, *op. cit.*, 333-340.

<sup>11</sup> Corte cost. sent. n. 37/2021.

<sup>12</sup> F. BILANCIA, *op. cit.*, 351 e ss.





come già evidenziato in dottrina da A. Iannuzzi e Q. Camerlengo<sup>13</sup>, appare necessario considerare l'opportunità di recuperare il principio del coordinamento tecnico quale criterio di legittimazione dell'intervento normativo statale in deroga al riparto delle competenze ex art. 117 Cost.

Orbene, se la dinamica di accentramento, da una parte, è influenzata dalla necessità di applicazione uniforme delle prescrizioni che si intendono adottare, dall'altra, discende direttamente dai rapporti tra ordinamento interno e Unione europea.

In primo luogo, si rileva come, ad oggi, l'Unione europea domini la produzione di normazione tecnica fissando la legislazione di principio (e quindi di standard tecnici e principi fondamentali), riservando agli Stati-membri la normativa di attuazione. Così, la regolazione tecnica uniforme ha origine dagli obblighi imposti dalla stessa UE<sup>14</sup>. Questo modello si riverbera fatalmente sulla disciplina del riparto di competenze interno tra Stato e Regioni, sebbene il diritto dell'Unione europea, conformemente al principio dell'autonomia istituzionale degli Stati, si professi estraneo e neutrale rispetto alla distribuzione dei poteri tra i diversi livelli di governo all'interno dei singoli ordinamenti<sup>15</sup>. Invero, il processo di integrazione europea, lungi dal risolversi nella neutralità dell'ordinamento UE rispetto agli assetti costituzionali interni, favorisce la centralizzazione dei poteri: anzitutto, dal momento che lo Stato è responsabile in modo unitario ed esclusivo dell'attuazione del diritto europeo, esso è titolare di una competenza c.d. di "seconda istanza", la quale legittima l'attribuzione allo Stato di una serie di poteri repressivi, sostitutivi o suppletivi rispetto alle Regioni e le Province autonome<sup>16</sup>. Inoltre, in più occasioni il giudice costituzionale ha ribadito come, salvo il rispetto dei principi costituzionali fondamentali e inderogabili, l'attuazione della normativa comunitaria possa legittimamente derogare al riparto costituzionale delle competenze tra Stato e Regioni ove ricorrano esigenze organizzative e di unità specificate dalla stessa normativa dell'Unione<sup>17</sup>. Tali modifiche, come emerge dalla giurisprudenza costituzionale, si risolvono, nella totalità dei casi, nel rafforzamento dei poteri statali a discapito di quelli periferici.

Ebbene, quanto sin qui illustrato sembra trovare ulteriore conferma attraverso l'analisi del Piano di Ripresa Nazionale e Resilienza (PNRR), il quale, caratterizzato da un elevato grado di tecnicità, agevola

---

<sup>13</sup> Sul tema si veda A. IANNUZZI, *Sull'apparente irrilevanza della tecnica nella giurisprudenza costituzionale più recente*, in *Federalismi.it*, 2012, 13 e ss.; Q. CAMERLENGO, *Il governo della pandemia tra Stato e Regioni: ritorno al coordinamento tecnico*, in *Le Regioni*, 2020.

<sup>14</sup> A. IANNUZZI, *Il Diritto capovolto*, cit., 98 e ss.

<sup>15</sup> Con sent. C. 51-54/ 71 del 15 dicembre 1971 la Corte di Giustizia affermava che «qualora il trattato o i regolamenti attribuiscono poteri o impongono obblighi agli Stati membri, ai fini dell'applicazione del diritto dell'Unione europea, la soluzione del problema relativo al modo in cui l'esercizio di detti poteri e l'adempimento di detti obblighi possono essere affidati dagli Stati a determinati organi interni dipende unicamente dal sistema costituzionale dei singoli Stati».

<sup>16</sup> La legittimità della deroga all'assetto costituzionale del riparto delle competenze è stata sancita dal giudice delle leggi, in primo luogo con la sent. 126/1996, nella quale si affermava che «in deroga a quanto detto circa il rispetto del quadro costituzionale interno delle competenze, le norme comunitarie possono legittimamente prevedere, per esigenze organizzative proprie dell'Unione europea, forme attuative di sé medesime, e quindi normative statali derogatrici di tale quadro della normale distribuzione costituzionale delle competenze interne, salvo il rispetto dei principi costituzionali fondamentali e inderogabili».

<sup>17</sup> Per un'analisi della giurisprudenza costituzionale sul punto, precedente e appena successiva alla riforma costituzionale del 2001, si veda M.P. CHITI, *Regioni ed Unione europea dopo la riforma del titolo V della Costituzione: l'influenza della giurisprudenza costituzionale*, in *Le regioni*, 2002, 1401 e ss.





l'ampiamiento degli spazi di governance dell'UE e, conseguentemente, amplifica le dinamiche di accentramento interne.

### 3. Governance del PNRR: l'influenza dell'indirizzo politico europeo sui meccanismi di accentramento interni

La struttura del PNRR si articola in sei "Missioni" articolate in 16 componenti, a loro volta suddivise in 48 linee di intervento (investimenti e riforme)<sup>18</sup>. L'intero impianto del Piano è rivolto al conseguimento di "priorità trasversali" «relative alle pari opportunità generazionali, di genere e territoriali»<sup>19</sup>.

In particolare, le iniziative concernenti le tematiche sociali mirano all'individuazione e attuazione di interventi volti a garantire la parità di genere e colmare il divario territoriale, specialmente tra Nord e Sud Italia. Con riferimento a quest'ultimo punto, il PNRR riserva alle regioni del Mezzogiorno il 40% delle risorse – corrispondenti a circa 82 miliardi – sul valore complessivo dei fondi del Piano pari a 235,6 miliardi di euro<sup>20</sup>. Come si dirà più approfonditamente nel proseguo della trattazione, la mera allocazione di risorse, tuttavia, non è da sola sufficiente a raggiungere l'obiettivo di coesione territoriale che, al contrario, sembra essere in parte ostacolata dalla «logica delle quote di spesa»<sup>21</sup>, nonché dalla *governance* dello stesso PNRR.

In primo luogo, occorre evidenziare che gli obiettivi generali e trasversali del PNRR sono già predeterminati, tanto nelle modalità attuative quanto nelle tempistiche, particolarmente stringenti, a livello europeo. Tale circostanza si riflette, inevitabilmente, sulle scelte organizzative e attuative interne<sup>22</sup>.

L'attuazione della governance del Piano, delineata sommariamente nel PNRR<sup>23</sup>, trova la sua disciplina completa nel c.d. decreto Semplificazioni (D.l. n.77/2021): dal testo del decreto in esame emerge il

<sup>18</sup> Le 6 Missioni del PNRR sono le seguenti: 1) Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo; 2) Rivoluzione verde e transizione ecologica; 3) Infrastrutture per una mobilità sostenibile; 4) Istruzione e ricerca; 5) Inclusione e coesione; 6) Salute. Per l'analisi completa delle singole Missioni e la loro articolazione si veda il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, 87 e ss.

<sup>19</sup> *Ivi.*, 36.

<sup>20</sup> *Ivi.*, 267 e ss.

<sup>21</sup> Sul punto si veda il Rapporto SVIMEZ 2021 disponibile al seguente indirizzo web *Rapporto SVIMEZ 2021. – SVIMEZ*, <http://lnx.svimez.info/svimez/rapporto-svimez-2021-tutti-i-materiali/> (07/08/2022): «Una logica debole per tre motivi. Primo, perché si perpetua nell'errore di guardare alla quantità della spesa da certificare come un «fine» in sé. Secondo, per la complessità del sistema di monitoraggio da predisporre per la verifica del rispetto dei vincoli di destinazione territoriale della spesa fissati con una norma. Terzo, per la mancanza di una ricognizione puntuale dei fabbisogni di investimento sulla quale basare un'allocazione territoriale delle risorse coerente con l'obiettivo di ridurre il divario di cittadinanza di chi vive e fa impresa al Sud».

<sup>22</sup> Per un'analisi più approfondita sul tema si vedano, tra gli altri, A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. un ritorno all'indirizzo politico «normativo»?*, in *Federalismi.it*, 2021, 251 e ss.; C. COLAPIETRO, *La forma di Stato e Governo italiana alla "prova" del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *Rivista AIC*, 2022, 3 e ss.; F. BILANCIA, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del Recovery and Resilience Facility, tra concorrenza e nuove politiche pubbliche*, in *Costituzionalismo.it*, 2022, 5-6; N. LUPO, *I poteri dello Stato italiano alla luce del PNRR: prime indicazioni*, in *federalismi.it*, 2022, 2-3.

<sup>23</sup> Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, 239 e ss.





ruolo centrale del Governo e, in particolare, del Presidente del Consiglio dei Ministri con funzioni generali di coordinamento del Piano e di alcune strutture create ad hoc per l'attuazione dello stesso, le quali, peraltro, sopravviveranno fino al completamento attuativo del PNRR previsto per il 2026<sup>24</sup>.

In estrema sintesi, il modello di governance disciplinato dal decreto-legge n. 77 prevede, quale organo di natura politica con funzioni di controllo e coordinamento generali, la Cabina di regia, supportata dalla Segreteria tecnica e dal Servizio centrale per il PNRR, presso il Ministero delle Finanze; l'Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione e l'Ufficio per la semplificazione; nonché strumenti e sedi di coordinamento e partecipazione territoriale<sup>25</sup>, quale il Tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale con funzioni consultive volte ad agevolare la tempistica attuazione degli interventi previsti dal Piano, anche attraverso la segnalazione di eventuali circostanze ostative<sup>26</sup>.

Ora, le funzioni di coordinamento e controllo dell'attuazione del PNRR affidate alla Cabina di Regia sembrerebbero essere rafforzate (almeno sulla carta) in primo luogo, dalla composizione della stessa – di tipo variabile, *ratione materiae* e aperta all'integrazione territoriale<sup>27</sup> – e, in secondo luogo, dalla previsione di cui all'art. 9 del D.l. 77/2021, in base alla quale «Alla realizzazione operativa degli interventi previsti dal PNRR provvedono le Amministrazioni centrali, le Regioni, le Province autonome di Trento e di Bolzano e gli enti locali, sulla base delle specifiche competenze istituzionali, ovvero della diversa titolarità degli interventi definita nel PNRR, attraverso le proprie strutture, ovvero avvalendosi di soggetti attuatori esterni individuati nel PNRR, ovvero con le modalità previste dalla normativa nazionale ed europea vigente»<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> Sul tema si vedano A. SCIORTINO, *op. cit.*, pp. 236-238; R. CARIDÀ, *Il Piano Nazionale di Ripresa e di Resilienza: la semplificazione normativa nella prospettiva della realizzazione degli investimenti previsti nel Piano, le forme di raccordo con le regioni*, in *Italian Papers on Federalism*, 2022, 42 e ss.

<sup>25</sup> Con l'art. 33 del decreto-legge 6 novembre 2021, n. 152 è stato, inoltre, istituito il Nucleo PNRR Stato-Regioni con l'obiettivo di assicurare maggiore supporto tecnico al Dipartimento per gli Affari Regionali e le Autonomie in relazione all'attuazione degli interventi previsti dal PNRR.

<sup>26</sup> Per prendere visione delle funzioni attribuite ad ogni organo si veda il decreto-legge 31 maggio 2021, n.77, artt. Da 2 a 6.

<sup>27</sup> La composizione Cabina di Regia è delineata dall'art. 2, commi 1 e 3 del decreto-legge n. 77 del 2021: «È istituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri la Cabina di regia per il Piano nazionale di ripresa e resilienza, presieduta dal Presidente del Consiglio dei ministri, alla quale partecipano i Ministri e i Sottosegretari di Stato alla Presidenza del Consiglio dei ministri competenti in ragione delle tematiche affrontate in ciascuna seduta. [...] Alle sedute della Cabina di regia partecipano i Presidenti delle Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano quando sono esaminate questioni di competenza di una singola regione o provincia autonoma, ovvero il Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome, quando sono esaminate questioni che riguardano più regioni o province autonome, ovvero il Presidente dell'Associazione nazionale dei comuni italiani e il Presidente dell'Unione delle province d'Italia quando sono esaminate questioni di interesse locale; in tali casi alla seduta partecipa sempre il Ministro per gli affari regionali e le autonomie, che può presiederla su delega del Presidente del Consiglio dei ministri. Alle sedute della Cabina di regia possono essere inoltre invitati, in dipendenza della tematica affrontata, i rappresentanti dei soggetti attuatori e dei rispettivi organismi associativi e i referenti o rappresentanti del partenariato economico, sociale e territoriale».

<sup>28</sup> U. RONGA, *La Cabina di regia nel procedimento di attuazione del PNRR. Quale modello di raccordo tra Stato e Autonomie?*, in *Italian Papers on Federalism*, 2022, 65 e ss.





Tuttavia, almeno ad oggi, l'effettiva partecipazione e capacità amministrativa delle autonomie risultano marginali rispetto all'intervento governativo e delle strutture centrali: ciò viene giustificato, principalmente, avuto riguardo alla necessità di rispettare i tempi di attuazione del Piano stabiliti dall'UE e, al contempo, della maggior capacità degli organi centrali di individuare in tempi più brevi i possibili ritardi e le difficoltà attuative<sup>29</sup>. La centralizzazione dell'attuazione del Piano è, inoltre, confermata dalla circostanza per cui, ex art. 12 del decreto legge n. 77/2021,

«In caso di mancato rispetto da parte delle regioni, delle province autonome di Trento e di Bolzano, delle città metropolitane, delle province e dei comuni degli obblighi e impegni finalizzati all'attuazione del PNRR e assunti in qualità di soggetti attuatori, consistenti anche nella mancata adozione di atti e provvedimenti necessari all'avvio dei progetti del Piano, ovvero nel ritardo, inerzia o difformità nell'esecuzione dei progetti,[...] il Consiglio dei ministri individua l'amministrazione, l'ente, l'organo o l'ufficio, ovvero in alternativa nomina uno o più commissari ad acta, ai quali attribuisce, in via sostitutiva, il potere di adottare gli atti o provvedimenti necessari ovvero di provvedere all'esecuzione dei progetti [...]».

L'interesse alla tempestiva e puntuale attuazione delle misure previste dal PNRR discende direttamente dal necessario rispetto degli obiettivi e standard imposti dall'Unione europea e, infatti, le disposizioni di cui al decreto-legge n. 77/2021 sono direttamente attuative degli obblighi assunti in esecuzione del Regolamento UE n. 241/2021. Conseguenza di ciò è l'attribuzione al Governo di una posizione preminente, stante la competenza esclusiva statale in materia di rapporti dello Stato con l'Unione europea ex art. 117, co.2, lett. a) Cost., tra cui rientra, evidentemente, il decreto in esame<sup>30</sup>. Orbene, come si dirà più approfonditamente nel prossimo paragrafo, l'intervento centrale coinvolge anche dinamiche e procedure riferibili direttamente agli apparati territoriali, sicché, in assenza di un effettivo coinvolgimento delle autonomie nella pianificazione e realizzazione degli interventi del PNRR, la stessa capacità del Governo di intervenire in modo uniforme viene messa in crisi, accentuando così il divario territoriale e, in particolare, tra Nord e Sud Italia.

#### **4. (Segue) Il difficile raccordo tra Stato, Regioni ed enti locali: la questione del "Mezzogiorno"**

I profili attuativi del PNRR delineati in precedenza assumono particolare rilievo in relazione alle priorità di coesione sociale e specialmente, per quanto qui è di interesse, al superamento del divario territoriale.

La necessità di un effettivo coordinamento tra i vari livelli di governo dell'ordinamento nella messa in opera delle misure PNRR acquista particolare rilevanza in ambito sanitario, posto che il Piano prevede la realizzazione di progetti inerenti alla medicina territoriale – tele-medicina e tele-monitoraggio – finalizzati all'implementazione di modelli di assistenza domiciliare che richiedono una inevitabile visione e attuazione coesa.

Ora, la questione delle differenze nella qualità dei servizi offerti nelle diverse aree del Paese, tuttavia, non è certo una novità: la varietà di modelli organizzativi dei Servizi Sanitari Regionali (SSR), la riduzione delle risorse pubbliche destinate alla sanità, le misure di contenimento della spesa e il conseguente

<sup>29</sup> Ivi, 68 e ss.

<sup>30</sup> R. CARIDÀ, *op. cit.*, 55-56.



fenomeno della migrazione sanitaria dal Sud al Nord Italia, hanno prodotto risultati differenziali nell'erogazione dei servizi sanitari nei vari territori e, in particolare, con livelli più bassi nel Mezzogiorno<sup>31</sup>.

È proprio nell'ottica di ovviare a tali criticità che vanno, quindi, intesi gli interventi previsti dalla Missione 6 del PNRR. Nello specifico, la materia sanitaria è interessata da tre azioni di riforma volte, in primo luogo, alla definizione di standard strutturali, tecnologici e organizzativi dell'assistenza territoriale sanitaria e socio-sanitaria in condivisione con le Regioni; in secondo luogo, all'istituzione, attraverso l'approccio "One Health", di un Sistema Nazionale Prevenzione Salute-Ambiente-Clima (SNPS); e, infine, al rafforzamento della governance degli Istituti di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico (IRCCS) e delle politiche di competenza del Ministero della Salute. Per raggiungere tali risultati la componente 1 della Missione prevede una serie di investimenti orientati allo sviluppo di reti di prossimità, strutture intermedie e telemedicina volte a potenziare i servizi assistenziali territoriali superando la frammentazione e il divario strutturale tra i diversi sistemi sanitari regionali. La seconda componente contiene misure incentrate sulla ricerca, la formazione, l'innovazione e l'ammodernamento delle dotazioni strutturali, tecnologiche e digitali a disposizione del Sistema Sanitario Nazionale<sup>32</sup>.

Ebbene, se da un lato, il contenuto altamente tecnico delle riforme ed investimenti previsti sembrano giustificare, *prima facie*, un intervento centralizzato dell'esecutivo – specialmente con riguardo all'adozione degli standard richiesti e della disciplina tecnica<sup>33</sup> – dall'altro, occorre evidenziare che, in ragione della complessità degli interventi da attuare e delle specifiche caratteristiche dei territori coinvolti, in assenza di una solida strategia integrata, volta a dotare le articolazioni periferiche delle necessarie competenze e capacità di progettazione, quello della coesione territoriale rimane un obiettivo irraggiungibile<sup>34</sup>.

Un caso emblematico, in questo senso, è rappresentato dalla recente adozione del c.d. DM 71, decreto del Ministro della Salute, di concerto con il Ministro dell'Economia, recante il regolamento relativo a «Modelli e standard per lo sviluppo dell'assistenza territoriale nel Servizio sanitario nazionale». Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale il 22 giugno 2022, il decreto n.77/2022, sebbene rispetti la tempistica

<sup>31</sup> Si veda, sul punto, il *Rapporto Svimez 2021*, 39-41: «Dai dati territoriali di fonte ISTAT risultano valori di spesa pro capite mediamente più bassi nelle regioni del Mezzogiorno in tutto il decennio pre-pandemia. La riduzione delle risorse pubbliche in sanità è stata la conseguenza di una serie di misure di contenimento della spesa in tutti i SSR, ma in presenza di vincoli finanziari più stringenti per le Regioni sottoposte a piani di rientro. Il processo di risanamento finanziario che ha interessato le regioni in disavanzo, collocate prevalentemente nel Mezzogiorno, pur confermandosi una relazione positiva tra spesa sanitaria e livello dei servizi erogati (griglia LEA), ha consentito negli anni di "rientro" un progressivo miglioramento, finì al 2018, dei punteggi LEA. Miglioramento che però ha lasciato sostanzialmente inalterati i divari con le regioni che, partendo da migliori condizioni di partenza, hanno avuto relativamente più risorse».

<sup>32</sup> *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, 225 e ss.

<sup>33</sup> La preferenza del Governo quale sede deputata all'elaborazione di discipline a contenuto tecnico è spiegata, in dottrina, avuto riguardo alla maggiore capacità dello stesso di disporre dell'insieme di expertise e conoscenze tecniche necessarie alle opportune valutazioni tecnico-scientifiche. Sul Punto si veda A. IANNUZZI, *Il Diritto Capovolto*, cit., 132-133.

<sup>34</sup> M. DELLA MORTE, *Il futuro dei territori (e del Sud). Rilanciare rappresentanza e partecipazione per una migliore attuazione del PNRR*, in *Costituzionalismo.it*, 2021, 13-14; L. BIANCHI, C. PETRAGLIA, *Il Piano potrebbe non bastare a ridurre i divari territoriali*, in *Il Sole 24 ore*, 2021.





del 30 giugno 2022<sup>35</sup> (riferita al milestone M6C1) è, tuttavia, stato adottato senza l'intesa della Conferenza Stato Regioni: lo schema di DM e i relativi allegati erano stati iscritti all'Ordine del giorno della Conferenza del 16 marzo 2022, sede in cui è stato richiesto il rinvio da parte del Ministero dell'economia e delle finanze. Così, la mancata intesa si è registrata nella seduta della Conferenza Stato Regioni del 30 marzo 2022. Il Consiglio dei ministri, a fronte della reiterazione del voto contrario della Regione Campania<sup>36</sup> (impeditivo dell'Intesa), ha ritenuto di adottare la delibera sostitutiva della stessa in data 21 aprile 2022 (pubblicata il successivo 3 maggio) facendo, però, decorrere i 30 giorni previsti dalla normativa vigente per poter procedere senza intesa dal 16 marzo 2022 e ciò, verosimilmente, al fine di rispettare la scadenza del termine di cui al PNRR<sup>37</sup>. In particolare, la Regione Campania ha ritenuto di non esprimere l'intesa lamentando l'insufficienza delle risorse destinate al personale per le Case della comunità e per gli Ospedali di comunità. Le perplessità del presidente campano sono state da più parti condivise, evidenziando come, alla luce degli standard previsti dall'allegato 2 del D.M., si renderebbero necessari degli investimenti aggiuntivi – individuati nella misura del 25% circa – al fine di coprire il surplus di personale necessario a sostenere le misure di sviluppo e potenziamento della rete

<sup>35</sup> Con il comunicato stampa n. 126 del 29 giugno 2022, il Ministero dell'economia e delle finanze ha segnalato il raggiungimento tempestivo di tutti i 45 traguardi e obiettivi indicati dal PNRR per il primo semestre 2022. Il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha, quindi, provveduto ad inviare la richiesta del pagamento della seconda rata dei fondi PNRR, che porterà all'erogazione di 21 miliardi di euro, alla Commissione europea. Gli investimenti e le riforme approvate sono consultabili alla pagina di attuazione del *Piano. Andamento dell'attuazione del piano - Italia Domani*, <https://www.italiadomani.gov.it/it/strumenti/andamento-sull-attuazione-del-piano.html?mission=Salute&orderby=%40jcr%3Acontent%2FyearAndSemesterLabel&sort=desc> (10/08/2022).

<sup>36</sup> Il primo "no" era stato formalizzato alla seduta del 30 marzo 2021 e la mancata intesa è stata formalizzata nella seduta del 30 marzo 2022. Il presidente De Luca, in occasione dell'inaugurazione dei nuovi reparti di terapia intensiva e per la procreazione medico-assistita dell'ospedale di Marciacise aveva ribadito che «Il Governo vuole darci ottocento milioni di euro di fondi europei per realizzare 170 case di comunità e colmare un divario rilevante e storico per la medicina territoriale, ma non ci dice dove prenderanno i fondi per il personale e per i costi connessi. Se resta tale situazione come Regione Campania non daremo l'ok all'intesa in Conferenza Stato-Regioni», in *Regioni.it*, newsletter n. 4278, 19 aprile 2022, disponibile al seguente indirizzo web <http://www.regioni.it/newsletter/n-4278/del-19-04-2022/sanita-de-luca-per-le-case-di-comunita-occorrono-fondi-per-il-personale-24081/> (08/09/2022) Ora, se da una parte è comprensibile l'accelerazione delle tempistiche imposta dallo stesso PNRR, dall'altro, è stato correttamente osservato che se la stessa «non sarà accompagnata da una contestuale accelerazione sul modello assistenziale, per esempio, sulle Case della comunità, potrebbe portare alla realizzazione di contenitori (strutture edilizie ad es.) che saranno allestiti senza poi la possibilità di utilizzarli, in quanto l'organizzazione di molte Asl non si sarà adeguata» F. PALUMBO, *I nuovi standard per l'assistenza territoriale e i rischi della mancata intesa in Stato-regioni*, in *quotidianoanità.it*, 2022.

<sup>37</sup> Invero, tanto nelle premesse della delibera sostitutiva, quanto nell'atto di conferenza in cui è stata espressa la mancata intesa (Rep. Atti n. 49/CSR del 21 aprile 2022) si legge, rispettivamente che: «Tenuto conto che l'entrata in vigore del predetto provvedimento costituisce una tappa necessaria, secondo quanto previsto dalla programmazione comunitaria, da raggiungere entro il 30 giugno 2022» e «VISTA la nota del 6 aprile 2002, con la quale il Ministero della salute, in virtù del principio di leale collaborazione nell'interpretazione offertane dalla costante giurisprudenza costituzionale, ha chiesto di valutare l'attivazione di ogni possibile iniziativa di composizione, con l'obiettivo di raggiungere l'unanime intesa in sede di Conferenza, anche alla luce del fatto che l'entrata in vigore del regolamento costituisce una specifica milestone europea del Piano nazionale di ripresa e resilienza e deve avvenire entro la data del 30 giugno 2022». Consiglio dei Ministri, Delibera sostitutiva dell'intesa della Conferenza Stato-regioni, relativa allo schema di decreto del Ministro della salute, concernente il regolamento recante «Modelli e standard per lo sviluppo dell'assistenza territoriale nel Servizio sanitario nazionale», 21 aprile 2022, disponibile al seguente link [GU Serie Generale n.102 del 03-05-2022](https://www.governo.it/Portale/Documenti/Detail/Documenti/102-03-05-2022).







dei sevizi territoriali<sup>38</sup>, paventandosi, peraltro, il rischio di una (inaccettabile) privatizzazione dell'assistenza<sup>39</sup>.

Al di là delle criticità appena menzionate, la vicenda ha dato origine alla discussione in ordine ai profili di illegittimità dell'adozione del decreto in assenza di intesa. Nello specifico, è stato rilevato<sup>40</sup> come il decreto non si sarebbe formato *secundum legem*, avuto riguardo alla sentenza n. 134 del 5 aprile 2006 con cui la Corte costituzionale statuiva la necessità della preventiva acquisizione dell'intesa sui provvedimenti normativi in cui «sono fissati gli standard e sono individuate le tipologie di assistenza e i servizi», ai fini della loro corretta adozione e, al contempo, qualificava gli standard come specificazioni e integrazioni dei LEA<sup>41</sup>.

In secondo luogo, sono state sollevate perplessità in ordine alla scelta dell'atto con cui abilitare un regolamento particolarmente complesso e dettagliato come quello in esame. Come evidenziato da Renato Balduzzi, «La questione si articola sotto due profili principali: quello che attiene al rispetto del principio di legalità sostanziale, nel senso che sarebbero consentite al regolamento ministeriale determinazioni prive di una base legale idonea a circoscrivere il potere normativo secondario, e quello concernente il principio di legalità formale, essendo incerti gli oggetti demandati alla competenza del regolamento stesso<sup>42</sup>». Invero, «il contesto normativo di cui alla bozza di decreto in esame sembrerebbe richiedere piuttosto un provvedimento legislativo e forse anche una norma quadro statale che ne delimiti i principi e criteri<sup>43</sup>».

Un tanto condiziona inevitabilmente anche le dinamiche di riparto di competenze tra Stato e Regioni: se è pacifico che la determinazione, tanto dei livelli essenziali delle prestazioni socio-sanitarie, quanto (in parte) dei principi fondamentali sull'organizzazione dei servizi sanitari, rientrino nell'alveo delle

---

<sup>38</sup> Nella relazione al Consiglio dei Ministri del Sottosegretario alla Presidenza Roberto Garofoli del 26 maggio 2022 si legge che: «con l'adozione del c.d. decreto 71 è definito il nuovo modello organizzativo e con la firma degli accordi tra il Ministero della Salute e le Regioni/Province autonome sono approntati gli strumenti che definiscono i requisiti per la nuova assistenza, con la riorganizzazione della medicina territoriale in case della comunità (almeno 1.350), ospedali di comunità (almeno 400) e centrali operative territoriali (almeno 600). L'obiettivo al 2026 è quello di avere queste strutture interconnesse, tecnologicamente attrezzate, completamente operative e funzionanti. Inoltre, entro il 2026 gli strumenti di telemedicina dovranno consentire di fornire assistenza ad almeno 800.000 persone over 65 anni in assistenza domiciliare.». Documento disponibile al seguente indirizzo web: [PNRR - Obiettivi di giugno 2022 - Agenzia per la coesione territoriale \(agenziacoesione.gov.it\)](https://www.agenzia-coesione-territoriale.gov.it/) (09/09/2022).

<sup>39</sup> Sul punto si vedano R. BALDUZZI, *Gli standard (e il modello) dell'assistenza sanitaria territoriale: prime considerazioni*, in *cortisupremeesalute.it*, 2022, 7 e ss.; F. PALUMBO, M.G. LA FALCE, *Tutte le criticità del "dm 71"*, in *quotidianosanità.it*, 2022.

<sup>40</sup> R. BALDUZZI, *Gli standard (e il modello) dell'assistenza sanitaria territoriale: prime considerazioni*, cit., 3 e ss.

<sup>41</sup> Il riferimento legislativo per gli standard sanitari territoriali (standard qualitativi, strutturali, tecnologici, di processo e possibilmente di esito, e quantitativi di cui ai livelli essenziali di assistenza) si rinviene nell'art. 1, comma 169, della l. 30 dicembre 2004, n. 311, il cui testo originario è stato dichiarato incostituzionale dai giudici di Palazzo della Consulta nella parte in cui prevedeva che i regolamenti in materia, ex art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, «devono essere adottati "sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano", anziché "previa intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano"». Corte Cost., sent. n. 134 del 5 aprile 2006.

<sup>42</sup> R. BALDUZZI, *Gli standard (e il modello) dell'assistenza sanitaria territoriale: prime considerazioni*, cit., 4-5.

<sup>43</sup> F. PALUMBO, M.G. LA FALCE, *op. cit.* Sul punto, si veda anche E. JORIO, *Il DM 71 e i dubbi di legittimità costituzionale sulla scelta del Governo di "procedere" in assenza di Intesa*, in *Il sole 24 ore*, 2022.





competenze esclusive statali, è altrettanto vero che l'assenza di precise indicazioni circa gli oggetti riservati alla normazione secondaria<sup>44</sup> possono comportare possibili conflitti di attribuzione. Nel caso in esame il problema si pone con riferimento alla distinzione, operata nell'allegato tecnico del D.M. 71, tra componenti prescrittive (Allegato 2 "Ricognizioni Standard") e componenti descrittive (allegato 1 "Modelli e standard per lo sviluppo dell'assistenza territoriale") e, più precisamente rispetto alla circostanza per cui alcuni standard, sono stati indicati nelle parti "descrittive" sollevando dubbi circa la natura cogente o meramente orientativa<sup>45</sup>. La carenza di precise prescrizioni, in *primis*, alimenta le perplessità circa la suscettibilità di tali materie ad essere oggetto di disciplina regolamentare<sup>46</sup> e, in secondo luogo, rappresenta un ostacolo alla costruzione di una rete territoriale effettivamente omogenea e al superamento delle disparità esistenti nell'erogazione dei servizi tra regioni.

Ebbene le criticità sin qui emerse si aggiungono alla circostanza per cui, poiché Regioni ed Enti locali, come già evidenziato, sono responsabili della realizzazione di una parte significativa degli investimenti previsti dal Piano, la scarsa capacità progettuale che caratterizza, in particolare, le amministrazioni del Mezzogiorno, espone le stesse al rischio del mancato assorbimento di tali investimenti, tenuto conto, in *primis*, che gli stessi vengono distribuiti tra le amministrazioni beneficiarie attraverso procedure selettive e, in secondo luogo, avuto riguardo alla circostanza che le amministrazioni locali dovranno sostenere uno sforzo di spesa che va ad aggiungersi alla spesa per la politica di coesione<sup>47</sup>.

Il rischio conseguente all'assenza di progetti in grado di ottemperare ai criteri e alle tempistiche predeterminate e quindi, il mancato assorbimento degli investimenti nel meridione, è quello del trasferimento dei progetti in altri territori del Paese – verosimilmente, al Centro-Nord<sup>48</sup>: tali meccanismi, evidentemente finalizzati a scongiurare la restituzione dei fondi all'UE<sup>49</sup>, allontanano il raggiungimento degli obiettivi di coesione territoriale.

Dunque, in ragione dell'elevata quantità di risorse messe a disposizione delle regioni del Sud, appare necessaria «l'elaborazione di strategie complesse di progettualità e spesa che si muovano nel verso

<sup>44</sup> Sul punto F. PALUMBO, M.G. LA FALCE, *op. cit.*: «Alla luce di quanto sopra una prima riflessione a seguito della lettura della bozza di decreto concerne la necessità di operare una distinzione tra gli standard direttamente collegati all'erogazione delle prestazioni di cui al vigente DPCM Lea 2017 e quelli che invece sono gli aspetti organizzativi legati ai requisiti strutturali, organizzativi e tecnologici minimi per l'esercizio di attività sanitarie come nel caso di ospedale di comunità case della famiglia, che in qualche modo attengono alla competenza concorrente delle Regioni».

<sup>45</sup> Così, ad esempio, non vengono previste come prescrittive le indicazioni per i Distretti, l'Infermiere di Famiglia o Comunità e i Sistemi Informativi e Qualità.

<sup>46</sup> R. BALDUZZI, *Gli standard (e il modello) dell'assistenza sanitaria territoriale: prime considerazioni*, cit., 6 e ss.

<sup>47</sup> V. *Rapporto SVIMEZ 2021*, 57 e ss. Nello specifico, «Per il completamento del ciclo 2014-2020, reso ancora più sfidante dalle assegnazioni di REACT-EU, dovranno essere attuati e spesi, in base agli obiettivi di spesa fissati al 2023, oltre 37 miliardi di euro in poco più di 2 anni. La fase conclusiva del ciclo 2014-2020, inoltre, si sovrappone con l'avvio del periodo di programmazione 2021-2027, che assegna all'Italia complessivamente 83 miliardi di euro da utilizzare entro il 2030», cit. p.62. Si veda anche S. MANGIAMELI, *Covid-19 e Unione europea. La risposta alla crisi sanitaria come via per riprendere il processo di integrazione europea*, in *dirittifondamenti.it*, 2021.

<sup>48</sup> *Ivi*, 63.

<sup>49</sup> Sul funzionamento del *Recovery Fund*, le dinamiche di prestito e restituzione dei fondi all'Unione, si veda F. SALMONI, *Recovery Fund: vincolo esterno, obblighi sovranazionali inderogabili e sanzionabili. Attività di indirizzo politico o discrezionalità amministrativa?*, in *Rivista AIC*, 2022, 2-4.



della complementarità delle misure e delle azioni necessita dell'apporto degli organi della rappresentanza, nazionale, regionale e [...] locale<sup>50</sup>», affinché siano garantiti, in primo luogo, l'allocazione dei fondi in coerenza con l'obiettivo di ridurre il divario territoriale; in secondo luogo, l'assorbimento efficace degli stessi da parte delle amministrazioni beneficiarie; e, infine, che le risorse erogate non vengano distratte dalla loro destinazione. Ora, la (necessaria) componente democratico partecipativa sembra difettare nella struttura della Governance delineata dal già menzionato D.l. n. 77/2021 ove, specie nella fase attuativa, gli organismi centrali – in primis, la Cabina di Regia – operano in autonomia. Invero, come efficacemente rilevato da C. Colapietro, «Le Regioni [...] avrebbero dovuto essere coinvolte attraverso lo strumento dell'intesa e non avere il ruolo, poi inveratosi nella prassi attuativa del Piano, di meri destinatari di flussi informativi. A tal proposito, si parla di un «federalismo di mera esecuzione», in cui gli enti dell'autonomia del territorio sono meri fautori di politiche decise “lontano” dagli organismi politici esponenziali delle realtà a cui si riferiscono»<sup>51</sup>. Di fatto, gli strumenti predisposti per il coordinamento e la partecipazione territoriale si sono rivelati insufficienti a garantire un'effettiva partecipazione di tutti gli attori coinvolti nell'attuazione e monitoraggio del PNRR. Anzitutto, si rileva che nelle uniche due occasioni in cui si è riunita la Cabina di Regia, «non risultano interventi dei rappresentanti degli enti locali: il dato contribuisce a dare conto di un coinvolgimento piuttosto marginale delle Regioni, almeno per il tramite della Cabina di regia<sup>52</sup>». Questo coinvolgimento è in parte recuperato con il Tavolo permanente, che in ragione della sua composizione, favorisce le dinamiche negoziali tra gli attori e portatori di interesse coinvolti dal Piano ma che, al contempo, rappresenta «una sede e uno snodo in cui si realizza di fatto una sorta “spoliticizzazione” del processo, ciò a svantaggio delle ipotesi di integrazione politica, anche lungo il versante centro-periferia» e in cui «il contributo delle autonomie, di per sé già limitato, è acquisito senza specifica distinzione o “legittimazione” rispetto a quello di stakeholders e di attori ulteriori<sup>53</sup>».

In definitiva, affinché quello dell'eliminazione del divario territoriale e della conseguente eguale tutela dei diritti costituzionalmente garantiti – tra cui quello alla salute – su tutto il territorio nazionale non rimanga un traguardo utopistico, come è stato efficacemente osservato dal Professore Della Morte, è necessario «recuperare l'apporto del Parlamento, specie sul piano strategico, e garantire percorsi partecipativi finalizzati al monitoraggio democratico degli interventi. [...] Recuperare una connessione tra luoghi della rappresentanza (Consigli) e movimenti civici operativi nelle diverse realtà territoriali (associazioni, comitati ecc.) consentirebbe, infatti, la formazione di domande aggregate più rispondenti ai reali interessi della popolazione, che potrebbero, a loro volta, incidere sull'efficacia delle politiche<sup>54</sup>».

<sup>50</sup> M. DELLA MORTE, *op. cit.*, 12.

<sup>51</sup> C. COLAPIETRO, *op. cit.*, 334; F. PALUMBO, *op. cit.*

<sup>52</sup> U. RONGA, *op. cit.*, 73-75.

<sup>53</sup> *Ivi*, 76.

<sup>54</sup> M. DELLA MORTE, *op. cit.*, 15.



## 5. Note Conclusive

La recente esperienza della crisi pandemica da Covid-19 ha drammaticamente evidenziato i punti deboli del Paese, primo fra tutti, l'organizzazione sanitaria e, conseguentemente, la necessità di adottare misure uniformi – specialmente di natura tecnica, orientate alla digitalizzazione – finalizzate a migliorare l'equità ed efficienza dei servizi erogati ai cittadini, superando i divari economico-sociali, così da garantire una ripresa e uno sviluppo effettivo del sistema Paese<sup>55</sup>.

Da un lato, il complesso sistema del Next Generation EU (NGEU) ha il pregio, non solo di porsi come utile strumento per la ripresa degli Stati membri afflitti dalla pandemia, ma di rappresentare «un progetto con un significato politico molto importante, poiché si impegnerebbe anche per una ripresa basata sui valori dell'UE e sui diritti fondamentali, compresi i diritti sociali, e per garantire una presenza più forte dell'Europa nel mondo<sup>56</sup>»; dall'altro lato, tuttavia, non è privo di debolezze<sup>57</sup>.

In particolare, il rigore dei vincoli esterni derivanti dal complesso normativo del NGEU<sup>58</sup>, e, in particolare dei traguardi ed obiettivi contenuti nei PNRR – da cui dipende l'erogazione dei sostegni finanziari – ha evidenti ricadute sulle dinamiche istituzionali nazionali.

Come si è cercato di mettere in luce nel corso della trattazione, gli obblighi di risultato imposti dall'UE, unitamente alla natura tecnica della maggior parte delle misure previste dal piano, hanno acuitizzato il fenomeno dell'accentramento dei poteri nelle mani dell'esecutivo, marginalizzando progressivamente, tanto il ruolo delle autonomie, quanto quello degli organi rappresentativi. Detta dinamica, risulta particolarmente evidente in tema di sanità, materia che ha fatto esperienza, e continua a vedere, frequenti travalicamenti dei poteri dello Stato a discapito delle competenze regionali. Le scelte di gestione della pandemia e, da ultimo, l'organizzazione predisposta per l'attuazione del PNRR, evidenziano una governance sbilanciata verso l'esecutivo, cavalcando l'onda del modello basato sull'«interesse unitario», consolidatosi già dopo la riforma del Titolo V della Costituzione.

Se è condivisibile, ed anzi auspicabile, l'applicazione uniforme di discipline e misure che consentano, in modo eguale, su tutto il territorio nazionale, il godimento dei diritti costituzionalmente garantiti – tra cui, evidentemente, quello alla salute – allo stesso tempo, il raggiungimento di simili obiettivi non

<sup>55</sup> Si legge nello stesso PNRR come «La pandemia ha evidenziato la vulnerabilità dei sistemi sanitari di fronte a tassi di contagio elevati e altre debolezze strutturali. La crisi economica ha ridotto la capacità degli Stati membri di crescere, e ha esacerbato gli squilibri e le disparità territoriali. Si deve pertanto puntare a rafforzare le catene di approvvigionamento e le infrastrutture industriali e sanitarie», la stessa, in particolare, «ha reso ancora più evidenti alcuni aspetti critici di natura strutturale [...]. Vi sono: (i) significative disparità territoriali nell'erogazione dei servizi, in particolare in termini di prevenzione e assistenza sul territorio; (ii) un'inadeguata integrazione tra servizi ospedalieri, servizi territoriali e servizi sociali; (iii) tempi di attesa elevati per l'erogazione di alcune prestazioni; (iv) una scarsa capacità di conseguire sinergie nella definizione delle strategie di risposta ai rischi ambientali, climatici e sanitari». V. *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, 13, 225-226.

<sup>56</sup> S. MANGIAMELI, *op. cit.*, 579. Si veda anche L. CHIEFFI, *Una nuova stagione per i diritti sociali? La spinta offerta dal Recovery Fund per il rilancio dei welfare sanitari*, in *BioLaw Journal*, 2021, 3 ss.

<sup>57</sup> Sul punto si vedano in generale, S. MANGIAMELI, *op. cit.*; F. SALMONI, *op. cit.*; A. SCIORTINO, *op. cit.*, C. COLAPIETRO, *op. cit.*; F. BILANCIA, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del Recovery and Resilience Facility*, cit., 36 e ss.

<sup>58</sup> F. SALMONI, *op. cit.*, 5 e ss.



può prescindere da un effettivo coordinamento e collaborazione tra i diversi livelli di governo<sup>59</sup>. Solo valorizzando le specificità territoriali attraverso percorsi partecipativi e democratici<sup>60</sup> nonché dotando (tutte) le amministrazioni degli strumenti necessari per partecipare attivamente alla ripresa, in ossequio al principio di leale collaborazione, è possibile pensare di raggiungere gli obiettivi delineati nel PNRR, specie in tema di coesione tra le aree del Nord e Sud Italia.

---

<sup>59</sup> C. COLAPIETRO, *op. cit.*, 333: «Il fenomeno della coesione, nato dal principio solidaristico di cui all'art. 2 Cost., non può che essere il mezzo più idoneo a fondare un sistema pluralista, aggregante e rappresentativo degli interessi in un sistema democratico. Si dà pertanto vita a quello che può essere definito un sistema multidimensionale, se si considera il profilo prettamente territoriale della coesione, fondato sul principio di sussidiarietà verticale e orizzontale quale canone di attribuzione delle competenze concorrenti. Si potrebbe dire, con le parole di Amorth, che, in questo contesto, le Regioni e le politiche attuative ispirate al principio di sussidiarietà debbano essere, pertanto, presidi dell'unitarietà come difesa dell'uguaglianza sostanziale».

<sup>60</sup> Così, ad esempio, il *Plan de recuperación transformación y resiliencia* spagnolo, collega direttamente l'attività dell'esecutivo a strumenti partecipativi e, in particolare, a sistemi di dialogo e consultazione con le «Comunidades Autónomas, con gli enti locali, con Foros e Consigli consultivi». M. DELLA MORTE, *op. cit.*, 16 e 17.



# Data donation and data altruism to face algorithmic bias for an inclusive digital healthcare

Giulia Re Ferrè\*

**ABSTRACT:** This paper addresses the issue of algorithmic bias in the medical field and the need to regulate data donation. Although bias and discrimination in health care are not only related to the use of algorithms but have long-standing origins and heterogeneous causes, the use of artificial intelligence could exacerbate such biases by making them structural and difficult to identify. In many cases, the presence of algorithmic bias is due to incomplete or unrepresentative datasets and the difficulty for researchers to access the data. Data donation could be a useful tool to face this phenomenon, increasing the individual's sovereignty over his or her personal data sphere and enabling an individual's participation in scientific and technological progress from a solidarity perspective.

**KEYWORDS:** Artificial intelligence; algorithmic bias; data donation; data altruism; healthcare

**SUMMARY:** 1. Introduction – 2. Bias in the medical activity: *nihil novi sub sole* – 2.1. Algorithmic bias – 3. Health data in the GDPR – 3.1. The research exemption – 4. Data donation as a tool to foster scientific progress – 4.1. What is data donation? – 4.2. Three good reasons to regulate and allow data donation – 4.3. Three main challenges of PMDD – 5. The data altruism mechanism – 6. Conclusions.

## 1. Introduction

The extent and the impact of the artificial intelligence (AI) revolution have emphasized the need for regulation of new tools and technology and, as stated in the explanatory memorandum to the EU Commission proposal for a Regulation on AI<sup>1</sup>, health is one of the sectors that deserves strong attention because of the significant impact that AI could have, and the sensitive nature of the interests involved.

Machine Learning (ML) algorithms have shown to be trustful tools in the medical field, for instance diagnosing several medical conditions and treating chronic diseases. On the other side, it has been noticed that such systems could be subjected to biases related to the training dataset that could lead to discrimination of already marginalized social categories. An emblematic case is AI applied to detect skin cancer; it was found that the algorithms designed for fair skin tone color misdiagnoses for the

\* PhD student at the University of Milan in cotutelle with the German University for Administrative Sciences Speyer. Mail: [giulia.referre@unimi.it](mailto:giulia.referre@unimi.it). The article was subject to a double-blind peer review process.

<sup>1</sup> Proposal for a regulation of the European parliament and of the council laying down harmonised rules on artificial intelligence (artificial intelligence act) and amending certain union legislative acts, Com(2021) 206 final 2021/0106(cod).





dark-colored skin tone and the cutaneous infections shown diversely for the dark skin.<sup>2</sup> Therefore, it is self-evident how these biases could result in a non-inclusive healthcare system, a lack of trust from patients towards new tools, and in the end to a reduction of the benefits that the application of AI to the healthcare sector could bring.

The Commission Proposal on AI tries to face the problem of algorithmic bias, but it has been underlined that the root of the problem is connected to the difficulties in obtaining large, diverse medical datasets. Even if the GDPR provides a research exemption, it is controversial whether its legal provisions are appropriate and sufficient to guarantee a fair trade-off between privacy and research interests. Not even the use of anonymizing procedures alone could be a satisfactory answer since anonymization could actually reduce the quantity and quality of data and moreover, makes it impossible to verify them and prevent linking of different datasets on relevant issues such as socioeconomic indicators.

In this context, the opportunity to regulate data donation, that is, the donation of data after one's death for research purposes, seems to become increasingly important; in fact, as it has been underlined, it is easier to donate our bodies to science rather than our data, with the result of a massive amount of wasted precious medical data.

In recent years, scholars have outlined the characteristics and issues underlying data donation, but in adopting the Data Governance Act, the European Union instead introduced a so-called data altruism mechanism, i.e., the possibility of sharing one's data while still alive through bodies designated for this purpose, thus not accepting the proposals of that part of the doctrine that suggested that possibility of *post-mortem* donation should be provided for in the first place.

The paper aims to give an overview starting from the problematics related to algorithmic bias in the healthcare sector and to the difficulties accessing medical datasets and focuses on the possibility of regulating data donation. Regulating the posthumous donation of personal data clearly raises not only legal and technical challenges, but also ethical questions that need to be addressed. Is in the first place the word "donation" the correct term to use or does it imply the ownership of personal data and the transfer of a fundamental right? Which are the similarities to organ donation and to what extent can we compare these two hypotheses? Is the will of the patient-donor the only one that matters? What is the role and the relevance of the needs of other patients that could directly benefit from large-scale data collection? In fact, to outline an effective regulation it is first necessary to understand the nature of such a donation, the motivation behind that will, the concerns and the interests at stake and ultimately the role of individual sovereignty on data in relation to the public interest of developing an inclusive healthcare system. The last part of the article is focused on the main features of data altruism as recently introduced by the Data Governance Act and that will be detailed more specifically by the European Health Data Space, if it is approved.

---

<sup>2</sup> S. NARESH KUMAR, B. MOHAMMED ISMAIL, *Systematic investigation on Multi-Class skin cancer categorization using machine learning approach in Materials Today: Proceedings*, 2020.



## 2. Bias in the medical activity: *nihil novi sub sole*

The presence of biases in the medical field is nothing new and it is not only linked to the use of artificial intelligence. In fact, discrimination against several categories of patients has ancient roots and heterogeneous causes.

First, it is necessary to define what discrimination in the healthcare sector means. In a recent study, discrimination in the healthcare setting is defined as “negative actions or lack of consideration given to an individual or group that occurs because of a preconceived and unjustified opinion”.<sup>3</sup> The definition could be broadened in order to include also algorithmic discrimination and therefore we could identify the presence of a bias when the same inputs (e.g. symptoms) lead to different and unfair outputs (e.g. diagnosis) just on the ground of the belonging of the patient to a minority group.

Medical biases have been observed against women<sup>4</sup>, ethnical groups,<sup>5</sup> low-income subjects,<sup>6</sup> transgender and queers.<sup>7</sup> It has, for example, been argued that even if men and women experience pain in different ways, with women reporting more frequent and greater level of pain, female patients are more likely to be undertreated because health-care providers tend to discount women self-reports of pain at least until there is objective evidence of the cause;<sup>8</sup> moreover several studies showed that woman with chronic pain are rather assigned psychological than somatic causes for their pain and are perceived as “hysterical”, “emotional”, “complaining”, “not wanting to get better”, “malingerers” and “fabricating the pain”.<sup>9</sup>

Even though medical discrimination has a long history, there is now a pressing need to specifically address the topic of algorithmic bias, because if the discrimination carried out by a human being, albeit harmful, can be identified as a pathological moment of relationship between the patient and the healthcare provider, the algorithmic discrimination may amplify and exacerbate inequalities,<sup>10</sup> making

<sup>3</sup> BM. TOGIOKA, D. DUVIVIER, E. YOUNG *Diversity and Discrimination In Healthcare* in *StatPearls, Treasure Island (FL)*, January 2022.

<sup>4</sup> J.A. MARCUM, *Clinical Decision-Making, Gender Bias, Virtue Epistemology, and Quality Healthcare*, in *Topoi*, 36, 2017, 501–508.

<sup>5</sup> D.R. WILLIAMS, R. WYATT, *Racial Bias in Health Care and Health: Challenges and Opportunities*, in *JAMA*, September 2015, 314.

<sup>6</sup> L. HOYT D’ANNA, M. HANSEN, B. MULL, C. CANJURA, E. LEE, S. SUMSTINE, *Social Discrimination and Health Care: A Multidimensional Framework of Experiences among a Low-Income Multiethnic Sample* in *Social Work in Public Health*, 2018; O. N. OKORO, L. A. HILLMAN, A. CERNASEV, “We get double slammed!”: *Healthcare experiences of perceived discrimination among low-income African-American women*, in *Womens Health (Lond)*, 2020.

<sup>7</sup> K.D. JAFFEE, D. SHIRES, D. STROUMSA, *Discrimination and Delayed Health Care Among Transgender Women and Men: implications for Improving Medical Education and Health Care Delivery*, in *Medical Care*, 54, 2016; A. S. DEIRDRE, K. JAFFEE, *Factors Associated with Health Care Discrimination Experiences among a National Sample of Female-to-Male Transgender Individuals*, in *Health & Social Work*, 40, 2015, 134–141.

<sup>8</sup> D. HOFFMANN, A. TARZIAN, *The Girl Who Cried Pain: A Bias against Women in the Treatment of Pain*, in *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 2001

<sup>9</sup> A. SAMULOWITZ et al. ‘Brave Men’ and ‘Emotional Women’: *A Theory-Guided Literature Review on Gender Bias in Health Care and Gendered Norms towards Patients with Chronic Pain* in *Pain Research and Management*, 2018

<sup>10</sup> I. STRAW, *The automation of bias in medical Artificial Intelligence (AI): Decoding the past to create a better future*, in *Artificial Intelligence in Medicine*, 110, 2020.



them structural and more difficult to detect. In fact, as underlined by the WHO in its guidance on ethics and governance on AI for health,<sup>11</sup> societal bias and discrimination are often replicated by AI systems. Adjusting the above given definition, one could refer to algorithmic bias as a systematic error caused by the training dataset, that create unfair outcomes. Several classifications of such biases have been proposed, based on the source of the discrimination. We may adopt a macro division between human-based biases, which are a replication of human prejudices that causes algorithms to mirror historical inequalities or a mistake in the algorithm design<sup>12</sup> and dataset-based biases, which are caused by imbalanced or misrepresentative training data.<sup>13</sup> For the purpose of this contribution only the second type will be taken into consideration. In fact, most of the AI bias reported so far are imputable to the lack of some patient-groups data: the underrepresentation of certain groups results in low performance of the tools. Considering that the two main areas of machine learning application in healthcare are medical diagnosis and prediction of health risks, to use a biased algorithm means to obtain misdiagnosis and misprediction for those patients' categories that are also statistically more subject to human discrimination.<sup>14</sup> Moreover, it is necessary to underline that a poor functioning of ML algorithms does not only concern social marginalized people but could strongly affect also patient with rare disease, that are considerably vulnerable to paucity of data.<sup>15</sup> Consequently, while the artificial intelligence potential could provide personalized, more accurate and effective care for the entire society, the inefficient use of technological tools could result in a non-inclusive healthcare system, where many vulnerable categories would experience distrust<sup>16</sup> and therefore in a denial of the right to get proper care.<sup>17</sup>

<sup>11</sup> *Ethics and governance of artificial intelligence for health: WHO guidance*, 2021.

<sup>12</sup> Z. OBERMEYER et al., *Dissecting racial bias in an algorithm used to manage the health of populations*, in *Science* 2019, 447-453: the study find evidence of racial bias in one widely used algorithm in the U.S. health care system. "The bias arises because the algorithm predicts health care costs rather than illness, but unequal access to care means that we spend less money caring for Black patients than for White patients. Thus, despite health care cost appearing to be an effective proxy for health by some measures of predictive accuracy, large racial biases arise."

<sup>13</sup> N. NORORI, Q. HU, F. M. AELLEN, F. D. FARACI, A. TZOVARA, *Addressing bias in big data and AI for health care: A call for open science in Patterns*, October 2021.

<sup>14</sup> T. GROTE, G. KEELING, *On Algorithmic Fairness in Medical Practice in Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, January 2022.

<sup>15</sup> N. HASANI, F. FARHADI, M. A. MORRIS, M. NIKPANAHA, A. RAHMIM, Y. XU, A. PARISER, M. T. COLLINS, R. M. SUMMERS, E. JONES, E. SIEGEL, B. SABOURY, *Artificial Intelligence in Medical Imaging and its Impact on the Rare Disease Community: Threats, Challenges and Opportunities*, in *PET Clinics*, 17, 2022, 13-29.

<sup>16</sup> Several studies have been carried out on the topic of trust and distrust in the healthcare personnel-patient relationship; this problem should be addressed also when the use of AI is involved, since distrust could be experienced also against technologies. S.D. GOOLD, *Trust, distrust and trustworthiness*, in *Journal of general internal medicine*, January 2002, 79-81; YY. LEE, JL LIN. *Linking patients' trust in physicians to health outcomes*, in *British Journal of Hospital Medicine*, 2008.

<sup>17</sup> On issues related to equity in benefiting from data sharing and open science see C. STAUNTON, C.A. BARRAGÁN, S. CANALI, C. HO, S. LEONELLI, M. MAYERNIK, B. PRAINSACK, A. WONKHAM *Open Science, Data Sharing and Solidarity: Who Benefits?* in *History and Philosophy of the Life Sciences*, 2021; on the risk of underutilization of artificial intelligence in the medical field, see U. PAGALLO, *Il dovere alla salute: Sul rischio di sottoutilizzo dell'intelligenza artificiale in ambito sanitario*, 2022.



## 2.1. Algorithmic bias

As mentioned, since most of the bias derive from the training dataset, AI model should be developed from a wide variety of data, able to reflect as much as possible all the different social categories. The implementation of this principle meets the obstacle of the scarcity of available data related to some socioeconomics groups, that results in a lack of data diversity.

An emblematic case is AI applied to detect skin cancer; it was found that the algorithms designed for fair skin tone colour misdiagnoses for the dark-coloured skin tone and the cutaneous infections shown diversely for the dark skin.<sup>18</sup> Some researchers have underlined that the root of the problem is connected to the difficulties in obtaining large, diverse medical datasets. Other examples can be found in cardiovascular medicine,<sup>19</sup> since women and minorities are historically under-represented<sup>20</sup> as well as in oncology, where clinical trial data traditionally underrepresent subgroups such as adolescents and young adults, women, ethnic minorities and elderly.<sup>21</sup>

Considering that in the nearest future the use of artificial intelligence in medicine will find more and more space, the problematic of algorithmic biases needs to be addressed not only from a technical point of view, but also from a legal perspective. The provisions of the new EU Regulation Proposal on AI seem to head in the right direction but could be insufficient. In fact, art. 10 (par. 3), entitled “Data and data governance”, states that training, validation and testing data sets shall be relevant, representative, free of errors and complete. Moreover, they shall have the appropriate statistical properties, including, where applicable, as regards the persons or groups of persons on which the high-risk AI system is intended to be used.

The request of complete and representative training datasets, however valuable, could stay unimplemented unless accompanied by a regulation that guarantees the availability of a wide data variety. In fact, while it is true that representative datasets are preconditions for non-discriminatory AI systems, the lack of data from certain subgroups in clinical trials,<sup>22</sup> research and studies represent a substantial impediment. It should also be considered that another obstacle could be represented by the privacy legislation; therefore, a brief analysis of the GDPR provisions seems needed.

---

<sup>18</sup> S. NARESH KUMAR, B. MOHAMMED ISMAIL, *Systematic investigation on Multi-Class skin cancer categorization using machine learning approach in Materials Today: Proceedings*, 2020.

<sup>19</sup> E. TAT, DL. BHATT, MG. RABBAT, *Addressing bias: artificial intelligence in cardiovascular medicine in Lancet Digit Health*, 2020.

<sup>20</sup> Enrollment of women in randomized clinical trials has increased over time but remains low: C. MELLONI, JS. BERGER, TY. WANG, F. GUNES, A. STEBBINS, KS. PIEPER, RJ. DOLOR, PS. DOUGLAS, DB. MARK, LK. NEWBY, *Representation of women in randomized clinical trials of cardiovascular disease prevention, in Circulation Cardiovascular Quality Outcomes*, 2010.

<sup>21</sup> I.S. CHUA, M. GAZIEL-YABLOWITZ, Z.T. KORACH, K.L. KEHL, N.A. LEVITAN, Y.E. ARRIAGA, G.P. JACKSON, D.W. BATES, M. HASSETT, *Artificial intelligence in oncology: Path to implementation, in Cancer Medicine*, 10, 2021, 4138-4149.

<sup>22</sup> On the topic of lack of representation of certain groups in clinical trials: T. ZHANG, W. TSANG, HC. WIJEYSUNDERA, DT KO, *Reporting and representation of ethnic minorities in cardiovascular trials: a systematic review in American Heart Journal*, 2013; K. KWIATKOWSKI, K. COE, JC. BAILAR, GM. SWANSON, *Inclusion of minorities and women in cancer clinical trials, a decade later: Have we improved?*, in *Cancer*, 2013. On possible causes and solution to overcome the lack of diversity: LT. CLARK, L. WATKINS, IL. PIÑA, M. ELMER, O. AKINBOBOYE, M. GORHAM, B. JAMERSON, C. MCCULLOUGH, C. PIERRE, AB. POLIS, G. PUCKREIN, JM. REGNANTE *Increasing Diversity in Clinical Trials: Overcoming Critical Barriers, in Current Problems in Cardiology*, 2019.



### 3. Health data in the GDPR

The General Data Protection Regulation represents the cornerstone of the new data governance regime in the European Union which aim to balance the protection of individual privacy and the promotion of a thriving European data economy.<sup>23</sup> Its relevance in the *eHealth* and *mHealth* sector is therefore self-evident.<sup>24</sup>

The GDPR offers a definition of health data, stating that “data concerning health” means personal data related to the physical or mental health of a natural person, including the provision of health care services, which reveal information about his or her health status.<sup>25</sup> Consequently, health data belong to the category of personal data when they reveal information relating to the past, current, or future physical or mental health status of the data subject. According to recital n. 35 “*this includes information about the natural person collected in the course of the registration for, or the provision of, health care services as referred to in Directive 2011/24/EU of the European Parliament and of the Council (1) to that natural person; a number, symbol or particular assigned to a natural person to uniquely identify the natural person for health purposes; information derived from the testing or examination of a body part or bodily substance, including from genetic data and biological samples; and any information on, for example, a disease, disability, disease risk, medical history, clinical treatment or the physiological or biomedical state of the data subject independent of its source, for example from a physician or other health professional, a hospital, a medical device or an in vitro diagnostic test.*” These definitions should be read in conjunction with recital n. 51 which reposes the notion of ‘sensitive data’,<sup>26</sup> consisting in data that because of their sensitive nature merit a specific protection *as the context of their processing could create significant risks to the fundamental rights and freedoms.*” Anonymized data, on the other hand, do not fall in the field of application of the GDPR, as they do not relate to an identified or identifiable natural person; moreover, accordingly to Recital 27, the Regulation does not apply to the personal data of deceased people.

#### 3.1. The research exemption

A specific protection is then realized by art. 9, which opens with a general prohibition of processing special categories of personal data,<sup>27</sup> including health data: “*Processing of personal data revealing racial or ethnic origin, political opinions, religious or philosophical beliefs, or trade union membership, and the processing of genetic data, biometric data for the purpose of uniquely identifying a natural*

<sup>23</sup> L. MARELLI, E. LIEVEVROUW, I. VAN HOYWEGHEN, *Fit for purpose? The GDPR and the governance of European digital health*, in *Policy Studies*, 2020.

<sup>24</sup> On the growing relevance of *mHealth* in telemedicine and telemonitoring and issues related to data protection, see G. BINCOLETTA, *mHealth app per la telemedicina e il telemonitoraggio. Le nuove frontiere della telemedicina tra disciplina sui dispositivi medici e protezione dei dati personali*, in *BioLaw Journal*, 2021.

<sup>25</sup> GDPR, art. 4 par. 1.

<sup>26</sup> Nevertheless, note that the GDPR abandons the expression of sensitive data and replaces it with that of special categories of data.

<sup>27</sup> Art. 9 par 1 GDPR “Processing of personal data revealing racial or ethnic origin, political opinions, religious or philosophical beliefs, or trade union membership, and the processing of genetic data, biometric data for the purpose of uniquely identifying a natural person, data concerning health or data concerning a natural person’s sex life or sexual orientation shall be prohibited”.



*person, data concerning health or data concerning a natural person's sex life or sexual orientation shall be prohibited."*

Nevertheless, the provision contained in par. 1 is balanced by a list of conditions under which the processing is permitted and that could be divided into two main groups: the general scenario in which the Regulation requires an informed, free, explicit consent given for one or more specified purpose<sup>28</sup> and specific hypotheses that allowed the processing without the consent of the data subject.

It is controversial whether the consent to process special categories of data for research purpose should be specific, or if a broad consent could be lawfully used. Recital 33 recognizes that it is often not possible to fully identify the purpose of personal data processing in the field of scientific research at the time of data collection and therefore states that data subjects should be allowed to give their consent to certain areas of scientific research. This is particularly true for example in biobanking research where the long-run reusability of the biological resources is essential.<sup>29</sup> However, it seems to be excluded the possibility to give an omnibus consent for any research purpose.<sup>30</sup>

The regulation provides a so-called research exemption and states that special categories of personal data, can also be processed without consent either on the legal basis of public interest, or for research purpose. The exemption contained in art. 9 should be read in conjunction with art. 89 GDPR, which requires that processing for archiving purposes in the public interest, scientific or historical research purposes or statistical purposes, shall be subject to appropriate safeguards for the rights and freedoms of the data subject, through technical and organizational measures such as pseudonymization. Even if safeguards are required, derogations from the rights referred to in art. 15, 16, 18, 19, 20 and 21 are possible, both on a Union and on a national level. The possibility for member states to introduce derogations could lead to an undesirable fragmentation of the legal framework and could increase difficulties for EU cross-border health projects.

There are conflicting positions on the GDPR provisions adequacy regarding the research exemption and some scholars have argued that the data protection level could be lowered by the possibility for the EU law or for Member states to provide derogations to some rights.<sup>31</sup> Moreover, the exceptions have proven in practice elusive, and many aspects would need further clarification.<sup>32</sup>

From another point of view, it has been argued that the implementation of the GDPR has brought several obstacles to secondary research and the distinction between "pseudonymous data", which are still considered personal data and therefore fall under the GDPR, and "anonymous" data has raised some concerns. In fact, while traditionally data used in secondary research are key-coded and there-

<sup>28</sup> M. FARINA, *Il cloud computing in ambito sanitario tra security e privacy*, 2019, 28.

<sup>29</sup> E. S. DOVE, *The EU General Data Protection Regulation: Implications for International Scientific Research in the Digital Era: Currents in Contemporary Bioethics*, in *Journal of Law, Medicine and Ethics*, 2018.

<sup>30</sup> M. DONNELLY, M. McDONAGH, *Health Research, Consent and the GDPR Exemption*, in *European Journal of Health Law*, 2019.

<sup>31</sup> K. PORMEISTER, *Genetic data and the research exemption: is the GDPR going too far?*, in *International Data Privacy Law*, 7, 2017.

<sup>32</sup> J. MÉSZÁROS, C. HO, *Big Data and Scientific Research: The Secondary Use of Personal Data under the Research Exemption in the GDPR*, in *Hungarian Journal of Legal Studies*, 4, 2018, 403–419.





fore pseudonymized, the obligation to carry out an anonymization process could influence the scientific quality of the data.<sup>33</sup> In fact, in some areas of health research, anonymization cannot be achieved without fundamentally undermining the quality and contribution of the research.<sup>34</sup>

Moreover, it has been pointed out that two key features of the GDPR, such as data minimization and purpose limitation do not fit the peculiarities of Big Data technologies and fail to take into account several aspects. It should, in fact, be considered that AI is used also to discover new and unpredictable patterns and correlations among the gathered data, that consequently cannot be collected only for specific and limited purpose.<sup>35</sup> Also the use of anonymized data could reduce the potentiality of the use of new technology tools, since it prevents linking of different dataset on relevant issues such as socioeconomic indicators.<sup>36</sup>

Ultimately the need for diverse, representative datasets in order to avoid algorithmic bias and the scarcity of health data related to certain categories of patients, together with the huge amount of data gathered not only by healthcare structures, but also through apps and wearable devices could give the chance to start a discussion on the opportunity to regulate data donation.

#### 4. Data donation as a tool to foster scientific progress

The topic of data donation is for sure very complex, and the aim of this paper is not to provide a full analysis, rather to identify some of the main challenges and to offer a few general reflections. Although the matter is relatively new, some studies have been conducted, the most complete and critical, both from an ethical, philosophical and legal point of view, being the project developed at the Digital Ethics Lab at the Oxford Internet Institute, University of Oxford, and funded by Microsoft Research.<sup>37</sup>

##### 4.1 What is data donation?

It is first of all necessary to define what is meant by “data donation”: it mainly refers to the donation of personal data after death and describes the possibility for a subject to allow access to health data for research purpose (also known as PMDD – posthumous medical data donation).

While it is quite easy to choose to donate blood, tissues, organs and even the entire corpse for scientific purpose, there is yet no legal framework that allows the donation of medical data and this basically results in the loss of a huge amount of precious health data that people gather during their entire existence.

The topic has started to be discussed very recently and an interesting debate emerged, starting from the chosen term of donation itself. In fact, it has been argued that it would be preferable to talk about

<sup>33</sup> D. PELOQUIN, M. DiMAIO, B. BIERER, M. BARNES, *Disruptive and avoidable: GDPR challenges to secondary research uses of data*, in *European Journal of Human Genetics*, 2020.

<sup>34</sup> M. DONNELLY, M. McDONAGH *Health Research, Consent and the GDPR Exemption*, in *European Journal of Health Law*, 2019.

<sup>35</sup> M. FAVARETTO et al., *Big Data and discrimination: perils, promises and solutions. A systematic review*, in *Journal of Big Data*, 2019.

<sup>36</sup> J. RUMBOLD, B. PIERSCIONEK, *Contextual Anonymization for Secondary Use of Big Data in Biomedical Research: Proposal for an Anonymization Matrix*, in *JMIR Medical Informatics*, 2018.

<sup>37</sup> J. KRUTZINNA, L. FLORIDI (ed.), *The ethics of data donation*, 2019.





“data sharing”, “data altruism” or “data solidarity”,<sup>38</sup> since the concept of donation implies the ownership of the personal data and consequently the ownership transfer, which is not in line with the European vision of data protection and privacy as fundamental right and not as property asset. The institution of data donation also has points in common with the so called “data philanthropy”, that is the donation of data by private companies for altruistic purposes, although the two hypotheses do not overlap.<sup>39</sup> The nature of rights on data is still controversial but most authors suggest that the general principles of European law, the principles deriving from the member states constitutions and the current legal provisions are incompatible with the concept of data ownership.<sup>40</sup>

The legal instrument of donation, rooted back in the Roman law, involves the enrichment of a subject with the correspondent impoverishment of the donor, who acts with spirit of liberality (*animus donandi*), but not obligatorily for solidarity reasons, and hence can also recall financial interests. Even if this is true, it should be pointed out that the term donation is commonly accepted with regards to the disposal of *res extra commercium* such as body parts, organs, tissues, blood, both *ante-* and *post-mortem*, even if in a non-technical sense.<sup>41</sup> Therefore, to coin new terms, with broader meaning but foreign to the common lexicon, seems useless and would probably, at least at the beginning, lack the evocative power of the word donation.

#### 4.2. Three good reasons to regulate and allow data donation

Some studies have tried to investigate the existence of a willingness to donate (and more generally to share) health data and the reasons behind that will. The papers analyzed so far show a general interest and a good and proactive attitude of patients towards the possibility of sharing personal data for research intended to lead to public good;<sup>42</sup> moreover, it has been underlined that participants associated their motivations to donate their personal data with self-benefit and concern for others.<sup>43</sup>

Even in very sensitive field, like mental health, where the social stigma is still very high, it has been shown that, if adequate safeguards and transparency measures are guaranteed, patients could have a positive perception about sharing their data in hopes to contribute in better policy and care.<sup>44</sup> Similarly, rare disease patients, regardless of the severity of their disease and their socio-demographic profile, are clearly supportive towards data sharing to foster research and improve healthcare.<sup>45</sup>

<sup>38</sup> Health and Food Safety Directorate-General, *Assessment of the EU Member states’ rules on health data in the light of GDPR*, 2021, 113.

<sup>39</sup> M. TADDEO, *Data philanthropy and individual rights in Mind and Machines*, 2017.

<sup>40</sup> P. HUMMEL, M. BRAUN, P. DABROCK, *Own Data? Ethical Reflections on Data Ownership*, in *Philosophy & Technology*, 2021.

<sup>41</sup> S. RUSCICA, *I diritti della personalità*, 2013.

<sup>42</sup> M.A.R. BAK, M.C. PLOEM, H. ATEŞYÜREK, et al. *Stakeholders’ perspectives on the post-mortem use of genetic and health-related data for research: a systematic review*, in *European Journal of Human Genetics*, 2020.

<sup>43</sup> A. SKATOVA, E. NG, J. GOULDING, *Data Donation: Sharing Personal Data for Public Good?*, in *Conference paper of the Digital Economy All Hands Meeting*, 2014.

<sup>44</sup> E. SATINSKY, C. DRIESSENS, D. CREPAZ-Keay, AA. KOUSOULIS, *Mental health service users’ perceptions of data sharing and data protection: a short qualitative report*, in *BMJ Health & Care Informatics*, 2018.

<sup>45</sup> S. COURBIER, R. DIMOND, V. BROS-FACER, *Share and protect our health data: an evidence-based approach to rare disease patients’ perspectives on data sharing and data protection - quantitative survey and recommendations*, in *Journal of Rare Diseases*, 2019.



The above-mentioned studies referred to data donation during the life of the data subject, but it should be noted that another research has highlighted that patients could be more willingly to share digital data after death.<sup>46</sup> 40% of the participants agreed to share data from wearable devices,<sup>47</sup> but the percentage has risen to almost 80% in case of *post-mortem* donation; the donation of genetic data followed the same trend.

Consequently, the first reason to support the enabling of PMDD is linked to the altruistic attitude underlying the donation will, that should not be frustrated, because it can be recognized as the expression of the fundamental principle of solidarity, which is one of the cornerstones of European law and is set out in many of the member states Constitutions.

Secondly, data donation could contribute to the development of participation of citizens in scientific progress, a right recognized in art. 27 par. 1 of the Universal Declaration of Human Rights, which states that «*everyone has the right freely to participate in the cultural life of the community, to enjoy the arts and to share in scientific advancement and its benefits*». On this aspect, it has been argued that data donation, not only *post-mortem* but also during the lifetime, can be a model for health-focused citizen science, which transform the study of human health and behavior, if not only data gathered through Electronic Health Record (EHR) and in clinical settings, but also those generated by wearables, smartphones and the Internet of Things (IOT) are made available for research.<sup>48</sup>

Third reason that stands for the necessity of a regulation for PMDD involves sovereignty over personal data. The concept of sovereignty should not be intended as absolute and unlimited power, nor just in a negative sense. If it is true that sovereignty implies the power to exclude others, to limit the power of other subjects over personal data, this aspect does not exhaust the whole meaning. Indeed, sovereignty consists also of a positive and active component, which is expression of substantial self-determination. As brilliantly sustained by Hummel et al. «*sharing one's personal data can constitute meaningful advances and reinforcements of the social structures in which the individual seeks to realize positive aspects of her sovereignty*». <sup>49</sup> In the era of IoT and society datafication, the personality of human beings consists also of a digital identity and expresses itself also on a data level. To guarantee sovereignty especially over sensitive data and to allow people to enhance their data after their death, means in the end to promote self-determination in a solidarity view, consistently with what already happened with the possibility to decide what to do with our corpse, organs and tissues.

### 4.3. Three main challenges of PMDD

The first criticism highlighted against the possibility of PMDD is related to the fact that often health data cannot be considered just data of the patients but involve many other subjects, such as relatives and consequently it would be more correct to refer to these data with the expression “data about the

<sup>46</sup> E. SELTZER et al. *Patients' willingness to share digital health and non-health data for research: a cross-sectional study*, in *BMC Medical Informatics and Decision Making*, 2019.

<sup>47</sup> It is interesting to notice that 60% to 80% of participants declared that data gathered from wearables devices were more health-related than genetic data.

<sup>48</sup> M. BIETZ, K. PATRICK, C. BLOSS, *Data Donation as a Model for Citizen Science Health Research*, in *Citizen Science: Theory and Practice*, 2019.

<sup>49</sup> P. HUMMEL, M. BRAUN, P. DABROCK, *Data Donations as Exercises of Sovereignty*, in J. KRUTZINNA, L. FLORIDI (eds.), *The Ethics of Medical Data Donation*.





patient” and most importantly family members should be granted the right to oppose to the donation, if this could lead to any harm to their privacy or anyhow to their personal sphere. Indeed, some kind of data are not related just to the data subject but also to relatives; this is particularly true for genetic data for examples, which are also almost impossible to anonymize.<sup>50</sup> The point deserves for sure some investigation, but it should also be considered that the possibility to donate blood and tissues to biobanks already exists, and these biological materials contains genetic data. Therefore, if a privacy problem exists in relation to genetic data donation, the same issue should be relevant with regards to biobanks too. Moreover, safeguards for privacy of the donor and of the family will clearly be set out, at least through pseudonymization and confidentiality duties, which do not expire with the death of the patient.

This consideration gives also the chance to underline that, even if the traditional parallelism that is so far being proposed in most of the studies is between data donation and organs donation, actually, for at least two reasons, it seems more correct to compare data donation to corpse and tissue donation to science: first, data would be donated to research to foster scientific progress and not to an individual; secondly while organs donation is possible only under very strict conditions and circumstances, data donation could, at least theoretically, be possible for everyone and also the re-use of the same data is also desirable. However, the existing framework for organs, corpse and specimen donation could be a useful guideline.

The second main issue that need to be addressed is the legal mechanism to allow data donation, and in particular the alternative between an opt-in and an opt-out system. The topic is still very controversial and different positions have been sustained, but an opt-in system with the possibility to exclude the donation for specific research uses seems, in the opinion of the writer, to be the most adequate option for many reasons. First of all, as highlighted before, studies have shown a strong will and positive attitude of patients to voluntarily donate health data. Therefore, the first choice should fall on a system that allows to fully express this will, also according to the proportionality principle; only where an opt-in system proves to be ineffective, a more pressing and coercive system could be justified. Moreover, a choice imposed by the legislator without a sensitization process could have the opposite effect, i. e to generate mistrust and skepticism, which in the end could lead to a failure analogous to what happened with the English program care.data.<sup>51</sup> It would also be more coherent with the existing European legal framework on data protection to base the regulation on explicit consent, even though a broader one. As a matter of fact, a specific consent would not suit to the peculiarity of PMDD, considering that it can often be impossible to exactly predict for which research the data will be used. Nonetheless, the possibility to exclude some kind of uses could be advisable; for instance, some studies have shown reluctance towards research use of the donated data by commercial institutions.<sup>52</sup>

Third criticism is related to the need to guarantee inclusion. The first paragraphs of the paper are dedicated to algorithmic bias and it has been argued that the most of these biases are due to a lack of

---

<sup>50</sup> MD. SORANI, JK. YUE, S SHARMA, GT. MANLEY, AR. FERGUSON, *Genetic data sharing and privacy*, in *Neuroinformatics*, 2015.

<sup>51</sup> J. MESZAROS, C. HO, *Building trust and transparency? Challenges of the opt-out system and the secondary use of health data*, in *Medical Law International*, 2019.

<sup>52</sup> G. RICHTER, C. BORZIKOWSKY, W. LESCH, *et al. Secondary research use of personal medical data: attitudes from patient and population surveys in The Netherlands and Germany*, in *European Journal of Human Genetic*, 2021.





diversity in the training datasets and therefore allowing people to donate data related to health and gathered not only through EHR, but also thanks to IoT, wearable technologies and smartphone could help provide more representative, diverse and complete datasets. Consequently, the result cannot be reached if some social categories are excluded or limited in the access to new technologies. The so-called digital divide is a well-known problem that needs to be addressed not only to guarantee that elderly people, that are normally less confident with new tools, are not cut off from the benefit that a digital healthcare could bring, but also to overcome an economic digital divide, which results in the exclusion of those people who cannot financially afford the purchase of the newest technologies. If healthcare is becoming more and more digital and if the role of *mHealth* is getting increasingly central, then a reimbursement system for apps and wearables is necessary.<sup>53</sup>

## 5. The data altruism mechanism

An opt-in consent-based system has been adopted in the Data Governance Act (DGA) approved on the 16<sup>th</sup> of May 2022. As stated in the Recitals, the Regulation aims at promoting the availability of data and build a trustworthy environment to facilitate data use for research and innovation; the EU framework should have the objective of building trust among individuals and undertakings in relation to data access, control, sharing, use and re-use.

One of the mechanisms set up to facilitate subjects' control over their own data is so-called data altruism, for which the European legislation outlines just the basic features, leaving the technical and organizational implementation to member states.<sup>54</sup> The relevance of altruistic data sharing is emphasized not only in regard to the control and governance of data by data owners, but also in relation to the impact that the formation of large pools of available data can have on the development of data analytics and machine learning systems.

It is first necessary to clarify what is meant by data altruism. The regulations provide a definition of it in Art. 2 p.16, stating that it is the “voluntary sharing of data on the basis of the consent of data subjects to process personal data pertaining to them, or permissions of data holders to allow the use of their non-personal data without seeking or receiving a reward that goes beyond compensation related to the costs that they incur where they make their data available for objectives of general interest as provided for in national law, where applicable, such as healthcare, combating climate change, improving mobility, facilitating the development, production and dissemination of official statistics, improving the provision of public services, public policy making or scientific research purposes in the general interest”. As noted above, the regulation does not provide a detailed framework, nor does it contain specific provisions for health data, which are instead contained in the proposal for the European Health Data Space (EHDS).<sup>55</sup> Despite the definition given in the regulation there remains ample room for doubt

<sup>53</sup> An interesting example of legislation introducing the possibility of reimbursement for apps and devices is the German Digital-versorgung-gesetz (DVG).

<sup>54</sup> Recital 45.

<sup>55</sup> The European Health Data Space (EHDS) is the first proposal for a domain-specific common European data space, which falls within the framework of the European data strategy. According to the explanatory memorandum, the EHDS will address health-specific challenges to electronic health data access and sharing and establish a specific mechanism for data altruism in the health sector.





about the nature of data altruism and in fact even the European Data Protection Board (EDPB) and the European Data Protection Supervisor (EDPS) have pointed out that “*the concept of data altruism is still not clearly and sufficiently defined. In particular, it is unclear whether the consent envisaged in the Proposal corresponds to the notion of ‘consent’ under the GDPR, including the conditions for the lawfulness of such consent. In addition, it is unclear the added value of data altruism, taking into account the already existing legal framework for consent under the GDPR, which provides for specific conditions for the validity of consent*”.<sup>56</sup>

This new consent model operates through the establishment of data altruism organizations, as provided for in Chapter IV, which must, among other things, operate on a nonprofit basis and be legally independent of any entity operating for profit. It is the responsibility of the organization, pursuant to Article 21, to put in place the protections necessary to safeguard the rights of data subjects by informing them of the public interest objectives and, where appropriate, the determined, explicit and legitimate purpose for which the data are to be processed. It should therefore be noted that even in this mechanism, the possibility of general consent to data use seems to be excluded and in fact the organization cannot use the data for any other purpose other than those of general interest for which the data subjects or data owners consent to the processing (art. 21 par. 2).

Another problematic aspect to be investigated is the possibility of revoking consent; in fact, it is the responsibility of the organization to provide not only tools for obtaining data subjects’ consent or authorizations for data processing made available by data controllers, but also tools for the easy revocation of such consent or authorization. From a practical point of view, the revocation of consent, although in harmony with the provisions of the GDPR, poses several critical issues especially considering that the goal of the legislation is to allow broad reuse of data and for a potentially indefinite and unlimited number of researches.<sup>57</sup>

Finally, it is relevant to note that Article 25 of the aforementioned regulation introduces a common European model of consent for data altruism. Consistent with the exclusion of an omnibus consent, the form should follow a modular approach and allow customization for specific sectors and for different purposes. Moreover, where personal data are provided, the European data altruism consent form shall ensure that data subjects are able to give consent to and withdraw consent from a specific data processing operation in compliance with the requirements of the GDPR.

So, while data altruism has many points of contact with data donation, it differs from it primarily because it concerns the sharing of data of people who are still alive, allows for the revocation of consent, and ultimately stands simply as a new model of consent to the processing and reuse of personal data, moving away even through the choice of a different name from a proprietary view of data.

---

<sup>56</sup> EDPB-EDPS Joint Opinion 03/2021 on the Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on European data governance (Data Governance Act).

<sup>57</sup> As noted above, data sharing (both in the form of data donation and data altruism) has several points of contact with the donation of tissue and biological material to biobanks (see G.M. VERGALLO, *Campioni biologici da vivente capace e biobanche di ricerca: raccolta, utilizzo e circolazione*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2021); also with regard to withdrawal of consent and related issues, the legislation and doctrine that has developed since Directive 2004/23/ec could be a good starting point for the development of consistent and informed rules (see A. BERNES, *Dati e ricerca genetica. Dalla tutela individuale alla gestione procedurale*, in *BioLaw Journal*, 2022).





Conflicting positions have been formed on the data altruism system, especially in the biomedical research field:<sup>58</sup> on one hand it gives voice to some instances that also underlie the regulation of data donation, promoting the altruistic participation of individuals in technological and scientific research progress and enhancing the individual's sovereignty over his or her sphere of data; on the other side the success of this mechanism is by no means certain and places heavy implementation burdens on member states, including the establishment of authorities responsible for maintaining registries of data altruism organizations and charged with overseeing such organizations. The adoption of minimal and non-detailed legislation, thus leaving wide room for member states, could lead to extremely uneven and fragmented implementation.

Moreover, the essential rules dictated by the DGA do not specifically address the sharing of health-related data, which would require ad hoc legislation because of their relevance and particularly sensitive nature. A more specific regulation could be introduced only if and when the proposal for the European Health Data Space is adopted. However, even in this case it will be necessary to harmonize the two regulations; in fact, Article 40 of the Proposal for the EHDS defines and provides for the data altruism in the context of health but as pointed out by the EDPB EDPS in a joint opinion "*the provision is unclear, particularly with regards to the interplay with the respective provision introduced by the DGA.*"<sup>59</sup>

Finally, it is also necessary to consider that a decisive role will be played by individuals' trust in the data altruism system, as it is precisely widespread distrust and skepticism that have led to the failure of some similar projects such as care data mentioned earlier.

## 6. Conclusions

If the existence of biases in the medical activity is nothing new, the advent of AI and use of ML algorithms amplify this issue that need to be address with no further delay. Biases in human activities are for sure detrimental, but algorithmic biases amplify them and can lead to systematic discrimination of certain categories on a massive scale. Since one of the main bias causes is the lack of diversity and completeness in training datasets, one of the instruments that could be considered for solving the problem is data donation. The goal is to develop representative and comprehensive training datasets, with the inclusion of data from those categories of patients that are traditionally underrepresented. Through data donation it would be possible to enhance the medical data of individuals not only collected through clinical examinations, but also real-world data collected through apps and wearable devices. Obviously, this would imply the need for regulation and administrative implementation to maximize the usefulness of donated data on the one hand while still protecting the privacy of the donor and family members.

The donation of medical data is, indeed, not free of challenges because of the sensitive interests at stake, but its regulation could be a way to guarantee self-determination in a solidaristic perspective while contributing to the scientific progress. It would, in fact, fulfill an altruistic motivation that many

<sup>58</sup> M. SHABANI, *The Data Governance Act and the EU's move towards facilitating data sharing*, in *Molecular Systems Biology*, 17, 2021.

<sup>59</sup> EDPB-EDPS Joint Opinion 03/2022 on the Proposal for a Regulation on the European Health Data Space.





studies have highlighted, increase citizen participation in scientific progress as well as strengthen individuals' sovereignty over their own personal data sphere. Alongside the many positive aspects, clearly, there are issues related to privacy, not only of the donor but also of family members, and thus to the trust that such a mechanism should inspire in order to be successful. In addition, the aspect of inclusivity cannot be overlooked: since the goal is also to eliminate bias arising from incomplete datasets, it will be necessary to work to ensure equity in access to digital tools among all patient groups.

The European legislature in adopting the European Data Strategy seems to be aware of the importance of valuing the possibility of sharing one's data for altruistic purposes, and although it did not introduce a tool for posthumous data donation, it did establish a mechanism for data altruism. This mechanism helps to enhance the control and sovereignty of individuals over their own data and make large and representative datasets available; however, many doubts have been raised about the usefulness of an instrument that appears to be merely a specification of an existing form of consent and whose characteristics in any case are unclear. Also since much of the implementation is left to the member states, it could be extremely fragmented, but today it is still too early to assess the effectiveness of such a legislative intervention, which in any case would not prevent the Union from also making *post-mortem* data donation possible, ensuring that citizens have one more chance to contribute with their health data to the creation of better and more inclusive healthcare.







## Lo status giuridico del minore: la necessità di una ricostruzione unitaria all'interno dell'Unione

Matteo Caldironi\*

THE LEGAL STATUS OF THE CHILD: THE NEED FOR A UNIFIED RECONSTRUCTION WITHIN THE UNION

ABSTRACT: The paper analyzes some of the issues related to surrogacy procedures carried out abroad, with reference to the recognition of foreign orders recognizing the parentage of the intended parent where surrogacy is prohibited. It will be seen how the obligation to recognize the *status filiationis* of the foreign-acquired child with respect to both the biological parent and the intended parent is also derived from EU law, to the extent that such disallowance results in the loss of *status* and restricts his or her freedom of movement and the expression of family ties within the territory of the EU. Lastly, the paper deals with the European Commission's proposal December 7, 2022, for a Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood.

KEYWORDS: Surrogacy; intentional parenthood; public order limits; best interests of the child; freedom of movement

ABSTRACT: Il contributo analizza alcune delle problematiche relative alle procedure di surrogazione di maternità compiute all'estero, con particolare riferimento alla trascrivibilità dei provvedimenti stranieri che riconoscono la genitorialità del genitore d'intenzione laddove la surrogazione sia vietata. Si vedrà come derivi anche dal diritto dell'UE l'obbligo di riconoscere lo *status filiationis* del nato acquisito all'estero rispetto sia al genitore biologico sia al genitore d'intenzione, nella misura in cui tale disconoscimento comporti la perdita dello *status* e limiti la sua libertà di circolazione e di esplicazione dei suoi legami familiari nel territorio dell'UE. In ultimo, si esamina la recente proposta di Regolamento 7 dicembre 2022 della Commissione europea sul riconoscimento degli atti in materia di genitorialità e sulla creazione di un Certificato Europeo di Genitorialità.

PAROLE CHIAVE: Maternità surrogata; genitorialità intenzionale; ordine pubblico; miglior interesse del minore; libertà di circolazione

---

\* *Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale all'interno del progetto finanziato dalla Commissione europea (Justice Programme 2021-2027) "JUST-PARENT. Legal Protection for Social Parenthood", Università di Modena e Reggio Emilia. Mail: [matteo.caldironi@unimore.it](mailto:matteo.caldironi@unimore.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*



SOMMARIO: 1. Lo *status* del nato da surrogazione di maternità all'estero – 2. Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione, ordinanza 21 gennaio 2022, n. 1842 – 3. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 14 dicembre 2021 (causa C-490/2020) – 4. Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, sentenza 30 dicembre 2022, n. 38162 – 5. Nuove prospettive *de iure condendo*: la proposta di Regolamento 7 dicembre 2022 della Commissione europea.

## 1. Lo *status* del nato da surrogazione di maternità all'estero

**D**i fronte alla nascita delle tecniche di PMA si sono registrati sin da subito approcci particolarmente differenziati tra gli Stati, anche solo se si limita il campo di indagine ai confini dell'UE<sup>1</sup>. Si pensi, a titolo di esempio, al procedimento di surrogazione di maternità<sup>2</sup>, dove l'assenza di omogeneità tra gli ordinamenti ha spinto coppie (ma anche singoli) a recarsi fuori dal proprio paese poter realizzare il proprio "sogno di genitorialità", dando così luogo al c.d. turismo procreativo<sup>3</sup>. Una delle conseguenze più problematiche di questo tipo di pratica ha riguardato la trascrivibilità dei provvedimenti stranieri che riconoscono la genitorialità di diritto del genitore d'intenzione laddove la surrogazione sia vietata. Problema, questo, che inciderebbe direttamente sulla sfera giuridica del minore, dal momento in cui in determinati ordinamenti egli sarebbe garantito nei rapporti con entrambi

<sup>1</sup> Sul punto v. almeno S. STEFANELLI, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata*, Milano, 2021, 138-139 e M.C. BARUFFI, *Maternità surrogata e interesse del minore*, in A. CAGNAZZO, F. PREITE (a cura di), *Il riconoscimento degli status familiari acquisiti all'estero*, Milano, 2017, 239 nt. 1.

<sup>2</sup> Nonostante sia rappresentata in letteratura anche l'opinione di chi ritiene che la pratica di surrogazione di maternità non rientri tra le procedure di procreazione medicalmente assistita (v. ad es. I. PARISI, *La procreazione medicalmente assistita e la surrogazione di maternità*, in *Rivista AIAF*, 2, 2022, 159-168, spec. par. 4), ai nostri fini sembra utile aderire ad una qualificazione più ampia di PMA, che ricomprenda appunto anche la surrogazione di maternità. Il motivo principale è di carattere squisitamente normativo, in quanto è proprio la legge 19 febbraio 2004, n. 40, denominata, per l'appunto, "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita" che si occupa – vietandola – anche della surrogazione di maternità.

<sup>3</sup> Il c.d. turismo procreativo ha come destinazioni tipo per lo più paesi fuori dall'Unione europea. Questo in quanto le tecniche di surrogazione di maternità sono nella maggior parte degli ordinamenti vietate o fortemente limitate. Non è un caso che anche le istituzioni europee mostrino uno sfavore verso la gestazione per altri. Infatti, il Parlamento Europeo con la Risoluzione del 16 marzo 1989 ha affermato che «ogni forma di maternità su commissione sia in generale da respingere» (89/C 96/04) e con la Risoluzione del 13 dicembre 2016 ha espressamente condannato «qualsiasi forma di maternità surrogata a fini commerciali» (Risoluzione sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea nel 2015 (2016/2009 INI) (paragrafo 82)).

La convenzione di Oviedo sui diritti umani e sulla biomedicina approvata nel 1997, poi, pur non intervenendo sulla procreazione assistita viene ad incidere su tali rapporti in virtù dell'art. 21 che stabilisce il divieto di trarre profitto economico dal corpo umano e dalle sue parti. In ultimo, anche la Carta dei Diritti fondamentali dell'UE all'art. 3 pone il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro. Sul punto v. almeno I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, in P. ZATTI, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, G. FERRANDO, S. CANESTRARI (a cura di), *Trattato di Biodiritto, Il governo del corpo*, Tomo II, Milano, 1483-1484; M.C. BARUFFI, *Maternità surrogata ed interessi del minore*, in A. CAGNAZZO, F. PREITE (a cura di), *Il riconoscimento degli status familiari acquisiti all'estero*, Milano, 2017, 269; L. CARPANETO, *Procreazione assistita e nuovi rapporti parentali*, in *ivi*, 280; C. CHINI, *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2016, 180-182.



i genitori, mentre in altri non avrebbe un pieno riconoscimento del rapporto con il genitore intenzionale per l'esistenza di limiti impeditivi alla trascrizione<sup>4</sup>.

Sembra però che sia lo stesso diritto dell'UE a imporre l'obbligo di riconoscere lo *status filiationis* acquisito all'estero, nella misura in cui il mancato riconoscimento comporti la perdita dello *status* e limiti la sua libertà di circolazione e di esplicazione dei suoi legami familiari nel territorio dell'UE.

Di recente, infatti, la CGUE ha riconosciuto l'interesse del minore alla tutela dei suoi diritti all'identità personale e alla vita privata e familiare, della conservazione degli *status* personali e della libertà di circolazione e soggiorno (causa C-490/2020), affermando che l'atto di nascita rilasciato dallo Stato membro ospitante, in cui siano riconosciuti come genitori due persone dello stesso sesso, deve essere riconosciuto dallo Stato Membro di cui tale soggetto sia cittadino, consentendogli di esercitare, con ciascuno di essi, il proprio diritto di circolare e di soggiornare liberamente.

Non pare un caso, quindi, che con l'ordinanza interlocutoria 21 gennaio 2022, n. 1842, la Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione si sia interrogata sulla necessità di una nuova pronuncia delle Sezioni Unite a seguito delle sentenze della Corte costituzionale nn. 32 e 33 del 2021<sup>5</sup>, e della sentenza della CGUE da ultimo citata, essendo venuto meno il punto di equilibrio tra la tutela del minore e i limiti di

<sup>4</sup> Su tale problematica si veda anche la recente pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. III, 22 novembre 2022, ricorso n. 58817/15-58252/15 - D.B. e altri c. Svizzera (con nota di S.P. PERRINO, *Il mancato riconoscimento del rapporto tra genitore "sociale" e nato da maternità surrogata*, in *Giur. it.*, 1, 2023, 27-29), nella quale ha riconosciuto una violazione dell'art. 8 Cedu dalla richiesta di riconoscimento dello *status filiationis* fino alla data in cui è stata pronunciata l'adozione, a seguito della riforma del Codice civile svizzero che consentiva l'adozione del minore figlio del partner dell'unione registrata. Ma anche Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, sentenza 6 dicembre 2022, ricorso n. 25212/21 - K.K. e altri c. Danimarca, nella quale ha ritenuto che le autorità danesi non abbiano adeguatamente bilanciato il diritto dei minori a vedere riconosciuto il loro legame con la madre intenzionale e gli interessi della società a limitare il fenomeno della maternità surrogata commerciale.

<sup>5</sup> Con note 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 *Consulta Online*, 1, 2021, 221-222; 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, 232-237; 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, 112-120; A. MATTEONI, *Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle "decisioni di incostituzionalità prospettata": verso un giudizio costituzionale di ottemperanza?*, in *Consulta Online*, 2, 2021, 348-378; C. MASCIOTTA, *La vexata quaestio della maternità surrogata torna dinanzi ai giudici costituzionali*, in *Federalismi.it*, 22, 2021, 170-197; E. FRONTONI, *L'adozione in «casi particolari» non è più sufficiente per tutelare l'interesse dei minori nati attraverso la maternità surrogata*, in *Nomos*, 2, 2021, 1-11; A. D'ALOIA, *Essere genitori. Tra limiti legislativi e interessi (fondamentali) del minore*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, 73-91; A. CORDIANO, *Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto)*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, 13-26; G. BARCELLONA, *Sorvegliare gli adulti punendo i bambini*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, 59-71; M. CALDIRONI, *La genitorialità intenzionale e l'interesse del minore: un vuoto di tutele intollerabile*, in *Consulta Online*, 3, 2021, 1047-1065.

ordine pubblico<sup>6</sup> nel riconoscimento dei rapporti di filiazione con il c.d. genitore di intenzione con particolare riguardo alla c.d. surrogazione di maternità<sup>7</sup>.

## 2. Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione, ordinanza 21 gennaio 2022, n. 1842

La Corte di Cassazione concentra la prima parte delle sue riflessioni sugli istituti della delibazione delle sentenze straniere e della trascrizione degli atti di stato civile. Infatti, come già evidenziato anche dalla Corte costituzionale<sup>8</sup>, le procedure di riconoscimento dei rapporti genitoriali con il genitore d'intenzione previste (*i.e.*, l'adozione in casi particolari<sup>9</sup>) sono sostanzialmente inadeguate. La Prima Sezione sottolinea che con la delibazione e la trascrizione si recepisca soltanto l'atto di assunzione della responsabilità genitoriale del genitore intenzionale e, ovviamente, non sia recepito l'accordo di maternità surrogata<sup>10</sup>. In tal modo, non si mette in discussione l'illiceità della pratica della gestazione per altri, ma si tratta, piuttosto, di riconoscere al minore la continuità del suo *status* già riconosciuto da un altro ordinamento.

L'aspetto più problematico risiederebbe, però, nella tendenziale automaticità che avrebbero acquisito tali strumenti per l'accresciuta mutualità del riconoscimento tra gli Stati<sup>11</sup>. Al contrario, proprio la natura degli interessi in gioco richiederebbe soluzioni ritagliate su ciascun singolo caso. Più nello speci-

<sup>6</sup> Sul tema v. almeno F. ANGELINI, *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso giurisprudenziale irragionevolmente interrotto*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, 31 ss.; C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, *ivi*, 119 ss.; J. LONG, *Di madre non ce n'è una sola, ma si utero sì. Alcune riflessioni sul ruolo dell'ordine pubblico internazionale nelle fattispecie di surrogazione di maternità*, *ivi*, 145 ss.; A. SASSI, S. STEFANELLI, *Ordine pubblico differenziato e diritto allo stato di figlio nella g.p.a.*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 21 settembre 2018, 1 ss.; V. BARBA, *Note minime sull'ordine pubblico internazionale*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 15 luglio 2018, 1 ss.; F. ANGELINI, *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale? Le S.U. della Corte di cassazione fanno punto sull'ordine pubblico internazionale e sul divieto di surrogazione di maternità*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, 186-211; U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 4, 2019, 737-756; M. TRESARO, *L'ordine pubblico internazionale nella giurisprudenza italiana in tema di risarcimento punitivo e di maternità surrogata*, in *Nuovo diritto civile*, 1, 2020, 23-55; M. TRESARO, *Riflessioni civilistiche in tema di ordine pubblico internazionale, maternità surrogata e arte della costanza*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, 41-58; M. MANETTI, *L'ordine pubblico internazionale e la Costituzione. Prime note*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, 93-101; R. TRESARO, *Maternità surrogata o best interest of the child?*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 22, 2020, 278-308.

<sup>7</sup> Cassazione a Sezioni Unite, sentenza 8 maggio 2019, n. 12193.

<sup>8</sup> Corte cost., sent. 9 marzo 2021, n. 33, § 5.8.

<sup>9</sup> Sull'istituto dell'adozione in casi particolari v. almeno G. IORIO, *Le adozioni in Italia fra diritto vivente e prospettive di riforma*, in *Famiglia*, 45, 2022, spec. 498-511.

<sup>10</sup> Cass. Sez. I, ord. n. 1842/2022.

<sup>11</sup> *Ibidem*.



fico, la verifica sulla compatibilità con il limite di ordine pubblico dovrebbe essere compiuta “in concreto”<sup>12</sup>, seppur secondo i criteri (generali) di proporzionalità e ragionevolezza<sup>13</sup>. Il bilanciamento non sarebbe definibile a priori, in astratto, ma dovrebbe tener conto di tutti i valori in potenziale conflitto, avendo però particolare riguardo per gli interessi del minore<sup>14</sup>.

Il più importante dei valori tutelati dal divieto penale di surrogazione di maternità<sup>15</sup> individuato dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità è essenzialmente la dignità della gestante<sup>16</sup>. Secondo la Cassazione è legittimo presumere che la dignità della gestante sia lesa, a meno che la sua scelta di intraprendere una gravidanza per altri sia stata libera, consapevole, revocabile fino alla nascita del bambino e indipendente da controprestazioni economiche.

Nel caso di mancanza di tali condizioni nel paese di origine, e quindi a causa della concreta lesione della dignità della donna, è legittimo che il nostro ordinamento impedisca la delibazione e la trascrizione per la garanzia di valori fondamentali<sup>17</sup>.

A *contrario*, qualora tutte queste garanzie fossero presenti sembrerebbe illegittimo un automatico diniego del riconoscimento del provvedimento straniero, in quanto non vi sarebbe alcuna lesione della dignità della gestante (già garantita dalla normativa del paese d'origine).

Un'aprioristica definizione di prevalenza di un interesse sull'altro, impeditiva di qualsiasi possibilità di riconoscimento, «finirebbe per strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata»<sup>18</sup>.

<sup>12</sup> R. BIN, *Tecniche procreative, ordine pubblico, interesse del minore*, in *BioLaw Journal Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, 146-147.

<sup>13</sup> Critico S. BUZI, *La gestazione per altri nell'ordinanza della Prima Sezione: tra riconoscimento degli effetti e profili di legittimità*, in *Famiglia*, 14 maggio 2022.

<sup>14</sup> R. BIN, *Tecniche procreative, ordine pubblico, interesse del minore*, cit., 146-147.

Sul *best interest* del minore si veda anche la Convenzione sui diritti del fanciullo (la c.d. Convenzione di New York, del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176), che all'art. 3, par. 1, recita: «In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente». Sullo specifico profilo del riconoscimento del suo stato di figlio si rimanda a M. SALVADORI, B. AMEDEO, *Diritti fondamentali e riconoscimento di status filii*, in A. CAGNAZZO, F. PREITE (a cura di), *Il riconoscimento degli status familiari acquisiti all'estero*, cit., 24-28.

Dello stesso tenore la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che all'art. 24, par. 2, stabilisce che: «in tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente» (sul punto M. SALVADORI, B. AMEDEO, *op.cit.*, 39-43; L. CAPPANETO, *op. cit.*, 283).

<sup>15</sup> Sul punto v. almeno A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi e prassi*, Torino, 2012, spec. 139-156.

<sup>16</sup> Seguito dalla preservazione dell'istituto dell'adozione.

<sup>17</sup> Sul punto, per un'analisi più approfondita, si consenta di rimandare a M. CALDIRONI, *Surrogazione di maternità e ordine pubblico: verso un cambio di rotta?*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2022, 317-327.

<sup>18</sup> Cass. Sez. I, ord. n. 1842/2022. Su questo profilo, ed in particolare sul parallelismo con il caso dei “figli incestuosi”, v. R. BIN, *L'interpretazione della Costituzione in conformità delle leggi. Il caso della famiglia*, in C. CAMARDI (a cura di), *Divorzio e famiglie. Mezzo secolo di storia del diritto italiano*, Padova, 2022, 120: «Come si concilia allora il sacrificio di diritti fondamentali, chiaramente riconosciuti ai minori dalla stessa Corte, in nome dello «scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore»? Il rischio è chiaro alla Corte (“ogni soluzione che non dovesse offrire al bambino alcuna chance di un tale riconoscimento... finirebbe per strumentalizzare la persona del minore in nome





Ma vi è di più: la Corte di Cassazione si chiede se «derivi anche dal diritto dell'Unione Europea un limite alla possibilità di non riconoscere lo *status filiationis* acquisito all'estero da un minore cittadino italiano nato dalla gestazione per altri legalmente praticata nello Stato di nascita nella misura i cui tale disconoscimento comporti la perdita dello *status* e limiti la sua libertà di circolazione e di esplicazione dei suoi legami familiari nel territorio dell'Unione»<sup>19</sup>. Anche nella prospettiva del diritto dell'Unione Europea l'interesse del minore alla tutela dei suoi diritti inviolabili all'identità personale e alla vita privata e familiare assume importanza maggiore con riferimento allo specifico rilievo nel diritto euro-unitario<sup>20</sup> della conservazione degli *status* personali e della libertà di circolazione e soggiorno e della stretta correlazione di tali principi con l'esplicazione della vita familiare come è stato di recente affermato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea<sup>21</sup>.

### 3. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 14 dicembre 2021 (causa C-490/2020)

Nella sua sentenza, pronunciata in Grande Sezione, la Corte ha infatti interpretato l'art. 4 § 2 del TUE, artt. 20 e 21 del TFUE, artt. 7, 24 e 25 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, nel senso che, nel caso di un minore, cittadino dell'Unione, il cui atto di nascita rilasciato dalle autorità competenti dello Stato membro ospitante designi come suoi genitori due persone dello stesso sesso, lo Stato membro di cui tale minore è cittadino è tenuto, da un lato, a rilasciargli una carta d'identità o un passaporto, senza esigere la previa emissione di un atto di nascita da parte delle sue autorità nazionali e, dall'altro, a riconoscere, come ogni altro Stato membro, il documento promanante dallo Stato membro ospitante che consente a detto minore di esercitare, con ciascuna di tali due persone, il proprio diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri (al di là quindi dell'esplicito riconoscimento del rapporto genitoriale con entrambi i genitori)<sup>22</sup>.

---

della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata”); non può non venire in mente (e in effetti la Corte la richiama) la sentenza sui figli incestuosi, ricordata in precedenza: davvero la maternità surrogata, che in diversi ordinamenti è lecita, costituisce un “disvalore” sociale più grave dell'incesto, che credo sia ovunque vietato?».

<sup>19</sup> Cass. Sez. I, ord. n. 1842/2022.

<sup>20</sup> Art. 4 § 2 del TUE, artt. 20 e 21 del TFUE, artt. 7, 24 e 25 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

<sup>21</sup> VMA c./Stolichna obshtina, rayon Pancharevo (sentenza 14 dicembre 2021 causa C-490/2020).

<sup>22</sup> La vicenda riguardava: V.M.A., cittadina bulgara, e K.D.K. risiedono dal 2015 in Spagna e si sono sposate nel 2018. La loro figlia, S.D.K.A., è nata nel 2019 in Spagna. L'atto di nascita di detta figlia, rilasciato dalle autorità spagnole, menziona le due madri come genitori della medesima. V.M.A. ha chiesto al comune di Sofia di rilasciarle un atto di nascita per S.D.K.A., dal momento che tale atto rilasciato dalle autorità bulgare era necessario per ottenere un documento d'identità bulgaro. A sostegno della sua domanda, V.M.A. ha presentato una traduzione in lingua bulgara, legalizzata ed autenticata, dell'estratto del registro dello stato civile spagnolo relativo all'atto di nascita di S.D.K.A. Il Comune di Sofia ha invitato V.M.A. a fornire prove relative alla filiazione di S.D.K.A., in relazione all'identità della madre biologica. Infatti, il modello di atto di nascita vigente in Bulgaria prevede una sola casella per la «madre», e un'altra per il «padre», e solo un nome può apparire in ciascuna di tali caselle. Poiché V.M.A. riteneva di non essere obbligata a fornire l'informazione richiesta, il Comune di Sofia ha rifiutato di rilasciare l'atto di nascita alla luce della mancanza di informazioni riguardanti l'identità della madre biologica del minore interessato e in considerazione del fatto che la menzione in un atto di nascita di due genitori di sesso femminile era contraria all'ordine pubblico bulgaro, che non autorizza il matrimonio tra due persone dello stesso sesso. V.M.A. ha proposto ricorso avverso tale decisione di rigetto dinanzi all'Administrativen sad Sofia-grad (Tribunale amministrativo di Sofia, Bulgaria), il giudice del rinvio. Quest'ultimo si chiede se il rifiuto, da parte delle







Per giungere a tale conclusione, la Corte ricorda innanzitutto che, per permettere ai cittadini degli Stati membri di esercitare il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, riconosciuto ad ogni cittadino dell'Unione dall'articolo 21, paragrafo 1, TFUE, la direttiva 2004/38 impone agli Stati membri, conformemente alla loro legislazione, di rilasciare ai loro cittadini una carta d'identità o un passaporto che indichi la loro cittadinanza.

Pertanto, poiché nel caso di specie il minore ha la cittadinanza bulgara, le autorità bulgare sono obbligate a rilasciarle una carta d'identità o un passaporto bulgaro, che indichi il suo cognome come risulta dall'atto di nascita emesso dalle autorità spagnole (dove era avvenuta la pma), indipendentemente dall'emissione di un nuovo atto di nascita.

Tale documento, da solo o in combinazione con un documento rilasciato dallo Stato membro ospitante, deve permettere al minore di esercitare il proprio diritto alla libera circolazione, con ciascun genitore (nel caso di specie, con ciascuna delle sue due madri), il cui *status* di genitore sia stato accertato dallo Stato membro ospitante nel corso di un soggiorno conforme alla direttiva 2004/38. Infatti, i diritti riconosciuti ai cittadini degli Stati membri all'articolo 21, paragrafo 1, TFUE includono il diritto di condurre una normale vita familiare sia nello Stato membro ospitante sia nello Stato membro del quale essi possiedono la cittadinanza, al ritorno in tale Stato membro, ivi beneficiando della presenza, al loro fianco, dei loro familiari. Dal momento che le autorità spagnole hanno accertato legalmente l'esistenza di un rapporto di filiazione, biologica o giuridica, tra il minore e i suoi due genitori, attestato nell'atto di nascita rilasciato per il minore, entrambi, in quanto genitori di un cittadino dell'Unione minore di cui hanno la custodia effettiva, devono quindi vedersi riconosciuto da tutti gli Stati membri, in applicazione dell'articolo 21 TFUE e della direttiva 2004/38, il diritto di accompagnare quest'ultimo nell'esercizio dei suoi diritti.

Ne risulta che gli Stati membri sono tenuti a riconoscere tale rapporto di filiazione al fine di consentire al minore di esercitare, insieme a ciascuno dei suoi due genitori, il proprio diritto alla libera circolazione<sup>23</sup>.

---

autorità bulgare, di registrare la nascita di un cittadino bulgaro, avvenuta in un altro Stato membro e attestata da un atto di nascita che designa due madri, rilasciato in quest'ultimo Stato membro, violi i diritti conferiti a detto cittadino dagli articoli 20 e 21 TFUE, nonché dagli articoli 7, 24 e 45 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Infatti, tale rifiuto potrebbe rendere più difficile il rilascio di un documento d'identità bulgaro e, di conseguenza, ostacolare l'esercizio da parte del minore del diritto alla libera circolazione e quindi il pieno godimento dei suoi diritti di cittadino dell'Unione. Pertanto, tale giudice ha deciso di interrogare la Corte in merito all'interpretazione dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE, degli articoli 20 e 21 TFUE, nonché dagli articoli 7, 24 e 45 della Carta. Lo stesso chiede, in sostanza, se tali disposizioni obblighino uno Stato membro a rilasciare un atto di nascita, al fine di ottenere un documento d'identità, per un minore, cittadino di tale Stato membro, la cui nascita in un altro Stato membro è attestata da un atto di nascita redatto dalle autorità di tale altro Stato membro, conformemente al diritto nazionale del medesimo, e che designa, quali madri di tale minore, una cittadina del primo di tali Stati membri e sua moglie, senza precisare quale delle due donne abbia dato alla luce la bambina.

<sup>23</sup> Una misura nazionale idonea ad ostacolare l'esercizio della libera circolazione delle persone potrebbe essere giustificata solo se fosse conforme ai diritti fondamentali sanciti dalla Carta.



#### 4. Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, sentenza 30 dicembre 2022, n. 38162

Quello che emerge è che lo *status* giuridico del minore debba avere necessariamente un riconoscimento minimo in tutti gli Stati membri che perlomeno gli consenta di esercitare quei diritti garantiti dal diritto dell'Unione: se si parla della sua libertà di circolazione e soggiorno, il minore deve veder riconosciuto il suo rapporto genitoriale con coloro i quali sono stati già riconosciuti come genitori da un altro Stato Membro, indipendentemente dall'esistenza di limiti di ordine pubblico esistenti in ciascun singolo Stato. Infatti, la Corte ha dichiarato in più occasioni<sup>24</sup> che la nozione di "ordine pubblico", in quanto giustificazione di una deroga a una libertà fondamentale, dev'essere intesa in senso restrittivo, e quindi che la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni dell'Unione. Come sottolineato anche dall'avvocato generale Kokott<sup>25</sup>, ciò non viola l'identità nazionale né minaccia l'ordine pubblico di tale Stato membro, in quanto tale obbligo (di riconoscimento) non impone allo Stato membro di cui il minore interessato ha la cittadinanza di prevedere nel suo diritto interno la genitorialità di persone dello stesso sesso o di riconoscere, *a fini diversi dall'esercizio dei diritti che a tale minore derivano dal diritto dell'Unione*, il rapporto di filiazione tra tale minore e le persone indicate come genitori di quest'ultimo nell'atto di nascita emesso dalle autorità dello Stato membro ospitante. Sembra così che i rapporti derivanti da progetti genitoriali basati non (soltanto) su legami biologici o genetici siano da considerarsi esistenti e "validi", anche se ai soli fini del diritto UE.

Tuttavia, sebbene si possa guardare con favore a questo ampliamento di tutele, ciò non sembra sufficiente per affermare che, ad oggi, sia effettivamente garantita una tutela piena ed effettiva (quindi omogenea) per i minori in tutto il territorio dell'UE. Rimangono infatti numerosi gli ambiti fuori dal campo di diretta applicazione del diritto dell'Unione, nei quali il fenomeno del *downgrading* è ancora presente. Questo vale in particolare per tutto il diritto di famiglia, da sempre considerato di competenza esclusiva dei singoli Stati.

Quanto appena affermato non è smentito nemmeno dalla recentissima pronuncia con la quale la Cassazione<sup>26</sup> ha risposto agli interrogativi sollevati nell'ordinanza interlocutoria n. 1842/2021 della Prima Sezione. Nella camera di consiglio dell'8 novembre 2022, infatti, le Sezioni Unite hanno ribadito che non è possibile riconoscere il minore nato tramite procedimenti di surrogazione di maternità all'estero con nessun altro strumento che non sia l'adozione in casi particolari. A legislazione invariata non è ammissibile un intervento in via giurisprudenziale manipolativo che riveda i limiti dell'ordine pubblico internazionale, viceversa, è solo il legislatore che può agire «quale interprete della coscienza sociale» e «tradurla in atti normativi»<sup>27</sup>. Secondo la Cassazione, infatti, la disciplina italiana,

«nel disapprovare ogni forma di maternità surrogata, ha inteso tutelare la dignità della persona umana nella sua dimensione oggettiva, nella considerazione che nulla cambia per la madre e per il bambino se la surrogazione avviene a titolo oneroso o gratuito. Indipendentemente dal titolo, oneroso o gratuito, e dalla situazione economica in cui versa la madre gestante (eventuale stato di bisogno), la riduzione del corpo

<sup>24</sup> Sentenza del 5 giugno 2018, Coman e a., C-673/16, EU:C:2018:385, punto 44.

<sup>25</sup> Paragrafi 150 e 151 delle sue conclusioni.

<sup>26</sup> Cass., Sezioni Unite Civili, sent. 30 dicembre 2022, n. 38162.

<sup>27</sup> *Ivi*, § 6.

della donna ad incubatrice meccanica, a contenitore di una vita destinata ad altri, ne offende la dignità, anche in assenza di una condizione di bisogno della stessa e a prescindere dal concreto accertamento dell'autonoma e incondizionata formazione del suo processo decisionale»<sup>28</sup>.

La Corte ha però superato in via interpretativa una delle criticità che caratterizzavano l'istituto in questione: il necessario assenso del genitore biologico all'adozione. Ha così statuito che «il dissenso alla costituzione del legame di filiazione adottiva da parte del genitore biologico esercente la responsabilità genitoriale non può essere espressione di un volere *meramente potestativo*, ma va collocato in una *dimensione funzionale*»<sup>29</sup>. Pertanto, «il genitore biologico potrebbe negare l'assenso all'adozione del partner [*n.d.a.*: il genitore intenzionale] *solo* nell'ipotesi in cui quest'ultimo non abbia intrattenuto alcun rapporto di affetto e di cura nei confronti del nato, oppure abbia partecipato solo al progetto di procreazione ma abbia poi abbandonato il partner e il minore»<sup>30</sup>.

Nondimeno, la Corte stessa riconosce come rimanga irrisolto il problema relativo al potere di iniziativa ai fini della costituzione dello *status* che non compete al minore, il quale non può quindi richiedere l'adozione.

In tal modo il nato non avrebbe alcun diritto alla costituzione di un rapporto con il genitore d'intenzione privo di legame genetico qualora quest'ultimo «cambi idea e non voglia più instaurare alcun rapporto giuridico con il nato»<sup>31</sup>. Rimarrebbe così privo di strumenti di garanzia adeguati ai fini che rilevano per la sua vita, tra cui la cura della sua salute, la sua educazione scolastica, la tutela dei suoi interessi patrimoniali e ai suoi diritti ereditari nei confronti di questa persona. È allora evidente, anche solo da questi esempi, come il già citato fenomeno del *downgrading* di tutele sia tutt'altro che superato.

## 5. Nuove prospettive *de iure condendo*: la proposta di Regolamento 7 dicembre 2022 della Commissione europea

I migliori strumenti per garantire lo *status* giuridico dei nati attraverso pma potrebbero essere, allora, quelli classici del diritto internazionale e cioè la negoziazione a livello multilaterale di convenzioni che avvicinino la legislazione degli Stati su questa materia<sup>32</sup>.

Tuttavia, almeno a livello dell'Unione europea sarebbe auspicabile una soluzione condivisa che consentisse il godimento pieno dei diritti fondamentali (e non solo della libertà di circolazione e soggiorno) a tutti i cittadini dell'Unione, compresi i minori nati tramite pma. Quantomeno a livello teorico, si era ipotizzato di poter utilizzare a questi fini (seppur con gli inevitabili adeguamenti del caso)<sup>33</sup> uno strumento giuridico già esistente: il "*Regolamento (UE) 2016/1191 che promuove la libera circolazione dei*

<sup>28</sup> *Ivi*, § 18.

<sup>29</sup> *Ivi*, § 11 (corsivi miei).

<sup>30</sup> *Ibidem* (corsivi miei).

<sup>31</sup> *Ivi*, § 12.

<sup>32</sup> Così anche Cass. Sez. I, ord. n. 1842/2022.

<sup>33</sup> Infatti, ad oggi il Regolamento include nel suo ambito di applicazione i documenti pubblici sulla nascita, sulla filiazione e sull'adozione, ma riguarda l'autenticità e la lingua di tali documenti, non già il riconoscimento del loro contenuto o dei loro effetti in un altro Stato membro.



*cittadini semplificando i requisiti per la presentazione di alcuni documenti pubblici nell'Unione europea*<sup>34</sup>. Attraverso il regolamento si immaginava la creazione di un quadro comune europeo di stato civile, per garantire uno *status* giuridico unitario per tutti i cittadini con eguali garanzie rispetto a tutti i rapporti parentali già riconosciuti da (almeno) uno Stato membro.

A questa riflessione astratta e ampiamente ipotetica, del resto, oggi si sono aggiunti alcuni importanti e concreti passi in avanti.

Infatti, il 7 dicembre 2022 la Commissione europea ha adottato una proposta di regolamento volta ad armonizzare a livello comunitario le norme di diritto internazionale privato in materia di genitorialità<sup>35</sup>. Mantenendo sempre il fuoco sull'interesse e sui diritti del minore, il Regolamento si pone l'obiettivo di fornire una maggiore "chiarezza giuridica" a tutti i tipi di famiglie<sup>36</sup> che si trovano in una situazione transfrontaliera all'interno dell'UE, sia che si spostino da uno Stato membro all'altro per viaggiare o risiedere<sup>37</sup>.

Uno degli aspetti chiave della proposta è che la genitorialità stabilita in uno Stato membro dell'UE debba essere riconosciuta in tutti gli altri Stati membri senza alcuna procedura speciale<sup>38</sup>. In particolare, si consentirebbe così ai minori di beneficiare automaticamente dei diritti derivanti dal rapporto genitoriale previsti dal diritto nazionale, in materie quali la successione, il diritto al mantenimento, l'affidamento o il diritto dei genitori di agire come rappresentanti legali del minore per questioni sco-

<sup>34</sup> Questa ipotesi era stata da me discussa nell'ambito del convegno "*Identities on the move - Documents Crossborders*" organizzato a Castel San Pietro Terme il 23-24 giugno 2022 (i cui atti sono stati raccolti in un numero speciale della rivista *Papers di diritto europeo* (2023) consultabile al link: <https://www.papersdirittoeuropeo.eu/fascicolo-2023-numero-speciale-special-issue/> (ultima consultazione il 22/02/2023)).

<sup>35</sup> "*Proposal for a COUNCIL REGULATION on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood*", da qui in avanti semplicemente COM/2022/695 (consultabile al link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2022%3A695%3AFIN&qid=1670511556992> (ultima consultazione il 22/02/2023)).

<sup>36</sup> La proposta riguarda il riconoscimento della filiazione indipendentemente dal modo in cui il figlio è nato o è stato concepito (compreso quindi il figlio concepito con tecniche di riproduzione assistita) e indipendentemente dal tipo di famiglia da cui proviene, compreso quindi il figlio con due genitori dello stesso sesso, con un genitore unico o adottato a livello nazionale in uno Stato membro da uno o due genitori.

<sup>37</sup> Si noti che la proposta non si applica all'accertamento della filiazione in un contesto nazionale privo di elementi transfrontalieri, come l'adozione nazionale in uno Stato membro, sebbene si applichi al riconoscimento della filiazione accertata in tale contesto nazionale in uno Stato membro. Inoltre, la proposta dovrebbe lasciare impregiudicato il regolamento (UE) 2016/1191 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda i documenti pubblici relativi alla nascita, alla filiazione e all'adozione, in particolare la presentazione da parte dei cittadini di copie autentiche e l'uso da parte delle autorità degli Stati membri del sistema di informazione del mercato interno qualora abbiano ragionevoli dubbi circa l'autenticità di un documento pubblico relativo alla nascita, alla filiazione o all'adozione o della copia autentica di tale documento, loro presentati. (v. art. 2, COM/2022/695).

<sup>38</sup> Già nel 2020, La Presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen, nel suo discorso sullo stato dell'Unione ha affermato che «if you are parent in one country, you are parent in every country» ([https://state-of-the-union.ec.europa.eu/state-union-2020\\_en](https://state-of-the-union.ec.europa.eu/state-union-2020_en) (ultima consultazione il 22/02/2023)). Con questa affermazione, la Presidente ha fatto riferimento alla necessità di garantire che la genitorialità stabilita in uno Stato membro sia riconosciuta in tutti gli altri Stati membri a tutti gli effetti. Infatti, il mancato riconoscimento della genitorialità mette a rischio i diritti fondamentali dei bambini, tra cui il diritto a un'identità, alla non discriminazione e alla vita privata e familiare.



lastiche o sanitarie. Non si modificherebbero così le normative nazionali nell'ambito del diritto di famiglia, che rimarrebbe di competenza dei singoli Stati<sup>39</sup>, ma si estenderebbe la loro applicabilità ai minori il cui rapporto con i genitori sia stato riconosciuto in qualsiasi altro Stato membro<sup>40</sup>.

In questo modo, si potrebbe aspirare ad ottenere una tutela dei diritti fondamentali dei minori, ma anche una maggiore garanzia della certezza del diritto per le famiglie, oltre che una riduzione dei costi e degli oneri legali e per i sistemi amministrativi e giudiziari degli Stati membri<sup>41</sup>.

In sintesi, gli elementi principali della proposta riguardano la giurisdizione<sup>42</sup>, l'individuazione della legge applicabile all'accertamento della filiazione<sup>43</sup>, il riconoscimento della filiazione<sup>44</sup> e la creazione di un certificato europeo di genitorialità<sup>45</sup>, concepito specificamente per facilitare il riconoscimento dei rapporti genitoriali all'interno dell'Unione (rivolto al minore o al rappresentante legale che debba far valere il suo status di genitore in un altro Stato membro).

L'importanza di questo ultimo strumento risiederebbe nel fatto che non potrebbe essere rifiutato da nessuna autorità nazionale (ma, più in generale, da nessun soggetto pubblico o privato). Infatti, se da

<sup>39</sup> «Under the Union Treaties, substantive law on family matters, including the legal status of persons, falls within the competence of Member States, which means that the substantive rules for the establishment of the parenthood of a person are laid down in national law. However, the Union can adopt measures concerning family law with cross-border implications pursuant to Article 81(3) TFEU, such as measures to facilitate that, once parenthood has been established in a Member State, it is recognised in other Member States. These measures can include the adoption of common rules on international jurisdiction, applicable law and procedures for the recognition of parenthood in another Member State. These measures will not lead to the harmonisation of the Member States' substantive law on the definition of family or on the establishment of parenthood in domestic situations. Like other Union instruments on family law, the proposal aims to facilitate the recognition of court decisions and authentic instruments on parenthood through the adoption of common rules on international jurisdiction and applicable law. The proposal aims to require the recognition of parenthood established in another Member State for the purposes, in particular, of the rights derived from parenthood under national law. Article 81(3) TFEU is therefore the appropriate legal basis» (§ 2. *Legal basis, subsidiarity and proportionality*, nell'*Explanatory memorandum*, ma più nel dettaglio v. art. 5, COM/2022/695).

<sup>40</sup> «All children should have the same rights irrespective of how they were conceived or born and of their type of family. Today's proposal aims to guarantee that the fundamental rights of children are not put at risk in cross-border situations within the European Union. Thanks to the new rules, all children and families would enjoy the rights derived from parenthood under national law in all the Member States, once their parenthood has been established in one Member State» (Didier Reynders, Commissioner for Justice, 7 dicembre 2022, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_22\\_7509](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_7509) (ultima consultazione il 22/02/2023)).

<sup>41</sup> «It is unthinkable that a parent in one Member State is not recognised as a parent in another Member State. This puts some children at risk, as they would not have guaranteed access to their rights, such as succession, maintenance or decisions on schooling and education. Our proposal provides a clear set of rules on the recognition of parenthood, so when a family moves from one Member State to another, they remain a family. And with this we also reduce costs and time spent in legal proceedings» (Věra Jourová, Vice-President for Values and Transparency, 7 dicembre 2022, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_22\\_7509](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_7509) (ultima consultazione il 22/02/2023)).

<sup>42</sup> La proposta determina i tribunali degli Stati membri competenti per le questioni relative alla genitorialità, garantendo l'interesse superiore del minore (v. più dettagliatamente artt. 6-15, COM/2022/695).

<sup>43</sup> La legge applicabile all'accertamento della paternità dovrebbe essere quella dello Stato di residenza abituale della persona che partorisce. (v. più dettagliatamente artt. 16-23, COM/2022/695)

<sup>44</sup> La proposta prevede il riconoscimento delle decisioni giudiziarie e degli atti pubblici che stabiliscono o provano l'accertamento della filiazione: la genitorialità stabilita in uno Stato membro dovrebbe essere riconosciuta in tutti gli altri Stati membri, senza alcuna procedura speciale (v. più dettagliatamente artt. 24-33, COM/2022/695).

<sup>45</sup> Artt. 46-57, COM/2022/695.

Cald

una parte le persone autorizzate a richiederlo manterranno la possibilità di presentare altri documenti<sup>46</sup> per il riconoscimento della genitorialità in un altro Stato membro (sentenze, certificati di nascita ecc.), dall'altra nessun soggetto a cui sia stato presentato una copia del certificato (rilasciato in un altro Stato membro) avrà il diritto di richiedere atti ulteriori che attestino il rapporto genitoriale. In conclusione, le novità che introdurrebbe questa proposta sarebbero particolarmente rilevanti per la tutela degli interessi dei minori, compreso l'interesse al riconoscimento del rapporto con entrambi i genitori che abbiano condiviso il progetto procreativo. E questo a prescindere dall'orientamento sessuale degli stessi e dall'eventuale utilizzo di tecniche di procreazione medicalmente assistita. Per questi motivi, non può che vedersi con favore questo primo passo verso una maggior garanzia dello *status* dei nati che potrebbe così circolare almeno fra gli Stati membri, senza soggiacere più all'incognita di incorrere in una *capitis deminutio* dei loro diritti per l'esistenza di limiti o divieti di accesso a determinate pratiche previsti dai singoli ordinamenti.

---

<sup>46</sup> Quindi, almeno da questo punto di vista, il certificato sarebbe facoltativo, in quanto i diretti interessati – il minore e colui il quale debba far valere il suo *status* di genitore – non sarebbero obbligati a richiederlo.



## I nuovi orizzonti delle decisioni di fine vita e della donazione di organi in Italia

Elena Scalcon\*

THE NEW HORIZONS OF END-OF-LIFE DECISIONS AND ORGAN DONATION IN ITALY

ABSTRACT: The aim of this paper is to offer some considerations on a new field of investigation in biolaw, which has emerged from the combination of two classic and traditionally separate topics: end-of-life decisions and organ donation. The idea of exploring the opportunities arising from these separate issues has begun to gain ground in our legal system, as clearly demonstrated by the intervention of the Italian Committee for Bioethics on controlled donation after circulatory determination of death. Indeed, the evolution of the debate on the end-of-life in Italy (Constitutional Court, judgement No 242 of 2019) raises some questions on a closely related topic, that of organ donation following euthanasia or physician-assisted suicide, especially in light of the experiences of other countries where this procedure is already practiced and widespread.

KEYWORDS: Organ donation; end-of-life decisions; controlled donation after circulatory determination of death; medical assistance in dying; organ donation after euthanasia

ABSTRACT: L'obiettivo del presente lavoro è di offrire alcune considerazioni su un nuovo campo di indagine del biodiritto, emerso dalla combinazione di due temi classici e tradizionalmente separati: le decisioni di fine vita e la donazione degli organi a scopo di trapianto. L'idea di esplorare le opportunità derivanti dall'accostamento di queste materie finora distinte ha cominciato a guadagnare terreno anche nel nostro ordinamento, come dimostra chiaramente l'intervento del Comitato Nazionale per la Bioetica sulla donazione controllata a cuore fermo. L'evoluzione del dibattito sul fine vita in Italia (Corte cost., sent. 242/2019) porta, poi, a porsi i primi interrogativi su un tema strettamente collegato, quello della donazione degli organi a seguito dell'eutanasia o del suicidio assistito, soprattutto alla luce delle esperienze maturate da altri Paesi dove questa pratica è già consolidata e diffusa.

PAROLE CHIAVE: Donazione di organi; decisioni di fine vita; donazione controllata a cuore fermo; morte medicalmente assistita; donazione di organi post eutanasia

---

\* *Dottoranda in Diritto costituzionale, Università degli studi di Modena e Reggio Emilia e Università di Parma.*  
Mail: [elena.scalcon@unipr.it](mailto:elena.scalcon@unipr.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.





SOMMARIO: 1. Le decisioni di fine vita e la donazione degli organi: due ambiti in progressivo avvicinamento – 2. La “donazione controllata” a cuore fermo – 2.1. Il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica sulla donazione controllata a cuore fermo – 3. Riflessioni conclusive.

## 1. Le decisioni di fine vita e la donazione degli organi: due ambiti in progressivo avvicinamento

**L**e decisioni di fine vita e la donazione degli organi a scopo di trapianto sono tradizionalmente considerati campi di studio e di indagine separati, sia nella riflessione bioetica e giuridica sia sul piano medico-scientifico. Tuttavia, l’ampliamento dello spettro di scelte relative alle ultime fasi della propria esistenza e la necessità di trovare nuovi rimedi al problema della scarsità degli organi portano, anche nel nostro ordinamento, ad accostare queste tematiche finora distinte, per esplorare le opportunità derivanti dalla loro combinazione<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> I primi tentativi di accostamento tra rifiuto delle cure di sostegno vitale e donazione degli organi si collocano temporalmente agli inizi degli anni ‘90, nel momento in cui si riaccese l’interesse verso il criterio cardiocircolatorio di accertamento della morte, identificato quale possibile rimedio al problema della scarsità degli organi (vedi F.G. MILLER, R.D. TRUOG, *Death, Dying, and Organ Transplantation. Reconstructing Medical Ethics at the End of Life*, 2012, New York, 97-98; P. EVRARD (ed.), *Donation After Circulatory Death (DCD). A Belgian consensus*, 2020, 13). Ne è un chiaro esempio il famoso *Pittsburgh Protocol*, promosso dall’Università di Pittsburgh con l’obiettivo di stabilire «an ethically justifiable and auditable policy that respects the rights of the patients to have life support removed and to donate organs if they wish to do so» (vedi UNIVERSITY OF PITTSBURGH MEDICAL CENTER POLICY AND PROCEDURE MANUAL, *Management of terminally ill patients who may become organ donors after death*, in *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 3, 2, 1993, A1). Come illustrato da M.A. DEVITA, J.V. SNYDER, *Development of the University of Pittsburgh Medical Center Policy for the Care of Terminally Ill Patients Who May Become Organ Donors after Death Following the Removal of Life Support*, in *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 3, 2, 1993, le linee guida ivi contenute rappresentano l’esito di un dibattito sviluppatosi a partire dagli anni ‘80, attorno alle richieste di alcuni pazienti e delle loro famiglie di poter donare gli organi a seguito del distacco da trattamenti salvavita e della dichiarazione di morte in base allo standard cardiocircolatorio. Dello stesso periodo è l’altrettanto noto *Protocollo di Maastricht*, elaborato durante un workshop internazionale nel 1995, che ha per anni rappresentato il documento di riferimento sull’individuazione delle categorie di donatori a cuore non battente (c.d. *donors after circulatory death* o *DCD*; vedi G. KOOTSTRA, J.H. DAEMEN, A.P. OOMEN, *Categories of non-heart-beating donors*, in *Transplant Proceedings*, 27, 5, 1995, 2893-2894). Già nella sua versione originaria la terza categoria di donatori (*controlled donors after circulatory death*) comprendeva «patients in whom withdrawal of life-sustaining therapies is applied, as agreed on within the healthcare team and with the relatives or representatives of the patient» (P. EVRARD, on behalf of the Belgian Working Group on DCD National Protocol, *Belgian Modified Classification of Maastricht for Donors After Circulatory Death*, in *Transplantation Proceedings*, 46, 2014, 3139). La classificazione di Maastricht è stata oggetto di svariate proposte di modifica, volte ad ampliare le categorie di donatori a seconda della situazione clinica, fino all’inclusione della *DCD after euthanasia* (vedi ID. (ed.), *Donation After Circulatory Death (DCD). A Belgian consensus*, cit., 15 ss.). Come verrà approfondito nel paragrafo finale, sono oggi diversi gli ordinamenti che consentono – nel rispetto delle condizioni stabilite – la donazione degli organi a seguito del suicidio medicalmente assistito o dell’eutanasia (J. MULDER, H. SONNEVELD, A. HEALEY, D. VAN RAEMDONCK, et al., *Practice and challenges for organ donation after medical assistance in dying: A scoping review including the results of the first international roundtable in 2021*, in *American Journal of Transplantation*, 22, 2022). Con un notevole ritardo rispetto ad altri Paesi, in Italia soltanto da pochi anni stanno cominciando ad affermarsi i prelievi a cuore fermo, anche a seguito dell’interruzione dei trattamenti di supporto vitale (vedi *infra*), e ad essere analizzate le ulteriori possibilità di combinazione tra decisioni di fine vita e trapianti di organi a scopo terapeutico (cfr. L. FORNI, *Eutanasia e donazione di organi. Alcune riflessioni etico-giuridiche su nuove emergenti criticità*, in *BioLaw*





Un fattore determinante della crescente attenzione dedicata a questo nuovo ambito di indagine del biodiritto è da rintracciare nell'accelerazione del percorso di progressivo riconoscimento e valorizzazione della volontà della persona nelle scelte di fine vita. Se, infatti, la discussione attorno alla questione dei trapianti di organi sembra essersi ormai consolidata, soprattutto a seguito dell'entrata in vigore della Legge n. 91/1999<sup>2</sup>; negli ultimi decenni abbiamo assistito ad un sempre maggiore interesse verso le decisioni che riguardano il momento conclusivo dell'esistenza umana. Nel travagliato dibattito sul fine vita, un importante punto di approdo è rappresentato dall'intervento della Cassazione nel caso Eluana Englaro, dove si affermò che il principio del consenso informato – oltre ad essere radicato nell'art. 2, 13, 32 della Costituzione<sup>3</sup> – «ha come correlato la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale»<sup>4</sup>. Tale principio generale in tema di autodeterminazione in ambito sanitario è stato poi consolidato a livello normativo

*Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2020; G. GIAIMO, *Decisioni sul termine della vita e donazione degli organi. Spunti comparatistici per una futura disciplina*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2021).

<sup>2</sup> Con la Legge 1 aprile 1999, n. 91, *Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di tessuti*, la disciplina dei trapianti di organi sembra aver raggiunto un punto di equilibrio e stabilità, nonostante alcuni evidenti problemi applicativi. Ci si riferisce, in particolare, alle modalità di manifestazione del consenso, in quanto – come è noto – il congegno normativo del silenzio-assenso informato, ideato dal legislatore (vedi artt. 4 e 5), non è mai entrato in funzione (su questo aspetto si rimanda a L. BUSATTA, *Repetita non iuvant: l'illegittimità della legge calabrese sul consenso alla donazione degli organi*, in *Studium iuris*, 5, 2016, 552-556; G. MAESTRI, *Fine vita e donazione di organi e tessuti*, in C. CASONATO, L. BUSATTA, S. PENASA, C. PICIOCCHI, M. TOMASI (a cura di), *Il biodiritto e i suoi confini: definizioni, dialoghi, interazioni*, Trento, 2014, 479-483). Per questo motivo, ancora oggi, si applicano le disposizioni pensate per la fase transitoria che prevedono, invece, la regola del consenso presunto in mancanza di una dichiarazione espressa (positiva o negativa) del donatore e dell'opposizione scritta dei prossimi congiunti (art. 23). Come specificato dal co. 3, la facoltà di opposizione al prelievo degli organi *post mortem* non è consentita «qualora dai documenti personali o dalle dichiarazioni depositate presso la azienda unità sanitaria locale di appartenenza [...] risulti che il soggetto abbia espresso volontà favorevole al prelievo di organi e di tessuti». Questo ha portato ad un progressivo ampliamento delle modalità di espressione della volontà donativa che, ad oggi, comprendono anche le *donor card* dell'AIDO o di altre associazioni di settore, il tesserino blu (frutto di un'iniziativa ministeriale del 2000), gli atti olografi, il deposito di una dichiarazione presso i Comuni o i Centri di riferimento regionale per i trapianti, fino alla possibilità di dichiarare il proprio consenso o dissenso alla donazione al momento del rilascio o del rinnovo della carta d'identità (c.d. sistema CIE). Per un approfondimento sulla disciplina del consenso si rinvia a G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto. Profili evolutivi e nuove questioni*, Padova, 2019, 225-235; L. BUSATTA, *Il consenso alla donazione degli organi: uno studio comparato alla ricerca di un modello costituzionalmente preferibile*, in *Corti supreme e salute*, 1, 2020, 110-115; G. GIAIMO, *Natura e caratteristiche del consenso al prelievo di organi e tessuti da cadavere. Un raffronto tra Italia e Inghilterra*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2018.

<sup>3</sup> Cass., I sez. civ., sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748, par. 6. Il fondamento costituzionale del principio del consenso informato negli artt. 2, 13 e 32 è poi confermato dalla Corte costituzionale che, nella sentenza n. 438/2008, ne sottolinea la «funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: 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, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione». Vedi A. D'ALOIA, *Eutanasia*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Milano, 2012, 307 ss. A. SANTOSUOSSO, F.G. PIZZETTI, *Se il come è tutto: vivere e morire per il diritto*, in *i-lex. Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza artificiale*, 12, 2011, 58 ss.

<sup>4</sup> Cass., I sez. civ., sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748, par. 6.1.





con la Legge n. 219/2017<sup>5</sup>, che ha ampliato le opzioni del paziente per dare piena attuazione al diritto di rifiutare anche trattamenti salvavita.

La disciplina legislativa sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento costituisce un passaggio necessario, sul piano giuridico, per l'affermarsi nello scenario bioetico e biogiuridico della possibilità di accostare la donazione degli organi e le decisioni di fine vita. Come si sottolineerà nei prossimi paragrafi, un primo punto di contatto tra questi due ambiti è costituito dalla donazione a cuore fermo, che segue all'accertamento della morte secondo il criterio cardiocircolatorio (c.d. *donation after circulatory determination of death*), e, in particolare, dall'inclusione nel *pool* dei potenziali donatori dei pazienti ricoverati in terapia intensiva, nei quali la morte sopraggiunge quale conseguenza *attesa e prevedibile* del decorso naturale di una patologia dalla prognosi infausta, non più contrastata da trattamenti di sostegno vitale.

Infine, un'ulteriore tappa del percorso evolutivo attorno alle questioni di fine vita nel nostro Paese è senz'altro rappresentata dal celebre caso Cappato-Dj Fabo, dove la Corte costituzionale in due pronunce consecutive ha affermato la compatibilità alla Costituzione della richiesta di essere aiutati a morire, entro limitati confini<sup>6</sup>. Pertanto, non risulta privo di interesse il tentativo di valutare se e a quali

<sup>5</sup> Legge 22 dicembre 2017, n. 219, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*. Per maggiori dettagli si rinvia al *Forum – La legge n. 219 del 2017, Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2018.

<sup>6</sup> La Corte ha affermato, infatti, che in presenza di determinate condizioni – cioè nei casi in cui tale decisione sia presa in modo libero e autonomo da un paziente affetto da una patologia irreversibile, che gli causa sofferenze fisiche e psichiche intollerabili e che lo costringe ad essere mantenuto in vita grazie al sostegno artificiale – «il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce per limitare ingiustificatamente nonché irragionevolmente la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita» (sent. n. 242/2019, par. 2.3. cons. in dir.), «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» (così continuava ord. n. 207/2018, par. 9 cons. in dir.). A distanza di pochi anni, gli orizzonti del fine vita sono stati nuovamente messi alla prova nel nostro Paese, anche sulla scia delle aperture registrate in ordinamenti come la Spagna (con la *Ley Orgánica de regulación de la eutanasia*, di cui *infra*) e la Germania (BVerfG, 2 BvR 2347/15, sent. 26 febbraio 2020, dove il Tribunale costituzionale tedesco ha riconosciuto il *diritto di autodeterminarsi nella morte* a prescindere dalla condizione di salute del malato. Vedi G. BATTISTELLA, *Il Bundesverfassungsgericht dichiara incostituzionale la fattispecie penale di «favoreggiamento commerciale al suicidio (§ 217 StGB): una lettura in parallelo con il “caso Cappato”*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2020; R. D'ANDREA, *Alcune osservazioni sullo stato di avanzamento degli ordinamenti giuridici europei che prevedono l'eutanasia e/o il suicidio assistito*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 4, 2022, 310 ss.). Il riferimento è alla proposta di referendum sull'eutanasia legale, promossa per ottenere l'abrogazione parziale dell'art. 579 cod. pen. (omicidio del consenziente), laddove impedisce di procurare la morte di una persona con il suo consenso. Tale richiesta è stata bloccata dalla Corte costituzionale, che ne ha dichiarato l'inammissibilità in quanto non assicurava una tutela minima al diritto alla vita del soggetto coinvolto, al di «fuori dai casi in cui il consenso risulti invalido per l'incapacità dell'offeso o per un vizio della sua formazione» (par. 3.2. cons. in dir.), esclusi dal quesito referendario. Come affermato dalla Corte, «[q]uando viene in rilievo il bene della vita umana, [...] la libertà di autodeterminazione non può mai prevalere incondizionatamente sulle ragioni di tutela del medesimo bene, risultando, al contrario, sempre costituzionalmente necessario un bilanciamento che assicuri una sua tutela minima» (par. 5.3. cons. in dir.). Per un commento si rimanda a S. PENASA, *Una disposizione costituzionalmente necessaria ma un bilanciamento non costituzionalmente vincolato? Prime note alla sentenza n. 50 del 2022 della Corte costituzionale*, in *Diritti Comparati*, 17 marzo 2022; C. TRIPODINA, *Sostiene ora la Corte che la libertà di autodeterminazione*





condizioni la donazione controllata a cuore fermo possa essere estesa anche ai pazienti che ricorrono al suicidio medicalmente assistito, nel rispetto dei principi costituzionali rilevanti e in considerazioni delle raccomandazioni del CNB. Nel paragrafo conclusivo si metteranno brevemente in luce alcune peculiari coordinate del dibattito sull'*organ donation after euthanasia*, esaminando le esperienze maturate dagli ordinamenti in cui tale pratica combinata è già in uso.

## 2. La “donazione controllata” a cuore fermo

La Legge n. 578/1993<sup>7</sup> stabilisce un'unica definizione di morte, a prescindere dalla destinazione del cadavere *post mortem*, che corrisponde alla «cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo» (art. 1)<sup>8</sup>. Allo stesso tempo, però, prevede che la sua diagnosi possa essere effettuata secondo due modalità: il criterio neurologico<sup>9</sup> oppure quello cardiocircolatorio (art. 2). In quest'ultimo caso, il de-

---

*di morire “non può mai prevalere incondizionatamente” sulla tutela della vita, in Giurisprudenza costituzionale, 2, 2022.*

<sup>7</sup> Legge 29 dicembre 1993, n. 578, *Norme per l'accertamento e la certificazione di morte*.

<sup>8</sup> L'elaborazione della nozione di morte cerebrale fu il risultato del lavoro della Commissione istituita nel 1968 presso l'*Harvard Medical School* con l'obiettivo di aggiornare il concetto di morte alla luce dei progressi scientifici e tecnologici nel campo della rianimazione e della trapiantologia (AD HOC COMMITTEE OF THE HARVARD MEDICAL SCHOOL, *A Definition of Irreversible Coma: Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death*, in *Journal of the American Medical Association*, 205, 1968, 337-340). L'Italia è stata tra i primi Paesi ad accogliere tale «innovazione concettuale» (così C. DEFANTI, *Soglie. Medicina e fine vita*, Torino, 2007, 94), dapprima all'interno della disciplina dei trapianti da cadavere (Legge n. 644/1975), e poi in una normativa *ad hoc* – la Legge n. 578/1993 –, specificamente dedicata all'accertamento della morte, a prescindere dall'eventuale utilizzo del cadavere ai fini del trapianto (in accordo alle indicazioni fornite da COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Definizione e accertamento della morte nell'uomo*, 15 febbraio 1991). Il prudente bilanciamento effettuato dal legislatore è stato poi confermato dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 414/1995, dove ha affermato che «la recente legge n. 578 del 1993, nel riflettere i progressi scientifici ed al fine di conseguire risultati di solidarietà sociale ed esigenze di fondamentale giustizia (rispetto della vita, unicità del concetto di decesso, certezza della irreversibilità di estinzione della persona), non si pon[e] in contrasto con norme e principi costituzionali per quanto concerne il circoscritto oggetto del presente giudizio, attinente alla chiarificazione della nozione di morte e l'indicazione dei criteri di accertamento della stessa» (par. 4 cons. in dir.). Per un approfondimento su questi aspetti si rimanda *ex multis* a C. DEFANTI, *Soglie. Medicina e fine vita*, cit., 124 ss.; R. BARCARO, P. BECCHI, P. DONADONI, *Prospettive bioetiche di fine vita. La morte cerebrale e il trapianto di organi*, Milano, 2008, 125-139; P. BECCHI, *Definizione e accertamento della morte: aspetti normativi*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo (Tomo II)*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, 2053-2085; D. RODRIGUEZ, *Definizione e accertamento della morte: la prospettiva medico-legale*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo (Tomo II)*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, 2095-2103; F.G. PIZZETTI, *La morte e la legge. La disciplina sulla definizione di morte e l'accertamento della morte legale dall'Unità d'Italia a oggi (e a domani)*, in F.P. DE CEGLIA (a cura di), *Storia della definizione di morte*, Milano, 2014, 401 ss.; G. MAESTRI, *Fine vita e donazione di organi e tessuti*, cit., 455 ss.

<sup>9</sup> Il criterio neurologico riguarda «soggetti affetti da lesioni encefaliche e sottoposti a misure rianimatorie», che determinano il mantenimento (anche se in modo artificiale) della respirazione e della circolazione (art. 2 co. 2, Legge n. 578/1993). Ai fini dell'accertamento della morte, il collegio medico designato (ex art. 2 co. 5) è incaricato di sondare la competenza del cervello nella sua totalità, lungo un periodo di osservazione di 6 ore, attraverso l'osservazione clinica e tramite elettroencefalogramma (vedi D.M. n. 136/2008, *Aggiornamento del decreto 22*





cesso viene dichiarato in seguito alla registrazione dell'assenza di attività cardiaca (battito e circolazione) per 20 minuti, cioè per il tempo ritenuto necessario a garantire la definitiva compromissione delle funzioni encefaliche<sup>10</sup>. La permanenza del tradizionale criterio cardiocircolatorio per la certificazione della morte non deve trarre in inganno rispetto all'unicità della sua definizione, in quanto l'arresto cardiaco porta, attraverso il meccanismo dell'anossia (cioè l'insufficiente ossigenazione dei tessuti), alla morte cerebrale totale<sup>11</sup>.

L'accertamento della morte del donatore è uno dei fondamenti di liceità dei trapianti *ex mortuo*, dal momento che il prelievo per essere considerato legittimo deve essere effettuato su un cadavere. Pertanto, laddove il defunto, in accordo a quanto stabilito dalla Legge n. 91/1999, risulti essere un donatore di organi – per volontà espressa oppure in caso di silenzio, soltanto se non sia intervenuta l'opposizione degli aventi diritto –, il prelievo a seguito di una diagnosi di morte in base allo standard cardiocircolatorio può avvenire in modo “non controllato” oppure “controllato”. La prima situazione si verifica quando la morte sopraggiunge in modo improvviso, anche al di fuori del contesto ospedaliero, per cui il prelievo non può essere preceduto da un'adeguata preparazione sia in relazione alla comunicazione con i familiari che in termini di procedure operative finalizzate a preservare gli organi. Nel secondo caso, la morte del paziente è al contrario un evento *atteso*, poiché il decesso avviene in un ambiente protetto, quale il reparto terapia intensiva, al termine di un percorso precedentemente concordato e programmato di fine vita. La differenza risiede, dunque, nelle circostanze del decesso, per cui la *donazione controllata a cuore fermo* è frutto della combinazione tra l'interruzione dei trattamenti e il prelievo degli organi a scopo di trapianto terapeutico<sup>12</sup>.

---

agosto 1994, n. 582 relativo al: «Regolamento recante le modalità per l'accertamento e la certificazione di morte»).

<sup>10</sup> Secondo quanto previsto dal D.M. n. 582/1994 (*Regolamento recante le modalità per l'accertamento e la certificazione della morte*), poi sostituito D.M. n. 136/2008, si deve effettuare un elettrocardiogramma della durata di 20 minuti e si dichiara la morte qualora da tale registrazione risulti che non vi è attività cardiaca di nessun tipo. La validità di tale requisito – il più garantista a confronto con altri Paesi, dove il *no-touch period* varia tra 2-20 minuti – è stata recentemente ribadita dal COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Accertamento della morte secondo il criterio cardiocircolatorio e “donazione controllata”: aspetti etici e giuridici*, 9 dicembre 2021, 9 ss., sulla base di un presunto *consensus* interno alla comunità scientifica nazionale e della considerazione che la certezza assoluta della diagnosi di morte sarebbe garantita «oltre ogni ragionevole dubbio» soltanto grazie al protrarsi del periodo d'attesa per 20 minuti. In merito all'opportunità di riconsiderare il vincolo normativo previsto in Italia si sono espressi *ex multis* A. GIANNINI, M. ABELLI, G. AZZONI *et al.*, “*Why can't I give you my organs after my heart has stopped beating?*”. *An overview of the main clinical, organisational, ethical and legal issues concerning organ donation after circulatory death in Italy*, in *Minerva Anestesiologica*, 82, 3, 2016, 362 ss.; M. VERGANO, E. MAGAVERN, F. BRONCELLI *et al.*, *Making a case for controlled organ donation after cardiac death: the story of Italy's first experience*, in *Journal of Critical Care*, 38, 2016.

<sup>11</sup> Come sottolineato dalla Corte costituzionale (sent. 414/1995, par. 4): «l'art. 1 della legge identifica l'unico concetto di morte nella “cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo”, e i successivi articoli indicano i metodi di accertamento, anche distinguendo fra le diverse cause patologiche: sempre, tuttavia, nell'ipotesi che le stesse siano tali da comportare la predetta cessazione. Si ritiene invero che, estinguendosi irreversibilmente ogni funzionalità del “tronco cerebrale”, si determina la disgregazione di quella unitarietà organica che distingue la persona da un insieme di parti anatomiche, ancorché singolarmente vitali».

<sup>12</sup> Entrambe le modalità di donazione sono approfondite in COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Accertamento della morte secondo il criterio cardiocircolatorio e “donazione controllata”: aspetti etici e giuridici*, cit., 6 ss.







Questa particolare tipologia di donazione ha cominciato ad emergere nei primi anni '90<sup>13</sup>, ma per un lungo periodo non trovò completa applicazione in Italia, sia per ragioni tecnico-scientifiche sia di ordine etico e giuridico. Il criterio cardiocircolatorio rappresentava, infatti, il *gold standard* per l'accertamento della morte quando la trapiantologia muoveva i primi passi, ma il suo utilizzo ha subito una battuta d'arresto con l'avvento del concetto di morte cerebrale e dello standard neurologico<sup>14</sup>. A condizionare il successo dei prelievi di organi da donatori a cuore fermo era soprattutto il prolungato periodo legale di osservazione, imposto dalla legge italiana per certificare l'irreversibile assenza del battito cardiaco e della circolazione sanguigna. Questo fattore influiva negativamente sulla qualità degli organi, spesso compromettendone (in tutto o in parte) la vitalità e, di conseguenza, l'idoneità al trapianto. Tuttavia, lo sviluppo di tecniche per la conservazione e il ripristino della funzionalità degli organi ha permesso di superare tale impedimento e ha riaperto l'interesse nei confronti della donazione a cuore fermo quale fonte ulteriore di organi da destinare a trapianto<sup>15</sup>.

Considerando nello specifico il prelievo di organi a seguito dell'interruzione delle cure di sostegno vitale, nel 2010 il Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), in un parere sui criteri di accertamento della morte, aveva escluso la liceità di tale categoria di donatori, per contrasto rispetto all'obbligo del medico di «compiere tutti quegli interventi suggeriti dalla scienza» per salvaguardare la vita del paziente in caso di cessazione del battito cardiaco<sup>16</sup>. Tale prescrizione era contenuta nell'art. 3 della Legge n. 644/1975<sup>17</sup> – avente ad oggetto la disciplina sui prelievi di organi *post mortem* a scopo di trapianto terapeutico – ma, a ben vedere, alla data del parere risultava già abrogata dalla Legge n. 91/1999 (art. 27 co. 1), che tutt'oggi regola i trapianti da cadavere e tra viventi. A prescindere da considerazioni sull'efficacia dell'obbligo menzionato, è importante soffermarsi sul significato di tale affermazione. Come specificato dallo stesso CNB, nell'area di illiceità rientravano le situazioni in cui la sospensione del supporto vitale veniva praticata su pazienti in terapia intensiva nel rispetto della loro espressa volontà o di quella dei familiari, cioè a seguito di «una decisione soggettiva, che può anche tener conto della scarsa dignità attribuibile a quella condizione di vita»<sup>18</sup>. Tra le righe, si desumeva al contrario

<sup>13</sup> Vedi *supra*.

<sup>14</sup> Su questo aspetto si era già soffermato il COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *I criteri di accertamento della morte*, 24 giugno 2010, 24 ss.

<sup>15</sup> Come accennato *supra*, l'Italia ha cominciato da poco più di un decennio ad avventurarsi nel terreno dei prelievi a cuore fermo, soprattutto grazie allo sviluppo di strumentazioni di perfusione artificiale degli organi dopo la cessazione della circolazione naturale. Questo ha permesso, dapprima, la diffusione di programmi di donazione a cuore fermo "non controllata" (a partire dal *Programma Alba*, elaborato dalla Fondazione IRCCS Policlinico San Matteo di Pavia) e, soltanto di recente, di effettuare prelievi a scopo di trapianto terapeutico anche a seguito di morte attesa (vedi *infra*). Per maggiori informazioni vedi POSITION PAPER DEL CENTRO NAZIONALE TRAPIANTI, *Determinazione di morte con criteri cardiaci. Prelievo di organi a scopo di trapianto da donatore in asistolia*, 2015; A. GIANNINI, M. ABELLI, G. AZZONI *et al.*, "Why can't I give you my organs after my heart has stopped beating?", cit., 363 ss.; A. NANNI COSTA, F. PROCACCIO, *Organ donation after circulatory death in Italy? Yes we can!*, in *Minerva Anestesiologica*, 82, 3, 2016.

<sup>16</sup> COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *I criteri di accertamento della morte*, cit., 26.

<sup>17</sup> Legge 2 dicembre 1975, n. 644, *Disciplina dei prelievi di parti di cadavere a scopo di trapianto terapeutico e norme sul prelievo dell'ipofisi da cadavere a scopo di produzione di estratti per uso terapeutico*.

<sup>18</sup> COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *I criteri di accertamento della morte*, cit., 26.





l'ammissibilità della donazione da pazienti in cui il distacco dalle terapie fosse fondato su una valutazione medica di inefficacia e onerosità oggettiva della prosecuzione dei trattamenti rispetto alla condizione clinica<sup>19</sup>.

La situazione rimase invariata fino al 2015, anno in cui ebbe luogo la prima donazione di organi a seguito di morte attesa<sup>20</sup>, in un contesto normativo incerto per l'assenza di una disciplina legislativa sul rifiuto delle cure, che ha frenato lo sviluppo e la diffusione uniforme di simili programmi di donazione nel territorio nazionale<sup>21</sup>.

Dato il legame inscindibile tra la definizione dei diversi scenari di fine vita e la donazione controllata a cuore fermo, un momento di svolta sul versante giuridico è rappresentato dall'adozione della Legge n. 219/ 2017. Questa ha consolidato gli strumenti nelle mani del paziente per la gestione delle ultime fasi della propria esistenza, quali il diritto di rifiutare qualsiasi trattamento terapeutico o accertamento diagnostico e lo speculare diritto all'interruzione dei trattamenti già avviati (art. 1 co. 5), anche laddove tale scelta conduca ad un esito fatale<sup>22</sup>. La medesima volontà può essere espressa anche sotto forma di disposizione anticipata di trattamento, «in previsione di un'eventuale futura incapacità di autoterminarsi e dopo aver acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte» (art. 4) oppure tramite pianificazione condivisa delle cure in presenza di una «patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta» (art. 5). Accanto a tali possibilità, il legislatore ha poi provveduto a mettere “nero su bianco” un importante dovere in capo al medico, quello di astenersi dalla prosecuzione e somministrazione di cure irragionevoli in relazione a «pazienti con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte» (art. 2).

<sup>19</sup> Questa interpretazione sembra confermata, qualche anno dopo, anche dal Centro Nazionale Trapianti che riferendosi a quanto detto dal CNB nel 2010 affermava: «Tale assunzione va tenuta in considerazione anche se non può riferirsi alle situazioni di fine vita in rianimazione; infatti in questi casi ogni tentativo terapeutico intrapreso si è dimostrato, senza ragionevole dubbio, inefficace o inappropriato e ogni prosecuzione di cura si configurerebbe come “accanimento terapeutico”. Non a caso le linee guida della società scientifica degli Anestesisti-Rianimatori italiani sottolineano la forte valenza etica della limitazione del trattamento, in cui il non inizio o la sospensione delle manovre di sostegno vitale (intubazione, ventilazione, dialisi ecc.) in queste situazioni hanno un significato lecito ed equivalente» (POSITION PAPER DEL CENTRO NAZIONALE TRAPIANTI, *Determinazione di morte con criteri cardiaci*, cit., 14-15; ma anche A. NANNI COSTA, F. PROCACCIO, *Organ donation after circulatory death in Italy? Yes we can!*, cit., 271).

<sup>20</sup> Questo caso è riportato in M. VERGANO, E. MAGAVERN, F. BRONCELLI *et al.*, *Making a case for controlled organ donation after cardiac death: the story of Italy's first experience*, cit. Sul tema della donazione controllata a cuore fermo in Italia si rimanda anche a A. GIANNINI, M. ABELLI, G. AZZONI *et al.*, *“Why can't I give you my organs after my heart has stopped beating?”. An overview of the main clinical, organisational, ethical and legal issues concerning organ donation after circulatory death in Italy*, cit.; A. NANNI COSTA, F. PROCACCIO, *Organ donation after circulatory death in Italy? Yes we can!*, cit.

<sup>21</sup> Vedi *Comunicazione SIAARTI* del 21 giugno 2021, allegata al parere COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Accertamento della morte secondo il criterio cardiocircolatorio e “donazione controllata”: aspetti etici e giuridici*, cit.

<sup>22</sup> Come specificato nell'art. 1 co. 3, l'esercizio di tali diritti deve essere preceduto da un'adeguata e completa informazione sul proprio stato di salute, cioè sulla diagnosi e la prognosi, nonché sugli accertamenti medici necessari e sulle possibilità terapeutiche disponibili, corredati dai benefici e rischi previsti. Inoltre, devono essere portate alla conoscenza del paziente eventuali alternative percorribili e le conseguenze derivanti dalla scelta del rifiuto o sospensione delle cure.







Il superamento degli ostacoli sopra rilevati, con l'emanazione della Legge n. 219/2017, da un lato, e grazie ai progressi della trapiantologia e nel campo della conservazione degli organi, dall'altro, ha costituito la spinta decisiva per avviare una riflessione sui profili bioetici relativi alla combinazione di due procedure – il rifiuto e la sospensione delle cure e la donazione degli organi – che coinvolgono interessi e finalità sempre meno inconciliabili. Se, infatti, l'atto di donare i propri organi dopo la morte è unanimemente considerato quale gesto di solidarietà e altruismo verso il prossimo, la decisione soggettiva di porre fine alla propria esistenza – che essa prenda le forme del rifiuto dei trattamenti salvavita oppure si concretizzi nella richiesta di essere aiutati a morire o nell'eutanasia – è solitamente ricondotta a uno spirito egoistico<sup>23</sup>. Questo schema “fotografa” la visione tradizionale che, se certamente si riflette nel fatto che le questioni attinenti al fine vita e quelle relative ai trapianti *ex mortuo* sono usualmente regolate attraverso distinti testi normativi, non tiene però adeguatamente in considerazione i possibili elementi di sintesi tra tali ambiti, a partire dai principi costituzionali in gioco. Infatti, la volontà di rifiutare le cure e di rendere i propri organi disponibili al trapianto costituisce, al contempo, espressione del diritto di autodeterminazione del paziente<sup>24</sup> e del principio di solidarietà sociale, il cui rispetto può essere di beneficio sia per il donatore che per i potenziali riceventi, oltre a poter rappresentare anche un motivo di conforto per i familiari durante il lutto<sup>25</sup>. Riconoscere legittimità e validità a tale pratica significa, quindi, compiere un altro passo per attribuire centralità alla persona e alle sue scelte, nonché alla sua concezione di dignità, fino al termine della propria vita, e rappresenta un modo per dare un'impronta solidaristica alla decisione di lasciarsi morire.

### 2.1. Il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica sulla donazione controllata a cuore fermo

Di questa crescente consapevolezza si è fatto portavoce il Comitato Nazionale per la Bioetica che, in un recente parere del 9 dicembre 2021, è tornato ad affrontare il tema dell'accertamento della morte e del trapianto di organi, soffermandosi proprio sulla donazione controllata a cuore fermo<sup>26</sup>. Il parere fa seguito ad una richiesta di riflessione condivisa, proveniente dalle istituzioni di settore – quali il

<sup>23</sup> Su questi aspetti vedi L. FORNI, *Eutanasia e donazione di organi. Alcune riflessioni etico-giuridiche su nuove emergenti criticità*, cit., 156-157; G. GIAIMO, *Decisioni sul termine della vita e donazione degli organi. Spunti comparatistici per una futura disciplina*, cit., 308.

<sup>24</sup> Come affermato da G. GIAIMO, *Decisioni sul termine della vita e donazione degli organi. Spunti comparatistici per una futura disciplina*, cit., 308, «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».

<sup>25</sup> Si richiama, in proposito, il documento della SIAARTI, *Le cure di fine vita e l'anestesista rianimatore: raccomandazioni SIAARTI per l'approccio alla persona morente. Parte I: Le basi teoriche*, 2018, 14, laddove si afferma che «[l]a possibilità di donare organi e tessuti dopo la morte a scopo di trapianto terapeutico dovrebbe essere offerta a tutti, come parte integrante del percorso di fine vita in TI [terapia intensiva]», in quanto «una donazione d'organi e tessuti non ha valore soltanto per il grande beneficio del soggetto ricevente, ma anche per il rispetto del diritto all'autodeterminazione del donatore e per l'alto significato che riveste per i familiari nel momento della perdita del loro caro».

<sup>26</sup> COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Accertamento della morte secondo il criterio cardiocircolatorio e “donazione controllata”: aspetti etici e giuridici*, cit.





Centro Nazionale Trapianti (CNT), la Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva (SIAARTI) e la Società Italiana Trapianti d'Organo (SITO)<sup>27</sup> – che si sono fatte promotrici di questo dibattito, portando all'attenzione del CNB e dell'opinione pubblica una procedura già consolidata e molto diffusa in altri Paesi<sup>28</sup>, ma finora poco praticata e conosciuta in Italia. L'obiettivo di tale approfondimento è preparare il “terreno” per la creazione di un protocollo nazionale volto a uniformare i programmi, presenti e futuri, di donazione a seguito di morte attesa.

Le ragioni che hanno portato a richiedere l'intervento del CNB sono sostanzialmente due. *In primis*, ad essere messo in evidenza è il crescente ricorso alla donazione controllata nel nostro Paese, soprattutto grazie agli avanzamenti della chirurgia trapiantologica e delle tecniche di conservazione degli organi. Questi fattori hanno permesso di superare l'impedimento rappresentato dalla lunghezza del periodo di osservazione per la dichiarazione di morte ed hanno contribuito ad elevare lo standard qualitativo degli organi prelevati a cuore fermo, a livelli paragonabili alla donazione a seguito di una diagnosi di morte secondo il criterio neurologico, accrescendone la rilevanza terapeutica. L'ampliamento del *pool* di donatori così conseguito – e che potrebbe allargarsi grazie alla redazione di procedure operative condivise sull'organizzazione e sul monitoraggio della donazione controllata in tutto il territorio nazionale – rappresenta un'ulteriore possibilità di salvezza per i pazienti in attesa di trapianto, concorrendo a fronteggiare il problema della scarsità degli organi<sup>29</sup>.

A fronte di queste sollecitazioni, la risposta del CNB è emblematica del percorso evolutivo che, anche nel nostro ordinamento, si sta sviluppando in relazione al dibattito sulla donazione degli organi e sul fine vita. Ed è particolarmente significativo, se si considera che soltanto dieci anni prima il Comitato aveva escluso che la decisione individuale di sospensione delle cure potesse essere associata alla volontà di donare gli organi *post mortem*. Nel parere in analisi, con un radicale cambio di passo rispetto al passato, il CNB ha, invece, confermato la compatibilità della donazione controllata a cuore fermo con la normativa vigente, anche nel caso in cui la scelta di interrompere i trattamenti sia frutto della decisione del paziente.

Alla luce del particolare e delicato contesto in cui si verifica la morte del potenziale donatore, cioè a conclusione di un percorso controllato del morire, il CNB ha formulato alcune raccomandazioni volte a garantire che le diverse procedure si svolgano nel pieno rispetto dei principi costituzionali della dignità umana, di solidarietà sociale, di autodeterminazione e del diritto alla salute del malato<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Vedi *Comunicazione SIAARTI* del 21 giugno 2021, allegata al parere.

<sup>28</sup> Per una panoramica dei Paesi europei che hanno programmi di donazione a cuore fermo (controllata e non controllata) si rimanda a M. LOMERO, D. GARDINER, E. COLL, et al., *European Committee on Organ Transplantation of the Council of Europe (CD-P-TO). Donation after circulatory death today: an updated overview of the European landscape*, in *Transpl International*, 33, 2020 Jan.

<sup>29</sup> COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Accertamento della morte secondo il criterio cardiocircolatorio e “donazione controllata”: aspetti etici e giuridici*, cit., 4-5.

<sup>30</sup> Come sottolineato fin dalla premessa, il CNB «ritiene che il chiarimento di aspetti etici sia essenziale per promuovere la cultura della donazione e per garantire la piena trasparenza nelle diverse procedure implicate nell'accertamento della morte e nel trapianto di organi. Ciò consentirà anche di rafforzare la fiducia dei cittadini, favorendone auspicabilmente la scelta libera e consapevole della donazione di organi, come atto altamente altruistico e meritorio» (*ivi*, 5).



Elemento centrale – attorno a cui ruotano i requisiti etici stabiliti nel parere – è la trasparenza e l'indipendenza reciproca tra l'interruzione delle misure di sostegno vitale, l'accertamento della morte e il prelievo degli organi, ognuna delle quali deve essere eseguita in conformità alle relative discipline. A tali principi guida è riconducibile il richiamo alla certezza dell'avvenuta morte del donatore quale presupposto eticamente e giuridicamente necessario al prelievo degli organi *post mortem*<sup>31</sup>. La *dead donor rule* costituisce, infatti, un limite invalicabile anche laddove la morte del potenziale donatore sia attesa o finanche programmata, in quanto fa seguito al rifiuto o sospensione dei trattamenti, e impone che la sua diagnosi non sia affrettata, ma condotta in osservanza dei criteri stabiliti per l'accertamento della morte secondo lo standard cardiocircolatorio<sup>32</sup>. In questo particolare ambito, l'applicazione della regola del donatore morto risulta ancor più stringente ed essenziale per evitare ogni dubbio circa un conflitto di interessi o condizionamento tra la dichiarazione di morte successiva all'interruzione delle misure di sostegno vitale e il prelievo degli organi a scopo di trapianto terapeutico<sup>33</sup>. Al medesimo scopo risponde anche il requisito organizzativo sull'alterità dei medici che accompagnano il paziente nel processo del morire, fino alla dichiarazione della morte, rispetto alle équipe incaricate delle operazioni di espanto<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> La necessità che la diagnosi di morte preceda il prelievo degli organi è prevista dagli artt. 1 e 3 della Legge n. 91/1999. Anche se, come sottolineato da F.G. MILLER, R.D. TRUOG, *Death, Dying, and Organ Transplantation. Reconstructing Medical Ethics at the End of Life*, cit., 114., «the DDR [dead donor rule] has the status of a moral axiom governing the practice of vital organ donation» tanto che «it appears self-evident».

<sup>32</sup> Vedi COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Accertamento della morte secondo il criterio cardiocircolatorio e "donazione controllata": aspetti etici e giuridici*, cit., 7 e 9.

<sup>33</sup> Nonostante la regola del donatore morto sia un prerequisito assodato nel campo dei trapianti *post mortem*, non mancano nel panorama etico-giuridico proposte che spingono al suo superamento. Il riferimento è alla c.d. *eutanasia mediante donazione* (espressione utilizzata da L. FORNI, *Eutanasia e donazione di organi. Alcune riflessioni etico-giuridiche su nuove emergenti criticità*, cit.), in base alla quale «the patient does not die as a result from the administered euthanasia drugs, but receives anesthesia before the organs, including the heart, are taken out, which then causes death» (così J. BOLLEN, D. SHAWN, G. DE WERT, et al., *Organ donation euthanasia (ODE): performing euthanasia through living organ donation*, in *Transplantation*, 104, S3, 2020, S298). Per un approfondimento su questa proposta si rimanda, *ex multis*, a F.G. MILLER, R.D. TRUOG, *Death, Dying, and Organ Transplantation. Reconstructing Medical Ethics at the End of Life*, cit., 113 ss.; D. WILKINSON, J. SAVULESCU, *Should we allow organ donation euthanasia? Alternatives for maximizing the number and quality of organs for transplantation*, in *Bioethics*, 26, 1, 2012, 32-33; I.M. BALL, R. SIBBALD, R.D. TRUOG, *Voluntary Euthanasia – Implications for Organ Donation*, in *The New England Journal of Medicine*, 379, 10, 2018, 909-911; A.J. CRONIN, *Death by Donation: Reflections on Individual Authorization, Assisted Suicide and Organ Donation*, in *Transplantation*, 98, 2014, pp. 254-256. Voci più critiche sono quelle di E.W. ELY, *Death by organ donation: euthanizing patients for their organs gains frightening traction*, in *Intensive Care Med*, 45, 2019; M. SOMMERVILLE, *Does It Matter How We Die? Ethical and Legal Issues Raised by Combining Euthanasia and Organ Transplantation*, in *The Linacre Quarterly*, 86, 4, 2019, 359-365.

<sup>34</sup> Si tratta di un requisito già presente nella Legge n. 91/199 che all'art. 18 prevede, infatti, che «i medici che effettuano i prelievi e i medici che effettuano i trapianti devono essere diversi da quelli che accertano la morte». Come evidenziato dal COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Accertamento della morte secondo il criterio cardiocircolatorio e "donazione controllata": aspetti etici e giuridici*, cit., 10, «l'indipendenza garantisce che l'accertamento della morte sia basato su dati obiettivi e che non subisca alcuna influenza o condizionamento indotti dalla finalità della donazione. Deve quindi essere escluso ogni possibile conflitto di interessi tra le équipe coinvolte nelle varie fasi del processo di accertamento e di prelievo». E ancora nelle raccomandazioni finali, al punto 4, si



Accanto a queste condizioni, già previste nella disciplina dei trapianti, si aggiungono ulteriori raccomandazioni mirate a garantire l'indipendenza del percorso di fine vita rispetto a quello di donazione. In particolare, si ritiene fondamentale che l'interruzione dei trattamenti – nelle forme e secondo le modalità prescritte dalla Legge n. 219/2017 – non venga influenzata dalla possibilità di donare gli organi dopo la morte o dalla eventuale idoneità del paziente al prelievo<sup>35</sup>. Per questa ragione il CNB sottolinea, da un lato, la necessaria indipendenza tra il personale impegnato ad effettuare le due procedure e, dall'altro, la separazione temporale tra la decisione di rifiutare o sospendere le terapie di sostegno vitale e quella in merito alla donazione, che dovrà avvenire nel pieno rispetto delle modalità di manifestazione del consenso stabilite nella Legge n. 91/1999<sup>36</sup>. Soltanto in questo modo è possibile

afferma la necessità di «garantire l'indipendenza tra la figura del curante che gestisce la persona in terapia intensiva e la figura di colui che subentra come coordinatore delle donazioni, tra l'équipe di perfusione e l'équipe dei chirurghi che effettua il prelievo» (*ivi*, 13).

<sup>35</sup> Il Comitato stabilisce, infatti, che «[i]n ogni caso la definizione della futilità/inefficacia dei trattamenti, così come l'accoglimento del rifiuto e della rinuncia ai trattamenti di sostegno vitale, e la valutazione delle DAT o pianificazione condivisa delle cure devono essere rigorosamente indipendenti dalla possibile donazione di organi e non devono essere in alcun modo influenzati da tale possibilità» (COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Accertamento della morte secondo il criterio cardiocircolatorio e "donazione controllata": aspetti etici e giuridici*, cit., 7).

<sup>36</sup> L'esigenza di garantire la separazione tra queste due decisioni fa sorgere il dubbio sulla possibilità o meno di indicare la volontà donativa nelle disposizioni anticipate di trattamento (DAT) e/o nell'ambito della pianificazione condivisa delle cure. Tale eventualità non è espressamente contemplata tra le modalità di registrazione del consenso o dissenso alla donazione (vedi *supra*). Al contempo, un simile contenuto non è previsto nemmeno dalla L. 219/2017, in base alla quale le DAT, redatte nelle forme previste dall'art. 4 co. 6, possono essere depositate presso un notaio, l'Ufficio di stato civile del Comune di residenza o le strutture sanitarie abilitate; mentre, la pianificazione condivisa delle cure, espressa in forma scritta o attraverso videoregistrazione, viene inserita nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico (art. 5 co. 4). Stando alla loro disciplina, le due diverse dichiarazioni di volontà – rispettivamente alla donazione degli organi *post mortem* e in materia di cure alla fine della vita – seguono poi percorsi distinti. Le prime, infatti, vengono registrate nel Sistema Informativo dei Trapianti (fatta eccezione per la categoria dei documenti personali, in cui rientrano gli atti olografi, il tesserino blu, le *donor card* delle associazioni di settore – escluse quelle dell'AIDO –), gestito dal Centro Nazionale Trapianti, che permette al personale sanitario di verificare la decisione dei pazienti in merito alla donazione. Per le dichiarazioni relative al fine vita, invece, è stata istituita una apposita banca dati nazionale presso il Ministero della salute per permettere la raccolta e registrazione delle DAT da parte dei soggetti autorizzati, nonché l'accesso da parte del medico curante in caso di sopravvenuta incapacità di autodeterminarsi del paziente (ex art. 1 co. 418 della L. 205/2017 e D.M. n. 168/2019, *Regolamento concernente la banca dati nazionale destinata alla registrazione delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT)*). Tralasciando le questioni attinenti alla differente natura degli atti di disposizione del corpo per scopo di trapianto e delle scelte di fine vita, le diverse modalità di formazione e gestione delle relative dichiarazioni di volontà costituiscono, ad avviso di chi si scrive, ragione sufficiente per ritenere che la decisione di donare gli organi, laddove inserita all'interno di una DAT, rischi di non essere pienamente valida. Se, infatti, la volontà donativa potrebbe rientrare nel contenuto atipico di una DAT, è altrettanto vero che il consenso alla donazione, per spiegare la sua forza, dovrebbe essere nuovamente manifestato e registrato nelle forme e nei modi previsti dalla disciplina dei trapianti. Per fare un esempio concreto, nella parte finale del modello di testamento biologico predisposto dall'Associazione Luca Coscioni – che risulta tra i più utilizzati per redigere una DAT – viene proposto al disponente di indicare la volontà di donare gli organi con l'avvertenza di rivolgersi al proprio Comune per dare piena effettività a tale disposizione (il modulo è consultabile al seguente indirizzo: <https://bit.ly/3IsCkbb>). Infine, un'ulteriore ragione per mantenere separate le modalità di manifestazione delle volontà è da rintracciare nell'oggetto del presente lavoro. Come menzionato *supra*, il prelievo degli organi a seguito dell'interruzione dei trattamenti di supporto vitale è consentito a condizione che il percorso della donazione non interferisca con quello di fine vita, al fine di evitare conflitti di interessi e forme di indebita influenza sulla libertà di autodeterminazione della persona. Al contrario, riconoscere al disponente la



rispettare e valorizzare a pieno l'autonomia decisionale dei soggetti coinvolti nelle due fasi della procedura combinata. Qualche perplessità desta l'indicazione del CNB di richiedere, quale onere aggiuntivo non previsto dalla Legge n. 219/2017, il parere di un servizio di consulenza etica o di un comitato di etica clinica ad integrazione della valutazione medica dei casi di inefficacia e futilità delle cure. Tanto più che già dalle parole del Comitato, l'importanza di tale condizione – o meglio opzione – sembra ridimensionata, in quanto subordinata alla presenza nella struttura sanitaria di simili servizi e alla compatibilità con le ristrette tempistiche della procedura<sup>37</sup>.

Il parere si sofferma, poi, sulle procedure mediche *ante mortem*, che, proprio perché condotte sul paziente nel breve periodo tra il distacco dal supporto vitale e il decesso, si collocano in una posizione delicata rispetto alla necessaria indipendenza tra il processo del morire e la donazione degli organi. Queste costituiscono una peculiarità della donazione controllata a cuore fermo e risultano indispensabili al fine preservare la funzionalità degli organi in vista del loro prelievo, a fronte del prolungato periodo di osservazione prescritto dalla normativa italiana per certificare la morte secondo il criterio cardiocircolatorio. Dal momento che tali interventi incidono sulla sfera corporale del paziente in assenza di una finalità terapeutica, una serie di cautele a tutela della dignità del morente e a garanzia della *dead donor rule* risultano doverose. Il Comitato ne ammette, pertanto, la liceità nella misura in cui risultino essenziali e proporzionati, non siano fonte di danno o sofferenze ulteriori e non determinino un'accelerazione della morte<sup>38</sup>.

Infine, le azioni mediche *ante mortem*, assieme a quelle per la conservazione degli organi dopo il decesso e alle specifiche modalità di accertamento della morte, nonché alla possibilità che il decesso avvenga in sala operatoria per agevolare lo svolgimento delle procedure necessarie al prelievo, devono essere oggetto dell'informazione fornita ai soggetti coinvolti (al paziente-donatore, laddove possibile, oppure ai familiari e al fiduciario), nel momento della discussione sull'eventuale donazione di organi *post mortem*<sup>39</sup>. Una comunicazione chiara ed esauriente – che, come sottolineato a più riprese dal CNB, sarebbe favorita, in questo specifico caso, dal contesto *controllato* del morire<sup>40</sup> – rappresenta un fattore determinante per accrescere e alimentare la fiducia verso la corretta e trasparente gestione

---

facoltà di inserire il consenso alla donazione degli organi *post mortem* in una DAT significherebbe, quindi, legittimare la contestuale formazione delle due volontà, in violazione di uno dei capisaldi della donazione controllata a seguito di morte attesa.

<sup>37</sup> «Il Comitato intende rilevare che nel caso della sospensione di trattamenti di sostegno vitale sulla base della valutazione del medico, che identifica la condizione di inefficacia o futilità delle cure, è opportuno richiedere il parere di un servizio di consulenza etica o di un comitato di etica clinica, se presenti nella struttura e compatibilmente con la tempistica molto ristretta» (*ivi*, 6). Vedi su questo aspetto anche le critiche mosse nella *Mozione di dissenso parziale dei Professori Cinzia Caporale e Maurizio Mori: il parere punta nella direzione giusta, ma invece di dare una risposta etica a tono delle sfide innovative ripropone l'antico schema ricevuto* (*ivi*, 16-17).

<sup>38</sup> *Ivi*, 8-9.

<sup>39</sup> *Ivi*, 10-12.

<sup>40</sup> Nel parere viene messa in luce un'altra particolarità della donazione controllata a cuore fermo. Infatti, «[l]e procedure per l'accertamento della morte con criterio cardiocircolatorio per una donazione "attesa" consentono che la comunicazione con la famiglia avvenga in modo non affrettato e non precipitoso. C'è tempo per coltivare una relazione di cura e di supporto nei confronti dei familiari anche nella prospettiva della donazione. Dunque, con l'accertamento di morte con criterio cardiocircolatorio, il processo che porta alla donazione "controllata" è, sotto diversi profili, qualitativamente più accurato» (*ivi*, 11).



dei pazienti al termine della vita e dei programmi di donazione, oltre a permettere di dare piena attuazione al principio secondo cui «il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura» (art. 1 co. 8, Legge n. 219/2017).

La necessità di un efficace momento informativo è sottolineata, in particolare, per le situazioni in cui il paziente si trovi in uno stato di incoscienza e la sua volontà (negativa o positiva) in merito alla donazione non sia stata precedentemente registrata. In questi casi, infatti, la domanda sul prelievo degli organi *post mortem* deve essere rivolta ai familiari, come stabilito dall'art. 23 della Legge n. 91/1999, che sono chiamati a prendere una decisione con il supporto e l'aiuto del coordinatore dei trapianti, nonché a fronte delle informazioni sopramenzionate. In questa situazione, la discussione sulla donazione deve avvenire esclusivamente a seguito della decisione di interrompere i trattamenti di mantenimento in vita, ma prima della loro effettiva sospensione e dell'inizio del periodo agonico, così da garantire il rispetto dei principi di trasparenza e indipendenza<sup>41</sup>.

### 3. Riflessioni conclusive

In anni recenti, gli orizzonti del fine vita in Italia hanno subito una "espansione" con la depenalizzazione, a certe condizioni, del suicidio medicalmente assistito ad opera della Corte costituzionale<sup>42</sup>. Questa apertura solleva nuovi interrogativi, soprattutto alla luce delle esperienze maturate da altri Paesi dove il prelievo degli organi dopo la morte è consentito anche nei soggetti che accedono a pratiche eutanasiche. La donazione di organi dopo morte medicalmente assistita<sup>43</sup> è consentita in alcuni Paesi,

<sup>41</sup> Nel parere si legge, infatti, che «si deve controllare l'eventuale manifestazione di volontà della persona a favore della donazione (*donor identification*). Se manca una sua espressa volontà negativa alla donazione e anche se questa sia positiva, i familiari devono essere informati sulle procedure di accertamento della morte con criterio cardiocircolatorio, e sulle procedure *ante* e *post mortem* finalizzate alla eventuale donazione stessa, tanto più se a fronte del silenzio del soggetto spetti loro decidere se opporsi alla donazione. Tale momento di informazione/comunicazione con i familiari deve avvenire prima della sospensione dei supporti vitali e del periodo agonico, in un momento indipendente e successivo rispetto a quello della decisione della limitazione dei trattamenti» (*ibidem*).

<sup>42</sup> Il riferimento è al famoso *caso Cappato*, dove la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 cod. pen. «nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge n. 219 del 2017 [...], agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente» (sent. 242/2019, par. 8 cons. in dir.).

<sup>43</sup> Come per la donazione controllata a cuore fermo, anche la donazione di organi dopo morte assistita – che prende il nome di *organ donation after euthanasia* – è una procedura combinata in cui il prelievo degli organi avviene a seguito di un percorso controllato e programmato del morire (mediante eutanasia o suicidio assistito), che si conclude con l'accertamento della morte secondo il criterio cardiocircolatorio.







quali Belgio, Olanda<sup>44</sup> e Canada<sup>45</sup>, dove è già stata effettuata diverse volte e, più di recente, è stata introdotta anche in Spagna<sup>46</sup>. Il suo riconoscimento – avvenuto non in via legislativa, ma *in practice* –

<sup>44</sup> Pionieri nel dibattito sul fine vita, Olanda e Belgio sono stati i primi ordinamenti a legalizzare l'eutanasia e il suicidio assistito, nel rispetto di rigide condizioni stabilite, rispettivamente, dal *Dutch Termination of Life on Request and Assisted Suicide Act*, adottato nel 2001, e dall'*Act on Euthanasia*, emanato l'anno successivo (vedi R. D'ANDREA, *Alcune osservazioni sullo stato di avanzamento degli ordinamenti giuridici europei che prevedono l'eutanasia e/o il suicidio assistito*, cit., 308 ss.). In entrambi i Paesi, la combinazione tra pratiche eutanasiche e prelievo di organi *post mortem* è ammessa da diversi anni, in osservanza di apposite procedure che ne regolano il funzionamento (cfr. O. DETRY, S. LAUREYS, M. FAYMONVILLE, et al., *Organ donation after physician-assisted death*, in *Transplant International*, 21, 2008, 915; D. YSEBAERT, G. VAN BEEUMEN, K. DE GREEF, et al., *Organ Procurement After Euthanasia: Belgian Experience*, in *Transplantation Proceedings*, 41, 2009, 585-586; J. BOLLEN, R. TEN HOOPEN, D. YSEBAERT et al., *Legal and ethical aspects of organ donation after euthanasia in Belgium and the Netherlands*, in *Journal of Medical Ethics*, 42, 2016, 486-489; J. BOLLEN, W. DE JONGH, J. HAGENAARS et al., *Organ Donation After Euthanasia: A Dutch Practical Manual*, in *American Journal of Transplantation*, 16, 2016, 1967-1972; O. DETRY, D. VAN DEYNSE, H. VAN VLIERBERGHE, J. PIRENNE, *Organ Procurement and Transplantation in Belgium*, in *Transplantation*, 101, 9, 2017, 1953-1955; G. VAN DIJK, R. VAN BRUCHEM-VISSER, I. DE BEAUFORT, *Organ donation after euthanasia, morally acceptable under strict procedural safeguards*, in *Clinical Transplantation*, 32, 2018; P. EVRARD (ed.), *Donation After Circulatory Death (DCD). A Belgian consensus*, 2020, J. BOLLEN, R. TEN HOOPEN, D. YSEBAERT et al., *Organ donation after euthanasia in the Netherlands*, in *Netherlands Journal of Critical Care*, 30, 3, 2022).

<sup>45</sup> Con il Bill C-14, *An Act to Amend the Criminal Code and to Make Related Amendments to Other Acts (Medical Assistance in Dying)*, 1st Sess, 42nd Parl, 2016 (assented to 17 June 2016), SC 2016, c 3, il suicidio medicalmente assistito (c.d. *assisted suicide*) e l'eutanasia (c.d. *voluntary euthanasia*) – sotto il nome di *medical assistance in dying* (MAiD) – sono stati depenalizzati a livello federale, a seguito della decisione della Corte Suprema di dichiarare l'incostituzionalità del divieto della *physician-assisted death* al ricorrere di determinate condizioni (vedi *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5; commentata da M. TOMASI, *Alla ricerca di una disciplina per il suicidio medicalmente assistito in Canada: dal divieto penale a un articolato regime di controlli e cautele - Canada Supreme Court: Carter v. Canada (Attorney General)*, in *DPCE online*, 2, 2015. Per un approfondimento si rimanda a T. MCMORROW, *Voluntary Euthanasia, Assisted Suicide & Law Reform: A Sketch of the Canadian Experience*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2019). Fin da subito, queste novità sul piano biogiuridico hanno aperto un vivace dibattito sull'opportunità di combinare la richiesta eutanastica con la donazione degli organi *post mortem* (sul punto vedi J. ALLARD, M.C. FORTIN, *Organ donation after medical assistance in dying or cessation of life-supporting treatment requested by conscious patients: the Canadian context*, in *J. Med Ethics*, 2016, 1-5; I.M. BALL, R. SIBBALD, R.D. TRUOG, *Voluntary Euthanasia – Implications for Organ Donation*, in *The New England Journal of Medicine*, 379, 10, 2018, 909-911), che ha portato all'introduzione di tale procedura in British Columbia, Ontario e Québec (cfr. J. DOWNAR, S.D. SHERMIE, C. GILLRIE, *Deceased organ and tissue donation after medical assistance in dying and other conscious and competent donors: guidance for policy*, in *Canadian Medical Association Journal*, 191, 22, 2019 June 11; I.M. BALL, A. HALEY, S. KEENAN et al., *Organ Donation after Medical Assistance in Dying – Canada's First Cases*, in *The New England Journal of Medicine*, 382, 6, 2020).

<sup>46</sup> La *Ley Orgánica de regulación de la eutanasia* è stata approvata il 18 marzo 2021, configurando l'eutanasia e il suicidio assistito come veri e propri diritti sociali (sul punto si vedano G. ARRUEGO, *El camino hasta la legalización de la muerte asistida en España*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, in particolare 237 ss.; R. D'ANDREA, *Alcune osservazioni sullo stato di avanzamento degli ordinamenti giuridici europei che prevedono l'eutanasia e/o il suicidio assistito*, cit., 314 ss.). A seguito dell'entrata in vigore della legge, si sono già registrati i primi casi di donazione degli organi a seguito di morte assistita (vedi C. KING, *Two euthanasia patients in Spain donated their organs*, in *EuroWeekly News*, 22 novembre 2021, <https://euoweeklynews.com/2021/11/22/two-euthanasia-patients-in-spain-donated-their-organs/>; O. BATRES, *España ya ha trasplantado los órganos de 7 pacientes que pidieron eutanasia*, in *Redacción Médica*, 21 gennaio 2022, <https://www.redaccionmedica.com/secciones/sanidad-hoy/espana-ya-ha-trasplantado-los-organos-de-7-pacientes-que-pidieron-eutanasia-9511>, ultima consultazione: 17/12/2022), che hanno portato all'elaborazione di un protocollo nazionale volto a regolare la procedura combinata, definendo addirittura quale «obbligo del sistema sanitario [quello di] garantire questa opzione alle persone che la contemplan come parte del loro percorso di fine vita» (ORGANIZACIÓN NACIONAL DE TRASPLANTES,







è strettamente legato al rispetto delle stringenti condizioni poste a tutela degli aspetti etici e giuridici coinvolti, che almeno in parte coincidono con le raccomandazioni avanzate dal CNB in merito alla donazione controllata a cuore fermo<sup>47</sup>. Tuttavia, le differenze esistenti tra i percorsi di fine vita preliminari al prelievo degli organi sono alla base di alcune peculiarità della donazione a seguito della morte assistita. Queste meritano alcune considerazioni soprattutto in vista della possibilità, *pro futuro*, di includere nel *pool* dei donatori anche i pazienti che possono legittimamente accedere al suicidio medicalmente assistito nel nostro Paese.

Un primo aspetto riguarda la volontà di donare. Ampiamente condivisa è la regola dell'indipendenza tra il percorso del morire e quello di donazione, motivo per cui la discussione sull'eventuale prelievo di organi *post mortem* deve essere collocata temporalmente in un momento successivo alla decisione di accedere alla prestazione eutanasi, che deve svolgersi nel pieno rispetto della procedura prevista dalla legge<sup>48</sup>. Una volta soddisfatti i criteri per l'approvazione dell'eutanasi o del suicidio assistito, resta però da capire se sia o meno opportuno informare il paziente della possibilità di donare i propri organi dopo la morte. L'approccio seguito dai Paesi che attualmente effettuano questa procedura è diverso. Infatti, in Ontario e Québec, l'organizzazione responsabile della donazione di organi o il medico incaricato si rivolgono direttamente ai pazienti per informarli e discutere di tale opzione<sup>49</sup>; mentre Belgio e Olanda sembrano prediligere un approccio più cauto, subordinando la discussione all'iniziativa

---

*Protocolo nacional de donación de órganos tras la aplicación de la prestación de ayuda para morir*, giugno 2022, 8, <https://bit.ly/3SPXsoc>. Per una panoramica sullo stato di avanzamento dell'*organ donation after euthanasia* nei Paesi menzionati, si rimanda a J. MULDER, H. SONNEVELD, A. HEALEY, D. VAN RAEMDONCK, et al., *Practice and challenges for organ donation after medical assistance in dying: A scoping review including the results of the first international roundtable in 2021*, in *American Journal of Transplantation*, 22, 2022.

<sup>47</sup> Ci si riferisce alle misure a presidio dell'indipendenza tra le diverse fasi della donazione degli organi a seguito di morte assistita, quali il rispetto della regola del donatore morto, la distinzione del personale medico impiegato nelle procedure e la separazione temporale tra la richiesta di essere aiutati a morire e la manifestazione della volontà di donare gli organi dopo la morte.

<sup>48</sup> J. MULDER, H. SONNEVELD, A. HEALEY, D. VAN RAEMDONCK, et al., *Practice and challenges for organ donation after medical assistance in dying: A scoping review including the results of the first international roundtable in 2021*, cit., 2770 ss.

<sup>49</sup> Sul punto si rimanda a CANADIAN BLOOD SERVICES, *Appendix 1 (as supplied by the authors): Deceased organ and tissue donation after medical assistance in dying and other conscious and competent donors: guidance for policy*, June 3 2019, 19. Per quanto riguarda l'Ontario si vedano i *Principle Statements: Deceased Donation Following MAID* contenuti in TRILLIUM GIFT OF LIFE NETWORK, *Organ and Tissue Donation after Medical Assistance in Dying: Program Development Toolkit*, 2018, 1, ([https://www.giftoflife.on.ca/resources/pdf/healthcare/MAID\\_Program\\_Development\\_Toolkit\\_for\\_Hospitals\\_\(Sept\\_10\\_2018\).pdf](https://www.giftoflife.on.ca/resources/pdf/healthcare/MAID_Program_Development_Toolkit_for_Hospitals_(Sept_10_2018).pdf)); mentre, il disaccordo inizialmente esistente in Québec su tale opportunità è approfondito da J. ALLARD, M.C. FORTIN, *Organ donation after medical assistance in dying or cessation of life-supporting treatment requested by conscious patients: the Canadian context*, cit., in particolare 3-4. Per questo motivo, in J. DOWNAR, S.D. SHERMIE, C. GILLRIE, *Deceased organ and tissue donation after medical assistance in dying and other conscious and competent donors: guidance for policy*, cit., E609, si raccomanda che «All eligible, medically suitable patients should be given an opportunity to consider organ and tissue donation, consistent with provincial or territorial required referral legislation, regional policy and ethical principles of respect for autonomy and self-determination. However, this must be reconciled with regional values and health care culture. Initially, some jurisdictions might prefer to begin with systems that respond only to patient-initiated requests».





del paziente<sup>50</sup>. Per quanto riguarda, invece, l'ordinamento spagnolo, esso si avvicina al modello canadese, in quanto è il medico responsabile ad affrontare l'argomento della donazione con il paziente, nell'ambito del processo deliberativo che segue alla prima richiesta per ottenere la prestazione di aiuto a morire<sup>51</sup>.

Inoltre, a prescindere dalle ordinarie modalità di manifestazione e registrazione della volontà di donare gli organi, si ritiene che il paziente debba prestare in prima persona e in forma espressa il proprio consenso informato al prelievo degli organi a seguito del suicidio assistito o dell'eutanasia<sup>52</sup>. La volontà di donare i propri organi è espressione del diritto all'autodeterminazione e deve essere il risultato di una decisione ponderata e autentica, che dovrebbe essere condivisa anche con i familiari, in modo che tutti i soggetti coinvolti siano pienamente consapevoli dei passi necessari per eseguire con successo la procedura combinata. Tanto più se si considera che la donazione a seguito di eutanasia o suicidio assistito richiede particolari misure mediche e organizzative allo scopo di non compromettere la funzionalità degli organi prelevabili, come il ricovero del paziente in ospedale durante la somministrazione del

<sup>50</sup> J. BOLLEN, R. TEN HOOPEN, D. YSEBAERT et. al., *Organ donation after euthanasia in the Netherlands*, cit., 89; riportano che «Only after a positive decision about the patient's euthanasia request can the patient request to donate his organs following euthanasia», ma al contempo riconoscono – inserendolo all'interno delle *future perspectives and challenges* – che «the dilemma whether to inform the patient about the possibility of organ donation after euthanasia is unexplored» (ivi, 92). Si parla di un vero e proprio *physician's dilemma*, in quanto, da un lato, informare il paziente di questa opportunità può determinare una rottura del rapporto di fiducia con il medico ed essere percepito dai pazienti come una forma di pressione esterna per dare il proprio consenso all'eutanasia; ma, dall'altro lato, è solo grazie alla conoscenza di tutte le opzioni disponibili che il paziente può prendere una decisione realmente consapevole, nonché rispettosa della propria autonomia e libertà di scelta. Tanto che alcuni autori ritengono che «not discussing the option of organ donation only respects the autonomy of those who are well informed» (J. BOLLEN, W. DE JONGH, J. HAGENAAERS et. al., *Organ Donation After Euthanasia: A Dutch Practical Manual*, cit., in particolare 1969). Su questo aspetto si rimanda anche a J. BOLLEN, R. TEN HOOPEN, D. YSEBAERT et. al., *Legal and ethical aspects of organ donation after euthanasia in Belgium and the Netherlands*, cit., in particolare 488; G. VAN DIJK, R. VAN BRUCHEM-VISSER, I. DE BEAUFORT, *Organ donation after euthanasia, morally acceptable under strict procedural safeguards*, in *Clinical Transplantation*, 32, 2018, 5; G. GIAIMO, *Decisioni sul termine della vita e donazione degli organi. Spunti comparatistici per una futura disciplina*, cit., 316 ss.

<sup>51</sup> La ORGANIZACIÓN NACIONAL DE TRASPLANTES, *Protocolo nacional de donación de órganos tras la aplicación de la prestación de ayuda para morir*, cit., 9-10, stabilisce che «cuando una persona haya presentado la primera solicitud de PAM [prestación de ayuda para morir], el médico responsable (MR), en el marco del proceso deliberativo que establece la LORE [Ley Orgánica de regulación de la eutanasia], podrá informar al paciente de que existe la posibilidad de ser donante de órganos tras la realización de la PAM. [...] De este modo, se garantiza que las personas que solicitan la PAM puedan recibir información sobre la donación si lo desean y no sólo aquellos que han tenido acceso previo a esta información». Per un approfondimento sulla procedura per ottenere la prestazione di aiuto a morire vedi F. LAZZERI, *Dum Romae (non) consulitur, la Spagna approva una legge che disciplina l'eutanasia attiva, in sistema penale*, 22 marzo 2021, <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/lazzeri-spagna-legge-eutanasia>, ultima consultazione 17/12/2022; U. ADAMO, *L'aiuto a morire nell'ordinamento spagnolo e definizione del contesto eutanasiaco*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, in particolare 206 ss.

<sup>52</sup> La necessità di un consenso espresso alla donazione a seguito di morte assistita è stabilita anche in ordinamenti, come il Belgio e la Spagna, dove vige un sistema di *opt-out* o consenso presunto (vedi P. EVRARD (ed.), *Donation After Circulatory Death (DCD). A Belgian consensus*, 24 e 57; ORGANIZACIÓN NACIONAL DE TRASPLANTES, *Protocolo nacional de donación de órganos tras la aplicación de la prestación de ayuda para morir*, cit., 8).





farmaco letale, così da poter essere tempestivamente trasportato in sala operatoria dopo la dichiarazione di morte<sup>53</sup>, ma anche gli interventi *ante mortem*<sup>54</sup>.

Altro elemento distintivo concerne la politica sull'allocazione degli organi prelevati da pazienti sottoposti a pratiche eutanasiche. Un'organizzazione incaricata di tale compito in Belgio e in Olanda ha, infatti, raccomandato che l'assegnazione degli organi così prelevanti sia limitata solo ai Paesi in cui tale tipologia di donazione è consentita e che il ricevente venga informato sulla provenienza degli organi, nel rispetto dell'anonimato del donatore, e abbia la possibilità di acconsentire o rifiutare il trapianto<sup>55</sup>. Si tratta di una sorta di clausola di coscienza volta a tutelare le preferenze personali e i valori del potenziale ricevente nei confronti di una modalità di accompagnamento alla morte che, benché sempre più diffusa, risulta ancora moralmente controversa. Questa rappresenta una possibilità inusuale nell'ordinario contesto trapiantologico dove, in linea di principio, l'allocazione degli organi si fonda su ragioni di idoneità clinica e immunologica e sulla valutazione del rischio per il ricevente<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> J. BOLLEN, R. TEN HOOPEN, D. YSEBAERT et. al., *Legal and ethical aspects of organ donation after euthanasia in Belgium and the Netherlands*, cit., 487. Come evidenziato da J. MULDER, H. SONNEVELD, A. HEALEY, D. VAN RAEMDONCK, et al., *Practice and challenges for organ donation after medical assistance in dying: A scoping review including the results of the first international roundtable in 2021*, cit., 2760, 2767-2769, a partire dal 2017 sono stati sviluppati i primi protocolli per la *organ donation euthanasia from home* (ODEH), per consentire ai pazienti di accedere alla procedura combinata, senza dover rinunciare al fatto che essa venga effettuata (almeno in parte) in un contesto domestico (per maggiori dettagli si vedano anche J. MULDER, H. SONNEVELD, *Organ donation following euthanasia starting at home*, in *Transpl International*, 30,10, 2017; Id., *Organ donation after medical assistance in dying at home*, in *Canadian Medical Association Journal*, 190, 44, 2018; ma anche La Organización Nacional de Trasplantes, *Protocolo nacional de donación de órganos tras la aplicación de la prestación de ayuda para morir*, cit., 17 ss.).

<sup>54</sup> J. MULDER, H. SONNEVELD, A. HEALEY, D. VAN RAEMDONCK, et al., *Practice and challenges for organ donation after medical assistance in dying: A scoping review including the results of the first international roundtable in 2021*, cit., 2773, riportano che «for the valid donor pathway consent, all premortal interventions for the recipient's benefit must be discussed with the MAiD patient in terms of their necessity and impact on the end-of-life experience, bearing in mind the patient's aims and wishes for the end-of-life experience. Every premortal intervention should be carefully analyzed to establish its benefit/harm ratio».

<sup>55</sup> Vedi EUROTRANSPLANT, *Annual Report*, 2008, 24, <https://bit.ly/3ZoLVi2> (ultima consultazione 17/12/2022). Al contrario in J. DOWNAR, S.D. SHEMIE, C. GILLRIE, *Deceased organ and tissue donation after medical assistance in dying and other conscious and competent donors: guidance for policy*, in *Canadian Medical Association Journal*, June 3 2019, si raccomanda «That an organ donor received MAiD should not be disclosed to the potential recipient during allocation; however, medically relevant information regarding their underlying disease may be disclosed according to guidelines for exceptional distribution, where applicable». Similmente, nel *Protocolo nacional de donación de órganos tras la aplicación de la prestación de ayuda para morir*, 27-28, si afferma che «las circunstancias del fallecimiento (en este caso la PAM) no tienen relevancia en la eficacia del trasplante ni la seguridad del receptor, pertenecen a la esfera de la intimidad de la persona, por lo que no deben revelarse».

<sup>56</sup> È interessante rilevare che in Italia esistono situazioni in cui il ricevente deve dare il proprio consenso informato ad un determinato trapianto, come per l'utilizzo di organi in stato non ottimale. Tuttavia, in questo caso tale richiesta è motivata dalle caratteristiche dell'organo – proveniente da un soggetto affetto da una determinata patologia, come per esempio l'epatite C –, e dalla necessità di valutare i rischi collegati al suo impianto, e non dalle circostanze della morte del donatore. Il tema dei trapianti di organi in stato non ottimale è approfondito dal COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *In merito all'utilizzo di organi provenienti da donatori anti-HCV positivi e HCV-RNA positivi per il trapianto di pazienti anti-HCV negativi (Risposta a un quesito sottoposto al Comitato Nazionale per la Bioetica da parte del Centro Nazionale Trapianti dell'Istituto Superiore di Sanità)*, 12 luglio 2018.



Quelle sopra elencate sono soltanto alcune delle peculiarità che regolano il funzionamento della donazione degli organi a seguito di pratiche eutanasiche. Si tratta di elementi significativi che necessitano di approfondimento e valutazione accurata da parte degli operatori del settore – similmente a quanto fatto per la donazione controllata a cuore fermo –, soprattutto in vista della piena attuazione nel nostro Paese del suicidio medicalmente assistito. Il percorso su questo fronte pare ancora lungo e irto di ostacoli<sup>57</sup>, ma questo non deve impedire di avviare una riflessione condivisa e interdisciplinare sugli aspetti medico-scientifici e sulle questioni etiche e giuridiche coinvolte nell'eventuale introduzione della donazione a seguito della morte assistita, per farsi trovare pronti quando i tempi saranno maturi.

---

<sup>57</sup> Nel corso della XVIII legislatura, la Camera dei deputati aveva approvato, in data 10 marzo 2022, un disegno di legge in tema di morte volontaria medicalmente assistita (disegno di legge A.S. n. 2553), il cui *iter* si è arrestato per la fine della legislatura stessa. Lo scorso 13 ottobre è stato presentato al Senato della Repubblica un disegno di legge (A.S. n. 104 contenente *Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita*), che sostanzialmente ricalca il testo precedentemente approvato alla Camera, con l'obiettivo di riportare in sede parlamentare la discussione su questo (il testo è reperibile al seguente indirizzo: <https://bit.ly/3YjGEHf>, ultima consultazione 17/12/2022). Nella stessa giornata, alla Camera dei deputati è stato riproposto il testo unificato approvato nella precedente legislatura (proposta di legge A.C. n. 87 contenente *Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita*, consultabile al seguente indirizzo: <https://bit.ly/3ltnOQt>), assieme ad un altro progetto di legge sul medesimo argomento (proposta di legge A.C. n. 251, consultabile al seguente indirizzo: <https://bit.ly/3xbwaOX>).



## Prova di testo normativo in materia di aiuto medico a morire

*Il presente documento nasce da una discussione che ha impegnato il Gruppo di lavoro "Per un diritto gentile"<sup>1</sup> da gennaio a luglio del 2022. Le diverse posizioni sul tema risultano dal Dialogo pubblicato nella Rivista "Responsabilità medica" (fasc. 1/2022). Le adesioni alla proposta sono a titolo personale: non impegnano tutti i partecipanti del gruppo, né vanno imputate agli enti di riferimento. L'elenco dei firmatari è rinvenibile in <https://undirittogentile.wordpress.com/>.*

### Art. 1. Finalità

**1.** La presente legge disciplina la richiesta di aiuto medico a morire, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 3, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché delle norme che disciplinano la relazione di cura e l'assistenza sanitaria.

**2.** In relazione alle condizioni ed esigenze della persona richiedente, l'aiuto medico a morire può consistere nel sostegno all'autosomministrazione o nella somministrazione da parte del medico di farmaci adeguati allo scopo.

<sup>1</sup> Il gruppo *Undirittogentile*, il cui coordinamento fa capo al Dipartimento di Scienze Politiche Giuridiche e delle Relazioni Internazionali dell'Università di Padova, riunisce su scala nazionale ad oggi circa centocinquanta aderenti tra studiosi, professionisti, operatori in campo giuridico, medico, medico-legale, etico, psicologico, della comunicazione. Aderiscono, inoltre, associazioni interessate ai problemi della fragilità. Nato nel 2012 con l'obiettivo di promuovere una cultura giuridica adeguata alla specificità della relazione di cura, il gruppo opera in quest'ambito con svariate iniziative di carattere nazionale e locale. L'intenso dibattito tra i suoi numerosi componenti trova espressione in interventi pubblici e nella pubblicazione di interventi sia sulla stampa sia in diverse sedi scientifiche tra cui le Riviste "Nuova Giurisprudenza Civile

**3.** L'aiuto a morire si realizza nell'ambito della relazione di cura e di fiducia già in atto o avviata con la richiesta di aiuto di cui all'art. 2.

### Art. 2. Richiesta di aiuto medico a morire

**1.** La persona affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psichiche vissute come intollerabili, e che sia capace di prendere decisioni libere e consapevoli, può chiedere ad un medico di sua fiducia, o ad un medico individuato su sua richiesta dall'azienda ospedaliera o dall'azienda sanitaria locale, di essere aiutata a porre termine alla propria vita.

**2.** La richiesta di aiuto medico a morire, acquisita nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni della persona, è documentata in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare.

**3.** Il medico cui la richiesta è rivolta procede, in dialogo con il paziente, a valutare la presenza dei requisiti di cui al comma 1°; informa la persona e, se questa acconsente, anche i familiari o altre persone dalla stessa indicate, sulle cure palliative e sugli altri interventi sanitari possibili nella

Commentata", "BioLaw Journal- Rivista di Biodiritto" e "Responsabilità medica". L'attività si estende alla collaborazione con varie Società scientifiche per gli aspetti giuridici di linee-guida e protocolli e con i Dipartimenti universitari in cui è insediato per iniziative di ricerca e di didattica e organizzazione di convegni e seminari. Sono al momento attivi Osservatori locali istituiti a Padova, Bologna e Trento. Il gruppo si fa inoltre promotore di proposte normative, sia che si tratti di testi articolati autonomamente, sia che si tratti di proposte di modifiche o emendamenti a progetti di disciplina già in corso di elaborazione o di vaglio. In tale ottica il gruppo ha anche contribuito alla preparazione della legge n. 219/2017.

situazione data. Nel rispetto della identità della persona, e con il consenso della stessa, il medico promuove azioni di sostegno anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica e spirituale.

**4.** Ove, a seguito di quanto indicato al comma precedente, la persona confermi di voler essere aiutata a morire, il medico registra nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico la richiesta del paziente, la sussistenza di una patologia irreversibile, la condizione di intollerabilità delle sofferenze fisiche o psichiche e ogni attività svolta in relazione alla richiesta stessa e la trasmette senza indugio alla Direzione sanitaria competente.

#### **Art. 3. Procedura di verifica delle condizioni**

**1.** La Direzione sanitaria designa immediatamente un medico come responsabile della procedura e con la sua collaborazione, sentito il medico di fiducia, individua gli altri esperti necessari, anche tenendo conto della particolare vulnerabilità del richiedente. Del collegio fanno parte, oltre al medico responsabile della procedura, almeno un altro medico esperto nella patologia da cui è affetta la persona, un medico-legale, ed uno psicologo clinico. Il collegio provvede senza indugio a sentire la persona con le modalità più consone alle sue condizioni e procede alla verifica dei requisiti di cui all'art. 2, comma 1, della presente legge. Il paziente può farsi assistere dal medico di fiducia.

**2.** Il medico responsabile della procedura registra nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico la persistenza della richiesta della persona di aiuto medico a morire, la sussistenza di tutti i requisiti richiesti per potervi accedere e ogni attività svolta in relazione alla richiesta stessa. Qualora il collegio non accolga la richiesta, il rifiuto deve essere adeguatamente motivato e la persona può chiedere la nomina di

un collegio con diversa composizione, che dovrà essere costituito entro 8 giorni.

#### **Art. 4. Prestazione dell'aiuto medico a morire**

**1.** Qualora il collegio accolga la richiesta, il medico responsabile della procedura provvede senza indugio a concordare con la persona le modalità di prestazione dell'aiuto medico più adeguate alle sue condizioni ed esigenze e le comunica alla Direzione sanitaria.

**2.** La Direzione sanitaria provvede tempestivamente a individuare un medico e il personale sanitario che attueranno la procedura, tenendo conto delle richieste del paziente e della eventuale disponibilità dei professionisti già intervenuti.

**3.** Il medico individuato ai sensi del comma 2, verificata la persistenza della volontà della persona di procedere con l'aiuto medico a morire, fornisce, con la collaborazione del personale sanitario, l'assistenza concordata con il paziente, procede alla constatazione della morte e redige un verbale dell'attività svolta. Il verbale è inserito nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico.

**4.** Il medico, il personale sanitario e tutti coloro che abbiano partecipato in qualsiasi forma alla procedura di aiuto medico a morire, secondo le modalità previste dalla presente legge, sono esenti da responsabilità civile o penale.

#### **Art. 5. Disponibilità del personale sanitario**

**1.** La libera dichiarazione di disponibilità da parte dei medici e del personale sanitario a prestare l'aiuto a morire è registrata dalla Direzione sanitaria dell'azienda ospedaliera o dell'azienda sanitaria locale in cui il personale opera, in regime di dipendenza o in convenzione, e aggiornata annualmente.

**2.** Il professionista sanitario può in qualsiasi momento ritirare la propria disponibilità; in tal caso è rimosso con effetto immediato dal registro.



**Art. 6. Obblighi delle strutture sanitarie**

1. Ogni azienda ospedaliera o azienda sanitaria locale deve garantire con proprie modalità organizzative la piena e corretta attuazione dei principi di cui alla presente legge, anche assicurando l'adeguata formazione del personale.

2. È fatto obbligo di assicurare lo svolgimento delle procedure di aiuto medico a morire e la disponibilità del personale necessario alla loro realizzazione.

3. La Regione garantisce e controlla l'attuazione della presente legge anche attraverso la mobilità del personale.

**Art. 7. Disposizioni finali**

1. Entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, il 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, con proprio decreto:

a) indica i requisiti delle strutture del Servizio sanitario nazionale idonee ad accogliere le

persone che fanno richiesta di aiuto medico a morire;

b) definisce i protocolli e le modalità per la prescrizione, la preparazione, il coordinamento e la sorveglianza della procedura di aiuto medico a morire;

c) definisce le procedure necessarie ad assicurare il sostegno psicologico alla persona malata e ai suoi familiari;

d) determina le modalità di custodia e di archiviazione delle richieste di aiuto medico a morire e di tutta la documentazione ad essa relativa in forma digitale;

e) definisce le modalità di un'informazione capillare sulle possibilità offerte dalla legge 22 dicembre 2017, n. 219;

f) definisce le modalità di monitoraggio e di potenziamento della Rete di cure palliative che garantisca la copertura efficace e omogenea di tutto il territorio nazionale.

2. Il Ministro della salute presenta annualmente alle Camere una relazione sullo stato di attuazione delle disposizioni della presente legge.



## Una legge “gentile” sull’aiuto medico a morire?

**Mariassunta Piccinni**

Professoressa associata di diritto privato, Università degli Studi di Padova. Mail: [mariassunta.piccinni@unipd.it](mailto:mariassunta.piccinni@unipd.it).

### 1. Introduzione

Questo scritto si propone di avviare una discussione attorno ad una “prova di testo normativo” in materia di aiuto medico a morire, predisposta, a seguito di un ciclo di seminari interni al gruppo di lavoro “Per un Diritto Gentile”, da un gruppo di studio interdisciplinare<sup>1</sup>, e quindi fatta propria dagli aderenti che l’hanno sottoscritta<sup>2</sup>.

Il documento è stato elaborato tra gennaio e luglio 2022 mentre in Italia, sul piano giurisprudenziale, si assisteva alle prime applicazioni nei Tribunali della sentenza della Corte cost. n. 242/2019 rispetto all’art. 580 cod. pen. e la stessa Consulta dichiarava l’inammissibilità del referendum abrogativo proposto sull’art. 579 c.p.<sup>3</sup>; intanto, sul piano del dibattito parlamentare, si creava un’ampia convergenza su un testo di legge, noto come d.d.l. Bazoli, convergenza poi vanificata dalla conclusione anticipata della legislatura<sup>4</sup>.

La “prova di testo” si presenta come strumento e proposta per riflettere su due questioni: da un lato, l’opportunità stessa di un intervento legislativo – se intervenire; dall’altro, le possibilità di una disciplina “gentile” in questo difficile ambito – come intervenire con una legge<sup>5</sup>. Non si trattava allora, né si tratta ora, di proporre in sede politica un “progetto di legge” definito e completo, ma, piuttosto, di offrire uno «spunto concreto di riflessione politico-giuridica», di fare insomma circolare «idee in forma normativa» riprendendo e allargando la discussione sul tema dell’aiuto medico a morire<sup>6</sup>.

La premessa metodologica si può riassumere nei seguenti punti.

Se si conviene sul fatto che «non esiste questione giuridica che possa essere risolta *efficacemente* senza tener conto delle *verità del rapporto*», quando il rapporto da regolare sia quello che si instaura tra medico e paziente, si tratta, più precisamente, di «*creare le condizioni* perché la relazione di cura divenga *capace di apprendimento riguardo ai valori che si affermano nelle norme*»<sup>7</sup>.

In quest’ottica, vanno affrontati gli specifici problemi che emergono nella relazione. Il bilanciamento tra gli interessi, individuali e generali, che rilevano rispetto allo scopo ultimo di promuovere “il pieno sviluppo della persona umana”, anche attraverso la tutela e promozione dei «diritti

<sup>1</sup> M. Azzalini, L. Busatta, P. Benciolini, E. Cadamuro, F. Giardina, L. Orsi, E. Palermo, M. Piccinni, D. Provolo, D. Rodriguez, M. Vergano, P. Zatti.

<sup>2</sup> <https://bit.ly/3nKKgpe>.

<sup>3</sup> Corte cost., 2 marzo 2022, n. 50. Nella giurisprudenza di merito v., ad esempio: Corte di assise Massa, 27 luglio 2020, e Corte di assise d’appello Genova, 28 aprile 2021; Trib. Ancona, ord. 26 marzo 2021 e Trib. Ancona, ord. 9 giugno 2021; Trib. Ancona, ord. 18 gennaio 2022.

<sup>4</sup> Si tratta del testo unificato C. n. 3101/2021, XVIII legisl. (rel. Bazoli e Provenza), approvato alla Camera il

10 marzo 2022, e, quindi, trasmesso al Senato come d.d.l. S. n. 2553/2022, XVIII legisl., *Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita*. Per comodità, ci si riferirà a questo testo come d.d.l. Bazoli.

<sup>5</sup> V. per tutti già P. ZATTI, *Dal consenso alla regola: il giurista in bioetica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, 532 ss.

<sup>6</sup> V. in senso analogo P. ZATTI, *Per un diritto gentile in medicina. Una proposta di idee in forma normativa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1, II, 2013, 1 s., ad introduzione della *Prova di testo normativo sulla relazione di cura*.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni ove si svolge la sua personalità» (v. gli artt. 2 e 3 Cost.) non può prescindere dai diversi piani – psicologico, culturale, tecnico, organizzativo. Le ingerenze non necessarie nelle scelte individuali o le burocratizzazioni inutili sono da evitare.

Occorre dunque partire dall'*analisi della realtà*, ricostruita da diverse prospettive (sociali, esperienziali, disciplinari, professionali) per *rilevare ed interpretare la richiesta sociale* di ricorso al diritto e per elaborare una *risposta giuridica adeguata*, nella consapevolezza delle *conseguenze dell'intervento sui diritti dei singoli e sull'ordinamento giuridico/società nel complesso*.

Quanto alla prima questione (*se intervenire*) nella discussione sviluppata nell'ambito del Diritto gentile è emersa una posizione tendenzialmente contraria ad un intervento del legislatore sull'aiuto medico a morire, determinata principalmente dalle condizioni attuali del servizio sanitario nazionale, con particolare riguardo all'effettività dell'erogazione delle cure palliative<sup>8</sup>. Nei fatti, dopo le vicende politiche – successive al momento in cui questo documento è stato elaborato – che hanno portato alle elezioni anticipate, sembra difficile immaginare che possano determinarsi a breve in Parlamento nuove convergenze su un testo di legge che regoli la materia.

<sup>8</sup> V. le posizioni espresse da C. VIAFORA, *Questioni etiche di fine vita: il paradigma della dignità*, 9 ss. e S. CANESTRARI, *I dilemmi dell'aiuto medico a morire nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, 71 ss., in AA. VV., *Etica, medicina e diritto – Dialogo sull'aiuto medico a morire dai Seminari del gruppo "Undirittogentile"*, numero monografico di *Resp. med.*, 1, 2022.

<sup>9</sup> Così, in altro contesto, P. ZATTI, *Per un diritto gentile in medicina*, cit., 1.

<sup>10</sup> Se la sent. n. 242/2019 è chiara nell'escludere che per il personale sanitario vi sia un obbligo di procedere all'aiuto medico a morire, vi sono più dubbi su quali siano gli obblighi di attivazione in capo alle

strutture sanitarie. V. per tutti: L. BUSATTA; N. ZAMPERETTI, *Scelte di (fine) vita: cambia il diritto, può cambiare la medicina?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2020, 669 ss. Sulle difficoltà legate alla gestione delle richieste, v. ad esempio G. MARSICO; D. BONUCCELLI, *La prima richiesta di "suicidio medicalmente assistito" in Toscana: il ruolo del comitato per l'etica clinica, il percorso intrapreso dalla Az. USL Toscana Nord Ovest*, in AA.VV., *Etica, medicina e diritto – Dialogo sull'aiuto medico a morire*, cit., 37 ss. Sulle vicende relative alla riforma ministeriale dei Comitati etici, si pensi solo al dibattito che ha accompagnato lo schema di decr. diffuso dal Ministero della Salute ad inizio 2022 (per alcune

Resta, però, un dato di partenza che è stato determinante nell'elaborazione del documento qui presentato. Con la sent. n. 242/2019, la Corte costituzionale ha aperto una possibilità di accedere all'aiuto medico a morire. L'intervento della Consulta ha creato problemi di varia natura, legati alla mancanza di chiarezza su: i) le procedure per accedere alle strutture pubbliche del servizio sanitario nazionale ai fini della "verifica delle condizioni che rendono legittimo l'aiuto al suicidio"; ii) le stesse condizioni che permettono di accedere all'aiuto medico, con particolare riguardo all'interpretazione del requisito dell'essere "tenuti in vita da trattamenti di sostegno vitale"; iii) la possibilità, infine, di accedere alla prestazione di aiuto medico a morire presso strutture pubbliche.

Le incongruenze dell'ordinamento, e la conseguente mancanza di quella "giusta certezza" su quanto «si chiede al medico, su quanto può e quanto deve fare soprattutto nelle situazioni critiche»<sup>9</sup>, rendono difficile ottenere l'aiuto medico anche per coloro che, in base alla sent. della Corte cost. n. 242/2019, sarebbero legittimati a chiederlo; in speculare difficoltà si trovano medici e strutture pubbliche che vogliono dare risposte adeguate ai pazienti loro affidati che chiedano un "aiuto a morire"<sup>10</sup>.

strutture sanitarie. V. per tutti: L. BUSATTA; N. ZAMPERETTI, *Scelte di (fine) vita: cambia il diritto, può cambiare la medicina?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2020, 669 ss. Sulle difficoltà legate alla gestione delle richieste, v. ad esempio G. MARSICO; D. BONUCCELLI, *La prima richiesta di "suicidio medicalmente assistito" in Toscana: il ruolo del comitato per l'etica clinica, il percorso intrapreso dalla Az. USL Toscana Nord Ovest*, in AA.VV., *Etica, medicina e diritto – Dialogo sull'aiuto medico a morire*, cit., 37 ss. Sulle vicende relative alla riforma ministeriale dei Comitati etici, si pensi solo al dibattito che ha accompagnato lo schema di decr. diffuso dal Ministero della Salute ad inizio 2022 (per alcune

## 2. Alcune questioni di politica del diritto

Tra i firmatari della prova di testo normativo è prevalsa, proprio per queste ragioni pratiche, l’idea che sia necessario un intervento normativo ampio, che non si limiti alla sola riformulazione di alcune fattispecie di reato, ma che contenga una disciplina dei diritti e degli obblighi di prestazione che sorgono quando vi sia una estrema richiesta di aiuto a morire rivolta dal paziente al proprio medico. Alla base della proposta, vi sono alcune questioni di “politica del diritto”, su cui sarebbe utile approfondire la discussione nell’attesa di un intervento del legislatore.

Le questioni possono essere così sintetizzate:

1) È opportuno distinguere l’aiuto medico *nel* morire dall’aiuto medico *a* morire?

Nel primo ambito di problemi si collocherebbero: a) la non attivazione o sospensione di trattamenti inappropriati o sproporzionati; b) il divieto di ostinazione irragionevole nelle cure; c) il problema delle cure palliative adeguate, inclusa la sedazione palliativa profonda continua; d) il rifiuto o rinuncia al trattamento da parte del paziente. Si tratta di ipotesi che hanno portato dapprima dottrina e giurisprudenza, e, poi, il legislatore (art. 1, comma 6° e 2 l. n. 219/2017) non solo a ridisegnare l’ambito di estensione delle fattispecie penali di cui agli artt. 575 ss. cod. pen., ma a rivedere più in generale il problema della posizione di garanzia del medico<sup>11</sup>.

considerazioni, v. L. BUSATTA, M. PICCINNI, D. RODRIGUEZ, G. MARSICO, *Comitati etici territoriali e suicidio assistito. Quel decreto va rivisto*, in *Quotidiano sanità*, 7 febbraio 2022).

<sup>11</sup> La dottrina sul punto è sconfinata; si rinvia per tutti e tra i primi a E. PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, Padova, 2000.

<sup>12</sup> V. già, solo come esempio, la posizione polemica espressa da H. KUNG in H. KÜNG, W. JENS, *Della dignità del morire*, tr. di Alessandro Corsi, Milano, 1996, 67

Nel secondo ambito di questioni rientrerebbero: a) la richiesta di *suicidio assistito* e b) la richiesta di *eutanasia in senso stretto*, cioè quelle ipotesi in cui l’aiuto medico contribuisce a provocare la morte del paziente e che attualmente nel nostro ordinamento possono integrare i distinti reati di aiuto al suicidio (art. 580 cod. pen.) e di omicidio del consenziente (art. 579 cod. pen.).

La questione annosa<sup>12</sup> è tornata attuale almeno a partire da Corte cost., ord. n. 207/2018, che ha riproposto l’analogia tra la situazione del paziente che chieda la sospensione di un trattamento di sostegno vitale e quella del paziente che, trovandosi nella medesima situazione di dipendenza da presidi medici, chieda l’accesso ad un farmaco in grado di provocare la propria morte, analogia che la Corte rinviene dal punto di vista della decisione del paziente di porre termine alla propria vita. Rispetto alla richiesta fatta al medico: da un lato, si tratterebbe di lasciare che la malattia faccia il suo corso, dall’altro, di accelerare un processo già in corso. Non si tratta di un problema solo classificatorio/concettuale, ma ne derivano conseguenze importanti sulla disciplina della relazione medico-paziente nelle c.d. questioni di “fine vita”.

2) È opportuno affidare il compito dell’aiuto *a morire ai medici e alla medicina*, e, se sì, entro quali limiti ed in quale rinnovato orizzonte rispetto al ruolo della medicina?

Anche questo è un problema centrale<sup>13</sup>. È evidente che una simile richiesta mette in crisi

ss. Per una ricostruzione più recente del dibattito bioetico sul punto: F. MARIN, *Bioetica di fine vita. La distinzione tra uccidere e lasciar morire*, Napoli-Salerno, 2017, *passim*.

<sup>13</sup> V. per tutti N. ZAMPERETTI, *La fragilità biologica può essere un requisito per l’accesso ad una procedura di aiuto medico a morire?*, in questo fasc. e più approfonditamente in L. BUSATTA, N. ZAMPERETTI, *Scelte di (fine) vita*, cit., spec. 654-658 e 674-682.

l'apparato etico/deontologico tradizionale. Basti ricordare il Giuramento professionale, ancora prestato dai medici prima di iniziare l'esercizio della professione<sup>14</sup>.

È pure interessante notare che, anche a livello internazionale, mentre la comunità medico-scientifica e le organizzazioni intergovernative<sup>15</sup> hanno proceduto di pari passo nel riconoscere i diritti della persona malata morente rispetto all'aiuto medico nel morire, è ancor oggi forte l'avversione da parte della comunità medico-scientifica<sup>16</sup> e la prudenza da parte delle organizzazioni intergovernative rispetto alle pratiche di eutanasia e suicidio assistito<sup>17</sup>. D'altronde, come dimostra anche l'esperienza europea, c'è stata negli ultimi tempi un'inversione di tendenza rispetto alla prevalente scelta politica di penalizzazione *tout court* delle relative pratiche<sup>18</sup>.

3) Una volta ammessa la necessità di una regolamentazione giuridica del fenomeno, sarebbe opportuno uscire dalla logica dell'*aiuto al suicidio-omicidio del consenziente* (artt. 580-579 cod. pen.) per considerare le peculiarità del *contesto* in cui si inserisce la richiesta di aiuto *medico* a morire?

Sul punto si è registrata una tendenziale convergenza nella riflessione interna al gruppo del

Diritto gentile rispetto alla posizione espressa dalla Corte costituzionale<sup>19</sup>, mentre sono emerse profonde divergenze su due questioni di politica legislativa correlate.

Se il contesto peculiare fosse, infatti, proprio quella della "relazione di cura e fiducia" tra medico e paziente, *i*) la richiesta andrebbe collocata al di fuori o dentro la l. n. 219/2017 e, soprattutto, *ii*) come sarebbe possibile *delimitare in modo ragionevole* il contesto dell'aiuto *medico* a morire, senza creare ingiuste (cioè ingiustificate) distinzioni, ma prevedendo una giusta (cioè giustificata) differenziazione tra chi potrebbe accedervi e chi no?

Si tratta di questioni tra loro correlate e su cui gli stessi estensori della prova di testo normativo hanno espresso posizioni differenti<sup>20</sup>. Questo non ha impedito di trovare una convergenza di fondo sulla proposta qui presentata, di cui si cercherà di dar conto nelle pagine che seguono. Se e in che misura la proposta riesca a rispettare gli obiettivi di politica del diritto sopra ricordati, con riferimento al problema del *come* sarebbe opportuno intervenire da parte del legislatore, è ovviamente opinabile e costituisce anche l'oggetto della presente discussione.

<sup>14</sup> Anche nella rinnovata versione del 2014, il giuramento, infatti, richiede, ancora, in continuità con l'antico giuramento di Ippocrate, "di non compiere mai atti finalizzati a provocare la morte".

<sup>15</sup> Per esempio, rispetto all'attività del Consiglio d'Europa, si veda già CoE, *Recommendation 779 (1976) on the Rights of the Sick and Dying & Resolution 613 (1976) on the Rights of the Sick and Dying*, e la successiva *Resolution 613 (1976), Rights of the sick and dying*.

<sup>16</sup> WMA, *Declaration on euthanasia and physician assisted suicide*, 70 WMA General Assembly, Tbilisi, Georgia, ottobre 2019. Per le posizioni delle società europee dei palliativisti, v. L. ORSI, *Il punto di vista di un medico rispetto alla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2019, 428 ss.

<sup>17</sup> Per tutti, U.N., Committee on Economic, Social and Cultural rights, *General Comment No. 36 (2019) article 6, Right to life*, punto 9. Una posizione di prudente attesa ha caratterizzato anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, dal caso *Pretty* (sent. del 29.4.2002, ric. n. 2346/02), al più recente caso *Mortier* (sent. del 4.10.2022, ric. n. 78017/17).

<sup>18</sup> V. ad esempio la ricostruzione del quadro normativo, ancora in divenire, contenuta in Corte eur. dir. uomo, 12.4.2022, ric. n. 15136/20, *Lings v. Denmark*, par. 26 ss.

<sup>19</sup> In linea con Corte cost., ord. n. 207/2018, cit., punti 8-10, del Considerato in diritto.

<sup>20</sup> V. AA.VV., *Etica, Medicina, Diritto – Dialogo sull'aiuto medico al morire*, cit.

### 3. Le principali caratteristiche della “Prova di testo normativo in materia di aiuto medico a morire”

La proposta (d’ora innanzi Prova di testo normativo) è composta di 7 articoli. Si possono individuare quattro aspetti caratterizzanti: a) la scelta di un ambito di regolazione ampio del fenomeno indicato come “aiuto medico a morire” (art. 1); b) l’individuazione di requisiti di accesso ampi (art. 2); c) la predisposizione di una procedura di accesso articolata, che può essere attivata solo su richiesta del paziente e in cui sono coinvolti, con responsabilità differenziate, diversi professionisti ed organi istituzionali (artt. 2-6); d) la mancata previsione dell’obiezione di coscienza, in conseguenza dalla scelta di rimettere la prestazione di aiuto medico a morire alla “disponibilità del personale sanitario”, salvo l’obbligo di garantire la prestazione a carico delle strutture pubbliche (artt. 5-6)<sup>21</sup>.

L’ultimo articolo (art. 7) contiene “disposizioni finali”, molto simili a quelle previste dall’art. 10 del d.d.l. Bazoli, che hanno lo scopo di ricordare che una legge sull’aiuto medico a morire richiede strumenti normativi di attuazione ulteriori ed una attivazione di servizi alla persona volti ad assicurare che la richiesta di aiuto a morire non sia determinata da un’offerta inadeguata di percorsi di cura, in particolare, per il controllo del dolore e l’alleviamento delle sofferenze<sup>22</sup>.

### 4. Segue: la definizione di aiuto medico a morire (art. 1)

Si è scelto di individuare l’ambito di un possibile intervento normativo in un modo che è parso rispettoso della realtà e dei bisogni alla base della estrema richiesta posta al medico curante dal paziente, di essere aiutato a morire, tentando di radicare la stessa il più possibile nell’ambito della relazione di cura e fiducia, che si pone al centro dell’intera disciplina (art. 1, comma 3°).

La l. n. 219/2017 non viene mai espressamente citata, ma il suo rapporto con le norme sull’aiuto medico a morire è, evidentemente, di specialità. Le norme che disciplinano la relazione di cura e fiducia tra paziente e medico, come quelle sull’assistenza sanitaria – dalla l. n. 833/1978 istitutiva del servizio sanitario nazionale alla l. n. 38/2000 sulle disposizioni per garantire l’accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore – insieme ai principi normativi che ne sono alla base, sono, infatti, il contesto normativo generale in cui si colloca la richiesta del paziente di un aiuto attivo a morire (art. 1, comma 1°). Tale richiesta giustifica una disciplina speciale, che si sostanzia nell’individuazione di requisiti e di una procedura specifici, volti a verificare con ragionevole certezza che la richiesta del paziente sia irreversibilmente ed inequivocabilmente il risultato di una decisione libera e consapevole.

La scelta terminologica “aiuto medico a morire” si pone in continuità con quella del Documento di sintesi del gruppo di lavoro di Trento del 2019<sup>23</sup>. Ci si è voluti, invece, appositamente

<sup>21</sup> Sulla compatibilità della proposta con la giurisprudenza della Corte costituzionale v. L. BUSATTA; sugli gli aspetti penalistici: E. PALERMO, D. PROVOLO, E. CADAMURO, *Il perché della non punibilità dell’aiuto medico a morire*, entrambi in questo fasc.

<sup>22</sup> Come richiesto anche da Corte cost., ord. n. 207/2018, punto 10, e dalla sent. n. 242/2019, punti 2.4 e 5 *Considerato in diritto*, sentenza che richiama

anche il Parere del CNB, *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*, Roma, 18.7.2019.

<sup>23</sup> AA.VV., *Aiuto medico a morire e diritto: per la costruzione di un dibattito pubblico plurale e consapevole*, Documento di sintesi del gruppo di lavoro in materia di aiuto medico al morire di Trento, in [Recenti Progressi in Medicina](#), 10, 2019, 466 s.



discostare dal linguaggio apparentemente neutro, ma riduzionista nel senso della medicalizzazione, della “morte medicalmente assistita”, seguito dal d.d.l. Bazoli, in cui l’ambito soggettivo della relazione professionale di aiuto è sacrificato per appiattirsi sul dato oggettivo della necessità di un intervento medico per conseguire il risultato voluto dal (e di cui resterebbe responsabile *solo* il) paziente<sup>24</sup>.

L’idea di fondo è che se la richiesta è fondata, ed è confermata nell’ambito della procedura prevista, questa fa sorgere un obbligo di prestazione a carico del servizio sanitario nazionale, mentre nessun obbligo di dare la morte può sussistere in capo al singolo medico coinvolto nelle procedure.

Nell’ottica di una *relazione* che nasce per una richiesta del paziente di essere aiutato a morire dal proprio curante si spiega l’equiparazione dell’aiuto medico a quella dell’eutanasia. Il testo specifica, infatti, che «l’aiuto medico a morire può consistere nel sostegno all’autosomministrazione o nella somministrazione da parte del medico di farmaci adeguati allo scopo». La scelta dell’una o dell’altra pratica, che certo potrebbe essere guidata da norme di buona pratica clinica elaborate dalla comunità medico-scientifica, dovrebbe dipendere solo dalle “condizioni” in cui si trova la “persona richiedente” e dalle “esigenze” da questa manifestate (art. 1, comma 2°).

### 5. Segue: *i requisiti di accesso* (art. 2)

Si tratta del punto forse più problematico, in cui si è tradotta la difficoltà di individuare limiti d’accesso, giustificati dalla duplice esigenza di

proteggere, da un lato, le persone più vulnerabili dalle loro stesse decisioni e, dall’altro, di rispettare il “mandato” dell’agire professionale del medico, individuando linee di confine tra chi può accedere e chi non può accedere alla prestazione di aiuto a morire, che non siano ingiustificatamente discriminatorie<sup>25</sup>.

Il compromesso raggiunto è stato quello di individuare un *elemento oggettivo* che collegasse la richiesta ad uno stato di malattia, con il riferimento ad una “patologia irreversibile”, affiancato dall’*elemento soggettivo* delle “sofferenze fisiche o psichiche vissute come intollerabili” dal richiedente (art. 2, comma 1°).

Rispetto ai requisiti oggettivi, l’ulteriore requisito dell’“essere dipendenti da sostegni vitali”, previsto dalla Corte costituzionale, non è parso ragionevole, e non si sono trovati altri requisiti sostitutivi convincenti.

A tali requisiti, entrambi piuttosto ampi, si è affiancata una regola di *capacità*, diversa da quella prevista dalla l. n. 219/2017 per le decisioni mediche prese dalla persona in grado di interagire con il personale sanitario. Si è deciso, infatti, di prescindere dalla capacità legale di agire, e di riferirsi esplicitamente alla “capacità di prendere decisioni libere e consapevoli”. Questo comporta che la capacità legale di agire non è richiesta come condizione di accesso, ma, d’altro canto, la stessa non basta per poter accedere alla prestazione.

Questa scelta apre, dunque, da un lato, alla possibilità che ad accedere alla richiesta possano essere anche persone minori di età o persone la cui capacità legale sia altrimenti limitata, con il problema di coniugare il riconosciuto spazio di

<sup>24</sup> V. artt. 1 e 2, comma 1°, d.d.l. Bazoli.

<sup>25</sup> Sul rapporto tra vulnerabilità e autodeterminazione nella regolamentazione dell’aiuto medico a morire, si vedano le diverse posizioni emerse, a seguito della sent. n. 50/2022, cit., in AA.VV., *Etica, medicina e*

*diritto – Dialogo sull’aiuto medico a morire*, cit., nonché in AA. VV., nel *Forum a proposito di Corte cost. n. 50/2022*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2, 2022, 19 ss. Evidenziano alcune criticità in direzioni diverse GIAIMO, SEMINARA, SERVETTI, tutti in questo fasc.

autodeterminazione con altre misure di protezione in atto (si pensi alla responsabilità genitoriale nel caso di un minore di età o ad un eventuale provvedimento di amministrazione di sostegno che limiti la capacità del beneficiario rispetto alle scelte mediche, ad esempio); d’altro canto, impedisce che per le persone maggiorenni operi la presunzione di capacità, di solito collegata alla capacità legale di agire.

L’idea è che, di fronte ad una richiesta così dirompente, sia per il paziente che per il medico, sia necessario un accertamento della capacità in concreto, da svolgersi caso per caso nell’ambito della relazione di cura. Dal punto di vista pratico, il paziente avrebbe l’onere di provare la propria capacità ed il medico il dovere di accertarla in base alle proprie competenze tecnico-professionali e, nei casi dubbi, con il coinvolgimento di altri specialisti.

Si è ritenuto che, invece, per quanto riguarda la *forma* della richiesta, poiché questa proviene da persona in grado di interagire con il medico curante, basti una regola analoga a quella prevista dalla l. n. 219/2017 per il caso di consenso o rifiuto di cure espressi direttamente dal paziente. La forma scritta, o altra equivalente, serve solo a documentare la richiesta. Non solo la richiesta del paziente va acquisita “nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni della persona”, ma tutto il processo comunicativo, come quello di cura, va sempre registrato e documentato in quell’atto pubblico che è la cartella clinica (ed, anche, nel fascicolo sanitario elettronico), che è lo strumento formale specifico della relazione di cura (v. art. 2, comma 2° e comma 4°): ogni ulteriore forma richiesta non costituirebbe che un appesantimento inutile in una situazione di così estrema vulnerabilità e sofferenza.

<sup>26</sup> V., in altro contesto, P. ZATTI, *Per un diritto gentile in medicina*, cit., 2.

## 6. Segue: la *procedura di accesso* (artt. 2-6)

L’obiettivo della procedura, incardinata nell’ambito del servizio pubblico, è di vagliare con sufficiente certezza la libertà e consapevolezza della richiesta e, infine, la persistenza della volontà del paziente di avvalersi di un aiuto medico a morire, cercando di evitare inutili burocratizzazioni della relazione di cura. L’idea di fondo è di un diritto che sappia «ascoltare la verità, spesso sottile, delle relazioni che regola, e non cadere con peso di piombo sulle aspettative e i bisogni delle persone»<sup>26</sup>.

Il percorso può essere distinto in tre fasi: *i*) una prima fase (art. 2) si avvia solo se il paziente lo richiede, e si compie nell’ambito del *rapporto tra il paziente ed il medico cui la richiesta è rivolta*; *ii*) la seconda fase (art. 3) deve essere attivata dal medico che ha preso in carico il paziente quando, al termine dell’attività espletata, la persona confermi di voler essere aiutata a morire e consiste in una procedura di verifica delle condizioni, che spetta alla Direzione sanitaria competente. La Direzione si avvale di un Collegio, di volta in volta istituito in base alle peculiarità della richiesta. Il Collegio ha la responsabilità di accogliere o non accogliere la richiesta presentata dal paziente; *iii*) la terza fase (art. 4) è quella che riguarda la prestazione dell’aiuto medico a morire. Quando il Collegio, espletate le proprie attività, ritiene che la richiesta debba essere accolta, lo comunica alla Direzione sanitaria, che provvede ad individuare il medico ed il personale che attueranno la procedura, sempre che la volontà del paziente di accedervi persista.

La responsabilità “di assicurare lo svolgimento delle procedure e la disponibilità del personale necessario alla loro realizzazione” è in capo alla struttura sanitaria pubblica competente. Si è

scelto di non prevedere termini, per forza di cose ordinatori, per lo svolgimento delle procedure (se non in un caso marginale: v. art. 3, comma 2°), ma di utilizzare in tutti i passaggi centrali della procedura espressioni come “senza indugio”, “immediatamente”, “tempestivamente”, che indicano che i tempi non devono essere ingiustificatamente dilazionati, ma adeguati alle concrete circostanze.

Non sono previsti strumenti di controllo successivo, ma è richiesto che il Ministero della salute definisca «protocolli e modalità per la prescrizione, la preparazione, il coordinamento e la sorveglianza» delle procedure. La previsione di una relazione annuale alle Camere sullo stato di attuazione della legge appare, infine, uno strumento utile – se ben implementato – per monitorare l’applicazione della legge.

Vale la pena, infine, di sottolineare qualche ulteriore dettaglio che qualifica le tre fasi indicate.

*i)* Rispetto alla prima fase, il paziente può fare la richiesta ad un medico di sua fiducia o, nel caso in cui non ne trovi uno proprio, ad un medico individuato su sua richiesta dall’azienda ospedaliera o dall’azienda sanitaria locale (art. 2, comma 1°).

Il medico cui la richiesta è rivolta ha il dovere di valutare la presenza dei requisiti richiesti (come già si è detto piuttosto ampi) «in dialogo con il paziente». Quel generale precetto per cui «il tempo di comunicazione è tempo di cura», espresso, oltre che dal CDM 2014, anche dall’art. 1, comma 8°, l. n. 219/2017, si esplica, in altri termini, in questo contesto: *a)* anzitutto, nell’accogliere la richiesta del paziente e nel vagliarne, anche alla luce della condizione patologica e delle sofferenze riportate dal paziente, la libertà e

consapevolezza. Se la richiesta fosse stata determinata dalla mancata attivazione di percorsi di cure, anche palliative, adeguati, il medico avrebbe l’obbligo di proporli al paziente (v. art. 1, comma 1°); *b)* inoltre, nel fornire informazioni adeguate sulle cure palliative e sugli altri interventi sanitari possibili nella situazione data, da condividere, se il paziente acconsente, con i familiari o le altre persone dallo stesso indicate; *c)* infine, nel dovere di promuovere, sempre con il consenso del paziente, quelle azioni di sostegno che siano rispettose dell’identità della persona, coinvolgendo altre figure professionali e proponendo eventuali percorsi di cura alternativi o integrativi rispetto a quelli già attivati. In questi termini può leggersi il riferimento alla possibilità di avvalersi “anche” dei «servizi di assistenza psicologica e spirituale»<sup>27</sup>.

*ii)* Rispetto alla seconda fase, la Direzione sanitaria competente, che riceve la richiesta corredata di idonea documentazione, ha il compito di costituire un collegio di cui fa parte un medico, nominato come responsabile della procedura, almeno un altro medico esperto della patologia da cui è affetta la persona, un medico-legale ed uno psicologo clinico, nonché tutti gli altri «esperti necessari», individuati di concerto con il medico responsabile della procedura e sentito il medico di fiducia. Non si sono precisate ulteriori competenze, ma si è fatto riferimento alla «particolare vulnerabilità del richiedente», che potrebbe richiedere il coinvolgimento di esperti con competenze esterne a quelle mediche: dal bioeticista, all’assistente sociale. Non è previsto il ricorso ad organismi tecnici stabilmente istituiti, inclusi i comitati etici già esistenti. Ciò non toglie che, come accade per qualsiasi problema di pratica

<sup>27</sup> Sulle difficoltà empiriche di instaurare una relazione che nasca da una richiesta di aiuto medico a morire, v. L. DE PANFILIS, *Oltre la Corte Costituzionale: per*

*una proposta di legge che prenda in carico le vulnerabilità*, in questo fasc.

clinica, in base alle particolarità del caso, e laddove un comitato di etica clinica sia istituito dalla struttura sanitaria di riferimento, questi organismi possano essere coinvolti per un loro parere non vincolante, utile ad affrontare casi che pongano questioni etiche di particolare complessità<sup>28</sup>.

Rispetto all’attività del Collegio, si è cercato di fare in modo che il paziente possa essere coinvolto con modalità il più possibile rispettose delle sue condizioni e si richiede che, nel caso in cui il collegio non accolga la richiesta, il rifiuto sia «adeguatamente motivato». In questa ipotesi, sempre salvo il ricorso alle vie legali ordinarie, la persona ha anche la possibilità di chiedere che la domanda sia riesaminata da un collegio con diversa composizione.

iii) Rispetto alla terza fase, si prevede che, se il Collegio accolga la richiesta, il medico responsabile della procedura concordi con il paziente le modalità di prestazione «più adeguate alle [sue] condizioni ed esigenze» e le comunichi alla Direzione sanitaria. Quest’ultima, «tenendo conto delle richieste del paziente e della eventuale disponibilità dei professionisti già intervenuti», provvederà ad individuare un medico e il personale che attueranno la procedura. Non è escluso che possano essere coinvolti nella procedura anche professionisti che già abbiano partecipato alle fasi precedenti. Mentre, ai fini dell’imparzialità della procedura, si è ritenuto opportuno distinguere il medico di fiducia cui la richiesta è posta ed il medico responsabile della verifica che avviene nella seconda fase, nella terza fase, laddove vi sia la richiesta del paziente e la disponibilità del personale con cui questi sia già entrato

<sup>28</sup> Per alcune perplessità rispetto a questa scelta ancora DE PANFILIS, *op. cit.*

<sup>29</sup> V. sul punto in questo fasc. P. BENCIOINI. L’idea di cambiare ottica nasce anche dallo spunto offerto in CORTE COST. n. 242/2019, cit., in cui si precisa che, in assenza di un obbligo per i medici di procedere

in relazione, le figure possono sovrapporsi in quanto prevale l’esigenza di individuare il contesto di cura il più vicino possibile alle condizioni ed esigenze del paziente. La prestazione di aiuto a morire può essere eseguita solo dopo che il medico abbia verificato la persistenza della volontà della persona di procedere in tal senso.

### **7. Segue: dall’obiezione di coscienza alla «disponibilità del personale sanitario» (artt. 5-6)**

Si è previsto un meccanismo alternativo all’istituto dell’obiezione di coscienza, che permettesse di considerare la posizione del medico e quella del paziente al di fuori di un modello antagonistico/conflittuale e di ricondurla ad un modello di cooperazione giuridica/composizione di interessi all’interno del rapporto di cura.

Alla logica dell’obiezione, per cui la legge riconosce al paziente un diritto, ma attribuisce al medico la facoltà di obiettare e, dunque, di non prestare la propria opera, facendo prevalere proprie ragioni di coscienza sugli obblighi professionali, si sostituisce una logica più vicina a quella delle “professioni intellettuali” – e della professione medica, in particolare – della disponibilità del personale sanitario e delle “scelte in coscienza”<sup>29</sup>. La legge riconosce al paziente un diritto e prevede un relativo obbligo di prestazione a carico del servizio sanitario pubblico; il servizio ha il dovere di assicurare lo svolgimento delle procedure di aiuto medico a morire e la disponibilità del personale necessario alla loro realizzazione (art. 6, comma 2°). Al contrario, non vi

all’aiuto al suicidio, resta affidato “alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato”. Sul punto si vedano i diversi spunti emersi in AA.VV., *Etica, medicina e diritto – Dialogo sull’aiuto medico a morire, cit., passim.*

sarebbe alcun obbligo di aiutare a morire per il singolo professionista (art. 5).

Rispetto alla facile obiezione della difficoltà per le strutture di reperire il personale sanitario disponibile, la risposta, certo limitata, che la prova di testo normativo offre è data dal 1° comma dell'art. 6. Si è, infatti, riproposto, a carico delle

strutture sanitarie, un obbligo analogo a quello previsto dalla l. n. 219/2017, per cui le stesse devono «garantire con proprie modalità organizzative la piena e corretta attuazione dei *principi*» della legge, *anche* attraverso l'adeguata *formazione del personale*<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Ancora P. BENCIOLINI, *op. cit.*

## Aiuto medico a morire e diritto: come intervenire? Spunti da un esperimento giuridico

**Lucia Busatta**

*Ricercatrice di diritto costituzionale, Università di Trento. Mail: [lucia.busatta@unitn.it](mailto:lucia.busatta@unitn.it).*

### 1. Un esperimento di scienza giuridica applicata

La “Prova di testo normativo in materia di aiuto medico a morire” che abbiamo l’occasione di presentare e di commentare in questo forum rappresenta, anzi tutto, un esperimento di scienza giuridica applicata. Come ricordato nel contributo di Mariassunta Piccinni, il testo è il risultato di un lavoro corale e multidisciplinare portato avanti da un gruppo di lavoro composto da giuristi afferenti a diverse discipline, medici e bioeticisti componenti della rete “Per un diritto gentile”.

A partire dalle indicazioni contenute nel duplice pronunciamento della Corte costituzionale nel caso Cappato-Antoniani (ordinanza n. 207/2018 e sentenza n. 242/2019), il gruppo di lavoro ha tentato di convergere intorno ad una proposta normativa snella e agile. Nella proposta si è cercato anche di tenere in considerazione alcuni dei passaggi argomentativi della pronuncia resa dalla Corte costituzionale nel giudizio sull’ammissibilità della proposta di referendum per l’abrogazione parziale dell’art. 579 c.p. (sentenza n. 55/2022), nonché – naturalmente – le criticità del disegno di legge approvato nel marzo 2022 alla Camera dei Deputati, mai discusso in Senato e, infine, abbandonato a causa del cambio della legislatura.

In linea con lo spirito che da sempre ha animato le riflessioni maturate all’interno della rete “Per un diritto gentile”, la finalità principale

perseguita nella redazione del testo è stata quella di evitare eccessivi irrigidimenti procedurali per vincolare o rallentare irragionevolmente l’eventuale richiesta della persona. Il perno, come si evince dall’art. 1 della proposta, è quello della relazione di cura, intorno alla quale prende forma la richiesta della persona e si costruisce ogni passaggio successivo

Sebbene in una rilettura “a freddo”, a distanza di qualche mese, la proposta faccia emergere qualche lacuna non irrilevante e possa essere sicuramente perfezionabile, nella propria attività il gruppo di lavoro ha inteso valorizzare, da un lato, la relazione di cura e fiducia tra la persona e il suo curante. Dall’altro lato, si è puntato ad agganciare saldamente lo svolgimento dell’intero percorso alla supervisione delle strutture del Servizio sanitario nazionale, con una chiara finalità di tutela delle situazioni di vulnerabilità e di garanzia, anche verso l’esterno, di trasparenza, imparzialità e controllo di ciascun passaggio e ciascun requisito per l’assistenza medica a morire.

Alla luce di quanto sinora espresso, i punti su cui si desidera concentrare l’attenzione in questo breve contributo puntano, in primo luogo, ad evidenziare la funzione di garanzia pubblica degli enti del Servizio sanitario nazionale, funzionali ad assicurare eguaglianza ed uniformità nell’accesso alla prestazione. In secondo luogo, saranno sviluppate alcune considerazioni circa il rapporto tra procedure e contenuti, nella disciplina di tematiche tanto sensibili dal punto di vista valoriale quanto sottoposte ad un continuo aggiornamento sul versante tecnico. Saranno infine sottolineati gli strumenti pensati per garantire l’effettività della disciplina, senza irrigidire eccessivamente il dato normativo della proposta.

### 2. La funzione di garanzia pubblica del Servizio sanitario nazionale

*Forum*



L'intera procedura è disegnata per costruirsi a partire dalla relazione di cura e fiducia tra la persona e il suo medico. La scelta di non precisare ulteriormente la natura della relazione terapeutica è voluta: sulla scorta del buon esempio offerto dalla legge n. 219/2017 che, senza irrigidire in alcun modo la natura dei rapporti, consente il libero e naturale dispiegarsi della relazione di cura nell'infinita variabilità delle condizioni umane e personali, sarà il singolo a declinare la specificità della propria relazione di cura in base alla diversità delle situazioni individuali. Anche per consentire la maggior libertà possibile nell'individuazione del curante al quale presentare la propria richiesta, la funzione di controllo e garanzia svolta dalle strutture del SSN risulta irrinunciabile, per legare saldamente lo spazio di personalizzazione della richiesta ad un quadro di omogeneità assicurato dalla sanità pubblica. L'aiuto medico a morire, infatti, non è semplicemente concepito come una facoltà per la persona che soddisfi i requisiti oggi indicati nella duplice pronuncia della Corte costituzionale (e auspicabilmente un giorno non troppo lontano sanciti in una legge dello Stato), ma nel testo della proposta normativa qui in commento è immaginato quale prestazione sanitaria garantita nell'ambito della sanità italiana.

La funzione di garanzia pubblica del Servizio sanitario, dunque, emerge sin dal momento in cui la persona manifesti la volontà di ricorrere all'aiuto medico al morire: il medico che riceve la richiesta deve trasmetterla senza indugio alla direzione sanitaria territorialmente competente (art. 2, co. 4). Quest'ultima ha il dovere di designare un medico responsabile per la procedura (art. 3). Tale specificazione, si badi, non ha lo scopo di annullare la relazione di cura tra la persona che avanza la richiesta e il curante da questi scelto: si tratta dell'individuazione di un medico del SSN responsabile del perfezionamento dell'intero

procedimento. Quest'ultimo, insieme ad un collegio di esperti individuati dalla Direzione sanitaria, ascolta la persona e procede alla verifica dei requisiti. Il medico di fiducia può sempre presenziare e assistere la persona.

È questo il momento nel quale la procedura, senza che la proposta di testo normativo ne detti in modo eccessivamente invadente i dettagli, diviene un procedimento. Transitata nelle mani nell'amministrazione sanitaria, la richiesta della persona comporta il dovere di verificare la presenza dei requisiti che consentono l'accesso alla prestazione sanitarie e di fornire, in ogni caso, una risposta al richiedente.

La necessità dell'intervento delle strutture pubbliche del servizio sanitario nazionale, dunque, assume i connotati di uno strumento di garanzia nei confronti del richiedente stesso. Alla persona si assicura che la sua richiesta sarà presa in considerazione e che, in caso di diniego, avrà la possibilità di chiedere una nuova valutazione della propria posizione. Il ruolo delle strutture pubbliche del SSN rimane altresì centrale nell'assicurare l'effettivo compimento della procedura. In base agli articoli 4, 5 e 6, sarà la Direzione sanitaria a individuare il medico e il personale sanitario che attueranno la procedura, tenendo in considerazione la libera dichiarazione di disponibilità da parte dei medici e del personale sanitario. La tenuta di ciascun passaggio è garantita – quanto meno formalmente – dall'obbligo di cui all'art. 6, secondo il quale «ogni azienda ospedaliera o azienda sanitaria locale deve garantire con proprie modalità organizzative la piena e corretta attuazione dei principi» della legge, anche assicurando la formazione del personale.

Si tratta di un'affermazione posta a chiusura della procedura, certamente necessaria a palesare la determinazione di un ipotetico legislatore nella garanzia di effettività della legge. Tuttavia, l'esperienza maturata nei quarantacinque anni



di vigenza della legge n. 194/1978 in materia di interruzione volontaria di gravidanza dimostra quanto si discostino tal genere di prescrizioni legislative dal concreto impegno delle strutture sanitarie e da un tangibile zelo nel superare le problematiche organizzative che possono rallentare o rendere più complesso l'accesso ad una prestazione sanitaria garantita all'interno del SSN.

Si è trattato, sinora, di una funzione di garanzia pubblica svolta dalle strutture del Servizio sanitario nazionale, chiamate nella proposta di testo normativo a fungere da garanti dell'effettivo e tempestivo svolgimento della proposta. La convinzione da cui i redattori di questo piccolo tentativo sono partiti riposa nella necessità di assicurare un riscontro tempestivo ad una richiesta tanto estrema quanto intimamente e profondamente attagliata alla dignità di una persona affetta da una patologia irreversibile. Ciò avviene attraverso una netta scissione tra la doverosità pubblicistica dell'attivazione della necessaria procedura e ogni giudizio sul merito della decisione avanzata, sui convincimenti personali e sui valori morali dai quali muove tale determinazione individuale.

A tale riguardo, il carattere universalistico e pubblico del servizio sanitario italiano costituisce un solido appiglio non solo ai fini della configurazione della procedura quale procedimento da compiersi in seno all'amministrazione sanitaria, cui applicare le tutele previste dalla legge. I principi che reggono il SSN rappresentano altresì il veicolo per assicurare che tale facoltà sia realmente disponibile per tutti. L'articolo 1 della legge n. 833/1978, infatti, definisce il sistema sanitario quale complesso di funzioni, strutture, servizi, attività per la salute fisica e psichica «di tutta la popolazione, senza distinzione di condizioni individuali o sociali e modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio». L'equità economica e territoriale,

insieme alla globalità della copertura assistenziale sono gli elementi necessari (sebbene non sempre sufficienti) ad assicurare la garanzia capillare di una determinata prestazione e, nel caso di accesso ad un trattamento sanitario subordinato allo svolgimento di una procedura, costituiscono il baluardo per assicurare ad una persona che l'iter intrapreso possa giungere ad una conclusione (o prevedere eventuali strumenti giudiziali o stragiudiziali nel caso in cui non sia così).

Al di là della previsione normativa auspicata – è bene ricordarlo – la giurisprudenza di merito ha già avuto occasione di rammentare come, all'esito della pronuncia della Corte costituzionale n. 242/2019 sia stata costituita una posizione giuridica soggettiva meritevole di tutela da parte dell'ordinamento. L'interessato che presenta una richiesta di assistenza medica a morire, infatti, ha un diritto sostanziale a ottenere che la sua domanda sia presa in considerazione dall'amministrazione sanitaria territorialmente competente e, di conseguenza, anche a poter impugnare un eventuale diniego dinanzi agli organi a ciò preposti. Si tratta di quanto affermato, in sede di reclamo, dal Tribunale di Ancona, nell'ambito del procedimento d'urgenza attivato dal sig. Mario (al secolo Federico Carboni), che per primo in Italia ha ottenuto l'accesso all'assistenza al suicidio secondo la «procedura medicalizzata» individuata dalla Corte costituzionale (Tribunale di Ancona, ordinanza 1 febbraio 2022).

Valorizzare la funzione unificante ed egualitaria del Servizio sanitario nazionale, in definitiva, persegue la finalità di assicurare l'effettività di una prestazione sanitaria che, nello spirito dei redattori della proposta, ma anche sulla scia della sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019, deve essere garantita in maniera uniforme sul territorio nazionale, per evitare che alla vulnerabilità individuale si sommino le diseguaglianze

imposte dalla frammentazione geografica della sanità italiana. Si tratta, inoltre, anche di marcata volontà di non sottrarre ad un SSN, certamente piegato dalle difficoltà pandemiche e da un cronico definanziamento, una fondamentale e centrale funzione di presa in carico e protezione delle più profonde vulnerabilità che possono affliggere le persone assistite nell'ambito della sanità pubblica e che non possono essere né abbandonate, né affidate al circuito privato.

### 3. Procedure e contenuti

Un secondo profilo della proposta che merita di essere posto in luce concerne la struttura che sorregge il percorso per l'aiuto medico a morire. Senza voler irrigidire i passaggi entro schemi inflessibili, i passaggi che si sono immaginati puntano ad individuare gli strumenti per assicurare, come si è già anticipato, che alla richiesta seguano senza indugio un'effettiva presa in carico della situazione, la nomina del collegio di esperti e la necessaria verifica dei presupposti per l'accesso alla prestazione.

Si è tentato di allontanare ogni sorta di sovrastruttura di carattere burocratico che potesse imbrigliare eccessivamente la posizione della persona. Al contempo, tuttavia, si è ragionato sul fatto che, quando si punta ad offrire una disciplina normativa a questioni aventi una rilevante e sostanziale dimensione medico-tecnica e valoriale, è opportuno tralasciare una definizione dettagliata dei profili contenutistici, per offrire, invece, l'indicazione di un percorso chiaro e ben delineato, in modo tale che ciascuno lo possa percorrere seguendo il passo che maggiormente rispecchia la propria dimensione individuale.

Una (più o meno) dettagliata descrizione del *modus operandi* da seguire rappresenta un rischio da evitare accuratamente quando si normano materie dense di implicazioni bioetiche,

intimamente legate all'autodeterminazione e alla proiezione individuale, quanto potenzialmente soggette ad evoluzioni dal punto di vista medico. Si espone, infatti, un testo normativo di per sé di difficile composizione (e approvazione) al pericolo di risultare ben presto superato dal punto di vista delle tecniche da impiegarsi oppure irragionevole dal punto di vista della definizione del punto di equilibrio fra i diversi valori in gioco. In questi casi, come alcune esperienze nel panorama italiano e comparato efficacemente dimostrano, è meglio valutare e comporre in una fase preliminare i molteplici interessi rilevanti, sfrondare le posizioni estreme e difficilmente conciliabili, puntando a una regolamentazione quanto più possibile asciutta sotto il profilo dell'indicazione dei contenuti, ma sufficientemente aperta ad abbracciare l'infinita diversità delle posizioni individuali.

La ricerca di soluzioni operative e concrete alle problematiche che una disciplina da adottarsi in ambiti così eticamente esposti può portare in luce conduce, dunque, ad individuare strade e percorsi che assicurino risposte effettive, l'adozione di valide strategie esecutive che evitino situazioni di stallo, ingiustificabili tanto dal punto di vista umano quanto sotto il profilo giuridico, dinanzi a «sofferenze fisiche o psichiche vissute come intollerabili» da parte di una persona che giunge ad elaborare per sé la decisione più estrema.

Il tempo, in questi casi, diviene il metro dell'effettività della legge e della sua umanità. In questi termini, recuperare la lungimirante affermazione di cui all'art. 1, co. 8, della legge n. 219/2017, secondo cui «Il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura» consente di legare, ancora una volta, la richiesta avanzata dalla persona alla relazione di cura e fiducia con il suo curante. Inoltre, assicurare che il servizio sanitario sappia rispondere



tempestivamente alle richieste avanzate, collocandole entro uno spazio procedurale definito e prendendo adeguatamente in considerazione ogni situazione individuale che domanda attenzione, permette di immaginare anche gli spazi organizzativi che possono rendersi necessari per lo svolgimento delle procedure. Da un lato, infatti, la richiesta avanzata dalla persona merita di essere approfondita, analizzata e valutata entro un perimetro spazio-temporale adeguato alle specificità della situazione individuale; dall'altro lato – e in termini affatto trascurabili – strutturare l'organizzazione della procedura senza tralasciare la necessità di valutare i tempi della comunicazione e i tempi della relazione deve essere letto nell'ottica di garantire ai medici coinvolti l'espletamento dei loro doveri nei confronti di ciascun paziente, senza aggravii non debitamente riconosciuti nelle mansioni e con la serenità professionale necessaria ad affrontare tali situazioni.

#### 4. L'aggiornamento tecnico della disciplina e la formazione degli operatori

Un ultimo profilo della proposta normativa che merita una riflessione riguarda la precisa scelta di una tecnica normativa di rinvio a fonti secondarie (art. 7), pensata per evitare – come si accennava poc'anzi – eccessivi appesantimenti legislativi e rischi di una rapida obsolescenza della disciplina. La necessità di una periodica revisione o aggiornamento delle procedure da seguire è un elemento essenziale di qualunque intervento normativo in ambito medico: assicurare l'accesso ad una prestazione sanitaria, al verificarsi di una serie di condizioni o alla luce dell'accertamento di requisiti individuati nella legge, non esaurisce le esigenze di disciplina della materia. Vi sono, infatti, specifici profili di dettaglio che possono riguardare tanto le tecniche da impiegarsi («i protocolli e le modalità per la

prescrizione, la preparazione, il coordinamento e la sorveglianza della procedura di aiuto medico a morire»), quanto le questioni più strettamente organizzative ed amministrative che richiedono uno spazio normativo idoneo («indica i requisiti delle strutture del Servizio sanitario nazionale [...]»; «determina le modalità di custodia e di archiviazione delle richieste di aiuto medico a morire [...] in forma digitale»). Questo non può collocarsi entro la dimensione di una fonte primaria, se non altro per la potenziale necessità di dover aggiustare periodicamente o progressivamente taluni profili. Ne deriva che, pur ravvisandosi l'esigenza che la fonte primaria stabilisca che tali strumenti devono esistere al fine di assicurare l'effettività della disciplina, la soluzione percorribile non può che essere quella di rinviare ad una fonte secondaria il dettaglio della regolazione di tali aspetti.

Il vantaggio rappresentato da un rinvio esplicito ad una fonte secondaria, inoltre, consiste non solo nella possibilità di aggiornare periodicamente le previsioni di dettaglio, senza dover metter mano al testo normativo, ma definisce altresì il perimetro di manovra del decreto. In altre parole, creare un rinvio consente non solo di favorire un periodico aggiornamento della disciplina, ma aggancia anche tale esigenza a un preciso e sostanziale progetto legislativo, vincolando in tal modo l'esecutivo a “prendersi cura” di una disciplina che potrebbe non essere sempre in cima alle priorità di un dicastero. D'altro canto, l'esperienza maturata con altri testi normativi che utilizzano una tecnica simile ha dimostrato quanto, anche ai fini dell'effettività di strumenti di redazione delle norme, non si possa mai fare a meno di una volontà politica solida e obiettiva: senza una spinta politica, in altri termini, si corre il pericolo di lasciare il testo legislativo zoppo e privo della fonte secondaria in esso prevista e richiamata. Inoltre, nel caso in cui venisse

a mancare il periodico aggiornamento dei decreti previsti o, addirittura, la loro stessa adozione, gli strumenti volti a forzare un intervento ministeriale sarebbero decisamente deboli o spuntati. Al netto di tali difficoltà, pare che, comunque, la strada maestra non possa che essere quella di una successiva definizione per tramite di una fonte secondaria degli aspetti di dettaglio di una disciplina normativa che mira ad essere efficace e a restare sempre aggiornata.

Infine, poiché le riforme normative che innovano profondamente l'ordinamento non camminano soltanto sulle spalle del legislatore, ma si avvalgono anche delle gambe di coloro che a quella legge sono chiamati a dare vita (nel nostro caso, gli operatori sanitari), è stato previsto l'obbligo,

in capo ad ogni azienda sanitaria, di assicurare un'adeguata formazione del personale. Il rapido *turn-over* che da sempre caratterizza il comparto sanitario e, unitamente ad esso, le costanti e incessanti esigenze di aggiornamento dei professionisti della salute rischiano di far passare in secondo piano o lasciare misconosciute discipline normative che, invece, sono – è proprio il caso di dirlo – di vitale importanza per i pazienti e i loro congiunti. Senza un'adeguata formazione di coloro che devono dare vita a una riforma normativa, assicurando l'accessibilità ad una prestazione sanitaria, infatti, si rischia di lasciarne del tutto inespresso il potenziale, comprimendo in definitiva i diritti dei più vulnerabili.

## Aiuto medico a morire: “obiezione di coscienza” o “scelte in coscienza”?

**Paolo Benciolini**

*Già Professore ordinario di Medicina Legale, Università degli Studi di Padova. Mail: [paolo@benciolini.it](mailto:paolo@benciolini.it).*

Questo contributo si propone di approfondire, condividendone l'impostazione, alcune questioni relative alla partecipazione dei professionisti sanitari alla “procedura di accesso” come delineata dagli articoli 2-6 della “prova di testo normativo”, con riferimento agli eventuali problemi di “coscienza” degli stessi, così come presi in esame dagli artt. 5 e 6. Nella prospettiva di una regolamentazione normativa dell'aiuto medico a morire (comprendente sia il suicidio assistito che l' “eutanasia”), quale spazio per la “coscienza” degli operatori sanitari coinvolti?

Va, in primo luogo, chiarito che la questione si pone esclusivamente per le “prestazioni” di cui all'art. 4. Infatti, tutti gli operatori coinvolti nelle procedure di cui ai articoli precedenti sono richiesti di svolgere un ruolo basato o su un rapporto di fiducia (art. 2) o sulla propria competenza tecnico-specialistica (art. 3).

Come affrontare, dunque, gli eventuali problemi di coscienza di chi venisse richiesto di “attuare l'assistenza concordata con il paziente” (art. 4, co.3)?

La prima ipotesi che poteva essere prese in esame era, ovviamente, quella di introdurre anche in tema di aiuto medico a morire la previsione normativa della “obiezione di coscienza”, come del resto è avvenuto nel (ora decaduto) ddl Bazzoli sul suicidio assistito, che aveva pedissequamente ripreso le indicazioni della legge n. 194/78, in tema di interruzione volontaria della gravidanza.

Non vi è dubbio che tra le questioni bioetiche e di biodiritto relative agli interventi sanitari all'inizio e quelle che attengono alla fine della vita esistono rilevanti analogie. Oltre alle rispettive ipotesi delittuose, va ricordata la più che bimillennaria tradizione deontologica per la quale sia l'aborto che l'eutanasia erano state costantemente considerate prestazioni mediche gravemente censurabili. Ma anche quando è stata introdotta una previsione normativa di segno diverso (per il primo con la legge 194, per il fine vita con l'intervento della Corte Costituzionale in tema di aiuto al suicidio), pur essendo intervenuto un adeguamento dei rispettivi riferimenti contenuti nel testo del codice di deontologia medica, proprio per quanto attiene alle questioni di “fine-vita” le modifiche introdotte sono state da alcuni considerate inadeguate come pure è stato ritenuto insufficiente il richiamo al principio generale (art. 22) che prevede il “rifiuto della propria opera” quando “vengano richieste prestazioni che contrastino con la propria coscienza”. Da più parti (e non solo in ambito sanitario) si è richiesto (e si richiede ancor oggi, specie nella concreta prospettiva di una norma sulla “eutanasia”) che anche in relazione alle disposizioni legislative sui temi del “fine-vita” il legislatore provveda ad una specifica previsione della “obiezione di coscienza”.

Anche a parere di chi scrive, tuttavia, il punto di partenza per affrontare adeguatamente l'esigenza di dare attuazione alle norme sull'aiuto medico a morire nel rispetto della coscienza degli operatori chiamati ad applicarla dovrebbe consistere nel superamento della formula “obiezione di coscienza”, che, almeno in ambito sanitario, è andata logorandosi, anche culturalmente, nel tempo, ma che già fin dalle prime applicazioni della legge 194 non raramente è stata travisata. E considerando anche la sua difficile

attuazione, per la frequente e diffusa mancanza di “non obiettori”.

A favore di una più meditata e personale attenzione a “scelte in coscienza”, particolarmente interessante (e giustificata) appare la mancata previsione della “obiezione di coscienza” nella legge n. 219/2017, che rimanda ad una attenta riflessione (personale e di equipe) sulle scelte ispirate dal caso concreto<sup>1</sup>. Così come va ricordato che in tema di suicidio medicalmente assistito la sentenza della Corte costituzionale n. 242/19, escludendo la «punibilità dell’aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici», dichiara che «resta affidato alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, ad esaudire la richiesta del malato».

Occorre dunque soffermarsi sul valore della coscienza personale per un confronto serio e sereno con le situazioni esistenziali che l’applicazione della (auspicabile) normativa sul fine vita (che non potrà comunque ignorare le indicazioni della Corte costituzionale) dovrebbe proporre. In altri termini: pervenire a “scelte in coscienza”, per poter esprimere (e dichiarare, anche formalmente – art. 5) la propria disponibilità.

La logica della “obiezione di coscienza” in ambito sanitario è il rifiuto categorico di una prestazione prevista dalla legge, la logica delle “scelte in coscienza” è invece quella della disponibilità a considerare con attenzione la norma che, in questo caso, comporta l’esame della richiesta del paziente e valutarne, dinnanzi alla propria coscienza, la possibilità di attuazione nel caso concreto mediante il personale intervento professionale.

<sup>1</sup> Rinvio a P. BENCIOLINI, “Obiezione di coscienza “?, in *Nuova giur.civ.comm.*, II, 2015, 3 ss. e Id., *Obiezione di coscienza alle DAT? Ordinamento deontologico e*

Per consentire un tale atteggiamento responsabile è tuttavia necessaria una adeguata formazione.

Perché non approfittare del tempo oggi disponibile (anche a causa della rilevante svolta politica di questi mesi, che certamente non favorirà una ripresa a breve scadenza delle iniziative parlamentari) per elaborare questa diversa formulazione della questione attinente al rispetto della “coscienza”, che consenta di contemperare le esigenze etico-deontologiche dei professionisti sanitari con la necessità di rendere operativa la norma?

Nel tempo che ci attende vanno dunque proposte ed intensificate iniziative che, con metodologie adeguate, contribuiscano a formare i professionisti sanitari sui diversi temi che riguardano le situazioni del fine-vita. Si tratta di previsioni già contenute nell’art. 1 co. 9 e 10 della legge 219/2017 per quanto riguarda il consenso e le disposizioni anticipate di trattamento ma che possono essere fin d’ora riproposte per il suicidio assistito ed estese anche alle situazioni in cui la richiesta di aiuto medico a morire dovesse comportare un intervento “diretto”. Sotto quest’ultimo profilo, pur in mancanza di specifiche indicazioni sulle possibili cause di giustificazione di tali interventi, chi scrive conviene che esse vadano ormai considerate nella medesima prospettiva del suicidio assistito e che, dunque, le condizioni di non punibilità per tale fattispecie indicate della Corte costituzionale possano essere estese anche agli interventi “diretti.” È infatti difficile pensare – a partire dal profilo etico – ad una differenza sostanziale tra chi, constatata la presenza di gravi patologie e la incapacità del paziente, consapevole di “tollerare” la propria condizione, lo “aiuta” a morire fornendogli il

*ordinamento statale*, in *Nuove leggi civ.comm.*, 2019, 153 ss.





farmaco e chi lo “aiuta” a morire provocandogli direttamente la morte. Il caso emblematico (ma che non può essere considerato a parte, come una “eccezione che conferma la regola”) è quello del paziente incapace fisicamente di compiere gli atti necessari per il suicidio.

Una formazione, dunque, che non solo consenta di cogliere gli aspetti tecnico-organizzativi della procedura, ma anche di percepirne le implicanze etiche e soprattutto in grado di mettere in discussione le proprie motivazioni personali, specie qualora aprioristicamente orientate a rifiutare la richiesta del paziente di essere aiutato a morire. Una formazione, inoltre, non limitata solo a chi potrebbe essere chiamato ad effettuare gli “interventi”, ma estesa anche ai componenti delle équipes comunque coinvolte nella complessiva procedura. Senza ignorare l’importanza di avviare fin d’ora una sensibilizzazione su questi temi rivolta a tutti gli altri professionisti sanitari e agli stessi studenti.

Nelle iniziative di formazione, un primo spunto per una corretta valutazione delle implicanze etiche degli interventi di “aiuto medico a morire” dovrà considerare l’oggetto della “obiezione”. Sotto tale profilo andrà evidenziato che non esiste alcuna analogia tra gli interventi sanitari ai due estremi della vita: nel caso dell’aborto chi obietta intende negare il diritto della donna di sopprimere, nei casi previsti dalla legge, il prodotto del concepimento, un essere inerme, distinto dalla donna che lo richiede. Nel caso, invece, degli interventi sul “fine-vita” l’eventuale rifiuto di intervenire significherebbe non accogliere la decisione di una persona consapevole di porre fine alla propria vita mediante il suicidio assistito o l’intervento diretto nei casi previsti dalla relativa normativa.

Un ulteriore spunto dovrà riguardare la conoscenza del particolare vissuto di chi chiede di porre termine alla propria esistenza per una

patologa da lui considerata “intollerabile”. Sotto tale profilo, l’esperienza dei comitati etici per la pratica clinica (ma anche quella di cui possono essere portatori specialisti quali intensivisti e palliativisti), potrebbe risultare particolarmente preziosa per proporre, a titolo esemplificativo, situazioni esistenziali concrete in ordine alle quali confrontarsi per la verifica delle condizioni previste dalla Corte Costituzionale e interrogarsi sul personale modo di reagire e orientare le proprie scelte etiche. Richiamando, anche, le fondamentali indicazioni della legge 219/2017 in tema di decisioni responsabili da parte del paziente.

Senza, dunque, ricorrere alla necessità di una (rigida) previsione normativa della “obiezione di coscienza”, le prospettive che si aprono con una tale formazione dovrebbero consentire alle strutture sanitarie competenti di poter fare riferimento a medici (e l’altro personale necessario) disponibili (art. 5, co. 1) a realizzare la procedura di aiuto medico a morire a seguito di una personale meditata scelta “in coscienza”.

Una previsione “utopistica”? In realtà essa si inquadra nello spirito del “diritto gentile”, che intende promuovere uno stile degli operatori ispirato a una responsabile attenzione alla richiesta e al vissuto della persona ammalata. Senza escludere la possibilità di rivedere, in taluni casi, la propria scelta, ritirando la disponibilità (art. 5, co. 2).

Riproporre per il “fine-vita” la logica della “obiezione di coscienza” significherebbe vanificare le finalità di una normativa che si vorrebbe volta a valorizzare positivamente l’aiuto medico a morire, costringendo la struttura sanitaria, ove ve ne fosse bisogno, a ricorrere ad una soluzione organizzativa quale la “mobilità del personale” da altre aziende. Si tratta di una formula prevista dalla legge n. 194/78 e che, per la verità, viene ora considerata anche nella “prova di testo normativo” elaborata dal Gruppo di lavoro “un



Diritto Gentile” (art. 6, co. 3). Una procedura certamente inevitabile nei casi estremi, ma – ad avviso di chi scrive – pur sempre esposta al rischio di non consentire il formarsi dell’indispensabile (anche in queste situazioni!) rapporto di fiducia tra medico e persona ammalata.

Esistono ulteriori e diverse soluzioni organizzative? Sul punto si rinvia all’ampia rassegna di Lucia Busatta<sup>2</sup> per l’analogia questione sollevata nella applicazione della legge 194/78. In realtà, e proprio in base a tale esperienza (che si protrae ormai da oltre quarant’anni) è difficile immaginarne altre. Va poi rilevato che qualche perplessità susciterebbe – anche ad avviso di chi scrive – il ricorso a formule (già proposte per l’IVG) di incentivazione mediante assunzione riservata a medici “non obiettori”. In questo caso potrebbe

sussistere il rischio di subordinare la “coscienza personale” a scelte di comodo e, per la struttura sanitaria, il rischio di vedere vanificata la programmazione a seguito di successiva scelta del medico assunto di sollevare l’obiezione.

Condividere la proposta elaborata dal Gruppo “Per un diritto gentile” consentirebbe, invece, di abbandonare la logica della “obiezione di coscienza” e di agevolare l’attuazione della norma attraverso una adeguata formazione “sul campo” degli operatori sanitari, valorizzando una attenzione privilegiata ai valori (anche relazionali) ai quali ispirare la loro coscienza e, di conseguenza, anche le “scelte” di disponibilità professionale volte ad “attuare” l’assistenza concordata con il paziente.

<sup>2</sup> L. BUSATTA, *Insolubili aporie e responsabilità del SSN. Obiezione di coscienza e garanzia dei servizi per la*

*interruzione volontaria di gravidanza*, in *Rivista AIC*, 3, 2017, 1 ss.

## Oltre la Corte Costituzionale: per una proposta di legge che prenda in carico le vulnerabilità

**Ludovica De Panfilis**

*Ricercatrice Sanitaria e Bioeticista Clinica, Soc Medico-legale, Referente Area Bioetica Azienda USL-IRCCS di Reggio Emilia. Mail: [Ludovica.DePanfilis@ausl.re.it](mailto:Ludovica.DePanfilis@ausl.re.it).*

La proposta di legge “Disposizioni in materia di aiuto medico a morire” a cura del gruppo multidisciplinare del Diritto Gentile si inserisce in un percorso iniziato almeno 4 anni fa – per individuare un momento nello spazio e nel tempo in cui l’attenzione su questa tematica ha subito una brusca accelerata dal punto di vista normativo, sociale e mediatico.

Il tema è ovviamente oggetto di discussione da molti anni addietro, ma con la sentenza n. 242/19 della Corte costituzionale esso è diventato fortemente presente a livello nazionale, non soltanto al dibattito etico e giuridico, ma anche a quello sociale e sanitario. Il proliferare di informazioni parziali e spesso confuse, e di interpretazioni personali e applicazioni individuali, continua a generare nella cittadinanza, nei pazienti e nei professionisti sanitari atteggiamenti contrastanti, che poco hanno a che fare con la complessa presa in carico della vulnerabilità e della fragilità delle persone che chiedono un aiuto medico al morire.

Il prezioso tentativo di ordinare la materia in una proposta di legge equilibrata, che tenga conto della sentenza summenzionata e la superi negli aspetti più critici, è indispensabile nel panorama attuale.

La prospettiva dalla quale vengono di seguito proposte alcune riflessioni in merito è quella, che io ritengo privilegiata, di chi si occupa di questioni etiche della relazione di cura “dall’interno”

di un’azienda sanitaria, a contatto con quella bioetica del quotidiano che tanto si fatica a riconoscere se si riflette su questi problemi da una certa distanza. Penso, tuttavia, che anche questo sguardo non sia esente da limiti e, anzi, corra il rischio di essere parziale, nel momento in cui inevitabilmente rischia di porre freni “soluzione ideale” proponibile, sulla base di considerazioni di pura e semplice fattibilità.

Fatte le dovute premesse, il primo punto che desidero evidenziare e da cui credo sia fondamentale partire è la scelta, compiuta dagli autori di questa prova di testo normativo, di definire l’aiuto medico al morire come “sostegno all’autosomministrazione” oppure “somministrazione da parte del medico di farmaci adeguati allo scopo”. È la prima sostanziale e dirimente differenza con la decisione della Corte Costituzionale ed è anche il punto di svolta rispetto ad un dibattito etico ormai “trapassato”, teso a segnare confini spesso artificiali – sicuramente dal punto di vista emotivo e morale – tra suicidio medicalmente assistito ed eutanasia. Questa presa di posizione, inoltre, permette di superare alcune obiezioni che nel tempo renderebbero ambigua qualsiasi regolamentazione dell’aiuto medico a morire basata sulla sentenza della Corte.

Si veda, ad esempio, il caso della proposta di legge regionale dell’Associazione Luca Coscioni, presentata alla Consulta di alcune regioni tra cui l’Emilia Romagna. La proposta, sulla quale per ovvie ragioni non si entrerà qui nei dettagli, è stata scritta ai sensi della sentenza n. 242/19 della Corte.

La Consulta di garanzia statutaria della Regione, dopo averne valutato i contenuti, l’ha dichiarata ammissibile, pur ritenendo che «nella sentenza della Corte non sia configurabile un diritto a essere aiutati a morire dal Servizio sanitario nazionale, ma semmai “un diritto a darsi la morte” ottenendo da una struttura pubblica del SSN

Forum



l'accertamento dei presupposti per la non punibilità (dell'aiuto al suicidio"), quello dell'idoneità del farmaco e, più in generale, l'accertamento delle modalità di esecuzione»<sup>1</sup>. Tale presa di posizione rivela l'intrinseco limite della sentenza n. 242/19, che la prova di testo normativo supera senza ambiguità nella definizione che dà dell'aiuto medico a morire.

Un altro punto di distanza netta dalla decisione della Corte Costituzionale è nell'articolo 2. Il comma 1, nel definire i requisiti che la persona deve avere per richiedere l'aiuto medico a morire, non inserisce né la dipendenza da trattamenti di sostegno vitale, né la prossimità dell'evento morte. I tre aspetti cardine sono, infatti, la capacità di prendere decisioni libere e consapevoli, la patologia irreversibile e l'intollerabilità delle sofferenze. Questa assenza ha, a giudizio di chi scrive, un gran significato pratico e morale.

In prima istanza, questa posizione offre una risposta a tutte le persone affette da patologie irreversibili che, però, non dipendono da trattamenti artificiali e che non hanno una prognosi ben definita, ristabilendo, in questo modo, un principio di equità, che garantisca l'aiuto medico a morire sulla base della intollerabilità esistenziale di una malattia irreversibile e fonte di enormi sofferenze.

In secondo luogo, definire la richiesta di aiuto a morire in questi termini permette di segnare una certa distanza dal concetto della sospensione dei trattamenti, normato dalla Legge n.219/2017 sul

Consenso informato e le Disposizioni Anticipate di Trattamento (DAT).

Questa differenziazione potrebbe contribuire ad implementare una pratica clinica ed assistenziale che, al contrario, chi è direttamente impegnato sul campo fatica a comprendere fino in fondo, dopo 5 anni dall'entrata in vigore dalla legge. La differenza tra una sospensione di trattamenti salvavita e un aiuto medico a morire è ancora problematica nella pratica, poiché spesso la percezione dei professionisti si basa sull'esito di queste pratiche – la morte del paziente – e sul vissuto emotivo che comporta.

Un altro solco viene, altresì, creato con la sedazione palliativa profonda. Molto spesso i cittadini, le cui nozioni in merito sono alimentate da una informazione talvolta parziale, intendono la sedazione profonda non come un trattamento *last resort* proposto da un medico all'interno di una presa in carico da parte delle cure palliative, ma piuttosto come un'alternativa, l'unica possibile, ad un aiuto medico a morire. L'impatto che questo ha sulla pratica clinica e sulla relazione di cura è, spesso, molto dannoso, in quanto la sedazione profonda viene caricata di significati che non ha, confusa e mal gestita.

Se i due aspetti finora discussi rappresentano, a mio giudizio, i principali punti di forza di questa proposta – un cambio di passo significativo e necessario – di seguito saranno argomentati alcuni punti ritenuti critici, in riferimento soprattutto alle conseguenze della loro applicazione/applicabilità.

<sup>1</sup> Si veda, a tal proposito, quanto riportato da alcuni quotidiani nazionali, in assenza del testo consultabile del parere della Consulta: [https://www.quotidianosanita.it/regioni-e-asl/articolo.php?articolo\\_id=111313](https://www.quotidianosanita.it/regioni-e-asl/articolo.php?articolo_id=111313); [https://bologna.repubblica.it/cronaca/2023/02/22/news/fine\\_vita\\_la\\_regione\\_ammette\\_la\\_proposta\\_di\\_legge\\_dell'associazione\\_luca\\_coscioni-389049947/](https://bologna.repubblica.it/cronaca/2023/02/22/news/fine_vita_la_regione_ammette_la_proposta_di_legge_dell'associazione_luca_coscioni-389049947/);

[https://www.ansa.it/emiliaromagna/notizie/2023/02/22/suicidio-assistito-in-e-r-ammissibile-proposta-coscioni\\_b44e5ce1-0c9b-4241-8d65-37c56d8e19a8.html](https://www.ansa.it/emiliaromagna/notizie/2023/02/22/suicidio-assistito-in-e-r-ammissibile-proposta-coscioni_b44e5ce1-0c9b-4241-8d65-37c56d8e19a8.html).

Problematico appare, agli occhi di scrive, il riferimento alla relazione di cura presente nell'articolo 1, comma 3, ove si specifica che: «L'aiuto a morire si realizza nell'ambito della relazione di cura e di fiducia già in atto o avviata con la richiesta di aiuto a morire».

Le difficoltà nello stabilire una relazione di fiducia tra curanti e persone malate sono ben note e sono di tipo morale, relazionale, comunicativo, etico e deontologico. Alla base di una relazione di cura e di fiducia c'è il tempo, la prossimità, l'ascolto, le competenze etiche di chi comunica e quelle di chi ascolta. C'è un'autoconsapevolezza che aiuta a gestire il distress morale degli operatori e la conoscenza di sé e dei propri valori dei pazienti. Pretendere che una tale relazione si avvii nel momento in cui avviene la richiesta di aiuto a morire non è realistico e, soprattutto, sottovaluta le conseguenze che queste richieste hanno sui pazienti e sugli operatori sanitari, conseguenze che vanno riconosciute e gestite.

In relazione a quanto appena sottolineato, avrebbe avuto senso inserire nella proposta di legge il riferimento al coinvolgimento di un Comitato Etico o, meglio ancora, un Comitato per l'etica nella clinica. Proprio perché quest'ultimo non è presente in maniera uniforme sul territorio nazionale, la proposta poteva essere un'occasione per richiederne l'implementazione, sottolineando il ruolo che questo organismo potrebbe avere.

Il testo descrive, infatti, la predisposizione di un collegio che valuti la richiesta, la presenza dei requisiti necessari e "senta" la persona interessata. Tale organismo, così descritto, non assolve a quello che, invece, un Comitato per l'etica nella clinica potrebbe fare, ovvero supportare la persona malata e i professionisti nel percorso,

aiutandoli ad individuare le ragioni morali della richiesta e della eventuale approvazione e a gestire il distress morale che ne può conseguire. Questi aspetti sono importanti nella pratica, perché il problema del supporto etico a tutti gli attori coinvolti è ineliminabile e, se non affrontato in maniera adeguata, rischia di rendere impraticabile l'intera procedura.

Sempre in relazione al collegio che valuta la proposta, ritengo necessario sottolineare la potenziale problematicità di un altro aspetto. Al comma 2 dell'articolo 3 si dichiara che «qualora il collegio non accolga la richiesta, il rifiuto deve essere adeguatamente motivato e la persona può chiedere la nomina di un collegio con diversa composizione, che dovrà essere costituito entro 8 giorni». Considerato che questo collegio deve valutare l'irreversibilità di una malattia, la piena e libera capacità di scelta e la sofferenza intollerabile, c'è il rischio concreto di una certa discrezionalità nella valutazione. In particolare, l'aspetto dei tre che ritengo più "scivoloso" è la valutazione della sofferenza intollerabile.

Definita anche come distress esistenziale, il fenomeno è, spesso, causa dell'inizio di una sedazione palliativa profonda in prossimità della fine della vita. Nonostante ciò, la sua definizione è di frequente all'origine di dilemmi etici ed è molto dibattuta. Basti pensare che in un "consensus study" del 2000 sono state individuate ben 13 categorie per definire la sofferenza intollerabile legata ad una malattia irreversibile, tra cui: la perdita di significato nella vita presente e passata, la perdita di senso rispetto al proprio ruolo sociale, il sentirsi irrilevante, la dipendenza da altri e la paura di essere un peso, l'assenza di speranza, il dolore intollerabile, le domande disperate di senso<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> La definizione di sofferenza o distress esistenziale e le sue implicazioni alla fine della vita sono oggetto di numerose pubblicazioni. Per il lettore che fosse

interessato ad approfondire l'argomento, si suggerisce di iniziare dalla lettura di una revisione sistematica della letteratura, utile ad inquadrare

Al fine di evitare che il parere di uno – o più – collegi coinvolti sia opinabile in maniera problematica sarebbe ottimale inserire all'interno di essi un esperto nella valutazione di distress esistenziale (uno psicologo, un assistente spirituale, ma anche un bioeticista clinico o un palliativista particolarmente formato in questo ambito).

Allo stesso modo andrebbero stabiliti degli indicatori precisi e il più possibile oggettivabili, in base ai quali il collegio possa accettare o rifiutare la richiesta, oltre alla adeguata motivazione discorsiva che sostenga un eventuale rifiuto.

A conclusione di questo breve contributo, mi preme sottolineare la profonda necessità, che chi lavora nei contesti di cura percepisce, di rendere realmente applicativi gli strumenti previsti dalla Legge n.219 del 2017, anche alla luce del

percorso normativo che si vuol promuovere sul suicidio medicalmente assistito. L'entrata in vigore della 219, infatti, ha trovato una platea di professionisti impreparati e di cittadini parzialmente inconsapevoli. Affinché l'aiuto medico a morire possa essere compreso nel suo significato più profondo, ma anche nelle sue differenze rispetto a quanto già esiste, esso deve affacciarsi in un mondo socio-sanitario che ha già implementato le pratiche e gli strumenti della legge n.219 nella clinica e nell'assistenza quotidiana. Solo allora anche una legge sull'aiuto medico a morire potrà trovare una risposta pronta, consapevole e preparata, nell'ottica di garantire alle persone la piena realizzazione di sé, anche di fronte ad una malattia irreversibile e al morire.

---

l'argomento: BOSTON P, BRUCE A, SCHREIBER R., *Existential suffering in the palliative care setting: an*

*integrated literature review*, in *J Pain Symptom Manage*, 41, 3, 2011 Mar, 604-618.

## Le necessarie tutele (e i relativi controlli) in ordine al processo di formazione della volontà di morte

**Giuseppe Giaimo**

*Professore ordinario di Diritto Privato Comparato nell'Università degli Studi di Palermo. Mail: [giuseppe.giaimo@unipa.it](mailto:giuseppe.giaimo@unipa.it).*

La proposta di regolamentazione dell'aiuto medico a morire, elaborata da un tavolo di lavoro all'interno del gruppo "Per un diritto gentile", copre un ampio spettro di situazioni relative al termine della vita, per scelta di quell'individuo che voglia scampare ai tormenti recategli da uno stato di malattia. In particolare, sono previste le ipotesi di suicidio assistito e di eutanasia attiva (attraverso la somministrazione, da parte del medico, di sostanze capaci di provocare una morte senza afflizioni), in favore di una «persona affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psichiche vissute come intollerabili, e che sia capace di prendere decisioni libere e consapevoli» (art. 2). Ciò significa, quindi, che il soggetto richiedente potrebbe anche essere un minore di età e che l'infermità potrebbe avere natura psichica come, ad esempio, nel caso di uno stato depressivo cronico.

Una siffatta dilatazione delle fattispecie dimostra, per un verso, l'apprezzabile intento di ampliare la platea dei potenziali fruitori della disciplina, senza discriminazioni fondate sul necessario ricorrere di un peculiare stato patologico o sull'indispensabile presenza di determinati ap-prestamenti sanitari (quali sono i presidi di sostegno vitale, richiesti dalla Corte costituzionale n. 242/2019 come condizione legittimante l'aiuto al suicidio). Per altro verso, tuttavia, è indispensabile valutare se le regole previste in merito all'imprescindibile controllo della genuinità e

della consapevolezza del volere del disponente siano sufficienti ad assolvere al dovere dello Stato, di cui all'art. 2 della Convenzione EDU, di proteggere e tutelare la vita dei consociati; soprattutto quando – come nel caso in questione – siano coinvolti soggetti vulnerabili (quali i minori di età o i malati psichici) il cui procedimento di formazione della volontà necessita di maggiore attenzione. Sul punto è opportuno soffermarsi per un breve chiarimento.

La possibilità di cui gode ciascun essere umano di autodeterminarsi in relazione alle scelte a riguardo della sua salute – anche quando da esse dovessero derivare effetti letali – è espressione diretta del rispetto dovuto, dalla collettività di riferimento, alla libertà di ogni soggetto di conformare la propria esistenza a ciò che è percepito come maggiormente aderente al personale concetto di dignità. Il dovere dello Stato nei confronti del singolo possiede, quindi, una duplice valenza. In primo luogo, esso consiste nell'apprestare un sistema normativo tale da impedire qualsiasi interferenza esterna sulle decisioni individuali, quando queste riguardino le scelte di cura. In secondo luogo, lo Stato stesso – in ossequio all'obbligo che gli è proprio di proteggere la vita dei consociati (art. 2 Convenzione EDU) – deve assicurare, attraverso acconce disposizioni di legge, che ogni statuizione da cui possa scaturire un esito esiziale sia assunta senza che residui alcuna ombra circa la reale coerenza della decisione medesima con la personalità e i bisogni del disponente. In altri termini, se è vero che lo Stato deve astenersi dal porre ingiustificati vincoli alla libertà dispositiva della persona, è altrettanto vero che deve apprestare ogni cautela destinata a fare in modo che la volontà si formi in maniera del tutto scevra da condizionamenti e con un substrato informativo atto a far in modo che il soggetto interessato possa valutare e soppesare

*Giaimo*

ogni possibile alternativa e le relative conseguenze.

Una volta precisato questo presupposto teorico, è opportuno rileggere la proposta normativa in commento attraverso un concreto riscontro giurisprudenziale, in modo da evitare al ragionamento un eccessivo e improduttivo grado di astrattezza. Il riferimento è all'indirizzo dato di recente dalla Corte EDU<sup>1</sup> nel giudizio di conformità della legge belga sulla morte medicalmente assistita all'art. 2 della Convenzione, in un caso di eutanasia praticata in conseguenza di una patologia psichiatrica. La Corte stessa, dopo aver richiamato il margine di discrezionalità di cui godono gli Stati nell'ammettere nel proprio ordinamento la morte pietosa, ha individuato una coppia di elementi la cui presenza è ritenuta indispensabile all'interno di una normativa a regolamento del decesso medicalmente assistito. Il primo di questi requisiti consiste nell'esistenza di un sistema di controlli – preventivi all'atto eutanascico o all'aiuto al suicidio – adatti ad assicurare che la decisione del paziente di porre fine alla sua vita sia assunta in maniera libera e con la piena e perfetta coscienza di ogni informazione in grado di influire sulla scelta; con un ulteriore rafforzamento dei controlli medesimi, quando la richiesta del paziente è conseguenza di un malessere psichico che non sia tale da procurare, in tempi ragionevolmente brevi, l'evento letale<sup>2</sup>. Il secondo elemento indefettibile è costituito dalla previsione di un procedimento che consenta di verificare – in maniera oggettiva e in piena indipendenza di giudizio – che la procedura di morte medicalmente assistita sia stata svolta in perfetta aderenza alle disposizioni di legge, con

particolare riferimento al momento formativo della volontà del malato e alla sussistenza, sino all'istante finale, delle caratteristiche di libertà e consapevolezza che essa deve possedere<sup>3</sup>.

Il sistema del doppio controllo, quindi, secondo la Corte EDU è uno strumento necessario al fine di potersi accertare, senza che residui alcun inopportuno margine di dubbio, che il volere del disponente non sia frutto di condizionamenti esterni, così come di vizi interni – magari dovuti a una falsata percezione del disponente stesso, ovvero a una sua ridotta capacità d'intendere e di volere – che ne alterino la genuinità e ne inficino la consapevolezza. Verifiche, queste, che assumono ancora maggiore rilievo e importanza quando, come nel caso di affezioni di natura psichiatrica, la volontà di morte potrebbe essere facilmente condizionata e distorta proprio in conseguenza di quella specifica malattia; ovvero quando, come nel caso di soggetti minori di età, potrebbe esistere il dubbio che non sia stato ancora raggiunto un grado di maturità decisionale idoneo a comprendere e a elaborare ogni elemento di conoscenza, sulla cui scorta si compiono delle scelte da cui discendono esiti fatali per il disponente<sup>4</sup>.

Le cautele elaborate in tesi dalla Corte EDU trovano, in parallelo, un pieno riscontro positivo all'interno dell'ordinamento spagnolo, la cui *Ley Orgánica de regulación de la eutanasia* dispone un procedimento di formazione e di manifestazione delle determinazioni del paziente parecchio articolato, con una precisa scansione temporale, del tutto aderente al concetto di alleanza terapeutica e pienamente rispettoso dei

<sup>1</sup> Corte eur. dir. uomo, 4.10.2022, ric. 78017/17, *Mortier c. Belgique*.

<sup>2</sup> *Mortier c. Belgique*, cit., §§ 146-147.

<sup>3</sup> *Mortier c. Belgique*, cit., § 141.

<sup>4</sup> La Corte EDU ha concluso il suo giudizio rilevando come lo Stato belga sia venuto meno al proprio

dovere di proteggere la vita dei consociati, in quanto la legge sull'eutanasia del 28/5/2002 non prevede un sistema di controllo – successivo al decesso della persona che ha richiesto la morte assistita – idoneo a garantire una verifica effettiva e indipendente sulle modalità con cui è stata attuata la procedura eutanascica.



connotati di libertà, consapevolezza e autonomia che deve possedere il volere stesso.

La normativa spagnola – che subordina la possibilità di accedere alla morte medicalmente assistita alla compiuta maggiore età del soggetto interessato e la esclude nell'ipotesi di malattia psichica<sup>5</sup> – prevede un sistema di riscontro delle condizioni che legittimano il procedimento eutanasi (anche nelle forme di assistenza al suicidio) affidato a una *Comisión de Garantía y Evaluación*, quale organo amministrativo di composizione multidisciplinare, nominata su base territoriale dalle *Comunidades Autónomas*. In particolare, la *Ley Orgánica* stabilisce (art. 10) che la verifica della correttezza dell'operato del medico responsabile e dell'esistenza dei requisiti di legge è affidata a due componenti (un medico e un giurista) della Commissione stessa, che potranno anche procedere all'audizione di tutti i soggetti coinvolti, compreso (ove possibile) il paziente. In caso di disaccordo, la Commissione opera in composizione plenaria. L'organismo svolge anche una funzione di giudizio in ordine ai reclami, proposti dal paziente, contro i possibili pareri negativi all'eutanasia formulati dal medico responsabile o dal *médico consultor*<sup>6</sup>. Infine, contro le deliberazioni della *Comisión*, è ammesso il ricorso all'Autorità giudiziaria. Successivamente all'avvenuto decesso, il medico responsabile

deve consegnare alla *Comisión* due distinti documenti, uno con l'indicazione delle generalità del paziente, dello stesso medico responsabile e del *médico consultor*; l'altro con il resoconto puntuale, in forma anonima, dell'intera procedura. La Commissione, quindi, effettuerà un ultimo controllo sulla scorta di questa seconda relazione e, ove dovessero manifestarsi delle perplessità, potrà decidere di accedere ai dati contenuti nel primo documento, in modo da identificare i soggetti coinvolti e disporre ulteriori approfondimenti (art. 18).

Gli elementi tratti dalla sentenza della Corte EDU e dalla normativa spagnola sull'eutanasia e sul suicidio assistito consentono, adesso, di meglio valutare la proposta di legge in commento. Lo spirito sotteso a quest'ultima, com'è evidente dalla lettura del testo, è quello di valorizzare al massimo l'autodeterminazione di chi voglia sottrarsi con la morte procurata alle sofferenze dovute a uno stato patologico, che allontanano irrimediabilmente il vissuto quotidiano da ciò che l'individuo reputa aderente alla propria personalità e al proprio concetto di dignità. Al contempo, è dato opportuno rilievo alla relazione di cura che lega il paziente al medico, posto che la richiesta di aiuto a morire segue un procedimento all'interno del quale riveste un ruolo cardine il professionista sanitario, sia nella figura del

<sup>5</sup> Secondo il disposto dell'art. 5, comma 1 lett. d), l'aiuto medico a morire può essere richiesto soltanto in presenza di una *condizione grave cronica e invalidante*, intesa come «una situazione riferita a limitazioni che colpiscono direttamente l'autonomia fisica e le attività della vita quotidiana, in modo tale da rendere impossibile provvedere a sé stessi [...] associate a una costante e intollerabile sofferenza fisica o psicologica per chi ne soffre, con la certezza o un'alta probabilità che tali limitazioni persistano nel tempo senza possibilità di guarigione o miglioramento apprezzabile. A volte, può significare dipendenza assoluta dal supporto tecnologico di sostegno vitale» (art. 3, lett. b). Ovvero, ancora, quando ricorre una

*malattia grave e incurabile*, definita come «una patologia che per sua natura provoca una sofferenza fisica o mentale costante e insopportabile al di là della tollerabilità della persona, con una prognosi limitata per la vita, in un contesto di fragilità progressiva» (art. 3, lett. c).

<sup>6</sup> Il *médico consultor* è un professionista che – interpellato dal collega che ha curato la vicenda sino a quel momento – a sua volta ha il compito di visitare il paziente, studiarne la storia clinica e redigere una relazione circa la presenza dei requisiti che rendono ammissibile la richiesta di morte volontaria (art. 8, punto 3).

medico cui la richiesta stessa è rivolta (sul quale grava l'obbligo di fornire al richiedente ogni informazione potenzialmente utile a influire sul processo formativo della volontà di morte), sia in quella del medico responsabile della procedura (al quale spetta il compito di individuare e coordinare il collegio al quale compete decidere sull'accoglimento dell'istanza del malato). La medesima logica, infine, si riverbera sul piano dei requisiti richiesti: come si è detto, infatti, il decesso procurato per fini compassionevoli potrebbe riguardare anche i minori di età ed essere conseguente a una patologia di natura psichica. L'importanza riconosciuta alla volontà del paziente richiede, tuttavia, la presenza di una serie di cautele – ulteriori rispetto a quelle già contenute nel progetto normativo – atte a verificare che la volontà stessa sia scevra non solo da condizionamenti esterni, ma anche da deficienze informative che possano inficiarne il contenuto, così come da qualsiasi altro elemento, anche interiore al disponente, che sia tale da provocare pericolose distorsioni. In altri termini, sarebbe

auspicabile una maggiore accentuazione della condizione di indipendenza tra il medico responsabile (al quale spetta il compito di aiutare il richiedente a morire) e il collegio di controllo; così come la previsione di un sistema di verifica della correttezza della procedura seguita, successivo all'avvenuto decesso, affidata a un organo diverso rispetto a quello che ha autorizzato l'evento eutanasico. Questi accorgimenti di certo non sono degli strumenti attraverso i quali si pongono dei vincoli, in maniera surrettizia, alla libera volontà del disponente. Essi costituiscono, piuttosto, un'opportuna precauzione diretta a provare – senza che rimanga alcuna sgradevole sensazione di dubbio – che il volere del disponente sia stato connotato dal massimo grado di fondatezza e consapevolezza, a ulteriore garanzia della genuinità dell'atto di autodeterminazione, soprattutto quando esso riguardi soggetti che, per età o per la particolare condizione patologica in cui versano, risentono di una maggiore vulnerabilità.

## Il perché della non punibilità dell'aiuto medico a morire

### Elisabetta Palermo

Già professoressa associata di diritto penale, Università degli Studi di Padova. Mail: [elisabetta.palermo@unipd.it](mailto:elisabetta.palermo@unipd.it).

### Debora Provolo

Professoressa associata di diritto penale, Università degli Studi di Padova. Mail: [debora.provolo@unipd.it](mailto:debora.provolo@unipd.it).

### Elena Cadamuro

Assegnista di ricerca in diritto penale, Università degli Studi di Padova. Mail: [elena.cadamuro@unipd.it](mailto:elena.cadamuro@unipd.it).

La necessità di un intervento organico del legislatore volto a disciplinare la materia dell'aiuto medico a morire, al fine di definirne chiaramente le condizioni, i limiti e la procedura, impone di considerare anche i risvolti penalistici di tale disciplina.

In particolare, ciò che è evidente già dalla semplice lettura del dispositivo della sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019 – ove si esclude «la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge n. 219 del 2017 [...], agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente» – è infatti

che, rendendo lecita la condotta di agevolazione al suicidio in presenza di ben circoscritte condizioni (malattia irreversibile, sofferenza, percorso medicalizzato, ecc.), si è aperta la strada verso nuovi confini dell'autodeterminazione terapeutica, oltre la linea del diritto di rifiutare o interrompere trattamenti sanitari, così come esplicitato nella l. 219/2017, ma pur sempre attigui. Vi è dunque la necessità di interrogarsi, come già fatto nel contesto della legge succitata, rispetto agli obblighi e alle conseguenti responsabilità che si vanno delineando nei confronti di chi è chiamato ad operare in tale situazione<sup>1</sup>.

Nella prova di testo normativo che qui si commenta, anche sotto il profilo prettamente penalistico, si è cercato di sviluppare un ragionamento partendo innanzitutto dalla necessità di circoscrivere il problema dell'aiuto a morire nella cornice della relazione di cura e fiducia tra medico e paziente – secondo le direttive peraltro tracciate dalla Corte costituzionale con il richiamo alla l. 219/2017 – al fine di dare risposte al malato a fronte di una situazione che nasce dalla perdita della salute e comporta sofferenze fisiche e/o psichiche ritenute insopportabili<sup>2</sup>.

Una volta definito questo preciso contesto, anche alla luce di principi già normati, si ritiene possa perdere rilevanza il fatto di continuare a dare rilievo, in particolare sul piano penalistico, alle diverse modalità pratiche con cui si giunga a dare concretezza alla volontà del malato circa il momento terminativo dell'esistenza, seppur nel rispetto delle procedure stabilite.

È chiaro come le maggiori difficoltà dipendano proprio dal considerare anche le ipotesi di aiuto medico a morire che implicino una condotta del

<sup>1</sup> 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 *Sist. pen.*, 4 dicembre 2019.

<sup>2</sup> Per una sintesi efficace del dibattito sorto anche nell'ambito del gruppo di lavoro "Per un diritto

gentile" circa la scelta di delimitare la disciplina dell'aiuto medico a morire nel contesto della relazione di cura v. A. MANNA, *Ancora sul diritto a morire*, in *Discrimen*, 26.01.2023, 7 ss.

medico volta a procurare attivamente la morte della persona che chiede di essere aiutata a morire<sup>3</sup>. È certamente un passo impegnativo da effettuarsi su un terreno altamente divisivo<sup>4</sup>, ma che conduce ad un'equiparazione ragionevole quanto meno se ci si pone dal punto di vista di chi chieda aiuto: emerge cioè la necessità di non discriminare tra tipi di malati a causa di fattori fortuiti connessi alle diversità oggettive dei quadri morbosi<sup>5</sup>.

D'altronde si tratta di una conclusione che trova le sue origini già nelle riflessioni avviate, ancor prima della l. 219/2017, con riferimento all'interruzione su richiesta del paziente di un trattamento in atto, per la quale si renda necessario il comportamento attivo del medico<sup>6</sup>. Il passaggio ulteriore che si chiede al legislatore è di concepire dunque l'inclusione, nella disciplina dell'aiuto medico a morire, non solo dell'intervento del medico che sia di ausilio per l'esecuzione dell'intento del malato di porre fine alla propria sofferenza – il quale mantiene tuttavia il dominio sull'azione – (ipotesi considerata dalla stessa Corte costituzionale per la dichiarazione di

parziale incostituzionalità dell'art. 580 c.p.), ma anche della condotta del medico che, in determinate ben circoscritte situazioni “tragiche”, viene dall'ordinamento autorizzato ad agire per consentire al paziente di porre fine a sofferenze da lui sentite come insostenibili.

La peculiarità degli interventi medici, determinati dalla specifica situazione del singolo paziente, non consente infatti di porre sbarramenti o distinguo che rischiano di creare ingiustificate disparità di trattamento. La scelta da perseguire si ritiene debba essere quella di autorizzare la condotta più adeguata, secondo parametri scientifici ed etici, per dare una risposta alla richiesta di “aiuto medico a morire”, evitando classificazioni del tutto influenti, per non dire fuorvianti, in considerazione dell'obiettivo perseguito.

In tale prospettiva, dunque, sul fronte della responsabilità di chi opera in un siffatto contesto ben definito, si è scelto di inserire una clausola di esenzione dalla responsabilità sia civile che penale, riproponendo la formulazione contenuta nell'art. 1, co. 6, l. 219/2017<sup>7</sup>. In questa nuova

<sup>3</sup> Ci si riferisce cioè a quella casistica indicata con il termine di “eutanasia attiva”. In merito alle criticità circa l'uso di tale termine nel contesto dell'aiuto medico a morire, si rimanda a T. VITARELLI, *Verso la legalizzazione dell'aiuto (medico) a morire? considerazioni “multilivello”*, in *Sist. pen.*, 7 febbraio 2022, e dottrina *ivi* citata.

<sup>4</sup> Vedi, in particolare, i rilievi critici di M. ROMANO, *Aiuto al suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari, eutanasia (sulle recenti pronunce della Corte costituzionale)*, in *Sist. pen.*, 8 gennaio 2020, nonché di L. EUSEBI, *Diritto a vivere, suicidio, eutanasia*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2020, 501 ss.

<sup>5</sup> Si tratta invece di una disparità di trattamento che, nell'attuale contesto normativo, rischia di concretizzarsi a fronte dei limiti posti dalla Corte costituzionale nella sent. 242/2019. Sul punto D. PULITANÒ, *Morte assistita. Forza dei fatti e problemi della politica*, in *Sist. pen.*, 7 luglio 2022, 12. Condivisibili le osservazioni di S. SEMINARA, *Morte assistita, suicidio ed eutanasia (tra*

*Corte costituzionale, quesito referendario e Parlamento)*, in *Dir. pen. proc.*, 7, 2022, 935 ss.: «la resa del malato dinanzi all'intollerabilità del male fisico o psichico connesso a una malattia irreversibile, qualora espressa attraverso un atto di volontà libero e consapevole, dovrebbe meritare rispetto; tale rispetto, a sua volta, dovrebbe escludere che l'inerzia dinanzi al trapasso di una persona sofferente sia eticamente più apprezzabile dell'aiuto consistente in un'abbreviazione dell'agonia mediante accelerazione della morte».

<sup>6</sup> S. CANESTRARI, *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Leg. pen.*, 19.12.2018, 10.

<sup>7</sup> Sul dibattito circa la natura giuridica della causa di esenzione da responsabilità penale del medico inserita nella l. 219/2017 v. A. MASSARO, *Il “caso Cappato” di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?*, in *Dir. pen. cont.*, 14 giugno 2018, 15 ss.

disposizione, si è deciso di adottare una formula ampia, che comporti la non punibilità non solo del medico e del personale sanitario, ma altresì di tutti coloro che in qualche modo siano chiamati ad intervenire nell'*iter* procedurale indicato, così creando un quadro operativo di liceità per l'aiuto medico a morire. È evidente infatti come, facendo riferimento a condotte che assumono efficienza causale sull'anticipazione dell'evento morte e, in quanto tali, astrattamente riconducibili alle fattispecie previste dall'art. 579 c.p. (omicidio del consenziente) e 580 c.p. (istigazione o aiuto al suicidio), sia necessario concepire una disposizione di natura scriminante.

In particolare, a nostro avviso, tale esonero da responsabilità può giustificarsi compiutamente se, sotto il profilo dogmatico, lo si concepisce quale risultato di una causa di giustificazione di tipo procedurale, essendone l'operatività vincolata al rispetto di un preciso *iter* procedurale<sup>8</sup>.

La configurazione di una causa di giustificazione permette di separare i fatti leciti da quelli illeciti, estrapolandoli dal fatto tipico, così come tassativamente descritto dalla norma penale, facendo prevalere la tutela di un bene di rilevanza

costituzionale su quello oggetto di tutela<sup>9</sup>: si giunge così a sancire in modo inequivoco la liceità e la legittimità della condotta del medico che, in un contesto medicalizzato e caratterizzato da ben precisi requisiti di gravità ed irreversibilità del quadro morboso, oltre che di sofferenza sentita come intollerabile dal soggetto malato, sia finalizzata a dare attuazione al diritto del malato ad essere "lasciato libero di morire con dignità", quale appunto portato inevitabile del diritto all'autodeterminazione terapeutica, fondato sugli artt. 2, 13 e 32 Cost.<sup>10</sup>.

Di certo, a nostro avviso, una siffatta disciplina non esclude l'opportunità – anche a fronte dell'intervento della Corte costituzionale che ha riguardato solo l'art. 580 c.p. – di un intervento sistematico del legislatore che, proprio in seguito alla definizione di una procedura rigorosa in tema di aiuto medico a morire, concepisca la riformulazione di entrambe le fattispecie penali richiamate (artt. 579, 580 c.p.), non solo confermando la causa di giustificazione procedurale per le ipotesi poc'anzi descritte, ma altresì creando una gradualità nell'intervento punitivo, come già avvenuto in altri ordinamenti europei<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Già la Corte costituzionale, con la sentenza 242/2019, ha definito un «quadro procedimentale minimo» per l'accertamento delle condizioni che legittimano l'aiuto al suicidio da parte di una struttura pubblica del servizio sanitario, v. F. VIGANÒ, *Diritti fondamentali e diritto penale al congedo della vita: esperienze italiane e straniere a confronto*, in *Sist. pen.*, 12 gennaio 2023, 24 ss., il quale ritiene che sia poi lasciato agli interpreti il compito di qualificare tale «sotto-fattispecie» costruita dalla Corte come «causa di esclusione del tipo, come causa di giustificazione o come scusante» (così in part. in nota 77).

<sup>9</sup> Così E. PALERMO-FABRIS, *Orizzonte e limiti della cura*, in *Resp. med.*, 1, 2019, 45, già con riferimento alla clausola di esenzione da responsabilità prevista nella l. 219/2017. Sempre con riferimento a quest'ultima clausola v. anche S. CANESTRARI, *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni*

*anticipate di trattamento*, in *Leg. pen.*, 19.12.2018, 9 ss., il quale ritiene che la liceità delle condotte attive del medico si fondi sulla «scriminante dell'adempimento di un dovere terapeutico scaturente dall'art. 32, co. 2, Cost.».

<sup>10</sup> E. PALERMO-FABRIS, *"Diritto di morire" e diritto penale: una breve riflessione sul tema alla luce dei casi Welbi e Englaro*, in S. BOCCAGNA (a cura di), *Diritto di morire, decisioni senza legge, leggi sulla decisione. Profili giuridici del caso Englaro*, Roma, 2014, 83 ss.

<sup>11</sup> Sul punto v. le proposte avanzate in E. PALERMO, D. PROVOLO, E. CADAMURO, *Profili penali dell'aiuto a morire: problematiche attuali e considerazioni de iure condendo anche in prospettiva comparatistica*, in *Resp. med.*, 1, 2022, 117 ss. Per approfondimenti cfr. E. CADAMURO, *Risvolti penalistici dell'aiuto medico a morire: dalle criticità degli approdi giurisprudenziali*

---

*alle prospettive de iure condendo, in Corti supreme e salute, 1, 2023.*

## Considerazioni sul documento “Disposizioni in materia di aiuto medico a morire”

**Sergio Seminara**

*Professore ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Pavia. Mail: [seminara@unipv.it](mailto:seminara@unipv.it).*

### 1. Il quadro normativo e la sentenza della Corte costituzionale

La sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale muove dall’art. 1 legge n. 219 del 2017 per giungere alla conclusione che, se «il fondamentale rilievo del valore della vita non esclude l’obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l’interruzione dei trattamenti sanitari [...], non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all’accoglimento della richiesta di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento conseguente all’anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale».

Con un saldo ancoramento alla concreta vicenda dalla quale traeva origine la questione di legittimità dell’art. 580 c.p., la Corte si è dunque limitata ad allargare l’ambito applicativo del diritto all’interruzione delle terapie, comprendendovi l’aiuto nel processo di morte, già previsto dalla legge n. 219, quando il decesso non costituisca un effetto immediato del distacco dai trattamenti di sostegno vitale.

Tutto qui: contrariamente a chi vi ha ravvisato incongruenze e contraddizioni, la decisione è molto chiara nell’assumere una base di partenza normativa e nel mantenersi rigorosamente all’interno di essa, pervenendo alla non punibilità di chi «agevola l’esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di

una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa irreversibili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli». Ciò ovviamente non esclude che, sul piano assiologico, il testo vigente dell’art. 580 c.p. risulti criticabile. Ma questo, appunto, è il frutto di un giudizio valoriale, che non riguarda la decisione della Corte costituzionale e chiama invece in causa il legislatore.

Occorre dunque mantenere su piani nettamente distinti la sentenza n. 242 e la fattispecie codicistica, avendo chiaro che la prima costituisce l’esito di un percorso sorretto da riferimenti diversi da quelli che devono ispirare la redazione di una norma di legge. Sotto questo profilo, il documento sottoposti si mantiene nel solco della decisione della Corte, solo sopprimendo il requisito dei trattamenti di sostegno vitale e, per il resto, riproponendo nell’art. 2.1 l’attribuzione della legittimazione a richiedere l’aiuto medico a morire a ogni «persona affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psichiche vissute come intollerabili, e che sia capace di prendere decisioni libere e consapevoli».

### 2. Considerazioni sulla proposta

Condivido l’impostazione adottata. La tesi che indiscriminatamente estende alla vita umana il principio *volenti non fit iniuria* mina alla base il riconoscimento interpersonale, ove l’inviolabilità dei diritti fondamentali deve rappresentare un vincolo assoluto, gravante su chiunque. Se è vero che le tendenze culturali oggi dominanti si esprimono nel senso di un primato della persona che è anche libertà di autodeterminazione, in quanto tale non comprimibile, occorre considerare che tale libertà viene già variamente limitata



o negata dall'ordinamento rispetto a determinati settori (solo a titolo esemplificativo, si pensi alle prestazioni sessuali a pagamento, allo sfruttamento del lavoro o al traffico di organi umani), nei quali si presume una situazione di debolezza del soggetto consenziente, che nega validità alla manifestazione di una volontà che si presume non libera.

Le concezioni liberistiche si dipartono da ideali astratti di libertà e di correlativi diritti, ignorando l'esistenza di soggetti fragili, esposti a forme di sfruttamento o manipolazione e comunque bisognosi di aiuto. Pur rispettando le posizioni liberali, ritengo preferibile un paternalismo, per quanto di sapore compromissorio, mirato a proteggere la dignità dell'individuo e il valore della solidarietà.

### 2.1. I destinatari dell'aiuto medico a morire

Nel mondo dei valori – che è quello della filosofia –, l'alternativa più rigida si pone tra quanti assumono il primato dell'autodeterminazione dell'individuo, cosciente e responsabile, in ordine alla propria vita e quanti invece negano la disponibilità della vita umana, escludendo rilievo al consenso o alla richiesta di colui che, da protagonista della scena, viene così relegato al ruolo di vittima.

L'art. 2.1 della proposta si pone nel terreno di mezzo rispetto all'antitesi ora delineata, poiché ammette la morte assistita, ma la limita alle persone affette da una patologia irreversibile, fonte di intollerabili sofferenze fisiche o psichiche, e purché la morte sia cagionata con l'ausilio di un medico (l'art. 1.3 – che vale a specificare il titolo della proposta, concernente l'«aiuto medico a morire» – prescrive che tale aiuto «si realizza nell'ambito della relazione di cura e di fiducia già in atto o avviata con la richiesta»). Al fine di ac-

certare, sul piano valoriale, il fondamento di questi filtri selettivi, conviene subito evidenziare la scarsa significatività del presupposto delle sofferenze a causa della loro dimensione esclusivamente soggettiva (l'art. 2.1 afferma rispetto a esse: «vissute come intollerabili»); piuttosto, utilizzando come termine di raffronto la sentenza della Corte costituzionale, si tratta di riflettere sulle conseguenze derivanti dall'omessa menzione dei trattamenti di sostegno vitale.

Un vincolo costituito unicamente dalla patologia insuscettibile di regresso, evitando di specificarne il tipo di decorso e la sua compatibilità con una vita autonoma, opera sia nel senso di anticipare cronologicamente il momento della richiesta, sia nel senso di dilatare il novero dei potenziali richiedenti. Se la legittimazione alla morte assistita prescinde dallo stadio della malattia e dalla prognosi di esito infausto, ci troviamo infatti ben oltre il diritto di rifiutare le cure dal quale aveva preso le mosse la Corte, allo scopo prescrivendo i trattamenti di sostegno vitale per designare l'avanzamento della malattia: non si tratta più dell'agevolazione prestata a una morte comunque imminente o che non si vuole più ostacolare nel suo naturale processo, ma si apre uno scenario radicalmente nuovo, ove la libertà di autodeterminazione trova il proprio confine solo nell'irreversibilità della patologia, di qualunque tipo essa sia e a prescindere dalle sue conseguenze, purché siano fonte di sofferenze intollerabili. Neppure è necessaria una situazione terapeutica in fase di svolgimento, della quale si chieda l'interruzione: come peraltro chiarisce l'art. 1.3, in base al quale «l'aiuto a morire si realizza nell'ambito della relazione di cura e di fiducia già in atto o avviata con la richiesta di aiuto di cui all'art. 2».

Dinanzi a una così decisa “soggettivizzazione” della scelta di morte ci si può chiedere perché sia necessaria una patologia irreversibile. Invero, la

scarsa selettività del requisito della irreversibilità finisce con lo spostare l'accento sulle sofferenze intollerabili, specificando la fonte di esse nel senso, appunto, della definitività. Ma qui insorge un ulteriore problema.

La nozione di patologia evoca un processo morboso o una malattia in corso, così escludendo le gravi e permanenti disabilità – anche come esiti di traumi o di ictus cerebrale –, le forme di acuta (o maggiore) depressione non qualificabili nel senso della irreversibilità nonché i casi di sottoposizione a trattamenti di sostegno vitale in conseguenza di patologie stabilizzatesi. Senza indulgere su distinzioni che richiedono competenze proprie di altri settori scientifici, ove questa ipotesi interpretativa trovasse conferma il presupposto della patologia irreversibile si rivelerebbe incapace di giustificare assiologicamente la disparità di trattamento rispetto a coloro che, vivendo intollerabili sofferenze, non sono legittimati a invocare l'aiuto medico a morire.

A questo punto, delle due l'una: se il termine “patologia” venisse inteso nel senso suo proprio, il suo utilizzo nell'art. 2.1 sarebbe fonte di iniquità; se invece esso fosse concepito nell'accezione più ampia, focalizzata sull'irreversibilità, il limite che ne deriverebbe rispetto a un diritto indiscriminato di chiedere la propria morte sarebbe davvero ben poca cosa.

Qui sta il nodo del terribile problema di stabilire in via astratta e generale chi ha diritto di richiedere la morte assistita.

## 2.2. L'accertamento dei requisiti oggettivi

L'accertamento dei requisiti stabiliti dall'art. 2.1 del documento compete dapprima al medico di fiducia o a quello nominato dall'azienda sanitaria od ospedaliera in seguito alla richiesta del malato (art. 2.4) e poi alla commissione designata dalla direzione sanitaria, composta dal medico

responsabile della procedura, dal medico esperto nella patologia da cui è affetto il richiedente, da un medico legale, da uno psicologo clinico e dal medico di fiducia (art. 3).

Il giudizio della commissione può però solo sfiorare le sofferenze per le ragioni già accennate, limitandosi dunque all'irreversibilità della patologia e alla capacità del richiedente di determinarsi liberamente e consapevolmente. Emergono così due differenti spunti di riflessione: del primo, concernente la nozione di patologia, si è già detto e può solo auspicarsi che gli estensori della proposta ne chiariscano il reale contenuto; il secondo spunto ha ad oggetto il possibile scarto tra la capacità del malato di decidere sulla propria vita e l'effettiva libertà della concreta scelta di chiedere l'aiuto a morire.

È, questo, un tema che caratterizza ogni soluzione tesa a “burocratizzare” situazioni drammaticamente esistenziali, ove la libertà e la consapevolezza si presentano allo stesso tempo come un generale stato della persona in grado di esprimere validamente la propria volontà ma anche come uno specifico requisito della concreta scelta di morte. In particolare, più che la consapevolezza viene in rilievo la libertà della scelta, intesa come assenza non solo di suggestioni o pressioni esterne, ma soprattutto di “influenze” negative derivanti dal contesto di cura e assistenza. Al fine di evitare equivoci, sarebbe opportuno che nel testo dell'art. 2.1 la libertà e la consapevolezza risultassero maggiormente legate alla richiesta.

## 2.3. La proceduralizzazione della scelta di morire

Il problema della burocratizzazione dei processi di vita e di morte suggerisce un ultimo spunto.

Il documento non prevede nessun termine di adempimento, rispetto alla richiesta di morte assistita, a carico del medico di fiducia, della commissione e della direzione sanitaria. Una volta imboccata la strada della proceduralizzazione, occorre invece prevedere forme di garanzia – cioè di rispetto – in favore di colui che, vivendo intollerabili sofferenze, abbia deciso di formalizzare la propria decisione. Anzi: non solo dovrebbero essere precisati i tempi per la pronuncia degli organi chiamati a esprimersi, ma andrebbe pure configurata, per il caso di inosservanza, una specifica sanzione di tipo disciplinare.

Inoltre, l'art. 3.2 stabilisce che, in caso di rigetto della richiesta da parte della commissione, «la persona può chiedere la nomina di un collegio con diversa composizione, che dovrà essere costituito entro 8 giorni». Anche qui, però, nulla è previsto per gli adempimenti successivi. La lacuna andrebbe colmata, stabilendo un termine per la decisione e, ove essa sia negativa, affidando alla stessa commissione il compito di stabilire il decorso di un termine (comunque non superiore, ad es., a sei mesi) prima di una nuova richiesta.

## L'ineluttabilità della morte è condizione necessaria per considerare costituzionalmente legittimo l'aiuto medico a morire? Spunti di riflessione a margine della proposta di legge di *Undirittogentile*

**Davide Servetti**

Ricercatore di Diritto costituzionale nell'Università del Piemonte Orientale. Mail: [davide.servetti@uniupo.it](mailto:davide.servetti@uniupo.it).

### 1. La consonanza della proposta di *Undirittogentile* con alcuni progetti di legge parlamentari e la sua distanza dalla "disciplina" dettata dalla Corte costituzionale

La discussione sui profili costituzionali del fine vita, nel cui ambito si muovono queste brevi considerazioni a commento della proposta di legge recante "Disposizioni in materia di aiuto medico a morire" promossa dal Gruppo di lavoro "*Undirittogentile*", è stata negli ultimi anni segnata dalle notissime decisioni della Corte costituzionale aventi ad oggetto il reato di aiuto al suicidio di cui all'art. 580 c.p. (ord. 207/2018 e sent. 242/2019), alle quali si è aggiunta la sent. 50/2022, che ha dichiarato inammissibile il referendum di abrogazione parziale dell'art. 579 c.p., concernente l'omicidio del consenziente.

Le motivazioni e i dispositivi di tali decisioni, al netto dell'accesso dibattuto che le riguarda e delle critiche che sono state formulate specialmente nei confronti delle prime due – alcune delle quali saranno riprese oltre –, tracciano un quadro interpretativo dei principi costituzionali, vigenti nel nostro ordinamento relativamente al rapporto tra protezione della vita umana e libertà di autodeterminazione individuale, con il quale

ogni iniziativa legislativa in materia dovrà confrontarsi.

La prima considerazione sulla proposta qui in commento, allora, può coincidere con la constatazione che essa si propone di accordare alla persona uno spazio di autodeterminazione nel morire (*rectius*, nel poter pretendere e ottenere dai pubblici poteri un qualificato aiuto a morire) assai più esteso rispetto a quello conseguente alla sentenza 242/2019.

Tale estensione passa, essenzialmente, attraverso due scelte cardinali: l'assimilazione in una sola figura giuridica, qualificata come "aiuto medico a morire", di due comportamenti che tanto la legislazione vigente quanto la Corte nella predetta giurisprudenza tengono distinti, ovvero l'aiuto al suicidio e l'omicidio del consenziente; l'omissione, tra i presupposti legittimanti la richiesta di aiuto, della sottoposizione della persona richiedente a trattamenti di sostegno vitale. In ciò la proposta di *Undirittogentile* non è isolata. Le due scelte che la caratterizzano, infatti, si ritrovano anche in alcune proposte di legge depositate presso le Camere nella legislatura corrente. La sussistenza di trattamenti di sostegno vitale non è richiesta, quale requisito necessario per l'accesso alla "morte volontaria medicalmente assistita", dalla p.d.l. C.251 (Magi), né dai progetti di legge "gemelli" S.124 (Pirro e altri) e C.313 (Sportiello e altri) per l'accesso alle due procedure che essi qualificano come "suicidio medicalmente assistito" e "trattamento eutanasi". Questi tre progetti, più precisamente, prevedono che tale requisito sia uno dei due che, *alternativamente*, legittima la persona a richiedere la propria morte: l'altro requisito è la sussistenza di una patologia irreversibile a prognosi infausta o di una condizione clinica irreversibile, che

provochino sofferenze intollerabili<sup>1</sup>. I due requisiti sono invece *contestualmente* richiesti ai fini dell'accesso alla procedura di "morte volontaria medicalmente assistita" prevista dal d.d.l. S.104 (Bazoli e altri) e dalla p.d.l. C.87 (Costa). Per altro verso, questi due progetti, analogamente agli altri tre prima considerati e alla proposta di *Undirittogentile*, prevedono non soltanto l'assistenza al suicidio, ma anche la somministrazione del farmaco mortale da parte di una persona terza rispetto al richiedente.

## 2. La scelta di non prevedere la sottoposizione a trattamenti di sostegno vitale tra le condizioni della richiesta di aiuto

Prima ancora che i profili procedurali, sui quali larga parte della proposta di *Undirittogentile* si sofferma, sono allora le due scelte sostanziali sopra considerate a dover essere oggetto di attenzione.

Delle due – per le ragioni che si motiveranno tra poco e senza con ciò voler impostare alcuna tassonomia di ordine assiologico – è la mancata previsione dei trattamenti di sostegno vitale quale condizione legittimante l'aiuto a morire la scelta dei proponenti che manifesta la cesura più profonda con la situazione normativa oggi vigente alla luce della sent. 242/2019. Se tale previsione fosse presente, le altre tre condizioni legittimanti la richiesta di aiuto (piena capacità di autodeterminazione e sussistenza di una patologia irreversibile, che sia fonte di sofferenze fisiche o psichiche vissute come intollerabili) sarebbero sostanzialmente sovrapponibili a quelle previste dalla Corte e il "solo" tratto differenziale consisterebbe nell'assimilazione tra aiuto al suicidio e omicidio del consenziente (su cui, *infra* § 4).

<sup>1</sup> Circa la qualificazione della patologia a prognosi infausta e delle sofferenze i progetti Magi, da un lato, e Pirro e Sportiello, dall'altro, presentano delle differenze: alcune lievi ed una, invece, degna di particolare

Tale scelta dei proponenti fa sì che la richiesta di aiuto medico a morire non rappresenti una «alternativa reputata [dalla persona interessata] maggiormente dignitosa»<sup>2</sup> rispetto alla richiesta di interruzione dei trattamenti di sostegno vitale. Bensì, tale scelta è finalizzata a rendere possibile per la persona domandare di essere aiutata a morire (e, accertati i presupposti della richiesta, ottenere obbligatoriamente tale aiuto) anche quando la morte non sarebbe la conseguenza naturale della patologia di cui è affetta.

L'ineluttabilità della morte non è contemplata, dalla proposta in commento, come il frutto di una prognosi infausta, né di una previsione dell'esito dell'interruzione di trattamenti di sostegno vitale. Ovviamente, l'ineluttabilità della morte, per dir così, rinvenibile nelle due ipotesi appena formulate è differente: mentre nell'ipotesi della prognosi infausta, la probabilità statistica, basata sul confronto della situazione individuale con la generalità delle situazioni patologiche irreversibili analoghe, può anche scontare ampi margini d'incertezza, nell'ipotesi dell'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale, siffatta probabilità può essere accertata con riferimento alla concreta situazione dell'interessato a livelli di ragionevole certezza molto elevati, alla luce dei quali la morte – salvo gravissimi errori di valutazione e salvo eventi del tutto imponderabili – si profila come conseguenza sicura dell'interruzione dei trattamenti e variabile diventa soltanto il tempo che essa potrebbe impiegare ad arrivare. Sotto questo profilo, di ineluttabilità in senso proprio si può parlare nella seconda ipotesi, quando la sussistenza medesima dei trattamenti di sostegno vitale è segno

nota, poiché i due progetti "gemelli" escludono espressamente che la patologia o la condizione clinica possano essere di natura psichiatrica o psicologica.

<sup>2</sup> C. cost., ord. 207/2018, punto 9, cons. dir.



incontrovertibile che la decisione di sospenderli porterebbe alla morte del paziente.

Dunque, il cambiamento di scenario aperto dalla proposta di *Undirittogentile* è profondo. Prevedere, come ha statuito la Corte nella sent. 242/2019, che condizione inderogabile di legittimità<sup>3</sup> dell'aiuto medico al suicidio sia la sottoposizione a trattamenti di sostegno vitale significa ammettere una modalità di accelerazione di un processo naturale dall'esito (in misura ragionevolmente certa) inevitabile, che soltanto l'intervento medico sta temporaneamente inibendo. Rimuovere tale condizione significa rendere legittima, e oggetto di un diritto esigibile da parte della persona pienamente capace di autodeterminarsi, una libera scelta di morte come risposta alle sofferenze fisiche o psichiche che ad ella provengono da una patologia irreversibile e che ella ritiene, secondo il proprio insindacabile giudizio, intollerabili; e ciò senza alcuna necessità di verificare la sussistenza di una qualche condizione che faccia ragionevolmente prevedere che tale patologia e tali sofferenze porteranno alla morte come conseguenza certa delle stesse: è questa un'opzione legislativa costituzionalmente

legittima, per cui la condizione in questione fa parte di quegli elementi discrezionalmente componibili dal legislatore nella progettazione di una soluzione normativa a contenuto costituzionalmente non vincolato alternativa a quella "cedevole" dettata dal giudice costituzionale, oppure essa integra necessariamente quel nucleo di tutela minima del diritto alla vita che la Costituzione non consente di violare?

### 3. Considerazioni che portano a dubitare della legittimità costituzionale di tale scelta

La ricerca di una risposta a questo interrogativo sconta, naturalmente, le problematiche che la dottrina più critica nei confronti delle pronunce 207/2018 e 242/2019 ha puntualmente enucleato con riferimento sia allo sviluppo dell'*iter* argomentativo sia al modello decisorio spesi dalla Corte<sup>4</sup>. L'interrogativo, in particolare, sottende (ed evidenzia) il carattere ambiguo e parzialmente contraddittorio del monito finale della sent. 242/2019, nel quale il richiamo al rispetto dei «principi precedentemente enunciati», alla luce della (auto)qualificazione dell'intervento del

<sup>3</sup> Non è questa la sede per puntualizzare, come sarebbe necessario fare, sulla differenza che corre tra la legittimazione proveniente dall'individuazione di una circoscritta area di non punibilità *ex art.* 580 c.p. e la legittimazione proveniente dalla configurazione di una procedura medica prevista come obbligatoria per il Servizio sanitario nazionale.

<sup>4</sup> Questa sede editoriale impone riferimenti minimi in nota; si rimedia quindi alle allusioni presenti nel testo con il rinvio soltanto ad alcuni tra gli autori che, con argomentazioni e sfumature differenziate, hanno segnalato in termini maggiormente persuasivi tali problematiche: L. EUSEBI, *Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019. A prima lettura*, in *Corti Supreme e Salute*, 2/2019; D. PARIS, *Dal diritto al rifiuto delle cure al diritto al suicidio assistito (e oltre). Brevi osservazioni all'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Corti Supreme e Salute*, 3/2018; F. POLITI, *La sentenza n. 242 del 2019 ovvero della rarefazione del*

*parametro costituzionale e della fine delle "rime obbligate"? Un giudizio di ragionevolezza in una questione di costituzionalità eticamente (molto) sensibile*, in *Diritti fondamentali*, 1/2020; G. RAZZANO, *Nessun diritto di assistenza al suicidio e priorità per le cure palliative, ma la Corte costituzionale crea una deroga all'inviolabilità della vita e chiama «terapia» l'aiuto al suicidio*, *ivi*; 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 *Il foro italiano*, 3/2020, pt. I; A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giustizia Insieme*, 27 novembre 2019; C. TRIPODINA, *La "circoscritta area" di non punibilità dell'aiuto al suicidio*, in *Corti Supreme e Salute*, 2/2019.



giudice costituzionale come di natura “pretoria”<sup>5</sup> e del contenuto additivo “a rime sciolte” della declaratoria d’illegittimità, non può leggersi come un rinvio integrale.

Tuttavia, la chiara opzione per un altro scenario, che la proposta di *Undirittogentile* manifesta limpidamente, è tale per cui, a mio avviso, è possibile formulare alcune considerazioni che depongono nel senso del suo contrasto con i principi costituzionali che emergono (anche) dalla ricostruzione operata dalla Corte nelle due decisioni sull’aiuto al suicidio, specialmente a valle della sent. 50/2022.

In estrema sintesi, la rimozione della condizione della sottoposizione ai trattamenti di sostegno vitale, senza alcuna riformulazione delle altre tre condizioni previste dalla sent. 242/2019 e riprodotte pressoché testualmente dalla proposta di *Undirittogentile* (in particolare, senza alcuna specificazione relativa alla “patologia irreversibile”), espone tale proposta problemi di legittimità costituzionale per le seguenti ragioni.

Essa assoggetta allo stesso trattamento legislativo una casistica amplissima ed eterogenea, nella quale restano indistinte situazioni molto diverse tra loro, come, a titolo meramente esemplificativo, il caso di una persona con malattia cronica non invalidante che non comporta alcun grave rischio per la sua incolumità, ma che le provoca limitazioni che generano sofferenze psicologiche che ella vive come intollerabili; questo stesso caso, ma in presenza di malattia invalidante e/o in presenza anche di terapie che provocano sofferenza fisica; il caso della persona disabile la cui menomazione biomedica sia alla

base di limitazioni funzionali compatibili con una vita autonoma, ma da lei vissute come fonte di sofferenze psichiche intollerabili; il caso di questa stessa persona disabile, ma con menomazione che comprometta gravemente la vita autonoma; questo stesso caso, ma con la coesistenza di sofferenze fisiche e psichiche; questo stesso caso, in cui però la vita della persona è resa possibile soltanto dalla nutrizione artificiale, in presenza della quale la sua sopravvivenza potrebbe protrarsi indefinitamente; il caso del malato terminale.

In molte di queste situazioni, si può dubitare che la proposta in commento assicuri un effettivo bilanciamento tra diritto alla vita e libertà di autodeterminazione. In base ad essa, la sola condizione d’accesso ad una legittima procedura eutanasica è rappresentata dalla presenza di una patologia irreversibile, il cui accertamento non conduce, *di per sé*, alla definizione di una situazione in cui il rifiuto della richiesta della persona malata di essere uccisa o aiutata a suicidarsi debba ritenersi una imposizione a vivere a tutti i costi (stante il diritto al rifiuto delle cure di cui all’art. 32 Cost.); mentre, invece, l’accertamento delle intollerabili sofferenze finisce per ridursi all’apprezzamento esterno di un giudizio soggettivo, e, nel caso dell’assenza di sofferenze fisiche, può risultare privo anche di riscontri obiettivi indiretti. Sicché, in fondo, il diritto a morire riconosciuto da una normativa così congegnata potrebbe tradursi, in una casistica ampia, nel diritto a morire della persona *irreversibilmente malata e pienamente capace* di assumere decisioni libere e consapevoli. Pur correndo il rischio di qualche

<sup>5</sup> V. spec. punto 4, cons. dir., sent. 242/2019 : «Ove, però, i vuoti di disciplina, pure in sé variamente colmabili, rischio di risolversi a loro volta – come nel caso di specie – in una menomata protezione di diritti fondamentali (suscettibile anch’essa di protrarsi nel tempo, nel perdurare dell’inerzia legislativa), questa Corte può e deve farsi carico dell’esigenza di evitarli,

non limitandosi a un annullamento “secco” della norma incostituzionale, ma ricavando dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento».



semplificazione, si potrebbe anche dire che l'avvento di una patologia irreversibile verrebbe ad essere, potenzialmente, il solo parametro obiettivo per accertare il diritto di una persona pienamente in possesso della sua capacità d'agire ad ottenere dal Servizio sanitario nazionale la morte. E ciò senza aprire la discussione circa le difficoltà che comporterebbe l'accertamento di tale capacità nei casi in cui la patologia irreversibile ponesse di fronte ad un quadro clinico non grave e la sola sofferenza manifestata fosse di tipo psichico.

Ora, se le cose stanno così, la proposta di legge aprirebbe alcuni vuoti di tutela, specialmente in presenza di concrete e particolari situazioni di vulnerabilità potenzialmente rientranti nella casistica ammessa ad accedere all'aiuto medico a morire. Situazioni, di fronte alle quali, è peraltro lecito chiedersi quali criteri di valutazione della vulnerabilità, in grado di limitare la sua discrezionalità, sarebbero a disposizione del collegio di cui all'art. 3 della proposta di legge. Il che mi pare non rispetti le coordinate costituzionali tracciate dalla predetta giurisprudenza costituzionale.

Quest'ultima, al di là delle problematiche sopra evocate, individua infatti alcuni punti fermi non equivocabili.

Il principale è rappresentato dalle affermazioni concernenti il diritto alla vita, garantito (implicitamente) dall'art. 2 Cost. e (esplicitamente) dall'art. 2 CEDU, dal quale discende «il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo: non quello – diametralmente opposto – di riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire» (punto 5, cons. dir., ord. 207/2018). Tali affermazioni ribaltano la prospettiva proposta dal giudice *a quo*: la rilettura in chiave personalistica del reato di aiuto al suicidio non conduce alla sua incostituzionalità sopravvenuta, ma, al contrario, ne fa apprezzare lo «scopo, di perdurante attualità, di

tutelare le persone che attraversano difficoltà e sofferenze, anche per scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere» (punto 6, cons. dir.). Questa impostazione trova una conferma e alcune precisazioni nella sent. 50/2022.

In primo luogo, la *ratio* di protezione del diritto alla vita – tiene ad aggiungere la Corte: *soprattutto ma non soltanto* «delle persone più deboli e vulnerabili, in confronto a scelte estreme e irreparabili, collegate a situazioni, magari solo momentanee, di difficoltà e sofferenza, o anche soltanto non sufficientemente meditate» (punto 5.3. cons. dir.) – rinvenuta per l'art. 580 c.p. viene ritenuta valida anche per l'art. 579 c.p. Tale estensione pare seguire una ineccepibile logica *a fortiori*, giacché la finalità protettiva del divieto di aiuto al suicidio è valida *a maggior ragione* in presenza di una condotta che non è più di cooperazione nell'atto autolesivo, ma di esecuzione integrale dell'atto lesivo su richiesta dell'interessato.

In secondo luogo, la Corte rende ancor più esplicito il concetto per cui, di fronte al «cardinale rilievo del valore della vita» – per il quale essa decide di ricorrere alla categoria dei “valori supremi”, così attingendo a un lessico costituzionale riservato a poche occasioni (v. punto 5.2, cons. dir.) –, il principio prioritario è la sua protezione e non l'autodeterminazione individuale. Al legislatore, infatti, viene indicato un criterio di bilanciamento che resta aperto a soluzioni anche diverse da quella attualmente prevista dal codice penale per l'omicidio del consenziente – la quale non rappresenta «una legge a contenuto costituzionalmente vincolato, non essendo quella ora indicata l'unica disciplina della materia compatibile con il rilievo costituzionale del bene della vita umana» –, ma che esclude con nettezza due soluzioni estreme: che dal diritto alla vita derivi

un «dovere di vivere a tutti i costi»; che l'introduzione di ipotesi di autodeterminazione nel morire sia fatta «in nome di una concezione astratta dell'autonomia individuale», tale da ignorare «le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite». Un criterio che, poi, sintetizza così: «Quando viene in rilievo il bene della vita umana, dunque, la libertà di autodeterminazione non può mai prevalere incondizionatamente sulle ragioni di tutela del medesimo bene, risultando, al contrario, sempre costituzionalmente necessario un bilanciamento che assicuri una sua tutela minima».

Alla luce di questo quadro, allora, si può sostenere che la proposta di legge in commento non garantisce tale tutela minima, perché non si dimostra in grado di assicurare sufficienti presidi nei confronti delle persone più deboli e vulnerabili e perché, acclarata l'esistenza di una patologia irreversibile, la libertà di autodeterminazione nel morire, in molte situazioni di fatto, non subirebbe altre condizioni efficacemente verificabili mediante riscontri obiettivi e finirebbe per prevalere – nell'accezione appena precisata – incondizionatamente sul dovere di protezione della vita umana incombente sulla Repubblica, costringendo i pubblici poteri a recepire il desiderio di morte mediante l'erogazione di una prestazione medica.

#### 4. La scelta di assimilare in un'unica figura giuridica l'aiuto al suicidio e l'omicidio del consenziente

La circostanza che il progetto di legge in commento apra ad una così ampia casistica quasi

pone in secondo piano l'assimilazione tra aiuto al suicidio e omicidio del consenziente. Senza potermi soffermare sul punto per ragioni di spazio, al proposito propongo una sola considerazione. Nelle decc. 207/2018 e 242/2019 la – tutt'altro che pacifica<sup>6</sup> e, per ciò solo, criticabile ove riferita ad una decisione del giudice costituzionale – equiparazione tra richiesta di interruzione di trattamenti di sostegno vitale e richiesta di aiuto al suicidio vede il suo presupposto logico proprio nella sussistenza di tali trattamenti in entrambe le situazioni di fatto oggetto dell'equiparazione (e del connesso giudizio di ragionevolezza-egualianza operato dalla Corte). Se, com'è stato efficacemente scritto<sup>7</sup>, tale equiparazione si espone al rischio di essere ulteriormente estesa anche alla richiesta di accelerazione della morte inevitabile mediante somministrazione diretta del farmaco mortale (ovvero di omicidio del consenziente), con ciò conducendo all'irrelevanza la differenza giuridica che passa tra il lasciar morire e l'uccidere, va aggiunto che questa estensione sarebbe logicamente possibile solo tenendo ferma la situazione di partenza, ovvero la sottoposizione a trattamenti di sostegno vitale. Dunque, la rimozione di tale condizione per l'accesso all'aiuto medico a morire rende ineludibile affrontare – ciò che qui non si può – la domanda che ruota intorno alla legittimità costituzionale di una opzione legislativa che renda irrilevante la predetta differenza, sulla quale si fondano intere tradizioni giuridiche, con i relativi patrimoni valoriali.

<sup>6</sup> L'esistenza di differenti e diversamente argomentate opinioni sul punto emerge, ad esempio, nel parere del Comitato nazionale di bioetica intitolato "Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito" (18 luglio 2019).

<sup>7</sup> C. TRIPODINA, *Sostiene ora la Corte che la libertà di autodeterminazione di morire "non può mai prevalere incondizionatamente" sulla tutela della vita*, in *Giur. cost.*, 2/2022, spec. p. 648.

### 5. Una discussione indifferibile

Gli orientamenti legislativi come quello espresso dall'iniziativa di *Undirittogentile*, così come da altri più o meno analoghi progetti depositati presso le Camere, proponendo una visione della vita umana rivolta alla piena valorizzazione dell'autodeterminazione individuale, sollecitano allora a domandarsi – invitando a discutere sul punto più esplicitamente di quanto forse oggi si stia facendo – se (e in quale misura) la Costituzione repubblicana esprima una concezione della persona umana in grado di recepire tale

visione senza con ciò contraddire il dovere della Repubblica di promuovere in ogni situazione il pieno sviluppo della persona umana. O, in altre parole, a interrogarsi sui limiti della convivenza di visioni della dignità della persona significativamente diverse. In un tempo nel quale l'Organizzazione mondiale della sanità definisce la depressione il nuovo male del secolo, questa discussione assume una specifica rilevanza anche soltanto a voler trattare il problema dal punto di vista della tutela della salute della persona.

*Forum*





## La fragilità biologica può essere un requisito per l'accesso ad una procedura di aiuto medico a morire?

**Nereo Zamperetti**

*UOC Cure Palliative, AULSS 8 Berica, Vicenza. Mail: [nereo.zamperetti@aulss8.veneto.it](mailto:nereo.zamperetti@aulss8.veneto.it).*

Il documento prodotto dal Gruppo di lavoro "Per un diritto gentile" rappresenta un contributo importante nella discussione riguardo all'aiuto medico a morire. Si tratta della proposta di una legge agile (sette brevi articoli), puntuale ed efficace per disciplinare l'accesso alla procedura. L'interdisciplinarietà della composizione del gruppo e l'autorevolezza dei singoli componenti fanno un testo molto solido ed un riferimento per la discussione.

A questo proposito, da medico, mi pare opportuno proporre una breve riflessione sulle conseguenze che un comma di questa proposta potrebbe avere per la Medicina. All'art. 2, il testo specifica che una richiesta di aiuto medico a morire deve provenire da una «persona affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psichiche vissute come intollerabili, e che sia capace di prendere decisioni libere e consapevoli». Queste condizioni rispecchiano, anche nella loro formulazione letterale, tre delle quattro condizioni dettate dalla sentenza 207 del 2018 della Corte Costituzionale. La quarta condizione prevista dalla sentenza prevede che la persona sia «tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale» (punto 8).

Si è discusso a lungo e in molti ambiti (articoli, convegni, incontri, ...) sulla importanza e sulla opportunità di questo requisito. È stato osservato, fra l'altro, che l'argomentazione della Corte costituzionale non poteva che essere costruita a

partire dalla specifica situazione del caso in esame; che l'esatta definizione di cosa si intenda per «trattamenti di sostegno vitale» è molto difficile (cfr. la sentenza 2 settembre 2020, ud. 27 luglio 2020, n. 1 della Corte di Assise di Massa); che le persone non ancora dipendenti da un supporto si troverebbero costrette ad anticiparne la richiesta, facendolo diventare così solo una condizione strumentale di accesso alla procedura; che le persone realmente dipendenti da un supporto vitale possono già giovare delle legge 219/2017 all'interno di una rimodulazione terapeutica (sospensione del supporto vitale e concomitante percorso di palliazione), per cui una legge sull'aiuto medico a morire che contempli tale requisito risulterebbe alla fine inutile; che questo requisito porterebbe ad una situazione di intollerabile discriminazione fra persone che soddisfacessero a tutti i quattro criteri e quelle che non fossero invece tenute in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale – pur essendo affette da una patologia irreversibile che fosse fonte di sofferenze fisiche o psichiche vissute come intollerabili, e che fossero capaci di prendere decisioni libere e consapevoli.

Sono osservazioni molto pertinenti, di cui è difficile negare l'evidenza. Va però rilevato che, in questa prova di testo normativo, tale requisito rappresenta l'unico riferimento alla fragilità biologica (intesa come gravità di patologia) del soggetto che può eventualmente richiedere l'accesso alla procedura. Cosa comporta, per la Medicina, l'assenza di ogni riferimento in tal senso? L'impegno dei medici è da sempre concentrato sulla gestione del dato clinico-biologico (la malattia, le sue manifestazioni, le sue conseguenze); l'attenzione verso di esso è fondamentale e, per certi versi, totalizzante. Essa ha due componenti. La prima è antica ed ha chiare implicazioni etiche. La Medicina nasce infatti come attività connotata da un forte contenuto etico,

che si coagula nel giuramento con il quale Ippocrate chiede ai suoi discepoli di assumersi la responsabilità di operare per il bene della persona malata, facendo tutto il possibile per preservarla in salute, prevenendo e curando le malattie e, per quanto possibile, mantenendola in vita. Questo impegno morale schiera colui che professa il giuramento (oggi non più Giuramento di Ippocrate, ma Giuramento professionale) a difensore della vita, che assurge quindi da subito a rango di valore assoluto: lottare per salvaguardarla e mantenerla diventa il primo dovere del medico. In questa visione, peraltro, la persona malata è oggetto di cura attenta e appassionata, ma mai soggetto (medicina paternalistica).

La seconda componente è molto più recente ma per certi versi più pervasiva. La Medicina si trova oggi non solo in grado di gestire interventi efficaci ma anche di misurare scientificamente la loro efficacia; essa è sempre più basata sull'evidenza scientifica (*evidence-based*), così che in molte situazioni cliniche l'intervento da fare è determinato da linee guida ed algoritmi molto stretti; e questo, con la legge n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco"), ha ricevuto anche un chiaro riconoscimento giuridico per la determinazione della responsabilità del medico.

Ad una normatività etica (secondo cui il medico agisce secondo scienza e coscienza, ritenendosi deputato a portare nel rapporto con la persona malata non solo la scienza ma anche la dimensione morale), si è aggiunta quindi una normatività clinico-scientifica (secondo cui la scelta è chiaramente determinata dall'evidenza). Ma l'attenzione del medico è ancora, sempre e comunque concentrata sul dato biologico-clinico. Che va osservato, protetto e curato.

In altre parole, da una moralità dell'atto medico che nasce come "moralità del medici" è derivata con il tempo, grazie all'apporto della scienza e della tecnologia biomedica, una pratica di cura

che rischia di essere autoreferenziale, basata su una sorta di normatività del dato biologico-clinico.

In realtà, in questi ultimi decenni i medici hanno fatto un lungo percorso per smussare questo paradigma e renderlo più aderente alle esigenze di un rapporto di cura che metta al centro la persona malata; è stato un lavoro in parte spontaneo (come dimostrato dalla progressiva evoluzione del Codice di Deontologia Medica), in parte indotto da una nuova sensibilità sociale.

In questo senso, un primo passo importante è stato quello di riconoscere che ci sono situazioni cliniche di inguaribilità, di fronte alle quali si può e si deve fermare una invasività clinica che diventa irragionevole; in altre parole, che esiste un limite della tecnologia nel supportare la fragilità biologica, un limite che va riconosciuto e rispettato per non ledere la dignità della persona malata. Non è stato facile per un medico accettare di non provare "qualcos'altro" per sostenere un respiro che si fa insufficiente o una circolazione che si sta fermando. Usavamo allora termini ormai desueti, come accanimento terapeutico e desistenza terapeutica; oggi usiamo concetti più adeguati, come terapia proporzionata e rimodulazione terapeutica.

Il passo successivo, e molto recente, è stato quello di accettare che il limite non sia più solo quello intrinseco alla tecnologia, ma che – anche a fronte di interventi efficaci – esso possa essere posto da una persona che accetta la sua fragilità biologica come termine del suo percorso di vita. Questo è stato molto più difficile. Chi scrive può testimoniare – fino a pochissimi anni fa – l'enorme difficoltà dei curanti e di tutto il sistema ad accettare la richiesta di una persona che chiedeva di astenersi da interventi clinicamente efficaci che essa riteneva sproporzionati (un ulteriore intervento chirurgico), o che comunque

non voleva accettare (come una trasfusione di sangue).

La legge 219/2017 è stata estremamente importante, da questo punto di vista: essa ha incrinato la forza della normatività del dato clinico-biologico che governava il rapporto di cura, introducendo una sorta di “disponibilità debole” della persona sulla sua vita, grazie alla quale la persona stessa, facendo prevalere la sua visione sulla propria storia, può opporre un rifiuto ad un supporto efficace sul piano clinico, e questo anche nel momento in cui il suo organismo non sia più in grado di autosostenersi (chiedendo quindi di essere lasciata morire). Per i medici, questa situazione è accettabile grazie alla consapevolezza che la persona viene a morire per l'esaurimento delle sue riserve biologiche, le quali non vengono più supportate per sua precisa scelta e responsabilità. In questo senso, stabilito il primato dell'autonomia e dell'autodeterminazione della persona nelle scelte di cura che la riguardano, l'evento morte rimane comunque chiaramente circoscritto all'interno di un paradigma biologico; la causa della morte è la natura, cui viene permesso di fare il suo corso.

Sulla differenza fra causare la morte e lasciarla accadere, accompagnandola con ogni mezzo adatto a lenire le sofferenze, i medici hanno quindi potuto costruire tutta la moralità dell'accompagnamento alle persone morenti. Su tale differenza, che si regge sulla contrapposizione fra l'art. 16<sup>1</sup> e l'art. 17<sup>2</sup> del Codice di Deontologia Medica, fondano inoltre tutto il loro operato i

clinici (medici ed infermieri) che lavorano nelle Cure Palliative, soprattutto quando gestiscono una rimodulazione terapeutica, con la sospensione di una terapia attiva e l'attuazione di una sedazione palliativa terminale.

Fino a questo punto, lo statuto etico tradizionale della Medicina, ed anche il suo fondamento epistemologico (cosa si intenda per attività di cura, e perché essa sia buona) hanno tenuto: tutto si svolge nel rispetto del dato clinico-biologico e nulla viene fatto contro di esso.

Su questo scenario si sono venute a collocare l'ordinanza n. 207/2018 e la successiva sentenza n. 242/2019 della Corte Costituzionale, che – in presenza di chiare e definite condizioni – ritagliano uno spazio di non punibilità per l'aiuto medico a morire. Fra queste condizioni, il fatto che la persona sia «tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale», cioè in presenza di una fragilità biologica di per sé incompatibile con la sopravvivenza. Verrebbe da dire che, con questo requisito, la sentenza della Corte fa un altro passo avanti per l'affermazione della centralità della persona e del suo progetto di vita nel rapporto con il curante, ma riesce (forse) a mantenere la gestione dell'aiuto medico a morire all'interno della giustificazione tradizionale dell'attività di cura fondata – come visto – sul rispetto del dato biologico (sia pur portando il ragionamento al massimo della tensione possibile).

A questo punto, però, una legge che – in assenza di altri riferimenti alla fragilità biologica del richiedente – rinunci a questo requisito, rischia di

---

<sup>1</sup> Art. 16 del Codice di Deontologia Medica: «Il medico, tenendo conto delle volontà espresse dal paziente o dal suo rappresentante legale e dei principi di efficacia e di appropriatezza delle cure, non intraprende né insiste in procedure diagnostiche e interventi terapeutici clinicamente inappropriati ed eticamente non proporzionati, dai quali non ci si possa fondatamente attendere un effettivo beneficio per la salute e/o un miglioramento della qualità della vita. Il controllo

efficace del dolore si configura, in ogni condizione clinica, come trattamento appropriato e proporzionato. Il medico che si astiene da trattamenti non proporzionati non pone in essere in alcun caso un comportamento finalizzato a provocare la morte».

<sup>2</sup> Art. 17 del Codice di Deontologia Medica: «Il medico, anche su richiesta del paziente, non deve effettuare né favorire atti finalizzati a provocarne la morte».



andare oltre. L'immagine dell'attività medica che la giurisprudenza viene a disegnare è quella di una gestione sempre più rigorosa e precisa (*evidence based*) del dato biologico-clinico (legge n. 24 del 2017), ma tuttavia sempre meno autoreferenziale, sempre meno intesa come un fine in se stessa mirata alla tutela oggettiva del dato biologico, e sempre più posta al servizio della persona malata per realizzare il suo progetto di vita. Al punto che, e qui è il punto difficile, nel momento in cui tale progetto di vita sia sentito come svuotato di senso perché connotato da una sofferenza fisica o psichica vissuta come irreversibilmente intollerabile, la persona può chiedere di essere aiutata attivamente a morire – e questo indipendentemente da quanto la sua patologia infici la sua possibilità di sopravvivenza. In altre parole, ponendo come requisiti di accesso all'aiuto medico a morire “solo” il fatto che una persona sia affetta da una patologia irreversibile fonte di sofferenze fisiche o psichiche vissute come intollerabili e che sia capace di prendere decisioni libere e consapevoli, ma senza alcun riferimento ad una eventuale fragilità biologica, si rischia di finire per chiedere alla Medicina di prendersi carico – medicalizzandolo – del desiderio di morire *tout court*. Non si tratta più di lasciare che la natura faccia il suo corso, o al limite di anticipare di molto poco un esito biologicamente infausto comunque certo e gravato di sofferenza, accompagnando o, al limite, accelerando il processo di morire di un organismo già debilitato e non più in grado di autosostenersi. Quello che viene chiesto è di intervenire attivamente e di sopprimere intenzionalmente una vita anche (eventualmente) quando sul piano biologico essa è ancora sufficiente ed adeguata

per una sopravvivenza autonoma e prolungata, seppur gravata di sofferenza.

Il problema non è ovviamente di mantenere a tutti i costi un requisito di dipendenza da trattamenti di sostegno vitale, che – come visto all'inizio di questo breve testo – pone non pochi problemi, quanto piuttosto di valutare l'opportunità di legare la possibilità di un aiuto medico a morire ad un grado significativo di fragilità biologica (per esempio facendo dipendere tale procedura anche da una definizione di prognosi infausta a breve termine).

Non intendo in alcun modo sminuire la portata, la gravità e la gravosità di molte situazioni di sofferenza; ma temo che una legge che definisca l'assistenza medica a morire come un diritto della persona senza legarla in qualche modo ad un grado rilevante di fragilità biologica rappresenti un punto di rottura importante per la Medicina, cioè per una professione che nasce e vuole ancora caratterizzarsi per una chiara aderenza ad una sua moralità intrinseca, che finora è stata basata sull'attenzione al dato biologico-clinico e sul suo rispetto.

Se questo succedesse, i possibili sbocchi per la Medicina stessa sono a mio avviso tre.

Il primo è quello di un irrigidimento a difesa dei principi etici tradizionali dell'attività medica, ritenendoli ancora e sempre validi anche di fronte ad un diverso sentire sociale ed al nuovo scenario che la giurisprudenza propone. È questa la posizione ripetutamente assunta dalla World Medical Association, che anche recentemente <sup>(3)</sup> si è chiaramente schierata a supporto dei fondamenti classici dell'etica medica, cioè a favore del massimo rispetto per la vita (biologica) e contro l'aiuto medico a morire: «*The WMA reiterates its strong commitment to the principles of medical*

[post/declaration-on-euthanasia-and-physician-assisted-suicide/](https://www.wma.net/policies-post/declaration-on-euthanasia-and-physician-assisted-suicide/).

<sup>3</sup> WORLD MEDICAL ASSOCIATION, *Declaration on euthanasia and physician assisted suicide*, ottobre 2019, disponibile all'indirizzo <https://www.wma.net/policies->

*ethics and that utmost respect has to be maintained for human life. Therefore, the WMA is firmly opposed to euthanasia and physician-assisted suicide».*

Una seconda possibilità è quella di un appiattimento della dimensione etica sul dato giuridico, per cui la Medicina rinuncerebbe ad uno statuto morale autonomo (secondo cui è possibile definire se alcuni azioni sono classificabili come atti di cura giustificabili, o meno) per adattarsi pedissequamente a quanto previsto dalla legge.

La terza opzione è che la Medicina accetti a fondo quella che per certi versi è una chiara sfida alla natura della sua stessa essenza e si impegni in una profonda riflessione, un ripensamento del proprio statuto morale ed epistemologico, per

rendere ragione a se stessa ed alla società dei suoi fondamenti e della sua identità: cosa si intende veramente per attività di cura? E qual è il suo scopo ultimo? Quale ne è il fondamento etico? Quali valori sono disponibili e negoziabili, all'interno di un rapporto di cura? È possibile, per la Medicina, affrancarsi da una narrazione basata solamente sulla verità (che si presume oggettiva ed evidente) del dato biologico, per confrontarsi e sporcarsi le mani anche con la narrazione più faticosa e meno oggettivabile, ma sicuramente più vera, della fatica e della sofferenza delle persone?

È un compito molto difficile, ma è possibile che diventi presto ineludibile.

*Forum*





## Lo status di figlio nato da maternità surrogata oltre la dicotomia fra dignità della donna e identità del bambino

Federico Pistelli\*

THE STATUS OF CHILDREN BORN BY SURROGACY. BEYOND THE DICHOTOMY BETWEEN THE DIGNITY OF WOMEN AND THE IDENTITY OF THE CHILD

ABSTRACT: The essay analyses the issue of the status of the child born through surrogacy and the possible instruments for establishing the bond with the intended parent. After an examination of the regulating principles of the phenomenon, the essay focuses on the solutions proposed by Italian jurisprudence, which has recently reaffirmed that adoption simple constitutes the only way for establishing the parental relationship with the child born through surrogacy. The essay provides some critical insights into the approach that places the dignity of women and the interest of the child in antinomy with each other, suggesting the opportunity to distinguish the instruments to discourage surrogacy from those to protect the continuity of status.

KEYWORDS: Surrogate motherhood; intended parents; status filiationis; public policies; simple adoption

ABSTRACT: Il saggio analizza la questione dello status del minore nato da maternità surrogata e dei possibili strumenti per l'instaurazione del legame con il genitore d'intenzione. Dopo una disamina dei principi regolatori del fenomeno, lo scritto si focalizza sulle soluzioni proposte della giurisprudenza italiana, la quale ha recentemente ribadito che l'adozione in casi particolari costituisca l'unica modalità di costituzione del rapporto genitoriale con il minore nato da GPA. Il saggio fornisce alcuni spunti critici dell'approccio che pone la dignità della donna e l'interesse del minore in antinomia fra loro, suggerendo l'opportunità di tenere distinti gli strumenti di contrasto alla maternità surrogata da quelli a tutela della continuità di status.

PAROLE CHIAVE: Maternità surrogata; genitori d'intenzione; status filiationis; ordine pubblico; adozione in casi particolari

SOMMARIO: 1. Genitori d'intenzione, madri gestanti e figli nati da PMA – 2. La regolazione della GPA nei principi sovranazionali (...) – 2.1. (...) e nella discrezionalità nazionale – 3. Il problema della filiazione transazionale tra prevalenza del *favor veritatis* e continuità di *status* – 4. L'ordine pubblico internazionale e il divieto di trascrivibilità dell'atto di nascita straniero – 5. Lo strumento della *stepchild adoption* secondo i canoni della «promptness» ed «effectiveness» – 5.1. Correttivi e ostacoli all'adozione nel diritto (ancora) vivente delle Sezioni Unite

\* Ricercatore in diritto privato, Università di Trento. Mail: [federico.pistelli@unitn.it](mailto:federico.pistelli@unitn.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

(38162/2022) – 6. La dignità della donna e l'identità del bambino: una falsa dicotomia – 6.1. L'opportunità di una separazione fra strumenti di tutela – 7. «If you are parent in one country, you are parent in every country». Considerazioni sul futuro del riconoscimento del nato da maternità surrogata dopo la proposta di Regolamento UE.

## 1. Genitori d'intenzione, madri gestanti e figli nati da PMA

Lo sviluppo delle tecniche di medicina della procreazione pone il giurista di fronte a una serie di nuovi interrogativi, che nascono con l'affermarsi del pluralismo dei modelli familiari<sup>1</sup>. Il caso più divisivo, anche in virtù dell'incidenza globale che il fenomeno ha assunto nell'ultimo ventennio e del dibattito che ne è seguito, è rappresentato dallo *status* dei nati da maternità surrogata – anche definita come «processo di gestazione per altri» (GPA) – fra le forme più ricorrenti di applicazione delle tecniche di «procreazione medicalmente assistita» (PMA)<sup>2</sup>. Pur dando adito a una casistica estremamente variegata, una vicenda porta, su tutte, il segno della complessità degli interessi coinvolti e della natura delle scelte politiche che fanno da sfondo a questo tema.

Una coppia – generalmente omoaffettiva maschile – entra in contatto, grazie all'intermediazione di cliniche specializzate nella prestazione di servizi «tutto-incluso» (*all-inclusive packages*), con una donna disponibile a condurre una gravidanza su commissione. Per la formazione dell'embrione viene fornito il materiale biologico di uno dei «committenti», il quale va a fecondare l'ovocita della stessa madre surrogata (c.d. surrogazione tradizionale), ovvero di una donatrice terza (c.d. surrogazione gestazionale), per poi essere impiantato nell'utero della gestante<sup>3</sup>. L'accordo prevede che, al compi-

<sup>1</sup> Il riferimento va alla nota metafora della famiglia come «isola che il mare del diritto deve solo lambire» di A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Milano, 1957, 241, anche ID., *La Costituzione: difetti, modifiche, integrazioni*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1966, *passim*, ora in L. ORNAGHI (a cura di), *La Costituzione della Repubblica*, Milano, 1996, 52. Si veda anche il dialogo con F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 509 ss. Il concetto è stato recentemente ripreso nello studio di S. PATTI, *La famiglia: dall'isola all'arcipelago*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 507 ss. Secondo l'A. il filo che può dare fondamento e unità alle diverse aggregazioni familiari è il «principio famiglia» costruito a partire dalla Carta di Nizza (art. 9), che consente, secondo un procedimento inverso, di tornare dall'arcipelago a quello dell'unità della famiglia come comunità di amore e di affetti. Sulla pluralità delle relazioni familiari anche G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, in *Quest. Giust.*, 7 giugno 2022 (disponibile all'indirizzo <https://www.questionegiustizia.it/articolo/adozione-in-casi-particolari-e-rapporti-di-parentela>).

<sup>2</sup> N. CAHN, J. CARBONE, *Introduction to the Symposium on Assisted Reproductive Technology and Family Law*, in *Family Law Quarterly*, 49, 1, 2015 e gli altri contributi pubblicati all'interno dello stesso volume monografico. Più in generale, queste tecnologie di riproduzione consistono nella «capacità medica di asportare ovociti e sperma dal corpo umano, manipolarli e inserirli o nel corpo femminile da cui erano stati estratti gli ovociti o in un altro corpo femminile oppure di crio-conservarli. Il processo di fecondazione viene rimosso dal corpo della donna e trasferito in laboratorio», così, D. FARQUAHAR, *Reproductive Technologies are Here to Stay*, in *Sojourner*, 1995, 6-7.

<sup>3</sup> Il caso del ricorso a procreazione medicalmente assistita da parte di una coppia omoaffettiva femminile si differenzia dall'ipotesi considerata nello scritto e risulta, tendenzialmente, meno problematica. Laddove entrambe le donne siano coinvolte biologicamente nella nascita del bambino – una, in qualità di madre gestante, l'altra come donatrice dell'embrione – lo *status filiationis* potrà essere instaurato nei confronti di entrambe. La pratica, che prende il nome di R.O.P.A. (Reception of Oocytes from Partner), non può essere realizzata in Italia, ma la

mento della gravidanza, il neonato verrà consegnato alla coppia di genitori intenzionali, i quali potranno formalmente assumerne la responsabilità, mentre la madre gestante si impegna a rinunciare ad ogni pretesa di instaurare futuri rapporti con il nato<sup>4</sup>.

Tale dinamica si regge, perlomeno in linea di principio, sullo spirito di liberalità che anima la disponibilità di una donna a sottoporsi ad una gravidanza per altri. Beninteso, ciò non significa che la coppia committente non sia tenuta ad effettuare alcun esborso in denaro – anzi, gli oneri previsti per questo tipo di operazioni sono, di regola, particolarmente elevati<sup>5</sup>, ma che le prestazioni a beneficio della gestante si devono limitare alle *reasonable expanses*, ossia al rimborso dei costi vivi sopportati durante la gestazione e, più in generale, di ogni incidenza negativa che la gravidanza ha prodotto sulla vita professionale e relazionale della donna<sup>6</sup>.

Questa precisazione vale a distinguere, secondo l'opinione prevalente, le pratiche di maternità «altruistica», da quelle «commerciali».

---

Cassazione ne ha recentemente ammesso il riconoscimento, M. GIULINO, G.M. VERGALLO, *In Vitro Fertilisation with Reception of Oocytes from Partner: A Transnational Case of Female Shared Biological Motherhood*, in *J Law Med.*, 29, 1, 2022, 224 ss.

<sup>4</sup> La legge di alcuni Stati, come quella dell'Ontario, prevede esplicitamente che la madre gestante non possa rivendicare la maternità sul nato al compimento della gravidanza. Diverso invece il rilievo del consenso per il *Family Law Act* della British Columbia (art. 29, co. 3, lett. b), il quale prevede che l'acquisto del rapporto di filiazione nei confronti dei genitori intenzionali avvenga sol attraverso consenso espresso della gestante successivamente al parto. È invece automatico l'effetto di instaurazione dello *status* parentale secondo l'art. 123 del Codice della famiglia in Ucraina, secondo cui «in case of transferring a human embryo, conceived by spouses as a result of applying ART, into the body of another woman, the child's parents shall be the spouses».

<sup>5</sup> La mancanza di dati ufficiali rende difficile effettuare una stima affidabile dei costi medi per lo svolgimento di una pratica di surrogazione. I fattori che principalmente influenzano il costo della pratica sono la collocazione geografica della madre gestante e la possibilità di effettuare il parto all'interno del territorio dell'Unione Europea, al fine di agevolare il processo di riconoscimento. Negli Stati Uniti, il costo varia a seconda dello Stato nel quale la pratica è compiuta, ma si aggira di regola attorno ai 190.000 – 220.000 \$. La madre surrogata percepisce un compenso di circa 45.000 \$ negli Stati in cui è ammessa la previsione di una remunerazione per la gestazione. Molto più contenuti sono invece i costi nel caso di maternità surrogata condotta nei Paesi dell'est Europa, in particolare, Russia e Ucraina, dove gli oneri della pratica variano tra i 30.000 e i 60.000 €. I dati relativi ai prezzi dei servizi offerti dalle diverse società di intermediazione sono liberamente accessibili online, sulle pagine web delle cliniche private.

<sup>6</sup> D.L. SPAR, *For love and money: the political economy of commercial surrogacy*, in *Rev. int. pol. econ.*, 2005, 287 ss. In tema di regolamentazione delle *reasonable expanses*, si veda lo studio di K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, *International Surrogacy Arrangements: An urgent need for Legal Regulation at the International Level*, in *Journ. Priv. Inter. Law*, 2011, 627, in particolare 644, secondo cui agli Stati dovrebbe essere riconosciuta la possibilità di prevedere, oltre alla compensazione alla madre per le spese e le occasioni perse in ragione della gravidanza, anche delle somme extra a titolo di «reimbursement for pain and suffering». Gli Stati dovrebbero stabilire convenzionalmente un limite massimo alla remunerazione, oltre il quale la pratica di surrogazione verrebbe considerata «child trafficking». Più di recente, K. TRIMMINGS, *Surrogacy Arrangements and the Best Interest of the Child*, in E. BERGAMINI, C. RAGNI (a cura di), *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families*, Cambridge, 2019, 187 ss. In senso critico dell'approccio di regolazione del mercato, V. CALDERAI, *Breaking out of the Regulatory Delusion. The Ban to Surrogacy and the Foundations of European Constitutionalism*, in *Global Jurist*, 2020, 8-9. Sulla situazione in Europa, C. THOMALE, *State of Play of Cross-boarder Surrogacy Arrangements. Is There a Case for Regulatory Intervention by the EU?*, in *Journ. Priv. Int. Law*, 2017, 463 ss.

Laddove si assuma che il rapporto di gestazione si fondi esclusivamente sul desiderio di una donna di soddisfare l'altrui bisogno di genitorialità – senza, dunque, ricevere alcun tornaconto economico – sarebbe difficile fornire una spiegazione credibile dei numeri delle gravidanze che ogni anno sono portate a termine attraverso l'utilizzo di queste tecniche. Il dispendio di energie fisiche e mentali, oltre al coinvolgimento emotivo che comporta la conduzione di una gravidanza, rende prevedibile l'emergere di un consistente squilibrio fra la domanda – composta da un numero sempre crescente di coppie impossibilitate a procreare secondo i metodi tradizionali<sup>7</sup> – e l'offerta di surrogazione<sup>8</sup>. Viceversa, la possibilità per la gestante di ricevere un compenso per l'attività svolta può rappresentare il canale attraverso cui colmare il divario tra il bisogno di genitorialità e il suo "surplus", incentivando così l'incremento dell'offerta. Messa, dunque, da parte la retorica del dono, è oramai acquisito che questo fenomeno abbia dato luogo allo sviluppo di veri e propri mercati attrattivi del c.d. turismo procreativo, in prevalenza localizzati in specifiche aree geografiche (soprattutto, Asia orientale e sud-est asiatico, Russia, Ucraina, Sud America)<sup>9</sup>. Allo stesso tempo, però, la previsione di una remunerazione per il "servizio" offerto dalla gestante rischia di istituzionalizzare, specie in contesti di grave e sistematica violazione dei diritti, lo sfruttamento della donna e il traffico di esseri umani per logiche commerciali.

<sup>7</sup> L'adozione e la surrogazione possono essere viste come «two possibilities on a menu of choices to pursue in [infertile couples'] quest for children (A. STRUYCKEN, *Surrogacy, A New Way to Become a Mother? A New PIL Issue*, in K. BOELE-WOELKI et al (a cura di), *Convergence and Divergence in Private International Law*, The Hague, 2010, 357). La domanda di surrogazione è prevalentemente composta da donne che hanno subito una isterectomia (asportazione dell'utero), che hanno sofferto di aborti spontanei ricorrenti, o che siano affette da patologie incurabili che rendano la gravidanza pericolosa per la salute. Vi sono però anche casi di donne che ricorrono a questa pratica per il desiderio di non sottoporsi alla gravidanza per motivi psicologici o professionali, vedi i dati riportati da L. CORRADI, *Nel ventre di un'altra. Una critica femminista delle tecnologie riproduttive*, Roma, 2017. Sulla necessità di una distinzione nel trattamento biologico fra uomo e donna, L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, A. FACCHI, C. FARALLI, T. PITCH (a cura di), Bologna, 2005. A favore dell'utilizzo della maternità surrogata come tecnica di PMA in contesti sanitari controllati per ovviare a patologie che impediscono alla donna di portare a termine una gravidanza, A. PISU, *Salute procreativa e gestazione per altri. Gli effetti avversi del divieto di maternità surrogata*, in questa *Rivista*, 2022, 299 ss.

<sup>8</sup> Così anche S. POZZOLO, *Locatio ventris. Il corpo come mezzo o come fine*, in *Ragion pratica*, 2021, 161 ss., in particolare 178 «Se guardiamo a chi soddisfa la domanda, fatta eccezione per i pochi casi di sorelle o amiche, le donne che si prestano alla GPA lo fanno per ragioni economiche [...] deve essere chiaro che non ci sono donne dell'upper class che si prestano per il desiderio di altre, quale sarà la ragione?». Sul rapporto tra lo sviluppo delle tecnologie procreative e lo sfruttamento della donna, L. CORRADI, *Fecondazione eterologa e surroga di gravidanza*, in EAD. (a cura di), *Odisea embrionale*, Milano, 2019, 36 ss.; EAD., *Nel ventre di un'altra*, Roma, 2017; M. COOPER, C. WALDBY, *Biolavoro globale. Corpi e nuova manodopera*, Roma, 2017.

<sup>9</sup> Fino al 2015, il mercato era prevalentemente localizzato in Asia orientale e sud-est asiatico. Da quando questi Stati hanno vietato il ricorso alla maternità surrogata da parte degli stranieri, il mercato est-europeo ha cominciato a crescere, soprattutto in quei paesi (Ucraina e Russia) dove la guerra ha determinato una diffusa crisi economica. Questo processo è favorito dal fatto che le coppie straniere pagano meno di quanto pagherebbero altrove, mentre le madri surrogate percepiscono stipendi molto più alti della media dei redditi del paese. Per una panoramica generale, J. SCHERPE, C. FENTON-GLYNN, T. KAAN, *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Cambridge, 2019; M. GOODWIN (a cura di), *Baby Markets: money, morals, and the New Politics of Creating Families*, Cambridge, 2010. Lo studio più rilevante sul fenomeno è quello dell'OHCHR, *Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material*, 15 gennaio 2018, A/HRC/37/60. Anche V. CALDERAI, *Breaking out of the Regulatory Delusion*, cit., 1 ss.



Per contrastare la diffusione di fenomeni di *forum shopping*, numerosi ordinamenti hanno sviluppato risposte fortemente repressive nei confronti della pratica di surrogazione, in quanto lesiva della dignità della donna e, in ultima analisi, di reificazione della posizione del bambino<sup>10</sup>.

L'apparato sanzionatorio non dà però conto del fatto che, nella maggior parte dei casi, «il divieto non ha fermato il turismo riproduttivo»<sup>11</sup>: la coppia committente, in spregio alla legislazione nazionale, si è recata all'estero per realizzare comunque la pratica, far nascere il bambino e per ottenere un certificato che ne attesti il legittimo stato di filiazione. Si tenga inoltre presente che, fra il momento in cui il nato viene affidato alla coppia committente e quello nel quale all'autorità domestica – *i.e.* l'ufficiale di stato civile o il giudice – è richiesto di formalizzare la relazione formata all'estero può essere intercorso un lasso temporale anche significativo: con la conseguenza per cui la dinamica familiare che lega il minore con la coppia committente, a prescindere dal modo in cui si è instaurata, può costituire oramai una realtà di fatto.

Così posta, la questione sembra collocare due interessi sullo stesso piano, imponendone un necessario bilanciamento. Da un lato, quello di alcuni ordinamenti a perseguire politiche repressive di un fenomeno «che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»<sup>12</sup>; obiettivo che, come intuibile, sarebbe facilmente aggirato laddove si permettesse alla coppia di far ricorso a surrogazioni all'estero, per poi vedersene comunque riconosciuti gli effetti all'interno dell'ordinamento domestico. Dall'altro, quello del minore alla formazione della sua identità, come summa del diritto al nome, alla nazionalità, alla vita familiare e ad ogni altra posizione soggettiva riconosciuta e tutelata dalle convenzioni internazionali<sup>13</sup>; diritto che, con il protrarsi di una situazione di incertezza sullo *status* parentale, risulterebbe irrimediabilmente compromesso.

Il presente lavoro si occupa, dunque, di verificare se fra la tutela della dignità della donna, attraverso il divieto di surrogazione, e il diritto all'identità del bambino nato da PMA si ponga una reale dicotomia<sup>14</sup>. Dopo una breve disamina dei principi sovranazionali che sottendono al fenomeno in esame (§ 2.), il lavoro si concentra sulla risposta regolatoria fornita dagli ordinamenti che adottano un approccio repressivo (§ 2.1.). Le maggiori criticità nascono in vicende contraddistinte da elementi di transnazionalità, laddove i contrasti dovuti alla concorrenza fra ordinamenti impongono alle corti di decidere sul possibile punto di incontro fra i diversi interessi in gioco: specie quando si discuta se riconoscere il

<sup>10</sup> G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 801 ss.

<sup>11</sup> S. POZZOLO, *Locatio ventris*, cit., 178.

<sup>12</sup> Corte costituzionale, 22 novembre 2017, sentenza n. 272, in *Giur. Cost.*, 2018, 385 ss., con nota di A. SCHILLACI, *Oltre la "rigida alternativa" tra vero e falso: identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n. 272/17 della corte costituzionale*; in *Focus di Quaderni Costituzionali*, vol. 3, 2018, con note di G. BARCELONA, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017* e di G. MATUCCI, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore (Nota a sent. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272)*.

<sup>13</sup> R. BLAUWHOFF, L. FROHN, *International Commercial Surrogacy Arrangements: The Interest of the Child as a Concern of Both Human Rights and Private International Law, in Fundamental Rights in International and European Law – Public and Private Law Perspective*, Asser Institute, 2016, 211 ss., secondo cui «everyone must be able to establish the substance of his or her identity and ... this identity encompasses (*de minimis*) the legal parent-child relationship and nationality».

<sup>14</sup> La prospettiva di ricerca è suggerita da G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela*, cit., 11 ss.

provvedimento straniero che accerta il rapporto di parentela con il genitore intenzionale o, all'opposto, assegnare prevalenza alla verità biologica (§ 3). L'analisi si concentra così sulla complessa stratificazione di pronunce che, nel corso dell'ultimo quadriennio, hanno fornito differenti ricostruzioni del principio di ordine pubblico internazionale (§ 4.) e dell'istituto dell'adozione in casi particolari (§§ 5. - 5.2.). L'intenzione è di far emergere le contraddizioni dell'approccio che tenta di bilanciare fra loro la dignità della donna e l'identità del bambino (§ 6.). La prospettiva mira a suggerire una separazione degli strumenti impiegati nella persecuzione dei due obiettivi, depurando il giudizio sull'instaurazione dello *status filiationis* da ogni scoria "punitiva" (§ 6.1.), nella direzione di recente proposta dal legislatore euro-unitario di riconoscimento della parentela «irrespective of how the child was conceived or born and irrespective of the type of family of the child»<sup>15</sup> (§ 7).

## 2. La regolazione della GPA nei principi sovranazionali (...)

La scelta dell'ordinamento nel quale realizzare una pratica di surrogazione rappresenta il momento più delicato del progetto di genitorialità, giacché dipende non solo – e non tanto – dalla provenienza della donna che si sia offerta di portare a termine la gravidanza, ma soprattutto dalla esistenza di un quadro normativo che permetta l'instaurazione del rapporto di filiazione nelle forme richieste dalla coppia committente.

Nel contesto globale, ciascun ordinamento si confronta con la pratica della maternità surrogata attraverso approcci di *policy* generalmente riconducibili a tre possibili opzioni<sup>16</sup>. Quella astensionista (*i*), che si muove in un'ottica di tendenziale liberalizzazione della pratica, affidando poi alle corti il compito di risolvere le questioni civilistiche derivanti dalla sua messa in atto – *i.e.* l'interpretazione e applicazione degli accordi di surroga fra privati, l'attribuzione dello *status* di figlio e la responsabilità genitoriale; quella permissiva al sussistere di determinate condizioni (*ii*), come la mancata percezione di un compenso da parte della gestante, della infertilità della coppia committente, del legame genetico con almeno uno dei genitori e via dicendo; infine, quella impositivo-protezionistica (*iii*), che vieta *in toto* il ricorso alla suddetta pratica, corredando il divieto con l'irrogazione di sanzioni civili e penali.

A livello internazionale si sono svolti numerosi tavoli di discussione nel tentativo di definire i principi cardine cui gli Stati dovrebbero attenersi per garantire un livello elevato di tutela dei diritti coinvolti nelle pratiche di maternità surrogata; *in primis*, quelli del minore previsti dalla Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia<sup>17</sup>, e quello della donna avverso ogni forma di discriminazione e sfruttamento commerciale del suo corpo. Sull'opzione regolatoria, tuttavia, le convenzioni internazionali lasciano un

<sup>15</sup> Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood, COM (2022) 695 final, 7 dicembre 2022.

<sup>16</sup> Così S. PENASA, *Tra legge e corti: la gestazione per altri in prospettiva comparata e multidimensionale*, in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI, *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, 2019, 91 ss.; R. CHARO, *Legislative Approaches to Surrogate Motherhood*, in *Law, Medicine and Health Care*, 1988, 96 ss.

<sup>17</sup> Assemblea Generale delle Nazioni Unite, 20 novembre 1989, ratificata dall'Italia con Lg. 176 del 27 maggio 1991, in particolare l'art. 8 Art. 8 «Gli Stati parti si impegnano a rispettare il diritto del fanciullo a preservare la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari, così come riconosciute dalla legge, senza ingerenze illegali. Se un fanciullo è illegalmente privato degli elementi costitutivi della sua

certo margine di apprezzamento agli Stati membri nella qualificazione delle pratiche di surrogazione, non escludendo in principio neppure la legittimità di quelle di tipo commerciale, laddove sia chiaramente segnato il limite con le politiche sul traffico di esseri umani<sup>18</sup>.

Data la particolare sensibilità etica e scientifica della materia, anche la Corte EDU – in particolare, nei casi *Menesson-Labasse* (2014)<sup>19</sup>, *Paradiso Campanelli* (2015)<sup>20</sup> e, più di recente, nel primo Parere Consultivo espresso della Grand Chambre su richiesta delle *Court de Cassation* francese (2019)<sup>21</sup>, nell'*Affaire D.B. et Aútres c. Suisse*<sup>22</sup> e in *K.K. et al. c. Danimarca* (2022)<sup>23</sup> – si è espressa a favore del riconoscimento di un ampio margine di apprezzamento degli Stati nei confronti di tale pratica, anche in virtù della mancanza di consenso tra i membri del Consiglio d'Europa. La Corte è sembrata sempre evitare il confronto con la legittimità della pratica e della sua astratta compatibilità con i diritti umani tutelati dalla Carta, limitandosi a valutare l'impatto che le scelte di *policy* nazionali assumono sul diritto dei genitori biologici, intenzionali e sui nati da maternità surrogata, sotto l'egida dell'art. 8 CEDU<sup>24</sup>. Nulla dunque si dispone, nemmeno a livello convenzionale, in ordine alla preferenza per l'una o l'altra fra le opzioni legislative. Dove invece il sistema chiede maggior cautela è rispetto alla posizione del

---

identità o di alcuni di essi, gli Stati parti devono concedergli adeguata assistenza e protezione affinché la sua identità sia ristabilita il più rapidamente possibile».

<sup>18</sup> *Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material*, cit. Il report specifica, tuttavia, che gli Stati devono impegnarsi a monitorare e limitare gli aspetti economici di tutti gli accordi di surrogazione e a prevedere che le clausole contrattuali che riguardino lo *status* dei figli, la responsabilità parentale e la restrizione dei diritti della madre surrogata siano «non enforceable». Più di recente, l'UNICEF ha richiamato l'attenzione sulla necessità che gli Stati si dotino di meccanismi «to prevent any child born through surrogacy being stateless» (right to identity), UNICEF, *Key considerations: Children's rights & surrogacy*, Febbraio 2022 (<https://www.unicef.org/media/115331/file>). A livello di soft law, un gruppo di esperti di diritto internazionale e diritti umani ha di recente formulato una serie di principi in tema di protezione dei diritti del minore nato da maternità surrogata (Verona Principles, 25 febbraio 2021, disponibili all'indirizzo, [https://www.iss-ssi.org/images/Surrogacy/VeronaPrinciples\\_25February2021.pdf](https://www.iss-ssi.org/images/Surrogacy/VeronaPrinciples_25February2021.pdf)). Il Principio 15 è specificamente dedicato alla parte finanziaria degli accordi di surrogazione. Gli Stati che prevedono la possibilità di un compenso per la gestante si impegnano a garantire la trasparenza di ogni transazione finanziaria (per iscritto, a disposizione delle autorità nazionali e delle corti) e a vietare remunerazioni alle società di intermediazione che siano «unreasonably high in relation to services rendered».

<sup>19</sup> Corte EDU, sentenza 26 giugno 2014, (ricorsi n. 65192/11 e 65941/11), *Menesson c. Francia e Labasse c. Francia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, 413 ss., con nota di R. BARATTA, *Recognition of Foreign Personal and Family Status: a Rights Based Perspective*.

<sup>20</sup> O. FERACI, *Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Oss. sulle fonti*, 2019, 2, 1 ss. Per un commento alla sentenza della Corte EDU nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia* (27 gennaio 2015), S. PENASA, *Il caso Paradiso e Campanelli c. Italia: verso modelli familiari "a geometria variabile"?*, in questa *Rivista*, 2017, 1 ss.; A. SCHUSTER, *Gestazione per altri e Conv. eur. dir. uomo: l'interesse del minore non deve mai essere un mezzo, ma sempre solo il fine del diritto*, in *Nuova giur. civ. com.*, 2015, 834 ss.

<sup>21</sup> Parere consultivo reso il 10 aprile 2019 dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla base del Protocollo n. 16 annesso alla Cedu su richiesta della *Cour de Cassation* (domanda n. P16-2018-001).

<sup>22</sup> Corte EDU, sentenza 22 novembre 2022, (ricorsi nn. 58817/15 e 58252/15), *Affaire D.B. et Aútres c. Suisse.*, inedita.

<sup>23</sup> Corte EDU, sentenza 6 dicembre 2022 (ricorso n. 25212/21), *K.K. e altri c. Danimarca*, inedita.

<sup>24</sup> *K.K. et al c. Danimarca*, § 44., «the Court's task is not to substitute itself for the competent national authorities in determining the most appropriate policy for regulating the complex and sensitive matter of the relationship between intended parents and a child born abroad as a result of commercial surrogacy arrangements».

nato, aspetto che nulla o comunque poco ha a che fare con la scelta dei genitori committenti di fare ricorso a tale pratica e che, per tali ragioni, non può subire la “colpe” dei padri o delle madri<sup>25</sup>. Nel contesto di azioni e decisioni politiche che riguardino diritti dei minori, il legislatore deve tenere in «paramount consideration» il superiore interesse del bambino, quale canone ispiratore sul piano della politica del diritto e criterio ermeneutico della giustizia del caso concreto<sup>26</sup>.

Anche a livello euro-unitario è mancato, sin d’ora, un indirizzo legislativo uniforme rispetto ai profili regolatori delle pratiche di surrogazione<sup>27</sup>. A più riprese, il Parlamento Europeo ha denunciato il fenomeno sul solo versante della surrogazione «commerciale», ritenendo che essa «debba essere proibita e trattata come questione urgente negli strumenti per i diritti umani»<sup>28</sup>, specie in contesti di particolare vulnerabilità delle donne, quale quello seguito allo scoppio del conflitto in Ucraina<sup>29</sup>. Quest’impostazione sembra dunque rendere difficilmente praticabile l’opzione *sub i*) da parte degli Stati Membri dell’Unione Europea, atteso che un atteggiamento lassista aprirebbe verosimilmente alla legittimità di

<sup>25</sup> 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. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, 2019, 169, secondo cui la Corte EDU opera «una distinzione molto netta tra la posizione dei genitori e quella dei figli, la cui esistenza dipende dalla scelta dei primi di aggirare i divieti nazionali in materia di GPA».

<sup>26</sup> Sul superiore interesse del minore nel contesto CEDU, M. BIANCA, *Il best interest of the child nel dialogo tra le Corti*, in EAD (a cura di), *The best interest of the child*, Roma, 2021, 669 ss.; J. LONG, *Il principio dei best interest e la tutela dei minori*, in F. BUFFA, M.C. CIVININI (a cura di), *La Corte di Strasburgo, Gli Speciali di Questione Giustizia*, Roma, aprile 2019; V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 405 ss.; I. ANRÒ, *Il principio del superiore interesse del minore: tra ipotesi di “abuso” e diritti fondamentali nel contesto della giurisprudenza delle Corti europee*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, 55 ss. In una prospettiva critica, L. LENTI, *Diritto della famiglia*, Milano, 2021, 74 secondo cui si tratta di «una nozione alquanto confusa e ambigua, indeterminata e sfuggente», il cui impiego pratico produce «conseguenze spesso contraddittorie e attribuisce al giudice un margine di discrezionalità che a volte di rivela eccessivo. Lo stesso autore sottolinea le difficoltà di rendere efficace e pienamente operativo il divieto di surrogazione della maternità. Sul necessario bilanciamento tra ricerca della verità e interesse del minore, M. DI MASI, *L’interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Napoli, 2020; L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 86 ss.; G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, 133 ss.; Id., *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali*, in *Pol. d.*, 1998, 170 ss.

<sup>27</sup> § 7.

<sup>28</sup> Risoluzione del Parlamento Europeo 17 dicembre 2015, Relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2014 e sulla politica dell’Unione europea in materia, § 115, che definisce come «commerciale» la surrogazione 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». La medesima preoccupazione per lo sviluppo dell’industria della surrogazione è espressa nella Risoluzione del 13 dicembre 2016 sulla situazione dei diritti fondamentali nell’Unione Europea nel 2015 (2016/2009-INI) (§ 23).

<sup>29</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 5 maggio 2022 sull’impatto della guerra contro l’Ucraina sulle donne (2022/2633(RSP)), in particolare il considerando V., il quale sottolinea che alcune agenzie di maternità surrogata abbiano esercitato pressioni sulle madri surrogate per non fuggire dall’Ucraina prima di aver portato a termine la gravidanza. Il problema si lega strettamente allo scoppio del conflitto con la Russia, giacché l’Ucraina copre circa un quarto dell’offerta di GPA sul mercato globale (con circa 2.000-2.500 nuovi nati ogni anno).

pratiche di surrogazione in ogni loro forma, compresa quella commerciale. Ciò nondimeno, i margini di discrezionalità nell'adozione delle opzioni *ii*) e *iii*) rimangono significativamente ampi<sup>30</sup>.

## 2.1. (...) e nella discrezionalità nazionale

La scelta dell'Italia – in coerenza con quella degli ordinamenti che prediligono l'opzione *sub iii*) – è stata di introdurre un'apposita fattispecie incriminatrice delle pratiche di maternità surrogata, con intento chiaramente preventivo<sup>31</sup>. Come è noto, la disposizione è stata inserita all'interno della legge che regola la procreazione medicalmente assistita (Lg. 19 febbraio 2004, n. 40)<sup>32</sup>. Dopo aver precisato che il ricorso a pratiche di procreazione medicalmente assistita deve avvenire con modalità che assicurino «i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito», la Lg. 40/2004 prevede un ampio corredo di sanzioni penali per la commissione di illeciti legati all'impiego di tecniche di PMA, fra le quali figura l'art. 12, co. 6, che punisce chiunque realizza, organizza o pubblicizza, in qualsiasi forma, la pratica di surrogazione di maternità.

Di là da una condivisibile critica circa la particolare indeterminatezza nella formulazione della fattispecie<sup>33</sup>, la norma evidenzia comunque l'inequivoca intenzione del legislatore nazionale di non distinguere, perlomeno ai fini della punibilità, le diverse tipologie di surrogazione – *i.e.* di coppie etero o omoaffettive, di surrogazioni tradizionali o gestazionali, altruistiche o commerciali e via dicendo.

L'altro dato rilevante che emerge dall'esegesi della disposizione attiene al novero dei soggetti attivi. L'impiego dei termini «realizzare», «organizzare» e «pubblicizzare» lascia sullo sfondo le figure parentali (i genitori biologici e quelli intenzionali), le quali potranno al più rispondere come concorrenti del sanitario che abbia attuato i protocolli medici funzionali al compimento della pratica, trattandosi invece di meri destinatari delle altre condotte previste dalla norma. La realizzazione di una maternità

<sup>30</sup> Benché risalente, si veda lo studio commissionato dal Parlamento Europeo, Directorate General for Internal Policies (Citizens' rights and constitutional affairs), *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, Maggio 2013, PE 474.403 (disponibile all'indirizzo, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI\\_ET\(2013\)474403\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf)).

<sup>31</sup> A. VALLINI, *Surrogazione di normatività. L'impianto dello sterile delitto di "gestazione per altri" in argomentazioni privatistiche*, in *disCrimen*, 15 ottobre 2020, 20 ss.; nonché Id., *Illecito concepimento e valore concepito. Statuto punitivo della procreazione*, Torino, 2012, 139 ss.

<sup>32</sup> Ampiamente, F. CONSORTE, *La procreazione medicalmente assistita*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, M. PAPA (a cura di), *I reati contro la persona*, I, Torino, 2006, 230 ss.

<sup>33</sup> A. VALLINI, *Procreazione medicalmente assistita (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Ann., IX, Milano, 2016, 705 ss.



surrogata all'estero sfugge dunque, salvo futuri interventi del legislatore<sup>34</sup>, dall'area della responsabilità penale, per esaurirsi in una vicenda dai contorni quasi esclusivamente privatistici<sup>35</sup>.

Tanto esplicita è la scelta dell'ordinamento italiano di perseguire la pratica della maternità surrogata sul versante penalistico, quanto assente è la considerazione che viene data al "prodotto" di essa, ossia alla posizione del bambino commissionato dalla coppia o dal genitore intenzionale. La disposizione appena richiamata ha il proprio perno nelle condotte che precedono il momento della nascita e che sono preordinate a questo, ma non si spinge fino a qualificare il rapporto fra le diverse figure parentali e il nato da maternità surrogata. La scelta del legislatore potrebbe apparire, di fondo, persino coerente con le sue premesse – *i.e.* se i privati osservassero la disposizione, non si verificherebbe alcuna nascita "illecita" – non fosse che il Capo III della medesima legge («tutela del nascituro») si occupa di definire lo stato giuridico del nato da PMA (art. 8, Lg. 40/2004), anche qualora la gestazione sia avvenuta in violazione del divieto – parzialmente rimosso dalla Corte costituzionale<sup>36</sup> – di fecondazione eterologa (art. 9, Lg. 40/2004)<sup>37</sup>. Questa circostanza sembra così confermare l'impressione che, più di aver lasciato un vero e proprio «vuoto normativo»<sup>38</sup>, il silenzio del legislatore sullo *status* del nascituro da GPA sia frutto di una scelta consapevole di addossare agli interpreti il difficile compito di bilanciare le istanze di tutela della dignità della donna con il diritto all'identità del bambino<sup>39</sup>; risulterebbe altrimenti

<sup>34</sup> Il richiamo va ai molteplici disegni di legge che propongono la qualificazione del reato di maternità surrogata come reato universale. Vedi le proposte di legge a firma dell'On. Salvini (Norme in materia di contrasto alla surrogazione di maternità, comunicato alla presidenza il 7 aprile 2022, n. 2580), On. Carfagna (Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano, presentato il 20 luglio 2020, n. 2599), On. Meloni (Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano, presentato il 23 marzo 2018, n. 306). Per un commento, M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale. Osservazioni sui d.d.l. A.C. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)*, in *Dir. pen. cont.*, 2021, 2, 30 ss.; AA. Vv., *La Gravidanza per Altri in Italia: dal divieto universale alle proposte di regolamentazione. Riflessioni a margine del progetto di legge "Meloni" e della proposta di legge dell'Associazione Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica*, in *Giur. pen.*, 2022, 7, 1 ss.

<sup>35</sup> La Cassazione penale ha assolto, con orientamento pressoché uniforme, i genitori committenti, dai reati di alterazione di stato (art. 567 c.p.) e di falsa dichiarazione (art. 495 c.c.), poiché l'attribuzione di stato segue la regolamentazione della *lex loci* e la richiesta di trasmissione ai fini della sua trascrizione nell'ordinamento italiano non implica alcuna dichiarazione, T. TRINCHERA, *Profili di responsabilità penale in caso di surrogazione di maternità all'estero: tra alterazione di stato e false dichiarazioni al pubblico ufficiale su qualità personali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 418 ss.; E. DOLCINI, *Surrogazione di maternità all'estero: alterazione di stato ex art. 567, comma 2 c.p.? Riflessioni a margine di un volume di Carlo Flamigni e Maurizio Mori*, in *Notizie di Politeia*, 2014, 79 ss. In giurisprudenza si veda, su tutte, Cass. pen., 10 marzo 2016, n. 13525, in *Foro it.*, 2016, II, c. 286, con nota di G. CASABURI.

<sup>36</sup> Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Corr. giur.*, 2014, 262 ss., con nota di G. FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale*, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, co. 3, lg. n. 40/2004, rendendo così nuovamente possibile (come prima del 2004) la procreazione eterologa.

<sup>37</sup> La disposizione sancisce il divieto del coniuge o convivente che ha dato proprio consenso al ricorso alla pratica di fecondazione eterologa di disconoscere o di impugnare lo *status* del figlio così concepito (art. 9, co. 1, Lg. 40/2004). Specularmente, il donatore di gameti esterno alla coppia non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto, né essere titolare di diritti o obblighi (art. 9, co. 3, Lg. 40/2004).

<sup>38</sup> § 5.

<sup>39</sup> A. MALOMO, *Divieto di maternità surrogata in Italia, nascita all'estero mediante tecnica di gestazione per altri e riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore "intenzionale"*, in *Dir. succ. fam.*, 2021, 409 ss.

difficile spiegare il diverso trattamento accordato al nato a seconda della metodologia scientifica impiegata per il concepimento e la successiva gestazione (PMA eterologa, ovvero GPA).

### 3. Il problema della filiazione transazionale tra prevalenza del favor veritatis e continuità di status

Nelle ipotesi in cui la vicenda si esaurisca interamente entro i confini nazionali – *i.e.* coppia di cittadini della stessa nazionalità che realizzano sul territorio dello Stato una pratica di GPA – è solitamente più agevole per l'interprete individuare la soluzione che risolva a monte il problema dello *status* del figlio nato da maternità surrogata, in coerenza con l'opzione regolatoria adottata nello Stato di riferimento. L'esito di una gravidanza avvenuta in un ordinamento che vieta questa pratica (*sub iii*) comporta l'attribuzione di responsabilità genitoriale nei confronti del nascituro in capo ai soli soggetti legati geneticamente al bambino, ossia la madre gestante e il padre che abbia fornito i propri gameti<sup>40</sup>. Nessun'altra forma di genitorialità – in osservanza di un generale principio di *favor veritatis*, nell'ermeneutica della sola verità "biologica"<sup>41</sup> – può fondarsi sulla base dell'accordo di surrogazione fra la gestante e i committenti. Il rapporto di filiazione potrà al più essere instaurato, laddove ne sussistano i presupposti, attraverso il ricorso ad altri strumenti, come quello dell'adozione. Viceversa, negli ordinamenti che adottano l'opzione *sub i*) o *ii*) il quadro normativo permette che, al compimento della gestazione, il neonato venga affidato ai genitori intenzionali e il rapporto di filiazione si instauri a favore di entrambi: anche, quindi, rispetto a colui che non abbia concretamente fornito il suo apporto biologico al concepimento. L'esistenza di una regolazione di tipo permissivo non elimina ovviamente ogni margine di incertezza sullo *status* del minore: si tratta, in fin dei conti, di un rapporto parentale che si instaura in via negoziale – *i.e.* una donazione, ovvero un contratto a titolo oneroso – e che sconta, di conseguenza, i limiti tradizionalmente opposti all'*enforcement* di prestazioni che abbiano ad oggetto atti di disposizione del proprio corpo<sup>42</sup>. Ciò nonostante, la regolamentazione del fenomeno – a differenza del suo

<sup>40</sup> Ne è d'esempio l'art. 269, co. 3, c.c. Così, S. SERRAVALLE, *Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del minore*, Milano, 2018, secondo cui «per il nostro ordinamento madre e colei che partorisce, secondo il principio espresso dall'art.269, comma 3, c.c., e richiamato dalla disciplina della lg. 40/2004, che, nell'escludere il ricorso all'anonimato, attribuisce al nato da tecniche di riproduzione medicalmente assistita lo stato di figlio della gestante, anche nell'ipotesi in cui la donna non sia madre genetica dello stato». Diversa la ricostruzione di A.G. GRASSO, *Maternità surrogata altruistica e tecniche della costituzione di status*, Torino, 2022, 103 per il quale «la norma contenuta nel comma terzo dell'art. 269 c.c. non identifica la madre in colei che ha partorito, bensì si limita ad indicare la prova della filiazione fuori dal matrimonio, qualora, in assenza del riconoscimento, si voglia agire in giudizio per far dichiarare giudizialmente la maternità».

<sup>41</sup> Sull'insufficienza del paradigma veritativo, si veda lo studio di A. GORGONI, *Il favor per lo stato di figlio tra verità biologica e interesse del minore*, in *Pers. merc.*, 2023, 540 ss. Secondo l'A., i due fattori che hanno palesato l'insufficienza di questo paradigma sono «il diritto al rispetto della vita familiare e la diffusione di una maggiore varietà strutturale dei rapporti familiari».

<sup>42</sup> Sul tema dell'*enforcement* dei contratti di surrogazione di maternità la letteratura è particolarmente ampia. Si veda, per tutti, H. JONES, *Contracts for Children: Constitutional Challenges to Surrogacy Contracts and Selective Reduction Clauses*, in *Hastings Law Journ.*, 2019, 595 ss.; G.I. COHEN, K.L. KRASCHEL, *Gestational Surrogacy Agreements: Enforcement and Breach*, in E.S. SILLS (a cura di), *Handbook of Gestational Surrogacy: International Clinical Practice and Policy Issues*, Cambridge, 2016, 85 ss.; D. FORMAN, *Abortion Clauses in Surrogacy Contracts: Insights from a Case Study*, in *Family Law Quarterly*, 2015, 29 ss.; R. EPSTEIN, *Surrogacy: the Case for Full Contractual*



radicale divieto – fornisce perlomeno un quadro di regole e principi diretti a ridurre la discrezionalità dell'interprete nell'accertamento dello *status filiationis*.

Ben più complesso è invece il caso in cui il margine di intervento esercitato da ciascuno Stato nella regolazione della suddetta pratica conduca a soluzioni materialmente confliggenti fra loro, in presenza di situazioni caratterizzate da elementi di transnazionalità<sup>43</sup>.

Fermo restando che un ordinamento proibizionista (*sub iii*) non consentirebbe al genitore intenzionale di formare *ex novo* un certificato di nascita per costituire il rapporto di genitorialità con il nato, è invece più controverso il caso in cui quello stesso ordinamento sia chiamato a riconoscere gli effetti di un provvedimento già legittimamente formato all'estero (*sub i e ii*): ciò avviene prevalentemente attraverso la richiesta di trascrizione nei registri di stato civile del certificato di nascita o del provvedimento giurisdizionale straniero che attesti la co-genitorialità della coppia committente sul bambino.

Questa situazione trae origine dal corto circuito fra *policies* perseguite da ordinamenti in concorrenza fra loro, segnatamente, sul diverso modo di concepire e bilanciare la tutela della dignità della gestante con il rilievo attribuito all'autonomia della donna nella disposizione del proprio corpo. Ma soprattutto da una profonda spaccatura ideologica fra la prevalenza, ad ogni costo, della verità biologica su quella sociale e la tutela dell'identità del minore a prescindere dalle modalità con cui si sia formata, in particolare, laddove concretizzatasi nell'instaurazione di un legame affettivo e familiare con la coppia committente: legame al quale si chiede che l'ordinamento garantisca continuità<sup>44</sup>.

---

*Enforcement*, in *Virginia Law Rev.*, 1995, 2305 ss.; R. POSNER, *The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood*, in *Journ. Cont. Health Law and Policy*, 1989, 21 ss. Alcune questioni hanno assunto particolare rilievo di fronte alle corti: il riconoscimento di un eventuale diritto della coppia committente a richiedere l'interruzione della gravidanza laddove il feto presenti malformazioni, ovvero quando la coppia cambi idea sulla volontà di avere un figlio; la tutela "reale" riconosciuta ai genitori intenzionali, nel caso in cui la gestante si rifiuti di consegnare il bambino; la risoluzione dei conflitti fra i membri della coppia committente e il potere di intervento del giudice; il diritto della madre gestante alla instaurazione di un rapporto con il nato. I più noti, benché risalenti, casi di conflitto negli ordinamenti anglosassoni sono *Baby Cotton* (1985, FLR 846, Latey, J.) e *Baby M.* (1988, N J, 537 A2d 1227). In questo secondo caso, la Corte Suprema del New Jersey ha ritenuto il contratto di surrogazione non valido, ma ha comunque deciso di affidare il bambino alla coppia di genitori intenzionali, in quanto questi ultimi offrivano maggiori garanzie in termini economici, salvo il diritto della gestante di far visita al bambino. Sui tre diversi approcci adottati nella risoluzione delle controversie aventi ad oggetto accordi di surrogazione ("gestational test", "birth test", "intent test"), L. THEIS, N. GAMBLE, L. GHEVAERT, *RE X and Y (Foreign Surrogacy): A Trek Through a Thorne Forest*, in *Fam. Law Journ.*, 2009, 239 ss.; D. HOWE, *International Surrogacy. A Cautionary Tale*, in *Fam. Law Journ.*, 2008, 61 ss.

<sup>43</sup> La fattispecie è definita dalla dottrina come «cross border reproductive care», N. CARONE, R. BAIOCO, V. LINGARDI, *Italian gay fathers' experiences of transnational surrogacy and their relation with the surrogate per- and post-birth*, in *Reproductive BioMedicine online*, 2017, 34, 2, 181 ss.

<sup>44</sup> Sul diritto alla continuità affettiva, A. GORGONI, *Nuove genitorialità e filiazione*, in *Nuova giur. civ. com.*, 2019, 162 ss. L'A. insiste anche sul fatto che il *favor veritatis* è principio relativo, suscettibile di cedere nei casi in cui l'emersione della verità non soddisfi l'interesse del minore. La Cassazione ha, in più di un'occasione, dato rilievo alla nozione di genitore di fatto, al fine di descrivere una genitorialità che non si fonda sul legame biologico, ma sulla serietà, profondità del rapporto e assunzione della responsabilità genitoriale verso il minore, così, Cass. 21 aprile 2016, n. 8037, in *Fam. dir.*, 2017, 329 ss., con nota di L. La BATTAGLIA, *Il danno non patrimoniale da perdita del figlio del partner: variazioni sul tema della famiglia di fatto*; in *Danno e resp.*, 2017, 30 ss., con nota di A. GARIBOTTI, *Il risarcimento del danno da perdita del rapporto parentale nell'ambito delle famiglie ricostituite e delle unioni civili*.

Non è dunque un caso che, in mancanza di un quadro regolatorio condiviso a livello internazionale, siano state le Corti nazionali e sovranazionali a instaurare un dialogo per stabilire quale sia il margine di permeabilità di ciascun ordinamento a soluzioni straniere e, specialmente, quale rilievo assuma il superiore interesse del minore nel bilanciamento con altre posizioni giuridiche rilevanti.

#### 4. L'ordine pubblico internazionale e il divieto di trascrivibilità dell'atto di nascita straniero

È ormai consolidato che il margine di flessibilità che contraddistingue ciascun ordinamento nel riconoscimento di atti e provvedimenti stranieri dipenda dal perimetro assegnato al concetto di ordine pubblico internazionale<sup>45</sup>. Nel nostro ordinamento, questo principio trova applicazione anche in materia di *status* parentale, atteso che il giudice italiano è tenuto verificare che gli effetti di un provvedimento straniero sull'esistenza di rapporti di famiglia non vi contrastino (art. 65, Lg. 218/1995). Questa verifica non ha natura generale o astratta, ma è relazionale, poiché si svolge rispetto a singole norme del diritto interno e, in particolare, alla disciplina che concretamente regolerebbe il caso laddove si riconoscesse l'efficacia in Italia dell'atto straniero<sup>46</sup>.

Nell'ambito che ci compete, questo principio rappresenta il perno attorno al quale gli ordinamenti che adottano l'opzione proibizionista (*sub iii*) fanno ruotare il complesso *trade-off* fra la tutela della dignità della donna, il *favor veritatis* e il diritto all'identità del bambino.

Rispetto al fenomeno in esame si è posto, in particolare, il problema di stabilire quale sia l'esatta delimitazione delle norme che formano la trama dell'ordine pubblico internazionale, dal momento che non ogni disposizione di legge a carattere imperativo può esserne considerata un'espressione, bensì solo quelle che corrispondono a principi fondamentali e irrinunciabili e che, come tali, identificano il sistema dei valori essenziali di ciascun ordinamento. Si tratta, in poche parole, di stabilire se il divieto di surrogazione della maternità possieda tali caratteristiche e sia, pertanto, d'ostacolo al riconoscimento degli effetti dell'atto di nascita formato all'estero, o del provvedimento giurisdizionale che costituisce il rapporto parentale fra il minore e il genitore intenzionale.

Sullo sfondo di una posizione di forte chiusura della Corte costituzionale<sup>47</sup> e della distinzione fatta propria dalla Prima Sezione della Cassazione fra PMA eterologa e GPA<sup>48</sup>, la giurisprudenza delle Sezioni

<sup>45</sup> G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Camerino, 2019; G. ARMONE, *L'ordine pubblico internazionale tra identità e condivisione*, in *Questione giustizia*, vol. 1, 2019; V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2018, 403 ss.; O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'unione europea*, Milano, 2012; A. GUARNIERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti di diritto civile*, Padova, 1974. Vedi, inoltre, il numero monografico di questa *Rivista*, vol. 3 del 2021.

<sup>46</sup> Sulla natura "interna" del principio di ordine pubblico internazionale, A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 746 ss.

<sup>47</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 272 del 22 novembre 2017, cit.

<sup>48</sup> Cass., sentenza 30 settembre 2016, n. 19599, in *Corr. giur.*, 2017, 185 ss., con nota di G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Riv. dir. int.*, 2017, 169 ss., con nota di 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*. La Corte, nell'escludere che il riconoscimento dello status di figlio nato da PMA eterologa all'estero contrasti con l'ordine pubblico, sottolinea espressamente che si tratti di «una fattispecie diversa e non assimilabile ad una surrogazione di maternità», lasciando così facilmente intendere che la soluzione, in quest'ultimo caso, sarebbe stata di segno opposto.

Unite ha confermato – in entrambe le occasioni<sup>49</sup> – che il divieto di maternità surrogata deve venir letto come espressione di un principio di ordine pubblico internazionale. Quest'orientamento evidenzia la forte continuità con la rilettura che lo stesso organo aveva fornito, pochi anni prima, di questo principio, in occasione del riconoscimento in Italia di decisioni straniere di liquidazione dei danni punitivi<sup>50</sup>. In quella sede se, per un verso, si riconobbe l'assoluta centralità della dimensione promozionale (di apertura), per l'altro, si estese l'intelaiatura delle fonti espressive di detto principio ben al di là delle sole norme della Costituzione, ampliandone così il novero a quelle «leggi che [...] inverano l'ordinamento costituzionale»<sup>51</sup>. Non è dunque motivo di stupore che il divieto stabilito dall'art. 12, co. 6, Lg. 40/2004 assuma un rilievo di ordine pubblico per il nostro ordinamento, in quanto posto a tutela di valori fondamentali quali, *in primis*, quello della dignità della gestante e delle relazioni familiari. Pur non essendo vincolata rispetto al suo contenuto, la regolazione sulla procreazione medicalmente assistita ha difatti valore di «legge costituzionalmente necessaria», in quanto espressione di sintesi fra interessi costituzionalmente rilevanti. La previsione di un divieto di ricorrere alla pratica di GPA, per di più corredato dall'irrogazione di una sanzione penale di particolare entità, tradirebbe insomma una chiara e netta presa di posizione da parte del legislatore, il quale avrebbe formulato *ex ante* il bilanciamento fra l'interesse del minore alla conservazione dello *status filiationis* e quello alla tutela della dignità della donna, «indipendentemente dal titolo, oneroso o gratuito, e dalla situazione economica in cui versa la madre gestante»<sup>52</sup>.

Tale bilanciamento impedisce alle autorità nazionali di trascrivere l'atto di nascita formato all'estero, ovvero di deliberare il provvedimento straniero che ha instaurato il rapporto parentale. La logica della non trascrivibilità del provvedimento sarebbe da intendersi come parte del più ampio strumentario a disposizione degli ordinamenti che intendono perseguire politiche repressive del fenomeno della surrogazione *tout court (sub iii)*: non limitandosi quindi ad impedirne la verifica sul territorio nazionale, ma evitando altresì che il divieto possa essere aggirato recandosi all'estero per poi beneficiare

<sup>49</sup> Il richiamo va alla recentissima Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, inedita e Cass., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, variamente commentata in dottrina, fra cui, in *Dir. pers. fam.*, 2020, 393 ss., S. MAZZAMUTO, *La decisione delle Sezioni Unite: i nuovi fronti della genitorialità sociale*; in *Giur. it.*, 2020, 1623, con nota di G. SALVI, *Maternità surrogata e ordine pubblico internazionale. Gestazione per altri e ordine pubblico: le Sezioni Unite contro la trascrizione dell'atto di nascita straniero*; in *Corr. giur.*, 2019, 1198 ss., con nota di D. GIUNCHEDI, *Maternità surrogata tra ordine pubblico, favor veritatis e dignità della maternità* e di M. WINKLER, *Le Sezioni Unite sullo statuto giuridico dei bambini nati all'estero da gestazione per altri: punto di arrivo o punto di partenza?*; in *Nuova giur. civ. com.*, 2019, 737 ss., con nota di U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*; in *Fam. dir.*, 2019, 653 ss., con nota di G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*; in *Pers. merc.*, 2019, 141 ss., con nota di 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*.

<sup>50</sup> Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Giur. it.*, 2017, 1787 ss., con nota di A. DI MAJO, *Risarcimento anche con funzione punitiva. Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*; in *Danno Resp.*, 2017, 419 ss., con nota di G. PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*; in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1597 ss., con nota di A. BRIGUGLIO, *Danni punitivi e deliberazione di sentenza straniera: turning point «nell'interesse della legge»*.

<sup>51</sup> M. TESCARO, *Riflessioni civilistiche in tema di ordine pubblico internazionale, maternità surrogata e arte della costanza*, in questa *Rivista*, 2021, 41 ss.

<sup>52</sup> Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, § 18.

degli effetti dell'automatico riconoscimento. In uno dei passaggi più radicali, le Sezioni Unite rammentano che l'interesse del minore alla conservazione del rapporto genitoriale tende ad «affievolirsi» in caso di ricorso alla surrogazione della maternità<sup>53</sup>, pratica che segna il limite oltre il quale cessa di agire il principio di autoresponsabilità fondato sul consenso<sup>54</sup> e torna a prevalere il *favor veritatis*<sup>55</sup>.

## 5. Lo strumento della stepchild adoption secondo i canoni della «promptness» ed «effectiveness»

Il novero delle fonti che inverano l'ordine pubblico internazionale non si ferma tuttavia alla sola disciplina sul divieto di surrogazione della maternità, ma accoglie anche il principio del superiore interesse del minore, il quale «esige ed impone che sia assicurata tutela all'interesse al riconoscimento giuridico del rapporto con il genitore di intenzione»<sup>56</sup>. Escludere la possibilità di riconoscere effetti all'atto di nascita formato all'estero o al provvedimento straniero sul legame parentale non determina, giocoforza, un annullamento dell'interesse del minore, nella misura in cui l'ordinamento preveda altri strumenti che consentano di dissipare la situazione di incertezza sullo *status*, permettendo così al genitore intenzionale di instaurare il rapporto con il nato da PMA.

Nel nostro ordinamento, la via alternativa è rappresentata dal ricorso all'istituto dell'adozione in casi particolari (art. 44, co. 1, lett. d, Lg. 184/1983) il quale consente, nella «constatata impossibilità di affidamento preadottivo»<sup>57</sup>, l'instaurazione del rapporto parentale anche in assenza dei requisiti richiesti per l'adozione piena (art. 6, Lg. 184/1983). La stessa esistenza di questo strumento è d'ostacolo, secondo la Cassazione, all'ammissibilità di un suo eventuale concorso con la trascrizione dell'atto di nascita straniero, poiché è solo al primo istituto che l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato<sup>58</sup>. A detta della Corte, questa interpretazione risulta pienamente in linea con il ruolo che gli interpreti hanno assegnato all'istituto dell'adozione in casi particolari, come clausola di chiusura del sistema, in grado di garantire un'«adeguata tutela» della continuità delle relazioni affettive e educative<sup>59</sup>.

<sup>53</sup> Cass., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit.

<sup>54</sup> L'unica deroga che consente di sostenere l'idoneità del consenso a fondare lo stato di figlio in difetto di legame genetico è circoscritta, secondo le Sezioni Unite (n. 38162/2022), alla fattispecie della fecondazione eterologa (artt. 8 e 9, Lg. 40/2004).

<sup>55</sup> Il dibattito che è sorto attorno alla possibilità dei diritti del minore di «affievolirsi» di fronte ad altri obiettivi legittimamente perseguiti dall'ordinamento ha saggiamente indotto le Sezioni Unite a rivedere la terminologia impiegata per argomentare questo concetto. Nella pronuncia più recente si legge che «l'esclusione della automatica trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero non cancella, né *affievolisce* l'interesse superiore del minore» (corsivo aggiunto), Cass., Sez. Un. 30 dicembre 2022, n. 38162, § 22.

<sup>56</sup> Così, anche Cass., Sez. Un. 30 dicembre 2022, n. 38162, cit., § 19.

<sup>57</sup> Sull'interpretazione del requisito della impossibilità di affidamento preadottivo come comprensiva anche della «impossibilità di diritto», Cass., 18 aprile 2018, n. 9373, in *Foro it.* 2018, I, c. 1536 ss., con nota di G. CASABURI.

<sup>58</sup> Va tenuto conto che i genitori possono far ricorso alla maternità surrogata quando siano stati ritenuti non idonei all'adozione, aggirando in tal modo limiti e controlli imposti dall'ordinamento (D. ROSANI, «*The Best Interest of the Parents*». *La maternità surrogata in Europa tra Interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, in questa *Rivista*, 2017, 129).

<sup>59</sup> Secondo V. CALDERAI, *La tela strappata di Ercole. A proposito dello stato dei nati da maternità surrogata*, in *Nuova giur. civ. com.*, I, 2020, 1116, l'adozione in casi particolari instaura un rapporto autentico di filiazione, che

L'adeguatezza della tutela offerta dall'istituto dell'adozione è stata però messa fortemente in dubbio da quell'indirizzo, pur minoritario, che invoca la necessità di un giudizio di tipo casistico, temperato dalla individuazione di alcuni principi che orientino l'interprete nel riconoscimento di effetti allo *status filiationis* legalmente formato all'estero<sup>60</sup>.

Una prima ragione trova fondamento in un indirizzo interpretativo da tempo consolidato dell'art. 8 CEDU<sup>61</sup>, recentemente ribadito nel Parere consultivo della Corte EDU su richiesta della *Cour de Cassation* francese<sup>62</sup>. Attraverso l'*Advisory Opinion*, la Corte ha avuto modo di esprimere una marcata posizione in ordine all'*an* e al *quomodo* del riconoscimento dei figli nati da maternità surrogata da parte del genitore non-biologico. Sul primo punto, la Corte è netta nell'evidenziare che dal principio del superiore interesse del minore scaturisca l'obbligo in capo agli Stati Membri di garantire almeno l'astratta possibilità di addivenire all'instaurazione del rapporto di parentela con il genitore intenzionale. L'art. 8 CEDU impone di valutare ogni situazione alla luce delle specificità del caso concreto, vagliando la soluzione che, fra più vie astrattamente percorribili, meglio risponda al superiore interesse del minore<sup>63</sup>. Meno marcata – pure se altrettanto significativa – è invece la risposta fornita dalla Corte in

---

soffre l'unico problema della mancata instaurazione del rapporto con i parenti dell'adottante. Anche la temporanea richiesta dal procedimento rappresenta, secondo l'A., una garanzia necessaria per contrastare l'opacità del turismo procreativo. Sull'evoluzione dell'istituto, N. CIPRIANI, *Adozione in casi particolari*, in F. MACARIO (a cura di), *I tematici. Famiglia*, IV, Milano, 2022, 25 ss.; F. TROLLI, *L'adozione dei minori di età in casi particolari*, in G. BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, III, *La filiazione e l'adozione*, Milano, 2022, 609 ss.; G. COLLURA, *L'adozione in casi particolari*, in F. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, II, *Filiazione*, Milano, 2012, 951 ss.

<sup>60</sup> Cass., Sez. I, 21 gennaio 2022, ordinanza n. 1842, in questa *Rivista*, 2022, 317, con nota di M. CALDIRONI, *Surrogazione di maternità e ordine pubblico: verso un cambio di rotta?*; in *Famiglia*, 2022, con nota di A. MORACE PINELLI, *Il problema della maternità surrogata torna all'esame delle Sezioni Unite*; in *Giur. it.*, 2022, 1825, con nota di U. SALANITRO, *Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa?*, secondo cui la valutazione che spetta al giudice ai sensi degli artt. 64 ss. Lg. 218/1995 non ha per oggetto il riconoscimento della liceità dell'accordo di surrogazione – e, di conseguenza, della legittimità di questa pratica in Italia –, bensì «l'atto di assunzione di responsabilità genitoriale da parte del soggetto che ha deciso di essere coinvolto, prestando il suo consenso, nella decisione del suo partner di adire la tecnica di procreazione medicalmente assistita in questione [...] Ciò che è in discussione è unicamente l'interesse del minore a che sia affermata la titolarità giuridica di quel fascio di doveri che l'ordinamento considera inscindibilmente legati all'esercizio della responsabilità genitoriale». In dottrina A. GORGONI, *Il favor per lo stato di figlio tra verità biologica e interesse del minore*, cit.; B. SGORBATI, *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, in questa *Rivista*, 2016, 112 ss. Nella giurisprudenza di merito, contro l'approccio dell'astratto automatismo nel giudizio di rimozione dello stato di figlio, Tribunale dei minori di Roma, 11 febbraio 2020, n. 2991, in *Dir. Pers. Fam.*, 2020, 1444 ss. con nota di E. MESSINEO, *Principio di continuità dello status e divieto di maternità surrogata*. Contro la qualificazione del divieto di surrogazione come principio di ordine pubblico, F. AZZARRI, *I diritti dei nati da gestazione per altri e i limiti costituzionali dell'ordine pubblico*, in *Nuove leggi civ. com.*, 2021, 1159 ss., il quale critica l'individuazione dell'art. 12 Lg. 40/2004 come norma di ordine pubblico, perché si occupa di un profilo del tutto diverso (sanzione penale per chi organizza o ricorre in Italia alla gestazione per altri); Vedi anche A. VALLINI, *Procreazione medicalmente assistita (dir. pen.)*, cit., 707.

<sup>61</sup> Le altre pronunce conformi allo stesso indirizzo sono citate *sub* § 2. Secondo O. FERACI, *Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, cit., 21 «La risposta della Corte europea dei diritti dell'uomo rispetto ai quesiti formulati dalla *Cour de Cassation* non desta particolare stupore tra gli studiosi della materia».

<sup>62</sup> Cfr. nota 21.

<sup>63</sup> Ammonisce, difatti, la Corte che il criterio del *best interest of the child* non opera in via unidirezionale, cioè unicamente per favorire l'instaurazione del rapporto parentale con il genitore non-biologico. Questo principio impone, al contrario, una valutazione di ampio spettro che può, al contrario, andare in direzione della protezione



ordine al mezzo con il quale assicurare questa tutela. Dall'art. 8 CEDU non è possibile trarre una preferenza verso uno strumento in particolare, fermo restando che il riconoscimento vada garantito «as short-lived as possible [...] at the latest when it [the relationship] has become a practical reality»: la preoccupazione principale della Corte è, d'altronde, quella per cui la situazione di incertezza sullo *status* del bambino non si protragga al punto tale da compromettere il suo diritto alla vita familiare. Nella misura in cui lo strumento sia in grado di rimediare «promptly and effectively» a questa situazione di incertezza, è rimessa alla discrezionalità di ciascun ordinamento la scelta dell'istituto ritenuto più idoneo sulla base del proprio sistema interno; neppure la valutazione sull'adeguatezza del singolo strumento rientra fra le competenze della CEDU, la quale affida tale ruolo in via esclusiva alle corti domestiche<sup>64</sup>.

Sin qui, l'indirizzo che osta al riconoscimento del provvedimento straniero non sembrerebbe porsi necessariamente in contrasto con il superiore interesse del minore, laddove sussista uno strumento alternativo che renda possibile instaurare un rapporto di genitorialità fra questo e il genitore non biologico.

Resta però da chiedersi se lo specifico strumento individuato dall'ordinamento possieda i requisiti fissati dalla Corte EDU. Se è vero, da un lato, che quest'ultima menziona l'adozione fra gli strumenti astrattamente in grado di soddisfare questa istanza di tutela, è però altrettanto vero, dall'altro, che la forma dell'adozione in casi particolari vigente in Italia presenta delle caratteristiche che rischiano di limitarne fortemente l'effettività. Non persuasa dal risultato cui erano pervenute le Sezioni Unite nel 2019, la stessa Prima Sezione della Cassazione aveva sollevato questione di costituzionalità della Lg. 40 del 2004<sup>65</sup>, lamentando, fra le altre cose, la violazione dell'art. 24 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione. Con sentenza 9 marzo 2021, n. 33<sup>66</sup>, la Corte costituzionale dichiarava la questione inammissibile, ma formulava un monito al legislatore, invitandolo a conformare la tutela del minore al quadro del diritto euro-unitario e costituzionale.

La base delle argomentazioni della Corte si fonda sulla preminenza che assume l'interesse del minore e sul particolare peso che questo gioca in qualsiasi bilanciamento con altri diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione. Fra di essi spicca lo scopo legittimo che il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, persegue attraverso il disincentivo dal ricorso alla pratica di maternità surrogata. Né la Corte

---

del minore avverso il rischio di pratiche collegate alla maternità surrogata (caso *Paradiso-Campanelli*), ovvero del diritto del minore alla conoscenza delle proprie origini.

<sup>64</sup> CEDU, *Advisory Opinion*, cit., § 58 «That is a matter for the domestic courts to decide, taking into account the vulnerable position of the children concerned while the adoption proceedings are pending».

<sup>65</sup> Cass., sez. I, 29 aprile 2020, n. 8325, in *Fam. dir.*, 2020, 675 ss., con nota di G. FERRANDO, *I diritti del bambino con due papà. La questione va alla Corte costituzionale*.

<sup>66</sup> Corte cost., 09 marzo 2021, n. 33, in *Giur. it.*, 2022, 301, con nota critica di V. CALDERAI, *Surrogazione di maternità all'estero – Il dito e la luna. I diritti fondamentali dell'infanzia dopo Corte cost. n. 33/2021*; in senso adesivo, in *Famiglia*, 2021, 405 ss., A. MORACE PINELLI, *La tutela del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata*; in <https://www.giustiziainsieme.it/it/news/129-main/minori-e-famiglia/1667-il-diritto-dei-figli-di-due-mamme-o-di-due-papa-ad-avere-due-genitori-un-primo-commento-alle-sentenze-della-corte-costituzionale-n-32-e-33-del-2021>, aprile 2021, con nota di G. FERRANDO, *Il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. Un primo commento alle sentenze della Corte Costituzionale n. 32 e 33 del 2021*; in *Nuove leg. civ. com.*, 2021, 466, con nota di A.G. GRASSO, *Oltre l'adozione in casi particolari, dopo il monito al legislatore. Quali regole per i nati da PMA omosex e surrogazione?*.

EDU, né tantomeno i principi costituzionali impongono infatti di far prevalere sempre e comunque l'interesse del minore rispetto ad ogni altro contro-interesse in gioco. Nella misura in cui l'ordinamento sia in grado di garantire la concreta possibilità del riconoscimento giuridico dei legami tra il bambino e il genitore d'intenzione, rientra nella discrezionalità dello Stato la scelta dei mezzi più idonei per il raggiungimento di questo risultato. L'origine della disarmonia nel sistema è racchiusa nel passaggio in cui la Corte precisa che: «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».

Trattasi (*rectius*, si trattava)<sup>67</sup> difatti di un'adozione non piena, inidonea a costituire un legame di parentela con la famiglia dell'adottante e, per di più, subordinata all'assenso del genitore biologico che esercita la responsabilità genitoriale: con la conseguenza che, nei casi in cui quest'ultimo non possa (ad esempio, per prematuro decesso) o non voglia (a causa della crisi della coppia) dare il suo assenso all'adozione, rimarrebbe preclusa ogni possibilità di vedere riconosciuto il rapporto di filiazione nei confronti del genitore che si era assunto la responsabilità al momento della nascita (o persino prima di essa), o con il quale si è comunque instaurato un rapporto affettivo e di cura<sup>68</sup>.

Diversa è, però, la conseguenza che i due organi giurisdizionali traggono dall'accertata inadeguatezza dell'adozione mite rispetto al metro dei principi convenzionali.

Per la Corte costituzionale, non può che spettare al legislatore il compito di farsi carico del bilanciamento tra la dissuasione dal compimento della pratica e la necessità, «imprescindibile», di assicurare il rispetto dei diritti dei minori. Per la Cassazione, la natura dei diritti in gioco rende la loro tutela non compatibile con le tempistiche tipiche del processo legislativo, permettendo all'interprete, attraverso l'ermeneutica del diritto vivente, di pervenire ad una soluzione in grado di colmare *medio tempore* il «vuoto normativo» nel sistema<sup>69</sup>.

## 5.2. Correttivi e ostacoli all'adozione nel diritto (ancora) vivente delle Sezioni Unite (38162/2022)

La Prima Sezione della Cassazione da tempo segnala la possibilità di ricorrere ad un approccio alternativo al problema dello *status filiationis* nelle situazioni *cross-border*, suggerendo di non precludere a monte il riconoscimento di atti e provvedimenti stranieri, ma di dare invece rilievo ad alcuni elementi di fatto, tali da evidenziare che la pratica sia avvenuta in dispregio alla dignità della donna, oppure

<sup>67</sup> § 5.1.

<sup>68</sup> Rilievi critici sulla adeguatezza della tutela offerta dall'istituto dell'adozione al superiore interesse del minore sono formulati da M.C. VENUTI, *Le sezioni unite e l'omopaternità: lo strabico bilanciamento tra i best interest of the child e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri*, in *GenJus*, 2019, 1 ss. Vedi anche G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, cit., 8, secondo cui «L'adozione, infatti, è per sua natura istituto rimesso alla discrezionalità degli adulti. Tutela i diritti del bambino solo in quanto gli adulti vogliono adottare».

<sup>69</sup> Le Sezioni Unite (38162/2022) ricordano che «La giurisprudenza non è fonte del diritto [...] La riserva espressa dalla competenza del legislatore si riferisce, evidentemente, al piano della normazione primaria, al livello cioè delle fonti del diritto: come tale, essa non estromette il giudice comune, nel ruolo [...] di individuare e dedurre la regola del caso singolo bisognoso di definizione dai testi normativi e dal sistema, nel quadro dell'equilibrio dei valori».



mediante sfruttamento del minore; circostanze dalle quali poter insomma inferire che la formalizzazione di quel legame parentale si porrebbe in contrasto con il principio di ordine pubblico internazionale<sup>70</sup>. Al di fuori di queste, o di altre circostanze comunque significative di una lesione dell'autodeterminazione della donna, dovrebbe invece essere possibile per l'autorità nazionale riconoscere gli effetti del provvedimento straniero che accerta lo *status* di figlio del genitore intenzionale, senza la necessità di ricorrere allo strumento dell'adozione.

Questo ragionamento non sembra aver (del tutto) convinto le Sezioni Unite ad invertire il proprio orientamento in materia di *status* del minore da GPA, salvo nell'aver fatto sorgere l'esigenza di definire alcuni correttivi per avvicinare lo strumento dell'adozione ai canoni richiesti dalla Corte EDU.

Il primo ostacolo – ritenuto dalla Cassazione come il più significativo – è, in realtà, già venuto meno a seguito della pronuncia di parziale incostituzionalità dell'art. 55, Lg. 184/1983, nella parte in cui richiama l'art. 300, co. 2, c.c.<sup>71</sup>. L'adozione in casi particolari è oggi idonea a costituire il rapporto di filiazione con l'adottante e a estendere i rapporti civili anche con il nucleo familiare di quest'ultimo. Il correttivo adottato dalla Corte costituzionale consente così di dare piena attuazione al principio di unicità dello stato di figlio, equiparando la posizione del minore nei confronti di entrambi i genitori e manifestando, in tal modo, un approccio effettivamente uniforme nel trattamento della filiazione e dell'adozione.

Del secondo profilo di inadeguatezza segnalato dalla Corte costituzionale (n. 33 del 2021) si fanno, invece, direttamente carico le Sezioni Unite. Come anticipato, l'art. 46 Lg. 184/1983 richiede, ai fini del perfezionamento della pratica di adozione, l'assenso del genitore biologico. Con la conseguenza che, in ipotesi di crisi della coppia, rischia di alimentarsi un'ingiustificata discriminazione nei confronti del genitore intenzionale, il quale potrebbe venir estromesso dalla relazione con il minore quale sintomo di un puro atto ritorsivo da parte del genitore biologico: la norma non sembra difatti porre alcun limite

<sup>70</sup> Fra questi indici "negativi", l'ordinanza chiede anzitutto al giudice di verificare che non vi sia stata violazione da parte della coppia committente della legge del Paese nel quale si è realizzata la pratica: in tali ipotesi, il rifiuto del riconoscimento in Italia si deve soprattutto al fatto che lo *status filiationis* non si è legittimamente formato neppure nell'ordinamento dove la gestazione ha avuto luogo. Ancora, l'ordinanza ritiene sia da osteggiare il riconoscimento di tutti quegli accordi rispetto ai quali vi siano dubbi sulla libertà e consapevolezza della donna nell'atto di prestarsi alla conduzione di una GPA. Questo vale nei casi in cui la gestante non sia in condizione di poter revocare il consenso fino al momento della nascita del bambino, quando la scelta dipenda dalla promessa o dazione di una contropartita economica, ovvero quando nessun componente della coppia committente abbia un legame biologico con il nato. Il precedente più significativo richiamato dalla Cassazione è Corte EDU, sentenza 18 maggio 2021, *Valdis Glodis Fjolvnsdottir ed Eydis Glodis Agnarsdottir c. Islanda*, appl. N. 71552/17. Alla stessa conclusione è recentemente pervenuto Trib. Bari, decr. 20 luglio 2022, in *Osservatorio nazionale sul diritto di famiglia*, 8 settembre 2022 (disponibile all'indirizzo: <https://www.osservatoriofamiglia.it/contenuti/17512465/due-mamme-una-bimba-tribunale-di-bari-decr-20-luglio-2022.html>).

<sup>71</sup> Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, in *Nuove leg. civ. com.*, 2022, 1333, con nota di R. SENIGAGLIA, *Criticità della disciplina dell'adozione in casi particolari dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022*; in *Foro it.*, 2022, I, c. 2936 ss., con nota di A. PALMIERI, *Adozione mite: l'adottato non è più un «estraneo» per i parenti dell'adottante*; in *Nuova giur. civ. com.*, 2022, 1013 ss., con nota di M. CINQUE, *Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità*. Il caso riguardava proprio una pratica di maternità surrogata da parte di una coppia omoaffettiva unita civilmente.

a quest'ultimo nella decisione relativa all'adozione del minore da parte del genitore intenzionale. Facendo proprio un indirizzo già emerso in letteratura e giurisprudenza<sup>72</sup>, le Sezioni Unite decidono tuttavia di accogliere una lettura che funzionalizza il requisito del consenso all'adozione al miglior interesse del minore. L'eventuale dissenso manifestato dal genitore biologico potrà, in sostanza, produrre effetto solo laddove sia giustificato sulla base all'interesse del bambino: può essere, ad esempio, il caso in cui il *partner* non biologico non abbia intrattenuto rapporti affettivi o di cura con il minore dopo la sua nascita, essendo in tal modo venuto meno all'iniziale progetto di genitorialità comune. Invero, anche il solo passaggio dal concetto di "potestà" a quello di "responsabilità genitoriale" sembrerebbe ostare a una lettura che legittima l'espressione di un dissenso *ad libitum* del genitore biologico, a favore di una che lo subordina all'effettiva corrispondenza con l'interesse del minore<sup>73</sup>.

A ben vedere, questa operazione ermeneutica permette di superare il problema del consenso volontariamente non prestato dal genitore biologico, lasciando invece aperto quello relativo al caso in quest'ultimo si trovi nell'impossibilità di prestarlo, vuoi per morte o per incapacità intervenuta prima del perfezionarsi della procedura di adozione. Al contempo, questo strumento e, segnatamente, il suo fondarsi sul principio del consenso come fattore costitutivo del rapporto di filiazione, lascia altresì sprovvisto il minore nella situazione opposta, ossia quella in cui, pur avendo preso parte al progetto di surrogazione, il genitore intenzionale si sottragga ai propri obblighi nei confronti del minore, rifiutandosi di procedere all'adozione. L'iniziativa compete infatti all'adottante in via esclusiva: per come è congegnato tale sistema, tanto il genitore biologico, quanto lo stesso nato da GPA non dispongono di strumenti per promuovere la costituzione del rapporto parentale nei confronti del genitore privo di legami genetici con il nato, né per farne valere i corrispondenti doveri. Pur consapevoli dell'ostacolo che può rappresentare l'incoercibilità di quest'obbligo<sup>74</sup>, le Sezioni Unite ritengono che tale profilo non sia comunque sufficiente a giustificare un asserito diritto del *partner* o del minore stesso alla trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero. Saranno allora altri gli strumenti che consentiranno al minore di poter godere di tutti i diritti connessi al proprio *status, rectius*, che determineranno l'assunzione di responsabilità in capo a «chi con il proprio comportamento, sia esso un atto procreativo o un contratto, quest'ultimo lecito o illecito, determina la nascita di un bambino»<sup>75</sup>.

<sup>72</sup> Cass., sez. I, 16 luglio 2018, n. 18827, in *Nuova giur. civ. com.*, 2019, I, 5 ss., con J. LONG, *Adozione in casi particolari e dissenso del genitore esercente la responsabilità genitoriale*.

<sup>73</sup> A. GORGONI, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Milano, 2017; M. SESTA, A. ARCERI, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2016.

<sup>74</sup> Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, § 12.

<sup>75</sup> La proposta di A. MORACE PINELLI, *Non si attende il legislatore*, cit., è quella di superare il rilievo della discrezionalità del genitore d'intenzione consentendo al minore l'esercizio dell'azione ex art. 279 c.c. Anche ritenendo che il caso della maternità surrogata rientri fra quelli in cui «non può proporsi l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità» (cfr. il requisito dell'art. 279, co. 1, c.c.), la norma sembra tuttavia consentire l'esercizio dell'azione al solo «figlio nato fuori dal matrimonio». L'estensione analogica della fattispecie richiederebbe dunque di ravvisare un'*eadem ratio* rispetto al caso (non regolato) del figlio privo di un legame biologico con uno dei genitori. Nell'interpretazione datale però finora dalla Cassazione, è proprio la sussistenza di un reale rapporto di filiazione (biologico) a giustificare il diritto del figlio al mantenimento e quindi, di converso, la sua assenza «a rendere privo di ogni reale giustificazione il successivo proseguirsi di ogni tipo di contribuzione di mantenimento fondata proprio su tale insussistente qualità di figlio», Cass., 24 novembre 2015, n. 23973, in *Foro it.* 2016, I, c. 557 ss. con nota di C. BONA.

## 6. La dignità della donna e l'identità del bambino: la falsa dicotomia

Il percorso che si è provato a delineare restituisce l'immagine di un fenomeno dai contorni fortemente frastagliati, distante da quel blocco uniforme verso il quale il dibattito pubblico (politico e mediatico), anche attraverso una sapiente strumentalizzazione linguistica, sembra oggi orientato<sup>76</sup>. L'apparente unitarietà della fattispecie normativa della surrogazione della maternità (art. 12, co. 6, Lg. 40/2004) una volta pervenuta all'attenzione delle corti disvela la varietà di dinamiche umane che fanno da sfondo alle vicende individuali, ponendo l'interprete di fronte all'interrogativo se sia giusto uniformare il trattamento per tutti i casi di nascita attraverso surrogazione<sup>77</sup>.

L'opportunità di una maggior valorizzazione delle circostanze del caso concreto non ha fermato la ricerca di categorie ordinanti del fenomeno. Pur dando atto che la maternità surrogata rappresenti, in fin dei conti, una «realtà multiforme»<sup>78</sup>, lo studio ha evidenziato la possibilità di adottare approcci e strumenti differenti in risposta al problema dello *status* del minore nato da GPA.

Un primo è quello di un riconoscimento “selettivo” dei rapporti di filiazione derivanti da maternità surrogata all'estero, a seconda delle modalità con le quali si è svolta la gravidanza.

In presenza di indici che facciano inequivocabilmente presumere la natura altruistica e “disinteressata” dell'offerta di una donna di portare a compimento una gravidanza per altri – vuoi per l'assenza di intermediazione nell'incontro fra domanda e offerta, vuoi anche per la preesistenza di un legame affettivo o financo di parentela fra la gestante e la coppia committente – è ragionevole presumere che la volontà della donna sia espressione libera e genuina della sua autodeterminazione<sup>79</sup>. Il diritto all'identità del minore, di fronte a una vicenda in cui la dignità della donna non sembra possa realisticamente dirsi a repentaglio, torna ad avere una forza espansiva che fa prevalere la continuità affettiva sulla verità biologica, consentendo il riconoscimento del legame di parentela con il genitore intenzionale. Più complesso è il caso in cui la realizzazione della pratica sia stata favorita dall'intervento di un intermediario che abbia messo in contatto la potenziale gestante con la coppia di genitori committenti. Pur trattandosi di una dinamica relazionale instaurata fra soggetti estranei tra di loro è possibile, secondo questo orientamento, creare le condizioni per preservare la libera scelta della gestante: fra le più diffuse, abbiamo già menzionato l'esistenza di più penetranti obblighi informativi, il monitoraggio dell'integrità psicofisica durante la gravidanza, il mancato percepimento di una remunerazione, la tutela del

<sup>76</sup> «Utero in affitto», «compravendita di bambini», «maternità solidale», «figli in provetta» sono solo alcuni dei termini ai quali si ricorrere per attribuire una determinata connotazione al fenomeno in discorso. Sul problema linguistico, E. MESSINEO, *Fenomenologia della gestazione per altri. Appunti per un approccio rimediabile*, in AA.VV. (a cura di), *Liber Amicorum per Giuseppe Vettori*, Firenze, 2022, 2221 ss.; S. STEFANELLI, *Procreazione e diritti fondamentali*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di Diritto civile, IV, La Filiazione e i Minori*, Milano, 2018, 142 ss., sul fatto che l'impiego di ciascuno di questi termini sottenda una precisa opzione assiologica.

<sup>77</sup> 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 *Soc. del dir.*, 2020, 201 ss.

<sup>78</sup> Così, G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, cit., 9.

<sup>79</sup> A quanto consta, un solo caso è pervenuto all'attenzione della giurisprudenza, prima dell'entrata in vigore del divieto, Trib. Roma, 17 gennaio 2000, in *Fam. dir.*, 2000, 151, con nota di M. DOGLIOTTI e G. CASSANO. Pur in assenza di dati empirici alla mano, viene comunque da pensare che si tratti di casi di una incidenza assolutamente infinitesimale sul numero totale delle surrogazioni compiute.

diritto al “ripensamento” e via dicendo. L’esistenza o, al contrario, l’assenza di tutte o parte di queste garanzie può far propendere la risposta, rispettivamente, per il riconoscimento, ovvero il disconoscimento dello *status filiationis* nei confronti del genitore intenzionale. Spetta, insomma, all’interprete il compito di declinare i risvolti della vicenda al fine di verificare che lo Stato dove la pratica si è compiuta assicuri un elevato grado di tutela della dignità della donna. Viceversa, laddove il consenso sia prestato dietro contropartita economica, vige una presunzione assoluta di lesività della dignità della gestante<sup>80</sup>. Questa forma di surrogazione entra in forte disarmonia con il sistema valoriale del nostro ordinamento, in quanto espressione più chiara di un aberrante processo di reificazione del corpo della donna, mera “fattrice” di una vita volta a diventare oggetto di uno scambio commerciale. Questa modalità confligge visibilmente e intollerabilmente con i principi cardine dell’ordinamento nazionale e sovranazionale ed è, per tali ragioni, avversata con una pluralità di strumenti<sup>81</sup>.

Il secondo approccio è quello che si è invece articolato attraverso i due ultimi interventi delle Sezioni Unite (§§ 4-5) e che, verosimilmente, rappresenterà il diritto vivente in materia di *status* del minore nato da GPA all’interno del nostro ordinamento. L’ordine pubblico internazionale impedisce di attribuire effetti giuridici ad un provvedimento che certifichi il rapporto di filiazione tra il nascituro e il genitore non-biologico, «poiché la pratica della maternità surrogata, quali che siano le modalità della condotta e gli scopi perseguiti, offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»<sup>82</sup>. È, dunque, lo strumento dell’adozione in casi particolari l’unico modello al quale l’ordinamento – in attesa di un futuro intervento legislativo – affida il consolidamento del rapporto fra il minore e il genitore intenzionale, sulla base di una responsabilità fondata sul progetto genitoriale comune.

Entrambi gli approcci condividono però un assioma di fondo, una sorta di precomprensione comune: quella secondo cui la risposta alla questione dello *status* del minore nato da maternità surrogata debba mirare alla realizzazione di un compromesso fra la tutela della identità del bambino e quella della dignità della donna.

Eppure, la logica del compromesso conduce ad almeno due conseguenze in netta controtendenza con il quadro dei principi sovranazionali più volte richiamati<sup>83</sup>. Anzitutto, con l’obiettivo di tutelare la donna contro ogni forma di strumentalizzazione del suo corpo, l’interesse del bambino e la protezione del suo *status* vengono di fatto degradati da valore-fine a valore-mezzo, a garanzia dell’effettività e della dissuasività del divieto di surrogazione<sup>84</sup>. Ciò appare ingiustificabile a prescindere dalla funzione concretamente assegnata al divieto di riconoscimento. Se la prospettiva presa a riferimento fosse quella

<sup>80</sup> In dettaglio, § 1.

<sup>81</sup> Dal lato degli strumenti privatistici, la contrarietà nei confronti della surrogazione commerciale si manifesta attraverso un ritorno all’approccio apriorista. Ciò vale a dire che la presenza di una contropartita economica – vera o dissimulata dietro l’elasticità del concetto di “rimborso spese” – chiude ad ogni valutazione del caso concreto, frapponendo un ostacolo pressoché insormontabile al riconoscimento del provvedimento straniero sullo *status filiationis* nei confronti del genitore intenzionale.

<sup>82</sup> Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit., § 27.

<sup>83</sup> § 2.

<sup>84</sup> Sul ruolo di questi principi nella regolazione euro-unitaria, G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, pp. 105; P. IAMICELI, *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria*, Napoli, 2020; D. IMBRUGLIA, *Effettività della tutela e ruolo del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 978 ss.; E. NAVARRETTA, *Effettività e «drittwirkung»*. Vol. 1: *Idee a confronto*, Atti del convegno Pisa, 24-25 febbraio

dissuasivo-anticipatoria – *i.e.* impedisco il riconoscimento del figlio per scoraggiare i genitori intenzionali dal ricorso alla surrogazione all'estero – il sacrificio della posizione del bambino apparirebbe del tutto sproporzionato rispetto a un obiettivo di politica criminale preventiva, il cui fondamento empirico appare, peraltro, difficilmente dimostrabile<sup>85</sup>. Se l'intento fosse invece quello punitivo non sarebbe dato comprendere le ragioni per cui la "sanzione civile" della preclusione al riconoscimento possa operare in modo asimmetrico. Il disvalore espresso da condotte di compravendita del bambino appare difatti il medesimo nei confronti di tutti i partecipanti al progetto di genitorialità, non del solo membro della coppia che non abbia fornito il proprio materiale biologico alla gravidanza. Configurando tale divieto come forma larvata di sanzione, il genitore non-biologico sarebbe l'unico ad esserne interessato, potendo al più ricorrere all'adozione per instaurare il legame con il nascituro, con i limiti già ampiamente evidenziati<sup>86</sup>. Nessuna sanzione andrebbe invece a colpire l'altro partecipante al *pactum sceleris* il quale, disponendo di un legame biologico con il nato, avrebbe titolo ad ottenere il riconoscimento dello *status filiationis* nei suoi confronti, anche laddove il consenso della madre surrogata sia avvenuto dietro contropartita economica.

In più – e pare forse la circostanza più significativa – l'esito finale della soluzione che preclude sempre e comunque il riconoscimento del rapporto di genitorialità intenzionale sarebbe quello di sacrificare l'interesse del minore proprio nelle vicende che lo vedono più vulnerabile. Nelle ipotesi di surrogazione altruistica la tensione si verifica fra l'instaurazione di due possibili legami familiari, uno fondato sulla verità biologica, l'altro su quella "relazionale": nel giudizio sul riconoscimento si tratta, insomma, di assegnare la prevalenza ad uno dei rapporti genitoriali, fra due o più alternative ugualmente possibili, nonché rispettose del diritto del minore ad una famiglia. Viceversa, nei casi di surrogazione commerciale è prassi che tanto la donatrice di ovuli, quanto la stessa gestante abbiano preferito (o siano state costrette a) rimanere nell'anonimato per l'intero svolgimento della pratica, rifiutando così l'instaurazione di un qualunque legame con il nascituro. Con la conseguenza per cui la perdita dello *status* familiare nei confronti dei genitori intenzionali non comporta alcuna automatica instaurazione di legami con una presunta famiglia biologica, in quanto non più esistente o comunque sconosciuta, bensì la messa in stato di abbandono del minore.

### 6.1. L'opportunità di una separazione fra strumenti di tutela

Al di là del ragionevole compromesso raggiunto dalle Sezioni Unite a seguito dell'intervento sui limiti dell'adozione, vale la pena domandarsi se non sia opportuno ripensare all'assioma che vi fa da sfondo.

---

2017, Torino, 2018, 35 ss.; *Id.*, *Costituzione, Europa e diritto privato*, Torino, 2017; N. REICH, *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge, 2013; N. TROCKER, *L'Europa delle Corti sovranazionali: una storia di judicial activism tra tutela dei singoli ed integrazione degli ordinamenti giuridici*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, 2011, 110 ss.

<sup>85</sup> Per un'analisi dell'approccio *Law & Economic*, V. CALDERAI, *Breaking out of the Regulatory Delusion*, cit., 8 – 9. Questa sembra essere la prospettiva di lettura delle Sezioni Unite, secondo cui «Il riconoscimento *ab initio*, mediante trascrizione o delibazione del provvedimento straniero di accertamento della genitorialità, dello *status filiationis* del nato da surrogazione di maternità anche nei confronti del committente privo di legame biologico con il bambino, finirebbe in realtà per legittimare in maniera indiretta e surrettizia, una pratica degradante», Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, § 21.1.

<sup>86</sup> § 5.1.

L'impressione è quella per cui l'approccio che identifica la dignità della donna e l'identità del bambino come una dicotomia finisce, in realtà, per sovrapporre due piani ben distinti fra loro. Beninteso, è corretto ravvisare in questi due termini di riferimento i principi che devono informare la regolazione delle pratiche di maternità surrogata. Da un lato, vi è la necessità di tener conto dell'obiettivo di tutelare la dignità della donna avverso atti di discriminazione, sfruttamento del bisogno, riduzione in stato di schiavitù: più in generale, di ogni forma di abuso del suo corpo per finalità lucrativa, specialmente in vicende aberranti come quelle che fanno da sfondo ai casi in esame<sup>87</sup>. Dall'altro, vi è l'esigenza di assicurare al minore la protezione della sua identità, intesa come diritto all'accertamento del suo stato nei confronti di entrambi i genitori e alla continuità affettiva con la famiglia.

Ciò che appare, all'opposto, non condivisibile è l'interferenza fra gli strumenti impiegati per il perseguimento di ciascuna di queste finalità. Lo sforzo di contrastare la pratica della maternità surrogata – *i.e.* lo sfruttamento della donna e il traffico di essere umani – è un obiettivo che può essere efficacemente conseguito solo a livello internazionale, attraverso il potenziamento di accordi, protocolli, principi e azioni comuni, che mirino a rimuovere o a regolamentare quell'attività sommersa nella quale si annidano le forme più abiette di abusi. Questa considerazione non vale, invero, ad escludere ogni spazio per l'intervento del diritto privato in funzione preventiva o deterrente. Qualora si intenda implementare il corredo di azioni internazionali con misure di carattere interno è, ad esempio, possibile immaginare la previsione di sanzioni nei confronti della coppia o degli individui che sono ricorsi alla surrogazione di maternità, anche attraverso l'erogazione di pene pecuniarie<sup>88</sup>.

Il diniego dello *status filiationis* del minore rispetto al genitore intenzionale non può, però, rappresentare lo strumento per perseguire (pur meritevoli) finalità di protezione dell'autodeterminazione della donna. Ad impedirlo è difatti il peso che ogni vicenda impone di attribuire al superiore interesse del minore, come modalità di attuazione effettiva dei suoi diritti in base allo specifico contesto di riferimento<sup>89</sup>. Se è vero, per un verso, che il superiore interesse del minore non deve prevalere sempre e comunque nel bilanciamento con ogni altra posizione in gioco, è però altrettanto vero che questo non può neppure automaticamente recedere di fronte ad obiettivi di prevenzione criminale<sup>90</sup>.

Appare allora opportuno uscire dalla logica della stretta dicotomia, a favore di una posizione che valorizzi invece la complementarità fra gli strumenti attraverso cui perseguire la tutela della dignità della

<sup>87</sup> § 1 e § 4.

<sup>88</sup> Così, V. CALDERAI, *Breaking out of the Regulatory Delusion*, cit., 10, secondo cui la sanzione pecuniaria deve essere misurata «at the costs of surrogacy services in those countries where the conclusion and the execution of the agreements take place within a framework of guarantees for the health and security of women and children».

<sup>89</sup> G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, cit., 86 ss.

<sup>90</sup> G. FERRANDO, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 2018, 456-457, secondo cui «La condanna della maternità per sostituzione [...] non deve ripercuotersi sullo status giuridico del figlio [...] Non si può invocare la sanzione prevista per il comportamento degli adulti per rifiutare protezione al bambino». Così anche G. BARCELLONA, *Sorvegliare gli adulti punendo i bambini*, in questa *Rivista*, 2021, 69 ss., la quale critica l'articolazione di principi delle Sezioni Unite del 2019, come «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». Così anche Cass. 2016, n. 19599 «le conseguenze della violazione delle prescrizioni e dei divieti posti dalla legge n. 40 del 2004, imputabili agli adulti che hanno fatto ricorso ad una pratica fecondativa illegale in Italia, non possono ricadere su chi è nato, il quale ha il diritto fondamentale, che dev'essere tutelato, alla conservazione dello status filiationis legittimamente acquisito all'estero».



donna e quelli impiegati per garantire il soddisfacimento del superiore interesse del minore: insomma, fra le «vicende che hanno portato alla procreazione (giudizio *ex ante*)» e la valutazione «delle esigenze di tutela del bambino (giudizio *ex post*)»<sup>91</sup>. Senza, quindi, che fra i primi sia annoverabile anche la ritorsione relativa all'impossibilità di dare forma giuridica a un rapporto – *i.e.* quello fra figlio nato da maternità surrogata e genitore intenzionale – che già può essersi colorato di sostanza affettiva.

Una completa separazione fra il giudizio per il riconoscimento del provvedimento straniero che accerta lo stato di figlio e la vicenda che ha condotto all'instaurazione di quel legame parentale non appare praticabile e non è forse neppure d'auspicio<sup>92</sup>. La strada che sembra comunque opportuno percorrere è quella volta a epurare del tutto la componente “sanzionatoria” nel giudizio sul riconoscimento dei legami parentali con i figli nati da GPA<sup>93</sup>. D'altronde, solo questa soluzione permette di individuare il provvedimento che assicuri, di volta in volta, una tutela effettiva dei diritti del minore, che potrà consistere nel riconoscimento del legame con il genitore intenzionale, con i soli genitori biologici, ovvero della dichiarazione di adottabilità del minore.

In quest'ottica, pare insomma opportuno che la giurisprudenza riveda il passaggio con il quale afferma che «gli interessi del minore dovranno allora essere 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»<sup>94</sup>, per non finir preda di un'insolubile contraddizione: quella di contrastare un fenomeno di strumentalizzazione della donna attraverso quella dello *status* del minore.

## 7. «If you are parent in one country, you are parent in every country». Considerazioni sul futuro del riconoscimento del nato da maternità surrogata dopo la proposta di Regolamento UE

In prospettiva *de iure condendo*, vi è un ulteriore dato che sembra opportuno non trascurare. Se, a livello nazionale, il dibattito politico appare tutt'ora dominato da un clima di profonda ostilità, dietro il simulacro della protezione della “famiglia tradizionale”, a livello europeo si registrano invece spinte progressiste di segno diametralmente opposto.

<sup>91</sup> Così, M. FLAMINI, *Relazione richiesta dalla Prima sezione civile, con ordinanza interlocutoria n. 1842 del 2022*, in corso di pubblicazione e fonti ivi citate.

<sup>92</sup> Opinione di minoranza della Højesteret (Corte Suprema Danese), citata in Corte EDU, caso *K.K. et al. c. Danimarca*, «We find that the interest in preventing the implementation of agreements on commercial surrogacy arrangements are not particularly weighty in the present case where the children have now lived with the first applicant and the father for almost seven years [...] the fact that they once remunerated the Ukrainian surrogate mother cannot, in our opinion, result in the children being barred from obtaining recognition that the person whom they have regarded as their mother for their entire life is also their mother from a legal point of view».

<sup>93</sup> Per il vero, neppure la dicotomia fra maternità surrogata “altruistica” e “commerciale” restituisce effettivamente un'immagine uniforme della dignità della donna, atteso che entrambe sono astrattamente in grado di pregiudicarne la libertà di scelta negli atti disposizione del proprio corpo. Così, M. BIANCA, *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?*, in *Famiglia*, 2019, 375 ss.; A.M. GAMBINO, T. PASQUINO, *Gestazione surrogata: altruismo o costrizione? Profili giuridici*, in *L'Arco di Giano*, 2016, 88 ss. In senso fortemente critico, D. DANNA, *“Fare un figlio per altri è giusto” (Falso!)*, Roma-Bari 2017.

<sup>94</sup> Su tutte, Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit.



Ci si intende riferire, in particolare, alla Proposta di Regolamento del Consiglio relativa alla giurisdizione, alla legge applicabile, al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione, pubblicata il 7 dicembre 2022 (di seguito, Proposta). L'iniziativa era già stata anticipata nel corso dello «State of the Union 2020», durante il quale la Presidente della Commissione Ursula von der Leyen ha dettato nitidamente i contorni della propria agenda politica in materia di legami parentali: «If you are parent in one country, you are parent in every country»<sup>95</sup>. La Proposta mira a un obiettivo di particolare ambizione, ossia di facilitare il riconoscimento dello *status filiationis* fra Stati Membri, avvalendosi di una pluralità di strumenti di diritto internazionale privato<sup>96</sup>. La prospettiva di fondo è quella di incrementare la protezione dei diritti fondamentali del minore nelle situazioni transfrontaliere (diritto all'identità, non discriminazione, vita privata e familiare, alla successione e al mantenimento), tenendo in primaria considerazione il «best interest of the child»<sup>97</sup>.

Anche limitandosi a qualche rapido accenno, l'analisi del testo normativo consente di mettere in luce tre considerazioni conclusive, a rafforzamento delle argomentazioni proposte in questo scritto.

In primo luogo, la Proposta appare animata dal superamento della logica di compromesso e di stretta antinomia fra la dignità della donna e l'identità del bambino. Pur includendo il legame con l'«intended parent» nella definizione di «parenthood»<sup>98</sup> – dunque, con la consapevolezza di estendere il suo ambito di applicazione anche al nato da GPA – la Proposta non fa cenno alcuno alla posizione della donna

<sup>95</sup> Il piano d'azione in materia di persone e famiglia costituisce un punto di attenzione particolare da parte dell'attuale Presidente della Commissione Europea, dato anche il trascorso come *Bundesministerin für Familie, Senioren, Frauen und Jugend* (2005-2009). In particolare, il discorso di insediamento al Ministero (1 dicembre 2005, disponibile all'indirizzo <https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/bulletin/rede-der-bundesministerin-fuer-familie-senioren-frauen-und-jugend-dr-ursula-von-der-leyen-im-rahmen-der-aussprache-zur-regierungserklaerung-der-bundeskanzlerin-795226>), «Wir haben darin [in dem Koalitionsvertrag] klar gemacht: Wir wollen mehr Kinder in den Familien und mehr Familie in der Gesellschaft» [Abbiamo chiarito nel contratto di coalizione che vogliamo più bambini nelle famiglie e più famiglie nella società].

<sup>96</sup> Sebbene l'Unione Europea non disponga di potestà legislativa in materia di disciplina sostanziale del diritto di famiglia, la proposta si colloca in una zona di confine con una delle competenze più rilevanti nei Trattati, cioè la libertà di circolare e soggiornare nel territorio degli Stati Membri. La base legale è costituita dall'art. 81, par. 3, TFUE, che riconosce la competenza dell'Unione a adottare misure per facilitare il riconoscimento del legame di parentela fra gli Stati Membri. Così, il considerando 4, Proposta, secondo cui il riconoscimento della relazione parentale permette al bambino di esercitare il diritto di circolare e soggiornare liberamente sul territorio degli Stati Membri. In più di un'occasione, la Corte di Giustizia ha avuto modo di anticipare i principi che fanno da sfondo all'attuale Proposta, chiarendo che «l'articolo 2 di tale Convenzione [Internazionale dei diritti del fanciullo] stabilisce il principio di non discriminazione del minore, il quale esige che i diritti enunciati in tale Convenzione, tra cui, all'articolo 7, il diritto di essere registrato alla nascita, di avere un nome e di acquisire una cittadinanza, siano garantiti al minore senza che quest'ultimo subisca discriminazioni al riguardo, comprese quelle basate sull'orientamento sessuale dei suoi genitori [...] Sarebbe contrario ai diritti fondamentali che gli articoli 7 e 24 della Carta garantiscono a tale minore privarlo del rapporto con uno dei suoi genitori nell'ambito dell'esercizio del suo diritto di circolare e di soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri o rendergli de facto impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di tale diritto per il fatto che i suoi genitori sono dello stesso sesso», CGUE, Grande Sezione, 14 dicembre 2021, *V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo*, C-490/2020.

<sup>97</sup> Considerando 2, Proposta. Questa iniziativa si inserisce nel quadro più ampio della EU Strategy on the rights of the child, COM (2021) 142 final.

<sup>98</sup> Considerando 24, Proposta, «The term “parent” in this Regulation should be understood, as applicable, as referring to legal parent, the intended parent, the person who claims to be a parent or the person in respect of

e al suo bilanciamento con l'interesse del minore in sede di instaurazione dello *status filiationis*. L'assenza non sembra, tuttavia, attribuibile a ragioni di natura politica, bensì ad un chiaro intento di separare l'apparato di strumenti dedicato alle azioni contro lo sfruttamento e il traffico di esseri umani da quelli a protezione dei minori e del loro *status* parentale. L'impressione è confermata dallo *statement* di apertura della Proposta, secondo cui tutti i minori devono godere degli stessi diritti «irrespective of how the child was conceived or born and irrespective of the type of the child»<sup>99</sup>. Insomma, la prospettiva pare essere quella di una valutazione che concerne esclusivamente la posizione del minore, a garanzia del suo diritto fondamentale al riconoscimento dello *status* parentale, avverso ogni forma di discriminazione e strumentalizzazione.

In secondo luogo, l'entrata in vigore del Regolamento dovrebbe limitare, almeno in parte, le esternalità negative prodotte della concorrenza fra Stati Membri nella regolazione della surrogazione di maternità, specie per quanto riguarda eventuali distonie in punto di instaurazione e riconoscimento dello *status filiationis*. Dal momento che la Proposta non incide direttamente sulla disciplina sostanziale, ciascun ordinamento manterrebbe intatta la discrezionalità nel perseguire politiche permissive o proibizionistiche del fenomeno in esame<sup>100</sup>. Il passo avanti più significativo consisterebbe però nel superamento di quelle prassi nazionali che escludono o limitano le possibilità di riconoscimento della relazione parentale con il genitore d'intenzione. Sarà difatti sufficiente per il genitore o la coppia intenzionale ottenere l'instaurazione del rapporto con il minore all'interno di uno dei paesi dell'Unione che riconosce questa tipologia di legami<sup>101</sup>, per poi sfruttare il passaporto del titolo, nelle forme del riconoscimento della decisione giudiziale straniera (artt. 24 ss., Proposta), dell'atto pubblico (artt. 36 ss., Proposta) o della richiesta di emissione del Certificato Europeo di Parentela (artt. 46 ss., Proposta). Un'ultima considerazione – che si lega, però, strettamente alla precedente – va infine dedicata al ruolo assunto dall'ordine pubblico internazionale in presenza di decisioni che coinvolgono diritti fondamentali. L'effettività delle misure introdotte dalla Proposta a tutela del diritto del minore all'instaurazione del legame parentale rischia di essere messa a repentaglio dalle previsioni che consentono agli ordinamenti interni di avvalersi della clausola «*public policies*» per opporsi all'applicazione della legge straniera (art. 22, Proposta), al riconoscimento della decisione (art. 31, Proposta) o dell'atto pubblico straniero (art. 39, Proposta)<sup>102</sup>. Ragioni di opportunità politica – data l'unanimità richiesta in Consiglio per

---

whom the child claims parenthood». Specifica, inoltre, l'*explanatory memorandum*, che «for the purposes of the proposal, parenthood may be biological, genetic, by adoption or by operation of law».

<sup>99</sup> *Explanatory memorandum* della Proposta, 3.

<sup>100</sup> La Proposta non mira, come ricordato, ad una uniformazione della legislazione sostanziale. Di conseguenza, l'entrata in vigore del Regolamento non pregiudica la scelta di ciascuno Stato Membro in ordine alla criminalizzazione della maternità surrogata (opzione *sub iii*, § 2).

<sup>101</sup> È il caso, ad esempio, del Portogallo e della Grecia. Più in generale, di ogni ordinamento che opti per le opzioni di regolazione *sub i* e *ii*, secondo le categorie descritte in *infra* § 2.

<sup>102</sup> Riassuntivamente, considerando 56, Proposta «Considerations of public interest should allow courts and other competent authorities establishing parenthood in the Member States to disregard, in exceptional circumstances, certain provisions of a foreign law where, in a given case, applying such provisions would be manifestly incompatible with the public policy (ordre public) of the Member State concerned. However, the courts or other competent authorities should not be able to apply the public policy exception in order to set aside the law of another State when doing so would be contrary to the Charter and, in particular, Article 21 thereof, which prohibits discrimination».

le misure ex art. 81, par. 3, TFUE – hanno verosimilmente indotto la Commissione a lasciare agli Stati Membri la possibilità di avvalersi di questa clausola come valvola di sfogo del sistema. Tuttavia, il fatto che il legislatore europeo consideri questo strumento alla stregua di un'*extrema ratio* emerge visibilmente dalla lettera della Proposta, la quale consente di opporre il rifiuto nei soli casi di manifesta incompatibilità («manifestly incompatible») con l'ordine pubblico. È ragionevole presumere che l'intento sia stato quello di evitare che l'intero scopo del Regolamento possa essere pregiudicato da orientamenti delle corti interne particolarmente "generose" nel novero delle norme interne che formano l'ordine pubblico internazionale. Se la prospettiva è quella di agevolare la circolazione sul territorio dell'Unione Europea dei provvedimenti sullo *status filiationis*, ogni margine di discrezionalità riconosciuto agli Stati Membri nel rifiutare il riconoscimento di effetti all'atto straniero non può, dunque, che venire interpretato in modo restrittivo.

In realtà, questo approccio ricalca un indirizzo già da tempo seguito dalla Corte di Giustizia sull'applicazione della clausola sull'ordine pubblico internazionale laddove ne consegua una deroga alle libertà fondamentali sancite nei Trattati<sup>103</sup>. In materia familiare, gli Stati Membri fanno frequentemente ricorso a questa clausola contro il riconoscimento di effetti a matrimoni omosessuali contratti all'estero o, per l'appunto, a nascite avvenute per effetto di surroga di maternità, dietro l'asserita lesione degli istituti tradizionali del matrimonio, della filiazione, dell'adozione e così via. La circolazione dei provvedimenti sullo *status personale* non arreca, tuttavia, alcun pregiudizio ai corrispondenti istituti nello Stato del foro – *i.e.* non consente alle coppie omosessuali di sposarsi, né di realizzare una gestazione per altri. L'effetto del riconoscimento si limita difatti alle sole coppie o ai minori interessati, per garantire loro l'esercizio di diritti fondamentali riconosciuti dalle fonti primarie, come quello di soggiorno, di stabilimento e di circolazione: non sembra, invece, andare a perturbare in alcun modo «la superstructure»<sup>104</sup>.

<sup>103</sup> Così, CGUE, 5 giugno 2018, Coman e al., C-673/16, ««in quanto giustificazione di una deroga a una libertà fondamentale, [la nozione di ordine pubblico] dev'essere intesa in senso restrittivo, di guisa che la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuna Stato membro senza il controllo delle istituzioni dell'Unione. Ne consegue che l'ordine pubblico può essere invocato solo in presenza di una minaccia reale e sufficientemente grave che colpisce un interesse fondamentale della società». Il caso aveva ad oggetto il riconoscimento del diritto di soggiorno di un coniuge all'interno di uno Stato Membro che non prevede l'istituto del matrimonio fra persone dello stesso sesso. Anche, CGUE, 13 luglio 2017, E, C-193/16; CGUE, 2 giugno 2016, *Bogendorff von Wolfersdorff*, C-438/14.

<sup>104</sup> S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruylant, Coll. Europe(s), 2017, spéc. n° 636, 572.

## Diritto e pregiudizio: il legislatore, i giudici e la Corte alla prova della PMA

Giuseppina Barcellona\*

LAW AND PREJUDICE: THE LEGISLATURE, THE COURTS AND THE COURTS ON THE TEST OF ART

ABSTRACT: The essay traces the main stages of constitutional jurisprudence on artificial insemination, taking the science/law dialectic as a perspective point of view. The essay dwells on the *vulnus* that the rhetorical use of the scientific argument causes to the overall coherence of the legal system and in this perspective analyses the most recent decisions of the constitutional judge on the *status* of children born of procreative techniques still prohibited in Italy.

KEYWORDS: Surrogacy; international public order; status legitimitatis; analogia legis; equality

ABSTRACT: Il saggio ripercorre le principali tappe della giurisprudenza costituzionale in materia di fecondazione artificiale, assumendo come punto di vista prospettico la dialettica scienza/diritto. Il saggio si sofferma sul *vulnus* che l'utilizzo retorico dell'argomento scientifico arreca alla complessiva coerenza del sistema giuridico ed in quest'ottica analizza le più recenti decisioni del giudice costituzionale in materia di *status* dei bambini nati da tecniche procreative ancora vietate in Italia.

PAROLE CHIAVE: Surrogazione di maternità; ordine pubblico internazionale; status legitimitatis; analogia legis; eguaglianza

SOMMARIO: 1. A mò di premessa – 2. Procreazione Medicalmente Assistita e Costituzione – 3. Tre è il numero perfetto. La Corte e le “eccessive semplificazioni del legislatore” – 4. L'argomento “scientifico” e l'autonomia del sistema normativo: la Corte, la fecondazione eterologa e il diritto “singolare” alla genitorialità genetica – 5. Natura e scienza nella PMA: ragionando di giudizi e pregiudizi – 5.1. Atto primo: i genitori – 5.2. Atto secondo. Figli e figliastri – 6. La dittatura del caso concreto: dall'ordine al caos.

---

\* *Professore associato, Facoltà di scienze economiche e giuridiche, Università degli studi Kore di Enna. Mail: [giuseppina.barcellona@unikore.it](mailto:giuseppina.barcellona@unikore.it). 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. A mò di premessa...

La l. 40/2004 è al crocevia di linguaggi e categorie profondamente diversi: scienza e diritto, ma anche filosofia, etica e religione sono interrogate dalla disponibilità di una tecnica che scinde irrimediabilmente sessualità e procreazione.

Nel raccontare le principali vicende che hanno interessato questa legge si assumerà la prospettiva della dialettica scienza/diritto. Più precisamente, si proverà a comprendere quale sia, in questo contesto, lo statuto ascrivibile alle “acquisizioni scientifiche” e quale limite eventualmente pongano alla discrezionalità legislativa.

Questo punto di vista ha portato a selezionare – fra le numerose pronunce della Corte costituzionale che hanno inciso il testo della l. 40/2004 – le sentenze 151 del 2009 e 162 del 2014. Queste due decisioni, infatti, si segnalano non solo per il ruolo che i dati scientifici svolgono nella motivazione del *decisum*, ma anche per il diverso modo in cui vi è rappresentato il confine che separa il *dominium* della scienza dallo spazio rimesso alla discrezionalità legislativa.

In questa prospettiva, la sentenza che sanziona l’illegittimità del divieto assoluto di eterologa è parso rappresentasse una sorta di “spartiacque” nella storia della l. 40/2004. Questa decisione, invero, si distingue per un utilizzo che si è ritenuto di definire retorico e strumentale del “rinvio alla scienza”: il richiamo al dato scientifico serve a forzare l’originaria *ratio* della legge ed i bilanciamenti che vi erano custoditi. Non soltanto. Questo risultato è perseguito ricorrendo ad un linguaggio e ad una dogmatica innovativi, che finiranno con l’introdurre nel sistema della filiazione incongruenze e asimmetrie.

Alla descrizione di queste “incoerenze” è dedicata quella che, idealmente, può considerarsi la seconda parte di questo saggio: l’enunciazione dell’incoercibile diritto al figlio costituisce la “breccia” a partire dalla quale muove l’assalto ai limiti che ancora regolano l’accesso alla PMA. Inizia, così, un susseguirsi di conflitti e giudizi (che coinvolgono la magistratura ordinaria e costituzionale) che, qui, si è provato a rappresentare mantenendo, nella misura del possibile, distinti i problemi e le soluzioni che riguardano il mondo adulto, da quelli che, invece, interessano il bambino ed il suo *status filiationis*.

## 2. Procreazione Medicalmente Assistita e Costituzione

Scienza e diritto sono i poli di una dialettica antica<sup>1</sup>, che li vede contrapporsi da sempre: la prima latrice di possibilità infinite, il secondo, invece, istitutivo di regole e limiti che quelle infinite possibilità mirano (anche) a contenere.

Le vicende della disciplina italiana della PMA sono emblematiche di questo difficile dialogo e della continua tensione che esso reca con sé, e che si accresce quando la scienza e gli strumenti che essa appresta incidono sul nucleo più sensibile del *bios*: la creazione di nuova vita.

È questa la sfida che il sistema giuridico ha dovuto affrontare con i soli strumenti di cui, da sempre, dispone: l’attivazione di strategie interpretative e la creazione di nuovo diritto. Ed infatti, innanzi alle questioni ed ai conflitti che la società prospetta, il sistema giuridico reagisce, dapprima, provando ad estendere le maglie dei principi regolativi di cui già si compone, in modo da ricomprendervi anche il

<sup>1</sup> P. VERONESI, *La scienza secondo la Costituzione italiana (e le sue applicazioni)*, in *Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, 151 ss.

“caso simile” non normato. E solo quando questa strada si riveli impraticabile, e dunque quando questioni e conflitti si mostrino irriducibili alle *rationes* di cui il sistema giuridico già si compone, procede alla creazione di nuovo diritto, di criteri solutivi che siano, cioè, in grado di fronteggiare la nuova complessità.

Non è un caso, allora, che la storia della disciplina italiana della PMA<sup>2</sup> intersechi ambedue queste diverse “strategie” che il sistema giuridico può attivare; e che i suoi “primi passi” possano identificarsi nei provvedimenti con i quali i giudici ordinari hanno provato a fornire una soluzione agli innumerevoli conflitti che dal ricorso a queste procedure mediche erano sorti<sup>3</sup>. Ed erano conflitti non previsti – e non prevedibili – dal legislatore del codice civile, per il quale l’assenza di un legame genetico fra il padre ed il figlio nato in costanza di matrimonio era prova soltanto della violazione del dovere di fedeltà da parte della moglie. Per questa ragione, l’art. 235 c.c. legittima il marito ad esercitare nei confronti del bambino l’azione di disconoscimento, privandolo dello *status* di figlio legittimo e delle garanzie che ne discendono. E sempre per questa ragione, il consenso che il coniuge abbia eventualmente dato alla fecondazione artificiale eterologa della moglie non figura, all’interno della disciplina codicistica, come implicita rinuncia all’azione di disconoscimento.

È proprio uno di questi conflitti<sup>4</sup> all’origine del primo intervento del giudice costituzionale in materia di PMA. La mancanza di una disciplina che regoli l’accesso alla fecondazione assistita – chiarisce la Corte in quest’occasione<sup>5</sup> – «realizza una situazione di carenza dell’attuale ordinamento, con implicazioni costituzionali»<sup>6</sup>; per un tale motivo – si prosegue – è necessario che il legislatore intervenga, ed in tempi brevi, predisponendo norme che tutelino «la persona nata a seguito di fecondazione assistita», anche «nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità»<sup>7</sup>.

Al Parlamento ed alle forze politiche e sociali che vi erano rappresentate spettava, dunque, il compito di decidere della liceità e dei limiti che il ricorso alla PMA avrebbe incontrato; ma questa decisione, qualunque ne fosse stato il contenuto, avrebbe subito il vincolo dei principi costituzionali, avrebbe,

<sup>2</sup> C. TRIPODINA, *Il diritto a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *ivi*, 2, 2014, 67 ss.

<sup>3</sup> Si tratta, invero, di conflitti che hanno ad oggetto la contestazione dello *status* di figlio legittimo del bambino nato da fecondazione eterologa o da surrogazione di maternità.

<sup>4</sup> Dopo aver dato il consenso alla fecondazione (eterologa) della moglie, il marito eccepiva in giudizio l’assenza di un legame genetico con il figlio nato da PMA eterologa, con il solo obiettivo di sottrarsi alle responsabilità che dal rapporto di filiazione derivano e con l’inevitabile effetto di privare il bambino delle garanzie derivanti dallo *status legitimitatis*.

<sup>5</sup> Il riferimento è alla sentenza 347/98, nella quale la Corte costituzionale denuncia l’inadeguatezza della disciplina codicistica rispetto alle questioni sollevate dal ricorso alle tecniche di PMA; e sanziona, così, anche l’inevitabile fallimento di ogni strategia interpretativa che muova dalle *rationes* del codice civile: «la possibilità che ipotesi nuove, non previste al tempo dell’approvazione di una norma, siano disciplinate dalla stessa non è da escludersi in generale. Ma tale possibilità implica un’omogeneità di elementi essenziali e un’identità di *ratio*; nella cui carenza l’estensione della portata normativa della legge si risolverebbe in arbitrio. È quanto accadrebbe una volta che, ai fini dell’esperibilità dell’azione di disconoscimento di paternità, l’ipotesi in esame fosse equiparata a quelle, tanto dissimili, previste dall’art. 235 del codice civile».

<sup>6</sup> Corte cost., 347/1998, punto 3 del *considerato in diritto*.

<sup>7</sup> Corte cost., 347/1998, punto 3 del *considerato in diritto*.



cioè, dovuto realizzare «un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana»<sup>8</sup>.

A mutare, e radicalmente, è il tipo di prestazione che al sistema giuridico si chiede: il diritto è chiamato a normare l'artificio<sup>9</sup>, deve, cioè, definire “autonomamente” i criteri a partire dai quali saranno attribuiti i *nomina* di padre, madre e figlio; deve immaginare un nuovo, e diverso, fondamento di quella “società naturale” cui la Repubblica riconosce specifici diritti e doveri, un fondamento che sia alternativo allo *ius sanguinis* ed ai principi che da esso si erano da sempre ricavati. Ma vi è di più. Ad accrescere la complessità già prodotta dalla PMA contribuisce lo stesso sistema giuridico: il *best interest* del bambino, consolidato anche dagli interventi della Corte EDU<sup>10</sup>, si affianca ai diritti delle molteplici figure genitoriali coinvolte nella fecondazione artificiale, reclamando per sé una preminente tutela. Dunque, si moltiplicano gli interessi che occorre bilanciare e si infittiscono, inevitabilmente, le trame dei conflitti per i quali bisogna predisporre una soluzione adeguata.

È, allora, questa la sfida che il Parlamento era chiamato a fronteggiare: individuare soggetti ed interessi coinvolti dal ricorso alla PMA e vergare le mappe dei conflitti per i quali predisporre una “ragionevole” soluzione. Immaginare una famiglia che abdichi allo *ius sanguinis*, per fondarsi sul “consenso” e sull'incoercibile diritto al figlio<sup>11</sup>.

Nella disciplina che viene alla luce solo nel 2004, e quindi ben sei anni dopo il monito lanciato dalla Corte, il legislatore prova a contenere il ricorso alla fecondazione artificiale entro un duplice ordine di vincoli, che possono indicarsi nel principio della “*imitatio naturae*”, cui pure è improntata la disciplina dell'adozione, ed in quello della “*autosufficienza procreativa della coppia*”. Se, infatti, scopo dichiarato della legge è «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» (art. 1, comma 1), è anche vero, però, che non tutte le coppie sterili o infertili si vedono riconosciuto il diritto di procreare artificialmente. L'accesso alla PMA è garantito solo alle «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi» (art. 5, comma 1). Non solo. Non tutte le forme di infertilità e sterilità possono trovare soluzione nella PMA, ma solo quelle che non mettano in discussione il principio dell’“*autosufficienza procreativa della coppia*”, che non richiedano, cioè, l'intervento di soggetti che ad essa (alla coppia, cioè) siano esterni:

<sup>8</sup> Corte cost., 347/1998, punto 3 del *considerato in diritto*.

<sup>9</sup> In realtà, fecondazione eterologa e GPA non sono l'inedito prodotto della scienza moderna e degli strumenti che essa mette a disposizione del desiderio di genitorialità, al contrario, ambedue queste pratiche – come scrive R. BIN (*La maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in *Rivista di BioDiritto*, 2, 2016, 1 ss.; dello stesso Autore si legga anche, *Il figlio di Lady Chatterly*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, 792 ss.) – sono vecchie quanto il mondo. E tuttavia, l'interposizione della tecnica e del diritto che ne disciplina l'accesso – può ritenersi – determina una trasformazione di tale fenomeno, perché rende disponibile a “chiunque” ciò che, prima, era appannaggio esclusivo delle famiglie reali e di quelle che avevano un *patrimonium* da trasmettere.

<sup>10</sup> Sono numerose le sentenze della Corte EDU che interessano i *bests interests of child*, tra queste si ricordano: Corte EDU, sez. V, 24 Giugno 2014, *Menesson c. France*, ric. n. 65192/11; Corte EDU, sez. V, 26 Giugno 2014, *Labbasee c. France*, ric. n. 65941/11; *Grande Chambre, Paradiso Campanelli c. Italia*, 24 Gennaio 2017, ric. n. 25358/12; *Grande Chambre, Avis consultatif*, 10 Aprile 2019, (domanda, n. P16-2018-001). Sul tema si v. E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio del best interest of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016.

<sup>11</sup> Corte cost., 162/2014, ma v. meglio *infra* § 4.



donatori di gameti (divieto di fecondazione eterologa) e madre surrogata (divieto di gestazione per altri o surrogazione di maternità)<sup>12</sup>.

Sono, dunque, questi i confini entro i quali il legislatore considera legittimo il ricorso all'artificio, ma non è questo il solo limite che il diritto a procreare artificialmente incontra. Entro lo spazio così delimitato era necessario – come pure aveva sottolineato la Corte – “bilanciare” i diritti di tutti i soggetti coinvolti, fra i quali figura, adesso, il concepito (art. 1, comma 1, l. 40/2004). Ed è questo un aspetto della disciplina al quale il legislatore pone particolare attenzione: il concepito, infatti, è qui tutelato sin dagli stadi primordiali della sua esistenza; ed è una protezione, questa, che – a ben vedere – si realizza, per un verso, scongiurando il rischio che l'embrione venga degradato a mera *res*, per l'altro, invece, blindando lo *status filiationis* del bambino nato da PMA.

Operano nella prima direzione non solo gli articoli della legge che espressamente vietano la soppressione, la crioconservazione ed ogni forma di sperimentazione «che non persegua finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche [...] volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso» (art. 13, comma 2 l. 40/2004), ma, più in generale, le disposizioni che si propongono di impedire la produzione di embrioni soprannumerari, di embrioni, cioè, che non abbiano come necessaria destinazione l'impianto nell'utero materno. In questa prospettiva, l'art. 14, comma 2<sup>13</sup> vieta la creazione di «un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre»; e, allo stesso modo, l'art. 6, comma 3 dispone che la coppia che abbia dato il proprio consenso alla PMA possa revocarlo solo «fino al momento della fecondazione dell'ovulo». L'intera procedura predisposta dal legislatore sembra, dunque, preordinata ad assicurare che questa “entità” – l'embrione – possa divenire “vita umana”, anche quando il raggiungimento di un tale obiettivo determini la compressione degli interessi che ad esso si contrappongono, ed anche quando fra questi figurino la volontà e la salute stessa della madre<sup>14</sup>.

Nella seconda direzione, quella che mira a blindare lo *status filiationis* del bambino nato da PMA, vanno, invece, le fondamenta stesse su cui l'intero impianto della legge è costruito. I canoni della “*imitatio naturae*” e della “*autosufficienza procreativa della coppia*” realizzano, infatti, la perfetta sovrapposizione fra genitorialità genetica e sociale, scongiurando, per ciò stesso, il rischio che il bambino possa essere disconosciuto, e quindi privato del *nomen* paterno e dei diritti che ne discendono<sup>15</sup>. Ma

<sup>12</sup> I principi cui si informa la l. 40/04 – l'*imitatio naturae* e l'*autosufficienza procreativa della coppia* – palesano, ed in modo inequivocabile, la decisione del legislatore di non riformare la disciplina codicistica della filiazione: lo *ius sanguinis* è chiamato a regolare anche il legame che unisce la coppia al bambino nato da PMA. Ed è questa un'estensione che incontra una sola e marginale eccezione, indicata nell'illecito ricorso alla PMA eterologa (e quindi nella nascita di un bambino geneticamente riconducibile ad uno solo dei genitori). In questo caso, e solo in questo, il *favor veritatis* avrebbe dovuto cedere innanzi al *best interest of child*, in modo da poter garantire i diritti del bambino «*nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendosene le relative responsabilità*» (Corte cost. 347/98).

<sup>13</sup> Poi dichiarato incostituzionale (Corte cost., 151/2009), ma v. meglio § 3.

<sup>14</sup> Per una rappresentazione complessiva dei molteplici limiti della l. 40/2004 si rimanda a M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Politica del diritto*, 3, 2004, 453 ss.

<sup>15</sup> L'art. 8, l. 40/2004 dispone, infatti, che «i nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'art. 6».

non finisce qui. La legge, all'art. 9, va oltre lo *ius sanguinis* e si preoccupa di tutelare anche il bambino che sia nato ricorrendo ai gameti di un soggetto esterno alla coppia, e quindi in violazione del divieto di PMA eterologa: «il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti» non potrà metterne in discussione lo *status filiationis*; parimenti, «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 alcun obbligo».

Sono, dunque, questi i tratti essenziali che il legislatore del 2004 ha inteso imprimere al diritto a procreare artificialmente e che hanno motivato le numerose, e opposte, critiche che alla legge 40/2004 si sono mosse, i tentativi di abrogazione e le impugnazioni di cui è stata l'oggetto. Ma, soprattutto, sono queste le "mappe dei conflitti" ed i principi regolativi a partire dai quali i giudici si troveranno a risolvere casi e questioni che il ricorso alla PMA continua ancora a prospettare.

L'eco di questi conflitti finirà con il giungere sino alla Corte costituzionale, che verrà chiamata a giudicare della legittimità delle soluzioni predisposte dal legislatore, e che, con le sue decisioni, modificherà, e radicalmente, la fisionomia dell'intera legge sulla PMA.

Delle numerose pronunce che hanno investito la l. 40/2004 si considereranno, qui, quelle nelle quali il "rinvio alla scienza" è utilizzato per sanzionare l'illegittimità dei bilanciamenti voluti dal legislatore. Questa prospettiva ha portato a considerare unicamente le sentenze 151/2009 e 162/2014<sup>16</sup>, perché in esse – e solo in esse – l'argomento scientifico serve a motivare il superamento dei limiti cui si era inteso condizionare l'accesso alla fecondazione artificiale.

<sup>16</sup> È l'assunzione di questa prospettiva che ha portato a tralasciare le sentenze 96/2015, 84/2016 e 221/2019 (in merito alla quale si rinvia al § 5.1), che rappresentano indiscutibilmente momenti cruciali nella storia della PMA. Nella prima di queste pronunce, infatti, l'esclusione delle coppie fertili portatrici di malattie genetiche dalla PMA e dalla diagnosi preimpianto è sanzionata perché ritenuta latrice di un bilanciamento irragionevole e, per ciò stesso, di un *vulnus* alla complessiva razionalità del sistema. Ciò che in questa sede più rileva, però, è che nell'argomentare del giudice costituzionale non è fatto alcun riferimento alla scienza ed ai dati che essa rende disponibili: ciò che si rimprovera al legislatore non è l'inadeguata considerazione del dato scientifico, ma l'incoerenza delle sue statuizioni. Analoghe ragioni si è ritenuto potessero motivare l'omissione della sentenza 84/2016, che ha ad oggetto il divieto assoluto di ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni. In questa decisione, infatti, la scienza non figura come argomento utile a mostrare l'erroneità delle decisioni del legislatore, ma è semmai l'oggetto di un bilanciamento che ha nel diritto dell'embrione il suo antagonista e nei principi costituzionali il solo limite. Né pare che le "divisioni della scienza" (8.1 del considerato in diritto) in ordine allo statuto ontologico dell'embrione abbiano avuto un qualche ruolo nella dichiarazione d'inammissibilità della *quaestio legitimitatis*: quale che sia il grado di certezza raggiunto dal sapere scientifico in ordine alla natura di questa entità, esso non sembra possa interferire con la scelta, autonoma, del sistema normativo di attribuirgli lo *status* di soggetto giuridico (come dimostrano la disciplina civilistica delle società). Da ultimo, anche la sentenza 221/2019, che ribadisce l'esclusione delle coppie *same sex* dall'accesso alla fecondazione eterologa in Italia, si segnala per l'assenza di un qualsiasi rinvio alle acquisizioni scientifiche. Nella motivazione della decisione, le possibilità procreative rese disponibili dalle tecniche di fecondazione artificiale figurano – solo ed esclusivamente – come l'oggetto della *vis* regolativa del legislatore, che può, e legittimamente, subordinarne l'accesso alla presenza di condizioni determinate, vincolandone, così, l'impiego al perseguimento di finalità da lui discrezionalmente individuate. Semmai – se proprio lo si vuole – questa pronuncia richiama l'attenzione proprio per l'assenza di ogni riferimento alle conoscenze scientifiche ed al ruolo svolto da chi ne è il custode; un'assenza che stride con il peso che, invece, è accordato alle "evidenze scientifiche" e all'"autonomia e responsabilità" del medico nella sentenza 162/2014 (ma v. *infra* § 5.1).

### 3. Tre è il numero perfetto. La Corte e le “eccessive semplificazioni del legislatore”

La lenta e graduale opera di smantellamento della l. 40/2004 muove i suoi primi passi con la sentenza 151/2009. In quest’occasione sono dichiarati incostituzionali il comma 2 dell’art. 14, limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre», ed il successivo comma 3 (sempre art. 14), nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni nell’utero materno, da realizzarsi non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio alcuno per la salute della donna.

Nella motivazione della parziale illegittimità delle disposizioni oggetto del giudizio riveste un ruolo determinante il richiamo alle «acquisizioni scientifiche e sperimentali», che vi vengono indicate come altrettanti «limiti alla discrezionalità legislativa»<sup>17</sup>. A partire dalle «più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche», infatti, il giudice costituzionale mostra i limiti che «le semplificazioni del legislatore»<sup>18</sup> presentano e le violazioni del parametro costituzionale in cui esse finiscono per tradursi. E così, il divieto di produrre un numero di embrioni «superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre» è giudicato in contrasto «con l’art. 3 Costituzione, ..., in quanto il legislatore riserva il medesimo trattamento a situazioni dissimili; nonché con l’art. 32 Cost., per il pregiudizio alla salute della donna – ed eventualmente, come si è visto, del feto – ad esso connesso»<sup>19</sup>.

La demolizione della “misura” generale e astratta decisa dal legislatore – il numero massimo di tre embrioni – lascia, così, spazio ad una delega al medico che, «con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali»<sup>20</sup>, e dunque individua il numero di embrioni da impiantare, di modo da poter garantire, al medesimo tempo, le esigenze della procreazione, la salute della donna e quella del concepito.

Ora, è proprio a partire dai termini in cui la Corte ha motivato la parziale illegittimità dei commi 2 e 3 dell’art. 14 della l. 40/04, che si è pensato di poter inferire una qualche “normatività” della scienza e dei dati che essa fornisce. In questa prospettiva, si è, invero, avanzata una «concezione della scienza come espressiva di una portata direttamente normativa, che la può portare a “competere” [...] con i tradizionali strumenti di regolazione dei fenomeni sociali, in particolare con il diritto legislativo»<sup>21</sup>. E d’altro canto – si è anche scritto – la cogenza espressa dalla scienza e dalle “regolarità” che essa evidenzia sarebbe avallata da quel sindacato sulla “ragionevolezza scientifica”<sup>22</sup> delle leggi al quale la Corte sempre più spesso ricorrerebbe; un giudizio nel quale il “dato scientifico” è elevato a “parametro

<sup>17</sup> Corte cost., 151/2009, punto 6.1 del *considerato in diritto*.

<sup>18</sup> R. BIN, *Diritti e argomenti, Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992 88 ss.

<sup>19</sup> Corte cost., 151/2009, punto 6.1 del *considerato in diritto*.

<sup>20</sup> Corte cost., 151/2009, punto 6.1 del *considerato in diritto*.

<sup>21</sup> S. PENASA, *La scienza come motore del biodiritto: diritti, poteri, funzioni*, in *Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, 313 ss.

<sup>22</sup> C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2, 2016, 6 ss.; S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Politica del diritto*, 2, 2015, 271 ss.; P. VERONESI, *La scienza secondo la Costituzione italiana (e le sue applicazioni)*, cit., 169 ss.; G. DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non sui diritti) nella fecondazione assistita*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 20 Maggio 2009.

interposto di costituzionalità<sup>23</sup>, nel quale, cioè, le acquisizioni scientifiche diverrebbero il *discrimen* a partire dal quale distinguere norme legittime e norme illegittime.

Di queste conclusioni si può, però, dubitare. Lo “statuto speciale” che, così, si vorrebbe riconoscere alle acquisizioni scientifiche può, infatti, essere messo in forse quando si guardi ai “modelli” decisionali attraverso i quali questa “riserva di scienza”<sup>24</sup> è implementata, “modelli” che, di certo, non sono nuovi nello strumentario del giudice costituzionale ed attraverso i quali, da sempre, si è realizzato il rinvio alla dimensione del fattuale, assunta nella duplice veste di “*normative facts*”<sup>25</sup> e di “non raggiungibile varietà del concreto”<sup>26</sup>.

Lo schema a partire dal quale è argomentata l’illegittimità dei commi 2 e 3 dell’art. 14, l. 40/04 sembra, invero, presentare i tratti noti del «sindacato sulla “veridicità” dei presupposti di fatto delle leggi»<sup>27</sup>, e dunque di un controllo che si propone di saggiare «la *plausibilità* degli elementi fattuali e la *congruenza* delle ipotesi di interdipendenza causali in cui si esprime “la razionalità di scopo” del legislatore»<sup>28</sup>. Ciò che la Corte si prefigge di accertare è la “corrispondenza alla realtà” dei presupposti di fatto da cui muove la disciplina normativa e delle “prognosi”<sup>29</sup> che ne sono conseguite. Perché è proprio a partire da questi due elementi che può esercitarsi un controllo sulla razionalità intrinseca delle scelte legislative, e cioè sulla “continuità” fra misure predisposte e finalità dichiarate. Nel caso della disciplina sulla PMA, l’errata valutazione delle acquisizioni scientifiche avrebbe motivato la scelta di definire, in via generale e astratta, il numero massimo di embrioni producibili e la loro destinazione ad un unico e contemporaneo impianto. Ed è proprio questo il punto. Il travisamento del dato scientifico si risolve in una irragionevolezza intrinseca della legge, le cui norme appaiono palesemente incoerenti rispetto allo “scopo” che il legislatore dichiara di voler perseguire: «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana», garantendo, contestualmente, «i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito».

Il carattere “scientifico” dei – o meglio, l’implicazione della “scienza” nei – fatti di cui si discute, allora, non sembra mutare la “natura” del controllo esercitato dalla Corte, che, ancora una volta, sembra guidato da quel «criterio di corrispondenza alla realtà»<sup>30</sup>, il quale esclude che «il legislatore possa ignorare la realtà, non verificando l’esperienza dalla quale la normazione statale prende avvio»<sup>31</sup>.

Osservazioni analoghe possono farsi in merito al secondo “modello” al quale il giudice costituzionale ricorre per rinviare alla dimensione fattuale: la “delega di bilanciamento in concreto” in favore del medico. Anche in questo caso, invero, sembra ragionevole ritenere che non si tratti di una “formula” sconosciuta alla Corte e, più in generale, al sistema giuridico, ma soprattutto – ed è ciò che, in questa sede, più rileva – pare che la natura “scientifica” dei fatti sia giuridicamente irrilevante: che essa non

<sup>23</sup> C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, cit., 6 ss.

<sup>24</sup> C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, cit., 8 ss.

<sup>25</sup> R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988, 334.

<sup>26</sup> Corte cost., 644/1988.

<sup>27</sup> R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, cit., 313.

<sup>28</sup> R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, cit., 315, che, così, descrive l’oggetto su cui verte il sindacato della Corte: «controllo sulla consistenza dei “fatti” e delle relazioni causali presupposti dal legislatore».

<sup>29</sup> R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, cit., 330.

<sup>30</sup> Corte cost., 20/1978.

<sup>31</sup> Corte cost., 132/1986.

determini un differente funzionamento del dispositivo normativo di cui, qui, la Corte si avvale, e della strategia cognitiva che attraverso esso si persegue.

Ad un tale “strumento”, infatti, il giudice costituzionale è in passato ricorso «per demolire la rigida assegnazione di valore agli interessi concorrenti che il legislatore ha tracciato, per sostituirla con meccanismi flessibili, tali da consentire un bilanciamento da compiersi di volta in volta, caso per caso»<sup>32</sup>. La Corte, qui, evidenzia quello che, talvolta, può rivelarsi essere un limite della “tecnica della fattispecie”. Questo limite, precisamente, si presenta quando la soluzione del caso concreto, che al diritto si intende assegnare, richiede un supplemento di cognizione, di informazione, e cioè quando le “variabili” che occorre considerare ai fini della decisione non possono essere contenute nello schema astratto del “tipo di fatto”<sup>33</sup>.

Ma se così, sono proprio un tal procedere per “schemi astratti” e la “eccessiva semplificazione” che gli è propria ad essere smontati dalla sentenza in commento, che ad essi sostituisce un dispositivo normativo complesso, composto da «una regola *sulla competenza*»<sup>34</sup> e da un «criterio deontico»<sup>35</sup>. La delega, che è chiamata a sostituire la «graduatoria rigida degli interessi in gioco»<sup>36</sup> voluta dal legislatore, è fatta in favore dei soggetti che, più di tutti, operano a ridosso del caso concreto; e che, proprio per questa ragione, sono nella condizione di acquisire quelle ulteriori e necessarie informazioni dalle quali si intende far dipendere l’individuazione del “punto di equilibrio” fra gli interessi in gioco. A sua volta, però, la determinazione di un tale punto di equilibrio, e quindi del modo in cui, nella fattispecie concreta, devono stare insieme gli interessi concorrenti, non è lasciata al libero apprezzamento di un tale soggetto ed ai “saperi tecnici” di cui questi è depositario, ma è guidata da un criterio normativo. La Corte precisa, infatti, che «l’intervento demolitorio mantiene salvo il principio secondo cui le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario, secondo accertamenti demandati, nella fattispecie concreta, al medico»<sup>37</sup>. Dunque, vero è che il medico a partire dalle “più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche” deve valutare il quadro clinico della paziente e decidere, di volta in volta, il numero di embrioni da produrre e quello che, in seguito, dovrà destinare ad un unico impianto; ma è anche vero che nel compiere una tale scelta questi dovrà attenersi al criterio che già il legislatore del 2004 aveva fissato, e che aveva affidato alla locuzione “strettamente necessario”. Tale “stretta necessità”, quindi, commisura la discrezionalità che viene concessa all’obiettivo inderogabile di permettere «un serio tentativo di procreazione assistita, [al tempo stesso] riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto»<sup>38</sup>; e, per questa ragione, vincola il medico nella determinazione in concreto della “misura” del sacrificio che può richiedere ai soggetti ed alle esigenze che la PMA coinvolge.

Attraverso il meccanismo che si è provato a descrivere, dunque, il sistema giuridico attiva quella strategia “cognitiva”, che si rende necessaria quando la «non raggiungibile varietà del concreto»<sup>39</sup>, o la

<sup>32</sup> In merito si rinvia a R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 89 ss., ma anche 120 ss.

<sup>33</sup> M. BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996, 379 ss.

<sup>34</sup> R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 92.

<sup>35</sup> M. BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso*, cit., 382, che li definisce «dispositivi normativo-cognitivi».

<sup>36</sup> R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 91.

<sup>37</sup> Corte cost., 151/2009, punto 6.1 del *considerato in diritto*.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> Corte cost., 644/1988.

natura intrinsecamente evolutiva del fatto, non possono essere racchiuse entro lo schema astratto della fattispecie. Questa strategia – lo si ribadisce – non implica una rinuncia del sistema normativo alla sua funzione regolativa, né, tanto meno, sembra possa fondare una qualche “riserva” in favore della scienza, uno statuto, cioè, che renda “speciale” questo sapere, che lo comprenda come latore di un qualche “dover essere” al quale anche la legge è tenuta a piegarsi. I «limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali»<sup>40</sup> – per utilizzare la formula, forse non troppo felice, impiegata dalla Corte – non sembrano, per questa ragione, rinviare ad un criterio distinto da quello della “corrispondenza alla realtà”, che è, e non potrebbe che essere, condizione imprescindibile della razionalità intrinseca e della performatività stessa delle statuizioni legislative.

#### 4. L’argomento “scientifico” e l’autonomia del sistema normativo: la Corte, la fecondazione eterologa e il diritto “singolare” alla genitorialità genetica

Ben diverso è, invece, l’utilizzo che del “rinvio alla scienza” vien fatto nella seconda delle pronunce che si è scelto di considerare, la 162/2014, che sanziona l’illegittimità del divieto assoluto di fecondazione eterologa<sup>41</sup>.

Questa sentenza – come si proverà a mostrare – segna lo sfaldamento dei limiti entro i quali si era voluto contenere il ricorso alla PMA e, per ciò stesso, il definitivo superamento della *ratio* originaria della l. 40/2004. Ma ciò che qui preme soprattutto evidenziare è la funzione “retorica” che, nel complesso ragionare della Corte, assolve l’argomento scientifico: ad esso si ricorre, infatti, per imbrigliare il potere normativo del legislatore, escludendone ogni *vis* regolativa negli ambiti che rientrano, anche virtualmente, nel dominio della scienza<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> Corte cost., 151/2009, punto 6.1 del *considerato in diritto*.

<sup>41</sup> La pronuncia, ampiamente commentata, ha ricevuto apprezzamenti e critiche; senza pretesa di completezza si v. A. RUGGERI, *La Consulta apre all’eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al dialogo con la Corte edu (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)*, in [www.forumcostituzionale](http://www.forumcostituzionale), 14 giugno 2014; P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro “pilastro”: illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, *ivi*, 5 Marzo 2015; A. D’ALOIA, *Quel che resta della l. 40*, in *Rivista di BioDiritto*, 4, 2014, 1 ss; M. D’AMICO, *L’incostituzionalità del divieto assoluto della cd. fecondazione eterologa*, in *ivi*, 13 ss; S. AGOSTA, *L’anabasi (tra alterne fortune) della fecondazione eterologa a dieci anni dalla l. n. 40/2004*, in *ivi*, 89 ss.; I. RIVERA, *Quando il desiderio di avere un figlio diventa un diritto; il caso della l. 40/2004 e della sua (recente) incostituzionalità*, in *ivi*, 47 ss; G. D’AMICO, *La sentenza sulla fecondazione eterologa: il peccato di Ulisse*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2014; 663 ss.; L. VIOLINI, *La Corte e l’eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it) (Osservatorio costituzionale), Luglio 2014, 5 ss.; V. TIGANO, *La dichiarazione d’illegittimità del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i diritti del nascituro*, in [www.penalecontemporaneo](http://www.penalecontemporaneo), 13 giugno 2014; C. TRIPODINA, *Il “diritto” a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, cit., 79 ss; *Id.*, *Il “diritto al figlio” tramite fecondazione eterologa: la Corte decide di decidere*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2014, 2593 ss.; V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo*, in *Diritti fondamentali*, 15 Settembre 2014; C. CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*, in *Europa e Diritto privato*, 3, 2014, 117 ss.

<sup>42</sup> V. *infra*.



L'illegittimità che colpisce il divieto assoluto di PMA eterologa si prefigura sin dai passaggi iniziali della sentenza<sup>43</sup>, laddove si traccia la "topografia del conflitto"<sup>44</sup>, definendo gli interessi che si contendono la protezione del sistema giuridico. Ed infatti, dopo un formale omaggio alla discrezionalità del legislatore, la Corte indica nella scelta di divenire genitori e di formare una famiglia con figli l'«espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi [...] riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost.»<sup>45</sup>; una scelta che – si aggiunge – «concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali»<sup>46</sup>. Ma non è solo questo. Il divieto di fecondazione eterologa finirebbe con il riverberarsi su un altro fondamentale bene costituzionale, la salute, qui assunta nella duplice accezione di salute fisica e psichica. «È, infatti, certo – sostiene la Corte – che l'impossibilità di formare una famiglia insieme al proprio *partner*, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, possa incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia»<sup>47</sup>.

È, dunque, il *vulnus* arrecato a tali fondamentali diritti, e non giustificato dalla necessità di tutelare "valori" di eguale rilievo costituzionale, a motivare il giudizio della Corte. Il divieto assoluto di ricorrere alla fecondazione eterologa è dichiarato "irrazionale", perché, in contrasto con la stessa *ratio legis*, nega la realizzazione del "diritto a realizzare la genitorialità" proprio alle coppie affette dalle patologie più gravi<sup>48</sup>. Si tratta – tiene a specificare il giudice costituzionale – di una "irrazionalità secondo le regole del discorso pratico", «in quanto le rispettive fattispecie, pur diverse, sono ragionevolmente analoghe»<sup>49</sup>. In altre parole, una volta assunto come punto di vista prospettico "il diritto a realizzare la

<sup>43</sup> L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, cit., 5.

<sup>44</sup> R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 62 ss.

<sup>45</sup> Corte cost., 162/2014, punto 6 del *considerato in diritto*.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> Corte cost., 162/2014, punto 7 del *considerato in diritto*.

<sup>48</sup> La Corte avrebbe, così, superato – anche a giudizio di parte della dottrina (Cfr. P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, cit.; M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della cd. fecondazione eterologa*, cit.; S. AGOSTA, *L'anabasi (tra alterne fortune) della fecondazione eterologa a dieci anni dalla l. n. 40/2004*, cit. Su posizioni diverse, C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, cit., 79 ss.) – quella che – *prima facie* – sarebbe potuta sembrare un'irriducibile contraddizione della disciplina italiana in materia di PMA: la l. 40/04 si proponeva di risolvere i "problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana", ma, vietando il ricorso alla fecondazione eterologa, finiva con l'escludere dal "diritto al figlio" proprio le coppie affette da forme irreversibili di sterilità.

Dall'argomentare della Corte e dalle conclusioni cui essa perviene può, tuttavia, dissentirsi. La prescrittività così ascrivita alle finalità dichiarate dalla legge sembra, infatti, contraddire un fondamentale canone ermeneutico, che prescrive che le dichiarazioni di principio (solitamente enunciate nel preambolo della legge) valgano solo nella misura in cui trovano positivo riscontro nell'insieme delle regole che compongono la trama del testo normativo. Peraltro, un tale canone appare ribadito nella stessa disposizione normativa (art. 1, comma 1, l. 40/04), dove, enunciati i fini generali della legge, viene precisato che il ricorso alla PMA è consentito «alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge». Condizioni e modalità – lo si ripete – che indicano nei principi della *imitatio naturae* e dell'*autosufficienza procreativa della coppia* le fondamenta stesse della disciplina italiana in materia di fecondazione artificiale e che, di conseguenza, garantiscono "l'incoercibile diritto al figlio" solo alle coppie che possano ancora ambire ad una genitorialità genetica, bilaterale e reciproca.

<sup>49</sup> Corte cost., 162/2014, punto 13 del *considerato in diritto*. Ad un tal proposito v. anche A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 11 Giugno 2014.



genitorialità”, PMA omologa ed eterologa divengono sostanzialmente sovrapponibili, siccome entrambe strumenti utili alla realizzazione dell’incoercibile scelta di dar vita ad una famiglia con figli.

Un ultimo passaggio della complessa argomentazione della Corte merita di essere menzionato, anche se rispetto al *decisum* esso può sembrare del tutto inconferente. Il riferimento è a quella parte della motivazione in cui si ritorna sull’annosa questione dei rapporti fra legislatore e scienza e dove – quasi come fosse un mantra – si recita: «un intervento sul merito delle scelte terapeutiche [...] non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tener conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite [...], anche in riferimento all’accertamento dell’esistenza di una lesione del diritto alla salute psichica ed alla idoneità e strumentalità di una determinata tecnica a garantirne la tutela»<sup>50</sup>. Il richiamo alla “riserva di scienza” ed alla “regola aurea” della «autonomia e responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali»<sup>51</sup>, serve, dunque, a suggellare lo smantellamento del criterio dell’*autosufficienza procreativa della coppia*, tacciato di irrazionalità perché escluderebbe dalla “cura” proprio le coppie affette dalle patologie più gravi.

Il giudice costituzionale non si avvede, però, che questa cancellazione finisce con il retroagire sulla *ratio* stessa della legge mutandone radicalmente il segno: si ridetermina il “tipo di problema” che la disciplina sulla PMA era orientata a risolvere e muta, come si proverà a mostrare, anche la natura della soluzione che vi era predisposta.

L’equivoco da cui questa “riscrittura” della legge sembra originare è visibile sin dall’*incipit* del ragionamento della Corte, già nella parte motiva della sentenza in cui viene enunciata la portata dell’incoercibile diritto al figlio. Qui, infatti, il diritto a realizzare la genitorialità è inferito a partire dagli artt. 2, 3 e 31 Cost. e presenta, perciò, carattere fondamentale, generale e individuale: esso – si chiarisce – concerne la «sfera più intima ed intangibile della persona umana»<sup>52</sup> e può essere limitato solo per tutelare altri valori costituzionali.

Ora, se può, forse, dubitarsi del fondamento costituzionale del “diritto al figlio”<sup>53</sup> così come viene enunciato nella sentenza, è inopinabile, però, che una tale aspettativa trovi protezione giuridica proprio nella l. 40/2004. Il problema è che l’ampiezza del “riparo” predisposto dalla legge in favore di un tale interesse è più ridotta rispetto a quella prospettata dalla Corte: le norme in cui è incarnata la *ratio legis*, e più esattamente i principi della *imitatio naturae* e della *autosufficienza procreativa della coppia*, mostrano, invero, di voler garantire solo le coppie, che possono ancora ambire ad una genitorialità biologica, bilaterale e reciproca. Dunque, ciò che la legge intendeva garantire non era tanto il generico e generale diritto al figlio cui si fa riferimento nella sentenza, ma la più circoscritta e specifica aspettativa di generare un figlio che posseda il patrimonio genetico di entrambi i genitori. In questo senso, e forse solo in questo, la PMA omologa può considerarsi “cura”, dal momento che consente il concepimento di un “figlio biologico” alla coppia che, in natura, incontra difficoltà a generarlo. Di contro, l’eli-

<sup>50</sup> Corte cost., 162/2014, punto 7 del *considerato in diritto*.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> Corte cost., 162/2014, punto 6 del *considerato in diritto*.

<sup>53</sup> C. TRIPODINA, *Il diritto a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, cit., 81 ss.

minazione del divieto assoluto di eterologa, che questa decisione sancisce, finisce con il tutelare il diritto della coppia, o meglio del coniuge ancora fertile, ad avere “comunque” un figlio. Che sembra, a dire il vero, una cosa “ragionevolmente” differente.

Né persuadono gli argomenti ai quali il giudice costituzionale affida il compito di fondare il *decisum*. Non convince, innanzitutto, la rappresentazione del divieto assoluto di PMA eterologa come una violazione del diritto alla salute, qui intesa come salute fisica e psichica, delle coppie affette dalle patologie più gravi. Per un verso, infatti, la fecondazione eterologa non può essere considerata una “terapia” in grado di porre rimedio ad una infertilità che sia assoluta, che impedisca, cioè, ad uno dei componenti della coppia di produrre i gameti necessari per la creazione *in vitro* di un embrione<sup>54</sup>: essa non rende fertile quello dei coniugi che non lo è e, di conseguenza, non permette di generare un figlio che posseda i geni della “coppia”. Semmai – se proprio lo si vuole – una tale “terapia”, nella misura in cui consente di by-passare l’incapacità di procreare del coniuge, potrebbe essere considerata “cura” solo nella prospettiva di chi può ancora ambire ad una genitorialità genetica<sup>55</sup>. Né, tanto meno, sembra corretto assumere la fecondazione eterologa come una “scelta terapeutica” adeguata alla grave sofferenza psichica patita dalla coppia assolutamente sterile: “cura” è il percorso (psicoterapico) che permette alla coppia di accettare la patologia che le impedisce di procreare, e non invece una “tecnica” che consente di realizzare, sempre e comunque, quel desiderio di genitorialità altrimenti destinato a rimanere frustrato<sup>56</sup>. Da ultimo, nemmeno convince il configurare come terapia un procedimento già accessibile in natura (ricorrere ad un altro *partner*), cui la scienza conferisce, al massimo, un anonimato più sicuro.

Se queste riflessioni sono corrette, ciò che in questo modo si finisce con il garantire – anche contro la *ratio* della l. 40/2004 – è l’aspettativa di avere *comunque* un figlio, anche quando il raggiungimento di quest’obiettivo imponga di ricorrere ad un donatore esterno alla coppia, anche se quel figlio non potrà mai ereditare il patrimonio genetico di entrambi i coniugi. Ma la Corte ha una risposta per tutto. E così, le fattispecie della PMA omologa ed eterologa, «pur diverse, sono ragionevolmente analoghe», prova ne è – ricorda il giudice costituzionale – che «il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerato

<sup>54</sup> Sembra vi sia un’insuperabile distanza fra fecondazione omologa ed eterologa: solo la prima rimuove “l’ostacolo” che impedisce alla coppia di procreare, permettendole di accedere ad una genitorialità pressoché sovrapponibile a quella naturale. La seconda, invece, aggirando la sterilità assoluta di uno dei due coniugi grazie all’intervento di un soggetto esterno (seppur nella forma anonima del donatore di gameti), si risolve nel superamento del modello di genitorialità voluto da legislatore. Un modello che – piaccia o non piaccia – rappresenta comunque l’esito del bilanciamento fra natura ed artificio su cui era costruita l’intera *ratio legis*, e nel quale l’impiego delle tecniche di PMA era da considerarsi legittimo alla sola condizione che rimanesse vincolato alla realizzazione di una genitorialità “duale” e “genetica”.

<sup>55</sup> Non è, perciò, detto che la PMA eterologa possa essere considerata cura per chi, all’interno della coppia, non prenda parte alcuna al processo procreativo. Al contrario, può semmai sorgere il dubbio che una tale sostituzione rappresenti un potenziale *vulnus* per la salute – qui intesa come fisica e psichica – del *partner* che si veda soppiantato dal “donatore anonimo”.

<sup>56</sup> V. C. TRIPODINA, *Il diritto a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, cit., 82 ss., alle cui riflessioni si rinvia.

dall'ordinamento giuridico»<sup>57</sup>. Non sembra, però, che la Corte si sia soffermata, più di tanto, a ragionare sull'istituto dell'adozione e sulla sua idoneità a realizzare, al pari della fecondazione eterologa, una genitorialità "indipendente dal dato genetico"; e questo, nonostante nella sentenza si ricordi il *favor* dell'ordinamento nei confronti di un tale istituto e, soprattutto, nonostante un timido riferimento ad esso sia fatto anche nella l. 40/2004.

All'indomani di questa decisione l'impianto originario della disciplina in materia di PMA e, più in generale, del complessivo sistema della filiazione appare integralmente ridefinito<sup>58</sup> e, proprio per effetto di una tale ridefinizione, attraversato da incoerenze che si mostrano di difficile composizione.

Innanzitutto – preme preliminarmente osservare – a trovare "riparo" nell'accesso alla PMA di tipo eterologo è solo l'aspettativa di chi, all'interno della coppia, può ancora produrre i gameti necessari alla creazione di un embrione: il *partner*, infatti, realizzerà una genitorialità scissa da ogni legame "di sangue" e, per questa ragione, in tutto e per tutto sovrapponibile a quella garantita dall'istituto dell'adozione. Dunque, ciò che la Corte finisce con il garantire, di certo al di là delle sue stesse intenzioni, è una *genitorialità singolare*<sup>59</sup>: un diritto, cioè, che ha nell'individuo "accompagnato" il solo titolare, e che, perciò, parrebbe stridere con le chiare indicazioni contenute nell'art. 5 l. 40/2004 e nell'art. 6 l. 184/1983, che, invece, riconoscono nella "coppia" l'unico soggetto legittimato ad esercitare "il diritto a realizzare la genitorialità".

Non solo. Quale che sia il pregiudizio politico-ideologico che ha preso forma nella l. 40/2004 e quale che sia l'idea che di essa può coltivarci, non pare, comunque, possibile revocare in dubbio che la lettura congiunta di una tale disciplina (naturalmente depurata da incoerenze e "bruttature"<sup>60</sup>) e della legge sull'adozione faccia emergere un sistema della filiazione retto da un'inevitabile razionalità interna. L'accesso alla genitorialità è consentito solo alle coppie etero e che presentino anche specifici requisiti d'età<sup>61</sup>. A partire da quest'elemento comune, però, il sistema normativo istituiva due percorsi paralleli, entrambi utili alla realizzazione della scelta, incoercibile, di formare una famiglia con figli: tramite il ricorso alla PMA, laddove possibile, si accedeva ad una genitorialità genetica; l'adozione consentiva

<sup>57</sup> Corte cost., 162/2014, punto 6 del *considerato in diritto*.

<sup>58</sup> L'allentamento delle maglie della l. 40/2004 è, qui, operato in spregio al bilanciamento fra artificio e natura voluto dal legislatore (almeno per come vi era implementato nelle disposizioni che componevano la trama originaria della legge, v. meglio nota 48). A trovare conferma nella decisione della Corte è solo l'idea che aveva animato (e anima, almeno sulla "carta") l'intera disciplina della PMA e, più in generale, il sistema della filiazione: la procreazione è – e deve restare – appannaggio esclusivo della "famiglia naturale": quella composta da un uomo e da una donna.

<sup>59</sup> Ed è una *genitorialità singolare* che, oltre a riscrivere il principio che indica nella "coppia" il soggetto titolare del diritto di formare una famiglia con figli, realizza un'inevitabile violazione del principio di eguaglianza: il coniuge che, per superare la sterilità della moglie, debba ricorrere alla surrogazione di maternità continua ad essere escluso dall'incoercibile diritto al figlio. E ciò sebbene anche in questo caso possa ritenersi, con la Corte, che le due tecniche procreative "pur diverse, sono ragionevolmente analoghe", siccome entrambe strumenti terapeutici in grado di risolvere i problemi di sterilità assoluta (di uno dei membri) della coppia e di lenire le gravi sofferenze psichiche che il non poter avere figli determina.

<sup>60</sup> Così, giustamente, M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., 458.

<sup>61</sup> Mentre la l. 40/2004 richiede che i membri della coppia siano maggiorenni e "in età potenzialmente fertile", la l. 184/1983, in materia di adozioni, prescrive, invece, all'art. 6, comma 2, "l'età degli adottanti deve superare di almeno diciotto e di non più di quarant'anni l'età dell'adottando".

comunque di formare una famiglia con figli, ma in maniera indipendente dal dato genetico; una famiglia – giova ricordarlo – che riceve eguale protezione da parte dell’ordinamento giuridico.

Questa, magari non condivisa, razionalità finisce, però, con il deflagrare per effetto della pronuncia in esame e dell’apertura che vi è realizzata in favore di una scienza nel cui “dominio” «non si può procedere a colpi di maggioranza»<sup>62</sup>.

A dire il vero, sembra proprio questo il solo significato ascrivibile ai passaggi che il giudice costituzionale dedica ai rapporti fra “conoscenze scientifiche” e “valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore”. Il rinvio alla scienza ed al ruolo che le sue conquiste svolgono nella tutela del diritto alla salute non è, qui, utilizzato per mostrare l’errore di valutazione in cui sia incorso il legislatore, come, invece, si era fatto nella sentenza 151/2009: ad essere svelata non è, come pure si è detto<sup>63</sup>, l’irragionevolezza scientifica del divieto di fecondazione eterologa. Tramite tale espediente argomentativo, piuttosto, la Corte si esonera dall’approfondire la reale portata del “diritto a realizzare la genitorialità” garantito dalla l. 40/2004 e dal sistema della filiazione che essa concorrevva a disegnare. E poco rileva la *excusatio*<sup>64</sup> che segue alla ridefinizione del concetto di salute ed al ruolo salvifico che, nel garantirla, svolgerebbero le acquisizioni scientifiche ed il medico che ne è il custode. La sensazione – ed è una sensazione difficile da rimuovere – è che la Corte abbia camuffato da “diritto alla salute” il desiderio di avere comunque un figlio e la frustrazione che dall’impossibilità di realizzarlo inevitabilmente discende. Di modo che, la massima ricavabile da questa sentenza può, forse, essere rappresentata nei termini che seguono: se la scienza dice che si può fare, allora si deve anche fare<sup>65</sup>! Solo che in forza di un tale principio potrebbe sembrare difficile non considerare razionale, nei termini della “ragion pratica”, che questo diritto alla genitorialità possa spettare anche a chi non sta in coppia ma è *single* o a chi, pur stando in coppia, non si può giovare dell’eterologa ma deve ricorrere ad un altro procedimento che la scienza ha pure reso disponibile.

Il rinvio alla scienza diviene, così, lo strumento attraverso il quale si suggella la parziale rideterminazione del bilanciamento fra natura e artificio voluto dal legislatore: la rimozione del divieto assoluto di

<sup>62</sup> C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in [www.confronticostituzionali.eu](http://www.confronticostituzionali.eu), 17 Giugno 2014; S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico. Spunti dalla sentenza n. 162 del 20214 della Corte costituzionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 16 Giugno 2014.

<sup>63</sup> C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, cit., 2.

<sup>64</sup> La Corte, infatti, scrive (punto 7 del *considerato in diritto*): «Non si tratta di soggettivizzare la salute, né di assecondare il desiderio di autocompiacimento dei componenti di una coppia, piegando la tecnica a fini consumistici, bensì di tener conto che la nozione di patologia, anche psichica, la sua incidenza sul diritto alla salute e l’esistenza di pratiche idonee a tutelarla vanno accertate alla luce delle valutazioni riservate alla scienza medica».

<sup>65</sup> E d’altronde la Corte esplicitamente chiarisce che la libertà fondamentale e generale di autodeterminarsi e di decidere di formare una famiglia con figli non può essere limitata se non per proteggere “valori” di eguale peso costituzionale. Ma ciò, forse, significa che, al di fuori di una tale ipotesi, non si dà alcuno spazio per una valutazione discrezionale del Parlamento e della società che vi è rappresentata, che, dunque, a quest’ultima non è data la possibilità di esprimere un proprio giudizio in ordine all’utilizzo di pratiche mediche che non possono definirsi propriamente “curative”. Negli ambiti che costituiscono oggetto della scienza – potrebbe, quindi, concludersi – la società intera, ed il Parlamento che ne è il custode, devono abdicare in favore di “istituzioni ed organismi” tecnici, sacerdoti insostituibili del sapere scientifico e dei suoi misteri. Ad un tal proposito si rinvia alle riflessioni di C. TRIPODINA, *Il diritto a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, cit., 83 ss.

eterologa finisce con l'intaccare il principio dell'*autosufficienza procreativa della coppia*, ma non quello della *imitatio naturae*. L'intervento della Corte, quindi, mentre preserva il pre-giudizio che anima la l. 40/2004, mantenendo saldo il nesso che lega la filiazione alle sole "coppie tradizionali", amplia le "possibilità procreative" concesse a queste ultime. Il problema è che questa riscrittura della l. 40/2004 e la conseguente estensione della protezione garantita alla "famiglia naturale" sono perseguiti attraverso l'uso di un linguaggio e di una dogmatica – quella dei diritti fondamentali della persona umana – che appaiono virtualmente insuscettibili di confini e limiti. L'enunciazione di una libertà individuale che ha ad oggetto la scelta incoercibile di divenire genitori sarà, così, la breccia dalla quale muoverà l'assedio alla l. 40/2004 ed all'ideologia che vi è custodita. Ed è un'enunciazione che stride con la disciplina restrittiva che ancora regola l'accesso alle tecniche di procreazione artificiale e che, perciò, appare foderata di irriducibili incongruenze e – com'era inevitabile che fosse – del moltiplicarsi dei conflitti. E sono conflitti che, spesso, accedono a criteriolutivi differenti e che, proprio per questa ragione, sembrano introdurre nel sistema ulteriori incoerenze: che si riverberano tanto nel diverso trattamento riservato agli aspiranti genitori, tanto nell'irragionevole discriminazione di cui finiscono per essere oggetto i bambini nati grazie a tecniche procreative ancora vietate in Italia<sup>66</sup>.

## 5. Natura e scienza nella PMA: ragionando di giudizi e pregiudizi

### 5.1. Atto primo: i genitori

Sui frammenti della l. 40/2004 e sull'enunciazione del "diritto a realizzare la genitorialità", che – lo si ricorda – ha ora carattere "fondamentale" e "generale", si innestano i tentativi di aggirare i limiti che il ricorso alla PMA ancora incontra. All'indomani della sentenza 162/2014, infatti, l'accesso ad una tale "terapia" rimane precluso a tutte le coppie *same sex*, dal momento che rimangono ben saldi i requisiti soggettivi fissati all'art. 5 della l. 40/2004<sup>67</sup>, ed alle coppie eterosessuali che, per procreare, si trovano costrette a ricorrere alla Gestazione Per Altri (di seguito GPA o surrogazione di maternità).

Ma la breccia è oramai aperta. Sono numerosi i paesi nei quali le coppie omosessuali sono legittimate a ricorrere alla fecondazione eterologa, e nei quali, pure, la surrogazione di maternità è consentita e disciplinata o, più semplicemente, non è espressamente vietata. Il percorso che conduce alla realizzazione della "scelta, incoercibile, di dar vita ad una famiglia con figli"<sup>68</sup> spinge, perciò, a superare i confini nazionali. Ed è un viaggio costoso, che, però, non necessariamente si conclude, al ritorno, con l'acquisizione di una genitorialità giuridicamente piena, che sia cioè insignita del crisma della legittimità. Il riconoscimento del rapporto che lega la coppia al bambino nato all'estero da pratiche procreative vietate in Italia, e che è attestato dal certificato di nascita dello stato in cui il concepimento ed il parto sono avvenuti, deve, infatti, superare la barriera dell'ordine pubblico internazionale. Ed è proprio qui che l'unica strada, quella che aveva portato a varcare i confini nazionali, si frammenta in un'infinità di

<sup>66</sup> Dunque, figli di coppie *same sex* di genere femminile (concepiti ricorrendo alla fecondazione eterologa) e bambini che siano nati dal ricorso alla surrogazione di maternità.

<sup>67</sup> Che – lo si ricorda – richiede anche che i membri della coppia siano maggiorenni, in età potenzialmente fertile ed entrambi viventi.

<sup>68</sup> In tali termini – lo si ricorda – si esprimeva la Corte costituzionale nel 2014 (162/2014, punto 6 del *considerato in diritto*).

sentieri: ogni vicenda dà corpo ad una “topografia del conflitto” singolare, ed accede, proprio per questa ragione, ad una conclusione differente.

Venire a capo di quest'intricata rete di “mappe”, diritti e giudizi è pressoché impossibile; tuttavia, per provare ad orientarsi, può essere utile isolare, almeno in via teorica, due diversi “punti di vista” a partire dai quali guardare alle controversie che qui si considerano. Infatti, nonostante tali conflitti si mostrino, nella realtà, inevitabilmente sovrapposti, dal momento che, tutti, attengono alla legittima costituzione di un rapporto di filiazione; ad essi, tuttavia, è sempre possibile guardare muovendo da un duplice, e distinto, ordine di prospettive: quello riferibile al mondo adulto, che agisce per la rivendicazione ed il riconoscimento del “diritto alla realizzazione della genitorialità”, e quello che, invece, può ricondursi al bambino il cui interesse è indicato nell'acquisizione dello *status* di figlio legittimo e nelle garanzie che ne discendono.

Al di là della perfetta simmetria che necessariamente connota gli interessi di genitori e figli, tali “punti di vista” rivelano “tipi di problema” profondamente diversi, che, proprio per questa ragione, può sembrare sollecitino soluzioni altrettanto differenti. Infatti, mentre in un caso – quando si assuma, cioè, la prospettiva del “mondo adulto” e del diritto alla realizzazione di una genitorialità piena – la questione che si pone all'ordinamento attiene, esclusivamente, al trattamento da riservare a chi abbia scientemente operato per aggirare la legge italiana e, in seguito, chiede gli vengano riconosciute le “utilità” che da un tale comportamento “fraudolento” sono conseguite; nell'altro, invece, il sistema giuridico è chiamato a fornire una risposta ad un quesito profondamente distinto, perché riguarda lo *status* giuridico di un soggetto, il bambino appunto, che non può ritenersi responsabile di alcun illecito, ma che semmai è «mero portatore delle conseguenze del comportamento dei [...] genitori»<sup>69</sup>.

Ora, i conflitti che ricadono nella prima tipologia presentano natura variegata, così come irriducibili ad una *ratio* unitaria sono i criteri solutivi cui accedono.

La protezione che l'ordinamento riconosce all'aspettativa di realizzare una genitorialità piena finisce, infatti, con l'essere condizionata dalla “composizione” della coppia, dalla “terapia” cui essa abbia dovuto fare ricorso e, da ultimo, dal luogo in cui sia avvenuta la nascita del bambino (dalla circostanza, cioè, che essa segua le regole del diritto italiano o quelle dello stato in cui è avvenuto il ricorso alla fecondazione artificiale).

Di questi conflitti, delle loro “mappe” e delle soluzioni per essi predisposte, si proverà a dare una, seppur sommaria, rappresentazione, che evidenzi anche le incongruenze prodotte dall'impossibile tentativo di tenere insieme la portata generale del diritto al figlio enunciato dalla Corte e i criteri restrittivi che, invece, regolano l'accesso alla PMA.

A beneficiare della, seppur relativa, apertura alla fecondazione eterologa promossa dal giudice costituzionale sono le sole coppie *same sex* di genere femminile, dal momento che il filtro dell'ordine pubblico internazionale non impedisce che venga loro riconosciuto lo *status* di “genitrici” legittime del bambino nato all'estero da fecondazione eterologa<sup>70</sup>. Ed è un riconoscimento, questo, che, in linea di

<sup>69</sup> Così Corte cost., 494/2002, punto 6.1 *del considerato in diritto*.

<sup>70</sup> V. Corte cass., sez. civ., nn. 19599 del 2016 e 14878 del 2017, ma, ad un tal proposito, si leggano anche le riflessioni di G. FERRANDO, *I bambini, le loro mamme e gli strumenti del diritto*, in *Genlus*, 1, 2019, 4 ss.; U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 4, 2019, 738 ss.



massima, segue le regole della PMA di tipo eterologo, e che, perciò, appare del tutto indipendente dal dato genetico: «la diversità di sesso tra i genitori, pur caratterizzando le discipline interne che consentono l'accesso alle forme di filiazione diversa da quella naturale, non può costituire un principio di ordine pubblico non solo nel caso in cui sussiste un rapporto biologico con entrambe le donne, ma anche nel caso in cui, mancando un rapporto genetico, si applicherebbero alla costituzione del rapporto filiale i principi propri della fecondazione eterologa»<sup>71</sup>.

Si tratta, dunque, di una genitorialità “piena”, ma che è, e rimane, economicamente condizionata<sup>72</sup>, dal momento che – lo si ricorda – la sua realizzazione impone di affrontare i costi, non irrilevanti, che l'accessibilità solo in altri paesi di tali tecniche procreative inevitabilmente comporta.

Le regole della l. 40/2004, che disciplinano lo *status* del nato da fecondazione eterologa, però, troverebbero applicazione nei soli casi in cui il bambino sia nato all'estero e sia, perciò, provvisto di un certificato di nascita (redatto dallo stato in cui il concepimento ed il parto sono avvenuti) in grado di far breccia nell'ordine pubblico internazionale. Le cose si dispongono ben diversamente, invece, tutte le volte in cui il minore, pur concepito all'estero (in un paese in cui la fecondazione eterologa è aperta alle coppie omosessuali), sia nato in Italia. In questo caso, infatti, solo la donna che ha partorito il bambino verrà riconosciuta come legittima genitrice; mentre non troverà un'analogha protezione l'interesse della madre sociale, che, dunque, intrattiene con il bambino un rapporto esclusivamente affettivo<sup>73</sup>. Ma vi è di più. Una recente decisione della Corte di cassazione<sup>74</sup> ha anche escluso che il nostro ordinamento permetta di riconoscere il legame che unisce la madre genetica (il cui ovulo è stato fecondato *in vitro* con i gameti di un donatore anonimo) al figlio partorito dalla compagna: «la circostanza che a fondamento della domanda di rettificazione sia stata posta l'esistenza di un legame genetico fra il nato e la donna sentimentalmente legata a colei che ha sostenuto il parto [...] non cambia la sostanza delle cose. Non è invero decisiva in vista di una soluzione diversa, perché – spiega la Corte di cassazione – non è in grado di incidere sull'essenziale rilievo secondo cui la legge nazionale si contiene nel senso che è una sola la persona che può essere menzionata come madre in un atto di nascita». Il dato incontrovertibile del legame genetico che unisce il nato da PMA eterologa alla madre “d'ovulo” viene, così, relegato nell'ambito del giuridicamente irrilevante. E non è solo che quest'asserita irrilevanza appare stridere con quella “riserva di scienza” nel cui nome era stato demolito il divieto assoluto

<sup>71</sup> U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, cit., 739.

<sup>72</sup> Corte cost. 221/2019.

<sup>73</sup> Un tale rapporto, che all'ordinamento giuridico si presenta come esclusivamente affettivo, è destinato a trovare protezione nella sola forma dell'adozione in casi particolari. È, questa, una tipologia di adozione destinata ad operare in presenza di presupposti determinati (art. 44. l. 184/1983), e che si caratterizza per la produzione di effetti più limitati. Essa, infatti, non interrompe i rapporti dell'adottato con la famiglia d'origine e, soprattutto, limita la costituzione del rapporto parentale alla sola persona dell'adottante (v. G. FERRANDO, *L'adozione in casi particolari nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in *Le corti fiorentine*, 3, 3, 2016, 51 ss.; A. CORDIANO, *Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive*, in [www.comparazioneDirittocivile.it](http://www.comparazioneDirittocivile.it), Novembre 2012, 9 ss.; B. POLISENO, *La funzione sociale dell'adozione in casi particolari tra coppie di fatto e persone singole: un giusto incentivo per il legislatore*, in *Questione Giustizia*, 2, 2019, 101 ss.). Sulla sentenza 79/2022 della Corte costituzionale, che ha rimodulato questa forma di adozione, rendendola, di fatto, sovrapponibile all'adozione legittimante v. *infra* § 6.

<sup>74</sup> Corte cass., sez. civ., n. 6383/2022.



di eterologa; ma è, anche e soprattutto, che essa si mostra difficilmente conciliabile con il principio dello *ius sanguinis*, che conforma ancora l'intera disciplina civilistica della filiazione.

Quelle che si sono appena enunciate non sono, però, le sole diseguaglianze che incrinano la coerenza del sistema normativo all'indomani, e per effetto, della sentenza 162/2014. L'analisi del trattamento riservato alle coppie che, per procreare, devono necessariamente ricorrere alla surrogazione di maternità sembra rimandare l'immagine di una disciplina retta da principi, oramai, irriducibili ad una *ratio* unitaria.

Il necessario ricorso a questa tecnica procreativa (la GPA, cioè) – lo si ricorda – accomuna le coppie omosessuali di genere maschile e quelle eterosessuali che scontano il limite dell'eventuale isterectomia subita dalla donna. Entrambe (queste coppie) vedono la loro aspettativa di realizzare una genitorialità piena e legittima infrangersi contro la barriera che l'ordine pubblico internazionale oppone loro: una tale barriera – ricorda la Corte di cassazione<sup>75</sup> – assolve alla funzione di proteggere la “coerenza interna”<sup>76</sup> dell'ordine nazionale da norme e provvedimenti stranieri che potrebbero minarla. Ed è proprio per questa ragione – si legge ancora nel dispositivo della sentenza – che il «divieto di surrogazione di maternità risultante dall'art. 12, comma sesto, della legge n. 40 del 2004 [...] è certamente di ordine pubblico, come suggerisce già la previsione della sanzione penale, posta di regola a presidio di beni fondamentali».

Ciò non significa, però, che l'aspettativa di divenire genitori non riceva, in questi casi, alcuna tutela giuridica: chi intrattiene con il figlio un “legame di sangue” si vedrà riconosciuto lo *status* di “padre” legittimo; chi, invece, non possa opporre una tale discendenza potrà usufruire di strumenti legali che consentono comunque la costituzione di un legame giuridico con il bambino e che presentano la forma dell'adozione in casi particolari (art. 44, comma 1, lett. d) l. 184/1983). Si tratta di un “rimedio” diverso da quello previsto all'art. 8 l. 40/2004 – come ricordano la Corte di cassazione e lo stesso giudice costituzionale<sup>77</sup> – ma che sanzionerebbe comunque la rilevanza giuridica del rapporto affettivo che lega il genitore sociale al bambino surrogato<sup>78</sup>.

La soluzione cui l'ordinamento finisce con l'accedere appare, così, connotata dal riconoscimento di una genitorialità non più riferibile al “soggetto coppia”, ma individuale e differenziata: essa tutela il legame

<sup>75</sup> Corte Cass., SS.UU, n. 12193 del 2019.

<sup>76</sup> Vi sarebbe, però, da chiedersi quale sia la “coerenza” cui le Sezioni unite si riferiscono, dal momento che già solo il trattamento riservato alle coppie *same sex* che abbiano fatto ricorso all'estero alla fecondazione eterologa rimanda ad una molteplicità di principi solutivi inconciliabili e, per ciò stesso, forieri di incongruenze e diseguaglianze.

<sup>77</sup> Corte cost., 272/2017, punto 4.3 del *considerato in diritto*.

<sup>78</sup> Non vi è dubbio che la tutela garantita all'aspettativa di divenire genitori risulti condizionata anche dal peso che, nella risoluzione di questi conflitti, è assegnato al *best interest* del bambino. Ciò che qui si vuole rappresentare, però, sono i diversi gradi di protezione accordati al diritto, definito fondamentale e generale, di formare una famiglia con figli. Una tutela variabile, quella riconosciuta ad una tale “scelta incoercibile”, che ormai sembra aver reciso anche il nesso che, da sempre, ancorava la genitorialità allo *ius sanguinis*: il legame genetico che unisce la “madre d'ovulo” al nato da eterologa non determina, per ciò stesso, la costituzione del rapporto di filiazione.

del singolo genitore con il figlio e distingue “gradi” di protezione la cui intensità è definita dalle regole dello *ius sanguinis*<sup>79</sup>.

Ma se così, le diverse mappe i cui tratti, seppur sommariamente, si è provato a delineare restituiscono l’immagine di una disciplina – quel che resta della l. 40/2004 – che si mostra segnata da profonde asimmetrie. L’inclusione nel fondamentale e generale – perché erano questi gli aggettivi utilizzati dalla Corte nel 2014 – “diritto a realizzare la genitorialità” finisce con l’essere garantita anche alle coppie omosessuali di genere femminile “espatriate”, che possano anche esibire l’atto di nascita attestante la doppia maternità rilasciato dallo stato straniero; di contro, l’eterosessualità non è sempre condizione sufficiente perché la scelta “di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli” trovi protezione giuridica: questa è, e rimane, un’aspettativa destinata ad essere delusa quando implichi il necessario ricorso alla surrogazione di maternità, e dunque quando richieda l’intervento di un soggetto estraneo alla coppia, che non funga da mero donatore anonimo di gameti.

Né, in un tal quadro, pare avere una qualche importanza quel diritto alla salute “psico-fisica” cui il giudice costituzionale affidava, almeno in parte, la motivazione dell’irragionevolezza del divieto assoluto di fecondazione eterologa. Interrogata sulla legittimità dell’art. 5 della l. 40/2004<sup>80</sup>, che ancora esclude le coppie omosessuali dall’accesso alla PMA eterologa, la Corte risponde che: «la tutela 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». Né, tanto meno, sembra rilevare la circostanza che la GPA sia “cura” per l’isterectomia negli stessi ed identici termini in cui la fecondazione eterologa può esserlo per chi, all’interno della coppia, sia assolutamente sterile o infertile<sup>81</sup>. In soccorso degli esclusi non arrivano, questa volta, la “riserva di scienza” ed il richiamo al rispetto della “competenza” e “responsabilità” del medico, che, sulla base delle proprie conoscenze, dia un *nomen* alle sofferenze da cui è affetta la coppia e proponga una terapia adeguata.

Le aspettative delle coppie ancora escluse dall’incoercibile diritto a realizzare la propria genitorialità sono destinate a scontrarsi con le formule dietro le quali la Corte costituzionale si trincerava: la discrezionalità del legislatore, designato, qui, quale solo interprete della volontà collettiva, ed i “valori” fondamentali che il divieto di surrogazione proteggerebbe, e che vengono indicati nell’interesse pubblico alla verità (che ha ad oggetto la procreazione del minore) e nella dignità della donna. Ora, non è di certo questa la sede nella quale è possibile affrontare un’analisi, che si prefigura lunga e complessa, di tali argomenti e dell’uso che di essi la Corte fa, e tuttavia può sembrare opportuno aggiungere qualche

<sup>79</sup> Dunque, sembra che anche la pena sia asimmetricamente divisa all’interno della coppia: essa si attenuerebbe fin quasi a scomparire in presenza di un legame genetico con il bambino nato da GPA; ma questa clemenza non sembra estendersi al *partner* che non ha preso parte alla procreazione, anche quando il suo mancato coinvolgimento sia causato da una grave patologia e dalla sterilità assoluta che ne è conseguita.

<sup>80</sup> Corte cost., 221/2019, punto 10 del *considerato in diritto*. Ad un tal proposito si leggano i rilievi critici contenuti nelle note di C. TRIPODINA, *Contrórdine: la determinazione di avere un figlio (se delle coppie omosessuali) non è “incoercibile”*. La Corte costituzionale allo specchio della fecondazione eterologa, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 5, 2019, 2062 ss.; A. COSSIRI, *Coppie omosessuali e divieto di assistenza medica al concepimento*, in *ivi*, 2633; su posizioni diverse, M. MANETTI, *La decostituzionalizzazione del paradigma eterosessuale nella genitorialità da PMA*, in *ivi*, 2613 ss.

<sup>81</sup> V. A. PISU, *Salute procreativa e gestazione per altri. Gli effetti avversi del divieto di maternità surrogata*, in *Rivista di BioDiritto*, 2, 2022, 10 ss.

breve considerazione. Innanzitutto, preme osservare che, nel 2014, il giudice costituzionale invitava il Parlamento alla prudenza nelle materie “scientificamente sensibili”, nelle quali – si è pure scritto – «non si può procedere a colpi di maggioranza»<sup>82</sup>; ed ancora, può rilevarsi che l’interesse pubblico alla verità sui fatti che attengono alla procreazione non ha avuto alcun peso quando si era trattato di garantire l’accesso alla PMA eterologa alle coppie eterosessuali.

Più complesso e difficile si presenta, invece, il ragionamento quando si provino ad affrontare le questioni che il richiamo alla dignità umana solleva. 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<sup>83</sup>, 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<sup>84</sup>: 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<sup>85</sup>.

Da ultimo, l’intricata rete di “mappe” e diritti edificata sulle macerie della l. 40/2004 sembra sollecitare ancora due riflessioni, che attengono, la prima, ai criteri che finiscono con il regolare l’inclusione-esclusione nel/dal “diritto al figlio”, la seconda, invece, all’utilizzo che la Corte fa dell’argomento scientifico. Sotto il primo profilo, può, invero, segnalarsi che il diritto, fondamentale e personale, a realizzare la propria genitorialità rimane, per alcune “coppie”, economicamente condizionato, perché richiede che si sopportino i costi necessari per sottoporsi alla PMA nei paesi esteri che lo consentono. Ed è, questo, «un ingiustificato diverso trattamento [...], in base alla capacità economica delle stesse (coppie) che – si scriveva nel 2014 – assurge intollerabilmente a requisito di esercizio di un diritto fondamentale»<sup>86</sup>;

<sup>82</sup> C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, cit., 2.

<sup>83</sup> Cfr. 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, 136 ss. Critico verso quest’utilizzo del concetto di dignità umana, R. BIN, *Tecniche procreative, ordine pubblico e interesse del minore. Conclusioni*, in *Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, 145 ss.

<sup>84</sup> Ad un tal proposito si v. A. G. GRASSO, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Torino, 2022, 99 ss.

<sup>85</sup> Questa diversa considerazione della dignità umana potrebbe modificare, e profondamente, la topografia del conflitto sottesa al divieto di surrogazione: la logica del dono consentirebbe di escludere la rilevanza penale della condotta di chi, a qualsiasi titolo, prenda parte agli accordi di surrogazione. Si amplierebbero, così, le categorie di soggetti ammessi a godere del diritto alla genitorialità e gli effetti di quest’apertura finirebbero con il riverberarsi anche in capo al figlio, finalmente emancipato dalle colpe dei padri (anche se continuerebbero ad essere escluse dall’accesso a questa tecnica procreativa le coppie omosessuali di genere maschile, con le criticità sul piano del principio di uguaglianza che si possono immaginare).

<sup>86</sup> Così si leggeva in Corte cost., 162/2014, punto 13 del *considerato in diritto*.

ma che diviene, invece, accettabile quando sia riferito alle coppie omosessuali di genere femminile cui è vietato il ricorso all'eterologa (gratuitamente) in Italia: «il solo fatto che un divieto possa essere eluso recandosi all'estero – motiva il giudice costituzionale solo cinque anni dopo<sup>87</sup> – non può costituire una valida ragione per dubitare della sua conformità a Costituzione».

Ma non è solo questo. Ciò che questa descrizione sembra anche mettere in evidenza è che l'accesso alla genitorialità va transitando, sempre più, da quel soggetto plurale, che, almeno formalmente, si indica nella "coppia", ad un soggetto *singolare*, e più esattamente a quello dei due genitori che possa ancora produrre i gameti necessari per la creazione *in vitro* dell'embrione: così è, senza alcuna eccezione, nei casi in cui si ricorra alla fecondazione eterologa, sia da parte di coppie omosessuali che eterosessuali, e così è, pure, quando si ricorra alla surrogazione di maternità.

Si giunge, in tal modo, al secondo ed ultimo profilo, e più esattamente alle riflessioni che attengono alla "riserva di scienza" ed alla funzione che essa ha assolto nell'argomentare della Corte.

Come questo breve *excursus* sulle alterne vicende della l. 40/2004 ha mostrato, lo spazio riservato alla scienza ed ai dati che essa fornisce si mostra delimitato da confini "mobili", che lo separano dall'ambito, speculare, nel quale il legislatore democratico, quale solo legittimo interprete della coscienza collettiva, è sovrano. Ovviamente, la delimitazione concreta di tali "domini" e dei "paletti" che li circoscrivono sembra dipendere – come pure è stato scritto<sup>88</sup> – dal grado di certezza che accompagna le conoscenze scientifiche; e tuttavia, ciò che la progressiva opera di demolizione della legge sulla PMA sembra mettere in evidenza è anche altro.

Talvolta, invero, il criterio che motiva la determinazione del confine deputato a separare diritto e scienza si presenta indecifrabile. Ed una tale inaccessibilità si manifesta, e chiaramente, quando si proceda alla lettura "allo specchio"<sup>89</sup> delle due sentenze "gemelle" sulla fecondazione eterologa: laddove motivano l'inclusione delle coppie eterosessuali nel diritto di usufruire di una tale tecnica procreativa e l'esclusione di quelle *same sex* di genere femminile dalla stessa. Nella prima delle due decisioni, quella del 2014, la Corte ricordava che «ogni intervento sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica»<sup>90</sup>. Questo passaggio – lo si ricorda – permetteva di attribuire alla sofferenza psico-fisica della coppia eterosessuale esclusa dalla PMA eterologa la qualifica di "patologia" e di ribadire, perciò, la regola aurea della competenza del medico nell'individuare e prospettare la terapia più adeguata. Peccato però che, nel 2019, quando il medesimo argomento viene riproposto per motivare l'illegittimità della norma che ancora esclude le coppie omosessuali dalla fecondazione eterologa, la scienza ed i suoi *nomina* retrocedono per lasciare spazio alla discrezionalità della politica. Nell'argomentare della Corte, l'infertilità della coppia *same sex* è "ontologicamente"<sup>91</sup> distinta da quella delle coppie eterosessuali. Ma il fatto è che questa "ontologica differenza" è qui assunta a ragione di un ribaltamento della diagnosi di prima: la sofferenza psichica, che discende dall'impossibilità di aver figli, degrada da patologia, che esige tutela costituzionale ex art. 32 Cost., a mera "aspirazione soggettiva" della quale lo Stato non è tenuto a

<sup>87</sup> Corte cost., 221/2019, punto 14 del *considerato in diritto*.

<sup>88</sup> P. VERONESI, *La scienza secondo la Costituzione italiana (e le sue applicazioni)*, cit., 171 ss;

<sup>89</sup> C. TRIPODINA, *Contrordine: la determinazione di avere un figlio (se delle coppie omosessuali) non è "incoercibile"*, cit., 2062 ss.

<sup>90</sup> Corte cost., 162/2014, punto 7 del *considerato in diritto*.

<sup>91</sup> Corte cost., 221/2019, punto 12 del *considerato in diritto*.

farsi carico: l'argomento ontologico, così, esautora la scienza da ogni competenza ad accertare «l'esistenza di una lesione del diritto alla salute psichica ed alla idoneità e strumentalità di una tecnica a garantirne la tutela»<sup>92</sup>. La scelta di ammettere le coppie omosessuali alla PMA eterologa richiede l'intervento del legislatore – si legge nel dispositivo della sentenza – dal momento che solo tale soggetto istituzionale può legittimamente rappresentare il «grado di accettazione del fenomeno della cosiddetta “omogenitorialità” nell'ambito della comunità sociale»<sup>93</sup>. Il che può anche essere, ma, a voler rispettare la scienza, non autorizza a mutare una diagnosi da “patologia psichica” a “smania solipsistica”. L'impressione è, allora, che il rinvio alla scienza possa essere motivato, invece che dalla generale necessità di garantire la corretta lettura delle acquisizioni scientifiche da parte del legislatore<sup>94</sup>, da un “giudizio” che, forse, precede e condiziona l'interpretazione stessa della l. 40/2004 e dei principi costituzionali. Un pre-giudizio, questo, che guarda con favore al desiderio della coppia eterosessuale di formare una famiglia con figli, anche quando la sua realizzazione passi attraverso la PMA eterologa; ma che, invece, tollera appena la medesima aspirazione quando sia riferita alle coppie omosessuali di genere femminile, le quali, infatti, possono realizzarla solo a condizione di superare i confini nazionali, costringendo, poi, l'ordinamento a “riparare” ciò che non può più essere cambiato. Ed è, questa, una “tolleranza” che muta in rifiuto quando l'aspirazione alla genitorialità sia coltivata da una coppia omosessuale di genere maschile, a misura che essa (tale aspirazione, cioè) mette in discussione l'insostituibilità stessa della figura materna, e prefigura, come possibile, la formazione di famiglie composte solo da padri e figli.

Ora, in questa sede non è in discussione la legittimità di tali convinzioni: ciò di cui si dubita, piuttosto, è che esse possano avere una qualche attinenza con la scienza e con le regolarità che essa evidenzia. Ma se così, il procedere ideologico che spesso, talvolta non a torto, si rimprovera al legislatore rischia, qui, di celarsi dietro il richiamo alla scienza ed agli ambiti che le sarebbero riservati: un procedere ideologico camuffato da “conoscenze scientifiche e sperimentali”, che decide il “giusto” grado di protezione da accordare agli interessi individuali, e che ne amplia o restringe l'estensione in funzione del “giudizio” che prima si è dato del soggetto e delle sue aspirazioni; un pre-giudizio, dunque, destinato a rimaner celato, ma che rappresenta un grave *vulnus* al fondamentale principio di eguaglianza ed a quella coerenza interna dell'ordinamento giuridico che il giudice costituzionale dovrebbe garantire.

## 5.2. Atto secondo. Figli e figliastri

Si giunge, così, alla seconda “prospettiva” a partire dalla quale tali controversie si prestano ad essere considerate, che si è indicata nella posizione del bambino nato all'estero da pratiche procreative ancora vietate in Italia. L'assunzione di questo “punto di vista” – lo si ricorda – implica anche un mutamento del “tipo di problema” che all'ordinamento si prospetta, e perciò può richiedere che si interpellino norme e principi, almeno in parte, distinti da quelli che puniscono la condotta dei genitori.

Il problema è, però, che questa necessaria separazione di piani non sempre è stata operata, di modo che all'interrogazione che riguardava lo *status filiationis* del bambino si è, di frequente, risposto con le norme che sanzionano le “colpe” dei genitori.

<sup>92</sup> Corte cost., 162/2014, punto 7 del *considerato in diritto*.

<sup>93</sup> Corte cost., 221/2019, punto 13.1 del *considerato in diritto*.

<sup>94</sup> V. *supra*.

Nonostante questa grave forma di “strabismo”, e l’ottica distorta che ne è conseguita, i figli delle coppie omosessuali di genere femminile “espatriate” (naturalmente nati all’estero da fecondazione eterologa) arrivano ad ottenere il crisma della legittimità. La compatibilità con l’ordine pubblico internazionale degli atti di nascita che attestano una doppia maternità è motivata a partire dalla minor gravità ascritta alla condotta delle due genitrici, responsabili di aver violato un divieto, quello contenuto nell’art. 5, l. 40/2004, presidiato da una sanzione solo amministrativa. Nella soluzione di tali conflitti non sembra abbia avuto un ruolo determinante la circostanza che la l. 40/2004, all’art. 9, si fosse già premurata di disciplinare le conseguenze di un eventuale illegittimo ricorso alla PMA di tipo eterologo<sup>95</sup>. Ora, vero è che questa disposizione si riferisce, al pari di ogni altra contenuta nella l. 40/2004, ad una coppia tradizionale e perciò composta da un uomo e da una donna, ma è anche vero, però, che la sua *ratio* è, e rimane, di innegabile evidenza. Essa esclude che l’illecito commesso dai genitori possa ripercuotersi in capo al bambino, mettendone in forse lo *status* di figlio legittimo: il coniuge o il convivente che abbiano dato il consenso alla fecondazione eterologa non possono esercitare l’azione di disconoscimento della paternità (art. 235, comma 1, nn. 2 e 3, c.c.) o le impugnazioni previste all’art. 263 c.c. Il *favor minoris* determina l’affievolimento del *favor veritatis*, e la validità dell’atto di nascita, che pur certifica una “falsa” maternità/paternità, non può più esser messa in discussione.

A questa soluzione interpretativa, cui sarebbe stato facile giungere se solo ci si fosse interrogati sulla *ratio* della disposizione, si è arrivati invece al termine di un percorso tortuoso e dopo aver pagato il necessario dazio all’ordine pubblico internazionale. Ma soprattutto – ed è ciò che qui preme evidenziare – non tutti i “figli” di due madri possono beneficiare dell’applicazione del principio regolativo inferibile a partire dall’art. 9 della l. 40/2004: ne sono esclusi i bambini che, concepiti all’estero tramite PMA eterologa, siano nati in territorio italiano. Anche in questo caso, l’ottica distorta a partire dalla quale si è interrogata la l. 40/2004 ha determinato il limitare l’attenzione sulla disposizione deputata a regolare il comportamento del mondo adulto (i requisiti soggettivi di accesso alla PMA) e la pretermissione di quella che, invece, si preoccupa di disciplinare lo *status filiationis* del nato da fecondazione eterologa: solo il rapporto che lega il figlio alla madre partoriente verrà riconosciuto dall’ordinamento giuridico; quello che, invece, lo unisce alla seconda madre, foss’anche la madre “d’ovulo” (e dunque genetica), è destinato a godere di una protezione affievolita<sup>96</sup>, che assume, ad oggi, la forma dell’adozione in casi particolari<sup>97</sup>.

Ancor più complessa si presenta la “messa a fuoco” del “tipo di problema” al quale occorre fornire una soluzione quando si guardi ai bambini nati all’estero da GPA. Ed una tale maggiore complessità pare motivata da un duplice ordine di ragioni: innanzitutto, la natura penale della sanzione che accompagna

<sup>95</sup> Fa, forse, eccezione la Corte di cassazione (sez. civ., n. 14878/2017) che, in effetti, rinvia ad una tale disposizione per motivare la legittima costituzione del rapporto di filiazione in capo a quella delle due madri priva di ogni legame genetico con il bambino nato da PMA eterologa. E tuttavia – preme comunque osservare – l’accesso alla tutela fornita dall’art. 9 l. 40/2004 rimane subordinato ad una questione, che evidentemente si ritiene pregiudiziale e che è indicata nella compatibilità del certificato di nascita del bambino con l’ordine pubblico internazionale.

<sup>96</sup> In realtà, l’istituto dell’adozione in casi particolari e la protezione che esso garantisce all’interesse del minore appaiono, ed anche considerevolmente, modificati dalla sentenza della Corte costituzionale 77/2022, ma sul punto vedi § 6.

<sup>97</sup> Corte cass., sez. civ., n. 6383/2022.



la violazione del divieto di surrogazione di maternità e, in secondo luogo, la circostanza che la l. 40/2004 nulla dispone in merito allo *status filiationis* del bambino che sia nato tramite una tale pratica procreativa. A causa di quest'omissione del legislatore si è, perciò, ritenuto che la sola norma in grado di risolvere le numerose questioni sollevate dagli atti di nascita dei "bambini surrogati" sia l'art. 12, comma 6, l. 40/2004, che punisce con la reclusione fino a due anni<sup>98</sup> «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza [...] la surrogazione di maternità». Ed è appunto questo il problema: la gravità della condotta ascrivibile agli aspiranti genitori ed il *vulnus* che essa arreca a beni giuridici che si assumono fondamentali.

L'attenzione finisce, così, con il transitare dalla questione iniziale, che atteneva al bambino ed al reperimento di una norma (o di un principio) dell'ordinamento interno che indicasse come qualificarne lo *status*, alla definizione dell'ordine pubblico internazionale e dei principi in cui esso, alla fine, si risolve. Ed è un interrogativo, quest'ultimo, che non riceve risposta unanime, dal momento che è possibile individuare almeno due distinte rappresentazioni di questa barriera e delle "maglie" di cui si compone. La prima di queste, che ha trovato conferma in una recente sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione<sup>99</sup>, assume che la compatibilità con l'ordine pubblico «dev'essere valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornitane dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria». In questa prospettiva, il divieto di surrogazione sarebbe «certamente di ordine pubblico», ponendo un veto insormontabile alla legittima costituzione del rapporto di filiazione fra il bambino nato da GPA ed i genitori colpevoli di aver aggirato la normativa nazionale. Più rarefatte si presentano le maglie dell'ordine pubblico internazionale quando, invece, si ponga attenzione alla sentenza della Corte di Cassazione 19599/2016. La più intensa partecipazione dei singoli stati alla comunità internazionale – spiega, in quest'occasione, il giudice di legittimità<sup>100</sup> – motiverebbe l'«allentamento del livello di guardia tradizionalmente opposto dall'ordinamento nazionale all'ingresso di norme, istituti giuridici e valori estranei». Di modo che – si prosegue – la ricostruzione dell'ordine pubblico internazionale dovrebbe muovere, esclusivamente, dai «principi fondamentali [...] ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato alla legislazione ordinaria». Dunque, non solo sarebbe lecito dubitare che il divieto di surrogazione<sup>101</sup> sia ammesso a comporre l'ordine pubblico, ma, soprattutto, questa barriera finirebbe con l'accogliere al suo interno anche la giurisprudenza della Corte EDU in materia di *best interest of child*. Muove, appunto, da quest'apertura la protezione, seppur parziale, che all'interesse del nato da GPA è stata, ad oggi, accordata, e che

<sup>98</sup> Oltre che con una multa che va da 600.000 a 1 milione di euro.

<sup>99</sup> Corte cass., SS. UU., 12193/2019, ma anche Corte cass., sez. civ., 24001/2014.

<sup>100</sup> Corte cass., sez. civ., 19599/2016.

<sup>101</sup> Che vi viene degradato a «mutevoli contenuti delle legislazioni vigenti nei singoli ordinamenti nazionali». In merito alle molteplici questioni che questa nozione "rarefatta" di ordine pubblico internazionale solleva si rinvia ai bei saggi di M. MANETTI, *Ordine pubblico internazionale e Costituzione. Prime note*, in *Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, 93 ss.; F. FERRARI, *Profili costituzionali dell'ordine pubblico internazionale. Su alcuni "passi indietro" della Corte di Cassazione in tema di PMA*, in *ivi*, 2, 2020, 169 ss.; C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico*, cit., 119 ss.; J. LONG, *Di madre non ce n'è una sola, ma di utero sì. Alcune riflessioni sul ruolo dell'ordine pubblico internazionale nelle fattispecie di surrogazione di maternità*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità*, cit., 145 ss.



gli ha consentito di ottenere lo *status* di figlio legittimo del solo genitore con il quale intrattiene un “legame di sangue”<sup>102</sup>.

Di un’analoga protezione non sembra, invece, beneficiare il rapporto di filiazione che unisce il bambino surrogato al genitore sociale, e che è attestato da un atto di nascita o da un provvedimento giudiziario rilasciato da uno stato straniero.

A determinare l’irricevibilità di tali atti – si è detto – sarebbero i beni giuridici presidiati dal divieto di surrogazione, che il giudice costituzionale individua nei termini che seguono: l’“interesse alla verità” che presenta natura pubblica «perché relativ[a]o 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»<sup>103</sup>; e il fine di scoraggiare il ricorso all’estero ad una pratica che «comporta[no] un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate»<sup>104</sup>. È, dunque, la necessità di bilanciare «gli interessi del bambino e la legittima finalità di disincentivare il ricorso a una pratica che l’ordinamento considera illegittima e anzi meritevole di sanzione penale»<sup>105</sup> a motivare le diverse soluzioni cui la Corte – nel tempo – perviene. E così, in un primo momento, questo “giudizio comparativo”, nel quale deve trovare spazio la «considerazione dell’elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità»<sup>106</sup>, conduce a ritenere che l’interesse del nato da GPA possa trovare adeguata protezione nell’istituto dell’adozione in casi particolari. Ma è, questa, una soluzione destinata ad essere presto superata. Interrogata sulla legittimità del diritto vivente cristallizzato nella sentenza 12193/2019 delle Sezioni unite, che esclude il riconoscimento del rapporto di filiazione fra genitore d’intenzione e bambino surrogato, la Corte finisce con l’affermare che: «il possibile ricorso all’adozione in casi particolari [...] costituisce una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma non ancora del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali»<sup>107</sup>. La soluzione che, in occasione della sentenza 33/2021, viene indicata al legislatore come auspicabile è, questa volta, «un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia accertata la corrispondenza agli interessi del bambino»<sup>108</sup>. Dunque, la predisposizione di una forma di adozione *ad*

<sup>102</sup> Il ricorso all’adozione in casi speciali è stato, invece, utilizzato per garantire protezione giuridica al rapporto meramente affettivo che unisce il nato da surrogazione al genitore “solo” sociale. Cfr. G. FERRANDO, *I bambini, le loro mamme e gli strumenti del diritto*, cit., 4 ss.; U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, cit., 739 ss.; A. SASSI S. STEFANELLI, *Nuovi modelli procreativi, diritto allo status e principi di ordine pubblico*, in *Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 377 ss.

<sup>103</sup> Corte cost., 272/2017, 4.1.1. del *considerato in diritto*. In merito al bilanciamento così realizzato dal giudice costituzionale si v. G. MARTUCCI, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all’interesse concreto del minore (Nota a sent. Corte cost. 18 dicembre 2017 n. 272)*, in [www.forumcostituzionale.com](http://www.forumcostituzionale.com), 15 Febbraio 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 [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 1, 2018, 149 ss.; 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 [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 9 Marzo 2018.

<sup>104</sup> Corte cost., 33/2021, punto 5.1 del *considerato in diritto*.

<sup>105</sup> Corte cost., 33/2021, punto 5.6 del *considerato in diritto*.

<sup>106</sup> Corte cost., 272/2017, punto 4.3 del *considerato in diritto*.

<sup>107</sup> Corte cost., 33/2021, punto 5.8 del *considerato in diritto*.

<sup>108</sup> Corte cost., 33/2021, punto 5.7 del *considerato in diritto*.

*hoc*, che, alla fine, “mimi” la trascrizione dei provvedimenti stranieri (che si erano definiti irricevibili), garantendo al minore, ed in tempi brevi, la certezza dello *status*.

Ora, al di là delle riserve che la soluzione individuata dal giudice costituzionale può, e legittimamente, suscitare<sup>109</sup>, quel che qui si intende provare a mettere in evidenza è altro.

A leggere con attenzione le decisioni della Corte in materia di *status* dei bambini surrogati può, infatti, sembrare ch’esse risentano di quel “vizio prospettico” cui prima si accennava: all’interrogazione che attiene al trattamento da riservare al nato da GPA si risponde con le norme che sanzionano la condotta del mondo adulto. Da qui la centralità assegnata al divieto di surrogazione ed il peso che gli è attribuito nel “giudizio comparativo” che lo vede contrapporsi al *best interest* del minore.

Il superamento di questo difetto di prospettiva e delle soluzioni interpretative cui ha condotto muove – e non potrebbe essere diversamente – dalla corretta definizione del “tipo di problema” che gli atti di nascita dei nati da surrogazione prospettano all’ordinamento giuridico. Ed è, questa, un’interrogazione che può rappresentarsi nei termini che seguono: quale trattamento riservare al bambino geneticamente legato ad uno solo dei genitori e che si trovi ad «essere involontariamente, con la propria stessa esistenza»<sup>110</sup>, prova dell’illecito da essi compiuto?

Procede 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: norme e principi che, nel caso in esame, possono indicarsi, con sufficiente sicurezza, nell’art. 9 della l. 40/2004 e nella sentenza della Corte costituzionale 494/2002.

La prima norma che occorre interpellare ai fini della costruzione della regola analogica è proprio l’art. 9 l. 40/2004. 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* e che, per la medesima ragione, dovrebbe motivare la ricevibilità del provvedimento straniero che attesta il rapporto di filiazione fra nato da GPA e genitore intenzionale. Il *favor minoris* dovrebbe, anche in questo caso, determinare l’affievolimento del *favor veritatis* e, per ciò stesso, assicurare la validità di un atto costituito a partire da una dichiarazione non veridica. Né, d’altro canto, può ritenersi vi siano elementi in grado di escludere l’applicabilità del principio così enunciato a casi analoghi, che presentino, cioè, una “topografia del conflitto” ed un “tipo di problema” qualificabili come simili<sup>111</sup>.

<sup>109</sup> Sul punto si rinvia al § 6.

<sup>110</sup> Corte cost., 494/2002, punto 6.1 del *considerato in diritto*.

<sup>111</sup> Non sembra vi sia ragione di escludere che la norma in esame possa essere estesa al bambino che, pur geneticamente legato ad uno solo dei genitori, aspiri ad essere riconosciuto come figlio legittimo di entrambi. 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. Su interesse del minore e “derivazione biologica” si v. le interessanti riflessioni di A. CORDIANO, *Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto)*, in *Rivista di BioDiritto*, 3 2021, 16 ss.

Essays

Questo ragionamento – si è obiettato – troverebbe un ostacolo insormontabile nella natura penale della sanzione che accompagna il divieto di surrogazione<sup>112</sup>, e che testimonierebbe l'elevato grado di disvalore che si è sempre attribuito ad una tale pratica procreativa.

Proprio quest'argomento, però, si presta ad essere confutato dal secondo dei riferimenti che completano il quadro analogico, ossia dalla sentenza 494/2002, che sanziona 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»<sup>113</sup>, precludendo loro l'acquisizione dello *status legitimitatis*.

Il senso della pronuncia della Corte e la sua attinenza alla questione della quale si discute appaiono di immediata evidenza. La sentenza sanziona, infatti, la radicale separazione fra le sfere giuridiche del minore e della coppia genitoriale, con l'obiettivo di conferire allo *status* del primo un'impermeabilità che possa garantirne il miglior interesse. Dunque, per quanto sia grave la colpa dei genitori ed il *vulnus* che essi hanno arrecato a beni giuridici assunti come fondamentali, l'adozione di misure sanzionatorie non può coinvolgere «soggetti totalmente privi di responsabilità [...] – come sono i figli di genitori incestuosi, meri portatori delle conseguenze del comportamento dei loro genitori». D'altronde, la portata generale di un tale principio, e quindi la sua “esuberanza/eccedenza” rispetto al caso che ne aveva motivato l'enunciazione, appaiono inequivocabili quando si presti attenzione alle affermazioni che costellano il dispositivo della sentenza. Vi si legge, infatti, che la disciplina codicistica realizza «una *capitis deminutio* perpetua e irrimediabile, come conseguenza oggettiva di comportamenti di terzi soggetti»<sup>114</sup>. Non solo. L'interesse del bambino a vedersi riconosciuto lo *status legitimitatis* viene, qui, elevato a diritto fondamentale «riconducibile all'art. 2 della Costituzione, e a[de]l principio costituzionale di uguaglianza, come pari dignità sociale di tutti i cittadini e come divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali»<sup>115</sup>.

Ma se così, il trattamento che – a seguire le indicazioni del giudice costituzionale – verrebbe riservato ai soli nati da surrogazione di maternità realizzerebbe proprio quella violazione del principio di eguaglianza che aveva motivato l'illegittimità della disciplina codicistica. La diversa “via” che questi figli si troverebbero a percorrere, quand'anche il legislatore – come si è auspicato – dovesse seguire le indicazioni della Corte, varrebbe, infatti, a marcarne, seppur solo simbolicamente<sup>116</sup>, la diversità: li additerebbe come portatori di una colpa talmente grave da non poter essere cancellata, una colpa indelebile che legittima, anche se in forma lievissima, la compressione di quello che, altrove, si era definito un diritto fondamentale allo *status*.

Asimmetrie ed incongruenze finiscono, così, con il definire la disciplina italiana in materia di filiazione: le questioni sollevate dagli atti di nascita dei bambini concepiti all'estero tramite il ricorso a forme di

<sup>112</sup> 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, *C'era una volta l'ordine pubblico*, cit., 132 ss.; F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore*, cit., 164 ss.; M. MANETTI, *L'ordine pubblico internazionale e la Costituzione*, cit., 99 ss.; F. FERRARI, *L'interesse del minore fra Protocollo 16 e discrezionalità del legislatore.*, cit., 127 ss.

<sup>113</sup> Corte cost., 494/2002.

<sup>114</sup> Corte cost., 494/2002, punto 5 del considerato in diritto.

<sup>115</sup> *Ibidem*.

<sup>116</sup> Ad un tal proposito si v. A. CORDIANO, *Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri*, cit., 23 ss.; G. BARCELLONA, *Sorvegliare gli adulti punendo i bambini*, in *Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, 68.

PMA ancora vietate in Italia finiscono con il trovare soluzioni profondamente differenti; ed è una diversità che non appare giustificata né dalla “topografia del conflitto” sottesa ai singoli casi concreti, né dal mutamento del tipo di problema che essi prospettano all’ordinamento.

È, dunque, questo il portato dell’utilizzo retorico dell’argomento scientifico e di quel “vizio prospettico”, che ha spinto ad interrogare le disposizioni che sanzionano le colpe dei genitori in luogo di quelle che disciplinano il trattamento da riservare ai figli: questioni simili accedono a criteriolutivi radicalmente diversi.

L’esito di questo processo sembra essere la progressiva erosione del sistema della filiazione: la *ratio* che ne costituiva il fondamento e ne garantiva la complessiva coerenza appare gradualmente soppiantata da *rationes* singolari ritagliate sul caso concreto, le quali, a loro volta, si mostrano foriere di ulteriori incongruenze e di problemi che richiedono l’elaborazione di un principio regolativo *ad hoc*. L’attenzione al caso ed alle esigenze di giustizia di cui è latore rischiano, così, di scardinare l’ordine delle norme, insediando, in suo luogo, la logica della contingenza.

## 6. La dittatura del caso concreto: dall’ordine al caos

Questa teoria di casi e giudizi conduce all’ultima delle decisioni del giudice costituzionale in materia di *status* dei nati da GPA; una sentenza – la n. 79 del 2022 – che sembra proporsi l’obiettivo di “resettare” il sistema, superando le ragioni che avevano indotto a concludere che il *best interest* dei bambini surrogati non trovasse adeguata protezione nell’istituto dell’adozione in casi particolari.

La questione sottoposta all’attenzione della Corte, più precisamente, ha ad oggetto l’art. 55, l. 184/1983, che, rinviando all’art. 300, comma 2, c.c., esclude che l’adozione in casi particolari induca la costituzione di un rapporto civile fra adottato e parenti dell’adottante. In forza di questo richiamo il nato da surrogazione<sup>117</sup> verrebbe privato di parte del proprio albero genealogico, finendo per essere escluso dalla sola comunità di affetti che abbia mai conosciuto.

Nell’ordinanza di rimessione questa disposizione, e l’esclusione che vi viene sanzionata, si assumono in contrasto con «il principio di parità di trattamento di tutti i figli, nati all’interno o fuori del matrimonio e adottivi, che trova la sua fonte costituzionale negli artt. 3 e 31 Cost. ed è stato inverato dalla riforma sulla filiazione (l. 219/2012) e dal rinnovato art. 74 c.c. che ha reso unico senza distinzioni il vincolo di parentela che scaturisce dagli *status* filiali»<sup>118</sup>. La norma – prosegue ancora il giudice *a quo* – violerebbe anche l’art. 117, comma 1, Cost. in riferimento all’art. 8 CEDU «in quanto impedisce al minore inserito nella famiglia costituita dall’unione civile di godere pienamente della sua “vita privata e familiare” intesa in senso ampio»<sup>119</sup>.

L’interrogazione rivolta al giudice costituzionale attiene, dunque, alla ragionevolezza di un tale “regime speciale”: gli si chiede, in altri termini, se la deroga che esso introduce al principio generale dell’unicità

<sup>117</sup> Non solo loro. Come ricorda la Corte cost. (32/2020), il ricorso all’adozione particolare è l’unico strumento attraverso il quale può trovare una qualche forma di protezione giuridica anche il rapporto fra la madre intenzionale ed il bambino che sia nato in Italia, ma concepito all’estero ricorrendo alla fecondazione eterologa.

<sup>118</sup> Corte cost., 79/2022.

<sup>119</sup> *Ibidem*.

degli *status* filiali possa trovare fondamento proprio nella peculiarità delle ipotesi previste all'art. 44, comma 1, l. 184/1983.

Nel rispondere alla *quaestio*, la Corte muove dalla ricostruzione della *ratio* originaria dell'istituto dell'adozione in casi particolari e, di seguito, dà conto della sua successiva evoluzione.

Le ipotesi eterogenee che hanno motivato il ricorso ad una forma di adozione distinta da quella cd. piena vengono, qui, ricondotte a due fondamentali *rationes*: «la prima – si legge nel dispositivo della sentenza<sup>120</sup>– consiste nel valorizzare l'effettività di un rapporto instauratosi con il minore», la seconda, invece, «risiede nella difficoltà o nella impossibilità per taluni minori di accedere all'adozione piena»<sup>121</sup>. La successiva evoluzione di quest'istituto e la sua conseguente applicazione ad ipotesi distinte da quelle per le quali era stato introdotto troverebbero ragione – spiega ancora la Corte – in alcuni suoi tratti peculiari: la circostanza che fra i presupposti applicativi non figuri l'accertamento dello stato di abbandono del minore ed il persistere dei legami fra quest'ultimo e la famiglia d'origine. Dunque, la valorizzazione dell'adozione in casi particolari muoverebbe proprio dalla “mitezza” che queste caratteristiche le conferirebbero; una mitezza che ne segna la profonda distanza dall'adozione legittimante e che, in alcuni casi, si è ritenuto offrisse una più adeguata protezione al *best interest* del bambino.

Il giudice costituzionale procede, quindi, all'individuazione di quelli che nel dispositivo della sentenza vengono definiti i “due nuovi itinerari interpretativi” dischiusi dalla giurisprudenza ordinaria, che nel tempo avrebbero determinato un vero e proprio “rovesciamento” dell'originaria raffigurazione dell'istituto. Estendendo in via ermeneutica l'ipotesi prevista all'art. 44, comma 1, lett. d) – e cioè la “constatata impossibilità di affidamento preadottivo” – si è, invero, fatto ricorso all'adozione in casi particolari in assenza di un abbandono in senso tecnico. Si è, così, utilizzato quest'istituto, la sua mitezza, per far fronte alla temporanea difficoltà dei genitori biologici nell'esercitare la responsabilità genitoriale, ma anche nei casi di cd. “semiabbandono permanente”, con l'obiettivo – come ricorda il giudice costituzionale – di sottrarre il bambino al destino del ricovero in istituto e del susseguirsi di affidamenti temporanei, preservandone, per quanto possibile, il rapporto con la famiglia d'origine. Più di recente, a questo primo percorso se ne è affiancato un secondo: l'adozione in casi particolari si è, infatti, rivelata uno strumento utile al fine di garantire protezione giuridica alla relazione affettiva che lega il minore al *partner* del genitore biologico, quando questi sia giuridicamente impossibilitato ad adottarlo. È proprio tale “secondo itinerario” che «interseca le questioni legate alla procreazione medicalmente assistita e al ricorso all'estero alla PMA e talora alla surrogazione di maternità»<sup>122</sup>. Ed è sempre questo “percorso” all'origine del caso che alimenta la *quaestio legitimitatis*; un caso che delimita la prospettiva a partire dalla quale il giudice costituzionale si interrogherà sulla ragionevolezza di un “regime speciale”, che – lo si ricorda – si compone anche dell'art. 55 l. 184/1983.

<sup>120</sup> A tale esigenza – si spiega (Corte cost., 79/2022, 5.1 del *considerato in diritto*) – risponderebbero «l'adozione del bambino, orfano di entrambi i genitori, da parte di persone a lui unite o “da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo” [...]. Si ascrive, inoltre, alla medesima *ratio* l'adozione del bambino da parte del “coniuge nel caso in cui il minore sia figlio del genitore anche adottivo dell'altro coniuge»

<sup>121</sup> «Vi rientrano – si legge – il caso dell'orfano di entrambi i genitori [...] “che presenta una menomazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione”, nonché l'ipotesi del minore non adottabile in ragione della “constatata impossibilità di affidamento preadottivo”».

<sup>122</sup> Corte cost., 79/2022, punto 5.2.3 del *considerato in diritto*.

È, dunque, la pressione esercitata dal caso concreto che induce la Corte ad «allargare lo sguardo dai meri presupposti di accesso all'adozione in casi particolari alla condizione giuridica del minore adottato in tali casi»<sup>123</sup>; che, in altri termini, la porta a confrontare il trattamento di cui è destinatario il nato da GPA con le norme del codice civile che definiscono lo *status* di figlio.

L'esito di questa comparazione è una pronuncia che sanziona la discriminazione di cui i bambini surrogati fatti oggetto di adozione speciale sarebbero vittime. La costruzione dell'unicità degli *status* filiali e l'appartenenza alla comunità familiare che ne consegue rispondono – spiega il giudice costituzionale<sup>124</sup> – ad «una logica improntata sulle responsabilità che discendono dalla filiazione e sull'esigenza di perseguire il miglior interesse del minore». Il figlio diviene parte di una rete di legami parentali e, per ciò stesso, titolare di un complesso di diritti/doveri, che appaiono preordinati non solo a tutelarne il miglior interesse, ma anche a costruirne l'identità. Cionondimeno – ragiona ancora la Corte – l'adottato in casi particolari, pur acquisendo lo *status* di figlio – come si evince dalle disposizioni che ne definiscono la relazione con l'adottante – si vede privato proprio di quei legami, e dunque dell'appartenenza (giuridica) a quella nuova rete di relazioni che il legislatore stesso aveva definito essenziali alla costruzione della sua identità. Di modo che – si conclude<sup>125</sup> – «irragionevolmente un profilo così rilevante per la crescita e la stabilità di un bambino viene regolato con la disciplina di un istituto, qual è l'adozione del maggiore d'età, plasmato su esigenze prettamente patrimoniali e successorie».

Né – si aggiunge – la discriminazione di cui sarebbero destinatari gli adottati in casi particolari può trovare ragione nella circostanza che questi mantengono i legami con la famiglia d'origine: «l'aggiunta di legami familiari [...] – si motiva<sup>126</sup> – non è che la naturale conseguenza di un tipo di adozione che può pronunciarsi anche in presenza di genitori biologici e che vede, dunque, il genitore adottivo, che esercita la responsabilità genitoriale, affiancarsi a quello biologico».

Il giudice costituzionale sembra, così, escludere che l'art. 55 della l. 184/83 possa trovare un qualche fondamento nei “casi particolari” che determinano l'accesso a questa forma di adozione. Al contrario – si legge ancora nella parte motiva della sentenza – sarebbe proprio la natura singolare delle situazioni per le quali un tale “regime speciale” era stato immaginato a richiedere un potenziamento delle tutele predisposte in favore del minore: «si tratta [...] di bambini o ragazzi per i quali la nuova rete di rapporti familiari non è certo un privilegio, quanto piuttosto costituisce, oltre che un consolidamento della tutela rispetto a situazioni peculiari e delicate, il doveroso riconoscimento giuridico di relazioni, che hanno una notevole incidenza sulla crescita e sulla formazione di tali minori»<sup>127</sup>. La declaratoria di incostituzionalità che colpisce l'art. 55 l. 184/1983 consentirebbe, così, di applicare anche all'adottato in casi particolari la disciplina codicistica che istituisce l'unicità degli *status* filiali, di modo da garantire al suo miglior interesse una piena protezione.

Questa pronuncia potrebbe, forse, sembrare ponga fine a quella sequela di casi e giudizi che si è tentato di rappresentare: si determina la rimozione del *discrimen* di cui erano stati vittime i nati da GPA

<sup>123</sup> *Ibidem*.

<sup>124</sup> Corte cost. 79/2022, punto 7.1.1 del *considerato in diritto*.

<sup>125</sup> Corte cost. 79/2022, punto 8.2 del *considerato in diritto*.

<sup>126</sup> Corte cost. 79/2022, punto 8.3 del *considerato in diritto*.

<sup>127</sup> *Ibidem*.



e, per ciò stesso, il superamento delle asimmetrie e delle incongruenze che avevano incrinato la complessiva coerenza del sistema.

Ora, non vi è dubbio che l'inclusione dell'adottato in casi particolari nella famiglia dell'adottante, il suo divenire parte di quei legami parentali destinati a plasmarne l'identità, rappresenti, ed in modo inequivocabile, un rafforzamento ed un'estensione della protezione offerta al suo "miglior interesse"<sup>128</sup>. Parimenti, non vi è dubbio che un tale "rafforzamento" determini il superamento di un'irragionevole discriminazione quando si assuma la prospettiva offerta dalla vicenda sottesa alla *quaestio legitimitatis*: una prospettiva dominata dal *best interest* di un bambino la cui nascita è parte di un progetto genitoriale condiviso dal futuro adottante, il quale, per realizzarlo, ha deciso di ricorrere, all'estero, alla surrogazione di maternità. È questo progetto a definire la condizione del nato da GPA: un figlio la cui nascita è frutto anche della scelta del genitore adottivo, che si è «liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità»<sup>129</sup>. Ma non sempre è così. Non sempre i bambini che trovano rifugio nell'adozione in casi particolari sono voluti e attesi, non sempre la loro nascita è la realizzazione di quella "scelta incoercibile di formare una famiglia con figli" cui aveva fatto riferimento la Corte. Proprio per questa ragione sarebbe, forse, stato opportuno provare a considerare il "regime speciale" voluto dal legislatore, ivi incluso il rinvio all'art. 300, comma 2, c.c., anche alla luce delle ipotesi contemplate, in particolare, alle lett. c) e d) dell'art. 44, comma 1 della l. 184/83: l'orfano di entrambi i genitori che presenti una menomazione fisica o psichica, che ne rende difficile l'inserimento in una famiglia, ed il minore che, in ragione dell'età o della storia personale, incontri un'analogha difficoltà.

Questi "casi particolari" sembrano prospettare all'ordinamento un problema, almeno parzialmente, distinto da quello sotteso alle vicende che attengono ai nati da GPA: i minori che si trovano nelle situazioni indicate dalla disposizione normativa chiedono, infatti, che si consideri e si protegga il loro interesse a trovare qualcuno che si prenda cura di loro. Ed è questo un problema che ha la sua soluzione in un regime normativo che deroga ai limiti ed alle rigidità che, invece, connotano l'adozione legittimante: l'adozione smette di essere una prerogativa della coppia, per essere consentita anche alle persone non coniugate; viene meno, anche se limitatamente ad alcune ipotesi specifiche (fra le quali figura quella recata alla lettera c), il requisito dell'età. Da ultimo, a completare la disciplina di questa forma di adozione speciale, un istituto, quello previsto all'art. 300, comma 2, c.c., che esclude la costituzione del legame parentale tra adottato e famiglia dell'adottante. Un'esclusione, questa, la cui *ratio* potrebbe divenire chiara quando si assumano, per un verso, l'interesse del minore che, in forza delle sue particolari condizioni, incontra difficoltà nel trovare qualcuno che lo accolga, per l'altro, invece, la natura altruistica della scelta di chi decide di assumersi questa responsabilità.

<sup>128</sup> Cfr. G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata*, in *Questione Giustizia*, 7 giugno 2022; N. CHIRICHALLO, *Adozione in casi particolari e unità dello stato filiale. La Consulta indica al legislatore l'agenda della riforma*, in *Famiglia*, 17 Maggio 2022; E. CRIVELLI, *La Corte costituzionale garantisce i rapporti di parentela a tutti i minori adottati: nota alla sentenza n. 79 del 2022*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), 5, 2022; M. C. CARBONE, *Famiglia e nuovi rapporti di parentela: la Corte traccia il sentiero per il riconoscimento giuridico della "famiglia sociale"*, in *Consulta online*, 3, 2022, 1155 ss.; M. C. ERRIGO, *Garantire le relazioni familiari. La decisione della Corte costituzionale n. 79/2022*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), 7 Giugno 2022.

<sup>129</sup> Corte cost., 347/1998, punto 3 del *considerato in diritto*.



Gli “effetti limitati” dell’adozione in casi particolari, infatti, sembrano proporsi l’obiettivo di rimuovere le possibili remore di chi si appresta a compiere quest’atto solidale: in assenza del rinvio all’art. 300, comma 2, c.c., la decisione di accogliere un minore difficile potrebbe essere frenata non soltanto dalla considerazione di interessi di “natura patrimoniale e successoria”, ma anche dalla valutazione delle responsabilità e degli oneri di cui si graverebbero i propri congiunti. Ma vi è di più. Questo “regime speciale” sembrerebbe coerente con la natura altruistica dell’adozione in casi particolari: un progetto adottivo che non risponde alla “scelta incoercibile di formare una famiglia con figli”, ma alla volontà di accogliere chi, in ragione delle sue singolari condizioni, abbia difficoltà ad inserirsi in una nuova famiglia; un atto solidale i cui effetti, perciò, non sembrerebbe il caso di estendere *ex lege* anche a chi non vi ha preso parte, a chi, ad es., potrebbe non condividere questa decisione o, più semplicemente, ritiene di non poterne portare il peso.

Queste riflessioni mostrano quanto possano essere distanti gli interessi riferibili, rispettivamente, ai nati da GPA ed ai bambini “difficili” ai quali l’adozione in casi particolari era, almeno in principio, destinata. Nel primo caso, infatti, a venire in considerazione è soltanto l’interesse ad uno *status legitimitatis* pieno, che sia, cioè, equiparabile a quello già attestato dal certificato di nascita (o dal provvedimento giudiziario) rilasciato dallo stato straniero in cui il concepimento ed il parto sono avvenuti; nel secondo, invece, a quest’interesse se ne aggiunge un altro, che può considerarsi precedente e prioritario: che l’atto di solidarietà da cui dipende l’inserimento del minore in una famiglia venga, per quanto possibile, facilitato. Con ciò non si intende negare quanto affermato dalla Corte, e cioè che anche per questi bambini «la nuova rete di rapporti familiari [...] costituisce un consolidamento della tutela»<sup>130</sup>, quanto osservare, piuttosto, che un tale “consolidamento” può porsi in potenziale contrasto con l’interesse a garantire loro una nuova collocazione familiare. Ciò che può rimproverarsi alla Corte è, perciò, di non aver correttamente ricostruito la “topografia del conflitto” sottesa al regime derogatorio dell’adozione speciale. Il giudice costituzionale, infatti, si è limitato a contrapporre all’interesse del minore ad uno *status* filiale pieno l’interesse patrimoniale dei congiunti dell’adottante<sup>131</sup>. E dunque non si è accorto che il conflitto risolto attraverso il rinvio all’art. 300, comma 2, c.c., rimaneva confinato alla sola sfera giuridica del minore (riguardando interessi, virtualmente antinomici, a lui riferibili); e che le “esigenze patrimoniali” della famiglia dell’adottante figuravano, in questo tracciato topografico, solo come possibili remore, un ostacolo al compimento della scelta altruistica dalla quale dipende l’inserimento del minore in una nuova famiglia.

Questa ricostruzione della “mappa del conflitto” può, forse, indurre a dissentire dalle conclusioni cui è approdato il giudice costituzionale e dalla declaratoria d’incostituzionalità che ridefinisce lo *status* dell’adottato in casi speciali. Gli effetti limitati che il legislatore aveva inteso ascrivere a questa forma di adozione speciale, infatti, parrebbero trovare una qualche giustificazione proprio nelle situazioni peculiari e delicate per le quali questa disciplina era stata immaginata; situazioni che richiedono si garantisca, primariamente, il diritto del “minore difficile” ad avere una famiglia, facilitando il compimento di un atto di generosità da parte dell’adottante.

<sup>130</sup> Corte cost., 79/2022, punto 8.3 del *considerato in diritto*.

<sup>131</sup> Corte cost., 79/2022, punto 8.2 del *considerato in diritto*, ove, infatti, si legge: «irragionevolmente un aspetto così rilevante per la crescita e la stabilità di un bambino viene regolato con la disciplina di un istituto, qual è l’adozione del maggiore d’età, plasmato su esigenze prettamente patrimoniali e successorie»

Se queste riflessioni sono corrette può, invero, dubitarsi che la pronuncia della Corte determini un rafforzamento ed un'estensione della protezione garantita al *best interest* di tali bambini: il loro inserimento in una famiglia potrebbe, adesso, essere ostacolato proprio dalla considerazione degli oneri e delle responsabilità di cui, alla morte dell'adottante, la famiglia di questo verrebbe inevitabilmente gravata; oneri e responsabilità che – non a caso – il legislatore aveva voluto rimanessero in capo a chi ha intrapreso il percorso adottivo, e dunque a chi ha deciso, per puro spirito di solidarietà, di accogliere ed accudire il minore.

Questa possibile comprensione della norma che costituisce l'oggetto della declaratoria di incostituzionalità sembra, invece, sia sfuggita al giudice costituzionale. La ragione di questa disattenzione può, forse, indicarsi nell'angolatura impressa alla *quaestio legitimitatis* dal caso concreto: l'irragionevolezza della norma che esclude la costituzione del legame parentale fra adottato e famiglia dell'adottante è, infatti, sanzionata muovendo, soprattutto, dalla valutazione del *best interest* del bambino surrogato. Per questi figli – si era detto – l'adozione in casi particolari «costituisce una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma non ancora del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali»<sup>132</sup>. Per questi figli, la rimozione della disposizione censurata determina, innegabilmente, l'estensione ed il rafforzamento della protezione loro garantita. Peccato, però, che il caso concreto, e dunque le vicende che attengono allo *status* di chi sia nato all'estero da forme di PMA ancora vietate in Italia, abbia impedito alla Corte di considerare, forse anche di vedere, il diverso interesse di quei minori difficili per i quali questa “adozione solidale” era stata pensata; “bambini sperduti” che, in ragione della storia personale o delle “particolari condizioni” in cui versano, hanno difficoltà nel trovare una nuova famiglia, e chiedono, perciò, di essere aiutati in questa ricerca, di modo da poter avere – anche loro – qualcuno che li accolga e ne abbia cura.

Questo, dunque, l'ultimo esempio di una pronuncia che, per essere ritagliata sulle attese di giustizia del caso concreto, rischia di scardinare una disciplina – quella dell'adozione in casi particolari – predisposta per offrire una soluzione ad un tipo di problema distinto da quello prospettato dalle vicende dei nati da GPA. Una sentenza, quella che, qui, si è provato a rappresentare, che ha il suo *incipit* nel “peccato originale” del giudice costituzionale: in quel pre-giudizio che lo ha portato a non considerare adeguatamente la *ratio* del sistema della filiazione (di cui la l. 40/2004 era parte), sanzionando, dapprima, l'illegittimità del divieto assoluto di eterologa e, in seguito, l'irricevibilità degli atti di nascita dei bambini surrogati.

La necessità di riparare a questo “peccato originale” e, contestualmente, di ripristinare il principio dell'unicità degli *status* filiali può, forse, sembrare sia alla base di questa decisione della Corte; una decisione che parrebbe dettata dalla volontà di porre rimedio alle incongruenze che segnavano – e continuano a segnare – il sistema della filiazione, ma che, fatalmente, finisce con il rimanere ancorata alla contingenza, divenendo così latrice di nuove irrazionalità.

<sup>132</sup> Corte cost., 33/2022, punto 5.8 del *considerato in diritto*.

## Sugli embrioni “sospesi”

Franca Meola\*

ON “SUSPENDED” EMBRYO

ABSTRACT: The paper, which starts from a survey of the legislative and jurisprudential factors that over time have contributed to fueling the use of cryopreservation of residual embryos following a treatment of PMA, questions the possible fate of these, proposing a diversification of use due to their continuing suitability for implantation for procreative purposes, or the presence in them of pathological conditions impeding this.

KEYWORDS: Cryopreservation; cryopreserved embryos; embryo donation; embryo adoption; embryo experimentation

ABSTRACT: Lo scritto, che prende le mosse da una ricognizione dei fattori legislativi e giurisprudenziali che nel tempo hanno concorso ad alimentare l’impiego della crioconservazione degli embrioni residuati in esito ad un trattamento di P.M.A., si interroga sul possibile destino di questi, proponendone una diversificazione d’impiego in ragione della loro perdurante idoneità all’impianto a fini procreativi, ovvero della presenza in essi di condizioni patologiche a ciò ostative.

PAROLE CHIAVE: Crioconservazione; embrioni crioconservati; donazione di embrioni; adozione di embrioni; sperimentazione su embrioni

SOMMARIO: 1. Sui “sospesi” e le diverse prospettive di indagine in cui tale aggettivazione proietta l’analisi sul destino degli embrioni crioconservati – 2. I fattori di carattere positivo che, nel tempo, hanno concorso ad alimentare l’impiego della crioconservazione – 3. Per una diversificazione, in ragione della *ratio*, della condizione degli embrioni ugualmente “sospesi” – 4. La sorte degli embrioni crioconservati tra “non idoneità” all’impianto e “scarto” – 5. Sul destino degli embrioni “non assolutamente idonei all’impianto”: tra problematiche contingenti ... – 5.1. ... e questioni prospettive – 5.2. *Segue*: sulle possibilità ed i limiti di una loro adozione – 5.3. *Segue*: sulla regolamentazione della donazione dei gameti – 5.4. *Segue*: dalla donazione dei gameti a quella degli embrioni – 6. Sul destino degli embrioni “scartati” – 6.1. *Segue*: su un loro possibile utilizzo a fini di ricerca e/o sperimentazione alla luce della giurisprudenza costituzionale – 6.2. *Segue*: sulla possibilità di destinare gli embrioni non più

---

\* Ricercatrice t.d., lett. a) di Istituzioni di diritto pubblico – Università degli Studi della Campania “L. Vanvitelli”. Mail: [franca.meola@libero.it](mailto:franca.meola@libero.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo. Questo saggio riproduce, con integrazioni e aggiornamenti, la relazione sul tema: *L’embrione sospeso. Aspetti giuridici, tenuta nel corso del 5° Congresso Nazionale della S.I.R.U. (Società Italiana della Riproduzione Umana), Come, quando e perché: la presa in carico della coppia infertile. Dalla scienza alla persona, svoltosi a Rimini il 26-28 Maggio 2022.*

impiantabili alla ricerca scientifica ed alla sperimentazione in forza del dettato normativo di cui alla l. n. 10/2020 – 7. Dal “poema dantesco” alla “vulgata partenopea”: qualche considerazione di sintesi.

A coloro che  
«essendo stati intenzionalmente chiamati alla vita,  
dovrebbero morire senza essere mai nati»<sup>1</sup>  
e a quelli che, al contrario, sono comunque  
«destinati a  
non essere portati a nascita»<sup>2</sup>

### 1. Sui “sospesi” e le diverse prospettive di indagine in cui tale aggettivazione proietta l’analisi sul destino degli embrioni crioconservati

**P**iù recentemente impiegata<sup>3</sup> per riaccendere una discussione di ormai risalente datazione<sup>4</sup>, l’aggettivazione che qualifica come “sospesi” quegli embrioni che, formati in esito ad un trattamento di P.M.A., non vengono infine trasferiti in utero, e restano perciò “crioconservati” *sine die*, non è solo assai diversa da quella terminologia che più comunemente li definisce “abbandonati” “avanzati”, ma anche “sovranumerari”, ovvero “residuali”. Piuttosto, a differenza delle espressioni

<sup>1</sup> L’espressione è utilizzata dal COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *L’adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A.)*, Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l’informazione e l’editoria, 18 novembre 2005, 3.

<sup>2</sup> L’espressione è tratta dal COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Destino degli embrioni derivanti da PMA e non più impiantabili*, Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l’informazione e l’editoria, 26 ottobre 2007, 3.

<sup>3</sup> In effetti, riferita agli embrioni, l’espressione “sospesi” è stata utilizzata nel corso del predetto Congresso per dare il titolo sia alla sessione dei lavori del Precongresso a cura del GIS “Sicurezza e Qualità”, *L’embrione “sospeso”. Gestione e analisi del rischio*, sia ad alcune relazioni tenute nello svolgimento dei predetti lavori, e precisamente: *L’embrione sospeso. Aspetti burocratici dei Centri di PMA*, di A. ALLEGRA; *L’embrione sospeso. Aspetti clinici*, di A. MARINO; *L’embrione sospeso. Aspetti giuridici*, di F. MEOLA; *L’embrione sospeso: Aspetti comparativi*, di S. PENASA; *L’embrione sospeso: Aspetti embriologici*, di M. IACCARINO.

<sup>4</sup> Il tema oggetto del presente contributo, ossia il “destino” degli embrioni crioconservati, è sempre stato oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina. Già anni prima del varo della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (“Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”, in G.U. n. 45 del 24.02.2004), in ragione del largo impiego delle diverse tecniche di P.M.A. e del numero sempre crescente di embrioni crioconservati in quanto non impiantati in utero (su cui vedi *infra*), di tale *vexata quaestio* discutevano M. ACIERNO, *Il potere di disposizione sugli embrioni prima dell’impianto*, in *Questione giustizia*, 3, 1999, 463 ss.; E. PALMERINI, *La sorte degli embrioni in vitro: in assenza di regole, il ricorso ai principi*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2, 1, 1999, 225 ss.; ed E. SGRECCIA, *Nei congelatori, embrioni o ovuli?*, in *Medicina e morale*, 3, 2001, 439 ss. All’indomani poi dell’intervento legislativo del 2004, e delle problematiche che, sotto tale profilo, ha fin da subito posto l’atto normativo in questione (su cui vedi *infra*), esso è stato particolarmente attenzionato da A. CONTI, P. DELBON, F. POLICINO, *La sperimentazione sugli embrioni umani: linee di tendenza etico-giuridiche in Europa*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 3, 2005, 549 ss.; Z. SEREBROVSKA, M.L. DI PIETRO, A. BOMPIANI, *Fecondazione artificiale e crioconservazione degli embrioni*, in *Medicina e Morale*, 2006, 13 ss.; F. MANTOVANI, *Embrioni crioconservati: quale futuro?*, in *Iustitia*, 3, 1, 2013, 191 ss. Più di recente, però, la riflessione sul tema e con essa la ricerca di possibili soluzioni al problema del destino degli embrioni crioconservati hanno subito una forte accelerazione per effetto di taluni interventi della Corte costituzionale, e delle successive deroghe da questa apposte al divieto assoluto di crioconservazione di cui all’art. 14, co. 1, legge n. 40/2004 (su cui vedi *infra*).

appena ricordate, quella utilizzata anche qui allo scopo di delineare il tema oggetto della riflessione cui ci si appresta, pare chiaramente prestarsi ad offrire spunti utili non soltanto ad intendere la condizione in cui tali embrioni attualmente versano, ma anche a definirne per il futuro il destino. Quasi naturalmente, infatti, riferita agli embrioni non impiantati, l'espressione *de qua*, nel fotografarne la peculiare situazione di “stasi” in cui ad oggi sono ancora relegati per effetto di un articolato normativo dai vuoti in questo senso assolutamente rilevanti, pare suggerire un accostamento lessicale in grado di proiettare la questione concernente il loro destino verso un possibile superamento di quella condizione di sospensione in cui ad ora sono costretti.

Nel linguaggio partenopeo, in effetti, l'espressione *de qua*, che richiama un'ormai risalente usanza sociale della tradizione napoletana, quella del “caffè sospeso”, in cui un avventore di un bar paga un caffè espresso a beneficio di uno sconosciuto che potrà usufruirne, a sua insaputa, nel corso della giornata, rimanda ad un chiaro atto di liberalità, e dunque ad un'attribuzione a favore di altro soggetto, compiuta spontaneamente e per puro spirito di generosità, senza quindi essere obbligato e senza conseguire alcun corrispettivo. Sicché, in questa sua accezione di significato, riferita agli embrioni di cui ci si sta occupando, la formula “sospesi” pare sollecitare una soluzione della loro condizione nel segno di un'apertura all'applicazione in ambito dell'istituto della “donazione”, quale presupposto utile, ed anzi propriamente necessario, ad una loro adozione.

Tuttavia, è indubbio che, adoperato quale aggettivo sostantivato, il termine “sospesi” rimanda pure ad altra espressione, forse ancor più nota della prima, il cui significato però è diametralmente opposto a quello di cui sin qui si è detto. Esso, infatti, riporta alla mente il verso “color che son sospesi” di dantesca memoria, in questo senso alludendo alla sorte di quanti sono destinati per l'eternità a un “duol senza martiri” per una colpa che non fu scelta personale<sup>5</sup>. Impiegata in questi termini, allora, l'espressione *de qua* finisce chiaramente per inibire la ricerca di qualsiasi strada utile a trarre gli embrioni non impiantati fuori da quella condizione di stagnazione in cui attualmente si trovano, cristallizzandone lo stato, e costringendoli perciò in un vero e proprio limbo in cui lo stato immobile ed immutabile in cui sono è destinato a protrarsi per un tempo indefinito.

La diversità dei significati riconducibili al concetto in esame (che sarebbe più corretto intendere come opposti), e con essa l'alterità delle prospettive in cui esso proietta l'indagine spingono allora ad interrogarsi sulle possibilità ed i limiti di un qualche impiego, tra quelli qui delineati, degli embrioni *de quibus* che, già alla luce del contesto normativo e giurisprudenziale attuale, possa sottrarli a quel fatale *exitus*, incerto nel *quando* ma drammaticamente certo nell'*an*, a cui, naturalmente, sembrano destinati. E ciò a partire da una ricostruzione dei fattori di carattere positivo che, nel tempo, hanno concorso ad alimentare l'impiego della crioconservazione, quale tecnica finalizzata a preservare la vitalità degli embrioni non impiantati, e perciò stesso a problematicizzare le conseguenze del ricorso ad essa.

## 2. I fattori di carattere positivo che, nel tempo, hanno concorso ad alimentare l'impiego della crioconservazione

Indiscutibilmente, quello della sorte degli embrioni crioconservati è un problema che, come spesso accade quando si tratta di questioni legate al ricorso alle tecniche di P.M.A., affonda le proprie radici

<sup>5</sup> Dante Alighieri, *Inferno (Divina Commedia)*, vv. 43-126.

in quelle scelte infine positivate dal regolatore pubblico nella legge 40/2004, molte delle quali sono fin da subito apparse irragionevoli, contraddittorie, ovvero *tout court* illegittime.

Certo, non può negarsi, anche perché metodologicamente scorretto, che, già prima dell'approvazione della legge in questione, la crioconservazione degli embrioni che, formati per effetto del già diffuso ricorso alle tecniche di P.M.A., non venivano infine più impiantati per le più varie ragioni (rifiuto della madre all'impianto, della coppia alla realizzazione di un ulteriore progetto genitoriale, impedimento di salute della madre, ovvero raggiungimento da parte di questa di un'età che non consente più obiettivamente lo sviluppo di una gravidanza priva di rischi, etc.), rappresentava una metodica di uso corrente nella prassi medica.

Anzi, in carenza di qualsiasi limite legale<sup>6</sup>:

---

<sup>6</sup> Come è noto, dal punto di vista normativo la fase anteriore all'approvazione della legge n. 40/2004 è stata da più parti intesa come un vero e proprio "Far West procreativo", che avrebbe consentito a medici e biologi di abbandonarsi all'impiego delle più diverse tecniche procreative ed alle più disparate sperimentazioni senza limiti. In realtà, è scorretto pensare che, prima dell'intervento legislativo del 2004, mancassero norme incidenti in materia, e finalizzate pertanto a disciplinare possibilità e limiti della P.M.A. Più precisamente, a regolamentare l'applicazione delle tecniche di fecondazione assistita prima del 10 marzo 2004 sono state: – Circolare ministeriale adottata dal Ministro della Sanità Degan il 1° marzo 1985 sui «Limiti e condizioni di legittimità dei servizi per l'inseminazione artificiale nell'ambito del Servizio sanitario nazionale» (meglio nota come «circolare Degan»). Con riferimento ai centri di fecondazione assistita presenti nelle strutture pubbliche, tale circolare limitava l'impiego delle nuove tecniche riproduttive, ammettendo solo quelle di tipo omologo, e riservando l'accesso ad esse alle sole coppie unite in matrimonio. Al contrario, in queste stesse strutture non era possibile, poiché vietata, effettuare la fecondazione eterologa. Naturalmente ciò di converso implicava la possibilità per tutte le coppie, sposate o conviventi *more uxorio*, di poter accedere alla fecondazione eterologa, rivolgendosi ai centri privati. – Circolare n. 19 del 27 Aprile 1987 adottata dal Ministro Donat Cattin, sulle «Misure di prevenzione della trasmissione di HIV e altri agenti patogeni attraverso seme umano impiegato per la Fecondazione artificiale». Tale circolare regolamentava la raccolta di seme a fini di fecondazione con intervento di un donatore, di cui veniva garantito l'anonimato, rinviando ad atti successivi, mai peraltro adottati, la definizione dei requisiti dei centri. – Circolare n. 17 del 10 Aprile 1992 del Ministro De Lorenzo avente ad oggetto «Misure di prevenzione della trasmissione di Hiv e di altri agenti patogeni nella donazione di liquido seminale impiegato per la fecondazione assistita umana e nella donazione d'organo, di tessuti e di midollo osseo». L'approvazione di tale circolare, che ha sostituito quella adottata dal Ministro Donat Cattin, è di fatto scaturita dalla necessità di aggiornamento della precedente circolare alla luce delle successive acquisizioni scientifiche del tempo, «anche in considerazione di altre situazioni di trasmissione dell'HIV e di altri agenti patogeni quali la donazione d'organo, di tessuti e di midollo osseo». – Due ordinanze del Marzo 1997, e precisamente: Ordinanza del Ministro della Sanità del 5 Marzo 1997, sul «Divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani» (in G.U. Serie Generale n. 55 del 07.03.1997). Ordinanza del Ministro della Sanità del 5 Marzo 1997, sul «Divieto di pratiche di clonazione umana e animale» (in G.U. Serie Generale n. 55 del 07.03.1997). L'efficacia di tali ordinanze è stata più volte prorogata. L'una, con più ordinanze, ugualmente finalizzate a concedere una «Proroga dell'efficacia dell'ordinanza 5 marzo 1997 concernente il divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani», e, più precisamente, con: ordinanza del 4 giugno 1997 (in G.U. Serie Generale n. 132 del 09.06.1997); ordinanza del 04 settembre 1997 (in G.U. Serie Generale n. 215 del 15.09.1997); ordinanza del 23 gennaio 1998 (in G.U. Serie Generale n. 28 del 04.02.1998); ordinanza del 22 dicembre 1999 (in G.U. Serie Generale n. 12 del 17.01.2000); ordinanza dell'08 dicembre 2001 (in G.U. Serie Generale n. 25 del 30.01.2002); ordinanza del 10 dicembre 2003 (in G.U. Serie Generale n. 35 del 12.02.2004). L'altra pure con una serie successiva di ordinanze tutte in tema di «Proroga dell'efficacia dell'ordinanza ministeriale 5 marzo 1997 relativa al divieto di pratiche di clonazione umana o animale», e specificamente con: ordinanza del 04.09.1997



«tale pratica trovava ampio ed incontrollato riscontro nei protocolli di P.M.A. seguiti al tempo e si prestava ai fini più disparati, tra i quali, in particolare, quello di produrre un numero di embrioni (una “scorta”) sufficiente per effettuare indagini genetiche preimpianto e, all’esito di queste, selezionare gli embrioni non affetti da malattie genetiche; rispondeva all’esigenza di evitare i rischi sulla salute della donna e del nascituro derivanti da ripetute stimolazioni ormonali o da possibili gravidanze plurigemellari; o ancora, mirava a creare embrioni il cui trasferimento in utero veniva posticipato, vuoi per ragioni mediche connesse alla salute della madre – che consigliavano di non procedere all’immediato avvio della gravidanza –, vuoi per ragioni di mera opportunità fatte proprie dai genitori, chiamati così a decidere, in accordo con

(in G.U. Serie Generale n. 215 del 15.09.1997); ordinanza del 23.01.1998 (in G.U. Serie Generale n. 28 del 04.02.1998); ordinanza del 30.06.1998 (in G.U. Serie Generale n. 160 dell’01.07.1998); ordinanza del 22 dicembre 1998, (in G.U. Serie Generale n. 303 del 30.12.1998); ordinanza del 25 giugno 1999, (in G.U. Serie Generale n. 154 del 03.07.1999); ordinanza del 22 dicembre 1999, (in G.U. Serie Generale n. 12 del 17.01.2000); ordinanza del 22 giugno 2000, (in G.U. Serie Generale n. 152 dell’01.07.2000); ordinanza del 22 dicembre 2000, (in G.U. Serie Generale n. 28 del 03.02.2001); ordinanza del 27 giugno 2001 (in G.U. Serie Generale n. 166 del 19 luglio 2001); ordinanza del 4 dicembre 2002 (relativamente però alla sola «Proroga dell’efficacia dell’ordinanza concernente il divieto di pratiche di clonazione umana»); in G.U. Serie Generale n. 304 del 30.12.2002); ordinanza del 30 maggio 2003 (in G.U. Serie Generale n. 158 del 10.07.2003). La prima vieta ogni forma di remunerazione nella cessione di gameti, embrioni. La seconda, invece, vieta tutti gli esperimenti finalizzati alla clonazione umana o animale e fa obbligo ai centri pubblici e privati, che praticano la P.M.A., di comunicare al Ministero una serie di notizie (responsabile del centro, tipi di attività espletati ecc.). L’inosservanza di questi obblighi è sanzionata con il divieto di praticare ogni tecnica di procreazione assistita.

– Due ordinanze del dicembre del 2001 dell’allora Ministro della Salute, Girolamo Sirchia.

L’una datata 18 dicembre 2001 «Proroga dell’efficacia dell’ordinanza concernente il divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani e dell’ordinanza concernente il divieto di importazione e di esportazione di gameti o di embrioni umani» (in G.U., Serie Generale n. 25 del 30.01.2002).

L’altra del 21 dicembre 2001, avente ad oggetto «Proroga dell’efficacia dell’ordinanza concernente il divieto di pratiche di clonazione umana» (in G.U., Serie Generale n. 30 del 05.02.2002).

– Il Codice deontologico dell’Ordine professionale dei Medici, approvato dalla Federazione il 3 ottobre 1998, vincolava gli appartenenti a tale ordine professionale all’osservanza di alcune norme, in particolare vietando al medico, “nell’interesse del bene del nascituro”, di attuare:

- forme di maternità surrogata;
- forme di fecondazione assistita al di fuori di coppie eterosessuali stabili;
- forme di fecondazione assistita in donne in menopausa non precoce;
- forme di fecondazione assistita dopo la morte del padre.

Sempre per il codice, era vietata ogni pratica di fecondazione assistita ispirata a pregiudizi razziali, non era consentita alcuna selezione di gameti ed era bandito ogni sfruttamento commerciale, pubblicitario, industriale di gameti, embrioni o feti, nonché la produzione di embrioni ai soli fini di ricerca. Erano inoltre vietate pratiche di fecondazione assistita in studi, ambulatori e strutture sanitarie prive di idonei requisiti. Il medico che violava le summenzionate regole veniva sottoposto a procedimento disciplinare da parte dell’Ordine. Alla luce della diversità e molteplicità di atti comunque incidenti in materia di P.M.A., di cui si è fatta qui menzione, è evidente che la credenza, pure assai diffusa, di un vero e proprio vuoto normativo, colmato solo in conseguenza dell’approvazione della legge n. 40/2004, è assolutamente erronea. In realtà, ciò che è mancato, per lungo tempo, è stata una disciplina in grado di guardare alle nuove metodiche procreative nella loro diversità e complessità, risolvendo quindi le problematiche connesse alla loro diffusione entro una cornice normativa unitaria. E tanto proprio al fine di evitare che il caos normativo prodotto da atti di diversa natura e di vario contenuto potesse favorire il proliferare di situazioni giuridicamente assai problematiche.



il medico, non solo il momento di formazione degli embrioni ma anche quello del loro trasferimento in utero»<sup>7</sup>.

Tuttavia, da un legislatore attento, che interviene in un campo, quale quello in esame, non solo assai delicato, ma nel quale si erano già ampiamente registrate le problematiche di cui si sta trattando, ci si sarebbe aspettati non soltanto la “presa in carico” della sorte di questi stessi embrioni, ma pure la positivizzazione di scelte atte, per il futuro, ad evitare l’insorgenza del problema, ovvero a regolamentare puntualmente il destino degli embrioni che sarebbero venuti formandosi in conseguenza dell’impiego delle nuove metodiche procreative che si apprestava a disciplinare.

Ed invece, già nella sua formulazione originaria, l’articolato normativo della legge 40 ha finito addirittura per alimentare il problema.

Basti in questo senso anche solo considerare i molti limiti della previsione in tema di crioconservazione, di cui all’art. 14, commi 1 e 3, della legge n. 40/2004.

È noto, al riguardo, che al perentorio e fermo divieto di crioconservazione degli embrioni fissato in *incipit* a tale articolo (art. 14, co. 1), lo stesso testo di legge deroga nella sola ipotesi in cui si tratti di embrioni il cui trasferimento «non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione» (art. 14, co. 3).

Inopinabilmente, al riguardo potrebbe obiettarsi che la disposizione legislativa che la contempla, configura espressamente il ricorso alla crioconservazione in termini di misura meramente transitoria, in attesa di un trasferimento in utero degli embrioni “da realizzarsi non appena possibile”. Sicché, la possibilità che a partire da qui si alimenti non solo la pratica della crioconservazione ma anche e soprattutto il problema a ciò conseguenziale del destino degli embrioni che versano in tale condizione pare oggettivamente perdere spessore.

Tuttavia, è altrettanto indubbio che, laddove le condizioni di salute della madre, ostative all’impianto, perdurino dopo la crioconservazione degli embrioni, rendendone quindi impossibile il trasferimento in utero, la misura della crioconservazione a cui si è fatto ricorso è naturalmente destinata a perdere il carattere temporaneo ad esso attribuito dalla legge, per trasformarsi in una condizione di stasi *sine die*<sup>8</sup>.

Ed è già qui che il dubbio concernente il destino degli embrioni formati e non impiegati a fini procreativi inizia ad acquistare una certa corposità.

Se, infatti, non può negarsi che, trattando degli embrioni non impiantati per effetto di insuperabili problematiche di salute della madre, è la stessa disposizione legislativa in parola a consentirne la crioconservazione, è altrettanto incontrovertibile che, nella sua portata letterale, tale previsione non sembrerebbe consentire una legittimazione di questa loro condizione per un tempo indefinito, che, però, di fatto, finisce per divenire tale e mettere perciò stesso in discussione la *voluntas legislatoris*, contraria ad una praticabilità generalizzata e senza limiti di tale tecnica.

<sup>7</sup> Così, M.P. IADICICCO, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2016, 188.

<sup>8</sup> In tal senso, M.P. IADICICCO, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*, cit., 190.

Uguali problematiche trovano del resto attecchimento nel disposto del 5 comma dello stesso articolo, che, come è noto, riconosce alla coppia il diritto di essere informato sullo stato di salute dell’embrione in ogni fase di applicazione delle tecniche di P.M.A. In ragione di tale previsione, infatti, è indubbio che, laddove a tali scopi non sia possibile effettuare la biopsia sull’embrione, questi non potrà essere impiantato, e dovrà, invece, essere crioconservato. Sicché, anche per tale via, la legge, che pur espressamente fissa un preciso divieto al riguardo, in assenza di ulteriori e diverse previsioni di impiego di questi stessi embrioni, finisce per rendere comunque possibile il ricorso alla pratica *de qua*, e perciò stesso favorire lo sgretolamento del divieto da essa stessa posto.

D’altro canto, neppure nulla la legge dice in ordine alla sorte degli embrioni prodotti per effetto del ricorso alle nuove tecnologie riproduttive, laddove, successivamente alla loro formazione, vengano meno i presupposti soggettivi di accesso alle tecniche in capo alla coppia che abbia fatto ricorso alla P.M.A.<sup>9</sup>.

A tacere delle ulteriori ipotesi, che negli anni hanno trovato una loro pur controversa definizione giudiziaria<sup>10</sup>, ad oggi l’interrogativo investe in particolare le conseguenze connesse al mutamento di sesso

<sup>9</sup> In effetti, valutata nella sua portata letterale, e quindi senza tener conto dei successivi interventi di carattere interpretativo dei giudici ordinari, anche il dettato dell’art. 5 della legge n. 40/2004, in cui sono positivizzati i requisiti soggettivi di accesso alle tecniche di P.M.A., pone, nella prospettiva di indagine prescelta, interrogativi di non poco spessore. Come è noto, tale disposizione limita l’accesso alle nuove tecnologie riproduttive alle sole «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». Conseguentemente, in ragione del tenore testuale della disposizione, il venir meno di uno di questi requisiti avrebbe dovuto essere interpretato quale causa di inutilizzabilità dell’embrione crioconservato. Ad inverare tale ipotesi: il divorzio o la separazione della coppia, ovvero la morte di uno dei partner, ma anche il superamento dell’età fertile oppure ancora (come nel caso che si va considerando nel testo) il mutamento di sesso di uno dei partner. In tutti questi casi, in effetti, pur in assenza di un’esplicita rinuncia all’impianto da parte della coppia, si sarebbe dovuto concludere per l’inutilizzabilità a fini procreativi dell’embrione prodotto a mezzo del ricorso alla P.M.A.

<sup>10</sup> Come si è accennato alla nota precedente, la disposizione in cui sono positivizzati i requisiti soggetti di accesso alle nuove metodiche procreative è stata oggetto di successivi interventi della magistratura ordinaria, che si è già più volte espressa riguardo agli effetti che sul prosieguo del trattamento, ed in particolare sull’impianto in utero dell’embrione già prodotto e crioconservato, spiega l’intervenuto decesso del partner maschile, ovvero il venir meno del rapporto coniugale (ovvero *more uxorio*) della coppia che ha fatto ricorso alle tecniche di P.M.A. Le pronunce intervenute sia sull’uno che sull’altro profilo hanno in entrambi i casi concluso per il prosieguo del trattamento e l’utilizzo dell’embrione a fini procreativi, delineando un certo indirizzo giurisprudenziale che ha alimentato un vivace dibattito dottrinale, specie con riguardo all’ipotesi dell’impianto in utero dell’embrione crioconservato, a seguito della rottura del rapporto di coppia. Intanto, con riferimento alla problematica prassi della fecondazione *post mortem*, è bene ricordare che il *leading case* italiano è ormai risalente, in quanto datato 1999. Al tempo, il Tribunale di Palermo emise un provvedimento d’urgenza con cui autorizzò il Centro di Fecondazione assistita del noto ginecologo Ettore Cittadini ad impiantare embrioni prodotti anni prima attraverso la P.M.A. nell’utero di una donna rimasta vedova a seguito di un infarto del marito. Per approfondimenti sulla vicenda giudiziaria *de qua*, Tribunale di Palermo, ordinanza 8 gennaio 1999, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1999, 226 ss., con note di A. MIRANDA, “Tragic choice” in Italy: *brevi note in tema di esecuzione post mortem del contratto di procreazione medicalmente assistita*, e G. GIAIMO, *Brevi riflessioni su una gravidanza indotta per decisione del giudice*. Per ulteriori osservazioni critiche al riguardo, cfr. A. MARTINI, *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2006, 225 ss.; E. QUADRI, *La nuova disciplina della procreazione assistita*, in AA.VV. (a cura di), *La procreazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, Milano, 2005, 57 ss.; P. PERLINGIERI, F. PROSPERI, *Famiglia e rapporti parentali*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2012, 890 ss. Più di recente, ad autorizzare l’impianto intrauterino di embrioni in donna vedova è stato, invece, il Tribunale di

di uno dei *partner* della coppia che, in possesso di tutti i requisiti cui la legge subordina le possibilità di accesso alle nuove tecnologie riproduttive, abbia fatto originariamente ricorso alla procreazione assistita, per poi sciogliersi in conseguenza delle nuove scelte di genere fatte da uno dei due.

Certamente residuale, il caso, tuttavia, non può non essere comunque oggetto di disamina, ben potendo ipotizzarsi che, verificatasi i presupposti in presenza dei quali è legittimamente consentito il ricorso alla crioconservazione (art. 14, co. 3), questa condizione finisca poi per stabilizzarsi non per il perdurare delle difficoltà di salute della donna, ma per le diverse scelte di vita che, in ragione del proprio orientamento sessuale, uno dei due *partner* fa.

In questo caso, a tenore della norma, che limita l'utilizzo di tali tecniche, riservandolo alle sole «coppie di maggiorenni di sesso diverso», sembrerebbe doversi concludere che il venir meno, per il profilo in questione, dell'elemento soggettivo sia causa di inutilizzabilità degli embrioni prodotti, che, quindi, non potranno essere impiegati a fini procreativi da parte della stessa coppia che ne ha determinato la formazione.

Tale conclusione, però, lascia comunque privo di risposta l'interrogativo concernente la sorte di quegli stessi embrioni. Se, infatti, è indubbio che, come appena evidenziato, questi non potrà più essere impiegato per il soddisfacimento delle esigenze procreative della coppia, è altrettanto evidente che, nel silenzio della legge, neppure nessuno dei due *partner* potrà singolarmente impiegarlo per quegli stessi scopi. E ciò a prescindere da chi abbia operato un cambiamento della propria identità sessuale. Laddove, infatti, a fronte della nuova scelta di genere operata dalla *partner*, fosse l'uomo ad avanzare una tale pretesa, questa non potrebbe che risultare frustrata, stante il divieto di accesso alla maternità surrogata, che sola potrebbe effettivamente consentire a questi la realizzazione del proprio desiderio di genitorialità. Nell'ipotesi contraria, invece, in assenza di qualsivoglia prescrizione legislativa sul

---

Lecce, ordinanza 21 – 24 giugno 2019. Per un commento di tale decisione, cfr. D. GIUNCHEDI, *L'impianto intrauterino degli embrioni dopo il decesso del marito*, in [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com). Tuttavia, sebbene all'apparenza simili, i casi di cui si è fatto qui cenno, sono assolutamente diversi, ed «ogni tentativo di assimilazione è assolutamente opinabile. E non soltanto per ragioni di carattere temporale, stante la più risalente datazione del caso palermitano rispetto all'approvazione della legge n. 40 del 2004 e la conseguente positivizzazione del divieto di fecondazione *post mortem*. Piuttosto, diversamente da quanto risulta dalla vicenda dedotta alla cognizione del giudice leccese, nel caso definito dal Tribunale del capoluogo siciliano la morte del marito era sopravvenuta nel corso dell'applicazione della tecnica, dopo l'impianto del primo dei tre embrioni prodotti (e crioconservati per essere impiegati uno dopo l'altro fino alla gravidanza) e durante il termine di attesa necessario ad eseguire il secondo trasferimento»; in tal senso, sia consentito rinviare a F. MEOLA, *Quando si dice non più. Ragionando sugli artt. 5, comma 1, e 6, commi 1 e 3, della legge n. 40 del 2004*, in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 1, 2021, nota 20. Con riguardo, invece, alla richiesta di impianto in utero degli embrioni crioconservati da parte della donna, nonostante l'intervenuta rottura del rapporto di coppia, si ricordi che con essa si sono ancora di recente confrontati dapprima il Tribunale di Perugia (ordinanza cautelare del 28 novembre 2020, inedita), e poi il Tribunale di S. Maria C.V. (ordinanza cautelare dell'11 ottobre 2020; nonché Tribunale di S. Maria C.V., ordinanza collegiale del 27 gennaio 2021. Il testo delle ordinanze pronunciate dal Tribunale di S. Maria C.V. è pubblicato sul sito della rivista *Biolaw Journal*, [Biodiritto.org](http://Biodiritto.org)). Per una ricostruzione di tali vicende ed un commento delle stesse, sia consentito di nuovo rinviare a F. MEOLA, *Quando si dice non più. Ragionando sugli artt. 5, comma 1, e 6, commi 1 e 3, della legge n. 40 del 2004*, cit.; nonché Id., *Il consenso informato al trattamento di PMA e la sua irrevocabilità: a proposito di alcune recenti ordinanze ... "da ignorare"*, in [Cortisupremeesalute.it](http://Cortisupremeesalute.it), 2021, 2. Ulteriori commenti di tali ordinanze sono stati offerti da R.S. BONINI, *Procreazione medicalmente assistita: vittime del consenso*, ed E. GRASSO, *Il tempo del consenso: alcune riflessioni comparative sul diritto all'impianto dell'embrione crioconservato e conteso*, entrambi in *Politica del diritto*, 3, 2021, rispettivamente 475 ss. e 489 ss.

punto, la pretesa della donna, che avanzasse comunque richiesta di impianto in utero dell’embrione crioconservato, sembrerebbe dover esser rigettata, stante il venir meno di quella coppia che è la sola, per legge, a poter accedere alle tecniche di P.M.A. E ciò non soltanto in ragione della rottura del rapporto, ma anche per l’assenza di quell’alterità di genere che la legge ritiene essenziale ai fini della realizzazione di un progetto filiale. Né parrebbe possibile, in questa stessa ipotesi, far leva sul consenso comunque prestato dal *partner* alla fecondazione e sulla sua irrevocabilità, posto che, nel caso di specie, ai dubbi già espressi in quelle che sono state definite ipotesi di “paternità costretta”<sup>11</sup>, verrebbero a sommarsi quelle stesse ragioni di contrarietà che, ad oggi, nel nostro ordinamento, osteggiano la filiazione da parte di coppie *omosex*<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Il riferimento, qui, è ai casi (di cui si è detto nella nota immediatamente precedente) decisi dapprima dal Tribunale di Perugia, e poi dal Tribunale di S. Maria C.V. Entrambi i giudizi, in effetti, vengono intentati dal partner maschile della coppia, che, dopo aver prestato il proprio assenso al ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ai fini della realizzazione di un progetto filiale, prima che tale trattamento si completi a mezzo dell’impianto in utero degli embrioni formati, manifesta la ferma volontà di interrompere la ricerca del figlio, revocando il consenso originariamente manifestato ai fini dell’impiego delle nuove metodiche procreative. Conseguentemente, pur a fronte della riconoscibilità, all’interno delle ordinanze in commento, di talune specificità argomentative che valgono a marcarne la singolarità, è indubbio che le vicende giudiziarie da cui le ordinanze infine pronunciate sono state provocate hanno ugualmente richiamato l’attenzione dell’interprete sulla revocabilità del consenso al trattamento di P.M.A. alla luce del dato letterale della legge n. 40/2004, ed in particolare della disposizione (art. 6) che, dopo aver specificato le modalità di espressione del consenso della coppia a tal tipo di trattamento, stabilisce infine che la volontà di avvantaggiarsi delle nuove metodiche procreative può essere revocata da ciascuno dei *partners* «fino al momento della fecondazione dell’ovulo» (art. 6, comma 3, ult. cpv.). Su tali casi giudiziari, per un approfondimento, sia nuovamente consentito rinviare a F. MEOLA, *Quando si dice non più. Ragionando sugli artt. 5, comma 1, e 6, commi 1 e 3, della legge n. 40 del 2004*, cit.; nonché ID., *Il consenso informato al trattamento di PMA e la sua irrevocabilità: a proposito di alcune recenti ordinanze ... “da ignorare”*, cit.

<sup>12</sup> L’ipotesi qui considerata presenta in realtà tratti di assoluta peculiarità, che non hanno ad oggi costituito oggetto di specifica attenzione da parte del legislatore che pure, occupandosi di coppie *omosex*, ha inevitabilmente finito per affrontare anche la questione della filiazione da parte di tali nuove formazioni sociali. Sul punto, però, con riferimento alle scelte intanto positivate del legislatore, risulta immediatamente necessario un chiarimento. In effetti, la legge 20 maggio 2016, n. 76 (“Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze”, in G.U. n. 118 del 21 maggio 2016), meglio nota come “legge Cirinnà”, pare presupporre l’impossibilità della filiazione nell’unione civile tra persone dello stesso sesso. In realtà, questa prospettiva è assolutamente errata. Nell’unione civile tra persone dello stesso sesso, infatti, può esservi filiazione, tanto adottiva [ex articolo 44, lett. d), legge n. 184 del 1983. Cfr. C., s.u., 12193/2019], quanto “biologica”, con discendenza genetica del figlio da una sola delle persone civilmente unite (nel caso in cui l’ovulo provenga da una donna della coppia omosessuale, ma la gravidanza sia portata a termine dall’altra donna della coppia, e l’atto di nascita del figlio sia formato in un ordinamento straniero, per le regole del quale entrambe le donne possano essere indicate come madri. Cfr. per tutte, sul punto, C. 19599/2016), o anche con discendenza genetica del figlio da entrambe le persone civilmente unite; e, in quest’ultimo caso, sia per mezzo di tecniche di procreazione medicalmente assistita, sia senza il ricorso a tali tecniche di procreazione. In tema, e solo al fine di offrire qualche indicazione bibliografica, utile ad un approfondimento del tema, per come affrontato nel nostro sistema ordinamentale specie a seguito dell’approvazione della legge sulle unioni civili, si rinvia, quanto alla dottrina civilistica a: L. LENTI, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2016, 1707 ss.; C. CERSOSIMO, *Ordine pubblico e filiazione omogenitoriale*, in *Famiglia*, 1, 2, 2017, 104 ss.; V. BARBA, *Unione civile e adozione*, in *Famiglia e diritto*, 2017, 381 ss.; G.F. BASINI, *Filiazione e adozione nell’unione civile*, in G. BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, Milano, V, 2017, 395 ss.; E. BILOTTI, *Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2017, 873 ss.; G. PERLINGIERI, *Discriminazione di coppie omosessuali?*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 1, 2019, 1 ss. Per quel che concerne, invece, la dottrina

Sicché, valutata in questa prospettiva, la sorte degli embrioni *de quibus* pare davvero “nebulosa”. E tale sembrerebbe potersi definire anzitutto la scelta a favore di una loro perdurante crioconservazione, posto che essa è sì necessitata, ma urta comunque contro il dettato legislativo, in contrasto col quale il ricorso a tale pratica da vietato finisce in questo modo addirittura per alimentarsi. Né diversamente aggettivabile pare il destino di altri embrioni che, sempre a causa di miopi scelte legislative, tradottesi in un dettato normativo carente di coerenza e completezza, risulta ad ora oggettivamente indefinito.

Si rifletta, al riguardo, sul divieto di revoca del consenso all’impianto di cui all’art. 6, comma 3, e di qui sul limite contro cui si infrange la volontà contraria alla realizzazione di un progetto genitoriale di ciascuno dei *partner* della coppia una volta che sia intervenuta la fecondazione dell’ovulo<sup>13</sup>.

Al di là dei molti dubbi di legittimità che la disposizione *de qua* ha sollevato in molta parte della dottrina<sup>14</sup>, ma anche tra i giudici che in questi anni si sono confrontati con essa, per essere tenuti a farne applicazione nella definizione di talune vicende giudiziarie di indubbia complessità<sup>15</sup>, tale previsione ha fin da subito posto agli interpreti anche un problema di natura pratico-operativa di notevole importanza.

---

pubblicistica, cfr. L. GIACOMELLI, in *Osservatorio costituzionale*, 3, 2018, 37 ss.; F. RESCIGNO, “Omnia non vincit Amor”. *Riflessioni sulla giurisprudenza costituzionale italiana ed austriaca in tema di coppie omosessuali*, in *Federalismi.it*, 5, 2018, 16 ss.; M. MANETTI, *La decostituzionalizzazione del paradigma eterosessuale nella genitorialità da PMA*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 2019, 2613 ss.; S. CARABETTA, *Coppie «same sex» ed omogenitorialità*, in *OIDU - Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 4, 2020, 946 ss.; D. LORENZETTI, *I limiti alla procreazione medicalmente assistita alla luce della giurisprudenza costituzionale. La sentenza 221/2019 e la conferma del divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA*, in *Sanità Pubblica e Privata*, 1, 2020, 60 ss.

<sup>13</sup> Si ricordi che, ai sensi dell’art. 6, comma 3, ultima alinea, legge n. 40/04: «La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell’ovulo».

<sup>14</sup> A proposito dei dubbi di legittimità posti dal dettato dell’art. 6, co. 3, legge n. 40/2004, sia consentito rinviare a F. MEOLA, *Quando si dice non più. Ragionando sugli artt. 5, comma 1, e 6, commi 1 e 3, della legge n. 40 del 2004*, cit.; Id., *Il consenso informato al trattamento di PMA e la sua irrevocabilità: a proposito di alcune recenti ordinanze ... “da ignorare”*, cit.

<sup>15</sup> Qui, in particolare, il riferimento è al Tribunale di Firenze (ordinanza n. 166 del 7 dicembre 2012, in G.U., 17 luglio 2013, Prima serie speciale n. 29, 65-76), che, in tempi successivi alla dichiarazione di inammissibilità resa nel 2009 dalla Corte costituzionale in esito alla definizione della questione di legittimità sollevata nei riguardi della disposizione del comma 3 dell’art. 6 della legge n. 40/2004 nella parte in cui stabilisce che la richiesta di procedere alla P.M.A. “può essere revocata fino al momento della fecondazione dell’ovulo”, per difetto di motivazione sulla rilevanza nel giudizio *a quo* [Corte costituzionale, sentenza n. 151 dell’08 maggio 2009, punto 8 del *Considerato in diritto*, in *Consultaonline.it* (all’indirizzo [Giurcost.org](http://Giurcost.org))], ha nuovamente richiamato i giudici costituzionali alla necessità di valutare la legittimità di tale disposizione senza tuttavia ottenere risposta ai propri dubbi. Anche in tale occasione, infatti, la Corte non ha affrontato, nel merito, i dubbi di costituzionalità dedotti, al riguardo, alla propria cognizione [Corte costituzionale, sentenza n. 84 del 22 marzo 2016, punto 6.1 del *Considerato in diritto*, in *Consultaonline.it* (all’indirizzo [Giurcost.org](http://Giurcost.org))]. In tempi più recenti, poi, con la disposizione *de qua* si sono confrontati pure il Tribunale di Perugia (ordinanza cautelare del 28 novembre 2020, inedita), ed il Tribunale di S. Maria C.V. (ordinanza cautelare dell’11 ottobre 2020; nonché Tribunale di S. Maria C.V., ordinanza collegiale del 27 gennaio 2021. Il testo delle ordinanze pronunciate dal Tribunale di S. Maria C.V. è pubblicato sul sito della rivista *Biolaw Journal*, al sito [Biodiritto.org](http://Biodiritto.org)); su cui vedi *supra* nota n. 8. Tuttavia, a differenza del Tribunale fiorentino, quello perugino, e con esso quello sammaritano, hanno optato per un’applicazione letterale del disposto in questione, piuttosto che per una remissione degli atti alla Corte costituzionale, al fine di vagliare la fondatezza dei dubbi posti da quello stesso dettato normativo.



All'interno, infatti, di un testo normativo dai contenuti già particolarmente stringenti in ordine al destino degli embrioni non impiantati, in quanto oggetto di un divieto assoluto di soppressione, ma anche di crioconservazione (con la sola eccezione, prevista nel comma 3 dell'art. 14, concernente la ricorrenza di particolari condizioni di salute della donna), tale disposizione nulla dice a proposito del destino degli embrioni non impiantati a causa del rifiuto da parte della madre a riceverne il trasferimento in utero. Sicché, quali che siano le ragioni della donna, che possono essere le più varie, ed anzi anche le più deplorevoli, il destino di tali embrioni, già naturalmente inciso da una simile scelta, resta pure assolutamente indefinito in punto di diritto, stante il silenzio serbato dalla legge in ordine alle conseguenze di tale rifiuto.

Del resto, a ben riflettere, non solo la legge non prevede alcuna sanzione nei riguardi della donna che si oppone all'impianto, ma neppure avrebbe mai potuto legittimamente prospettare un'esecuzione coattiva dell'impianto. Ed infatti, anche qualora si insistesse nel voler ricavare dalla lettera dell'art. 6 un obbligo in capo al medico e ai genitori, si tratterebbe evidentemente di un obbligo non coercibile, in quanto l'impianto coattivo dell'embrione si risolverebbe in un trattamento sanitario obbligatorio sicuramente irrispettoso della persona umana, giacché capace di degradare il corpo della madre a mera incubatrice, senza contare che esso non sarebbe funzionale a garantire il diritto alla vita dell'embrione, evidentemente esposto al successivo ricorso da parte della donna all'interruzione volontaria della gravidanza, anche in considerazione delle circostanze in cui è avvenuto il concepimento<sup>16</sup>.

Adottando un approccio alla problematica *de qua* assolutamente diverso da quello legislativo e sostanzialmente più pratico, i decreti ministeriali del 2004<sup>17</sup> e del 2008<sup>18</sup>, con cui, nel rispetto di quanto previsto dalla stessa legge<sup>19</sup>, sono state al tempo adottate le Linee guida in materia di P.M.A., hanno consentito la crioconservazione non solo degli embrioni non trasferiti per cause di forza maggiore relative allo stato di salute della donna – conformemente a quanto già previsto dall'art. 14, co. 3, della legge n. 40/04 – ma anche di quelli il cui trasferimento risultava comunque non attuato, evidentemente per il rifiuto da parte della madre ad ottenerne l'impianto<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> Art. 4, legge 22 maggio 1978, n. 194, “Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza” (in G.U. n. 140 del 22 maggio 1978).

<sup>17</sup> Decreto del Ministero della salute, 21 luglio 2004 n. 15165, “Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita”, in G.U. n. 191 del 16 agosto 2004.

<sup>18</sup> Decreto del Ministero della salute, 11 aprile 2008 n. 31639, “Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita”, in G.U. n. 101 del 30 aprile 2008.

<sup>19</sup> A tal riguardo, si ricordi che l'art. 7, co. 3, legge n. 40/04, stabilisce che: «il Ministero della salute, avvalendosi dell'Istituto superiore di sanità, e previo parere del Consiglio superiore di sanità, definisce, con proprio decreto, da emanare entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, linee guida contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita».

<sup>20</sup> Disponendo, infatti, in tema di “Crioconservazione degli embrioni: modalità e termini”, le Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita adottate sia nel 2004 che nel 2008 hanno stabilito che: «Si dovranno considerare due diverse tipologie di embrioni crioconservati: la prima, quella degli embrioni che sono in attesa di un futuro impianto, compresi tutti quelli crioconservati prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004, e la seconda, quella degli embrioni per i quali sia stato accertato lo stato di “abbandono”. In entrambi i casi le spese da sostenere per il congelamento saranno a carico del Centro di procreazione medicalmente assistita. Si verificheranno condizioni diverse solo per la conservazione». Quindi, per guidare l'interprete nell'individuazione degli embrioni abbandonati le stesse Linee guida hanno precisato: «Per definire lo stato di abbandono di un embrione si deve verificare una delle seguenti condizioni: a) il centro deve avere una rinuncia scritta al futuro impianto

Tuttavia, una simile previsione non solo ha fin da subito posto problemi di carattere “gerarchico”, relativi cioè ai rapporti tra fonti giuridiche di diverso rango, ma ha altresì caricato il personale medico-sanitario di ulteriori responsabilità, esponendolo al rischio di incorrere nella pesante sanzione conseguente alla violazione del persistente divieto di crioconservazione.

Sicché, valutato in questa prospettiva, il disposto dell’art. 6, co. 3, della legge n. 40/04, ha finito per sommare a quelli immediatamente denunciati in relazione anzitutto alle esigenze di salvaguardia dei beni della salute e della vita della madre, ulteriori dubbi di costituzionalità più direttamente riconducibili alle conseguenze della revoca del consenso al trattamento, e, di qui, all’indeterminatezza dello *status* dell’embrione di cui la madre abbia rifiutato l’impianto.

E tali dubbi si sono accentuati in conseguenza del varo delle nuove Linee guida in materia, adottate nel 2015<sup>21</sup>. Il decreto in cui queste sono contenute, infatti, non contiene alcuna previsione assimilabile a quella di cui si è detto.

Ad oggi, quindi, la ricerca di quale sia il destino degli embrioni il cui trasferimento risulta non attuato per il rifiuto opposto dalla madre è ancora più complessa; o comunque la loro crioconservazione, cui generalmente si ricorre, si realizza in un vuoto normativo carico di conseguenze sia di ordine economico che giuridico davvero notevole per i centri presso cui tali embrioni sono stati formati.

Dal punto di vista economico, in quanto i costi connessi al ricorso alla crioconservazione cadranno sulle cliniche, non potendosi affermare che, nel caso di specie, ciò di cui si discute sono embrioni “abbandonati”.

Dal punto di vista giuridico, perché il ricorso a tale pratica si realizza in diretto contrasto con la previsione normativa che vieta la crioconservazione, e senza che possa in questo caso applicarsi alcuna scriminante legale (scelta medica, malattia dell’embrione etc.).

In verità, anche prima di tale più recente intervento normativo, lo spessore di tali questioni, già di per sé notevole, è andato via via accentuandosi, in conseguenza del moltiplicarsi delle possibilità di ricorso alla crioconservazione, accresciutesi in maniera significativa a seguito dell’intervento della Corte costituzionale e delle diverse deroghe da essa opposte al divieto di cui all’art. 14, comma 1, della legge n. 40/2004.

Qui il riferimento è anzitutto alla sentenza n. 151/2009<sup>22</sup> con la quale la Corte ha, tra l’altro, cassato la disposizione (art. 14, comma 2) concernente il numero massimo (pari a tre) di embrioni da impiantare

---

degli embrioni crioconservati da parte della coppia di genitori o della singola donna (nel caso di embrioni prodotti con seme di donatore e in assenza di partner maschile, prima della normativa attuale) oppure b) il centro deve documentare i ripetuti tentativi eseguiti per almeno un anno di ricontattare la coppia o la donna in relazione agli embrioni crioconservati. Solo nel caso di reale, documentata impossibilità a rintracciare la coppia l’embrione potrà essere definito come abbandonato».

<sup>21</sup> Decreto del Ministero della salute, 1° luglio 2015, “Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita”, in G.U. n. 161 del 14 luglio 2015.

<sup>22</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 151 dell’08 maggio 2009, in *Consultaonline.it* (all’indirizzo [Giurcost.org](http://Giurcost.org)). A commento, si leggano i contributi offerti da: G. DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non sui diritti) nella fecondazione assistita*, in [Forumcostituzionale.it](http://Forumcostituzionale.it); L. TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, in *Consultaonline.it* (all’indirizzo [Giurcost.org](http://Giurcost.org)); D. CHINNI, *La procreazione medicalmente assistita tra “detto” e “non detto”. Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004*, nella Rubrica *Studi di Consulta on line* (all’indirizzo [Giurcost.org](http://Giurcost.org)); S. AGOSTA, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte*



tutti contemporaneamente in utero, originariamente contenuta nella legge n. 40/2004, sostituendo a tale iniziale previsione il più generico richiamo ad un numero non “superiore a quello strettamente necessario”. In questo senso, l’intervento caducatorio dei giudici costituzionali, che di qui in poi affida alla sola discrezionalità tecnica del medico la valutazione del numero di embrioni necessari da impiantare, caso per caso, in utero, nel rispetto della salute della donna, finisce per ciò stesso per realizzare, all’interno del tessuto normativo, relativamente alla previsione legislativa *de qua*, un primo importante “strappo”. In ragione di esso, infatti, a far data dalla pronuncia in questione il divieto di crioconservazione subisce una significativa costrizione quanto alla sua sfera di applicazione, avviandosi verso un progressivo sgretolamento.

Si dirà, a ragione, che, in realtà, prima della decisione della Consulta del 2009, il destino degli embrioni prodotti ma non impiantati si era già imposto quale problema di ordine pratico di non facile definizione in tutti i casi di revoca del consenso all’impianto da parte della donna a seguito della fecondazione dell’ovulo.

Eppure, non vi è chi non veda la diversità del contesto normativo in cui il problema in analisi è stato poi calato, per effetto di una sentenza, quale quella in commento, che può, in tema, considerarsi un vero e proprio spartiacque nella trattazione della tematica.

Prima infatti della sua pronuncia, all’evidente (ma poco ragionato) scopo di porre fine alla pratica della produzione soprannumeraria di embrioni con successiva crioconservazione di quelli non immediatamente trasferiti, largamente diffusa in passato, la legge n. 40/04 non soltanto vietava di creare, in ciascun ciclo di P.M.A., più di tre embrioni, ma negava pure la possibilità di procedere ad un loro parziale impianto. Quindi, al fine di rafforzare tali previsioni e le finalità ad esse sottese, la stessa disponeva i divieti di crioconservazione e soppressione degli embrioni, di cui all’originaria formulazione dell’art. 14, co. 1.

A seguito, invece, della sentenza n. 151/09, e della dichiarazione di incostituzionalità dell’art. 14, co. 2, limitatamente all’obbligo di produzione di massimo tre embrioni e di un loro contemporaneo impianto, e del co. 3 del medesimo articolo “nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni (...) debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della madre”, il divieto di crioconservazione subisce una prima importante deroga, stante la possibilità, ammessa dalla Corte, di ricorrere alla tecnica del congelamento nei riguardi degli embrioni prodotti ma non impiantati per scelta medica, ovvero al fine di evitare effetti pregiudizievoli sulla salute della madre ed, eventualmente, del nascituro, e comunque a prescindere dall’accertamento di anomalie o malformazioni embrionali, tali da determinarne l’inidoneità all’impianto, il quale, infatti, potrà essere effettuato successivamente, ad esempio quando la coppia deciderà di avviare una nuova gravidanza.

Diversamente, invece, è a dirsi per quegli embrioni non impiantati in quanto ritenuti inidonei in ragione degli esiti della diagnosi preimpianto, che in essi abbia riscontrato la stessa malattia genetica di cui i

---

*cost., sent. n. 151/2009*) in [Forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); DOLCINI E., *Embrioni nel numero «strettamente necessario»: il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, II, 2009, 950 ss.; M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, 1688 ss.; C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la «Costituzione che non vale più la pena difendere»?*, ivi, 1696 ss. Sul tema, inoltre, tra i lavori monografici, cfr. M. D’AMICO, I. PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, Milano, 2010.

genitori sono affetti o portatori sani. Al riguardo certamente si ricorderà, che, riannodandosi ad una più risalente giurisprudenza, da anni impegnata nel riconoscimento dell'ammissibilità di tali pratiche, la sentenza in esame per la prima volta spiana la strada al ricorso alle indagini genetiche preimpianto, quanto meno da parte delle coppie infertili e portatrici di malattie a trasmissione genetica, per ciò stesso consentendo un ulteriore diverso distinguo nel novero degli embrioni "non portati alla nascita"<sup>23</sup>, in cui, accanto a quelli che, non impiantati per scelta medica, vengono infine crioconservati, vi sono quelli che, in quanti affetti da anomalie e/o malformazioni, sono lasciati in cultura fino alla loro estinzione<sup>24</sup>.

Altri, però, per quel che qui rileva, sono i profili di interesse della sentenza *de qua*. In questo senso, in effetti, è appena il caso di sottolineare che il ricorso agli esami diagnostici che essa legittima spinge, nella maggior parte dei casi, a produrre una quantità assai elevata di embrioni, perché ritenuta dai più strumentale ad incrementare le probabilità di produrne alcuni sani da impiantare. E ciò, come è intuitivo, determina un aumento degli embrioni crioconservati.

Tuttavia, è soprattutto a seguito e per effetto della sentenza n. 96 del 2015<sup>25</sup> che il numero degli embrioni selezionati dopo l'effettuazione di diagnosi preimpianto ha finito per accrescersi in misura esponenziale. È con tale sentenza, infatti, che la Consulta, consentendo per la prima volta l'accesso alle tecniche di P.M.A. e alla diagnosi preimpianto anche alle coppie non infertili né sterili, laddove siano portatrici di malattie geneticamente a carattere trasmissibile, finisce per ciò stesso per apporre un'ulteriore rilevante deroga al divieto di crioconservazione, scriminandone anche in questo caso l'impiego, e perciò stesso alimentando una prassi medica ed una problematica dalle dimensioni già particolarmente accentuate.

In questa stessa direzione si proiettano del resto pure gli esiti della sentenza n. 229/2015<sup>26</sup>. Con essa, in effetti, la Corte, da un lato dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, commi 3, lettera b), e 4

<sup>23</sup> In questi termini, Corte Costituzionale, sentenza n. 84 del 13 aprile, 2016, punto 8.2 del *Considerato in diritto*, in [Giurcost.org](http://Giurcost.org).

<sup>24</sup> Le Linee guida all'art. 13 della legge n. 40/2004, varate nello stesso anno, cit., stabiliscono che, qualora dall'indagine osservazionale vengano «evidenziate gravi anomalie irreversibili dello sviluppo di un embrione», questi non sia crioconservato, bensì lasciato in cultura fino alla sua estinzione.

<sup>25</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 96 del 5 giugno 2015, in *Consulta on line* (all'indirizzo [Giurcost.org](http://Giurcost.org)). Anche tale sentenza è stata ampiamente annotata dalla dottrina. Tra i diversi contributi offerti a commento di tale pronuncia si rinvia a: E. Malfatti, *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non "scontata" né (del tutto) condivisibile*, nella Rubrica *Studi di Consulta on line* (all'indirizzo [Giurcost.org](http://Giurcost.org)); G. Repetto, *La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute*, in [Diritticomparati.it](http://Diritticomparati.it); M. Giacomini, *Il sì alla diagnosi preimpianto: un punto di arrivo o un punto di partenza?*, in [Forumcostituzionale.it](http://Forumcostituzionale.it); 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](http://Costituzionalismo.it); S. Penasa, *L'insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti "rafforzati"*, in [Forumcostituzionale.it](http://Forumcostituzionale.it); I. Pellizzone, *L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, in [forumcostituzionale.it](http://forumcostituzionale.it); C. Nardocci, *Dalla Convenzione alla Costituzione: la tacita sintonia tra le Corti. A margine di Corte cost. sent. n. 96 del 2015*, in *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2021; F. Viganò, *La sentenza della Consulta sul divieto di accesso alla fecondazione assistita per coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili (e una chiosa finale sulla questione della diretta applicazione della CEDU)*, in [Dirittopenalecontemporaneo.org](http://Dirittopenalecontemporaneo.org).

<sup>26</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 229 dell'11 novembre 2015, in *Consulta on line* (all'indirizzo [Giurcost.org](http://Giurcost.org)).

della legge n. 40/2004 nella parte in cui contempla come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l’impianto di embrioni affetti da malattie genetiche, facendo per ciò stesso cadere la relativa previsione legislativa, dall’altro, invece, giudica non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento alle disposizioni di cui all’art. 14 della legge n. 40/04, che configurano il reato di soppressione dell’embrione anche quando riferito a quelli affetti da malattia genetica. In questo modo, quindi, essa finisce non soltanto per scriminare una pratica che, strumentale a garantire l’impianto in utero dei soli embrioni esenti da anomalie e/o malformazioni, risulta inevitabilmente in grado di favorire il ricorso alla crioconservazione, ma pure per pronunciarsi sulla sorte degli embrioni selezionati a seguito di indagini genetiche preimpianto. Al riguardo, infatti, correttamente è stato evidenziato che, «nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale relativa alle disposizioni della legge n. 40/04, che configurano il reato di soppressione dell’embrione anche quando riferito a quelli affetti da malattia genetica», la Corte è giunta per questa via a disporre «la crioconservazione obbligatoria e di durata indeterminata». In effetti, in sentenza, la Corte, trattando degli embrioni che, in esito a diagnosi preimpianto, risultano affetti da grave malattia genetica, nel concludere nel senso che tale condizione «non ne giustifica, sol per questo, un trattamento deteriore rispetto a quello degli embrioni sani», sicché non potrebbe mai giustificarsi alcun affievolimento della dignità dell’embrione (ancorché) malato, «quale deriverebbe dalla sua soppressione *tamquam res*», pare additare proprio in ciò, e quindi nell’esigenza di assicurare a questi una tutela non deteriore a quella riconosciuta agli embrioni soprannumerari non impiantati per scelta medica, la *ratio* giustificativa del ricorso, anche per essi, alla pratica della crioconservazione.

### 3. Per una diversificazione, in ragione della *ratio*, della condizione degli embrioni ugualmente “sospesi”

Se, dunque, tra gli embrioni attualmente “non portati alla nascita” devono certamente annoverarsi quelli formati e crioconservati prima dell’entrata in vigore della legge n. 40/04, ovvero quelli per i quali è risultato impossibile effettuare la biopsia, è altrettanto inopinabile che quanto fin osservato in ordine al dato normativo e giurisprudenziale di riferimento consente oggi di ampliarne, anche notevolmente, la cerchia.

In essa, infatti, prima ed a prescindere da qualsiasi intervento della Corte costituzionale, devono per legge essere ricompresi anzitutto quegli embrioni il cui trasferimento “non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione” (art. 14, co. 3). E ciò laddove la situazione ostativa all’impianto risulti indefinita nel tempo.

---

Per un commento di tale decisione, cfr. A. VALLINI, *Ancora sulla selezione preimpianto: incostituzionale la fattispecie di selezione embrionale per finalità eugenetiche, ma non quella di embrionicidio*, in [Dirittopenalecontemporaneo.org](http://Dirittopenalecontemporaneo.org); nonché L. CHIEFFI, *L’irragionevole obbligo di crioconservazione degli embrioni selezionati e abbandonati in seguito ad indagine genetica preimpianto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2015, 2111 ss.

Ugualmente, in questa stessa cerchia, e sempre per effetto di un dettato legislativo poco ragionato quanto agli effetti prodotti dalle previsioni in esso positivizzate, devono pure ricondursi quegli embrioni il cui mancato impianto sia conseguenza dell'impossibilità di controllarne, a mezzo biopsia, lo stato di salute (art. 14, co. 5), il cui accertamento invece costituisce un vero e proprio diritto dei genitori.

E, sempre per legge, o meglio nel silenzio di diverse scelte legislative, in tale ambito sembra debbano altresì ricomprendersi quelli la cui crioconservazione sia conseguenza dell'impossibilità di procedere ad un loro impianto a fini procreativi da parte della coppia, la cui rottura dipenda da scelte di genere ostative alla realizzazione di un progetto genitoriale, per come immaginato dal legislatore.

Unitamente a questi, poi, nel novero degli embrioni crioconservati e non impiantati vi sono anche quelli "residuali", ossia quelli la cui produzione in soprannumero, a seguito della sentenza n. 151/09 della Corte costituzionale, sia stata pianificata e programmata dal medico e dalla donna sottoposta al trattamento di P.M.A. per garantire il buon esito dello stesso, senza esporre a pregiudizio la salute della madre o del nascituro.

Ancora, all'interno della stessa cerchia vi sono pure gli embrioni risultati affetti da una stessa malattia a trasmissione genetica dei genitori, individuata mediante diagnosi genetica pre-impianto, il cui mancato trasferimento risulta giustificato dalla necessità di scongiurare un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna, conformemente a quanto previsto, ai fini del ricorso all'aborto terapeutico, dall'art. 6 della legge n. 194/78<sup>27</sup>.

Infine, stante l'impossibilità di qualsiasi coercizione al riguardo, la cerchia si chiude attraverso l'inserimento, al suo interno, di quegli embrioni il cui mancato impianto sia conseguenza della volontà della donna, che abbia in ultimo rifiutato il loro trasferimento in utero, revocando il consenso originariamente prestato allo scopo.

#### 4. La sorte degli embrioni crioconservati tra "non idoneità" all'impianto e "scarto"

Sebbene accomunati da uno stesso stato, essendo tutti crioconservati per effetto del mancato impianto in utero, in realtà gli embrioni di cui si va trattando non si prestano ad una valutazione unitaria quanto ad una loro possibile, futura destinazione<sup>28</sup>.

Vi è, infatti, una fondamentale differenza tra gli embrioni selezionati a seguito di diagnosi genetica preimpianto, e quindi scartati per essere risultati affetti da malattie e/o malformazioni, e tutti gli altri non portati a nascita per ragioni diverse e comunque indipendenti dalla ricorrenza di situazioni patologiche quali quelle di cui si è appena detto.

<sup>27</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 96 del 5 giugno 2015, cit., punto 9 del *Considerato in diritto*. In dottrina, a proposito del rinvio che, all'art. 14 comma 1, la legge n. 40/2004 fa alla l. n. 194/1978 in tema di interruzione volontaria della gravidanza, sia consentito rinviare a F. MEOLA, " ... fermo restando quanto previsto dalla legge 22 febbraio 1978, n. 194". (art. 14 1 co. Legge 19 febbraio 2004, n. 40). *Appunti su un inciso alquanto controverso*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *Forum BioDiritto 2008. Percorsi a confronto*, Padova, 2009, 253 ss.

<sup>28</sup> Sul punto, più diffusamente, M.P. IADICICCO, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*, cit., 191.

Gli embrioni selezionati a seguito di diagnosi genetica preimpianto non potranno mai essere impiantati nell’utero della madre giacché il loro trasferimento determinerebbe un grave pericolo per la salute della medesima.

Tutti gli altri, invece, non sono assolutamente inidonei all’impianto, che, infatti, ove ne ricorrano i presupposti, potrà essere effettuato in futuro previo scongelamento.

Detto diversamente, il mancato impianto dei primi è dovuto a condizioni intrinseche e patologiche dell’embrione aventi gravi ricadute sulla salute della madre; al contrario, negli altri casi, il mancato trasferimento dipende da ragioni estrinseche allo stato dell’embrione, connesse cioè o alla volontà o alle specifiche condizioni di salute della madre, ma queste circostanze non rendono tali embrioni inidonei ad un successivo impianto, potenzialmente in grado di rendere concreta la loro aspettativa di vita<sup>29</sup>.

### 5. Sul destino degli embrioni “non assolutamente inidonei all’impianto”: tra problematiche contingenti ...

Con riferimento a quest’ultima tipologia di embrioni, non impiantati ma comunque “non assolutamente inidonei all’impianto” e crioconservati, numerose e differenti sono le questioni cui l’interprete è chiamato a dare soluzione.

Si tratta, in verità, di questioni che investono non soltanto profili di carattere per così dire “contingente”, quali la determinazione delle responsabilità connesse alla crioconservazione e la sopportazione dei relativi costi, da sempre cruccio degli operatori del comparto medico/sanitario impiegato nei centri di P.M.A., ma anche di questioni di tipo “prospettico”, trattandosi di stabilire quale possa essere, in via normativa, la migliore risposta da offrire alla necessità di assicurare adeguata tutela a tali embrioni, favorendone la destinazione ad essi più appropriata, ossia la nascita.

Pur nella loro diversità, si tratta di questioni in ogni caso complesse.

Eppure, sebbene nel silenzio della legge, con riguardo alla prime il compito dell’interprete, almeno inizialmente, risulta più semplice.

Ad aiutare questi nella definizione di questioni quali quelle sopra prospettate soccorre infatti il dettato delle Linee guida in materia di P.M.A. che, pur nel differente testo che di esse è stato successivamente approvato nel 2008, offre una chiara risposta sia in merito ai profili di responsabilità sia in relazione ai costi connessi alla crioconservazione.

---

<sup>29</sup> A proposito di tale distinguo, giusto quanto osservato da M.P. IADICICCO, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*, cit., 191, nota 29: «Si potrebbe anche ipotizzare un’ulteriore distinzione tra embrioni “assolutamente” inidonei all’impianto, che [ ... ] potrebbero essere destinati alla ricerca; ed embrioni che sono solo “relativamente inidonei all’impianto”, e cioè embrioni di cui la madre abbia revocato il consenso all’impianto, ma le cui eventuali anomalie e malformazioni non avrebbero gravi ricadute sulla salute psico-fisica di altre donne, pronte ad accettarli nel proprio grembo e a favorire così la nascita di un figlio, anche se malformato, e ciò sempre e solo nell’ipotesi in cui venga regolata l’adozione dell’embrione per la nascita. Rispetto a quest’ultima ipotesi – che chiama in causa delicati compiti di accertamento dello stato di salute dell’embrione e di informazione della donna che intenda accoglierlo – non sarebbe legittimo distrarre l’embrione dalla sua “destinazione privilegiata”, qual è la nascita, e dunque si dovrebbero oltremodo favorire le aspettative di vita di questo embrione sempre e necessariamente con la donna che voglia accoglierlo nel proprio corpo».

Ed infatti, con riferimento a tale ultimo profilo, il conferente disposto delle Linee guida *de quibus* è assolutamente chiaro nel fissare la regola in base alla quale «tutti gli embrioni che sono in attesa di un futuro impianto verranno congelati e crioconservati presso i centri dove le tecniche sono state effettuate e i relativi oneri sono carico dei medesimi centri», laddove, invece, gli embrioni definiti in stato di abbandono dovranno essere «congelati e successivamente crioconservati in maniera centralizzata con oneri a carico dello Stato». Diversamente detto, insomma, a sopportare i costi della crioconservazione degli embrioni comunque utili alla realizzazione di un progetto di filiazione dovranno essere solo ed esclusivamente i centri presso i quali gli stessi sono stati crioconservati. Sicché, ogni eventuale diversa soluzione, quale la richiesta di un contributo a carico della coppia, pure assai diffusa presso molti centri, risulta contraria al dettato normativo, e perciò illegittima. Al contrario, per gli embrioni in stato di abbandono il regime dei costi previsto dal decreto, mutando, pone ogni onere in capo allo Stato. Il tutto secondo un distinguo certamente apprezzabile, quando non addirittura opportuno.

A ciò si aggiunga che, sebbene direttamente utile a dirimere le problematiche di tipo prettamente economico connesse al ricorso alla crioconservazione, in realtà questa stessa previsione, fatta oggetto di più attenta analisi, risulta ugualmente significativa anche allo scopo di definire i profili di responsabilità connessi al ricorso alla pratica *de qua*. Ed infatti, laddove stabilisce che «tutti gli embrioni che sono in attesa di un futuro impianto verranno congelati e crioconservati presso i centri dove le tecniche sono state effettuate», il testo delle Linee guida in esame pare individuare sempre in questi centri i soggetti responsabili della loro crioconservazione. Interpretazione, questa, altresì rafforzata dal mancato trasferimento di tutti gli embrioni in stato di abbandono presso quella Biobanca Nazionale, che, *de jure*, avrebbe dovuto essere istituita presso il Centro trasfusionale e di immunologia dei trapianti dell'Ospedale Maggiore di Milano. Per questa parte, infatti, il decreto ministeriale con cui, nel 2004, sono state adottate le Linee guida in materia non è mai stato attuato. Conseguentemente, non è mai stata data attuazione a quel progetto di centralizzazione che, laddove realizzato, non solo avrebbe contribuito ad una più ordinata e controllata gestione di quella massa (ad oggi indeterminata nella quantità) di embrioni attualmente crioconservati nei diversi centri presenti in Italia, ma avrebbe altresì permesso di imputare a quest'unico soggetto ogni responsabilità di tipo gestionale.

Diversamente, le Linee guida approvate nel 2015, superando il distinguo tra embrioni in attesa di impianto ed embrioni in stato di abbandono, stabiliscono che «tutti gli embrioni non immediatamente trasferiti verranno congelati e crioconservati presso i centri dove le tecniche sono state effettuate e i relativi oneri sono a carico dei medesimi centri», rinviando per il resto a quanto previsto nel paragrafo E.9 dell'Accordo Stato-Regioni stipulato il 15 marzo 2012<sup>30</sup>.

E qui il compito dell'interprete inizia a complicarsi.

Tale accordo, infatti, contiene una regolamentazione parzialmente diversa, sia per quanto riguarda la qualificazione degli embrioni crioconservati sia per quel che concerne l'imputazione dei costi connessi alla crioconservazione. Anzitutto, esso si riferisce a «tutti gli embrioni che sono in attesa di un futuro impianto», che vanno «congelati e crioconservati presso i Centri dove vengono effettuate le tecniche»,

<sup>30</sup> Si tratta dell'Accordo avente ad oggetto «Requisiti minimi organizzativi, strutturali e tecnologici delle strutture sanitarie autorizzate di cui alla legge 19 febbraio 2004, n. 40 per la qualità e la sicurezza nella donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di cellule umane».



con onori per la cui determinazione si rimanda alla «normativa vigente». Quindi, tratta degli «embrioni, definiti “in stato di abbandono”, prodotti prima della legge 40», rispetto ai quali, invece, è la Regione ovvero la Provincia autonoma di competenza ad esser chiamata «a stabilire i criteri per allocare i costi di crioconservazione». Ebbene, di là dalla distanza che separa il riparto nuovamente operato dall'Accordo *de quo* tra «embrioni in attesa di un futuro impianto» ed «embrioni, definiti “in stato di abbandono”, prodotti prima della legge 40» dall'unitaria considerazione che di essi ne fa le Linee guida del 2015, parlando di «embrioni non immediatamente trasferiti», è indubbio che, già sotto tale profilo, le previsioni contenute nel primo sollevano tutta una serie di dubbi. Essi, in particolare, concernono la precisazione che l'Accordo fa, definendo come embrioni abbandonati quelli prodotti prima dell'entrata in vigore della legge 40. Si tratta in effetti di una precisazione di cui non «non è facile comprendere il senso». Essa, infatti, «si rileva sotto il profilo dell'individuazione dei soggetti competenti a regolare il regime dei costi, ma non influisce nell'immediato e praticamente sullo stato degli embrioni abbandonati, per i quali si dispone in ogni caso la crioconservazione. Non è chiaro, in particolare, se detti embrioni, prodotti prima della legge n. 40, debbano oramai ritenersi inadatti all'impianto (in considerazione dell'eccessiva durata della crioconservazione?) o se, invece, anche per questi, i centri di PMA debbano sopportare i costi di congelamento in vista di una futura richiesta di impianto»<sup>31</sup>. Parimenti problematico, è, inoltre, il rinvio che, per quanto concerne i costi, lo stesso Accordo fa alla «normativa vigente». In effetti, fino al 2015 tale normativa era quella contenuta nelle già citate Linee guida ministeriali del 2008, poi sostituite da quelle approvate il 1° luglio 2015. Queste, però sul punto nulla dispongono, limitandosi a richiamare l'Accordo del 2012 che, a sua volta, rinvia alle Linee guida del 2008. Sicché, per effetto di un opinabile uso della tecnica del rinvio ad altre fonti<sup>32</sup>, la questione dei costi sembrerebbe oggi doversi definire lungo la duplice direttiva precedentemente indicata, ponendo, quindi, gli oneri economici a carico dei centri di P.M.A. laddove si tratti di embrioni in attesa di futuro impianto, ovvero a carico dello Stato laddove, invece, si tratta di embrioni in stato di abbandono. Tuttavia, alla luce delle considerazioni prima svolte, un simile regime dei costi sembra mal conciliarsi con la qualificazione degli embrioni crioconservati di cui ai testi da ultimo richiamati, delineando sul punto un quadro normativo dai tratti non perfettamente definiti.

### 5.1. ... e questioni prospettiche

Se già per i profili fin qui considerati le Linee guida mostrano tutti i propri limiti, non offrendo risposte chiare e dirette a talune delle più pressanti domande quotidianamente poste dalla crioconservazione di embrioni “non assolutamente inadatti all'impianto”, addirittura per le questioni definite “prospettiche” il contributo da esse offerte ai fini della loro definizione è parso fin da subito assolutamente liminare, essendo circoscritto alla specificazione dei presupposti in presenza dei quali può dirsi accertato quello stato di abbandono dell'embrione, prodromico ad avviare la discussione su quale possa essere la sua destinazione.

<sup>31</sup> M.P. IADICICCO, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*, cit.,

<sup>32</sup> Sull'uso della tecnica del rinvio ad altre fonti da parte della Linee guida ministeriali del 2015, e sulle problematiche a ciò connesse, cfr. B. LIBERALI, *Il problematico intervento delle Linee guida ministeriali e regionali nelle materie in cui viene in rilievo l'evoluzione scientifica*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2016, 252 ss.

In effetti, sul punto, il decreto del 2004, dopo aver puntualizzato che occorre distinguere due diverse tipologie di embrioni crioconservati, ossia quella degli embrioni «che sono in attesa di un futuro impianto, compresi tutti quelli crioconservati prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004», e quella «degli embrioni per i quali sia stato accertato lo stato di "abbandono"», specifica, a tale ultimo proposito, che, per definire lo stato di abbandono di un embrione, devono ricorrere delle precise condizioni. In particolare, al riguardo, il decreto stabilisce che il centro «deve avere una rinuncia scritta al futuro impianto degli embrioni crioconservati da parte della coppia di genitori o della singola donna (nel caso di embrioni prodotti con seme di donatore e in assenza di partner maschile, prima della normativa attuale)», oppure «deve documentare i ripetuti tentativi eseguiti per almeno un anno di ricontattare la coppia o la donna in relazione agli embrioni crioconservati», con l'ulteriore specificazione che «solo nel caso di reale, documentata impossibilità a rintracciare la coppia l'embrione potrà essere definito come abbandonato».

Tuttavia, tale previsione, che pure torna nel decreto con cui nel 2008 sono state aggiornate le Linee guida ministeriali in tema di P.M.A., non solo viene messa in discussione nella Relazione finale della Commissione di Studio sugli "Embrioni crioconservati nei centri di PMA" del 2010, nominata dall'allora Ministro della Salute e delle Politiche Sociali, ma, forse anche per le conclusioni cui tale commissione perviene al tempo<sup>33</sup>, finisce addirittura per scomparire nel testo delle Nuove Linee guida adottate nel 2015.

Sicché, anche solo a proposito del profilo che si va trattando, il contributo delle norme ministeriali da eliminare si annulla completamente, lasciando privo di soluzione il dubbio su quali siano (o meglio debbano essere) le situazioni al ricorrere delle quali, essendo ormai inopinabile l'impossibilità di procedere ad un impianto degli embrioni crioconservati appunto perché "abbandonati", si possa iniziare a valutare come dare soddisfazione tanto alle aspettative di vita dell'embrione rimasto ormai "orfano" quanto al desiderio dei genitoriali di altra coppia (ma anche della donna *single*) pronta ad accoglierlo.

## 5.2. *Segue: sulle possibilità ed i limiti di una loro adozione*

Sebbene, rispetto al profilo da ultimo richiamato, sarebbe utile anche solo un intervento ministeriale che si limitasse a far chiarezza al riguardo, è evidente, invece, che la definizione del destino degli embrioni "non assolutamente inadatti all'impianto" non può che spettare all'organo parlamentare, la cui

<sup>33</sup> In effetti, prendendo posizione sulla "rinuncia" quale presupposto utile alla dichiarazione di abbandono degli embrioni, la Commissione di Studio sugli "Embrioni crioconservati nei centri di PMA", nominata con Decreto del Ministro del Lavoro della Salute e delle Politiche Sociali il 25 giugno 2009, ammonisce: «La rinuncia espressa o tacita all'impianto non consente da sola di qualificare gli embrioni in stato di abbandono (o comunque di definitivo abbandono). Anzitutto la rinuncia, quando è meramente volontaria, contrasta con l'obbligo legale dell'impianto, e perciò sembra incoerente che l'ordinamento precluda la possibilità dell'adempimento (seppur tardivo) di un obbligo che esso stesso ha posto. Inoltre, negare la possibilità di una revoca di tale rinuncia contrasterebbe, da un lato, con un elementare principio di libertà e, dall'altro, con l'interesse dell'embrione all'impianto. L'irrevocabilità della rinuncia, pertanto, dovrebbe essere integrata da un elemento oggettivo, di carattere medico-scientifico, che giustifichi in termini di definitività il venire meno dell'obbligo di impianto. L'irrevocabilità della rinuncia dovrebbe quindi essere, anzitutto, l'effetto di una valutazione condotta sulla base di rigorosi parametri medico-sanitari, in relazione ai quali la donna sia giudicata non più fisicamente idonea alla gravidanza, a causa dei pericoli che correrebbe la sua salute». Il testo di tale Relazione è consultabile all'indirizzo: [https://www.salute.gov.it/imgs/C\\_17\\_minpaq\\_658\\_documenti\\_documento\\_1\\_fileAllegatoDoc.pdf](https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_minpaq_658_documenti_documento_1_fileAllegatoDoc.pdf).

discrezionalità in materia, anche in quanto più volte rimarcata dalla Corte costituzionale, non sembra possa essere in alcun modo negata o anche solo scardinata<sup>34</sup>.

È indubbio, però, che, in tutti questi anni, tale discrezionalità è stata poco o male esercitata da parte del legislatore, nonostante i numerosi appelli, che, soprattutto in funzione correttiva del testo approvato nel 2004, gli sono stati rivolti da molta parte della dottrina. E senza alcuna particolare attenzione nei confronti dei successivi interventi caducatori del Giudice delle leggi, che, nel tempo, hanno completamente decostruito l’impianto della legge, tanto da marcare la necessità di un ripensamento complessivo, in via legislativa, delle scelte già positivizzate in materia.

Ciò, peraltro, non ha impedito che quello stesso dibattito si spostasse in altre sedi, tentando di trovare in esse soluzioni, diverse da quelle legislative, ed ispirate alla necessità di un più giusto bilanciamento tra i diversi interessi rilevanti in tema.

Ne sia riprova il fatto che, già nei tempi immediatamente successivi alla promulgazione della legge n. 40/2004, la *vexata quaestio* concernente la sorte degli embrioni crioconservati ha interessato non soltanto molta parte della dottrina, fin da subito consapevole dei molti limiti presenti al riguardo all’interno del testo normativo *de quo*, ma anche l’organo consultivo del Governo per le questioni bioetiche, il quale, infatti, nel 2005, con il documento sull’“Adozione per la Nascita (APN)”, tentando di sanare un importante vuoto legislativo, ha tracciato un solco importante nella direzione di un possibile impiego degli embrioni crioconservati funzionale ad assicurare loro il soddisfacimento della propria aspettativa di vita<sup>35</sup>.

La c.d. “adozione prenatale”, da esso proposta, consente, infatti, ai genitori adottivi di garantire la gestazione ed il parto del figlio biologicamente differente dalla madre gestante e partoriente, così da rendere quella che è una mera aspettativa di vita una possibilità dotata di una qualche concretezza.

Ovviamente, il C.N.B. è ben consapevole che, anche al proprio interno, vi sono opinioni del tutto discordanti in merito a quale sia o meglio debba essere lo statuto dell’embrione ed il grado di tutela a questi spettante. Ciononostante, esso è pure perentorio nell’affermare che, laddove non vi sono interessi antagonisti all’impianto e all’avvio di una gestazione, l’interesse prioritario dell’embrione che deve trovare soddisfacimento è l’ottenimento della nascita. E tale interesse, secondo i membri del C.N.B., non potrebbe che essere garantito dall’intervento «di eventuali altre coppie intenzionate ad

<sup>34</sup> Una prima espressa affermazione di tal genere si ritrova in Corte Costituzionale, sentenza 26 settembre 1998, n. 347, punto 4 del *Considerato in diritto*, in *Consultaonline.it* (all’indirizzo [Giurcost.org](http://Giurcost.org)). Più di recente, essa viene ribadita in Corte costituzionale, sentenza 10 giugno 2014 n. 162, punto 5 del *Considerato in diritto*, in *Consulta on line* (all’indirizzo: [Giurcost.org](http://Giurcost.org)).

<sup>35</sup> COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *L’adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A.)*, cit. In effetti, nel documento *de quo* (1, 2), premesso che «la legge nulla dice in positivo sul futuro destino degli embrioni congelati e abbandonati, lasciando ipotizzare tutto al più che essi, nel loro stato di crioconservazione, debbano essere custoditi fino al momento della loro estinzione naturale (momento peraltro allo stato attuale indeterminabile da parte della scienza)» si avverte la necessità di «riconoscere che la L. 40 su questo punto ha bisogno di essere integrata. Se sono vite umane a pieno titolo è giusto dare agli embrioni la possibilità di nascere, anche attraverso quella pratica, per alcuni obiettivamente conturbante, che il CNB ha denominato Adozione per la nascita (APN). Il diritto alla nascita non può che prevalere su ogni considerazione etica e giuridica in senso contrario, che pur metta in corretta evidenza i non piccoli problemi che scaturiscono da questa soluzione».

assicurare il loro trasferimento e la loro nascita»<sup>36</sup>, stante la difficoltà (quando non addirittura l'impossibilità) di configurare altri rimedi ugualmente utili a soddisfare l'aspettativa di vita dell'embrione. Né d'altra parte, come già osservato dalla dottrina proprio a commento di tale documento, sarebbe preferibile «perpetrare *sine die* la conservazione in azoto liquido dello stesso o, ancor meno, attenderne l'estinzione, facendo così svanire definitivamente qualsiasi speranza di essere impiantato e venire alla luce»<sup>37</sup>.

È questa, del resto, una posizione perfettamente in linea con precedenti orientamenti dello stesso Comitato, il quale, già nel 1996<sup>38</sup>, nel prendere in considerazione il problema degli embrioni crioconservati in stato di abbandono, sul presupposto che il prodotto del concepimento debba essere considerato vita umana, «alla quale l'ordinamento giuridico è tenuto a garantire le condizioni più favorevoli allo sviluppo e alla nascita»<sup>39</sup>, ha sottolineato la necessità di garantire loro una possibilità di vita e di sviluppo, prospettando una soluzione anticipatoria di quella poi meglio delineata nel documento in commento.

Né, a contrastare l'ammissibilità della pratica adottiva, soccorrono invincibili obiezioni di carattere etico. Nella valutazione attenta che di queste fanno i membri del Comitato, tali obiezioni paiono infatti perfettamente superabili, in ragione dell'intento che, in questi casi, muove la scelta a favore dell'adozione, sicché, se è indubbio che l'A.P.N. potrebbe «esporrebbe gli embrioni residuali, congelati sì, ma viventi, al rischio di morire o di non essere comunque usati a fini procreativi», è altrettanto vero che «l'intenzione di chi scongelasse un embrione per dargli la possibilità di una APN è evidentemente orientata alla sua nascita e non alla sua morte, pur se è prevedibile, come effetto non intenzionale della pratica, la possibilità dell'insuccesso o della mancata realizzazione della stessa»<sup>40</sup>. E comunque, ricorda la Consulta, il congelamento e il successivo scongelamento degli embrioni sono previsti dalla stessa legge. Conseguentemente, nel caso in cui l'obiezione in questione fosse reputata di qualche pregio, si dovrebbe pervenire alla conclusione, paradossale ed inaccettabile, di negare alla donna, impedita a un

<sup>36</sup> COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A.)*, cit., 4.

<sup>37</sup> Così, M.P. IADICICCO, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*, cit., 192, 193.

<sup>38</sup> COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Identità e statuto dell'embrione umano*, Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per l'informazione e l'editoria, 22 giugno 1996. In realtà, di embrioni il Comitato Nazionale di Bioetica si è occupato anche in molti altri documenti, che hanno considerato vari, ma connessi, profili. Tra questi, si ricordino: *Dichiarazione sulla possibilità di brevettare cellule di origine embrionaria umana*, 25 febbraio 2000; *Protezione dell'embrione e del feto umani. Parere del CNB sul progetto di Protocollo dei Comitati di bioetica del Consiglio d'Europa e impiego terapeutico delle cellule staminali*, 31 marzo 2000; *Parere su ricerche utilizzando embrioni umani e cellule staminali*, 11 aprile 2003; *Considerazioni bioetiche in merito al c.d. "ootide"*, 15 luglio 2005; il già citato *L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A.)*; *Destino degli embrioni derivanti da procreazione medicalmente assistita e non più impiantabili*, 26 ottobre 2007. Tutti tali documenti sono liberamente consultabili sul sito istituzionale dell'Esecutivo, all'indirizzo: [Governo.it](http://Governo.it).

<sup>39</sup> COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A.)*, cit., 4.

<sup>40</sup> COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A.)*, cit., 6.

impianto immediato dell’embrione, la possibilità di realizzarlo successivamente, grazie allo scongelamento del suo embrione congelato in stato di necessità e urgenza. Al tempo stesso, neppure si potrebbe fondatamente propendere per l’inaccettabilità della pratica adottiva, considerandola una sorta di accanimento terapeutico nei confronti degli embrioni, che addirittura suggerirebbe l’idea della liceità del “lasciar[li] morire” dopo il loro scongelamento, senza effettuarne il trasferimento in utero. Basti in questo senso considerare che tale trasferimento è l’unico mezzo per far nascere il concepito, sicché esso non può certo considerarsi accanimento terapeutico. Del resto, osservano i redattori del documento in esame, «questo implica il ricorso a mezzi sproporzionati per proseguire una vita o forse meglio, per simulare una prosecuzione di vita, già esaurita o comunque condannata a terminare in brevissimo termine», laddove, invece, «nulla è più proporzionato per un concepito che l’utero, l’unica “residenza” che gli offre la possibilità di sopravvivere e poi di nascere»<sup>41</sup>. Né, sempre al fine di contrastare l’ammissibilità della pratica in esame, potrebbe seriamente affermarsi la sua inutilità agli scopi per i quali è stato ideato, sostenendo che il ricorso all’adozione non sarebbe comunque in grado di far nascere un numero rilevante di embrioni, da un lato a causa della morte a cui, per effetto dello scongelamento, andranno incontro molti, e dall’altro in ragione delle scarse probabilità che le domande di A.P.N. presentate siano numericamente tali da soddisfare l’aspettativa di vita di tutti gli embrioni crioconservati. A tanto, infatti, è facile replicare che «la possibilità di far nascere anche un solo embrione giustifica il ricorso all’APN e che la finalità della APN non è certo quella dell’incremento demografico, ma della massimizzazione del rispetto nei confronti della vita umana prenatale»<sup>42</sup>.

Argomentata in questi termini, l’accettabilità etica della proposta finalizzata all’introduzione dell’A.P.N. in funzione risolutoria, almeno pro-parte, del problema del destino degli embrioni residuali si traduce allora non soltanto nell’avvertenza della doverosità di una ampia promozione dell’istituto della A.P.N. e di un significativo sostegno alle coppie che ne facciano richiesta, ma anche e soprattutto nell’invito, rivolto al legislatore, di tradurre questa soluzione in termini giuridici, tracciandone le coordinate principali.

In particolare, però, per quel che qui rileva, la regolamentazione cui il Comitato di Bioetica pensa, compendiandola nell’espressione “adozione per nascita”, «ha il merito, richiamando l’adozione legittimante e la sua disciplina, di porre in primo piano i valori di solidarietà, generosità e responsabilità e irrevocabilità dell’atto che dovrebbero caratterizzare il comportamento dei genitori o del genitore deciso a portare a nascita un embrione residuale e abbandonato»<sup>43</sup>.

In questo senso, quindi, e per riallacciare il filo che lega le considerazioni che si vanno svolgendo alle notazioni fatte in premessa, essa già ha il pregio di caratterizzare il destino degli embrioni “sospesi” in senso maggiormente conforme a quello spirito altruistico con cui, da sempre, nell’usanza partenopea si accompagna l’offerta di un caffè ad uno sconosciuto.

---

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *L’adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A.)*, cit., 4.

### 5.3. *Segue*: sulla regolamentazione della donazione dei gameti

Esattamente analizzata, la proposta avanzata dal Comitato per la Bioetica scopre tuttavia un ulteriore nervo scoperto del dettato legislativo. Essa, infatti, presuppone non soltanto l'accertamento della definitività dell'abbandono dell'embrione da parte dei genitori biologici ma anche la sua donazione a favore della coppia ovvero della donna che, per spirito di solidarietà, generosità e responsabilità, e comunque in modo irrevocabile, decidono di soddisfarne l'aspettativa di vita.

Ma, a tacere dei molti dubbi già da tempo espressi sul piano della definitività dell'abbandono, considerato allo stato una condizione irrealizzabile<sup>44</sup>, e perciò bisognoso di trovare soluzione in un più generale ripensamento legislativo della disciplina del consenso, l'ipotesi di un simile potere dispositivo sull'embrione da parte dei genitori biologici, in quanto non previsto né disciplinato dal legislatore, rappresenta in sé un'ulteriore difficoltà per l'interprete, chiamato ad intendere l'utilizzabilità di un simile schema negoziale nel peculiare caso di specie.

In questa prospettiva, però, a rilevare sono anzitutto le ragioni che, in sede di stesura del testo legislativo, hanno spinto il legislatore a non dir nulla né riguardo alla donazione di gameti<sup>45</sup>, né tanto meno a proposito della donazione di embrioni. E queste ragioni, come è ben noto, sono da riallacciare al fermo divieto di ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo che, caducato solo più tardi in conseguenza dell'intervento demolitorio della Corte costituzionale<sup>46</sup>, ha originariamente reso di per sé inutile la previsione di una disciplina sulla donazione di cellule riproduttive.

<sup>44</sup> In questo senso, il riferimento è alle conclusioni rassegnate dalla "Commissione di Studio sugli embrioni crioconservati nei centri di PMA", specie in tema di accertamento della definitività dell'abbandono degli embrioni da parte dei genitori biologici, nella propria Relazione finale. Su tali profili, di cui si è già discusso, si rinvia alla nota n. 31. È però opportuno notare come, a fronte del problema della sorte degli embrioni crioconservati, quella della Commissione *de qua* è una posizione "improduttiva" di un qualche risultato utile. Come infatti puntualmente osservato in dottrina: «Nella relazione finale, le speranze della Commissione non vengono riposte nella introduzione di regole chiare e precise, idonee a orientare gli interpreti, gli operatori del settore e gli aderenti alle tecniche di P.M.A. oppure nell'elaborazione di istituti nuovi sagomati attorno all'embrione in vitro, che sfugge, per sua natura, alla rigida dogmatica privatistica. Diversamente si confida nel progresso scientifico affinché individui "criteri e metodologie per diagnosticare la morte o comunque la perdita di vitalità degli embrioni crioconservati: si arriverà così a superare l'attuale paradosso, legalmente inevitabile, di una crioconservazione che potrebbe non avere mai un termine"»; così S. P. PERRINO, *Fecondazioni postume e destinazione delle cellule riproduttive alla ricerca*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2020, 250.

<sup>45</sup> Sull'inidoneità, nel caso di specie, dello schema contrattuale della donazione si leggano le interessanti osservazioni di S.P. PERRINO, *La donazione di cellule riproduttive e l'indennità per spese e inconvenienti*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 4, 2019, 1316 ss.

<sup>46</sup> Corte costituzionale, sentenza 10 giugno 2014 n. 162, cit. A commento di tale decisione, tra i molti autori che l'hanno annotata, si rinvia a: A. D'ALOIA, *Quel che resta della legge 40*; M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, I. RIVERA, *Quando il desiderio di avere un figlio diventa un diritto: il caso della legge n. 40 del 2004 e della sua (recente) incostituzionalità*; C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*; S. AGOSTA, *L'anabasi (tra alterne fortune) della fecondazione eterologa a dieci anni dalla l. n. 40/2004*; G. CAPIZZI, *Questioni vecchie e nuove su status filiationis e PMA. Breve cronistoria*; M. CASINI, C. CASINI, *Il dibattito sulla PMA eterologa all'indomani della sentenza costituzionale n. 162 del 2014. In particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l'"adozione per la nascita"*; B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*; M. CITTÀ, *Mamma, ho perso la cicogna! (Dialogo intorno all'inesistente diritto contro l'esistenza)*, tutti in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2014; A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*; G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte*



cost., sent. n. 162/2014), entrambi in *Consulta on line* (all'indirizzo [Giurcost.org](http://Giurcost.org)), Sezione Studi, 2014; G. BERTI DE MARINIS, *Il ruolo della giurisprudenza nell'evoluzione della disciplina in tema di procreazione medicalmente assistita*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2014, 1716 ss.; C. CICERO, E. PELUFFO, *L'incredibile vita di Timothy Green e il giudice legislatore alla ricerca dei confini tra etica e diritto; ovverosia, quando diventare genitori non sembra (apparire) più un dono divino*, in *Diritto di famiglia*, 2014, 1290 ss.; E. DOLCINI, *La legge sulla procreazione assistita dieci anni dopo: la metamorfosi continua*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, 1669 ss.; A. MORRESI, *Fecondazione eterologa in Italia: il perché di un vuoto normativo*, in *Diritto e processo*, 2014, 161 ss.; A. RUGGERI, *La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al “dialogo” con la Corte Edu*, in [Forumcostituzionale.it](http://Forumcostituzionale.it), 14 giugno 2014; Id., *La sentenza sulla fecondazione “eterologa”: la Consulta chiude al “dialogo” con la Corte EDU*, in *Questioni costituzionali*, 2014, 659 ss.; V. TIGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 13 giugno 2014; S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*; G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, entrambi in [Forumcostituzionale.it](http://Forumcostituzionale.it), 2, 2014; F. GIRELLI, *Bastano le garanzie interne per dichiarare l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa*; F. PERRINI, *La legge 40/2004: la sentenza n. 184/2014 della Corte costituzionale e i principali orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo*, entrambi in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014; L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in *Rivista AIC, Osservatorio costituzionale*, luglio 2014; V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo*, in [Dirittifondamentali.it](http://Dirittifondamentali.it), 2, 2014; V. CARBONE, *Sterilità di coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*, in *Europa e diritto privato*, 2014, 1105; G. CASABURI, *Requiem (gioiosa) per il divieto di fecondazione eterologa: l'agonia della l. 40/2004*, in *Famiglia e diritto*, 2014, 753 ss.; M. CASINI, *Il “figlio a tutti i costi” e la “procreazione medicalmente assistita”. Così la Corte costituzionale dimentica il primato degli interessi e dei diritti dei minori La sentenza n. 162 del 2014 e il ritorno dell'eterologa in Italia*, in *Medicina e morale*, 2014, 67 ss.; C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in *Confronticostituzionali.eu*, 17 giugno 2014; C. CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2014, 1005 ss.; M. D'AMICO, M.P. COSTANTINI, *L'illegittimità costituzionale della «fecondazione eterologa» (Analisi critica e materiali)*, Milano, 2014, 25 ss. L. D'AVACK, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, 393 ss.; G. FERRANDO, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, in *Corriere Giuridico*, 2014, 1068 ss.; Id., *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione «eterologa»*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, 1123 ss.; A. QUERCI, *La fecondazione eterologa dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014: attuabilità immediata e problemi aperti*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2014, 469 ss.; L. RISICATO, *La Corte costituzionale supera le esitazioni della CEDU: cade il divieto irragionevole di fecondazione eterologa*, in *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 2014, 1487 ss.; M.G. RODOMONTE, *È un diritto avere un figlio?*, in *Confronticostituzionali.eu*, 2014; U. SALANITRO, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete*, in *Studium Iuris*, 11, 2014, 1243 ss.; R. SAPIENZA, *Ancora sulla sentenza del 10 giugno 2014, n. 162, della Corte costituzionale. La fecondazione eterologa tra margine d'apprezzamento e vincolo di interpretazione conforme alla Convenzione europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, 238 ss.; P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro “pilastro”: illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in [Forumcostituzionale.it](http://Forumcostituzionale.it); A. VALLINI, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione “eterologa”*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, 825 ss.; R. VILLANI, *La caduta del divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo: le ragioni della sua incostituzionalità e i successivi «indirizzi operativi» della conferenza delle regioni*, in *Studium Iuris*, 2014, 1243 ss.; F. ANGELINI, *Dalla fine di un irragionevole divieto al caos di una irragionevole risposta. La sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale, lo Stato e le Regioni sulla fecondazione assistita eterologa*, in *Istituzioni del federalismo*, 1, 2015; M. BASILE, *I donatori di gameti*, in *Nuova giurisprudenza commentata*, II, 2015, 223 ss.; A. CIERVO, *Una questione privata (e di diritto interno). La Consulta dichiara incostituzionale il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, in <https://diritti-cedu.unipg.it/2015>; M.A. IANNICELLI, *La fecondazione eterologa tra giudice e legislatore: una questione ancora aperta*, in *Corriere giuridico*,

Dal canto suo, la pur storica dichiarazione di illegittimità di tale divieto, che ha spianato la strada alla donazione ed all'impiego di gameti, non è stata immediatamente accompagnata dalla positivizzazione, in via legislativa, di regole utili a disciplinare la donazione embrionaria fatta da terzi ai fini di un successivo *transfer*.

Ed infatti non sono state introdotte norme, neppure minime, in materia di consenso informato per il donatore. Non è stata prestata alcuna attenzione alla necessità di una disciplina positiva delle indennità per le assenze, giornaliere o orarie, per le spese, e per gli inconvenienti<sup>47</sup>. È mancata pure una normativa puntuale sulla destinazione specifica o generica delle cellule specializzate donate e sui test obbligatori. Ed infine, non sono state neanche fissate indicazioni sulle modalità di selezione dei donatori, né sono state previste limitazioni al numero di donazioni da parte del medesimo donatore<sup>48</sup>.

Il tutto, con la conseguente apertura di falle all'interno del sistema ordinamentale, in grado di porre un serio problema di certezza giuridica.

Tale problema, però, non è stato avvertito dai giudici costituzionali, i quali, infatti, contrariamente a quanto eccepito dall'Avvocatura di Stato<sup>49</sup>, hanno sostenuto che la rimozione del divieto di eterologa non avrebbe comportato alcun vuoto di tutela<sup>50</sup>, stante la possibilità di rinvenire già all'interno dell'ordinamento principi e regole applicabili alla donazione di gameti, ricavandole dalle norme in materia di

2015, 64 ss.; P. SANFILIPPO, *La riscrittura giurisprudenziale della legge n. 40/2004: un caso singolare di eterogenesi dei fini*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, 307 ss.; S. TONOLO, *Il diritto alla genitorialità nella sentenza della Corte costituzionale che cancella il divieto di fecondazione eterologa: profili irrisolti e possibili soluzioni*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 10, 2016, 1360 ss.

<sup>47</sup> Per quanto concerne gli inconvenienti, è il considerando 17 della Direttiva 2004/23/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 «sulla definizione di norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani» (in G.U.U.E. L. 102/48 del 07.04.2004), che fa ad essi riferimento, precisando che: «L'uso di tessuti e cellule destinati ad essere applicati al corpo umano può causare malattie ed effetti indesiderati». In questo senso, dunque, gli inconvenienti devono intendersi alla stregua delle malattie e degli effetti indesiderati della procedura finalizzata al prelievo dei gameti. Lo stesso considerando, però, avverte pure che: «La maggior parte di tali inconvenienti può essere evitata mediante un'attenta valutazione dei donatori ed il controllo di ciascuna donazione in conformità delle norme stabilite e aggiornate in conformità dei migliori pareri scientifici disponibili».

<sup>48</sup> Ad evidenziare tali mancanze è S.P. PERRINO, *La donazione di cellule riproduttive e l'indennità per spese e inconvenienti*, cit., 1308, 1309.

<sup>49</sup> Per l'Avvocatura dello Stato, infatti, «le questioni sarebbero inammissibili anche perché il loro eventuale accoglimento determinerebbe un vuoto normativo (in relazione alla tutela di tutte le parti coinvolte dalla PMA eterologa, al numero delle donazioni possibili, al diritto a conoscere il genitore genetico, al diritto di accesso alla fecondazione eterologa), che può essere colmato esclusivamente dal legislatore ordinario, al quale sono riservate le relative scelte»; Corte costituzionale, sentenza 10 giugno 2014 n. 162, cit., punto 9.1 del *Ritenuto in fatto*.

<sup>50</sup> Al riguardo, in sentenza, la Corte, al fine di fugare ogni dubbio sull'assenza delle lacune paventate quale effetto della caducazione del divieto di eterologa, anzitutto insiste sull'inclusione delle tecniche di fecondazione di tipo eterologo nel più ampio *genus* della fecondazione assistita, ritenendo perciò applicabili alla prima le disposizioni contenute nella legge n. 40/2004, con specifico riguardo a quelle concernenti i requisiti soggettivi; il consenso informato; l'autorizzazione delle strutture abilitate all'esercizio di tali funzioni; e la documentazione necessaria per l'accesso ai trattamenti di P.M.A. È questa, tuttavia, un'impostazione fortemente contrastata non soltanto dagli "addetti ai lavori", ma anche da certa dottrina. Essa, infatti, cozza anzitutto contro le risultanze dell'Audizione del Ministro della Salute del 29 luglio 2014, dinanzi alla Commissione Affari sociali della Camera dei deputati, alla cui stregua: «dal punto di vista sanitario la fecondazione eterologa non può essere considerata una semplice variante di quella omologa, perché implica un'azione in più, totalmente nuova rispetto all'omologa: la

donazioni di tessuti e cellule<sup>51</sup>. Rimandando, poi, ad un successivo aggiornamento delle Linee guida in materia la regolamentazione dei profili comunque sprovvisti di adeguata disciplina<sup>52</sup>.

Tuttavia, all'interprete chiamato a procedere ad un inquadramento della donazione dei gameti, il «ginepraio di fonti stratificate e poco integrate»<sup>53</sup> in cui, per effetto della decisione della Corte, è costretto ad addentrarsi non pare sempre idoneo ad offrire adeguate tutele ai soggetti coinvolti.

E ciò a partire dalla disposizione in tema di anonimato<sup>54</sup>.

A fronte infatti di tale regola, che impedisce al donatore ed alla coppia ricevente di conoscere le rispettive identità, all'evidente scopo di garantire che, nel rispetto del principio di solidarietà, la scelta della donazione venga adottata a scopi meramente altruistici, senza rischi di coartazione (seppur indiretta) della volontà del donante, si è immediatamente opposta la necessità di consentire una qualche forma di tracciamento dell'identità di questi<sup>55</sup>, allorché la conoscenza delle origini del nato sia funzionale

---

selezione di un donatore di gameti» (Il testo di tale audizione è disponibile all'indirizzo: [http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/stenografici/html/12/audiz2/audizione/2014/07/29/indice\\_stenografico.0014.html](http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/stenografici/html/12/audiz2/audizione/2014/07/29/indice_stenografico.0014.html)). Quindi, è, tra gli altri, fortemente criticata da L. D'AVACK, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2014, 1008, secondo cui: «il presupposto, richiamato dalla Corte, che l'eterologa sia una *species* del *genus* PMA e che procedure e tecniche della procreazione omologa possano essere semplicemente adattate all'eterologa è poco condivisibile. L'eterologa, non è una variante qualsiasi della fecondazione assistita omologa e il suo utilizzo cambia gran parte dei criteri dati della legge 40, dato che implica una vicenda che vede l'intervento esterno di un terzo nella formazione della famiglia: il donatore/donatrice di gameti».

<sup>51</sup> In particolare, in ordine, esemplificativamente, alla gratuità e volontarietà della donazione, alle modalità del consenso, all'anonimato del donatore, alle esigenze di tutela sotto il profilo sanitario, il rimando dei giudici costituzionali è agli artt. 12, 13, comma 1, 14 e 15 del D. Lgs. 6 novembre 2007, n. 191, recante «Attuazione della direttiva 2004/23/CE sulla definizione delle norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umane». Anche sotto tale profilo, la decisione della Corte è apparsa assolutamente criticabile a L. D'AVACK, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2014, 1008, per il quale: «il richiamo al d.l. n. 191 del 2007 non è risolutivo, trattando di materiale corporeo ben diverso dai gameti che hanno una portata genetica. I criteri per la donazione di questi ultimi sono piuttosto ricavabili dall'allegato III della Direttiva europea 17/2006, al punto 3, ma la direttiva ancora non è recepita nel nostro Paese, proprio perché riguardava una procedura non legittima».

<sup>52</sup> In particolare, al riguardo, in sentenza, la Corte si riferisce al problema del numero massimo delle donazioni ammissibili da parte di uno stesso donatore, all'evidente scopo di evitare unioni tra persone nate a mezzo dell'impiego delle cellule riproduttive di un medesimo donatore; Corte costituzionale, sentenza 10 giugno 2014 n. 162, cit., punto 12 del *Considerato in diritto*. Assolutamente critico riguardo al rimando che la Corte nell'occasione fa alle Linee guida, confidando in un loro possibile aggiornamento, è L. D'AVACK, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, cit., 1005 ss., per il quale in questo modo la Corte dimostra di aver affrontato i problemi etici e giuridici che scaturiscono dall'eterologa «con grande approssimazione, forse, spiace dirlo, con scarsa competenza».

<sup>53</sup> Qui, il rimando è alla Direttiva 2004/23/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 «sulla definizione di norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani», cit.; nonché al D. Lgs. 6 novembre 2007 n. 191, sull'«Attuazione della direttiva 2004/23/CE sulla definizione delle norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani».

<sup>54</sup> Art. 14 D. Lgs. n. 191/2007, cit.

<sup>55</sup> Al riguardo, la legge prevede l'obbligo di tracciabilità dei campioni di materiale donato mediante codifica (art. 8, comma 3, del D. Lgs. n. 191/2007, cit.).

a soddisfarne specifiche esigenze di salute. D'altro canto, la stessa Corte, nell'individuare i limiti posti al principio dell'anonimato, aveva richiamato il c.d. "diritto alle origini", attraverso l'esplicito rinvio alle previsioni normative fissate sul punto nella normativa in tema di adozione<sup>56</sup>. Non sorprende, allora, che, a distanza di soli pochi mesi dall'intervento della Corte, sia stato, *ex lege*, istituito il «Registro nazionale dei donatori di cellule riproduttive a scopi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo»<sup>57</sup>.

A monte, però, le difficoltà incontrate dall'interprete nell'applicazione estensiva della normativa additata dalla Corte come quella utile a disciplinare pure la donazione di cellule riproduttive emergono chiaramente già dalla limitazione che tale normativa fa del proprio ambito di applicazione, riferendolo alle sole norme in materia di conservazione ma non anche a quelle in tema di donazione, che, infatti, per espressa scelta legislativa, dovranno piuttosto trarsi dalle disposizioni vigenti in materia<sup>58</sup>.

In particolare, alla donazione dei gameti, già per questo considerata caratterizzata «da un regime "speciale" rispetto alle regole generali valide per tutte le donazioni di tessuti e cellule»<sup>59</sup>, si applicano pure, in quanto compatibili, le regole ricavabili dalla normativa in materia di donazione a fini di trapianto di organi, tessuti e cellule<sup>60</sup>.

Ma proprio questa normativa, a base della quale si colloca, quale pietra miliare del sistema, la difesa della qualità e della sicurezza dei tessuti e delle cellule, considerata garanzia di «un elevato livello di protezione della salute umana»<sup>61</sup>, pone non pochi problemi agli interpreti, specie nell'applicazione dei principi di volontarietà e gratuità dei trattamenti che rappresentano i suoi principali corollari.

Si pensi anzitutto alle disposizioni dettate a tutela dell'autodeterminazione personale nella prestazione di un consenso informato e consapevole alle tecniche di donazione. A mezzo di esse, indiscutibilmente,

<sup>56</sup> In particolare, il rimando della Corte è al diritto a conoscere le proprie origini da parte del figlio adottato, ai sensi dell'art. 28, commi 5 e 6, legge 4 maggio 1983, n. 184.

<sup>57</sup> Art. 1, comma 298, legge 23 dicembre 2014, n. 190 ("Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – "Legge di stabilità 2015", in G.U. - Serie Generale n. 300 del 29.12.2014 - Suppl. Ordinario n. 99). Nonostante il tempestivo intervento legislativo, però, «la piena operatività di questo registro si è fatta a lungo attendere», completandosi, solo più di recente, con l'approvazione del Decreto del Ministro della Salute 20 agosto 2019, n. 130, «Regolamento recante disciplina degli obiettivi, delle funzioni e della struttura del Sistema informativo trapianti (SIT) e del Registro nazionale dei donatori di cellule riproduttive a scopi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo», entrato in vigore il 14 novembre 2019; così come ricorda M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020, 213 ss., cui si rimanda anche per la puntuale trattazione del tema della conoscenza delle origini.

<sup>58</sup> Art. 2, comma 3, del D. Lgs. n. 191/2007, cit.: «Alle cellule riproduttive, ai tessuti e alle cellule fetali e alle cellule staminali embrionali, si applicano le disposizioni vigenti in materia. Per la conservazione si applicano le disposizioni di cui al presente decreto in quanto compatibili».

<sup>59</sup> Così, S.P. PERRINO, *La donazione di cellule riproduttive e l'indennità per spese e inconvenienti*, cit., 1313, la quale, peraltro, precisa che: «Le peculiarità che contraddistinguono la donazione dei gameti non si esauriscono nella trama di regole applicabili ma si riscontrano anche nei fini perseguiti e nei correlativi obblighi in capo al centro destinatario delle cellule. La donazione dei tessuti e delle cellule, infatti, prevede un obbligo di "stoccaggio" in capo alla struttura cessionaria, con fini pubblicistici consistenti nella ricerca o trattamenti terapeutici, mentre per i centri PMA sono esclusi i fini di ricerca ed è fatto obbligo non solo di custodire le cellule ma anche di assegnare il campione alle coppie di pazienti che aderiscono ai trattamenti».

<sup>60</sup> Come precisa, S.P. PERRINO, *La donazione di cellule riproduttive e l'indennità per spese e inconvenienti*, cit., 1313: «Si tratta delle norme in materia di donazione tra vivi del midollo osseo, del sangue, della cornea, del fegato, del rene, del polmone, del pancreas, e dell'intestino».

<sup>61</sup> Considerando 1 e art. 12, comma 1, della Direttiva 2004/23/CE, cit.

il legislatore assicura al donatore non soltanto la possibilità di revoca del consenso precedentemente prestato, a mezzo della previsione che impone di fornirgli ogni informazione sul procedimento di donazione prima all'esecuzione del prelievo<sup>62</sup>, ma anche la certezza di un'informazione completa e ed adeguata, che, infatti, dovrà, *ex lege*, essere fornita «da una persona qualificata, capace di trasmetterle in modo chiaro e adeguato, usando termini facilmente comprensibili per il donatore»<sup>63</sup> tutti i dati concernenti «scopo e natura dell'approvvigionamento, sue conseguenze e rischi; esami analitici, se effettuati; registrazione e protezione dei dati del donatore, riservatezza medica; scopo terapeutico e potenziali benefici, nonché informazioni sulle salvaguardie applicabili volte a tutelare il donatore»<sup>64</sup>. Ma, sia pur all'apparenza esaustiva dei diversi profili implicati dalla questione del consenso, tale disciplina manca di chiarire se l'informazione resa al donatore possa dirsi completa solo quando ricomprenda altresì l'esposizione dei costi della procedura e le modalità di indennizzo delle spese e degli inconvenienti<sup>65</sup>.

Né meno esente da profili di criticità è l'applicazione in ambito del principio di gratuità, evidentemente posto a presidio di «una decisione non assunta sulla spinta del bisogno economico o di altro genere di coercizione, ma unicamente per spirito di solidarietà»<sup>66</sup>. Al riguardo, occorre anzitutto precisare che l'applicazione del principio *de quo* non può in alcun modo interpretarsi come ostativa al riconoscimento, a favore del donatore, di un'indennità per le spese vive e per gli inconvenienti. Tale compatibilità, infatti, è stata già da anni espressamente riconosciuta non soltanto dalla normativa europea rilevante in ambito<sup>67</sup>, ma anche dalle diverse leggi vigenti all'interno del nostro sistema ordinamentale in materia di trapianto<sup>68</sup>, che ne hanno giustificato la corresponsione in ragione della particolare onerosità dell'attività richiesta. In questi casi, quindi, la corresponsione di un indennizzo si atteggia non già come remunerazione, ma quale ristoro del tempo richiesto al soggetto in ragione della natura particolarmente onerosa dell'attività svolta. Conseguentemente, l'attribuzione di esso non influisce sulla gratuità della prestazione, così come chiarito anche dalla Corte costituzionale che, pure di recente, ha

<sup>62</sup> Allegato I, lett. a), n. 1, della Direttiva 2004/23/CE, cit.

<sup>63</sup> Allegato I, lett. a), n. 2, della Direttiva 2004/23/CE, cit.

<sup>64</sup> Allegato I, lett. a), n. 3, della Direttiva 2004/23/CE, cit.

<sup>65</sup> In questo senso, S.P. PERRINO, *La donazione di cellule riproduttive e l'indennità per spese e inconvenienti*, cit., 1314.

<sup>66</sup> Il principio di gratuità è espressamente sancito dall'art. 21 della “Convenzione per la protezione dei Diritti dell’Uomo e della dignità dell’essere umano nei confronti dell’applicazioni della biologia e della medicina” firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997.

<sup>67</sup> «I donatori possono ricevere un'indennità, strettamente limitata a far fronte alle spese e agli inconvenienti risultanti dalla donazione. In tal caso, gli Stati membri stabiliscono le condizioni alle quali viene concessa l'indennità»; così art. 12, Direttiva 2004/23/CE, cit.

<sup>68</sup> Le disposizioni di tale contenuto sono: art. 1, legge 26 giugno 1967, n. 458, «Trapianto del rene tra persone viventi» (in G.U. n.160 del 27.06.1967); artt. 5, 6, legge 12 agosto 1993, n. 301, «Norme in materia di prelievi ed innesti di cornea» (in G.U. n. 192 del 17.08.1993); art. 1, legge 16 dicembre 1999, n. 483, «Norme per consentire il trapianto parziale di fegato» (in G.U. n. 297 del 20.12.1999); art. 5, legge 6 marzo 2001, n. 52, «Riconoscimento del Registro nazionale italiano dei donatori di midollo osseo» (in G.U. n. 62 del 15.03.2001); art. 4, legge 21 ottobre 2005, n. 219, «Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati» (in G.U. n. 251 del 27.10.2005); art. 1, legge 19 settembre 2012, n. 2012, «Norme per consentire il trapianto parziale di polmone, pancreas e intestino tra persone viventi», in (G.U. n. 227 del 28.09.2012).



riconosciuto l'indennizzabilità di talune attività in quanto in grado di assolvere, in applicazione del principio di equità, una funzione solidaristica<sup>69</sup>. Ciononostante, e forse anche per la sua mancata esplicitazione nel D.Lgs. n. 191/3007, che si limita infatti a fare espresso riferimento al solo principio di gratuità, il riconoscimento di un'indennità a favore dei donatori di gameti, ed in particolare della donna che si presti ad un'ovodonazione<sup>70</sup>, di fatto è risultato fin da subito una chimera. Sicché, specie nel confronto con le ulteriori diverse leggi che nel nostro Paese disciplinano la materia dei trapianti di cellule, organi o tessuti, tale normativa ha alimentato non poche critiche quanto alla propria capacità di favorire una maggiore implementazione, a livello sociale, della pratica della donazione dei gameti<sup>71</sup>. E ciò ha determinato il moltiplicarsi degli appelli rivolti da giuristi ed operatori del settore al mondo politico ai fini di un intervento che, sotto questo profilo, eliminando un'evidente distonia interna al nostro sistema ordinamentale, possa consentire al nostro Paese di allinearsi agli altri Stati europei<sup>72</sup>.

Peraltro, ferma l'applicabilità in via analogica della normativa appena analizzata<sup>73</sup>, alla regolamentazione della donazione di gameti ha originariamente concorso pure un'ulteriore serie di norme, specificamente previste all'Allegato III della Direttiva 2006/17/CE, la cui applicazione, però, è risultata non

<sup>69</sup> Corte costituzionale, ordinanza 06 dicembre 1988, n. 1073; e, più di recente, sentenza 29 novembre 2018, n. 218. Entrambe le pronunce, che intervengono sull'indennizzo a favore del tutore ai sensi dell'art. 379 c.c., sono consultabili in *Consulta on line* (all'indirizzo [Giurcost.org](http://Giurcost.org));

<sup>70</sup> Profilo, questo, su cui in particolare insiste la Società Italiana della Riproduzione Umana (S.I.R.U.), nella "Proposta relativa alla possibilità di prevedere un indennizzo per i donatori di cellule riproduttive", il cui testo è reperibile all'indirizzo: <https://www.pmaumanizzata.com/PROPOSTASIRUINDENNIZZO.pdf>. Al riguardo, in tale proposta si legge che: «nel rispetto della normativa europea, e segnatamente della Direttiva 2004/23/CE, ben può prevedersi un indennizzo che compensi il maggior sacrificio richiesto alle donatrici di ovociti per il tempo impiegato nell'ovodonazione, senza snaturare la natura gratuita e liberale della donazione stessa». E si precisa altresì che: «Ciò non contrasterebbe nemmeno col divieto di commercializzazione dei gameti previsto dall'art. 12 comma 6 L. 40/2004 stante la differente funzione dell'indennizzo rispetto a qualsiasi forma di corrispettivo o compenso».

<sup>71</sup> «Senz'affatto sostenere che la concreta pratica della donazione dipenda soltanto dall'esistenza di un'adeguata normativa che lo regoli, non si può neppure trascurare di considerare come, nell'esperienza italiana, la carenza delle donazioni di gameti sia comunque stata legata anche alla mancanza di un'adeguata disciplina della stessa, una disciplina attenta quindi non solo alle più complesse implicazioni etiche derivanti dalla donazione di cellule riproduttive, rispetto ad altre tipologie di donazioni di organi o cellule, ma anche calibrata sulle differenti ricadute sulla salute del donante di sperma rispetto a quelle della donatrice di ovociti; inoltre, la normativa in materia non può non tener conto pure del possibile e diffuso ricorso a banche di gameti situate fuori dai confini nazionali»; così, efficacemente, M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., 215, 216.

<sup>72</sup> Al riguardo, ancora la "Proposta relativa alla possibilità di prevedere un indennizzo per i donatori di cellule riproduttive", cit. Tra l'altro, nel corpo della proposta *de qua*, e specificamente a p. 5, non mancano neppure indicazioni circa i criteri da impiegare utilmente ai fini della determinazione dell'ammontare di tale indennizzo. Sulle modalità di corresponsione di quest'indennità, su come cioè essa debba essere determinata e corrisposta, si rinvia altresì a S.P. PERRINO, *La donazione di cellule riproduttive e l'indennità per spese e inconvenienti*, cit., 1325, 1326.

<sup>73</sup> L'applicabilità di tale normativa, ed in particolare delle regole in materia di donazione di sangue e di midollo osseo, è stata peraltro ribadita anche dalla Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome nel «Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014», adottato il 4 settembre 2014, a seguito della conclusione di un accordo volto a «rendere immediatamente esigibile un diritto costituzionalmente garantito su tutto il territorio nazionale» (su cui vedi *infra*). In tale documento, a p. 3, si legge: «La donazione di cellule riproduttive da utilizzare nell'ambito delle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo è atto volontario, altruista, gratuito, interessato solo al "bene



meno problematica di quella della normativa esaminata in precedenza, stante specialmente l'inerzia legislativa nell'adozione dei relativi atti di recepimento. Sicché, a fronte del dettato comunitario, che vanamente ha rimesso al regolatore interno la determinazione dell'individuazione dei limiti di età dei donatori<sup>74</sup>, ci si è a lungo interrogati sull'applicabilità a questi fini dei requisiti soggettivi previsti dall'art. 5 della legge n. 40/2004, ovvero degli indirizzi operativi tracciati dalla Conferenza delle Regioni<sup>75</sup>. Difficoltà non dissimili del resto sono quelle che l'interprete ha immediatamente provato rispetto alla previsione di una serie numerosa di test, tanto generici quanto specifici, che, per scelta del legislatore europeo, i centri deputati all'esecuzione del trattamento avrebbero dovuto svolgere sulla persona del donante, ma che non hanno poi trovato alcuna specificazione né tanto meno disciplina in una qualche norma di recepimento<sup>76</sup>.

---

della salute riproduttiva” di un'altra coppia. Non potrà esistere una retribuzione economica per i donatori/donatrici, né potrà essere richiesto alla ricevente contributo alcuno per i gameti ricevuti. Non si escludono forme di incentivazione alla donazione di cellule riproduttive in analogia con quanto previsto per donazione di altre cellule, organi o tessuti. Ai donatori con rapporto di lavoro dipendente, ovvero interessati dalle tipologie contrattuali di cui al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, possono essere applicate le disposizioni previste dalla normativa vigente in materia di attività trasfusionali e di trapianto di midollo. L'importazione e l'esportazione di gameti sono consentite, rispettivamente, solo da e verso istituti di tessuti accreditati/autorizzati ai sensi della normativa europea vigente in materia. Si rinvia a quanto disposto dal Decreto Min. Salute del 10 ottobre 2012 attuativo dell'art 9 D.Lgs. 191/07. Inoltre, il procedimento di selezione dei donatori e gli accertamenti di screening devono essere conformi al presente documento». Il testo di tale documento è reperibile all'indirizzo: <https://www.camera.it/temiap/2014/09/08/OCD177-429.pdf>.

<sup>74</sup> In effetti, l'Allegato III della Direttiva 2006/17/CE, al punto 3.1, si limita a precisare che: «I donatori vanno selezionati in base all'età, all'anamnesi sanitaria e medica risultante da un questionario e da un colloquio individuale con un professionista sanitario esperto e qualificato».

<sup>75</sup> In effetti, nel «Documento sulle problematiche relative alla fecondazione assistita eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014», cit., la Conferenza ha in particolare sottolineato «l'urgente necessità dell'inserimento nei L.E.A. delle tecniche di PMA omologa e di quella eterologa» e, con lo scopo di dettare un indirizzo politico omogeneo, ha recepito le indicazioni del Gruppo di Lavoro deputato alla redazione di uno schema di decreto-legge per la disciplina della procreazione eterologa. Ebbene, in base agli indirizzi adottati nell'occasione, in conformità con quanto previsto dal Gruppo di Lavoro incaricato della redazione del decreto-legge di cui si è detto: «La donazione di gameti è consentita ai soggetti di sesso maschile di età non inferiore ai 18 anni e non superiore ai 40 anni, e ai soggetti di sesso femminile di età non inferiore ai 20 anni e non superiore ai 35 anni».

<sup>76</sup> Per un approfondimento di tale profilo si rinvia a S.P. PERRINO, *La donazione di cellule riproduttive e l'indennità per spese e inconvenienti*, cit., 1316.

Più di recente comunque molte delle difficoltà appena denunciate quale conseguenza dall'applicazione, in via analogica, del complesso normativo esaminato sono state superate per effetto dell'intervento del d.P.R. n. 131/2019<sup>77</sup>, che, in attuazione della Direttiva 2012/39/UE<sup>78</sup>, ed alla luce dell'intervento caducatorio della Corte costituzionale<sup>79</sup>, è finalmente intervenuto a disciplinare la donazione delle cellule riproduttive da parte di donatore diverso dal partner, per il caso di ricorso alle tecniche di fecondazione di tipo eterologo<sup>80</sup>.

Anzitutto, però, in ragione dei propri contenuti, il decreto in questione opera una chiara cesura rispetto al passato, in particolare imponendo un freno a quella spinta verso un'assimilazione tra fecondazione omologa ed eterologa, che, sotto il profilo delle regole applicabili al caso della donazione, era stata avallata pure dalla Corte costituzionale. Basti in questo senso soffermarsi anche solo sui requisiti soggettivi da esso indicati quali necessari ai fini della sottoposizione del donatore al prelievo dei gameti, ed individuati in un'età compresa tra i 18 ed i 40 per l'uomo e tra i 20 e 35 anni per la donna<sup>81</sup>, per intendere lo stacco di una simile previsione non soltanto dai requisiti soggettivi previsti invece ai fini dell'accesso alle tecniche di P.M.A. dalla legge n. 40/2004<sup>82</sup> ma anche dalle conferenti disposizioni delle Linee guida in tema di fecondazione omologa.

Tuttavia, come già evidenziato, è soprattutto in funzione integrativa delle falle insite nel sistema normativo precedentemente applicabile alle donazioni di gameti che il decreto *de quo* risulta assolutamente apprezzabile. E molte, in questo senso, sono le prescrizioni di rilievo. *In primis*, quelle che definiscono il numero massimo delle nascite che possono essere ottenute per mezzo dell'impiego delle cellule riproduttive di uno stesso donatore, e che, a prescindere dal sesso di questi, non potranno mai essere superiori a dieci<sup>83</sup>. Significativo è pure il limite fissato a fini di tutela della salute della donna, la

<sup>77</sup> Si tratta del d.P.R. 23 agosto 2019, n. 131, «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» (in G.U. n. 267 del 14.11.2019), su cui vedi *infra*.

<sup>78</sup> 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 (in G.U.U.E L. 327/24 del 27.11.2012). Quella modificata da tale intervento normativo è specificamente la Direttiva 2006/17/CE della Commissione dell'8 febbraio 2006 che attua la direttiva 2004/23/CE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda determinate prescrizioni tecniche per la donazione, l'approvvigionamento e il controllo di tessuti e cellule umani (in G.U.U.E L. 38/40 del 09.02.2006).

<sup>79</sup> Qui, il riferimento è a Corte costituzionale, sentenza 10 giugno 2014, n. 162, cit.

<sup>80</sup> Per un commento dei contenuti del decreto in esame, cfr. S.P. PERRINO, *Note a margine del D.P.R. 23 agosto 2019 n. 131: le nuove disposizioni in materia di donazioni di cellule riproduttive a cinque anni dalla Corte cost. n. 162/2014*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2020, 311 ss.

<sup>81</sup> Art. 1, comma 2.1, d.P.R. n. 131/2019, cit.: «La donazione di cellule riproduttive è consentita ai soggetti di sesso maschile di età non inferiore ai diciotto anni e non superiore ai quaranta anni e ai soggetti di sesso femminile di età non inferiore ai venti anni e non superiore ai trentacinque anni».

<sup>82</sup> Art. 5, legge n. 40/04, cit.: «[...] possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi».

<sup>83</sup> Art. 1, comma 2.1, d.P.R. n. 131/2019, cit.: «Le cellule riproduttive donate da un medesimo donatore non possono determinare più di dieci nascite». La disposizione *de qua* continua peraltro precisando che: «Tale limite può essere derogato esclusivamente nei casi in cui una coppia, che abbia già avuto un figlio tramite procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, intenda sottoporsi nuovamente a tale pratica utilizzando le cellule riproduttive del medesimo donatore».

quale, infatti, non potrà essere sottoposta a più di sei stimolazioni ovariche<sup>84</sup>. Ancora, particolarmente rilevanti sono le disposizioni concernenti le verifiche cui le procedure in questione dovranno essere sottoposte, al fine di riscontrare ciclicamente la rispondenza della disciplina *de qua* alle nuove conoscenze frutto dell'evoluzione medico/scientifica<sup>85</sup>. Infine, assai puntuali sono le prescrizioni sui controlli ed i test cui i donatori devono essere sottoposti al fine di garantire che la donazione si realizzi senza alcun pregiudizio di salute per nessuno. Nello specifico, sotto il primo profilo, il decreto prevede, tra l'altro, che il medico in servizio presso la clinica autorizzata alla P.M.A. debba escludere dal novero dei candidati donatori «i soggetti la cui donazione può costituire un rischio sanitario per gli altri, come la possibilità di trasmettere malattie, rischi sanitari per i donatori stessi [ ... ] oppure conseguenze psicologiche per il donatore»<sup>86</sup>. Quindi, passa ad elencare puntualmente la serie di test obbligatori (HIV 1 e 2 epatite B e C, sifilide, clamidia; HTLV, fibrosi cistica, patologie ereditarie familiari) cui il donatore deve sottoporsi prima di essere facoltizzato alla donazione<sup>87</sup>.

Tra l'altro, all'interno del tessuto normativo del decreto in esame non mancano neppure previsioni assolutamente inedite, come quella che pone a carico del donatore che venga a conoscenza «di essere affetto o portatore di malattie trasmissibili mediante fecondazione eterologa, di cui è ragionevole ipotizzare la presenza antecedente alla donazione», l'obbligo di «informarne tempestivamente la struttura presso la quale ha effettuato la donazione stessa»<sup>88</sup>.

Tuttavia, analizzata attentamente, la normativa più recentemente adottata non sembra aver offerto soluzione a molte altre questioni da sempre considerate centrali nel contesto di una ragionevole regolamentazione della donazione di gameti. Ad esempio, in essa manca una più precisa e puntuale disci-

<sup>84</sup> Art. 1, comma 2.1, d.P.R. n. 131/2019, cit.: «La donatrice di ovociti non può essere sottoposta ad un numero di cicli di stimolazioni ovariche superiore a sei. In ogni caso, a tutela della salute della donatrice devono essere previsti specifici monitoraggi periodici».

<sup>85</sup> Art. 1, comma 2.1, d.P.R. n. 131/2019, cit.: «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».

<sup>86</sup> Più precisamente, ai sensi dell'art. 1, comma 2.1, d.P.R. n. 131/2019, cit.: «La selezione dei donatori avviene sulla base dell'anamnesi sanitaria e medica compiuta anche sulla base di un questionario cui gli stessi sono sottoposti e di un colloquio individuale con il medico responsabile della selezione o con personale sanitario appositamente formato, anche in materia di protezione dei dati personali, operante sotto la responsabilità del predetto medico responsabile. Tale valutazione deve comprendere fattori rilevanti che possono contribuire a individuare e ad escludere le persone la cui donazione può costituire un rischio sanitario per gli altri, come la possibilità di trasmettere malattie, rischi sanitari per i donatori stessi, quali ad esempio super-ovulazione, possibili reazioni alla somministrazione di sedativi o rischi associati all'intervento per il prelievo di ovociti, oppure conseguenze psicologiche per il donatore».

<sup>87</sup> Art. 1, comma 2.2, d.P.R. n. 131/2019, cit.: «I donatori di cellule riproduttive devono risultare negativi ai test per l'HIV 1 e 2, l'HCV, l'HBV e la sifilide, effettuati su un campione di siero o di plasma conformemente all'allegato II, punto 1.1. I donatori di sperma devono inoltre risultare negativi al test per la clamidia, effettuato su un campione di urina mediante la tecnica per l'amplificazione degli acidi nucleici (NAT)».

<sup>88</sup> Art. 1, comma 2.6, d.P.R. n. 131/2019, cit.

plina concernente il consenso da ottenere dal donatore prima della sua sottoposizione al prelievo gametico, con la conseguenza che, in quest'ipotesi, l'applicazione delle disposizioni al riguardo contenute nella legge n. 40/2004 pone all'interprete non pochi dubbi in punto di legittimità, stante la portata pregiudizievole delle stesse a danno del donatore<sup>89</sup>. Ugualmente, tale normativa difetta di ogni prescrizione sull'indennità che può essere concessa al donatore, nonostante trattasi di un «profilo cruciale», soprattutto «per il diretto legame con il principio di solidarietà, che presiede tutte le donazioni di organi»<sup>90</sup>.

Sicché, oggi come ieri, per i profili in esame la normativa che disciplina la donazione di gameti si presta ad essere oggetto di non poche critiche. Anche perché, in questo modo, si è mancato di dare una possibile copertura giuridica ad una serie di ormai risalenti prescrizioni che, nel confronto, possono considerarsi molto più ragionevoli, ma prive di concreta efficacia, stante il loro inserimento in un documento di carattere squisitamente politico. Qui, il riferimento è al «Documento sulle problematiche relative alla fecondazione assistita eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014»<sup>91</sup>, approvato dalla Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome il 4 settembre 2014, a seguito della conclusione di un accordo volto a «rendere immediatamente esigibile un diritto costituzionalmente garantito su tutto il territorio nazionale»<sup>92</sup>. In esso, infatti, recependo le indicazioni del Gruppo di Lavoro al tempo deputato alla redazione di uno schema di decreto-legge per la disciplina della procreazione eterologa, per la prima volta si distingue tra il consenso informato e consapevole reso dal

<sup>89</sup> Sul punto, in particolare, S.P. PERRINO, *Note a margine del D.P.R. 23 agosto 2019 n. 131: le nuove disposizioni in materia di donazioni di cellule riproduttive a cinque anni dalla Corte cost. n. 162/2014*, cit., 314, che, riflettendo sull'applicazione dei termini per il consenso e la revoca al trattamento di P.M.A. fissati dal disposto dell'art 6, legge n. 40/2004, con riferimento all'ipotesi di donazione di gameti, osserva: «Se tale termine appare plausibile per i genitori intenzionali, aderenti alle tecniche di procreazione assistita, non è così per il donatore di cellule terzo ed estraneo, il quale sarebbe trattato, in virtù dell'art. 6, con sfavore rispetto ad ogni altra disciplina in materia di donazione di cellule, tessuti e organi, in cui difettano termini finali per la revoca del consenso del donatore. Il trattamento appare ulteriormente sfavorevole se si considera che nella recentissima disciplina recante le norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento, la l. 22 dicembre 2017, n. 219, non si menzionano termini per l'esercizio della revoca del consenso ai trattamenti».

<sup>90</sup> Così, M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., 218.

<sup>91</sup> È bene peraltro precisare che, nonostante si tratti di un documento di carattere esclusivamente politico, le Regioni lo hanno approvato all'unanimità e, successivamente, ne hanno recepito le indicazioni mediante le delibere delle Giunte regionali. Al riguardo, per una puntuale indicazione delle singole delibere di Giunta ed un commento dei relativi contenuti, si rinvia a S.P. PERRINO, *Note a margine del D.P.R. 23 agosto 2019 n. 131: le nuove disposizioni in materia di donazioni di cellule riproduttive a cinque anni dalla Corte cost. n. 162/2014*, cit., 316, nota 10.

<sup>92</sup> In argomento, M.P. IADICICCO, *La lunga marcia verso l'effettività e l'equità nell'accesso alla fecondazione eterologa e all'interruzione volontaria di gravidanza*, in *Osservatorio AIC*, 1, 2018, 1 ss.

donatore<sup>93</sup> e il consenso prestato dai pazienti destinatari della donazione<sup>94</sup>, e si riconosce il diritto del donatore a percepire un’indennità per le spese vive sostenute, mediante rinvio alle regole vigenti in materia di trapianti tra vivi<sup>95</sup>. Né la peculiare attenzione rivolta dal Documento *de quo* nei riguardi dei donatori delle cellule riproduttive si limita ai profili anzidetti. Al contrario, essa si amplia fino al punto di «presidiare la libertà di autodeterminazione dei donatori in via assoluta»<sup>96</sup>, attraverso l’espressa

<sup>93</sup> A proposito del “Consenso informato per donatori/donatrici”, nel «Documento sulle problematiche relative alla fecondazione assistita eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014», cit., a p. 11, si stabilisce: «È essenziale per il/la donatore/donatrice firmare un consenso informato, che dovrebbe includere un fermo diniego di non avere nessun conosciuto fattore di rischio per malattie sessualmente trasmissibili e malattie genetiche. È necessario che il/la donatore/donatrice riconosca nel consenso informato la sua responsabilità di notificare al programma di donazione eventuali cambiamenti nel suo stato di salute o di fattori di rischio. Il/la donatore/donatrice deve anche specificare se accetta che i suoi gameti vengano utilizzati anche a scopo di ricerca, se non più utilizzabili per ulteriori donazioni. Ai fini della manifestazione del consenso informato, e fermo restando quanto previsto dall’articolo 6 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, e dall’articolo 13 del decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 191, e successive modificazioni, al donatore deve essere data comunicazione della possibilità di essere contattato nei casi e con le modalità descritte nel capitolo “Anonimato dei donatori e tutela della riservatezza” e deve darne apposito consenso. Il consenso informato dovrà riportare che, sulla base dell’art. 9 comma 3 della Legge 40/2004, 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. Tutte le donatrici di ovociti devono essere informate esplicitamente dei rischi e degli effetti collaterali connessi con la stimolazione ovarica e recupero degli ovociti; questa consulenza deve essere documentata nel consenso medico informato. I donatori devono essere liberi di revocare, in qualsiasi momento e senza alcuna spesa o pretesa economica, da parte del Centro di PMA che ha effettuato la raccolta e/o di quello che intendeva utilizzare i gameti, il consenso prestato per l’ulteriore impiego dei loro gameti».

<sup>94</sup> Riguardo al “Consenso informato della coppia che riceve la donazione”, sempre nel «Documento sulle problematiche relative alla fecondazione assistita eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014», cit., 11, si precisa: «Oltre a tutte le informazioni previste per le analoghe tecniche di primo e secondo livello di PMA, per tutti gli aspetti sovrapponibili delle tecniche omologhe ed eterologhe, e per le implicazioni legali della esecuzione delle tecniche stesse in ordine al ritiro del consenso informato e al riconoscimento della maternità e paternità del nato, la coppia ricevente le cellule riproduttive deve essere compiutamente informata sulla circostanza che risulta impossibile diagnosticare e valutare tutte le patologie genetiche di cui risultassero eventualmente affetti il donatore/donatrice con ogni effetto consequenziale in relazione alla eventuale imputazione della responsabilità. La coppia deve essere a conoscenza che il rischio di malattie e anomalie congenite nella prole risulta sovrapponibile a quello della popolazione generale. Particolare attenzione andrà posta agli aspetti psicologici, etici e sociali».

<sup>95</sup> Al riguardo, ancora nel corpo del «Documento sulle problematiche relative alla fecondazione assistita eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014», cit., 3, si precisa: «Non si escludono forme di incentivazione alla donazione di cellule riproduttive in analogia con quanto previsto per donazione di altre cellule, organi o tessuti. Ai donatori con rapporto di lavoro dipendente, ovvero interessati dalle tipologie contrattuali di cui al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, possono essere applicate le disposizioni previste dalla normativa vigente in materia di attività trasfusionali e di trapianto di midollo». Sulla portata del rinvio che, sotto tale profilo, viene fatto dal Documento *de quo* alla normativa in materia di trapianti di organi, tessuti e cellule, si leggano le considerazioni critiche svolte da S.P. PERRINO, *Note a margine del D.P.R. 23 agosto 2019 n. 131: le nuove disposizioni in materia di donazioni di cellule riproduttive a cinque anni dalla Corte cost. n. 162/2014*, cit., 317 ss.

<sup>96</sup> Così, S.P. PERRINO, *Note a margine del D.P.R. 23 agosto 2019 n. 131: le nuove disposizioni in materia di donazioni di cellule riproduttive a cinque anni dalla Corte cost. n. 162/2014*, cit., 315.

negazione della possibilità da parte del centro deputato alla raccolta delle cellule riproduttive di avanzare qualsiasi pretesa ai danni di parte donatrice per il caso che questa revochi il proprio consenso al prelievo<sup>97</sup>.

Valutate attentamente, dunque, le soluzioni elaborate oramai anni fa dal Documento in esame con riguardo ai diversi profili di problematicità connessi alla donazione dei gameti, per quanto sprovviste di cogenza, paiono molto più ragionevoli e meglio articolate di quelle più recentemente positivizzate dal legislatore. Laddove, quindi, fossero state fatte proprie dal legislatore, che pure, in sede di recepimento della normativa comunitaria, si mostra molto più garantista nei riguardi dei donatori di cellule riproduttive di quanto non lo sia stato il regolatore pubblico europeo nell'elaborazione della normativa oggetto di ricezione, avrebbero di certo consentito il delinearsi di un quadro normativo maggiormente rispettoso delle esigenze di tutela dei soggetti coinvolti nella vicenda. Al contrario, lo stacco evidente tra le une e le altre, ed in particolari i limiti delle prescrizioni del decreto da ultimo adottato già precedentemente denunciati, finiscono oggi per riproporre con prepotenza l'esigenza di rinnovare in sede parlamentare il dibattito in tema, anzitutto innovando l'approccio ad esso. E ciò anche in ragione dei problemi che intanto va sollevando certa giurisprudenza, specie riguardo all'indennizzabilità dei donatori. Avversando le conclusioni sul punto raggiunte da Regioni e Province nel Documento più volte citato, da ultimo, infatti, la suprema Corte di Cassazione, pronunciandosi in sede penale sulla questione *de qua* nel confronto tra la normativa italiana e quella dettata dal legislatore europeo a mezzo della Direttiva 2004/23/CE, ha sentenziato che «lo Stato non si è avvalso della possibilità di stabilire un'indennità per i donatori come consentito dalla Direttiva medesima all'art. 12, comma 2, come invece, a titolo esemplificativo, ha fatto con riguardo al trapianto di midollo osseo con la L. n. 62 del 2011», e tali norme, essendo di carattere speciale «non possono valere quanto al diverso campo della procreazione medicalmente assistita». Conseguentemente, stante quanto deciso dagli ermellini, «allo stato, alcuna forma di indennizzo è prevista nel caso di donazione di gameti, che deve avvenire, si ripete, su base volontaria e improntata a gratuità»<sup>98</sup>. Sicché, l'applicabilità in ambito della disciplina in materia di donazione di cellule ematiche e di midollo osseo, cui la Conferenza Regioni e Province autonome fa espresso richiamo, già ignorata dal legislatore, viene definitivamente affossata in sede giudiziaria, con tutto ciò che ne consegue non solo sul piano sociale, in termini di diffusività della pratica, ma anche e soprattutto su quello giuridico, in ragione dello scardinamento che così si realizza di quel principio di solidarietà che presiede tutte le donazioni di organi.

#### 5.4. *Segue: dalla donazione dei gameti a quella degli embrioni*

Stante le difficoltà, alla luce di quanto fin qui detto, di ricavare dall'interno del sistema ordinamentale uno statuto giuridico chiaro e incontrovertibile sulla donazione di gameti, è evidente che trattare della

<sup>97</sup> Di nuovo nel «Documento sulle problematiche relative alla fecondazione assistita eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014», cit., sotto la voce «Consenso informato per donatori/donatrici», 11, si sottolinea: «I donatori devono essere liberi di revocare, in qualsiasi momento e senza alcuna spesa o pretesa economica, da parte del Centro di PMA che ha effettuato la raccolta e/o di quello che intendeva utilizzare i gameti, il consenso prestato per l'ulteriore impiego dei loro gameti».

<sup>98</sup> Cassazione penale, sez. III, sentenza 19 agosto 2019, n. 36221. Il testo di tale sentenza è reperibile all'indirizzo: <https://www.avvocatipersonefamiglie.it/media/3191570456236.pdf>.



donazione di embrioni a fini procreativi potrebbe risultare quasi un azzardo, specie per l'assoluto silenzio serbato al riguardo dal legislatore.

Eppure, sebbene manchino prescrizioni in grado di disciplinare un simile potere di disposizione sugli embrioni che, pur non impiantati, non risultano completamente inidonei a tali scopi, e possono perciò essere ugualmente trasferiti in utero, consentendo così non solo il soddisfacimento dell'aspettativa di vita di questi, ma anche l'appagamento del desiderio di genitorialità di altra coppia diversa da quella dei genitori biologici (ma anche della donna sola), la configurabilità di una loro donazione ai fini indicati non sembra in tali casi ipotesi priva di qualsiasi fondamento.

A favorire una simile soluzione, infatti, parrebbero utili alcune indicazioni offerte dalla giurisprudenza costituzionale nella sentenza n. 151/2009 più volte citata.

Tale sentenza, infatti, escludendo che gli embrioni debbano essere tutti immediatamente trasferiti nell'utero della madre, non ha semplicemente spianato la strada alla loro crioconservazione, ma ha anche e soprattutto riconosciuto l'esistenza di sia pur limitati “poteri di decisione” dei genitori in ordine agli stessi.

In effetti, nel caso di embrioni residuati ad un primo ciclo di trattamenti andato a buon fine, non pare possa seriamente dubitarsi della possibilità da parte della coppia “committente” di chiederne il successivo impiego ai fini della realizzazione di un ulteriore progetto genitoriale.

Parimenti, nel caso in cui nessun embrione tra quelli generati *in vitro* sia stato ancora utilizzato, nessuno può fondatamente negare che è pur sempre a richiesta (almeno) della madre, e non “d'ufficio”, che si provvede all'impianto.

Ebbene, proprio il riconoscimento in capo alla coppia di genitori, ovvero della sola donna, di simili poteri dispositivi degli embrioni prodotti per effetto dell'impiego delle nuove tecniche riproduttive sembra offrire argomenti niente affatto pretestuosi a sostegno dell'ammissibilità di una loro donazione, quantomeno ad altra coppia che presenti i requisiti per l'accesso alla PMA.

Quella prospettata è, del resto, una soluzione coerente con quelle finalità di tutela dell'aspettativa di vita dell'embrione che è da sempre, pacificamente, riconosciuta quale prima e prioritaria finalità perseguita dalla legge n. 40/2004. Ed il potenziale soddisfacimento di tale finalità, sia pur a mezzo del coinvolgimento tramite donazione di soggetti diversi dai genitori biologici, pare altresì perfettamente rispondente a quel principio solidaristico che, ancor prima di ispirare la condotta della coppia che dona non meno che quella di chi riceve, permea di sé l'intero edificio costituzionale.

In questo senso, allora, consentire la donazione degli embrioni che, sebbene non immediatamente trasferiti, possono essere comunque impiantati a fini procreativi, potrebbe non a torto considerarsi strumentale all'attuazione di principi nonché al soddisfacimento di finalità di rilievo assolutamente primario.

Sicché, sebbene ad oggi ancora controversa, la possibilità di una donazione a fini procreativi di quegli embrioni ancora utili allo scopo si atteggia come un'ipotesi tutt'altro che irrealistica.

## 6. Sul destino degli embrioni “scartati”

Molto diversa da quella degli embrioni “non assolutamente inidonei all'impianto” è la condizione di quelli che, a seguito di analisi morfologica, in quanto risultati affetti da anomalie, gravi e di natura

irreversibile, tali da far ritenere assolutamente inopportuno il loro impianto, ai fini dell'avvio ovvero della prosecuzione della gravidanza, sono destinati a non essere mai portati a nascita. Condizione, questa, comune pure agli embrioni per i quali l'accertamento delle condizioni di salute è risultato impossibile a causa degli ostacoli all'effettuazione su di essi della biopsia.

### **6.1. Segue: su un loro possibile utilizzo a fini di ricerca e/o sperimentazione alla luce della giurisprudenza costituzionale**

Proprio la peculiare condizione degli embrioni non impiantati e non impiantabili, o perché "malati" o perché "incontrollabili nelle loro condizioni fisiche", già anni fa ha indotto il Tribunale di Firenze a sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, commi 1, 2 e 3, della legge n. 40/04<sup>99</sup>, nella parte in cui vieta di destinare alla ricerca scientifica ed alla sperimentazione anche questi embrioni, destinati pertanto all'ibernazione indefinita<sup>100</sup>.

Più nello specifico, nell'occasione, oggetto di censura è l'irragionevolezza del divieto assoluto di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale che non sia finalizzata alla salvaguardia dell'embrione stesso. Nella valutazione giudiziale, infatti, la previsione legislativa oggetto di impugnazione, in quanto priva al suo interno di ogni ragionevole distinzione tra le varie categorie di embrioni, di cui vieta comunque ogni impiego a fini di ricerca e sperimentazione, a meno che non siano «volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso», si traduce in un divieto categorico, privo di deroghe e temperamenti, del tutto irragionevole, e perciò in contrasto con ulteriori beni/interessi di primario rilievo, a cominciare dalla ricerca scientifica in ambito medico e terapeutico, riconosciuti e tutelati non solo nella Carta costituzionale, ma anche in numerose Convenzioni internazionali.

In altri termini, ferma l'incontrovertibilità del divieto di produrre embrioni da finalizzare alla ricerca, tra l'altro presente anche in molti altri ordinamenti, al contrario, nella valutazione giudiziale, il divieto di utilizzare quelli residuati da procedimenti di P.M.A., specie laddove si tratti di embrioni malati ovvero non biopsiabili, e perciò sicuramente non più impiegabili per fini procreativi, solleva non pochi dubbi di legittimità, in ragione dell'esclusione, che così si realizza, di un loro impiego per la ricerca scientifica in ambito medico e terapeutico, di cui, invece, la Carta costituzionale promuove lo sviluppo.

<sup>99</sup> Ai sensi dell'art. 13 della legge n. 40/2004:

«1. È vietata qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano».

2. La ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative.

3. Sono comunque vietati:

a) la produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione o comunque a fini diversi da quello previsto dalla presente legge;

b) ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche, ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, di cui al comma 2 del presente articolo;

c) interventi di clonazione mediante trasferimento di nucleo o di scissione precoce dell'embrione o di ectogenesi sia a fini procreativi sia di ricerca;

d) la fecondazione di un gamete umano con un gamete di specie diversa e la produzione di ibridi o di chimere».

<sup>100</sup> Tribunale di Firenze ordinanza n. 166 del 07.12.2012, in G.U. n. 29 del 17.07.2013.

In questo caso, insomma, ad avviso del giudice *a quo*, il legislatore avrebbe dovuto compiere un diverso bilanciamento degli interessi in gioco anche alla luce degli enormi progressi conseguiti dalla scienza medica negli ultimi anni in ambito scientifico-sperimentale e terapeutico, per effetto della ricerca mediante l'impiego di cellule staminali embrionali, che, assolutamente vietata in Italia, è al contrario consentita in pressoché tutti i Paesi del mondo. Laddove, invece, preservare l'interesse alla cura ed alla conservazione dell'embrione malato o non biopsabile, inevitabilmente destinato all'estinzione, è del tutto irrazionale, anche e soprattutto in ragione dell'assenza dell'obbligo, originariamente previsto nell'impianto normativo della legge, di procedere in qualunque caso all'impianto.

Conseguentemente, la scelta legislativa positivizzata nella disposizione fatta oggetto di impugnazione risulta, per il giudicante, più che dubbia sotto il profilo costituzionale. Essa, infatti, pare non soltanto contraria a quelle esigenze di promozione della ricerca scientifica e di tutela della salute che, pur costituzionalmente fondate, risultano nella disposizione *de qua* del tutto recessive a fronte dell'aspettativa di vita dell'embrione crioconservato, ma anche irragionevole, stante la mancata considerazione della peculiare condizione in cui, rispetto agli altri, versano gli embrioni non più impiantabili a fini procreativi, e che avrebbe, perciò, dovuto spingere il legislatore verso una differenziazione delle rispettive situazioni.

La questione così sollevata, che, come rileverà poi la stessa Corte costituzionale, rinvia al cuore stesso del problema della ricerca sugli embrioni residuali, ovvero al «conflitto, gravido di implicazioni etiche oltreché giuridiche, tra il diritto della scienza (e i vantaggi della ricerca ad esso collegati) e il diritto dell'embrione, per il profilo della tutela (debole o forte) ad esso dovuta in ragione e in misura del (più o meno ampio) grado di soggettività e di dignità antropologica che gli venga riconosciuto»<sup>101</sup>, e che avrebbe perciò dovuto contribuire a fare per la prima volta chiarezza su un bilanciamento assai delicato, trova però infine soluzione in una pronuncia di inammissibilità.

La Corte, insomma, non entra nel merito delle questioni dedotte alla propria cognizione, e non prende, conseguentemente, posizione sulla fondatezza dei dubbi sollevati dal rimettente.

Indiscutibilmente, a fronte della declaratoria di inammissibilità con cui la Corte chiude il giudizio, le diverse obiezioni mosse da quanti l'hanno criticata, sostenendo la ricorrenza dei presupposti utili ad una sua differente definizione, attraverso, ad esempio, il ricorso ad un'interpretativa di rigetto o ad

<sup>101</sup> Corte costituzionale, sentenza 13 aprile 2016, n. 84, punto 8.1 del *Considerato in diritto*, in *Consulta on line* (all'indirizzo [Giurcost.org](http://Giurcost.org)). A commento di tale sentenza, e nell'ambito dell'ampia dottrina che l'ha annotata, si rinvia a: V. TIGANO, *De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla P.M.A.*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016; E. CHIEREGATO, *La resistenza del divieto di donazione di embrioni alla ricerca scientifica tra margine di apprezzamento europeo e deferenza al legislatore*, in [Forumcostituzionale.it](http://Forumcostituzionale.it), 2016; 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.; M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, *ivi*, 188 ss.; M.P. IADICICCO, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*, *cit.*, 183 ss.; V. MARZOCCO, *In potenza o in atto? La Corte costituzionale e lo statuto normativo dell'embrione*, *ivi*, 197 ss.; S. PRISCO, *Il diritto e l'embrione come soggetto di narrazioni*, *ivi*, 209 ss.; G. RAZZANO, *Corte costituzionale n. 84 del 2016, sulla tutela dell'embrione e l'interesse della ricerca scientifica: una sentenza ispirata alla prudenzia?*, *ivi*, 223 ss.; A. RUGGERI, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, *ivi*, 245 ss.; A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a C. cost., sent. n. 84/2016)*, *ivi*, 253 ss.

sentenza monito, che spingesse, dunque, il legislatore ad intervenire per adeguare la normativa all'obiettivo di una maggiore apertura alle ragioni della scienza, sono certamente apprezzabili<sup>102</sup>. Così come lo sono le ragioni del *favor* da molti espressi nei riguardi della pronuncia di un'additiva di principio che, senza intaccare la discrezionalità del legislatore e neppure la portata generale del divieto, avrebbe consentito l'impiego dei singoli embrioni, oggetto del giudizio, nell'ambito della ricerca scientifica<sup>103</sup>.

Ugualmente ben argomentate sono, del resto, le motivazioni che altri hanno addotto al diverso fine di giustificare la decisione dei giudici costituzionali, considerata perfettamente in linea con il suo precedente, costituito dalla sentenza n. 229 del 2015, e quindi con l'esigenza di tener fermo il principio secondo cui «la tutela dell'embrione non è suscettibile di affievolimento (ove e) per il solo fatto che si tratti di embrioni affetti da malformazione genetica»<sup>104</sup>.

Meno che mai inconsistenti sono, d'altro canto, pure i rilievi mossi da quanti non hanno apprezzato il rifiuto opposto dai giudici costituzionali ad una decisione di merito, contestando non solo la correttezza dei singoli assunti additati quale *ratio* di una scelta in qualche modo presentata come necessitata a favore dell'inammissibilità<sup>105</sup>, ma più in generale quell'operazione di sostanziale «de-costituzionalizzazione degli interessi in gioco»<sup>106</sup> che la Corte avrebbe realizzato attraverso la negazione di una loro possibile attrazione al proprio sindacato di legittimità.

Tuttavia, ad una lettura attenta, l'impianto argomentativo che sorregge la pronuncia dei giudici costituzionali offre argomenti utili a sostenere che, in realtà, essa dica molto più di quel che risulta dal dispositivo.

Anzitutto, si considerino le ragioni dell'inammissibilità infine dichiarata.

In effetti, nel motivare la propria decisione rispetto a quella che essa stessa definisce “una scelta tragica”, tra il rispetto della vita nascente e le esigenze della ricerca scientifica, la Corte costituzionale osserva che «la linea di composizione tra gli opposti interessi, che si rinviene nelle disposizioni censurate, attiene all'area degli interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale». In questo senso, quindi, quella positivizzata nella disposizione impugnata è, per la Consulta, una scelta di così elevata discrezionalità, per i profili assiologici che la connotano, da sottrarsi, per ciò stesso, al sindacato di legittimità costituzionale.

Tuttavia, a giustificare il confinamento che nell'occasione essa stessa fa dei propri poteri decisorii all'interno di una sentenza di inammissibilità, la Corte aggiunge un ulteriore argomento, spiegando che una

<sup>102</sup> Al riguardo, cfr. M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, cit., 176.

<sup>103</sup> A favore di una possibile additiva di principio A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a C. cost., sent. n. 84/2016)*, cit., 265 ss.; nonché C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, cit., 162.

<sup>104</sup> Corte costituzionale, sentenza 13 aprile 2016, n. 84, punto 8.2.1 del *Considerato in diritto*, cit.

<sup>105</sup> Su tali profili, in particolare, C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, cit., 158 ss.

<sup>106</sup> Di cui specificamente parla A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a C. cost., sent. n. 84/2016)*, cit., 256.

diversa ponderazione dei valori in conflitto, nella direzione di una maggiore apertura alle esigenze della collettività correlate alle prospettive della ricerca scientifica, così come auspicato dal rimettente, non potrebbe mai realizzarsi attraverso un suo intervento additivo, posto che quella prospettata dal giudice *a quo* non costituirebbe l'unica scelta compatibile con la Costituzione. Ciò che manca, insomma, sono quelle “rime obbligate”, di crisafulliana memoria, in grado di arginare la creatività della Corte in ambito decisorio, confinando le addizioni alla disposizione indubbiata nei limiti della norma “già implicita nel sistema”<sup>107</sup>. Argomentazione, questa, che si completa con l'ulteriore precisazione che la positivizzazione della scelta di destinare le cellule embrionali alla ricerca sperimentale dovrebbe essere accompagnata dalla compiuta regolamentazione di tutta una serie di profili, che, secondo i giudici, non può che essere se non di esclusiva competenza del legislatore<sup>108</sup>.

Ebbene, se dall'enunciazione si passa ad una loro analisi critica, le motivazioni appena enunciate, pur all'apparenza solide, tutto mostrano tranne un'effettiva *vis* argomentativa.

Certamente fragile, infatti, è anzitutto il richiamo che la Corte fa al potere discrezionale del Parlamento quale limite al proprio controllo di legittimità. E ciò perché è indubbio che già da molti anni a questa parte la discrezionalità legislativa non costituisce affatto più un argine utile ad evitare lo “straripamento” della Corte dall'alveo di quelle funzioni decisorie che usualmente è chiamata ad esercitare in sede di verifica della conformità e non contraddizione a Costituzione delle scelte operate dai rappresentanti del corpo elettorale. Vero è piuttosto che, pur a fronte della perdurante vigenza del disposto dell'art. 28 della l. 11 marzo 1953 n. 87<sup>109</sup>, a definire i confini del sindacato di legittimità non sono più soltanto gli effetti naturalmente connessi alla declaratoria di illegittimità, ovvero la pura eliminazione della norma dall'interno del sistema giuridico, ma anche e soprattutto la portata di quelle pronunce che, unitariamente classificate come normative, evidenziano, già nel *nomen iuris*, un diverso approccio dei giudici costituzionali nei riguardi dei testi normativi oggetto di impugnazione. In particolare, seguendo nuove e diverse direttrici di sviluppo, già da tempo efficacemente riassunte nelle espressioni “interpretare”, “manipolare”, ma anche “combinare”<sup>110</sup>, tali pronunce realizzano un vero e proprio

<sup>107</sup> Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, *L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte Costituzionale)*, V ed., Padova, 1984, 407, 408.

<sup>108</sup> In particolare, in sentenza, la Corte avverte che solo al legislatore «compete la valutazione di opportunità (sulla base anche delle “evidenze scientifiche” e del loro raggiunto grado di condivisione a livello sovranazionale) in ordine, tra l'altro, alla utilizzazione, a fini di ricerca, dei soli embrioni affetti da malattia – e da quali malattie – ovvero anche di quelli scientificamente “non biopsabili”; alla selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il “sacrificio” dell'embrione; alla eventualità, ed alla determinazione della durata, di un previo periodo di crioconservazione; alla opportunità o meno (dopo tali periodi) di un successivo interpello della coppia, o della donna, che ne verifichi la confermata volontà di abbandono dell'embrione e di sua destinazione alla sperimentazione; alle cautele più idonee ad evitare la “commercializzazione” degli embrioni residui»; Corte costituzionale, sentenza 13 aprile 2016, n. 84, punto 11 del *Considerato in diritto*, cit.

<sup>109</sup> Secondo cui «il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica ed ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento».

<sup>110</sup> Per riprendere il titolo di un lavoro di C. PANZERA, *Interpretare. Manipolare. Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli, 2013.

rimaneggiamento del dato normativo da parte dei giudici costituzionali, che rende al contempo sempre più sfumati i confini fra i diversi ambiti della giurisdizione e della legislazione<sup>111</sup>. Conseguentemente, il richiamo che ad oggi la Corte fa alla discrezionalità legislativa quale limite al proprio controllo di legittimità non pare più argomento convincente.

Ancor meno pregnante, del resto, è il rilievo che nell'impianto motivazionale della sentenza i giudici costituzionali accordano a quelle "rime obbligate", la cui assenza viene additata come ostativa ad una possibile pronuncia di merito<sup>112</sup>. Anche a voler tacere delle più recenti evoluzioni giurisprudenziali della stessa Corte al riguardo, che, sebbene in ipotesi diverse da quella qui contemplata, hanno infine eroso il limite *de quo* e con esso l'assolutezza del rispetto dovuto alla discrezionalità legislativa<sup>113</sup>, è difficile negare che l'uso di tale argomentazione in tale occasione è quanto meno "poco accorta". Al fondo, infatti, essa denota una scarsa attenzione da parte della Corte nei riguardi dell'effettiva portata della questione dedotta alla propria cognizione, dando perciò ragione a quell'autorevole dottrina<sup>114</sup> che fin da subito ha contestato, nell'operato dell'organo di giustizia costituzionale, un'opinabilissima "de-costituzionalizzazione" del bilanciamento tra quelli che lo stesso organo, nella fattispecie, definisce «valori fondamentali in conflitto»<sup>115</sup>.

Se, quindi, anche per il profilo in questione, la decisione infine assunta dai giudici costituzionali pare presentare non pochi profili di criticità, l'opinabilità della scelta di questi a favore dell'inammissibilità si acuisce ancor più laddove si passi ad analizzare gli ulteriori argomenti sui quali essa si regge. Non particolarmente significativo, ad esempio, è il richiamo all'assenza di quel "generale consenso", che pure la Corte pare in sentenza additare come assolutamente dirimente in materia. E ciò non solo e non tanto perché la mancanza di questo stesso consenso per il passato non ha comunque impedito ai giudici costituzionali il controllo di legittimità su alcune altre contestatissime disposizioni della normativa in esame<sup>116</sup>, ma perché, laddove si ritenesse, come sembrerebbe fare la Corte, che in presenza di insanabili divergenze in ambito scientifico non meno che sul piano etico, la questione di costituzionalità

<sup>111</sup> Su tali profili, sia sempre consentito il rinvio a F. MEOLA, *Discrezionalità legislativa e sindacato di costituzionalità. Ragionando sul tema alla luce del c.d. caso Cappato*, in *Diritto Pubblico Europeo – Rassegna on line*, n. 1/2020, 2.

<sup>112</sup> Al riguardo, e per una critica di tale argomentazione, per come utilizzata dai giudici costituzionali nell'occasione, si rinvia ad A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice...* (nota a C. cost., sent. n. 84/2016), cit., 265 ss.

<sup>113</sup> Sul punto, per un approfondimento, laddove si voglia, ancora F. MEOLA, *Discrezionalità legislativa e sindacato di costituzionalità. Ragionando sul tema alla luce del c.d. caso Cappato*, cit., 5.

<sup>114</sup> A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice...* (nota a C. cost., sent. n. 84/2016), cit., 256 ss.

<sup>115</sup> Corte costituzionale, sentenza 13 aprile 2016, n. 84, punto 11 del *Considerato in diritto*, cit.

<sup>116</sup> Qui, in particolare, il riferimento è a C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, cit., 160, il quale, a proposito del richiamo che, in occasione della sentenza *de qua*, la Corte fa delle diverse posizioni che, nel relativo dibattito, si sono registrate in tema di statuto e destino degli embrioni, ricorda che: «divisioni analoghe [...] esistevano, e tuttora esistono, in riferimento ai benefici e agli svantaggi della fecondazione eterologa o alle potenzialità ed ai rischi dell'accesso alle tecniche di procreazione assistita da parte delle coppie non sterili ma portatrici di malattie genetiche trasmissibili. Anche in questi casi, si affrontavano posizioni divergenti in tema di diritto del nato a conoscere le proprie origini biologiche e di selezione embrionale, ad esempio. Eppure, grazie all'utilizzo di alcuni parametri costituzionali di riferimento (artt. 2, 3, 32 in particolare), la Corte ha adottato incisive decisioni di accoglimento in riferimento sia al primo che al secondo caso. Lo stesso può dirsi per la questione risolta con la sentenza n. 27 del 1975



sollevata dovrebbe essere respinta per inammissibilità, sarebbe da ciò necessario anzitutto dedurre «che quest’esito dovrebbe valere *sempre*, per *ogni* questione scientificamente ed eticamente sensibile»<sup>117</sup>. Quindi, spostando l’attenzione sul piano legislativo, dovrebbe altresì prendersi atto che lo stesso Parlamento, a fronte dei dubbi alimentati con simili pronunce dai giudici costituzionali, potrebbe trovarsi seriamente in difficoltà nello scegliere tra l’una o l’altra delle soluzioni possibili, in quanto suscettibile di risultare in futuro priva di fondamento scientifico<sup>118</sup>.

Neppure grandemente rilevante è l’accenno che, nel contesto della decisione *de qua*, la Corte fa alla dignità dell’embrione. In questo caso, infatti, il riferimento alla tutela da accordare al valore in questione pare semplicemente ripetere una formula da sempre impiegata dalla Corte in tutte le occasioni in cui, anche con effetti demolitori della norma indubbiata, la stessa è stata chiamata a bilanciare le aspettative di genitorialità della coppia, ed in particolare il diritto alla salute della donna, con gli interessi costituzionalmente garantiti dell’embrione<sup>119</sup>.

Sotto altro profilo, del resto, a scardinare la bontà della decisione resa dalla Corte nell’occasione è la consapevolezza dei molti elementi che, se attentamente valutati, avrebbero potuto condurre la stessa ad una pronuncia assolutamente diversa. In effetti, contrariamente alla dottrina che li ha puntualmente individuati e commentati, alla Corte non soltanto sfugge che la decisione cui era chiamata in quel momento non avrebbe mai riguardato gli embrioni *tout court*, ma solo gli «embrioni per cui è sfumato ogni possibile sviluppo biologico»<sup>120</sup>, ma viene meno anche quell’onestà intellettuale che avrebbe dovuto consentirle di intendere l’ipocrisia insita nella scelta di mantenere fermo il divieto di impiego degli embrioni non più impiantabili a fini di ricerca in un contesto in cui è comunque lecito utilizzare, a questi stessi fini, linee cellulari importate dall’estero, che pure originano dalla distruzione di embrioni nei primi giorni del loro sviluppo. Il tutto, continuando a giustificare questa sua decisione in forza del necessario rispetto che si sostiene debba tributarsi alla dignità degli embrioni *de quibus* attualmente crioconservati nel nostro Paese, e che invece, in forza di quanto sopra osservato, non

---

in materia di interruzione volontaria di gravidanza, così come per altri interventi demolitori in contesti comunque assai divisivi e su cui è unanimemente riconosciuto un ampio spazio decisionale al Parlamento come quelli riferibili al sistema elettorale (per tutte, sent. n. 1 del 2014)». Conseguentemente, secondo l’esimio studio, «non pare [ ... ] potersi sostenere che l’esistenza di una pluralità di posizioni contrapposte a livello scientifico, politico o sociale possa costituire un elemento da cui far discendere un necessario *self restraint* da parte della Corte costituzionale. Anzi, in mancanza di un certo qual dissenso non pare nemmeno possa emergere l’occasione concreta, se non la stessa esigenza di sistema, di un intervento risolutore del giudice delle leggi. Un inquadramento delle diverse posizioni in materia, insomma, potrebbe assumere carattere propedeutico rispetto all’esame nel merito, non sostituirsi ad esso impedendone il dispiegarsi».

<sup>117</sup> A. RUGGERI, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, cit., 249, 250.

<sup>118</sup> A. RUGGERI, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, cit., 250.

<sup>119</sup> Il rilievo è di M.P. IADICICCO, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*, cit., 194, 195.

<sup>120</sup> Il profilo *de quo* è stato in particolare sottolineato da C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, cit., 162, cui si rimanda per ulteriori e significative osservazioni sul punto.

sembra riferirsi a tutti gli altri embrioni, in particolare a quelli di importazione<sup>121</sup>. D'altro canto, nella pronuncia dei giudici costituzionali in commento non pare neanche potersi rinvenire una qualche riflessione sull'utilità ovvero la necessità di proseguire le ricerche sulle cellule staminali<sup>122</sup>.

Eppure, dalle maglie dell'impianto motivazionale che la sorregge, oltre ai profili di criticità appena segnalati, emergono anche elementi in grado di indirizzare chiaramente la definizione della problematica in questione in un senso diametralmente opposto a quello risultante dalla declaratoria di inammissibilità di cui la decisione della Corte si veste. Non a caso al riguardo si è parlato di *inammissibilità vestita*<sup>123</sup>, perché, in fondo, con tale sentenza la Consulta «non tace e quindi, in fondo, qualcosa dice»<sup>124</sup>. E difatti, dopo aver ribadito che la «tutela della dignità dell'embrione (ancorché malato)» ha «rilievo costituzionale, riconducibile al precetto generale dell'art. 2 Cost.», sicché tale dignità «non è suscettibile di affievolimento per la sola circostanza di risultare affetto da malformazioni genetiche»<sup>125</sup>, la Corte anzitutto sottolinea che «come ogni altro valore costituzionale, anche la tutela dell'embrione è [...] soggetta a bilanciamento» con altri valori costituzionali<sup>126</sup>. Quindi, in tutta onestà, riconosce che la questione di legittimità dedotta nell'occasione alla propria cognizione è oggettivamente «nuova» perché «inerente il bilanciamento costituzionalmente ragionevole tra tutela dell'embrione e interesse alla ricerca scientifica finalizzata alla tutela della salute (individuale e collettiva)»<sup>127</sup>, di cui, sin qui, non è mai stata chiamata ad occuparsi.

Due, insomma, i profili immediatamente marcati dalla Corte.

Il primo di carattere generale, inerente all'esigenza di bilanciamento della tutela dell'embrione con la salvaguardia degli ulteriori beni/interessi di rilievo costituzionale tra loro confliggenti.

Il secondo più specifico, riguardante propriamente la necessità di bilanciamento tra la tutela dell'embrione e l'interesse alla ricerca scientifica nonché alla salvaguardia del diritto alla salute.

E, a proposito di tale specifico bilanciamento, assolutamente "diverso" da quelli che fin qui la stessa Corte è stata chiamata a giudicare, la decisione di inammissibilità in commento, nel mentre lascia di fatto impregiudicata l'attuale disciplina, fortemente protesa ad una maggiore tutela dell'embrione, finisce, in realtà, per aprire alla possibilità, per il futuro, di una sua specifica rimodulazione. Quando, infatti, la Corte declina la propria competenza a definire la questione a favore dell'organo parlamentare, sostanzialmente non nega la possibilità di destinare gli embrioni di cui trattasi alla ricerca ed alla sperimentazione, ma si limita semplicemente ad affermare che tale scelta deve essere rimessa al legislatore. Soprattutto, quando indica a questi addirittura una serie ben precisa di punti che dovranno

<sup>121</sup> Sul punto, per un approfondimento, cfr. C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, cit., 164 ss.

<sup>122</sup> Su cui, in maniera attenta e puntuale, C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, cit., 165 ss.

<sup>123</sup> L'espressione è di A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a C. cost., sent. n. 84/2016)*, cit., 261.

<sup>124</sup> *Ibidem*.

<sup>125</sup> Corte costituzionale, sentenza 13 aprile 2016, n. 84, cit., punto 8.2.1 del *Considerato in diritto*. Conformemente, già Corte costituzionale, sentenza n. 229 dell'11 novembre 2015, cit.

<sup>126</sup> Ugualmente, pure Corte costituzionale, sentenza n. 151 dell'08 maggio 2009, cit.; e Corte costituzionale, sentenza n. 229 dell'11 novembre 2015, cit.

<sup>127</sup> Corte costituzionale, sentenza 13 aprile 2016, n. 84, cit., punto 8.2.1 del *Considerato in diritto*.

essere normati in vista di un adeguato impiego degli embrioni sovranumerari a fini di ricerca e sperimentazione, non solo ammette anzitutto a se stessa che la dignità degli embrioni non più impiantabili non verrebbe meno se impiegati per le finalità suddette, ma fondamentale mente finisce per legare le mani a se stessa. È impensabile infatti anche solo ipotizzare che in futuro la Corte possa dichiarare l’illegittimità «di una normativa che preveda il nuovo tipo di bilanciamento, ora “ammesso” solo fra le righe perché “rimesso” alla scelta del legislatore»<sup>128</sup>.

È questione di coerenza, oltre che di ragionevolezza.

D’altro canto, a riprova che l’interpretazione della giurisprudenza in commento ora proposta non sia priva di una sua sostanziale correttezza, basterebbe anche solo ricordare quanto la stessa Corte ha deciso in occasione del giudizio di ammissibilità del quesito referendario che, ormai anni fa, ha tra l’altro interessato anche quella parte della legge n. 40 che vieta *tout court* l’impiego di embrioni a fini di ricerca e/o sperimentazione<sup>129</sup>.

<sup>128</sup> Così, A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice...* (nota a C. cost., sent. n. 84/2016), cit., 264.

<sup>129</sup> Come si ricorderà, il 12 e 13 giugno del 2005 gli elettori sono stati chiamati a pronunciarsi sull’abrogazione, in via referendaria, di specifiche disposizioni della legge 40/04. In particolare, per quel che qui rileva, oggetto di richiesta referendaria di abrogazione sono state al tempo proprio le diverse disposizioni opponenti severi limiti alla ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni [art. 12, comma 7; art. 13 comma 2; art. 13, comma 3, lett. c); art. 14, comma 1, limitatamente a talune parole specificate nel corpo del quesito referendario]. Nella stessa occasione, inoltre, oggetto di richiesta abrogativa parziale in via referendaria sono stati pure i diversi articoli concernenti i requisiti soggettivi di accesso alla procreazione medicalmente assistita [art. 1, comma 1; art. 1, comma 2; art. 4, comma 1; art. 4, comma 2; art. 5, comma 1; art. 6, comma 3; art. 13, comma 3, lettera b); art. 14, comma 2; art. 14, comma 3, anche in questo caso limitatamente a talune parole specificate nel corpo del quesito referendario], nonché le varie norme sulle finalità, i diritti dei soggetti coinvolti, e sui limiti di accesso [art. 1, comma 1; art. 1, comma 2; art. 4, comma 1; art. 4, comma 2, lettera a); art. 5, comma 1; art. 6, comma 3; art. 13, comma 3, lettera b); art. 14 comma 2; art. 14, comma 3, sempre limitatamente alle parole indicate nel quesito referendario]. Infine, sempre agli elettori si è chiesto di pronunciarsi in merito all’abrogazione del divieto di fecondazione eterologa legislativamente fissato [art. 4, comma 3; art. 9, comma 1; art. 9, comma 3; art. 12, comma 1; art. 12, comma 8, comunque e sempre nei limiti delle parole indicate come possibile oggetto di abrogazione dal quesito]. Al contrario, la possibilità di un’abrogazione totale della legge in esame per mezzo del ricorso alla consultazione popolare è stata esclusa dai giudici costituzionali, che si sono pronunciati per l’inammissibilità del relativo quesito. Su tali richieste la Corte costituzionale si è pronunciata con le sentenze 13.01.2005 nn. 45, 46, 47, 48, 49, il cui testo, a fini di lettura, è disponibile in *Consulta on line* (all’indirizzo [Giurcost.org](http://Giurcost.org)). Specificamente, con la sentenza n. 45 la Corte si è pronunciata, in senso negativo, sull’ammissibilità del quesito concernente l’abrogazione totale della legge 19 febbraio 2004, n. 40. Con la sentenza n. 46, si è invece pronunciata a favore dell’abrogazione, in via parziale, degli artt. 12, 13 e 14. Ancora, a mezzo della sentenza n. 47, si è espressa, sempre in senso affermativo, sull’abrogazione, *in parte qua*, delle disposizioni di seguito indicate: articolo 1, comma 1, limitatamente alle parole: “Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana”; articolo 1, comma 2: “Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità”; articolo 4, comma 1: “Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l’impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed 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”; articolo 4, comma 2, lettera a), limitatamente alle parole: “gradualità, al fine di evitare il ricorso ad interventi aventi un grado di invasività tecnico e psicologico più gravoso per i destinatari, ispirandosi al principio della”; - articolo 5, comma 1, limitatamente alle parole: “Fermo restando quanto stabilito dall’articolo 4, comma 1”;

- articolo 6, comma 3, limitatamente alle parole: “fino al momento della fecondazione dell’ovulo”;  
 - articolo 13, comma 3, lettera *b*), limitatamente alle parole: “di cui al comma 2 del presente articolo”;  
 articolo 14, comma 2, lettera *a*), limitatamente alle parole: “ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre”;

articolo 14, comma 3, limitatamente alle parole: “per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione”, nonché alle parole: “fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile”».

Con l’ulteriore sentenza n. 48 sempre la Corte si è espressa positivamente sull’ammissibilità del quesito avente ad oggetto l’abrogazione *in parte qua*, delle disposizioni appresso specificate:

articolo 1, comma 1, limitatamente alle parole: “Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana”;

articolo 1, comma 2: “Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità”;

articolo 4, comma 1: “Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l’impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed 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”; articolo 4, comma 2, lettera *a*), limitatamente alle parole: “gradualità, al fine di evitare il ricorso ad interventi aventi un grado di invasività tecnico e psicologico più gravoso per i destinatari, ispirandosi al principio della”;

articolo 5, comma 1, limitatamente alle parole: “Fermo restando quanto stabilito dall’articolo 4, comma 1”;

articolo 6, comma 3, limitatamente alle parole: “Fino al momento della fecondazione dell’ovulo”;

articolo 13, comma 3, lettera *b*), limitatamente alle parole: “e terapeutiche, di cui al comma 2 del presente articolo”;

articolo 14, comma 2, limitatamente alle parole: “ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre”;

articolo 14, comma 3, limitatamente alle parole: “per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione”, nonché alle parole: “fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile”?».

Infine, con la sentenza n. 49 la Corte ha dichiarato l’ammissibilità dell’abrogazione *in parte qua* delle disposizioni di seguito riportate:

articolo 4, comma 3: “È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo”

articolo 9, comma 1, limitatamente alle parole: “in violazione del divieto di cui all’articolo 4, comma 3”

articolo 9, comma 3, limitatamente alle parole: “in violazione del divieto di cui all’articolo 4, comma 3”

articolo 12, comma 1, “Chiunque a qualsiasi titolo utilizza a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente, in violazione di quanto previsto dall’articolo 4, comma 3, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 euro a 600.000 euro”

articolo 12, comma 8, limitatamente alla parola “1”».

Per un commento di tali sentenze, si rinvia a: A. RUGGERI, *Tutela minima” di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e... sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita*; E. LAMARQUE, *Ammissibilità dei referendum: un’altra occasione mancata*; A. PUGIOTTO, *Fuga dal referendum: “Comitati del no” e Governo a Corte*; S. PENASA, *L’ondivaga categoria delle leggi “a contenuto costituzionalmente vincolato”, tutti consultabili sul sito [Forumcostituzionale.it](http://Forumcostituzionale.it)*; A. DI BLASI, *I limiti della tutela del concepito tra Corte di Cassazione e Corte costituzionale*, in [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it); V. SATTA, *Scompare definitivamente la distinzione tra leggi costituzionalmente necessarie e leggi a contenuto costituzionalmente vincolato? Uno sguardo d’insieme alle sentenze sui referendum del 2005*, in [Amministrazioneincammino.it](http://Amministrazioneincammino.it); G. MONACO, *Il referendum per l’abrogazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita di fronte al limite delle “leggi costituzionalmente necessarie”, in Giurisprudenza costituzionale*, 2005, 351 ss.; P. CAVANA, *Appunti sulla l. n. 40/2004 e sui quesiti referendari in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2005, 418 ss.; E. LAMARQUE, *I referendum sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia e diritto*, 2005, 195 ss.; L. LEPRI GALLERANO, *Storia di un silenzio. Le recenti sentenze sull’ammissibilità del referendum sulla procreazione medicalmente assistita alla luce della precedente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Rassegna dell’Avvocatura dello Stato*, 2005, 105



Correttamente, si dirà che la sede in cui la Corte al tempo ha giudicato è ben diversa da quella in cui la stessa è stata chiamata ad esprimersi oggi, e che il giudizio sull'ammissibilità del quesito referendario finalizzato all'abrogazione di una specifica disposizione nulla dice in merito alla legittimità di questa. E, in tal senso, bene ha fatto la Corte, nell'occasione, a ribadire tale naturale diversità, ponendola, come premessa, *in incipit* alle sentenze rese sull'ammissibilità dei diversi quesiti referendari oggetto di scrutinio<sup>130</sup>. Eppure, proprio alla luce di un'analisi attenta del contenuto delle pronunce in questione, non pare possa negarsi che queste testimonino, in maniera cristallina, la fondatezza delle perplessità che fin da subito numerosi giuristi hanno palesato in ordine alla bontà di molti aspetti del testo legislativo in materia di P.M.A., «non solo sotto il profilo della mera rispondenza dei suoi contenuti ad un'esigenza sociale fortemente radicata all'interno del nostro ordinamento, ma anche a proposito della loro aderenza al quadro valoriale delineato in ambito dalla Carta fondamentale»<sup>131</sup>. In particolare, con riferimento al divieto legislativamente opposto all'impiego degli embrioni a fini di ricerca e sperimentazione, non sembra possa seriamente negarsi che la scelta dei giudici costituzionali di ammettere l'abrogazione, in via referendaria, delle disposizioni in cui tale divieto trova fondamento, sia sintomatico di un qualche dubbio circa il carattere necessitato di tale divieto, la cui abrogazione, al contrario, non viene considerata neppure in contrasto con le prescrizioni di diritto internazionale vincolanti in tema<sup>132</sup>. E ciò, se da un lato alimenta una volta in più le critiche di quella dottrina che da tempo avverte come il controllo di ammissibilità del referendum si vada sempre più connotando come un giudizio di legittimità costituzionale della normativa di risulta<sup>133</sup>, dall'altro risulta certamente espressivo di

---

ss.; A. PUGIOTTO, *È ancora ammissibile un referendum abrogativo totale?*, in *Quaderni costituzionali*, 2005, 545 ss.; E. LAMARQUE, *Referendum sulla procreazione assistita: l'inammissibilità del quesito totale*, *ivi*, 381 ss.; e, sempre *ivi*, D. TEGA, *Referendum sulla procreazione assistita: del giudizio di ammissibilità per valori*, 385 ss.

<sup>130</sup> È opportuno premettere, dichiarano i giudici costituzionali *in incipit* alle sentenze *de quibus*, che il giudizio di ammissibilità che questa Corte è chiamata a svolgere «si atteggia, per costante giurisprudenza, “con caratteristiche specifiche ed autonome nei confronti degli altri giudizi riservati a questa Corte, ed in particolare rispetto ai giudizi sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti con forza di legge” [ ... ]. Non è quindi in discussione in questa sede la valutazione di eventuali profili di illegittimità costituzionale della legge n. 40 del 2004, né è questa, parimenti, la sede di un giudizio sulla legittimità costituzionale dell'eventuale disciplina di risulta derivante dall'effetto abrogativo del referendum [ ... ]»; così, Corte costituzionale, sentenze 13.01.2005 nn. 45, 46, 47, 48, cit., punto 3 del *Considerato in diritto*.

<sup>131</sup> Al riguardo, sia consentito il rinvio a F. MEOLA, *Il “caso Cagliari”: brevi note sulla definizione in positivo della vexata quaestio dell'ammissibilità della diagnosi pre-impianto*, in R. PRODOMO (a cura di), *Il futuro della bioetica. Una scienza nuova per il XXI secolo*, Torino, 2008, 26.

<sup>132</sup> Letteralmente, in sentenza, la Corte avverte che: «La richiesta referendaria non si pone [ ... ] in contrasto con i principi posti dalla Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, e dal Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168, sul divieto di clonazione di esseri umani, cui si è data esecuzione con legge 28 marzo 2001, n. 145. Oggetto del divieto di cui all'art. 1 del richiamato Protocollo addizionale sono, infatti, solamente gli interventi diretti ad ottenere un essere umano geneticamente identico ad un altro essere umano vivente o morto, e tali interventi [ ... ] restano vietati anche alla stregua della normativa di risulta»; così, Corte costituzionale, sentenza 13.01.2005 n. 46, cit., punto 4.1 del *Considerato in diritto*.

<sup>133</sup> Sul punto, cfr. G. MONACO, *Il referendum per l'abrogazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita di fronte al limite delle “leggi costituzionalmente necessarie”*, cit., 353 ss. Del rischio che, nell'esaminare la normativa di risulta, si possa scavalcare il limite tra giudizio di ammissibilità e giudizio di legittimità tratta anche D. TEGA, *Referendum sulla procreazione medicalmente assistita: del giudizio di ammissibilità per valori*, cit., *passim*.

un'apertura da parte del giudice delle leggi nei riguardi di un ampliamento, a livello normativo, delle possibilità di ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni.

Insomma, già in occasione della richiesta referendaria di abrogazione del disposto normativo in esame, pronunciandosi per l'ammissibilità, la Corte aveva fundamentalmente aperto ad un possibile ripensamento del bilanciamento ad esso sotteso. E questa apertura avrebbe oggi potuto completarsi ad opera della stessa Corte costituzionale, se solo questa avesse "deciso di decidere", approfondendo quegli spunti non particolarmente coltivati di cui si è detto e rifuggendo dalla tentazione di una soluzione "pilatesca" quale quella di fatto resa.

Ed invece, a tanto i giudici costituzionali chiamano il legislatore.

Ma tale rimando, chiaramente rispondente alla continua ricerca da parte della Corte di un equilibrio istituzionale nei rapporti con l'organo parlamentare, non dimentica semplicemente l'atteggiamento più che sfuggente che il legislatore assume tutte le volte in cui è posto a confronto con l'esigenza di regolamentazione di ambiti eticamente sensibili, così protraendo in un tempo indefinito la ricerca di un diverso bilanciamento, in grado di consentire il soddisfacimento di quelle esigenze di sviluppo della ricerca scientifica e della sperimentazione, che pure sono costituzionalmente fondate, ed al contempo di garantire un impiego degli embrioni non impiantabili più "ragionevole" di quello cui oggi sono legislativamente destinati.

Piuttosto, esso lascia completamente «fuori dalla scena il giudice, in particolare quello comune»<sup>134</sup>, che, invece, proprio in ragione della natura della decisione infine assunta dalla Corte, potrebbe in futuro risultare il protagonista di un vero e proprio "capovolgimento" in ambito, attraverso la concessione dell'autorizzazione all'impiego degli embrioni a fini scientifici e sperimentali, realizzata a mezzo di un uso, certo opinabile ma ormai diffuso, dell'interpretazione conforme<sup>135</sup>.

Il tutto, peraltro, senza dimenticare che, nelle more di un auspicabile (quanto poco probabile) intervento legislativo, ad indirizzare gli operatori del diritto, ed *in primis* il giudice, verso l'adozione di una soluzione quale quella qui prospettata potrebbe risultare decisivo l'impiego di quel principio di precauzione che pure la stessa Corte richiama nella sentenza in esame<sup>136</sup>. Solo che, mentre per i giudici costituzionali il principio *de quo* impedirebbe che, per effetto della loro destinazione alla ricerca, gli embrioni vadano irrimediabilmente distrutti, in quanto non riducibili "a mero materiale biologico"<sup>137</sup>, in un diverso approccio, fatto proprio da autorevole dottrina<sup>138</sup>, quello stesso principio non potrebbe

<sup>134</sup> Cfr. A. RUGGERI, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, cit., 250.

<sup>135</sup> *Ibidem*. Da ultimo, a proposito dell'impiego dello strumento dell'interpretazione conforme, si leggano, in senso critico, le osservazioni di L. CHIEFFI, *Prospettive garantistiche e sviluppi atipici dell'interpretazione conforme a Costituzione nel campo della biomedicina*, in [Questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it).

<sup>136</sup> Corte costituzionale, sentenza 13 aprile 2016, n. 84, cit., punto 10.2 del *Considerato in diritto*.

<sup>137</sup> L'embrione, infatti, «quale che ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico».

<sup>138</sup> Il riferimento è ad A. RUGGERI, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, cit.



mai giustificare la crioconservazione *sine die* degli embrioni non utilizzati a finalità riproduttiva<sup>139</sup>. Al contrario, in tali circostanze, sarebbe da chiedersi se tale principio non imporrebbe addirittura di fare «quanto è possibile – allo stato attuale delle conoscenze – perché l’embrione possa servire il valore della vita». Ed ancor prima occorrerebbe domandarsi se non è forse vero, una volta accertata l’inutilizzabilità a fini riproduttivi dell’embrione di cui trattasi, che la sua dignità sarebbe «irrimediabilmente offesa laddove a quest’ultimo non sia consentito di offrirsi al servizio della vita e della salute, rendendosi appunto disponibile alla ricerca»<sup>140</sup>. Ugualmente, sarebbe da stabilire se «il valore della solidarietà che sorregge e concorre a dare, per la sua parte, senso al principio personalista, permeando l’intero tessuto costituzionale», possa «valere anche per l’embrione, al punto di potersi donare alla collettività, alle persone oggi viventi ed alle generazioni future»<sup>141</sup>.

## 6.2. *Segue: sulla possibilità di destinare gli embrioni non più impiantabili alla ricerca scientifica ed alla sperimentazione in forza del dettato normativo di cui alla l. n. 10/2020*

Le argomentazioni appena adottate a sostegno dell’ammissibilità di una destinazione degli embrioni non più in grado di soddisfare finalità riproduttive alla ricerca scientifica ed alla sperimentazione in funzione della salvaguardia della tutela della salute, sia individuale che collettiva, non sono peraltro le uniche ad oggi spendibili allo scopo. Al contrario, un più recente intervento legislativo ha da ultimo offerto ad attenta dottrina<sup>142</sup> l’occasione per riflettere sulle possibilità ed i limiti di un fondamento propriamente normativo all’ipotesi di un utilizzo degli embrioni non più impiantabili agli scopi predetti. In particolare, a provocare una simile riflessione è stato il dubbio circa la riferibilità anche alla donazione di gameti ed embrioni delle previsioni di cui alla l. 10 febbraio 2020, n. 10, recante norme sugli atti di disposizione del corpo e dei tessuti *post mortem*, a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica<sup>143</sup>.

Indiscutibilmente, l’approvazione di tale legge rappresenta una novità di assoluto rilievo all’interno del panorama normativo italiano in tema di atti di disposizione del proprio corpo. Per la prima volta, infatti, a mezzo di essa, e nel rispetto dei principi di solidarietà e proporzionalità, il legislatore consente l’utilizzo, ai fini indicati, del corpo e dei tessuti dei soggetti di cui sia stata definitivamente accertata la morte, quando questi abbiano a ciò preventivamente prestato il proprio consenso a mezzo disposizioni

<sup>139</sup> In questo senso, A. RUGGERI, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, cit., 251.

<sup>140</sup> *Ibidem*.

<sup>141</sup> Così, A. RUGGERI, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, cit., 252.

<sup>142</sup> Si tratta di una prospettiva di ricerca fatta propria da S.P. PERRINO, *Fecondazioni postume e destinazione delle cellule riproduttive alla ricerca*, in *Biolaw Journal*, 2, 2020, 251 ss.

<sup>143</sup> Legge 10 febbraio 2020, n. 10, «Norme in materia di disposizione del proprio corpo e dei tessuti *post mortem* a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica» (in G.U. n. 55 del 04.03.2020).

Per un primo commento a tale legge, cfr. L. ATZENI, *Brevi note a margine della legge 10 febbraio 2020, n. 10 in tema di disposizione del proprio corpo e dei tessuti *post mortem* a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica*, in [Osservatorioaic.it](http://Osservatorioaic.it), 5, 2020.

anticipate di trattamento (D.A.T.)<sup>144</sup>. Il tutto, a mezzo di un articolato normativo le cui previsioni spaziano dalla specificazione delle modalità di prestazione del consenso da parte dell'interessato<sup>145</sup> alla determinazione delle modalità di conservazione del corpo<sup>146</sup> e di sua restituzione alla famiglia<sup>147</sup>, fino alla specificazione dei termini e delle possibilità di revoca di quello stesso stesso<sup>148</sup>. Di per sé, dunque, quello in esame è un testo che ben si presta a valutazioni ulteriori e diverse da quelle implicate dal tipo di riflessione che si va svolgendo in queste pagine.

A tali fini, invece, ciò che rileva è, più limitatamente, la possibilità di riferirne i contenuti anche alle cellule ed agli embrioni non più idonei a soddisfare esigenze procreative.

In questa prospettiva, però, è indubbio che il primo interrogativo che occorre sciogliere riguarda la possibilità di annoverare le cellule riproduttive e gli embrioni tra le parti del corpo o i tessuti umani. Ma, sotto tale profilo, il compito dell'interprete è tutt'altro che semplice. Sebbene infatti sembrerebbe naturale definire quali parti del corpo gli organi, i tessuti e le cellule (e, tra queste, anche quelle riproduttive, nonché l'embrione, che è il risultato della loro fusione), una loro caratterizzazione in questi termini non è affatto scontata. E ciò perché, per effetto di un'attuazione poco attenta e disordinata di una serie di direttive rilevanti in tema, oggi «l'ordinamento italiano non disciplina in via unitaria il corpo, lo “disgrega” in numerose leggi per ciascun tipo di organo o tessuto o per l'espianto e il trapianto o per la donazione, lo stoccaggio e l'approvvigionamento o, ancora per l'importazione e l'esportazione»<sup>149</sup>. Tuttavia, è proprio a partire dai contenuti degli atti con cui quelle stesse direttive sono state recepite nel nostro ordinamento che è possibile tentare di dare risposta all'interrogativo sopra formulato. Tra questi atti, in particolare, a rilevare è il già citato D.Lgs. n. 191/2007<sup>150</sup>, il cui art. 3 sembrerebbe offrire argomenti utili a ricondurre anche le cellule ed i tessuti entro l'ambito applicativo della l. n. 10/2020. Esso, infatti, definisce le une «cellule umane singole o un insieme di cellule umane non collegate da alcuna forma di tessuto connettivo»<sup>151</sup>, intendendo invece per tessuti «tutte le parti costituenti del corpo umano formate da cellule»<sup>152</sup>. Conseguentemente, se il tessuto è una parte del corpo, lo sono anche le cellule che lo formano, sicché queste vanno incluse nell'ambito di applicazione della l. n. 10/2020, ben potendone costituire l'oggetto. Tale conclusione, però, sembrerebbe sconfessata dal disposto dell'art. 2, che, nel regolamentare il trattamento e la conservazione di tutti i tessuti e le cellule umani, specifica che «[a]lle cellule riproduttive, ai tessuti e alle cellule fetali e alle cellule staminali embrionali, si applicano le disposizioni vigenti in materia. Per la conservazione si applicano

<sup>144</sup> Le disposizioni anticipate di trattamento (in sigla D.A.T.) sono previste all'art. 4, comma 6, l. 22 dicembre 2017, n. 2196, «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento» (in G.U. n. 12 del 16.01.2018).

<sup>145</sup> Art. 3, comma 1, legge n. 10/2020, cit.

<sup>146</sup> Art. 4, legge n. 10/2020, cit.

<sup>147</sup> Art. 6, legge n. 10/2020, cit.

<sup>148</sup> Art. 3, comma 5, legge n. 10/2020, cit.

<sup>149</sup> Così, S.P. PERRINO, *Fecondazioni postume e destinazione delle cellule riproduttive alla ricerca*, cit., 255.

<sup>150</sup> Si tratta del più volte menzionato decreto recante «Attuazione della direttiva 2004/23/CE sulla definizione delle norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umane».

<sup>151</sup> Art. 3, comma 1, lett. a), D. Lgs. n. 191/2007, cit.

<sup>152</sup> Art. 3, comma 1, lett. b), D. Lgs. n. 191/2007, cit.

le disposizioni di cui al presente decreto in quanto compatibili»<sup>153</sup>. In buona sostanza, quindi, ai fini della regolamentazione della donazione, dell’approvvigionamento, del controllo e della lavorazione di queste cellule la disposizione *de qua* rimanda alle leggi speciali in materia, ossia alla legge n. 40/2004 nonché al d.P.R. n. 131/2019. In questo senso, però, la stessa disposizione pone all’interprete un dubbio concernente la possibilità di intendere il rinvio alle leggi speciali da essa operato come idoneo a privare di rilevanza le definizioni generali di cui all’art. 3 dello stesso decreto legislativo. Si tratta tuttavia di un dubbio che la dottrina confrontata con l’argomento oggi risolve in senso negativo, ritenendo che «l’art. 2, nel tratteggiare l’ambito di applicazione, abbia tenuto distinto il rinvio ad altre leggi ex comma 3 dalle esclusioni di cui al comma 4»<sup>154</sup>, il quale, infatti, esclude dall’ambito di applicazione del decreto in questione «a) tessuti e cellule utilizzati per un trapianto autologo nell’ambito dello stesso intervento chirurgico; b) sangue e suoi componenti secondo la definizione del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 191, e successive modificazioni; c) organi o parti di organi, qualora la loro funzione sia quella di essere utilizzati per lo stesso scopo dell’organo intero nel corpo umani». Sicché, così ragionando, si conclude in senso favorevole all’applicazione del D.Lgs. n. 191/2007, le cui disposizioni di carattere generale, anzi, potranno indirizzare l’interprete tutte le volte in cui questi abbia a trattare di cellule riproduttive, fetali e staminali embrionali. Fortemente sostenuta dalla dottrina, tale conclusione ha ricevuto avallo anche dalla giurisprudenza, tanto di merito che di legittimità, che, infatti, chiamata a prendere posizione sulla natura giuridica delle parti del corpo umano vivente, ed in particolare degli ovuli femminili, onde valutarne la riconducibilità alla nozione di “cosa mobile” ex art. 628 c.p. ai fini dell’imputazione del reato di rapina degli ovociti della persona offesa, all’esito della sottrazione delle cellule, la sedazione e la fecondazione delle medesime contro il suo consenso, ha concluso che l’ovocita, quand’anche separato dal corpo mediante una procedura di espanto, è una “parte del corpo”<sup>155</sup>. Conseguentemente, ed ai fini che qui rilevano, in quanto parti del corpo, anche i gameti ricadono nella sfera di applicazione all’art. 3 D. Lgs. 191/2007, e ciò rende ad essi possibile riferire i

<sup>153</sup> Art. 2, comma 3, D. Lgs. n. 191/2007, cit.

<sup>154</sup> Il rimando, qui, è a S.P. PERRINO, *Fecondazioni postume e destinazione delle cellule riproduttive alla ricerca*, cit., 255.

<sup>155</sup> La vicenda giudiziaria qui richiamata, e ben nota all’opinione pubblica, riguarda il dott. Severino Antinori, accusato di aver anestetizzato un’infermiera contro la sua volontà, prelevandole in seguito sei ovuli con l’intento di impiantarli nell’utero di una paziente della propria clinica privata, al fine di procurarsi un ingiusto profitto, nonché causandole, infine, un disturbo post-traumatico ed una sindrome depressiva atipica, quale conseguenza non voluta della propria condotta. Originariamente posto agli arresti domiciliari, il noto medico veniva poi condannato dal Tribunale di Milano (Tribunale di Milano, sez. VIII, sentenza 31 maggio 2018, inedita) per i reati di rapina pluriaggravata, lesione personale, falsità ideologica nella redazione del certificato di dimissioni della persona offesa, lesione personale quale conseguenza non voluta del delitto di rapina e tentata estorsione. In parziale riforma, la Corte d’Appello di Milano (Corte d’Appello di Milano, sez. III, sentenza 11 luglio 2019, inedita) dichiarava il soggetto colpevole anche di un’ulteriore rapina di un telefono cellulare e riquilificava l’estorsione da tentata a consumata. Infine, la Cassazione annullava la sentenza impugnata limitatamente alla rapina del cellulare, riquilificava l’estorsione come esercizio arbitrario delle proprie ragioni, confermando invece la condanna per i restanti capi di imputazione (Cassazione penale, sez. II, sentenza 25 novembre 2020, n. 37818; il testo di tale sentenza è reperibile all’indirizzo: [Sistemapenale.it](http://Sistemapenale.it)). Per un commento della vicenda giudiziaria *de qua*, delle decisioni in commento ed in particolare delle interessanti argomentazioni utilizzate dai giudici al fine di pervenire alle conclusioni infine rese, si rinvia a S.P. PERRINO, *Sulla configurabilità della rapina di ovociti*, in [Giurisprudenzapenale.com](http://Giurisprudenzapenale.com).

contenuti della l. 10 febbraio 2020, n. 10. Conclusione, questa, che consente quindi, a sua volta, di guardare ad essi quale possibile oggetto di quegli atti dispositivi a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica, che la legge *de qua* prevede e disciplina.

Diversamente, per quel che concerne gli embrioni sono ancora numerosi i dubbi riguardo una loro possibile inclusione tra le parti del corpo, sebbene nessuno possa oggi seriamente dubitare del fatto che trattasi comunque di «un insieme di cellule umane». Ad incidere su questo piano è certo la diversità e pluralità delle teorie che da anni si confrontano sullo statuto giuridico dell'embrione e che rendono sempre controversa la possibilità di consentirne l'impiego a fini diversi da quello procreativo, e specificamente a scopi di ricerca e sperimentazione. Tuttavia, anche su questo piano, la dottrina qui più volte richiamata<sup>156</sup> pare offrire una possibile via d'uscita, azzardando l'inclusione dell'embrione nella nozione di cellule di cui all'art. 3 D.Lgs. n. 191/2007, in cui, tra l'altro, rientrano «le cellule umane singole o un insieme di cellule umane non collegate da alcuna forma di tessuto connettivo». Tale definizione, infatti, pare ben attagliarsi «a quelle cellule che non hanno alcuna chance di essere collegate ad alcun tessuto connettivo, come i gameti non suscettibili di alcun impiego nella fecondazione umana»<sup>157</sup>. Sicché, per questa via, anche agli embrioni sembrerebbero potersi riferire le conclusioni prima rassegnate a proposito dei gameti, ritenendo quindi anche in quest'ipotesi applicabili le previsioni di cui alla l. 10 febbraio 2020, n. 10.

Ma, la proposta dottrinale finalizzata a superare le perplessità in ordine ad una possibile destinazione degli embrioni non più impiantabili alla ricerca ed alla sperimentazione a mezzo dell'applicazione della legge da ultimo citata sconta anche l'ulteriore difficoltà di spiegare come possa tale destinazione conciliarsi con le sanzioni e i divieti posti dalla legge n. 40/2004. Qui, in particolare, il riferimento è all'art. 13 della legge n. 40/2004, che vieta qualsiasi sperimentazione sugli embrioni<sup>158</sup>, precisando che «la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela e alla salute ed allo sviluppo dell'embrione [ ... ]»<sup>159</sup>. Indiscutibilmente, tale divieto trova fondamento in una serie di trattati internazionali che individuano tra le loro finalità anche la tutela del prodotto del concepimento, ponendo, in questa prospettiva, più di un divieto quanto ad un uso di esso diverso da quello procreativo<sup>160</sup>. Eppure, se ben analizzati, tali divieti non risultano mai assoluti. Si pensi, ad esempio, a quanto

<sup>156</sup> Il riferimento è a S.P. PERRINO, *Fecondazioni postume e destinazione delle cellule riproduttive alla ricerca*, cit.

<sup>157</sup> Così, S.P. PERRINO, *Fecondazioni postume e destinazione delle cellule riproduttive alla ricerca*, cit., 257.

<sup>158</sup> Al pari, vietando:

- «a) la produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione o comunque a fini diversi da quello previsto dalla presente legge;
  - b) ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche, ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, di cui al comma 2 del presente articolo;
  - c) interventi di clonazione mediante trasferimento di nucleo o di scissione precoce dell'embrione o di ectogenesi sia a fini procreativi sia di ricerca;
  - d) la fecondazione di un gamete umano con un gamete di specie diversa e la produzione di ibridi o di chimere».
- Così, art. 13, comma 3, legge n. 40/2004, cit.

<sup>159</sup> Art. 13, comma 2, legge n. 40/2004, cit.

<sup>160</sup> Qui, il richiamo è non solo alla «Convenzione per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti dell'applicazioni della biologia e della medicina», firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997, cit.; ma

previsto dalla Convenzione di Oviedo. Tale convenzione, in realtà, pur prevedendo espressamente che «la costituzione di embrioni umani a fini di ricerca è vietata»<sup>161</sup>, a proposito della sperimentazione su di essi si limita a precisare che quando è ammessa dalla legge, quest’ultima debba assicurare «una protezione adeguata all’embrione»<sup>162</sup>. Da ciò, quindi, si ricava che, in forza della Convenzione *de qua*, gli Stati aderenti possano regolamentare la ricerca sugli embrioni in vitro, ma, in questo caso, debbano fissare garanzie idonee a tutela degli stessi. Ed allora, posto che, in mancanza di una diversa determinazione espressa da parte del paziente-aderente alle tecniche P.M.A., gli embrioni soprannumerari abbandonati devono essere trasferiti alla Biobanca Nazionale, e che, una volta trasferiti ivi, essi sono destinati ad attività di ricerca sulle «cause patologiche, psicologiche, ambientali e sociali dei fenomeni della sterilità e della infertilità e favorire gli interventi necessari per rimuoverle nonché per ridurne l’incidenza»<sup>163</sup>, deve perciò stesso desumersi che, sebbene la legge 40 non ammetta forme di distruzione e sperimentazione su embrioni e cellule, tale divieto, in circostanze quali quelle descritte, diventa relativo.

Tuttavia, nel riannodare quanto appena osservato alle considerazioni precedentemente svolte risulta necessario operare una precisazione.

Occorre cioè evidenziare che, a differenza di quanto avviene per i gameti, con o senza condizioni patologiche riscontrate, ostate all’impiego in procedure di P.M.A., per i quali, in difetto di una espressa esclusione da parte del regolamento di attuazione, si ritiene applicabile la l. n. 10/2020, «in conformità con le disposizioni anticipate di trattamento del soggetto titolare del potere di “controllo”, individuato secondo le regole contenute nella legge n. 40/2004, nelle linee guida e nel D.P.R. n. 131/2019»<sup>164</sup>, al contrario, a proposito degli embrioni non più impiantabili, per i quali sia stato accertato lo stato di abbandono definitivo, alla luce di quanto appena sottolineato si deve concludere che essi possono sì essere destinati alla ricerca mediante disposizioni anticipate, ma, al fine di superare il divieto di legge, è necessario anzitutto che siano destinati alla Biobanca nazionale, e quindi che vi sia un apposito provvedimento di destinazione alla ricerca scientifica<sup>165</sup>. Si tratta di una soluzione che, a ben considerare, non pone affatto problemi di contrasto con il dettato normativo. Quelli che essa suggerisce di destinare

---

anche alla Risoluzione approvata il 16 marzo 1989 (in G.U.C.E. C n. 96 del 17.04.1989); ed alla Raccomandazione del Parlamento europeo n. 1046 del 24 settembre 1989.

<sup>161</sup> Art. 18, comma 2, della “Convenzione per la protezione dei Diritti dell’Uomo e della dignità dell’essere umano nei confronti dell’applicazioni della biologia e della medicina”, cit.

<sup>162</sup> Art. 18, comma 1, della “Convenzione per la protezione dei Diritti dell’Uomo e della dignità dell’essere umano nei confronti dell’applicazioni della biologia e della medicina”, cit.

<sup>163</sup> Tanto risulta dalla «Relazione del ministro della salute al parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita (legge 19 febbraio 2004, n. 40, articolo 15)», il cui testo è consultabile al sito ufficiale del Ministero della Salute: [www.salute.gov.it](http://www.salute.gov.it).

<sup>164</sup> In questi termini, S.P. PERRINO, *Fecondazioni postume e destinazione delle cellule riproduttive alla ricerca*, cit., 258.

<sup>165</sup> In questo senso, S.P. PERRINO, *Fecondazioni postume e destinazione delle cellule riproduttive alla ricerca*, cit., 258, 259, per la quale, dunque, «per offrire garanzie agli embrioni, in conformità con le previsioni della Convenzione di Oviedo, non occorre un divieto assoluto, bensì un procedimento trasparente, che prende avvio con le D.A.T. del paziente, prosegue con l’invio delle paillettes contenenti le cellule alla Bio-Banca nazionale, nel rispetto dell’autodeterminazione del soggetto titolare del potere di controllo, e si conclude con un provvedimento del Ministro della Salute, sentito il Comitato nazionale della Bioetica, in ordine alla destinazione allo studio, alla formazione e alla ricerca scientifica ex l. n. 10/2020».

alla ricerca, infatti, non sono embrioni appositamente formati a fini di ricerca, ma embrioni residuati in esito a cicli di P.M.A., incapaci di soddisfare esigenze procreative, perché affetti da patologie che li rendono inidonei allo scopo, e perciò destinati ad una crioconservazione *sine die*.

In tutto ciò, però, residua un dubbio. L'interprete sarà mai capace di collocarsi nel solco di quest'intuizione e consentire, per questa via, un uso degli embrioni non più impiantabili a fini di ricerca e sperimentazione? Ma, soprattutto, è corretta l'opzione a favore di una definizione giudiziaria di tale *querelle*?

## 7. Dal “poema dantesco” alla “vulgata partenopea”: qualche considerazione di sintesi

L'interrogativo da ultimo posto ripropone così una questione di fondo: a fronte della latitanza del legislatore, è accettabile continuare a rimettere alla magistratura il compito di dare risposta ad esigenze di tutela di beni/interessi costituzionalmente garantiti, pur nella continua riprova dell'uso molte volte distorto che a tali scopi essa fa dello strumento dell'interpretazione conforme? Ovviamente, si tratta di una domanda retorica.

Con una precisazione.

Non si tratta di non voler apprezzare i molti meriti che una giurisprudenza di frontiera ha avuto in questi anni nel consentire una riscrittura del testo della legge n. 40/2004 in senso maggiormente rispetto dei valori costituzionali. Piuttosto, nella consapevolezza dei limiti naturalmente insiti nelle decisioni giudiziarie, dagli effetti circoscritti alle parti del giudizio e potenzialmente in grado di alimentare disuguaglianze ed asimmetrie, pare possano dirsi ormai maturi i tempi per una definitiva devoluzione di questo genere di questioni nell'alveo parlamentare in cui naturalmente devono essere definite. E sebbene il momento storico/politico attuale non sia quello più favorevole a consentire il rinnovarsi della riflessione su tal genere di problematiche, non sembra più possibile che l'organo parlamentare, laddove fosse nuovamente sollecitato ad intervenire in tali ambiti, possa continuare a rimanere inerte, senza che da ciò inizino a trarsi non solo precise responsabilità politiche ma anche e soprattutto conseguenze sul piano giuridico e istituzionale<sup>166</sup>. Anche perché pure quella di non decidere è una scelta, e non sempre a costo zero.

Certo, nessuno nega che quella tra il rispetto del principio della vita (che si racchiude nell'embrione ove pur affetto da patologia) e le esigenze della ricerca scientifica sia una “scelta tragica”. Al contrario, quella fatta propria dalla Corte, nella sentenza da ultimo più volte menzionata<sup>167</sup>, è aggettivazione che ben coglie la natura di una decisione che, sia pur limitata all'utilizzo in ambito scientifico e sperimentale dei soli embrioni non più impiantabili a fini procreativi, è sempre e comunque fortemente divisiva sul piano etico e scientifico, tanto da non aver fin qui trovato soluzioni significativamente uniformi neppure nella legislazione europea.

<sup>166</sup> Per un approfondimento sul punto, ed in particolare sulle possibilità ed i limiti di ricorso alla Corte costituzionale in funzione correttiva delle storture ordinamentali conseguenti all'inerzia legislativa, specie quando si è in presenza di principi o norme costituzionali che, per la loro piena attuazione, richiedono “un fare positivo dell'organo legiferante”, ovvero di statuizioni costituzionali che addirittura contengono un espresso rinvio a leggi destinate ad attuarle, sia consentito il rinvio a *Discrezionalità legislativa e sindacato di costituzionalità. Ragionando sul tema alla luce del c.d. caso Cappato*, cit., 8 ss.

<sup>167</sup> Corte costituzionale, sentenza 10 giugno 2014 n. 162, cit.



Tuttavia, le difficoltà di normazione in tema che l’opzione semantica *de qua* naturalmente esprime se non valgono a giustificare la scelta fatta nell’occasione dalla Corte, di declinare la propria competenza a decidere sul relativo bilanciamento a favore del legislatore, non paiono certamente più in grado di continuare a negar spazio, a livello normativo, ad una diversa ponderazione dei valori in conflitto, nella direzione di una maggiore apertura alle esigenze della collettività correlate alle prospettive della ricerca scientifica.

La perdurante assenza in ambito di un intervento correttivo del bilanciamento ad oggi positivizzato a livello legislativo risulta infatti anch’essa una scelta non meno “tragica” di quella imposta da un qualsiasi tentativo di rimodulazione di quel bilanciamento. E ciò perché di fatto essa finisce per accomunare in uno stesso “tragico” destino tanto gli embrioni non più impiantabili a fini procreativi, in quanto affetti da anomalie, gravi e di natura irreversibile, quanto quelli che, residuati in esito ad un trattamento di P.M.A., ben potrebbero al contrario essere impiegati per soddisfare, attraverso la donazione finalizzata all’adozione, tanto il desiderio di genitorialità della coppia, ovvero della donna *single*, quanto l’aspettativa di vita degli embrioni. Il tutto, secondo una logica che, per assenza di un opportuno quanto necessario distinguo al riguardo, risulta per ciò stesso assolutamente priva di ogni ragionevolezza.

Ed allora, ad evitare che una tale irragionevolezza perduri all’interno del sistema ordinamentale, con effetti assolutamente deleteri sul piano della tutela di beni e interessi costituzionalmente fondati, è evidente la necessità di un approfondimento delle argomentazioni fin qui tratteggiate a sostegno di una differente regolamentazione del destino degli embrioni ad oggi crioconservati, che sia in particolare improntata ad una diversificazione del loro impiego in ragione dello stato in cui versano.

Indiscutibilmente, ripensare le possibilità di impianto di embrioni crioconservati per finalità procreative proprie di una coppia diversa da quella formata dai genitori biologici, importerà la previa definizione di una serie di questioni che, per come sono state anche solo tratteggiate, appaiono non poco complesse, in quanto, legando tra loro, in un viluppo non facilmente districabile, problematiche di tipo valoriale con altre di carattere più propriamente contrattualistico, spaziano dal piano costituzionale a quello civilistico.

Parimenti, superare, ancor prima delle difficoltà di tipo giuridico, le remore di ordine etico che ad oggi hanno impedito un impiego degli embrioni non più impiantabili nella ricerca e sperimentazione strumentale al miglioramento delle condizioni di salute del singolo non meno che della collettività, richiederà un ripensamento di quel bilanciamento tra le esigenze di tutela dell’embrione e l’interesse alla ricerca scientifica ed alla salvaguardia del diritto alla salute, che, come già evidenziato, è terreno assolutamente impervio.

Certamente, quindi, si tratta di un compito non facile.

Ma, se non mancano argomenti solidi a sostegno di una diversificazione delle possibilità di impiego degli embrioni crioconservati in ragione della loro utilizzabilità o meno a fini procreativi, non pare neppure che difettino elementi che, nell’una come nell’altra ipotesi, siano in grado di proiettare il *balancing test* tra i diversi beni e/o interessi naturalmente implicati nella diversa direzione di impiego degli embrioni su delineata.

Solo così, in effetti, sarà forse possibile emendare il testo normativo in materia di quelle ulteriori criticità che ancora ne mettono in discussione la rispondenza al catalogo assiologico accolto in Costituzione.

Soprattutto, solo così operando si potrà immaginare di trarre fuori dal limbo in cui sono costretti gli embrioni ad oggi crioconservati, e pensare di attribuire alla condizione di sospensione in cui attualmente versano un significato diverso da quello di matrice dantesca, avvicinandolo al senso ad essa attribuito dal gergo napoletano.

Con un'avvertenza.

Non si tratta di un'operazione meramente semantica.

Al contrario, quella proposta è una precisa opzione assiologica. Ad essa, infatti, è sottesa la riscoperta, nella sua pienezza ma anche nelle sue diverse proiezioni, di quel valore solidaristico senza il quale il principio personalista, su cui pure è costruito l'intero edificio costituzionale, risulterebbe privo di una parte importante di senso.

## Il Servizio sanitario nazionale, tra storia e attualità: riflessioni intorno alla gestazione e alle prospettive di attuazione della riforma della sanità territoriale

*Teresa Andreani\**

THE NATIONAL HEALTH SYSTEM'S STRUCTURAL SHORTFALLS, BETWEEN HISTORY AND ACTUALITY: INTERROGATIVES ON THE IMPLEMENTATION OF PROXIMITY-CARE REFORMATION

ABSTRACT: Having examined the constitutional foundation of health protection and reaffirmed its historical and political nature, the article aims to propose several lines of analysis regarding the implementation of the proximity care reformations, as framed in the mission Health of the National Recovery and Resilience Plan, by contextualizing it within the National Health System's transformative crisis and its historical and structural shortfalls.

KEYWORDS: Proximity healthcare reformation; right to health; constitutional principles; pandemic; public health

ABSTRACT: Dopo aver riattraversato il fondamento costituzionale della tutela della salute e averne riaffermato la sostanziale storicità e politicità, l'articolo intende proporre alcune linee di analisi intorno all'attuazione della costituenda riforma della sanità territoriale, come prevista dalla prima componente della missione Salute del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, inquadrandola all'interno della crisi trasformativa del Servizio sanitario nazionale e delle sue storiche e strutturali criticità.

PAROLE CHIAVE: Riforma della sanità territoriale; diritto alla salute; principi costituzionali; pandemia; sanità pubblica

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La storicità e la politicità della tutela costituzionale della salute nel progetto costituzionale di uguaglianza sostanziale – 3. Le criticità strutturali del Servizio sanitario nazionale – 3.1. La riforma sanitaria e il suo difficile percorso attuativo – 3.2. La crisi trasformativa e il ridimensionamento dei principi istitutivi – 3.3. L'evoluzione regionalistica dell'istituzione e l'assestarsi del quadro critico dei regionalismi sanitari – 4. La gestazione della costituenda riforma della sanità territoriale prima e durante l'esperienza pandemica – 5. Verso il rafforzamento dell'assistenza sanitaria territoriale: le Case della Comunità tra partecipazione e integrazione sociosanitaria – 6. Le incerte prospettive di attuazione del disegno riformatore – 7. Conclusioni.

---

\* *Dottoressa in Giurisprudenza, Università di Trento; tirocinante alla Commissione Affari sociali, Salute e Sviluppo Sostenibile dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa. Mail: [teresaandrea25@gmail.com](mailto:teresaandrea25@gmail.com). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*



## 1. Introduzione

**N**onostante l'attenuarsi dell'allarme sociale verso la questione dell'uguale accesso alle cure e il vacillare della volontà politica riformatrice, la riflessione intorno al futuro del Servizio sanitario nazionale continua oggi ad impegnare la comunità scientifica e gli osservatori di numerose discipline. Trascorsi tre anni dall'avvento della pandemia, l'emergenza di salute pubblica da questa scaturita può forse essere ricostruita come un mero tassello di quella crisi trasformativa e sistemica che ormai da diverse decadi investe il Servizio sanitario nazionale. L'esperienza pandemica, innestata in un processo storico di ridimensionamento dei principi istitutivi di tale istituzione di solidarietà, si è in prima battuta dimostrata un vettore capace di guidare la volontà politica verso la necessità di adottare strumenti innovativi di riforma secondo la strada indicata dalla consolidata riflessione scientifica intorno alle sue criticità strutturali e cronicizzate. La necessità di ricostruire tale istituzione di solidarietà appare infatti il lascito più diretto e radicale dell'esperienza pandemica, la quale ha condotto il decisore politico a individuare nella sanità territoriale o di prossimità il pilastro di una rinnovata politica di rilancio del Servizio sanitario, di rafforzamento dei servizi sanitari regionali e di contrasto alle disuguaglianze di salute affliggenti i territori della penisola. In tale contesto di profonda crisi dell'esistente è fiorita la costituenda riforma della sanità territoriale: l'attuazione della quale muove oggi i primi passi.

Con lo sguardo rivolto alla costituenda riforma della sanità territoriale quale prospettiva evolutiva emergente del Servizio sanitario nazionale, l'articolo intende tracciare talune linee di analisi che questa accompagnano e rafforzano. In primo luogo, è delineato il fondamento costituzionale del paradigma universalistico in sanità, rilevando la storicità e politicità degli strumenti di tutela della salute abbracciati nel lungo andare dell'esperienza costituzionale della Repubblica. Riattraversando gli snodi cruciali della genesi, dello sviluppo e dell'evoluzione del Servizio sanitario, sono in secondo luogo individuate talune criticità strutturali virulentemente riemerse nel contesto pandemico: tra queste, il sottosviluppo dei servizi sanitari territoriali o di prossimità, con particolare intensità in talune Regioni. È poi illustrata la costituenda riforma della sanità territoriale, tanto nella sua gestazione quanto nella sua finale regolamentazione, volgendo lo sguardo alla prospettiva di rafforzamento delle Cure primarie attraverso una diffusione sul territorio nazionale del modello organizzativo e innovativo delle Case della Comunità. Sono infine proposte alcune linee di analisi intorno alle prospettive di attuazione del disegno riformatore.

## 2. La storicità e la politicità della tutela costituzionale della salute nel progetto costituzionale di uguaglianza sostanziale

Nell'attuale momento dell'esperienza costituzionale della repubblica, la riflessione scientifica interdisciplinare intorno alle prospettive evolutive del Servizio sanitario nazionale, istituzione di solidarietà volta a tutelare la salute e ridurre le disuguaglianze di salute, continua a mantenere alta l'attenzione



politica e civica intorno alla necessità di rafforzarne i principi istitutivi, garantendone così la sostenibilità e la resilienza negli anni a venire<sup>1</sup>. In questa prospettiva, l'immagine che più rispecchia l'attuale condizione del Servizio sanitario nazionale nel contesto post-pandemico è quella di un cantiere aperto: il futuro di tale strumento di garanzia del diritto alla salute si presenta, d'altra parte, incerto<sup>2</sup>. La riflessione intorno alle criticità strutturali del Servizio sanitario nazionale, sempre viva ma significativamente accelerata nei tre anni trascorsi, ha condotto gli interpreti a riscoprire e riattraversare il fondamento costituzionale delle sue necessarie premesse nell'articolo 32 della Costituzione: norma costituzionale dalla straordinaria carica eversiva nel sistema costituzionale dei diritti della persona<sup>3</sup>. In un momento di profonda crisi dell'esistente, infatti, è apparsa decisiva la riscoperta della connessione tra la norma di principio in questione i principi costituzionali fondamentali personalista, solidarista e di uguaglianza sostanziale: la tutela costituzionale della salute origina infatti dalla prima parte della norma che attribuisce a tutte le componenti della Repubblica il compito di tutelare la salute concepita quale «fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività». Suggellando l'obbligo costituzionale di tutela della salute da parte dei pubblici poteri, le Madri e i Padri Costituenti hanno da un lato aperto la strada alla fioritura di una storia del diritto alla salute nella dimensione positiva di diritto sociale fondamentale alle cure<sup>4</sup>. Dall'altro, hanno introdotto una norma costituzionale di principio necessitante dell'intervento del legislatore per la scelta degli strumenti di politica sanitaria attraverso i quali adempiere a tale obbligo finalistico, in questo modo sancendone la strutturale politicità<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Sulla stessa linea del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, questi gli obiettivi cruciali indicati prima e in seguito all'evento pandemico dagli osservatori verso i quali le politiche sanitarie e sociali sono chiamate a muoversi, come recentemente ribadito dall'Organizzazione Mondiale della Sanità in *Una vita sana per tutti. Rapporto sullo stato dell'equità in salute in Italia*, 2022, 68-70. In particolare, riaffermando la strutturale interdipendenza tra momento sanitario e momento sociale, nel Rapporto è evidenziata «l'importanza di prendere in considerazione l'equità di accesso all'assistenza sanitaria, le funzioni di tutela della salute svolte dai servizi pubblici anche al di fuori del settore sanitario, come le reti di sostegno locali e di comunità».

<sup>2</sup> La crisi di salute pubblica scaturita dalla pandemia ha marcatamente segnato la storica crisi trasformativa che nelle ultime decadi il Servizio sanitario ha attraversato: guardata oggi in prospettiva storica, dunque, il suo impatto sulla riflessione scientifica e sulla volontà politica riformatrice di aprire «un cantiere sulla sanità del futuro» appare cruciale. Su questa linea: CENSIS, *I cantieri per la sanità del futuro*, in *54° Rapporto Censis sulla situazione sociale del paese*, Roma, 2020.

<sup>3</sup> In tema di eversività della norma costituzionale si è espresso R. FERRARA in *Il diritto alla salute: principi costituzionali*, in *Trattato di Biodiritto. Salute e Sanità*, a cura di R. FERRARA, P. ZATTI, S. RODOTÀ, Roma, 2010, 51-63. In questa prospettiva, l'organicità e l'integralità quali attributi del rinnovato sistema costituzionale dei diritti della persona ricorrono frequentemente nel dibattito costituente.

<sup>4</sup> Nel disegno costituzionale, come si approfondirà, Il diritto alla salute, in generale, e il diritto alle cure, in particolare, sono diritti sociali, la garanzia dei quali necessita dell'intervento dei pubblici poteri: detengono, così, pari dignità assiologica dei diritti di libertà nel sistema costituzionale integrato dei diritti essenziali. In questo senso, la storia del diritto alla salute nella sua dimensione positiva e sociale è storia della Costituzione: la storia, cioè, dei percorsi interpretativi che hanno marcato il riconoscimento e la garanzia dei diritti sociali costituzionalmente protetti nell'avvicinarsi dei cambiamenti sociali, politici ed economici della penisola. Su questo versante: S. RODOTÀ, *Diritti e libertà nella storia d'Italia*, Roma, 2011, 85-122.

<sup>5</sup> Quello del decisore politico è dunque un intervento politico costituzionalmente necessario, e dunque non discrezionale, in quanto vincolato al raggiungimento dell'obiettivo di tutela della salute e, in termini più generali, di protezione sociale. Intorno alla non-autosufficienza della norma costituzionale in questione: A. D'ATENA, *Costituzionalismo e tutela dei diritti fondamentali*, Torino, 2018, 13-30.

Nell'attuale e rinnovata riflessione incalzata dall'evento pandemico, la storicità e la politicità sono riemerse quali elementi caratterizzanti la tutela della salute e del relativo diritto all'interno del progetto costituzionale di trasformazione della realtà sociale: il «progetto costituzionale di uguaglianza sostanziale»<sup>6</sup>. Emergente dalla lettura in filigrana dei principi costituzionali fondamentali e scaturita dall'incontro tra istanza socialista e quella della dottrina sociale cattolica, la Costituzione repubblicana è infatti espressione di un disegno etico-normativo organico, circolare, profondamente innovatore e propulsore di una visione delle istituzioni in forte discontinuità con il passato<sup>7</sup>. In altre parole, la Carta costituzionale, nata da quell'esperienza di lotta comune e progettuale che è stata la Resistenza<sup>8</sup>, abbraccia un progetto organico di superamento delle disuguaglianze sociali esistenti, di traduzione delle istanze sociali in futuri «diritti di uguaglianza» e, in questa direzione, di realizzazione di una effettiva pari dignità sociale della persona all'interno della società per mezzo della Repubblica<sup>9</sup>. Il principio dell'uguaglianza sostanziale, dunque, trova fondamento nel riconoscimento costituzionale della contraddizione esistente tra ordine giuridico e ordine sociale e è chiamato, in definitiva, a guidare la dinamica dell'azione dei pubblici poteri verso il superamento delle disuguaglianze sociali di fatto esistenti, fra queste quelle di salute, che significativamente marcano la società<sup>10</sup>. Come emerso in alcuni cruciali passaggi del dibattito costituente intorno alla formulazione di tale principio costituzionale, il superamento delle disuguaglianze di salute, determinate da fattori sociali e affliggenti i territori della penisola, continua ad essere terreno d'elezione per l'opera del decisore politico nella tortuosa strada verso il raggiungimento della «rivoluzione promessa»<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> Su questo versante: S. CASSESE, *L'uguaglianza sostanziale nella Costituzione, genesi di una norma rivoluzionaria*, in *Le Carte e la Storia*, 1, 2017, 1-13. Inoltre, intorno all'uguaglianza sostanziale quale principio fondante lo statuto epistemologico del costituzionalismo post-bellico moderno: G. AZZARITI, *Portata rivoluzionaria dell'uguaglianza, tra diritto e storia*, in C. GIORGI (a cura di), *Il progetto costituzionale di uguaglianza sostanziale*, Roma, 2015, 23-36.

<sup>7</sup> Per alcune considerazioni intorno alla discontinuità con il passato recente e lontano imposta dalla Costituzione nel momento della transizione costituzionale in riferimento alla garanzia dei diritti della persona per mezzo delle istituzioni repubblicane: P. POMBENI, *Ricostruire lo Stato, progettare il futuro: alle origini del momento costituente*, in G. BERNARDINI, M. CAU, G. D'OTTAVIO, C. NUBOLA, S. ROSSI (a cura di), *L'età costituente. Italia 1945-1948*, Bologna, 2017, 329-335. Intorno alla gestazione di tale principio nel dibattito costituente ad opera di Lelio Basso e di Massimo Giannini: C. GIORGI, *Il principio di uguaglianza: culture politiche e dibattito costituente*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 2018, 9-44.

<sup>8</sup> Sulla Resistenza come esperienza di discontinuità e progettualità, anche sul versante della tutela della salute: B. PEZZINI, S. ROSSI (a cura di), *I giuristi e la Resistenza. Una biografia intellettuale del paese*, Milano, 2016, 3; A. GIOVANARDI, *La riforma sanitaria del CNL del Veneto*, in *Sanità e Resistenza*, Roma, 1978.

<sup>9</sup> Ancora, seguendo la lettera del secondo comma dell'articolo 3 della Costituzione, il perno del progetto rivoluzionario in questione appare lo stesso concetto di pari dignità sociale, fulcro dell'uguaglianza sostanziale: A. GIORGI, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999, 1-6. In questo disegno, come si è già in parte delineato, il raggiungimento dell'uguaglianza sostanziale avviene attraverso la garanzia da parte dei pubblici poteri dei diritti sociali fondamentali, tra i quali il diritto alla salute ricopre un ruolo cruciale nel rinnovato sistema costituzionale e integrato dei diritti essenziali della persona.

<sup>10</sup> In questa direzione interpretativa: U. ROMAGNOLI, *Il principio di uguaglianza sostanziale*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, Bologna, 1975, 162-198.

<sup>11</sup> Nel momento costituente, le disparità fra livelli di tutela della salute, sia di carattere strutturale all'interno dell'allora vigente sistema mutualistico che di carattere territoriale, apparivano, secondo le stesse parole del Costituente Ludovico Camangi, «una delle più dolorose disuguaglianze tra i cittadini» che la neonata Repubblica



In riferimento alla tutela della salute, abbracciata tale prospettiva orientata al principio costituzionale di uguaglianza sostanziale, l'opera della legislazione appare dunque finalisticamente vincolata all'eliminazione delle disuguaglianze di salute attraverso l'assunzione da parte del decisore politico di strumenti di tutela volti all'uguale miglioramento della salute della popolazione<sup>12</sup>. In questa prospettiva, può considerarsi che l'articolo 32 detiene una originaria vocazione universalistica: con lo sguardo rivolto al rivoluzionario Piano Beveridge, a taluni fra i Costituenti l'istituzione di un servizio sanitario universale, globale e uguale è infatti apparsa come la più spontanea e diretta modalità di attuazione della tutela costituzionale della salute<sup>13</sup>. Nonostante l'incompiuta costituzionalizzazione del paradigma universalistico in sanità, può allora ritenersi che l'istituzione del Servizio sanitario nazionale affondi le sue radici nel fervente «clima culturale e giuridico» del momento costituente: nel quale era già viva e divisiva la riflessione intorno all'emersione delle possibili e strutturali criticità di tale istituzione di solidarietà nel fragile sistema di protezione sociale ereditato dalle precedenti esperienze costituzionali<sup>14</sup>. Soltanto alla fine dei fertili e inquieti anni Settanta, la transizione dal paradigma mutualistico-assicurativo a quello universalistico, compiuta a trent'anni dall'entrata in vigore della Costituzione, ha condotto il decisore politico ad abbracciare una interpretazione e attuazione integrali della norma costituzionale di principio in questione, giungendo a rivitalizzarne l'originaria traccia universalistica e l'intrinseca connessione con i principi costituzionali personalista, solidarista e di uguaglianza sostanziale<sup>15</sup>. Con l'introduzione del Servizio sanitario nazionale la Repubblica ha dunque assunto la funzione pubblica di tutela della salute, ricercando un nuovo ordine sociale, istituzionale e giuridico mediante tale istituzione di

---

ereditava dal recente passato. Sul punto: C. CLEMENTE, *La salute prima di tutto. Art. 32 della Costituzione italiana: testo integrale del dibattito costituente e attualità di un'analisi sociologica*, Milano, 2020, 90-97.

<sup>12</sup> Per una riflessione immediatamente successiva al momento costituente intorno al legame tra principio di uguaglianza sostanziale e tutela della salute di tutta la popolazione nel progetto costituzionale e repubblicano: S. CARBONARO, *I rapporti civili e politici* e S. LESSONA, *La tutela della salute pubblica*, in P. CALAMANDREI (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950, 135-139 e 334-336. Attraverso un rinnovato sistema di protezione sociale, dunque, i primi commentatori della Costituzione auspicavano un miglioramento delle condizioni di salute di tutta la popolazione senza distinzione di classe sociale.

<sup>13</sup> Su questo versante, si indicano il contributo alla riflessione intorno alla definizione dell'articolo 32 del gruppo parlamentare dei sanitari e, all'interno di questo, le voci dei Costituenti Giuseppe Caronia e Ludovico Camangi. Quest'ultimi, infatti, guidarono il dibattito costituente nella seduta del 24 aprile 1947 e proposero rispettivamente due emendamenti, i quali rispecchiavano le loro diverse posizioni, volti in ogni caso a sottolineare la centralità della questione organizzativa della tutela della salute, la necessità di far cadere la formula di garanzia della gratuità delle cure agli indigenti riduttiva dell'ambito oggettivo di intervento di tutela della salute e, conseguentemente, a costituzionalizzare il paradigma universalistico sanità. Sul punto, si rinvia a: I. FARNETANI in *Pediatri e medici alla Costituente. Un pezzo sconosciuto di storia della Repubblica*, Ferrara, 2006.

<sup>14</sup> Sulla straordinaria ricchezza del dibattito costituente per la riflessione ancora attuale sulle criticità strutturali del Servizio sanitario nazionale: R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute*, in *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, 19-23 e, su questa linea di analisi: M. Cocconi, *Il diritto alla tutela della salute*, Padova, 1998, 38-59.

<sup>15</sup> Per alcune considerazioni di ordine generale su tale versante: S. Rossi, *I principi del biodiritto in Assemblea Costituente*, in *Rivista di Biodiritto*, Special issue 2, 2019, 5-25, 18-22. Sulla scorta della più feconda riflessione costituzionalistica, l'autore indica la Carta costituzionale come testo responsivo e guida etico-normativa alla quale rivolgersi per trovare risposte agli interrogativi generati, specie in riferimento alla garanzia del diritto alla salute, dalla crisi dell'esistente.

solidarietà: nel lungo andare della storia costituzionale della Repubblica, però, tale istituzione di solidarietà, pilastro dello Stato sociale, ha mostrato alla prova dell'esperienza talune strutturali criticità<sup>16</sup>.

### 3. Le criticità strutturali del Servizio sanitario nazionale

Nella ricerca delle strutturali criticità del Servizio sanitario, lo sguardo può nuovamente cadere sul dibattito dell'Assemblea Costituente, fertile fucina di analisi in grado di arricchire la contemporanea riflessione: tali criticità, ancora attuali, appaiono storicamente determinate<sup>17</sup>. Ripercorrendo alcuni passaggi cruciali del dibattito costituente sono rintracciabili le questioni che hanno marcato storicamente l'evoluzione trasformativa di tale istituzione e che hanno stimolato nel tempo la riflessione degli interpreti: la strutturale ricerca di un equilibrio tra le ragioni dell'uniformità e quelle della differenziazione, la sostenibilità finanziaria del paradigma universalistico, la necessità di rifondare il rapporto di cura tra medico e paziente sulla fiducia e, non da ultimo, il superamento della concezione della salute come mera assenza di malattia, volgendo lo sguardo ai determinanti sociali della stessa e all'interdipendenza tra momento sanitario e sociale<sup>18</sup>. Tali dirompenti interrogativi hanno trovato risposte diversificate nel lungo andare dell'esperienza costituzionale della Repubblica, divenendo soltanto con l'istituzione del Servizio sanitario oggetto di riflessione politica attenta e di scelte politiche trasformative. Nonostante la radicale rottura ideale imposta dalla transizione costituzionale, la Carta Costituzionale è apparsa come un mero punto di partenza sul quale faticosamente costruire la trasformazione della società italiana: sul versante della tutela della salute si è infatti registrata una sostanziale continuità con i periodi liberale prima, fascista poi<sup>19</sup>. Abbandonate le istanze universalistiche nei primi trent'anni della storia repubblicana, il sistema di protezione sociale è rimasto frammentario e primitivo e, avvalorata una

<sup>16</sup> Con l'istituzione del Servizio sanitario nazionale, si è detto, la Repubblica ha assunto la funzione pubblica di tutela della salute, devitalizzando la formula di garanzia di gratuità delle cure per gli indigenti avvalorando la seguente riformulazione dell'articolo 32, come riportata all'articolo 1 della legge 883 del 1978, istitutiva dello stesso: «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività mediante il Servizio sanitario nazionale».

<sup>17</sup> Per prime riflessioni su questa linea di analisi storico-giuridica: B. PEZZINI, *Il diritto alla salute a quarant'anni dall'istituzione del Servizio sanitario nazionale: le criticità strutturali di un diritto sociale*, in *Rivista di Biodiritto*, 2, 2019, 132-133.

<sup>18</sup> In termini generali, sull'eredità dei Padri e delle Madri Costituenti fino ai nostri giorni: S. CASSESE, *Le grandi voci lontane: ideali costituenti e norme costituzionali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 2018, 1-7. Come si è in parte anticipato, in termini particolari sul versante della tutela della salute, quella del momento costituente e del relativo dibattito assembleare è una ricca e forte eredità che continua a guidare l'attuale riflessione: R. BALDUZZI in *Medicina oltre la cura*, in *Rivista di Biodiritto*, Special issue 2, 2019, 377-392, 381-384. L'attenzione dei Costituenti intorno a tali questioni emerge dalla lettura dei lavori preparatori della prima Sottocommissione per la definizione dei principi costituzionali fondamentali, e quelli relativi alla formulazione dell'articolo 32, svolti dalla seconda Sottocommissione.

<sup>19</sup> In termini generali, intorno alla sostanziale continuità del periodo repubblicano con i periodi precedenti: N. BOBBIO, *Tra due repubbliche. Alle origini della democrazia italiana*, Roma, 1996, 27-34 e L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna, 2004, 250-275. Nello specifico, sull'immobilismo politico in materia di garanzia del diritto alla salute e all'assistenza sociale: F. TARONI, *La non-nascita del SSN: occasione perduta o strada non presa? Continuità e cesure nelle politiche sanitarie e nella legislazione sociale del secondo dopoguerra in Italia*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, Bologna, 2009, 373-424

interpretazione minimale dell'articolo 32 della Costituzione, il paradigma assicurativo ha continuato a fondare le politiche sanitarie<sup>20</sup>. Dai primi anni Settanta, però, la crisi finanziaria del sistema mutualistico, sviluppatosi in assenza di un disegno generale, è divenuta irreversibile: tale sistema si è rivelato fortemente iniquo, frammentato nell'azione concorrente di attori pubblici e privati, centrali e locali, provocando l'accensione del dibattito intorno alla riforma sanitaria<sup>21</sup>. Su tale crisi di legittimità sono allora fiorite le premesse sociali, politiche e giuridiche della transizione al paradigma universalistico: in una rinnovata fase di disgelo costituzionale, le politiche sanitarie e sociali sono allora finalmente divenute terreno d'attuazione dei principi costituzionali fondamentali<sup>22</sup>. Alla fine degli anni Settanta, dopo una tortuosa gestazione politica, l'eredità dei movimenti per la salute e della rinnovata cultura giuridica costituzionalmente orientata ha trovato accoglimento nella legislazione statale<sup>23</sup>: intrecciatisi all'evoluzione regionalistica della Repubblica, l'istituzione del Servizio sanitario nazionale sui principi di universalità dei destinatari, di globalità delle prestazioni, di uguaglianza di trattamento nonché di territorialità, integrazione sociosanitaria e di partecipazione, ha dunque aperto la strada all'attuazione piena del mandato costituzionale e del compito repubblicano di tutela della salute<sup>24</sup>.

### 3.1. La riforma sanitaria e il suo difficile percorso attuativo

Proseguendo su tale linea di analisi storico-giuridica, può considerarsi che, raggiunta la riforma sanitaria, altrettanto difficile si è dimostrata l'attuazione dei principi istitutivi di tale istituzione di solidarietà e degli istituti previsti dalla legge<sup>25</sup>. Nell'articolazione principialista della legge istitutiva del Servizio sanitario si possono d'altra parte rilevare almeno due insiemi finalistici, espressione di un disegno riformatore che trova fondamento nel principio costituzionale di uguaglianza sostanziale. Gli obiettivi

<sup>20</sup> Durante gli anni Cinquanta e Sessanta, si è registrata una devitalizzazione del valore giuridico della norma costituzionale in questione, trovando tra gli interpreti un ridimensionamento del significato giuridico della programmaticità: D. MORANA, *Dal 1948 al 1978: l'interpretazione riduttiva dell'art. 32 Cost. nel primo trentennio sanitario*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, cit., 321-331.

<sup>21</sup> Il sistema mutualistico, frammentario, irrazionale e inefficiente, ha dimostrato le sue strutturali e intollerabili criticità, dimostrandosi propulsore di disuguaglianze di salute tra il Settentrione e il Meridione della penisola: F. TARONI, *Le politiche sanitarie in Italia. Il servizio sanitario in prospettiva storica*, Roma, 2011, 20-22.

<sup>22</sup> Intorno al disgelo costituzionale, anche sul versante dei diritti sociali fondamentali: S. RODOTÀ, *Diritti e libertà nella storia d'Italia*, cit., 98-104. Inoltre, sul cambiamento dei percorsi interpretativi della norma costituzionale sulla scia dei cambiamenti sociali e politici: L. MONTUSCHI, *Art. 32 co.1*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1976, 146-148.

<sup>23</sup> Il contributo al raggiungimento della riforma sanitaria da parte dei movimenti per la salute è stato, d'altra parte, cruciale: e ha permesso di consolidare le forti istanze di riottura sulle quali la legge 883 del 1978 si è fondata: C. GIORGI, I. PAVAN, *Le lotte per la salute in Italia e le premesse della riforma. Partiti, sindacati, movimenti, percorsi biografici (1958-1978)*, in *Studi Storici*, 2, 2019, 417-455, 421-427.

<sup>24</sup> L'approdo alla legge 883 del 1978 istitutiva del Servizio sanitario nazionale è stato dunque difficile, dimostrandosi punto di arrivo di un lungo percorso di fioritura delle premesse sociali, politiche e giuridiche che sono state finalmente tradotte in legislazione. Su questo versante: V. PETRONI, R. PIETROPAOLO, *Storia socio-politica della riforma della sanità*, Roma, 1975, 249-253 e, inoltre, S. LUZZI, *Salute e sanità nell'Italia repubblicana*, Roma, 2004, 300-311.

<sup>25</sup> Per prime considerazioni sulle difficoltà relative all'attuazione della legge in questione: F. TARONI, *Prima e dopo quel difficile dicembre 1978*, in *Corti supreme e salute*, 3, 2018, 539-588.

che hanno mosso la sua istituzione sono tanto «il superamento degli squilibri territoriali nelle condizioni sociosanitarie del paese», quanto «la tutela delle categorie socialmente vulnerabili» quali gli anziani, i portatori di disabilità e i malati psichiatrici<sup>26</sup>. Abbracciata la definizione di salute quale «completo stato di benessere fisico, psichico e sociale», la riforma in questione ha dunque inteso ideare un sistema globale e integrato di cura fortemente imperniato sul momento preventivo finalizzato a rispondere ai bisogni sanitarie e sociali della popolazione epidemiologicamente rilevati, tanto da essere inizialmente accolta come «riforma sociosanitaria»<sup>27</sup>. Sin dagli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della legge 883 del 1978, però, sono emersi taluni limiti originari accanto a forti difficoltà attuative<sup>28</sup>. Un insieme complesso di fattori ha infatti concorso a causare dapprima una tacita riscrittura dei principi istitutivi del Servizio sanitario nazionale e, in seguito, a consacrare la prevalenza delle correnti controriformistiche nel più generale scenario del contenimento della spesa pubblica e della crisi dello Stato sociale<sup>29</sup>.

Durante tutto il corso degli anni Ottanta, sono gradualmente emerse talune strutturali criticità del Servizio sanitario, sulle quali hanno inciso le successive riforme della riforma e che, nel lungo andare dell'esperienza costituzionale della Repubblica, hanno raggiunto i nostri giorni. Sullo sfondo di tali criticità riposano, si è in parte detto, diversi fattori politici, culturali e sociali. Sul versante politico e culturale, è innanzitutto necessario indicare il ritardo della riforma italiana innestatasi in un sistema politico nazionale mutevole, ulteriormente aggravato dall'imperversare di cicliche crisi economico-finanziarie e dal parallelo declino dell'assetto culturale sul quale questa era fiorita<sup>30</sup>. Sul versante sociale, invece, si è assistito all'evolvere dei bisogni sanitari e sociali della popolazione e al conseguente differenziarsi della domanda assistenziale in un paese in trasformazione «tanto nell'economia quanto nelle condizioni di salute»<sup>31</sup>. A tali fattori si sono poi intrecciate le disfunzionalità caratterizzanti alcuni isti-

<sup>26</sup> L'uguaglianza è il principio che ha ispirato il decisore politico nella definizione degli obiettivi del Servizio sanitario, come è limpidamente espresso al terzo comma dell'articolo 1 della legge: «Il servizio sanitario nazionale è costituito dal complesso delle funzioni, delle strutture e dei servizi e delle attività destinate alla promozione, al mantenimento e al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'uguaglianza dei cittadini». All'articolo 2 sono in seguito individuati gli obiettivi della legge di cui si discute.

<sup>27</sup> L'innovativa definizione di salute è quella promossa dall'Organizzazione Mondiale della Sanità con l'atto costitutivo del 1946, poi riaffermata nella Conferenza di Alma Ata del 1978. Alla luce degli obiettivi e delle finalità dichiarate dalla legge, la considerazione intorno alla natura sociosanitaria della riforma è di M. PASQUINI, D. PASQUINI PERUZZI, *Il servizio sanitario nazionale. Profili funzionali e strutturali*, Napoli, 1979, 31.

<sup>28</sup> Agli occhi di coloro che avevano partecipato alla gestazione della legge istitutiva in questione, d'altra parte, era chiaro che la vera riforma sanitaria inizia dopo l'approvazione di questa legge: così Giovanni Berlinguer, protagonista e promotore del dibattito parlamentare intorno alla riforma sanitaria, come riportato da F. TARONI in *Le politiche sanitarie in Italia*, cit., 213.

<sup>29</sup> In questa prospettiva: C. GIORGI, I. PAVAN, *Storia dello Stato sociale in Italia*, Bologna, 2021, 458-466.

<sup>30</sup> Approvata la riforma sanitaria negli ultimi giorni del 1978, il successivo Esecutivo che era chiamata ad attuarla l'aveva combattuta nei decenni precedenti. Parallelamente all'imperversare della crisi economica della fine della decade, si rafforzavano nel contesto internazionale le istanze revisionistiche del modello classico di welfare: F. TARONI, *Le politiche sanitarie in Italia*, cit., 218-219

<sup>31</sup> Parallelamente al miglioramento delle condizioni sanitarie del paese, infatti, è emersa una nuova domanda di salute dovuta all'invecchiamento della popolazione e al diffondersi di malattie croniche e degenerative che

tuti della legge, prime fra tutti le Unità sanitarie locali, repentinamente emerse nella prassi: gli strumenti organizzativi originari chiamati a tradurre in realtà il principio dell'integrazione sociosanitaria e quello partecipativo, strutturalmente connesso con quello della territorialità, hanno infatti mostrato forti debolezze<sup>32</sup>. Ferma la multifattorialità delle ragioni determinanti il ridimensionamento dei principi istitutivi del Servizio sanitario, però, massima responsabilità ha avuto, nella fase dell'attuazione, il vacillare della volontà politica che ha condotto a disattendere tanto a livello statale quanto a livello regionale l'implementazione di alcuni istituti centrali del disegno riformatore: fra tutti, in particolare, quello della programmazione sanitaria<sup>33</sup>. Il piano sanitario nazionale è stato approvato per la prima volta a quindici anni dall'istituzione del Servizio, mentre talune Regioni non si sono dotate di un piano regionale fino ai primi anni Duemila<sup>34</sup>. Sul versante del pluralismo istituzionale, inoltre, l'attuazione della riforma nelle realtà regionali si è dimostrata disomogenea, provocando l'aumento del divario sanitario esistente tra le Regioni del Settentrione e quelle del Meridione: l'obiettivo di realizzare il diritto egualitario nel contesto delle comunità in ossequio al principio costituzionale di uguaglianza sostanziale è così rimasto infranto nel riaffermarsi di un'elevata differenziazione nelle scelte tanto di principio quanto organizzative. Sulla base di ciò, si è immediatamente consolidata l'immagine di un servizio sanitario nazionale-regionale a velocità multiple<sup>35</sup>. Tale di repentina crisi trasformativa del Servizio sanitario e di ineffettiva esigibilità del diritto sociale alle cure è dunque apparso terreno fertile per il rafforzamento della sanità privata, provocando la fuoriuscita delle classi sociali più benestanti dal circuito della sanità pubblica e, in definitiva, la crisi dello stesso paradigma universalistico<sup>36</sup>.

---

hanno imposto al Servizio sanitario di ricercare nuove risposte organizzative e terapeutiche: G. COSMACINI, *Storia della medicina e della sanità in Italia*, Roma, 1994, 314-319.

<sup>32</sup> Per entrambi i principi, i nodi critici hanno riguardato la disciplina giuridica e organizzativa delle Unità sanitarie locali, fulcro dell'organizzazione sanitaria territoriale. Sul versante dell'integrazione sociosanitaria, l'obbligo previsto all'articolo 10 ultimo comma per le Regioni di legiferare in materia di «gestione coordinata e integrata dei servizi dell'Unità sanitaria locale con i servizi sociali esistenti sul territorio» è stato reso difficile dal persistere di due diverse linee di finanziamento per i servizi sanitari e per quelli sociali così divenendo, come si vedrà, oggetto di regolamentazione regionale altamente disomogenea. Sul fronte della partecipazione, invece, la presenza della componente politica negli organi dell'Usl, originaria dimensione rappresentativa e partecipativa della cittadinanza, si è rivelata funzionale alla prevalenza degli organi politico-rappresentativi degli stessi Comuni, così cadendo in una irreversibile crisi di legittimità.

<sup>33</sup> Si è infatti a lungo registrato un uso improprio della legge finanziaria in funzione contenitiva della spesa sanitaria pubblica e in sostituzione della programmazione sanitaria statale.

<sup>34</sup> La mancata programmazione sanitaria statale ha concorso a determinare la crisi del Servizio sanitario nazionale, contribuendo a un utilizzo spesso irrazionale della spesa pubblica. Nei territori regionali più virtuosi, come nel caso dell'Emilia-Romagna e della Toscana, la programmazione regionale ha concorso a una gestione responsabile delle risorse e, complessivamente, alla costruzione di servizi sanitari regionali efficienti. Tali Regioni, d'altra parte, erano giunte a sperimentare in materia di servizi sociosanitari prima della riforma statale, anticipandone gli approdi: F. TARONI, *Salute, sanità e regioni in un Servizio sanitario nazionale*, in M. SALVATI, I. SCIOLLA (a cura di), *L'Italia e le sue Regioni. L'età repubblicana*, Vol. I, Roma, 2015, 411-427.

<sup>35</sup> La divaricazione dei servizi sanitari regionali, infatti, ha trovato origine nella fase attuativa della riforma sanitaria e, come si vedrà, è andata acuendosi negli anni Novanta in seguito alla regionalizzazione del Servizio stesso. Per prime considerazioni: R. BALDUZZI, *Cinque anni di legislazione decentrata: varietà e coesione di un sistema nazionale-regionale*, in *Le Regioni*, 5, 717-739.

<sup>36</sup> Pur in assenza di una rilevazione costante del ricorso della popolazione a strutture sanitarie non convenzionate, si è rilevato che il tasso di spesa sanitaria privata a carico delle famiglie è cresciuto esponenzialmente lungo tutto



### 3.2. La crisi trasformativa e il ridimensionamento dei principi istitutivi

Lo scenario critico dell'attuazione della legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale, che si è inteso tratteggiare nella sua complessità pur senza pretesa di esaustività, è stato seguito da un percorso riformistico altrettanto travagliato: il ridimensionamento dei principi di universalità, globalità e uguaglianza, inverteosi tacitamente nel primo decennio dall'approvazione della riforma, con il prevalere delle istanze controriformistiche dei primi anni Novanta è divenuto ridimensionamento di diritto<sup>37</sup>. Nell'aggravarsi della crisi trasformativa del Servizio sanitario, sono rimaste dunque irrisolte le cruciali questioni dell'integrazione sociosanitaria e della partecipazione, alle quali si può guardare come due componenti della più generale questione del sottosviluppo della sanità territoriale: della difficoltà delle istituzioni della Repubblica, cioè, di dar vita a una rete sanitaria territoriale di cure primarie e intermedie in grado di rispondere adeguatamente ai bisogni sanitari della popolazione, alternativa al circuito ospedaliero e capillarmente diffusa nelle realtà territoriali della penisola<sup>38</sup>. Le tre riforme organiche intervenute negli anni Novanta, d'altra parte, hanno inciso significativamente sul volto storico del Servizio sanitario, operando sostanziali modifiche alla disciplina originaria e fornendo risposte tra loro opposte alla crisi di tale istituzione in generale e alla questione del rafforzamento dei servizi sanitari territoriali in particolare. Se la prima riforma del 1992 è andata nella direzione di introdurre forme differenziate di assistenza sanitaria e di perseguire la concorrenzialità tra sanità pubblica e privata, la seconda ha invece operato una correzione di rotta, pur confermando talune scelte riformistiche quantificanti: fra le molte, di cruciale rilevanza e attualità sono la deparlamentarizzazione della programmazione sanitaria, la regionalizzazione della tutela della salute, nonché la depoliticizzazione del momento gestionale attraverso l'aziendalizzazione delle strutture sanitarie<sup>39</sup>. Sul fronte dell'organizzazione territoriale, quest'ultime scelte trasformative, rivelatesi durature, hanno avuto forti ricadute in

---

il corso degli anni Ottanta e Novanta: G. VICARELLI, *Politica sanitaria e medicina privata in Italia*, in *Stato e mercato*, 36, 1992, 457-471.

<sup>37</sup> Per prime considerazioni sul punto: A. MATTIONI, *Le quattro riforme della sanità: una lettura sinottica degli snodi istituzionali fondamentali*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale*, cit., 263-319.

<sup>38</sup> Il sottosviluppo delle cure primarie e intermedie, d'altra parte, è stato individuato dalla stessa Tina Anselmi, Ministra della Salute in carica all'epoca dell'approvazione della riforma sanitaria, nonché da parte dell'attenta comunità scientifica come criticità strutturale del Servizio sanitario nazionale. Sin dall'istituzione del Servizio sanitario, dunque, si è dimostrata forte la necessità di «sviluppare nel territorio una medicina e dei servizi che diminuiscano il ricorso all'ospedale», secondo le parole della stessa Anselmi nell'intervista *Progetto salute: la legge istitutiva del SSN*, 1980, Archivi Rai. Può inoltre considerarsi che gli strumenti di partecipazione e di integrazione fra politiche sanitarie e sociali, originariamente affidati alle scelte organizzative dei legislatori regionali oltre che a istituti dimostratisi disfunzionali, si innestano nella più generale organizzazione territoriale dei servizi sanitari, come emerge dalla lettera della legge istitutiva, potendo dunque essere inquadrare come linee direttrici dello stesso principio di territorialità: B. PEZZINI, *Il diritto alla salute a quarant'anni dall'istituzione del Servizio sanitario nazionale: le criticità strutturali di un diritto sociale*, cit., 132-133.

<sup>39</sup> Sugli obiettivi di superamento dell'impianto principialista della legge istitutiva del Servizio sanitario nazionali abbracciati dalla riforma del 1992: B. PEZZINI, *Il riordino del 1992 (un sistema sanitario nazionale nonostante il riordino del 1992)*, in *Corti supreme e salute*, 3, 2018, 559-573. In particolare, il decreto in questione superava il principio di universalità, introducendo forme differenziate di assistenza e la parallela fuoriuscita dei beneficiari dal raggio d'azione del Servizio sanitario nazionale e mostrando la sua sostanziale reversibilità. Sulla base della stessa legge delega, la seconda riforma operata con decreto del 1993 ha invece corretto quest'ultimi profili di controriforma: V. ANTONELLI, *I decreti del 1993 tra attuazione della legge 421 del 1992 e correzione del decreto legislativo n. 502 del 1992*, in *Corti supreme e salute*, 3, 2018, 667-680.





materia di integrazione sociosanitaria e di raccordo tra assistenza ospedaliera e assistenza sanitaria territoriale. In questa convulsa e incerta fase, infatti, tali questioni non sono divenute oggetto di soluzioni istituzionali forti da parte del legislatore statale<sup>40</sup>. Conseguentemente, lungo il corso dell'ultima decade del secolo, sono aumentate e rafforzate le significative differenze nell'organizzazione e nel funzionamento dei servizi sanitari delle Regioni: tanto sul versante del rafforzamento delle Cure primarie e intermedie, quanto dell'integrazione sociosanitaria e della partecipazione, è allora intervenuta l'ultima riforma organica del Servizio sanitario nazionale, che è a taluni apparsa come una «riproposizione razionalizzata della cultura e delle istituzioni volute dalla legge 883 del 1978»<sup>41</sup>.

### 3.3. L'evoluzione regionalistica dell'istituzione e l'assestarsi del quadro critico dei regionalismi sanitari

Il travagliato percorso riformistico della legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale, che assomiglia a una strada tortuosa e fitta di scelte sostanziali e cruciali mancate o rimandate, si è chiuso alla fine del secolo con l'ultima riforma organica del 1999 da parte del legislatore statale, la quale ha finalmente cercato di affrontare la criticità, ormai divenuta storica e strutturale, del sottosviluppo della sanità territoriale o di prossimità. In questo caso, il legislatore ha proposto alcune nuove soluzioni istituzionali: ferma la regionalizzazione del Servizio, sono stati infatti introdotti nuovi obblighi per le Regioni in materia di collaborazione con i Comuni; nella direzione di potenziare il principio di territorialità, è stato valorizzato il ruolo del distretto sanitario inteso quale «struttura portante delle aziende, luogo di interazione delle autonomie locali e di rilevazione del bisogno di salute della popolazione»<sup>42</sup>. L'attuazione di questo disegno riformatore, però, ha incontrato il prevalere dell'istanza regionalista, suggellata nella riforma costituzionale di inizio secolo. Ancora una volta, dunque, la strada verso il rafforzamento della

<sup>40</sup> Da un lato, la regionalizzazione del Servizio sanitario ha estromesso i Comuni, originariamente titolari della funzione pubblica di tutela della salute tramite le Unità sanitarie locali, così aumentando il divario tra servizi sociali e sanitari: la titolarità di quest'ultimi è stata infatti affidata a due soggetti giuridici diversi e lo strumento della delega facoltativa è stato scarsamente utilizzato dagli stessi Comuni. Sul punto: L. BRIZZI, F. CAVA, *L'integrazione socio-sanitaria*, Roma, 2004, 40-45. Quanto al rafforzamento dei servizi sanitari territoriali, invece, la regionalizzazione ha aperto la strada alla divaricazione dei servizi sanitari regionali, tanto nell'organizzazione dell'erogazione dei servizi quanto nei principi istitutivi degli stessi. Sul punto: E. GRIGLIO, *La sanità oltre le Regioni. Il superamento della dimensione territoriale statica e la riscoperta del ruolo dei Comuni*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, cit., 223-261.

<sup>41</sup> Tale giudizio di sintesi è espresso da A. MATTIONI in *Le quattro riforme della sanità: una lettura sinottica degli snodi istituzionali fondamentali*, cit., 310-312. Altrettanto positivo è lo sguardo offerto da larga parte degli osservatori sul decreto legislativo 229 del 1999 in questione che, nonostante la forte divisione, è apparso capace di rilanciare i principi della legge istitutiva anche attraverso l'introduzione di nuovi istituti: F. POLITI, *La razionalizzazione del Ssn nel 1999*, in *Corti supreme e salute*, 3, 2018, 576-593.

<sup>42</sup> La riforma ha abbracciato una rinnovata definizione del Servizio sanitario nazionale, ancora oggi inteso come «complesso delle funzioni e delle attività assistenziali dei servizi sanitari regionali e delle altre funzioni e attività svolte dagli enti e dalle istituzioni di rilievo nazionale», così abbracciando la scelta della regionalizzazione. Le innovazioni introdotte dalla riforma in questione, preannunciate nel Piano sanitario nazionale 1998-2000, sono dunque la valorizzazione del distretto sanitario, oltre all'introduzione di una definizione di prestazioni sociosanitarie, l'obbligo per le Regioni di prevedere uno spazio per l'integrazione sociosanitaria all'interno delle Carte dei servizi, nonché l'obbligo per le stesse di istituire la Conferenza regionale per la programmazione sanitaria e sociosanitaria. Su questo versante: A. BIANCO, *Commento all'art.3* e G. CARPANI, *Commento all'art.2*, in F. ROVERSI-MONACO (a cura di), *Il nuovo servizio sanitario nazionale*, Santarcangelo di Romagna, 2000.

sanità territoriale, pur centrale scelta politica abbracciata dal legislatore statale di fine secolo, ha trovato declinazioni interpretative molteplici e percorsi attuativi frammentati nelle diverse realtà regionali<sup>43</sup>.

Se sul versante dell'organizzazione sanitaria territoriale le Regioni hanno ricoperto un ruolo cruciale sin dall'istituzione del Servizio sanitario nazionale, può considerarsi che, in seguito alla riforma del Titolo V della Costituzione, l'evoluzione regionalistica di tale istituzione di solidarietà ha subito una decisiva accelerazione<sup>44</sup>. Nelle ultime due decadi di crisi dello Stato sociale, infatti, parallelamente al ridimensionamento della centralità dello Stato nelle politiche di welfare, si è registrato l'aumento della differenziazione delle politiche sanitarie regionali e, contestualmente, una accentuata divaricazione dei modelli organizzativi dei servizi sanitari regionali<sup>45</sup>. Con particolare intensità in relazione alla questione del rafforzamento dell'assistenza sanitaria territoriale, infatti, le Regioni hanno intrapreso direzioni altamente differenziate. Talune, storicamente più virtuose e innovatrici, hanno inaugurato percorsi di sperimentazione in materia di organizzazione territoriale dei servizi sanitari, integrazione sociosanitaria e partecipazione: è il caso dell'Emilia-Romagna e della Toscana<sup>46</sup>. Più spesso, altre, storicamente dotate di scarsa capacità amministrativa o per assenza di volontà politica, hanno tardato nel riconoscere la centralità della necessità di sperimentare, non intraprendendo alcuna scelta politica su questo versante: è il caso di un cospicuo numero delle Regioni del Meridione e, accanto a queste, il caso diverso e specifico della Lombardia<sup>47</sup>. Nel rinnovato impianto regionalista dell'ordinamento costituzionale della Repubblica, le politiche sanitarie si sono dunque affermate come «laboratori di identità

<sup>43</sup> Su questa prospettiva di analisi: G. PARODI, *L'integrazione sociosanitaria nel quadro del nuovo Titolo V, parte seconda, della Costituzione. Prime considerazioni*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Salute e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, Milano, 2001, 69-85.

<sup>44</sup> La tensione tra uniformità e differenziazione, come d'altra parte si è a più riprese illustrato, è una delle questioni originarie del Servizio sanitario nazionale, già emersa e affrontata in Assemblea Costituente. Ferma la centralità del ruolo delle Regioni e del principio del pluralismo istituzionale nel disegno istitutivo della legge 883 del 1978, infatti, l'evoluzione regionalistica del Servizio sanitario ha seguito l'incerto evolvere del regionalismo italiano, oggetto del «paradosso dell'eterno riformatore»: R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2007, 118. La stessa riforma costituzionale ha infatti mostrato forti difficoltà interpretative e attuative: L. VANDELLI, *Le regioni italiane tra federalismo e centralismo*, in M. SALVATI, I. SCIOCCA (a cura di), *L'Italia e le sue Regioni. L'età repubblicana*, cit., 11-28.

<sup>45</sup> Si tratta di una tendenza evolutiva dei «modelli storici» dei servizi sanitari regionali, come in parte delineato sopra, già evidente nella fase attuativa della legge istitutiva del Servizio sanitario e accelerata negli anni Novanta: E. GRIGLIO, *La sanità oltre le Regioni. Il superamento della dimensione territoriale statica e la riscoperta del ruolo dei Comuni*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, cit., 223-261.

<sup>46</sup> Ispirate al principio di solidarietà sociale e di uguaglianza, le legislazioni regionali delle Regioni in questione si sono distinte per la capacità di costruire welfare sanitari regionali in grado di programmare la risposta alla domanda di salute della popolazione, così rafforzando la sanità pubblica e sviluppandola sul territorio. Sul punto: F. TARONI, *Fiducia e sostenibilità economica dei servizi sanitari: uno sguardo all'esperienza della Regione Emilia-Romagna* e M. ROSSI SANCHINI, *Il servizio sanitario della Regione Toscana*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Servizi sanitari regionali tra autonomie e coerenza di sistema*, Milano, 2005, 535-558.

<sup>47</sup> Per talune riflessioni di ordine generale sui regionalismi sanitari e, inoltre, di ordine particolare sul caso lombardo: B. PEZZINI, *Ventuno modelli sanitari? Quanta disuguaglianza possiamo accettare (e quanta disuguaglianza riusciamo a vedere). Il cosiddetto modello lombardo*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Servizi sanitari regionali tra autonomie e coerenza di sistema*, cit., 415-424. Quanto al caso specifico della Regione Lombardia si rinvia all'analisi proposta al paragrafo 4 in tema di regionalismi sanitari.

regionale»<sup>48</sup>. Dall'aspettarsi di questo rinnovato scenario è allora scaturito l'interrogativo, che giunge fino ai nostri giorni, intorno alla garanzia del principio di uguaglianza: fondamento costituzionale della stessa istituzione del Servizio sanitario nazionale<sup>49</sup>.

L'interrogativo intorno all'effettiva funzionalità degli strumenti di garanzia del principio d'uguaglianza appare d'altra parte ancora oggi cruciale: l'istituto dei livelli essenziali di assistenza sanitaria, abbracciato dalla stessa riforma costituzionale e posto a presidio di tale principio, si è infatti dimostrato fragile alla prova dell'esperienza<sup>50</sup>. Inoltre, nel rinnovato sistema decentrato e multilivello del governo della salute in questione, si è preso atto del diversificato, o mancato, raggiungimento dei livelli essenziali da parte di numerose Regioni<sup>51</sup>. Nel contesto del ridimensionamento dei principi di universalità, globalità e uguaglianza e dell'imperversare di cicliche crisi economico-finanziarie, d'altra parte, il ruolo di definizione dei principi fondamentali e di guida delle politiche sanitarie nazionali anche a garanzia dell'uniformità, storicamente ricoperto dal legislatore statale, è andato gradualmente tramontando<sup>52</sup>. Nelle ultime due decadi si è in definitiva consolidato il quadro dei regionalismi sanitari, significativamente marcato da una strutturale ed elevata frammentazione dei percorsi sperimentali delle Regioni in materia di assistenza sanitaria territoriale, integrazione sociosanitaria e partecipazione: questo è dunque lo scenario che l'emergenza sanitaria scaturita dall'avvento della pandemia ha drammaticamente incontrato<sup>53</sup>. La crisi di salute pubblica ha dunque provocato la riaccensione del dibattito intorno al ridimensionamento dei principi istitutivi del Servizio sanitario nazionale e, in termini specifici, intorno al sottosviluppo della sanità territoriale, con particolare intensità in alcuni territori della penisola, quale

<sup>48</sup> In questa prospettiva: F. TARONI, *Salute, sanità e regioni in un Servizio sanitario nazionale*, cit., 411-412.

<sup>49</sup> Per una chiara impostazione dell'interrogativo in questione: C. PINELLI, *La revisione costituzionale del 2001 e le sue ricadute in campo sanitario*, in *Corti supreme e salute*, 3, 2018, 659-665.

<sup>50</sup> Anche rispetto a questo istituto, per la prima volta introdotto nella legge istitutiva del 1978, la tutela della salute si è dimostrata settore di sperimentazione e innovazione per l'intero ordinamento costituzionale, specie in tema di regionalismo: G. DELLEDONNE, *Federalismo, livelli essenziali, diritti*, in M. CAMPEDELLI, P. CARROZZA, L. PEPINO (a cura di), *Diritto di welfare. Manuale di cittadinanza e istituzioni sociali*, Bologna, 2010, 251-283. Intorno alla sostanziale fragilità di tale istituto deputato alla garanzia dell'uguaglianza nel rinnovato ordinamento costituzionale e regionalista: E. A. FERIOLE, *Sui livelli essenziali delle prestazioni: la fragilità di una clausola destinata a contenere l'autonomia e l'uguaglianza*, in *Le Regioni*, 3, 2006, 564-573.

<sup>51</sup> Sulla crescente valorizzazione dei Patti della Salute come atti politici centrali nella determinazione degli obiettivi condivisi tra Stato e Regione: G. CARPANI, *Accordi e intese tra governo e regioni nella più recente evoluzione del SSN*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, cit., 50-71.

<sup>52</sup> Elemento propulsore di una differenziazione forte è stato, fra gli altri, la scelta del legislatore statale di disporre la piena regionalizzazione delle sperimentazioni regionali, superando la previsione dei precedenti poteri dello Stato e dei relativi obblighi regionali: R. BALDUZZI, *Le sperimentazioni regionali tra devoluzione delle competenze e fuoriuscita dal sistema*, in *Quaderni regionali*, 2004, 529-554.

<sup>53</sup> Per alcune considerazioni critiche di ordine generale sulla differenziazione nel contesto dei regionalismi sanitari: R. BALDUZZI, *Alcune conclusioni: la difficile equivalenza tra sottosistemi sanitari*, in E. CATELANI, G. CERRINA FERONI, M. C. GRISOLIA (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Torino, 2011, 148-156. Ancora, su questo versante, in relazione alle variegate sperimentazioni regionali nella materia di cui si discute: C. BOTTARI, *Verso una revisione sociale, giuridica e istituzionale del Servizio sanitario nazionale*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2018, 1-11.

criticità strutturale del Servizio sanitario nazionale, rendendo manifeste le più tragiche ed estreme conseguenze di scelte politiche mancate o troppo a lungo rinviate<sup>54</sup>.

#### 4. La gestazione della costituenda riforma della sanità territoriale prima e durante l'esperienza pandemica

Nel lungo andare dell'esperienza costituzionale della Repubblica, si è ampiamente esaminato, l'evoluzione del Servizio sanitario nazionale è avvenuta in un «clima di empirica e mai pacificata sperimentazione»<sup>55</sup>. Nell'imperversare dell'emergenza di salute pubblica, il sottosviluppo della sanità territoriale, delle Cure primarie e intermedie in alternativa al sistema ospedaliero, sovraccaricato e in affanno a causa della esponenziale diffusione virale, è dunque riemersa come strutturale criticità del Servizio sanitario nazionale<sup>56</sup>. Sul versante dell'organizzazione sanitaria territoriale, nelle ultime due decadi, si sono susseguite numerose e diversificate sperimentazioni regionali sulla base delle quali, durante la pandemia, è stato possibile rilanciare la riflessione scientifica interdisciplinare e rafforzare la volontà politica, tanto centrale quanto regionale, sulla necessità di rafforzare la sanità territoriale o di prossimità nei territori della penisola<sup>57</sup>. È così emerso un rinnovato consenso intorno alla centralità dell'organizzazione sanitaria territoriale come strumento di garanzia degli stessi principi istitutivi di universalità, globalità e uguaglianza, sul quale si è finalmente innestato un nuovo disegno riformatore: la riforma della sanità territoriale delineata nella prima componente della missione Salute del Piano nazionale di Ripresa e Resilienza<sup>58</sup>.

Nei vent'anni che hanno preceduto l'evento pandemico, si è in parte illustrato, il rafforzamento del ruolo delle Regioni nella rinnovata cornice costituzionale ha infatti condotto taluni legislatori regionali a rilanciare nel tempo i principi istitutivi dei rispettivi servizi sanitari regionali attraverso il rafforzamento dell'organizzazione territoriale, dell'integrazione sociosanitaria e della partecipazione. In questa prospettiva, nell'insieme dei plurali percorsi e strategie, il caso della Toscana è particolarmente

<sup>54</sup> In questa direzione, una delle più autorevoli voci che non cessa di stimolare l'attenzione della dottrina e della società civile sulla necessità di invertire la rotta trasformativa dei principi istitutivi del Servizio sanitario nazionale è quella di Silvio Garattini, il quale propone un'analisi complessiva degli elementi di criticità del Servizio come riemersi alla prova dell'esperienza pandemica in: S. GARATTINI, *Il futuro della nostra salute. Il Servizio Sanitario Nazionale che dobbiamo sognare*, Milano, 2021.

<sup>55</sup> In questo senso si è espresso R. FERRARA in *L'ordinamento della sanità*, cit., 119, volendo indicare con toni critici il procedere sperimentale e discontinuo dell'evoluzione della disciplina del Servizio sanitario.

<sup>56</sup> Sul punto, si rinvia alla recente riflessione di ordine generale svolta da L. DIMASI in *Il difficile panorama della sanità italiana*, in C. BOTTARI, F. FOGLIETTA, L. VANDELLI (a cura di), *Welfare e servizio sanitario: quali strategie per superare la crisi*, Santarcangelo di Romagna, 2017, 19-30. Nella medesima prospettiva si è espressa A. Pioggia in *La sanità italiana di fronte alla pandemia. Un banco di prova che offre una lezione per il futuro*, in *Diritto pubblico*, 2, 2020, 385-403.

<sup>57</sup> Così: C. BOTTARI, *Introduzione al tema: dalla centralità dell'ospedale a quella dell'assistenza territoriale*, in *L'assistenza territoriale: nuova centralità dei sistemi sanitari*, Santarcangelo di Romagna, 2022, 5-6.

<sup>58</sup> La missione in questione si snoda in due componenti: la prima, relativa alle reti di prossimità, strutture e telemedicina per l'assistenza sanitaria territoriale; la seconda, riguardante l'innovazione, la ricerca e la digitalizzazione del Servizio sanitario nazionale. La prima componente prevede il rafforzamento dell'assistenza sanitaria territoriale attraverso un percorso riformistico graduale, articolato in tre investimenti, e a sua volta composti da plurimi obiettivi concordati da raggiungere entro il 2026.

significativo: la scelta di sperimentare, sin dalla fine degli anni Novanta, il modello organizzativo delle Società della Salute si è infatti rivelata in grado di perseguire una feconda collaborazione tra aziende sanitarie e Comuni, di rafforzare l'assistenza e l'integrazione sociosanitaria nei territori, coinvolgendo inoltre nella programmazione e nella progettazione dei servizi le forze del Terzo settore<sup>59</sup>. Se la Regione in questione si è distinta nel tempo per la ricerca di soluzioni organizzative complesse, avanzate e da ultimo efficaci, altre Regioni hanno invece intrapreso diversificati percorsi di integrazione sociosanitaria, di potenziamento della territorialità e del coinvolgimento del Terzo settore in virtù delle rispettive situazioni di partenza, delle capacità di governo e funzionamento delle rispettive istituzioni sanitarie, delle capacità concertative tra l'ente regionale e i Comuni<sup>60</sup>. Le sperimentazioni regionali si sono infatti variamente mosse verso tre possibili declinazioni teoriche dell'integrazione sociosanitaria: quella istituzionale, gestionale o professionale<sup>61</sup>. Uno sguardo complessivo alle esperienze regionali di cui si discute permette dunque di considerare che diverse Regioni, molte anche se non tutte quelle del Settentrione della penisola, hanno sperimentato nei rispettivi territori forme complesse e avanzate di organizzazione sanitaria territoriale: larga parte delle Regioni centro-meridionali, invece, non ha intrapreso tali innovativi percorsi di organizzazione sanitaria, rimanendo queste spesso ancorate alla sola programmazione integrata<sup>62</sup>. In questo scenario di storica spaccatura tra il Settentrione e il Meridione della penisola, certamente storicamente determinata, però, si innesta il caso della Regione Lombardia la quale, pur dotata di un servizio sanitario tra i più avanzati sul versante dell'assistenza ospedaliera,

<sup>59</sup> La disciplina della Regione Toscana ha previsto un'architettura organizzativa complessa, composta dalle Aree Vaste, dagli Enti per i servizi tecnico-amministrativi di Area Vasta e dalle Società della Salute, dimostrandosi uno dei sistemi di *welfare* regionale più avanzato nel panorama nazionale: M. ROSSI SANCHINI, *Il servizio sanitario della Regione Toscana*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Servizi sanitari regionali tra autonomie e coerenze di sistema*, cit., 473-507. La Regione Toscana ha infatti intrapreso tale sperimentazione in un momento immediatamente successivo all'entrata in vigore della riforma costituzionale: La società in questione ha la struttura giuridica di un consorzio pubblico senza scopo di lucro del quale sono titolari le Aziende sanitarie e i Comuni del territorio di riferimento e a questa sono attribuite funzioni di indirizzo e programmazione dei servizi sociosanitari integrati, di organizzazione, gestione ed erogazione delle cure primarie, delle attività sociosanitarie e specialistiche di base. Attraverso la riunione delle funzioni in esame in capo a tale nuovo soggetto territoriale è così riscoperto il ruolo dei Comuni sia nel momento programmatico, gestionale e, in termini generali, nella compartecipazione al governo del territorio: accanto a ciò, è inoltre rafforzato il ruolo delle comunità locali e dei soggetti del Terzo settore nella programmazione degli interventi sociosanitari.

<sup>60</sup> Un quadro dell'alta differenziazione delle sperimentazioni regionali alla fine della prima decade degli anni Duemila è dettagliatamente ed efficacemente proposto da D. CEPILU, M. MENEGUZZO in *Politiche e strategie regionali di integrazione socio-sanitaria: un'indagine empirica*, in A. D. BARRETTA (a cura di), *L'integrazione socio-sanitaria. Ricerca scientifica e esperienze operative a confronto*, Bologna, 2009, 77-102.

<sup>61</sup> La declinazione istituzionale dell'integrazione sociosanitaria prevede forme di accordi collaborativi tra le aziende sanitarie e i Comuni; quella gestionale, invece, si realizza all'interno del distretto sanitario attraverso e meccanismi di coordinamento fra i servizi; da ultimo, quella professionale, implica la compresenza e la cooperazione delle diverse figure professionali coinvolte nei servizi in questione. Tali dimensioni, tra loro non necessariamente alternative, sono proposte e analizzate da E. Rossi in *Il sociosanitario: una scommessa incompiuta?* in *Rivista AIC*, 2, 2018, 1-28, 14-18.

<sup>62</sup> Come già emerso, tra le Regioni che hanno adottato strumenti più avanzati e complessivamente soddisfacenti figurano in particolare la Toscana e l'Emilia-Romagna, le quali hanno sia messo in pratica esperienze di integrazione istituzionali, sia numerosi meccanismi di coordinamento. In termini generali, invece, si è registrato il consolidamento della programmazione integrata: tale modello di integrazione appare decisamente prevalente sullo scenario nazionale: E. Rossi, *Il sociosanitario: una scommessa incompiuta?*, cit, 16-17.



non ha investito sul rafforzamento dell'assistenza sanitaria territoriale e della sua organizzazione: Regione che, agli occhi di molti, si è in definitiva distinta dalle altre per aver intrapreso scelte politiche antisistemiche rispetto ai principi e ai valori fondanti la stessa legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale<sup>63</sup>. Perseguendo il tentativo di tracciare una finestra sulle sperimentazioni regionali in materia di organizzazione sanitaria territoriale, è da ultimo necessario considerare che in numerose realtà regionali si è registrato l'aumento, seppur ancora una volta graduale e frammentario, delle sperimentazioni regionali delle Case della Salute. Su proposta del legislatore statale di inizio secolo, si tratta di un modello organizzativo polifunzionale per i servizi sociosanitari, originariamente immaginato come punto di riferimento del cittadino per l'erogazione dell'insieme di attività sanitarie e sociosanitarie di base e strumento di rafforzamento dell'assistenza primaria nei territori, oltre che come luogo di partecipazione della cittadinanza alla programmazione degli stessi servizi<sup>64</sup>. Anche in questo caso, però, nonostante l'obiettivo di ridurre le disuguaglianze esistenti pur mantenendo ferma l'autonomia organizzativa delle Regioni, le scelte dei legislatori regionali hanno abbracciato linee organizzative tra loro significativamente diverse<sup>65</sup>. Talune esperienze sono apparse omogenee e condivise, altre hanno invece manifestato tratti altamente differenziati, mentre in alcune realtà regionali la sperimentazione in questione non ha trovato luogo: si è così ulteriormente perpetuato quello storico scenario di frammentarietà e disomogeneità che il legislatore statale intendeva contrastare<sup>66</sup>. Un ulteriore e rinnovato sforzo

<sup>63</sup> Pur nella consapevolezza della complessità del modello lombardo, e dunque senza pretesa di esaustività, si intende qui sottolineare che, nel quadro dei regionalismi sanitari e della crescente differenziazione delle scelte politiche organizzative, la Regione Lombardia è apparsa l'unica ad essersi posta, fin dai primi anni Novanta, in rottura con il quadro di principi delineato dalla legge statale. Tale fuoriuscita dal modello ha in particolare riguardato l'operazione di sostanziale equiparazione del servizio sanitario nazionale pubblico e del settore sanitario privato, senza distinzione tra soggetti privati con scopo di lucro e privato sociale: il legislatore regionale ha infatti declinato il principio di sussidiarietà orizzontale in chiave spiccatamente concorrenziale. In questi termini, tra i molti: R. BALDUZZI, *La creazione di nuovi modelli sanitari regionali e il ruolo della Conferenza Stato-Regioni (con una digressione sull'attuazione concreta del principio di sussidiarietà «orizzontale»*, in *Quaderni regionali*, 2004, 11-26, 12. La scelta del decisore politico lombardo è stata dunque quella del rafforzamento del «modello della separazione» strutturalmente fondato sullo scorporo della fornitura di tutti i servizi dalle Aziende sanitarie, le quali detengono sole funzioni di programmazione, acquisto e controllo degli erogatori dei servizi: gli erogatori pubblici, ovvero le aziende ospedaliere, e quelli privati sono in definitiva posti in concorrenza tra loro, tentando così di governare l'equilibrio del sistema in termini di qualità, efficienza e finanziamento.

<sup>64</sup> Nel Decreto del Ministero della n. 236 del 2007, disciplina piuttosto scarna e contratta del modello organizzativo in questione, la Casa della Salute è definita come «la struttura polivalente in grado di erogare in uno stesso spazio fisico l'insieme delle prestazioni sociosanitarie, favorendo, attraverso la contiguità spaziale dei servizi e degli operatori, l'unitarietà e l'integrazione dei livelli essenziali delle prestazioni sociosanitarie» e «il luogo della partecipazione democratica dove i cittadini e le associazioni di tutela dei pazienti contribuiscono alla programmazione dei servizi e delle attività».

<sup>65</sup> In punto di esperienze omogenee e condivise, l'attenzione può cadere sulla sperimentazione condivisa condotta da diverse realtà territoriali organizzatesi in un gruppo interregionale, composto dalle aziende sanitarie di sei realtà regionali settentrionali, centrali e meridionali, che ha dato vita a un percorso comune per guidare la riflessione intorno alla costruzione delle Case della Salute o della Comunità, suggellata nel Manifesto *Salute bene comune* del 2018: F. RIBOLDI, *Verso un Welfare di comunità sostenibile: la sfida possibile delle Case della Salute/Case della Comunità*, in *Corti Supreme e salute*, 3, 2018, 529-537.

<sup>66</sup> Il primo finanziamento della sperimentazione delle Case della Salute è del 2006, pur essendo tale modello delineato già nel Piano sanitario nazionale 1998-2000 al fine di «recuperare il ritardo che in questo aspetto applicativo della riforma del 1999 si è determinato in molte realtà regionali» e, in ultima analisi, di contrastare le esistenti disuguaglianze territoriali.



del legislatore statale a sostegno dell'uniformità dei percorsi regionali di rafforzamento dell'assistenza sanitaria territoriale è avvenuto nei primi anni della seconda decade in questione, quando la tendenza sperimentale descritta ha trovato rinnovato impulso nell'avvio della sperimentazione delle Aggregazioni Funzionali Territoriali e delle Unità Complesse per le Cure Primarie. Si tratta, in effetti, di innovativi modelli organizzativi territoriali e polifunzionali per le cure di base<sup>67</sup>. Come per le Case della Salute, anche in quest'ultimo caso l'attuazione del progetto riformistico del legislatore statale si è rivelata difficile: questo intervento ha mostrato forti limiti strutturali alla prova dell'esperienza<sup>68</sup>. In ultima analisi, la necessaria riorganizzazione della sanità territoriale ha trovato una sostanziale marginalizzazione nell'evoluto contesto della crisi finanziaria e della conseguente riduzione delle risorse ospedaliere che all'attuazione della riforma in questione si è intrecciata<sup>69</sup>.

È dunque sul descritto scenario di elevata frammentazione e disomogeneità dell'organizzazione sanitaria territoriale nelle realtà regionali della penisola che è sopravvenuta l'esperienza pandemica: il sottosviluppo dell'assistenza sanitaria territoriale si è allora virulentemente riaffermata quale storica e strutturale criticità del Servizio sanitario<sup>70</sup>. La necessità di riorganizzare i modelli organizzativi, promuovendo lo sviluppo uniforme delle cure primarie intese come «*l'insieme delle funzioni cliniche, sociali e assistenziali legate alla salute delle persone e delle comunità*», criticità al cuore della crisi trasformativa del Servizio sanitario nazionale, si è in un primo momento imposta come questione politica centrale e non ulteriormente rinviabile<sup>71</sup>. Il contesto pandemico, caratterizzato da una rinnovata e diffusa domanda di solidarietà sociale, ha infatti dimostrato che il paradigma universalistico fondante il Servizio

<sup>67</sup> La direzione intrapresa dal legislatore statale attraverso tale disciplina è apparsa quello di riaffermare il ruolo dello Stato «*di guida e di governo complessivo*» del Servizio sanitario nazionale dopo una decade segnata da un atteggiamento molto cauto: C. BOTTARI, *Tutela della salute: lavori in corso*, Torino, 2020, 43-44. Si tratta della Riforma del 2012, che ha introdotto una disciplina generale in materia di organizzazione sanitaria territoriale, pur mantenendo le Regioni ampia autonomia sul versante: G. GHELFI, *Le cure primarie: aspetti storici e attuale disciplina nazionale*, in C. BOTTARI (a cura di), *La nuova sanità territoriale*, Santarcangelo di Romagna, 2016, 35-48, 41-48. Una disciplina più specifica delle linee direttrici dell'intervento di cui si discute si rinviene nel Patto per la salute per il triennio 2014-2016, nel quale è ribadito e rafforzato l'impegno delle Regioni a sostegno della realizzazione di una organizzazione sanitaria territoriale tendenzialmente uniforme.

<sup>68</sup> In questa prospettiva critica: D. ARGENIO HUPPERTZ, *L'applicazione regionale della riforma Balduzzi in materia di cure primarie*, in C. BOTTARI (a cura di), *La nuova sanità territoriale*, cit., 179-220, pp. 214-217. Nonostante la scarsa e frammentata attuazione dell'intervento, però, questo può essere valutato positivamente. In questo senso: D. MORANA, *I decreti del 2012 tra le riforme della Riforma sanitaria*, in *Amministrazione in cammino*, 2020, 1-18.

<sup>69</sup> Id decreto del Ministero della Salute n. 70 del 2015, motivato sia dall'obiettivo del contenimento della spesa sanitaria pubblica, sia dall'auspicato e necessario passaggio all'inversione del paradigma ospedale-centrico, non infatti stato accompagnato da un effettivo e uniforme sviluppo dell'assistenza sanitaria territoriale.

<sup>70</sup> La fotografia di tale grave frammentazione e frammentarietà delle soluzioni organizzative in materia di sanità territoriale, integrazione sociosanitaria e partecipazione all'avvento della pandemia è proposta dal Rapporto CREA, *Case della salute e presidi territoriali. Lo stato dell'arte*, 2020. Una illustrazione organica delle declinazioni differenziate poste in essere dalle Regioni tanto del modello delle Case della Salute, quanto delle Aggregazioni Territoriali Funzionali e delle Unità Complesse di Cure Primarie è proposta a pp. 16-61 del rapporto in questione.

<sup>71</sup> In questo senso, d'altra parte, si era già espresso il Comitato Nazionale per la Bioetica nel Parere: *In difesa del Servizio Sanitario Nazionale* del 2017, delineando tale definizione di cure primarie e ribadendo che la riorganizzazione dei modelli di assistenza sanitaria territoriale è funzionale soprattutto alla «*difesa*» dei pazienti fragili e del loro benessere fisico, psicologico e sociale.

sanitario nazionale è fondamentale e irrinunciabile strumento di tutela della salute individuale e collettiva: ha allo stesso tempo però nuovamente dimostrato che i servizi sanitari regionali, i quali l'istituzione di solidarietà in questione compongono e strutturano, sono fortemente disuguali nella capacità di tutelare la salute della popolazione<sup>72</sup>. La risposta dei servizi sanitari regionali a una pressione senza precedenti, infatti, è apparsa immediatamente disuguale tanto nella capacità di gestire il contagio e rispondere ai nuovi bisogni sanitari manifestati che di garantire l'accesso alle cure alla popolazione<sup>73</sup>. Le diversificate risposte all'emergenza sanitaria delineate dalle Regioni del Settentrione, le prime e le più colpite almeno nella prima fase dell'emergenza, sono apparse strutturalmente predefinite dall'assetto organizzativo dell'assistenza sanitaria territoriale che le stesse hanno storicamente consolidato. Una comparazione fra le esperienze condotte dall'Emilia-Romagna, il Veneto, il Piemonte e la Lombardia può infatti gettare luce sulle disuguaglianze di cui si discute: le prime due, dotate di una organizzazione sanitaria territoriale più forte e sviluppata sul versante sociosanitario, hanno prontamente ed efficacemente dimostrato una migliore capacità di gestione del contagio, di gestione e controllo dell'appropriatezza dei ricoveri ospedalieri; diversamente, le seconde due, caratterizzate dalla centralità della rete ospedaliera e dalla carenza di quella territoriale, si sono rivelate complessivamente più fragili alla prova dell'esperienza pandemica<sup>74</sup>. In particolare, il caso della Lombardia, Regione più colpita dall'imperversare dell'epidemia, è apparso paradigmatico: il modello sanitario lombardo, storicamente fondato sulla centralità dell'intervento ospedaliero, sullo scorporo tra ospedale e territorio, sull'apertura alla concorrenza fra settore sanitario pubblico e privato, si è dimostrato debole nella capacità di riorganizzare prontamente i servizi territoriali e di limitare i ricoveri ospedalieri impropri e, in ultima analisi, di tutelare la salute della popolazione nel contesto dell'emergenza pandemica<sup>75</sup>. In termini generali, è allora necessario considerare che la tutela della salute indi-

<sup>72</sup> Per un giudizio positivo di sintesi intorno al paradigma universalistico, accanto a toni critici sulle disuguaglianze regionali: L. BUSATTA in *Regionalismo e disuguaglianze: i limiti strutturali del welfare italiano alla prova della pandemia*, in A. PAJNO, L. VIOLANTE (a cura di), *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale, volume I*, Bologna, 2021, 285-296, 291-296.

<sup>73</sup> In questo senso: C. GIORGI, F. TARONI, *I regionalismi sanitari in Italia nel contesto internazionale: lezioni dalla pandemia*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2020, 37-68, 48-50. Sulla stessa linea, inoltre, S. NERI, *Più Stato e più Regioni. L'evoluzione della governance del Servizio sanitario nazionale e la pandemia*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2, 2020, 239-255, 252.

<sup>74</sup> Le considerazioni comparative intorno alla capacità dei servizi sanitari regionali in questioni di rispondere all'emergenza è proposta da M. CASULA, A. TERLIZZI, F. TOTH in *I servizi sanitari regionali alla prova del COVID-19*, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, 3, 2020, 306-336. Medesime considerazioni e conclusioni, d'altra parte, sono riportate nel Report *Analisi dei modelli organizzativi di risposta al Covid-19: Focus su Lombardia, Veneto, Emilia-Romagna, Piemonte, Lazio e Marche*, 5, 2020 dell'Alta Scuola di Economia e Management dei Sistemi Sanitari, Università Cattolica Sacro Cuore.

<sup>75</sup> Alle debolezze del modello organizzativo lombardo scaturite da scelte politiche consolidate sin dai primi anni Novanta si sono poi affiancati numerosi incertezze ed errori nella gestione della prima fase dell'emergenza. Per una disamina generale dei profili critici del caso lombardo, di nuovo: M. CASULA, A. TERLIZZI, F. TOTH, *I servizi sanitari regionali alla prova del COVID-19*, cit., 318-322. Gli autori affermano infatti che: «forte della sua riconosciuta eccellenza ospedaliera, la Lombardia ha affrontato l'epidemia con un approccio ospedale-centrico...gli ospedali si sono però trasformati in sedi di ulteriore diffusione del contagio».

viduale e collettiva è stata più forte nelle Regioni nelle quali l'assistenza sanitaria territoriale è effettivamente e capillarmente sviluppata attraverso una rete di strutture sociosanitarie polifunzionali<sup>76</sup>. Su questo versante, considerato il disuguale e frammentato sviluppo dell'assistenza sanitaria territoriale, è stata così rilanciata la riflessione intorno agli strumenti di garanzia del principio di uguaglianza, apparendo a taluni drammaticamente evidente «*il fallimento di un disegno di uguaglianza che vorrebbe emancipare le persone dagli ostacoli di ordine economico e sociale*»<sup>77</sup>.

Su queste evidenze si è costruita una nuova declinazione della strutturale tensione tra le ragioni dell'uniformità e quelle della differenziazione, rinnovandosi conseguentemente il consenso politico intorno alle ragioni dell'uniformità: intorno alla necessità, cioè, di rafforzare l'assistenza sanitaria territoriale omogeneamente sul territorio nazionale attraverso la definizione di modelli organizzativi innovativi e condivisi<sup>78</sup>. Tale consenso si è allora espresso nella scelta politica del legislatore statale di tracciare una linea di riforma della sanità territoriale o di prossimità all'interno della prima componente della missione Salute del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza<sup>79</sup>: uno strumento, quest'ultimo, di reazioni alla crisi sanitaria, immediatamente divenuta crisi economica e sociale<sup>80</sup>. La missione Salute

<sup>76</sup> In punto di rapporto fra gestione dell'emergenza e sviluppo dell'assistenza sanitaria territoriale: F. GIGLIONI, *L'organizzazione territoriale per il presidio del diritto alla salute*, cit., 114-121. In Emilia-Romagna e Toscana, in particolare, le Casa della Salute si sono rivelate soluzione istituzionali strategiche nell'affrontare la pandemia: con rapidità, hanno permesso il ripensamento dell'organizzazione del potenziamento del filtro del triage, del monitoraggio telefonico costante con la popolazione contagiata e, inoltre, dei servizi di aiuto per il soddisfacimento dei bisogni primari, quali l'acquisto dei farmaci e degli alimenti, attraverso la programmazione degli interventi mirati con i soggetti del Terzo settore. Per ulteriori riflessioni su questo versante: C. FRANZINI, G. OCCHINI, C. MILANI, *La Casa della Salute alla prova Covid-19*, in *Saluteinternazionale.info*.

<sup>77</sup> Così: A. PIOGGIA, *Il diritto alla salute alla prova della differenziazione: autonomie, organizzazione e dis-eguaglianze*, cit., 47. L'autrice, d'altra parte, riafferma l'essenziale legame tra tutela della salute e organizzazione sanitaria, rilevando, in definitiva, che «*molte disuguaglianze sono il frutto di un regionalismo sanitario che non è stato presidiato sul fronte dell'uguaglianza profonda del diritto*». La considerazione, valida per le precedenti decenni, fonda l'analisi di G. COSTA, G. VECCHI, *Storie parallele: la salute e le altre dimensioni del benessere a confronto in 150 anni di differenze geografiche in Italia*, in *Salute e sanità a 150 dall'Unità d'Italia: più vicini o più lontani?*, in *Epidemiologia & Prevenzione*, parte II, 2011.

<sup>78</sup> Può allora considerarsi che «*la pandemia ha contribuito a mettere in luce problemi ben noti al regionalismo italiano e ad ammantarli di nuovi colori*»: così, L. BUSATTA, *Regionalismo e disuguaglianze: i limiti strutturali del welfare italiano alla prova della pandemia*, cit., 291-295.

<sup>79</sup> Le linee di riforma del *welfare* tour court e quello dei servizi in termini generali, del *welfare* sanitario in termini specifici appare al centro del dibattito nazionale «dopo che le sue ragioni costitutive si erano smarrite»: così, C. GIORGI in *Il welfare ieri e domani*, in C. GIORGI (a cura di), *Welfare. Attualità e prospettive*, Roma, 2022, 15-30. In questa prospettiva, l'autrice guarda al Piano in questione come una importante occasione di reimmaginare gli strumenti di attuazione dei principi istitutivi della «più rivoluzionaria» istituzione di solidarietà. La prima componente della missione è infatti finalizzata a rafforzare: «*le prestazioni erogate sul territorio grazie al potenziamento e alla creazione di strutture e presidi territoriali, l'assistenza domiciliare, lo sviluppo della telemedicina e una più efficace integrazione con tutti i servizi sociosanitari*».

<sup>80</sup> In virtù degli effetti di lunga durata della crisi pandemica sulla struttura delle disuguaglianze, la scelta politica è caduta sulla necessità di realizzare un intervento complessivo e multidirezionale di potenziamento del sistema di protezione sociale al fine di mettere in atto nuove risposte istituzionali alla «vasta area di vulnerabilità pregresse, acute, cronicizzate»: Il nuovo meccanismo europeo di solidarietà, del quale il Piano in questione è diretta espressione, appare funzionale a un cambio di paradigma dell'integrazione europea in forte rottura con le politiche di austerità adottate per fronteggiare la crisi economica tra le prime due decenni del secolo. Su questo versante: M. BRUNAZZO, *Il Next Generation EU: solidarietà e politica nell'UE della pandemia*, in *Rivista italiana di*

si innesta dunque sulla linea di riforma trasversale finalizzata, in termini generali, al potenziamento del welfare dei servizi: in termini specifici, le criticità strutturali caratterizzanti il Servizio sanitario sono indicate nelle disparità territoriali nell'erogazione dei servizi e nell'inadeguata integrazione tra servizi sanitari territoriali, ospedalieri e sociali. In questa incerta e mutevole cornice politica, la riforma della sanità territoriale è allora apparsa, da un lato, come più diretta espressione di una rinnovata centralità del legislatore statale nella tutela della salute<sup>81</sup>; dall'altro, come più autentico lascito di una nuova strategia europea di contrasto alle disuguaglianze esistenti, tanto territoriali quanto di salute<sup>82</sup>.

### 5. Verso il rafforzamento dell'assistenza sanitaria territoriale: le Case della Comunità tra partecipazione e integrazione sociosanitaria

La costituenda riforma della sanità territoriale, delineata all'interno della prima componente della missione Salute, appare oggi storico e decisivo approdo politico della carsica rotta dello sviluppo dell'assistenza sanitaria territoriale nella penisola<sup>83</sup>. Espressione di un rinnovato ruolo decisore politico statale nel conferimento di nuove risposte istituzionali alle questioni dell'assistenza sanitaria territoriale, dell'integrazione sociosanitaria e della partecipazione, la riforma in questione è dunque finalizzata alla riduzione delle disuguaglianze sociosanitarie nei territori della penisola attraverso la costruzione di un modello di erogazione condiviso e omogeneo sul territorio nazionale, affiancato al potenziamento delle cure domiciliari, allo sviluppo della telemedicina e dell'interoperabilità dei dati sociosanitari<sup>84</sup>. In

---

*Politiche Pubbliche*, 1, 2022, 43-70. Gli interventi del Piano, infatti, coinvolgono potenzialmente tutti gli aspetti critici e di riforma riemersi nello scenario pandemico: la prima missione è relativa alla digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo; la seconda alla rivoluzione verde e transizione ecologica; la terza, invece, alle infrastrutture per una mobilità sostenibile; la quarta, ancora, all'istruzione e ricerca; la quinta alla coesione e inclusione e la sesta alla salute.

<sup>81</sup> Sul contrasto alle disuguaglianze come pilastro del nuovo meccanismo di integrazione delle politiche pubbliche degli Stati Membri dell'Unione Europea appare infatti particolarmente dimostrativo il seguente documento della Commissione Europea e del Consiglio Europeo: *Una tabella di marcia per la ripresa. Verso un'Europa più resiliente, sostenibile ed equa*, 2020.

<sup>82</sup> Per prime osservazioni critiche sono su questo versante: G. FALCON, *Dall'emergenza COVID, pensando al futuro del sistema sanitario*, in *Le Regioni*, 3, 2020, 453-456. Riattraversando il linguaggio del Piano, l'autore rileva infatti a configurazione dello Stato come il centro delle responsabilità derivanti dall'insieme delle riforme in questione, parallelamente a una marginalizzazione del ruolo delle Regioni specificatamente sul versante dell'organizzazione sanitaria territoriale

<sup>83</sup> Per prime considerazioni di ordine generale su questo versante: R. BALDUZZI, in *Il diritto alla salute durante e dopo la pandemia. Milestones per un confronto*, in *Rivista di BioDiritto*, 4, 2021, 39-55.

<sup>84</sup> Si è dunque assistito alla rivitalizzazione di storici obiettivi politici abbracciati dal legislatore statale: la frammentazione e la disomogeneità dello sviluppo della sanità territoriale è, d'altra parte, è stata recentemente e ulteriormente messa in luce dall'OCSE nel documento *Realising the full potential of primary healthcare* del 2019, nel quale sono tratteggiati i profili critici della situazione italiana oltre che le migliori pratiche internazionali e le raccomandazioni su questo versante. Tale documento sembra infatti aver guidato la riflessione del decisore politico in questione, come emerge dallo stesso Parere del Consiglio di Stato del maggio 2022 riguardante gli aspetti critici della stessa riforma, sul quale si tornerà a breve.

particolare, è nel Decreto del Ministero della Salute n. 77 del 2022 che tale riorganizzazione è diffusamente tratteggiata e, in definitiva, disciplinata<sup>85</sup>. Nel regolamento in questione, fortemente dettagliato, trova in primo luogo valorizzazione il distretto sanitario, ulteriormente indicato come «il luogo privilegiato di gestione e coordinamento funzionale ed organizzativo della rete dei servizi sociosanitari, deputato al perseguimento dell'integrazione tra le diverse strutture sanitarie, in modo da assicurare una risposta coordinata e continua ai bisogni della popolazione»: al distretto, dunque, sono obbligatoriamente affidate funzioni di programmazione dei servizi sanitari e sociosanitari, nonché di erogazione e di monitoraggio degli stessi<sup>86</sup>. All'interno di tale disegno riformatore, poi, sono delineati le Case della Comunità, gli Ospedali della Comunità e la Centrale Operativa territoriale quali articolazioni del distretto. Se gli Ospedali di Comunità sono strutture per quelle intermedie ai quali è affidata la funzione di erogazione ospedaliera a bassa intensità clinica e, inoltre, la funzione di anello di congiunzione tra rete ospedaliera, servizi territoriali e domicilio, sono le Case di Comunità a ricoprire un ruolo fondamentale tanto nel quadro complessivo della riorganizzazione, tanto nell'ambito centrale e specifico dell'assistenza primaria<sup>87</sup>.

Il modello organizzativo della Casa di Comunità sembra costituire l'ideale punto di arrivo della progressiva riflessione, tanto dottrinale quanto politica, intorno alla necessità di elaborare una struttura organizzativa in grado di rappresentare il luogo privilegiato di erogazione dell'assistenza primaria, di integrazione sociosanitaria, nonché di partecipazione della cittadinanza e delle forze del Terzo settore. Nel regolamento di cui si discute, la Casa in questione è definita quale «luogo fisico di facile individuazione al quale i cittadini possono accedere per i bisogni di assistenza sanitaria, sociosanitaria o a valenza sanitaria e il modello organizzativo dell'assistenza di prossimità per la popolazione di riferimento»<sup>88</sup>.

<sup>85</sup> Il Decreto in questione contiene il Regolamento *Modelli e standard per lo sviluppo dell'Assistenza Territoriale nel Servizio Sanitario Nazionale*. Il regolamento, però, non è stato oggetto di intesa tra Stato e Regioni. Rispetto alla sua approvazione, infatti, ha mostrato strenua opposizione la Regione Campania, la quale ha lamentato la mancanza dei finanziamenti per l'assunzione del personale sanitario necessario al funzionamento delle nuove strutture. Registrata la mancanza dell'intesa il 21 aprile 2022, il potere esecutivo ha deciso di adottare una delibera sostitutiva, così superandola: sono allora sorti significative incertezze intorno a tale superamento. Su questo punto: *Gli standard (e il modello) dell'assistenza territoriale: prime considerazioni*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2022, 2-13, 2-5.

<sup>86</sup> In questo disegno, dunque, il distretto mantiene la funzione di centrale strumento organizzativo della Azienda sanitaria di riferimento sulla stessa linea abbracciata dall'ultima riforma organica del Servizio sanitario. Il legislatore ha così potenziato le funzionalità di tale strumento, imponendone una struttura e una implementazione giuridicamente vincolanti per gli enti regionali.

<sup>87</sup> Ricondotti nell'assistenza territoriale e distrettuale, il regolamento in esame introduce nuovi e numerosi standard per tali strutture in materia di posti letto, delle categorie di pazienti destinatari e dei servizi. Quelli dell'Ospedale di Comunità sono previsti al punto 11, pp. 41-44 del regolamento: F. PESARESI, *Gli ospedali di Comunità. Come saranno*, in *Luoghi della cura*, 3, 2022, 1-22, 5-14. Altrettanto rilevante è poi la funzione svolta dalla Centrale Operativa territoriale, alla quale è attribuito il coordinamento tra i servizi territoriali distrettuali al fine di assicurare continuità, accessibilità e integrazione dell'assistenza sanitaria e sociosanitaria tra le strutture operanti nel rinnovato disegno organizzativo: Per una disamina analitica dei requisiti minimi strutturali e tecnologici della Centrale: F. PESARESI, *Le Centrali Operative Territoriali*, in *I luoghi della cura*, 3, 2022, 1-18.

<sup>88</sup> La disciplina della Casa, ulteriormente definita quale «fondamentale struttura del Servizio sanitario nazionale», è dettagliatamente prevista al punto 5, pp. 26-31 del regolamento, che traccia gli standard dal valore giuridico graduato della fondamentale struttura in esame. La definizione in questione del modello organizzativo della Casa, d'altra parte, sembra detenere una natura descrittiva.



La sua disciplina è tratteggiata sia attraverso la previsione di standard minimi organizzativi, sia più nel dettaglio attraverso una composita cornice di servizi, che pure lascia spazio a percorsi interpretativi e all'autonomia delle Regioni: alcuni, pur fondamentali nel perseguimento degli obiettivi sanciti dalla stessa riforma, sono obbligatori, altri facoltativi, altri ancora fortemente raccomandati<sup>89</sup>. A questa sono poi dunque attribuite una pluralità di funzioni cruciali nel nuovo disegno complessivo della sanità territoriale o di prossimità: la programmazione dei servizi sulla base della rilevazione epidemiologica dei bisogni sociosanitari, la riprogettazione degli stessi attraverso il dialogo fra professionisti sanitari e comunità di riferimento, l'aggregazione delle risorse pubbliche e la ricomposizione del quadro dei bisogni locali<sup>90</sup>. L'obiettivo ultimo è quello di garantire «servizi universalmente accessibili, integrati, centrati sulla persona in risposta alla maggioranza dei problemi di salute del singolo e della comunità nel contesto di vita, erogati da equipe multidisciplinari, in collaborazione con i pazienti e i loro caregiver, nei contesti più prossimi alla comunità e alle singole famiglie» attraverso una cornice di servizi. Ancora, carattere di innovazione e centralità del modello organizzativo di cui si discute riguarda la previsione, all'interno della cornice dei servizi, della partecipazione della comunità alla programmazione e alla progettazione dei servizi: gli istituti della co-programmazione e co-progettazione, le più autentiche espressioni del principio di sussidiarietà orizzontale conosciute dall'ordinamento, sembrano così trovare nella Casa di Comunità, ulteriormente intesa come «luogo di progettualità», rilancio e valorizzazione nella direzione di una più concreta attuazione del modello di amministrazione «*condivisa*»<sup>91</sup>. In definitiva, l'insieme complesso e integrato delle funzioni illustrate appare assicurato uniformemente sul territorio nazionale attraverso la diffusione capillare del modello organizzativo in questione e delle sue innovative caratteristiche omogeneamente sul territorio nazionale<sup>92</sup>.

<sup>89</sup> Come si vedrà, tale versante appare critico. Se è obbligatoria la presenza di equipe multiprofessionali, composti da medici di medicina generale, pediatri di libera scelta, specialisti ambulatoriali, professionisti sociosanitari e infermieri di comunità, facoltativa è invece la presenza degli assistenti sociali. Rilevante e decisiva è invece la previsione dell'obbligatorietà del servizio di assistenza domiciliare, dell'integrazione sociosanitaria e del Punto Unico di Accesso, nonché della partecipazione della comunità alla co-produzione degli stessi servizi.

<sup>90</sup> Tali funzioni si innestano, d'altra parte, sul nuovo metodo della stratificazione della popolazione e delle condizioni demografiche come strumento di analisi dei bisogni e prevista dal punto 3, pp. 16-22 del regolamento. È infatti previsto il Progetto di salute quale innovativo strumento operativo di programmazione nel solco di tali premesse di metodo: «*il filo conduttore che rappresenta la storia della persona e dei suoi bisogni clinico-assistenziali, in raccordo con i servizi sociali, seguendola prima ancora che sviluppi una patologia, dal momento in cui viene identificato come portatore di rischio a partire dal primo contatto con il Servizio sanitario nazionale*».

<sup>91</sup> Per talune considerazioni su questo versante: E. Rossi, *Le Case della Comunità del PNRR: alcune considerazioni su un'innovazione che merita di essere valorizzata*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2021, 361-375. Inoltre, per uno sguardo dello stesso autore su istituti previsti dall'articolo 55 del Codice del Terzo settore anche alla luce della loro interpretazione nella giurisprudenza costituzionale: *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, cit., 59-60.

<sup>92</sup> È infatti prevista l'istituzione di 1.350 Case hub, una ogni 50.000 mila abitanti il modello organizzativo della struttura polifunzionale in esame, affiancato dalla ulteriore declinazione spoke, lasciata allo spazio decisionale del legislatore regionale, attraverso le quali è garantito l'accesso unitario ai servizi sociosanitari, la risposta integrata alla domanda della salute, la partecipazione della cittadinanza e l'attivazione di percorsi di cura multidisciplinari.



## 6. Le incerte prospettive di attuazione del disegno riformatore

Se le scelte condotte dal legislatore statale si sono ad oggi mosse in linea con gli accordi e le scadenze delineate nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, però, l'attuazione della riforma in questione, i cui tratti essenziali si sono delineati, appare fortemente determinata dalle progressive strategie del rinnovato Esecutivo centrale e, soprattutto, dalle scelte interpretative e attuative operate dai legislatori regionali in un clima di perenne incertezza del sistema politico. La riflessione non può allora che cadere sulle incerte prospettive che sembrano marcare il percorso attuativo della costituenda riforma della sanità territoriale<sup>93</sup>.

Sul versante della strutturale tensione tra uniformità e differenziazione, appare determinante la considerazione che, come è stato per i precedenti tentativi di riforma dell'organizzazione sanitaria territoriale, pur diversi nella gestazione che nel quadro giuridico, l'attuazione del disegno riformatore è rimessa concretamente alle Regioni. Quest'ultime, infatti, sono chiamate a muoversi nei residui spazi di autonomia organizzativa e, in particolare, a determinare la «vocazione» delle Case della Comunità attraverso la scelta tra uno spettro dei servizi non indicati come obbligatori<sup>94</sup>. La crucialità del ruolo degli enti regionali, poi, è ulteriormente accentuata dall'incertezza del valore giuridico delle norme contenute all'interno del regolamento: dalle scelte che i legislatori regionali sono chiamati a compiere nel vicino futuro, dunque, sembra dunque dipendere l'effettiva realizzazione dell'integrazione sociosanitaria<sup>95</sup>. Tra le diverse questioni, la previsione della mera facoltatività della presenza degli assistenti sociali all'interno delle Case, infatti, conduce a rafforzare la considerazione che, come precedentemente accaduto, talune Regioni potrebbero allentare la portata innovativa dell'intervento attraverso scelte caute o meramente nominalistiche, svuotando dall'interno i suoi obiettivi ultimi<sup>96</sup>. L'attuazione

<sup>93</sup> Per prime considerazioni critiche in questa prospettiva: C. CLEMENTE, D. SERVETTI, A. GENOVA, A. FAVARETTO, *Le cure primarie prima e dopo l'emergenza: dalle Case della Salute alle Case della Comunità: una riforma possibile?*, in *Salute e società*, XX, 2 supplemento, 2021, 152-169.

<sup>94</sup> In effetti, lo spazio di autonomia regionale in relazione ai servizi, come previsto dalla illustrata cornice, appare decisivo e conduce a ritenere che le Regioni potranno effettivamente determinare il ruolo della Casa di Comunità all'interno della rinnovata sanità territoriale almeno secondo tre modelli astrattamente possibili: F. LONGO, A. ZAZZERA, *Dalle Case della Salute a quelle della Comunità: quale vocazione?*, in *Lombardia sociale*, 2022, 2-4. Gli autori, infatti, declinano in chiave manageriale tre modelli, altrettanto passibili di declinazioni variabili e diversificate, tra loro non alternativi: un primo modello può valorizzare la struttura come luogo di erogazione delle cure primarie, specialistiche e a bassa intensità; il secondo, piuttosto, può essere inteso come il luogo della co-programmazione interistituzionale; il terzo, ancora, può essere individuato nel luogo di partecipazione della cittadinanza nella fase di co-programmazione e co-progettazione.

<sup>95</sup> L'interrogativo intorno all'efficacia giuridica delle disposizioni del decreto, d'altra parte, è immediatamente emerso a motivo del carattere eterogeneo, alle volte descrittivo, altre prescrittivo, delle disposizioni contenute nel regolamento dettagliato che si è illustrato. Apparsa difficile l'intelligibilità della vincolatività di talune disposizioni, per lo più all'interno di un ambito materiale di potestà legislativa concorrente, ha condotto il Consiglio di Stato a censurare tale profilo critico. In questo senso: *Gli standard (e il modello) dell'assistenza territoriale: prime considerazioni*, cit., 2-5.

<sup>96</sup> Pur in un quadro circoscritto di variabili organizzative, le scelte politiche che i legislatori regionali sono chiamati a intraprendere per garantire una effettiva integrazione tra servizi sanitari e sociali, quale obiettivo centrale e ultimo dell'intervento in questione: R. BALDUZZI, in *Il diritto alla salute durante e dopo la pandemia. Milestones per un confronto*, cit., 49-53. Per non tradire quest'ultimo obiettivo, afferma l'autore, «il piano dovrà essere cor-

della riforma coinvolge la capacità amministrativa quanto la volontà politica delle Regioni di esercitare correttamente ed efficacemente l'esistente spazio di autonomia per le necessarie esigenze di differenziazione, rimanendo all'interno di un disegno riformatore condiviso di rilancio dei principi istitutivi del Servizio sanitario nazionale. In questo contesto, appare dunque concreto il rischio di attuazione frammentata e disuguale fra i territori regionali, come accaduto per i percorsi riformistici sopra esaminati, soprattutto in virtù delle diversità delle condizioni di partenza dei servizi sanitari regionali<sup>97</sup>. La sfida attuale, dunque, è quella di ricercare e costruire «una seria volontà politica e istituzionale di attuare gli strumenti previsti»<sup>98</sup>.

In questo contesto, appare altrettanto rilevante l'interrogativo politico riguardante il ruolo più o meno forte di guida e coordinamento che l'Esecutivo centrale, in termini generali, e il Ministero della Salute, in particolare, intendono ricoprire nel permanere di uno scenario di incertezza politica, sociale ed economica<sup>99</sup>. Nell'attuale ed evolutivo scenario, infatti, la prevalenza delle ragioni dell'uniformità, che ha guidato la gestazione della riforma in questione, sembra nuovamente soccombere sotto il dirimpente rilancio delle ragioni dell'autonomia, specie quella differenziata: il contesto appare quello di un rapido e decisamente insperato ridimensionamento del ruolo di guida e di coordinamento del centro, in assenza del quale il percorso attuativo si prospetta tortuoso<sup>100</sup>. La questione della responsabilità della sostenibilità finanziaria a lungo termini dell'intervento, che riapre l'altrettanto spinosa questione degli investimenti sul personale sanitario, contribuisce a rafforzare l'ambiguità del centro rispetto alla necessità di portare avanti il disegno di riforma: pur rimanendo ancora eventuali le proposte di ridiscussione dei termini della missione Salute, appare tanto incerta quanto necessaria la necessità di una

---

retto, o interpretato e attuato in senso estensivo, relativamente alla previsione della presenza soltanto facoltativa dell'assistente sociale...così da assicurare che il Punto unico di accesso possa valutare e prendere in carico il bisogno sia a monte, sia a valle».

<sup>97</sup> In questo senso: A. BENEDETTI, M. RIZIERI, G. MARTINELLI, *Prospettive di sviluppo della medicina territoriale: profili giuridici ed economici*, in *L'integrazione socio-sanitaria e il diritto delle Regioni*, Rapporto 2022 dell'Osservatorio Diritto&Innovazione dell'Università Milano Bicocca, Torino, 2022, 258-276, 266-267. Nell'analisi proposta si legge che «in un contesto in cui le precedenti riforme non hanno prodotto i risultati sperati, anche perché essenzialmente non attuate, le previsioni del PNRR sono implementate in assenza di una programmazione regionale che indichi con chiarezza la migliore allocazione delle nuove strutture a livello territoriale...le questioni operative che si pongono, al netto di scelte regionali che potranno aggiungere articolazioni ulteriori di un quadro già complesso, sono molteplici e ricche sotto il profilo giuridico».

<sup>98</sup> Questo, in definitiva, il giudizio di sintesi elaborato R. BALDUZZI, in *Ibid.*, 48-53. Oltre all'integrazione sociosanitaria, la spinosa questione dell'adeguamento degli accordi collettivi riguardanti i medici di famiglia convenzionati con il Servizio sanitario nazionale, nonché la definizione e l'attuazione dei livelli essenziali di assistenza sociale, come anche l'implementazione degli istituti della riforma del Terzo settore.

<sup>99</sup> I nodi di natura politica, si è visto, appaiono numerosi e tra loro fortemente intrecciati: quello che più appare urgente riguarda precisamente il funzionamento del governo multilivello della salute. Ancora una volta, le considerazioni di R. BALDUZZI in *Gli standard (e il modello) dell'assistenza territoriale: prime considerazioni*, cit., 11-13 delineano tale sfida politica: «le difficoltà che, lungo i decenni, hanno impedito l'implementazione delle riforme e in particolare la realizzazione di un sistema efficiente di cure primarie sono superabili non attraverso riforme costituzionali volte a ricentralizzare competenze, ma attraverso il buon governo a tutti i livelli».

<sup>100</sup> Non appare ancora chiara la persistenza o l'assenza della volontà politica del rinnovato Esecutivo di abbracciare il disegno riformistico complessivo del precedente decisore politico: certamente, l'eredità dei principi e degli obiettivi di una riforma come quella di si discute, nata sotto valori e obiettivi politici di colore e cultura diversi sembra pesare sulla nuova linea politica che, in ogni caso, deve tener conto degli esistenti e concordati vincoli di attuazione degli obiettivi previsti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

convergenza politica fra l'Esecutivo centrale e quelli regionali intorno al rilancio dei principi istitutivi di universalità, globalità e uguaglianza attraverso il rafforzamento dell'assistenza sanitaria territoriale, dell'integrazione sociosanitaria e della partecipazione. Quelle delineate sono, d'altra parte, questioni aperte che marcano l'attuazione della riforma della sanità territoriale o di prossimità e che, in definitiva, attendono risposte complesse e durature<sup>101</sup>.

## 7. Conclusioni

La linea di analisi storico-giuridica che si è inteso abbracciare dal momento costituente fino ai primi passi dell'attuazione della costituenda riforma della sanità territoriale ha permesso di riattraversare la storicità e la politicità del compito repubblicano di tutela della salute nel lungo andare dell'esperienza costituzionale della Repubblica. Lo scenario attuale appare infatti autentica espressione di tali elementi caratterizzanti il mandato costituzionale di tutela della salute individuale e collettiva all'interno del progetto costituzionale di uguaglianza sostanziale. Oggi, l'attuazione della costituenda riforma del Servizio sanitario nazionale, disegno organizzativo dell'assistenza sanitaria territoriale che è espressione di un rinnovato protagonismo dello Stato nel superamento delle disuguaglianze territoriali sociosanitarie, appare politicamente incerta. Pur distinguendosi per la linea politica innovativa in continuità con l'impianto principialista della legge istitutiva del Servizio sanitario e con i principi costituzionali fondamentali personalista, solidarista e di uguaglianza sostanziale e, a causa della congiuntura storica senza precedenti, per l'ampiezza del rafforzamento del ruolo decisionale del potere esecutivo centrale, il suo percorso attuativo ha infatti luogo in un contesto storico fortemente segnato da una crisi politica, sociale ed economica. Le incertezze del presente rafforzano gli interrogativi critici intorno alla sua attuazione. Questi riguardano in particolare le possibili vie dell'autonomia regionale nei residui spazi di autonomia organizzativa, la tenuta di tale disegno innanzi alla diversificata capacità amministrativa e la volontà politica delle Regioni di realizzare tale riorganizzazione nei rispettivi territori, oltre che il mantenimento di un ruolo di guida e di coordinamento forte da parte dell'Esecutivo centrale. In ultima analisi, la riflessione intorno all'effettiva capacità della costituenda riforma di rafforzare la garanzia dell'uguaglianza nel godimento del diritto alle cure, di superare le disuguaglianze sociosanitarie esistenti nei territori della penisola e, in questo modo, invertire linea storica di crisi trasformativa che ha progressivamente segnato il volto del Servizio sanitario nazionale, rimane aperta. Agli osservatori, dunque, spetta il compito di mantenere alta l'attenzione intorno ai profili critici e ai conseguenti agli interrogativi cui le istituzioni della Repubblica, attraverso l'esercizio del mandato costituzionale di tutela della salute, sono chiamate a rispondere nel lungo andare, presente e futuro, dell'esperienza costituzionale.

<sup>101</sup> In questa direzione: G. RAZZANO, *La missione salute del PNRR: le cure primarie, fra opportunità di una transizione formativa e unità di indirizzo politico e amministrativo*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2022, 1-36.



## Infermità mentale sopravvenuta e disagio psichico. L'inadeguatezza del paradigma penale e il dovere di fare qualcosa

Stefano Fiore\*

SUPERVENING INSANITY AND MENTAL DISTRESS. THE INADEQUACY OF THE CRIMINAL PARADIGM AND THE DUTY TO DO SOMETHING

ABSTRACT: The protection of the mental health of detained persons continues to be a forgotten (or deliberately ignored) issue by our legislator. None of the reform proposals, including those of government initiative, relating to this aspect has in fact been included in the regulatory measures to amend the penitentiary system, which – amidst reluctance and timidity – have been approved in recent years. In the paper, an attempt is made to outline the possible contribution of substantial criminal law to the urgent redesign of the model of treatment and care of mental distress in prison and of supervening insanity. The limited adjustments made through the work of the jurisprudence, including constitutional ones, are not in fact sufficient to deal with a situation whose dramatic nature is made evident by the shocking number of suicides in prison (84 last year).

KEYWORDS: Prison; mental health; criminal law; penitentiary system; reform

ABSTRACT: La tutela della salute mentale delle persone detenute continua ad essere una questione dimenticata (o volutamente ignorata) dal nostro legislatore. Nessuna delle proposte di riforma, comprese quelle di iniziativa governativa, relative a questo aspetto è stata infatti inserita nei provvedimenti normativi di modifica dell'ordinamento penitenziario, che – tra reticenze e timidezze – sono stati approvati in questi anni. Nello scritto si prova a delineare il possibile contributo del diritto penale sostanziale alla urgente riprogettazione del modello di trattamento e cura del disagio psichico in carcere e della infermità mentale successiva alla condanna. I limitati adeguamenti realizzati attraverso il lavoro della giurisprudenza, anche costituzionale, non sono infatti sufficienti a fronteggiare una situazione la cui drammaticità è resa evidente dall'impressionante numero di suicidi in carcere (84 nel corso dello scorso anno).

PAROLE CHIAVE: Carcere; salute mentale; diritto penale; ordinamento penitenziario; riforma

\* Professore ordinario di Diritto penale. Università degli Studi del Molise. Mail: [fiore@unimol.it](mailto:fiore@unimol.it). Il testo, con alcuni adattamenti e l'aggiunta della bibliografia, riproduce struttura e contenuti della relazione svolta al Convegno su «Salute e carcere», organizzato della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento il 18-19 novembre 2022. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

SOMMARIO: 1. La tutela della salute mentale in carcere: quale ruolo per il diritto penale? – 2. Il disagio psichico carcerario. Dalle riforme mancate agli interventi possibili — 3. Cura e controllo nei casi di infermità mentale sopravvenuta. Alla ricerca di un difficile equilibrio.

## 1. La tutela della salute mentale in carcere: quale ruolo per il diritto penale?

La prima difficoltà che incontra chi è abituato a maneggiare il diritto penale sostanziale nell'affrontare temi che attengono alla “pena eseguita” e in particolare a quella detentiva, riguarda la necessità di adoperare un sistema di orientamento cognitivo costruito su riferimenti diversi da quelli che di consueto o comunque più di frequente vengono utilizzati nel lavoro del penalista. Non si tratta però solo di una questione di “competenza”. La difficoltà che si avverte nasce innanzitutto dalla preliminare necessità di colmare un *gap* semantico, definitorio, concettuale, che separa non tanto il singolo studioso, magari personalmente più attrezzato su questo versante, ma l'ordinamento penale vigente da questi argomenti.

Un *gap* che d'altra parte si riflette nell'inadeguatezza degli strumenti con i quali il sistema della giustizia penale è oggi costretto a confrontarsi – sostanzialmente a mani nude – con condizioni umane di fronte alle quali si ha comunque il dovere di fare qualcosa, anche se non si trovano le parole, anche se non si comprende fino in fondo, anche se gli strumenti ancora non ci sono.

I limiti della singola relazione – equilibrati dall'ampio e articolato contesto tematico del convegno – ovviamente impediscono di entrare con il necessario dettaglio nell'analisi del cospicuo materiale di studio, di elaborazione, di proposta relativo all'argomento, che, accumulatosi negli anni, attende in massima parte, speriamo non invano, di tradursi prima o poi in scelte normative e anche nella effettiva attuazione di quelle scelte.

Un obiettivo praticabile in questa sede può essere invece quello di provare, se non altro, ad offrire lo specifico punto di vista del diritto penale sostanziale su temi che per essere affrontati richiedono un approccio complesso e integrato, nel tentativo di mostrare, sia pure per cenni, come l'efficacia degli strumenti chiamati ad operare dentro la realtà penitenziaria dipende anche dall'esistenza di un “ambiente normativo”, per così dire, in grado di favorire il loro effettivo e corretto funzionamento.

La risposta positiva scontata, dunque, alla domanda se quelli oggetto del mio intervento siano, anche, temi penalistici, richiede di essere minimamente articolata e specificata in relazione ai diversi problemi, al fine di individuare quali siano le leve sistematiche sulle quali il diritto penale sostanziale può agire per contribuire alla progettazione, prima, e all'attuazione, poi, di un modello ordinamentale di tutela della salute mentale delle persone private della libertà personale.

Una volta assunta questa prospettiva, il differente approccio che dobbiamo avere rispetto alle due questioni qui considerate (disagio psichico delle persone detenute e incapacità sopravvenuta) non dipende tanto da una questione di grado o di intensità, che pure caratterizza sul piano fenomenico due condizioni che possono anche essere in un rapporto di progressione tra di loro. La differenza che più interessa dal punto di vista della lettura penalistica del tema è un'altra.

Il caso della grave infermità sopravvenuta, pone infatti un problema solo eventuale e comunque occasionale al sistema della esecuzione penale (forse nel nuovo brutale linguaggio governativo qualcuno potrebbe definirlo un “carico detentivo residuale”) e soprattutto è questione che ha una identità, anche penalistica, precisa e può dunque essere “isolata”, ritagliandola dal contesto più generale al quale



pure appartiene e disciplinata mediante appropriate regole (anche) di diritto penale sostanziale, purtroppo assenti nella disciplina vigente. Ferma restando ovviamente la necessità di disporre, sul piano per così dire “attuativo”, di adeguati strumenti di tipo amministrativo, sanitario e di adeguate risorse umane e materiali.

L'altra area, quella del disagio psichico collegato alla condizione detentiva, ha invece natura strutturale, endemica, diffusa, si manifesta con una fenomenologia estremamente variabile e non è possibile isolare una tipologia da utilizzare come standard unico e parametro per la progettazione di una normativa penalistica *ad hoc*. In questo secondo ambito, declinazione settoriale del problematico rapporto generale tra *salute e carcere*, sono dunque certamente necessari interventi multiagenziali e multilivello, che attengono in misura prevalente alla dimensione della organizzazione penitenziaria in senso proprio. Come tuttavia si vedrà, anche qui, nonostante un'apparente eccentricità, il diritto penale sostanziale è chiamato a svolgere un ruolo essenziale.

Se l'analisi della realtà carceraria<sup>1</sup> non mostrasse, nei fatti, una drammatica sottovalutazione delle questioni legate alla salute mentale, sarebbe senz'altro superfluo ricordare qual è la premessa: mettendo insieme i frammenti descrittivi della condizione, anzi delle condizioni individuali che è possibile ricondurre sotto la generica etichetta del disagio psichico, l'immagine finale potrebbe essere quasi integralmente sovrapposta alla condizione di chi si trova in stato di detenzione.

La privazione della libertà personale è strutturalmente un “incubatore” del disagio psichico<sup>2</sup>, incidendo negativamente sulla piena espansione e lo sviluppo di pressoché tutte le aree della personalità nelle quali il disagio si può manifestare nelle sue innumerevoli forme. La condizione detentiva impedisce, limita o distorce le relazioni interpersonali e quelli sociali, si ripercuote sulla sfera affettiva e su quella cognitiva, altera il senso di sé, favorisce l'insorgenza di sindromi depressive e via continuando nel vasto campionario del disagio che con spietata fantasia la privazione della libertà personale allestisce per chi la subisce.

La detenzione ha dunque la naturale attitudine ad accelerare o amplificare processi degenerativi della salute mentale già in atto o innescare, come un vero e proprio detonatore, il disagio latente, a volte conducendolo fino al suo grado estremo coincidente con una vera e propria infermità.

Questo non è qualcosa di cui si debba discutere o da dimostrare, bensì il “dato” da cui il discorso prende le mosse e la cui natura strutturale ci pone di fronte a conseguenze che è possibile affrontare solo in un'ottica di (doverosa) riduzione del danno<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Per un aggiornato quadro, corredato da significativi dati numerici, nell'ambito del XVIII rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione, cfr. M. MIRAVALLE, *Pazze galere. Esiste una “questione psichiatrica” nel sistema dell'esecuzione penale?* consultabile al link <https://www.rapportoantigone.it/diciottesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/salute-mentale/>.

<sup>2</sup> E. MATTEVI, *Il disagio psichico in carcere. Una introduzione*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere. Definizioni, accertamento e risposte del sistema penale*, Napoli 2020, 169 ss.; M. PELISSERO, *Sistema sanzionatorio e infermità psichica. I nodi delle questioni presenti tra riforme parziali effettuate e riforme generali mancate*, in *Archivio penale web*, 3, 2019, utilizza in proposito l'efficace immagine del carcere come «collettore ed amplificatore del disagio psichico»; cfr. anche G. MOSCONI, *Il carcere come salubre fabbrica della malattia*, in *Rass. dir. penit. e crim.*, 2005, 59 ss.

<sup>3</sup> La rilevantissima incidenza dei disturbi mentali tra le patologie riscontrate nella popolazione carceraria è confermata dai dati rilevati dalla prima indagine epidemiologica sullo stato di salute di un campione di detenuti delle strutture detentive di Toscana, Lazio, Umbria, Veneto, Liguria e dell'Azienda sanitaria di Salerno, i cui risultati

Un approccio penalistico al tema, dunque, non può che partire dal cogente limite negativo che l'art. 27 comma 3° della Costituzione fissa per le sanzioni penali: quello secondo cui «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità», principio confermato e rafforzato dal suo corrispondente dell'art. 3 CEDU («Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti»)<sup>4</sup>.

Poiché la privazione della libertà personale è intrinsecamente disumana, quando abbiamo a che fare con la pena detentiva, la contraddizione di fondo non è e non sarà mai davvero risolvibile, se non in utopici scenari abolizionisti. La formula costituzionale porta infatti la nostra attenzione sul trattamento a cui viene sottoposto chi si trova in esecuzione di pena: è il trattamento a dover fare i conti con il senso di umanità, visto che la pena in sé quando assume carattere detentivo (è questa la pena alla quale pensava il costituente e comunque di questa stiamo parlando) appare difficilmente compatibile con il senso di umanità, tanto che dovrebbero essere ritenute contrarie al senso di umanità in generale tutte le pene detentive "evitabili", per così dire.

Il trattamento del condannato e dell'internato in sede esecutiva è d'altra parte il punto terminale di una sequenza ordinamentale che complessivamente definisce il modo in cui il sistema penale tratta la persona inserita nel circuito punitivo o comunque custodiale (anche la definizione dei modi e degli oggetti di un accertamento processuale ha ad esempio a che vedere con il senso di umanità e penso, per l'area qui di interesse, allo svolgimento delle perizie).

In questo quadro, bisogna dunque domandarsi – ed è la sola domanda alla quale un penalista può provare a rispondere – qual è il contributo che il diritto penale sostanziale è in grado di dare per mantenere entro l'argine del senso di umanità la esecuzione detentiva quando questa si combina con il disagio psichico (cioè quasi sempre) o addirittura con l'infermità mentale.

Declinata in concreto, la risposta purtroppo, da un lato, si aggrega attorno ai limitati progressi essenzialmente derivanti da pronunce della Corte costituzionale, della Corte EDU e in alcuni casi dagli sforzi creativi della giurisprudenza soprattutto di merito; e, dall'altro, si traduce nella sconcertante presa d'atto della fatica di Sisifo con la quale si sta provando da decenni a far progredire il sistema sanzionatorio e quello penitenziario verso una condizione dove il senso di umanità rappresenti lo standard minimo al quale riferirsi e non un traguardo che sposta continuamente la propria linea a seconda degli umori politici del momento.

Sia consentito, a questo proposito, aprire una brevissima parentesi, dove, prima di affrontarle, proiettare le nostre due questioni (la disciplina della infermità sopravvenuta alla condanna e la prevenzione e il trattamento del disagio psichico delle persone detenute) oltre la loro problematicità intrinseca. Quel che accade o non accade in quelle due aree è infatti in grado di mostrarci con evidenza forse maggiore che in altri casi, come la pena, quando si presenta spogliata da prospettive finalistiche che non può perseguire (infermità sopravvenuta) e si ripiega per scelta o per mancanza di alternative sulla sua dimensione segregante oppure quando viene disumanizzata nella misura in cui nega la dimensione

---

sono stati pubblicati in AA.VV, *La salute dei detenuti in Italia: i risultati di uno studio multicentrico. Documenti dell'agenzia nazionale di sanità della Toscana, aprile 2015, n. 83*, <https://www.ars.toscana.it/collana-documenti-ars/pubblicazioni-2015/2977-la-salute-dei-detenuti-in-italia-i-risultati-di-uno-studio-multicentrico-2015.html>.

<sup>4</sup> Sulla giurisprudenza della CEDU in materia di tutela del diritto alla salute dei detenuti e, in particolare, alla salute mentale, utili riferimenti in G. BERTOTTI, *Riflessioni e analisi in tema di tutela della salute mentale in carcere: la sentenza Murray c. Olanda*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 3, 2017.

umana concreta, cioè quella riferita alla condizione individuale (disagio psichico non trattato), produce solo la sofferenza senza scopo e dunque senza senso che è propria del suo “stato di natura”.

E allora, quelle due questioni largamente irrisolte, con il carico di sofferenza individuale che generano, stanno lì a ricordarci che ogni volta che sottraiamo alla pena di chiunque, indipendentemente dalla sua condizione, anche solo una parte delle caratteristiche che negli ordinamenti democratici reggono la legittimazione punitiva, l'avviciniamo ad uno stadio, dove la esecuzione carceraria funziona, nella migliore delle ipotesi, solo come strumento segregante, finalizzato all'afflizione e alla separazione.

## 2. Il disagio psichico carcerario. Dalle riforme mancate agli interventi possibili

Ed è anche tenendo conto di quanto appena detto che si comprende come la tutela della salute mentale delle persone detenute è questione che si colloca all'interno di una più ampia sfida culturale, molto prima che tecnico-giuridica. Sfida che su questo fronte potrà dirsi, se non vinta, almeno “raccolta” quando disporremo di una riforma organica dell'ordinamento e della organizzazione penitenziaria, che, per esempio, faccia quello che nel 2018, con la c.d. riforma Orlando, si è deciso di non fare, scegliendo cioè di non dare attuazione alla parte della delega<sup>5</sup> che riguardava il potenziamento dell'assistenza psichiatrica negli istituti di pena<sup>6</sup> e che, secondo la proposta elaborata dalla Commissione Pelissero<sup>7</sup>, avrebbe dovuto tradursi innanzitutto nella istituzione di sezioni penitenziarie specializzate nel trattamento del disagio psichico.

Come era chiaro alla Commissione, infatti, fino a quando nelle carceri nostrane non sarà garantito un presidio del Dipartimento di salute mentale, adeguato alle dimensioni e alle esigenze dell'istituto (cito sul punto la relazione della commissione Pelissero) e questo servizio non sarà dotato delle necessarie risorse strutturali e umane, mancherà il perno operativo attorno al quale far ruotare il sistema di monitoraggio, prevenzione e assistenza del disagio psichico delle persone private della libertà personale.

<sup>5</sup> Per un quadro generale, A. DELLA BELLA, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in <https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org/d/6317-riforma-dell-ordinamento-penitenziario-le-novita-in-materia-di-assistenza-sanitaria-vita-detentiva>. Sulla mancata attuazione della delega sul versante della tutela della salute mentale delle persone detenute, in particolare, M. PELISSERO, *Salute mentale e carcere: una necessità dimenticata*, in *Quest.giust.*, 2018; A. MASSARO, *La riforma dell'ordinamento penitenziario: assistenza sanitaria e vita detentiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 149 ss. In precedenza, sulla legge delega e sul percorso della riforma, tra gli altri, F. DE MARTINO, *La mancata (riforma) Orlando in tema di misure di sicurezza: non tutti i mali vengono per nuocere*, in *Arch. pen.*, 2019; M.T. COLLICA, *La delega della legge Orlando sulle misure di sicurezza*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 7.12.2017; M. BERTOLINO, *Il crimine della pericolosità sociale. Riflessioni da una riforma in corso*, in *Dir. Pen. Cont.*, 24.12.2016.

<sup>6</sup> La trascurata necessità, già allora drammaticamente evidente, di rafforzare l'assistenza psichiatrica in carcere era stata fortemente sottolineata tra gli altri da A. MASSARO, *Sicurezza e salute nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, in A. MASSARO (a cura di), *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, Roma, 2017, 23 ss.; G. CAMERA, *Liberi, detenuti in carcere e ristretti in strutture dedicate: diverse prospettive del diritto alla salute*, *ivi*, 117 ss.; G.M. PAVARIN, *La tutela della salute nelle carceri*, in L. BECCARO, R. PEGORARO (a cura di), *Salute mentale e garanzie dei diritti*, 2009, 59 ss.

<sup>7</sup> *Commissione per la riforma del sistema normativo delle misure di sicurezza personali e dell'assistenza sanitaria in ambito penitenziario, specie per le patologie di tipo psichiatrico, e per la revisione del sistema delle pene accessorie*, i cui lavori sono reperibili sul sito del Ministero della giustizia ([www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)).

Il disegno richiedeva però anche una serie di adeguamenti della disciplina penalistica (sostanziale, processuale e della esecuzione penale) e neppure di questi, come sappiamo, nel d. lgs. 123/2018 c'è alcuna traccia. Si pensi, in particolare – ci arriveremo tra poco – alla prospettata equiparazione della infermità psichica a quella fisica ai fini del rinvio della pena *ex art. 147 c.p.* e alla detenzione domiciliare c.d. in deroga *ex art. 47 ter co. 1 ter* (questione sulla quale come noto e come vedremo è intervenuta la Corte Costituzionale) o ancora alla proposta di introdurre una specifica tipologia di affidamento in prova per i soggetti con disagio psichico.

Tuttavia, prima di fare un doveroso cenno a quelle proposte rimaste nei cassetti ministeriali, per provare a rispondere alla domanda relativa a quale contributo può provenire dal diritto penale, una necessaria premessa ci costringe a varcare la soglia del lapalissiano.

Per ridurre il danno da disagio psichico inevitabilmente collegato alla esecuzione in forma detentiva, la prima, ovvia risposta dell'ordinamento penale dovrebbe essere quella di una riduzione generalizzata dell'incidenza della modalità carceraria nella generale economia esecutiva. L'affermazione suona tanto ovvia nella sua posizione di principio quanto beffarda se invece riferita ad una realtà che vede nella legislazione recente il proliferare di preclusioni all'accesso alle misure alternative e ai benefici penitenziari, con il suo cupo messaggio di tipo custodiale, che privilegia vere o presunte esigenze di difesa sociale rispetto ad ogni altra considerazione.

Mantenendoci nella stretta attualità, il decreto-legge 31.10.22 n. 162 – contenente innanzitutto e tanto per non cambiare, «Misure urgenti in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia» – ha rinviato al 1° gennaio 2023 l'entrata in vigore della riforma del processo e del sistema sanzionatorio penale nota come riforma Cartabia (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150). Tra le sue linee di intervento, la riforma provvede, tra le altre cose, a ridisegnare il volto e il ruolo delle sanzioni, oggi “pene” sostitutive, ispirandosi esplicitamente all'obiettivo se non di invertire, quanto meno di erodere l'impostazione carcerocentrica del nostro sistema di esecuzione penale, anche grazie ad un utilizzo più ampio e flessibile di queste particolari misure<sup>8</sup>.

Nella disciplina riformata delle pene sostitutive, posta in *stand by* per un paio di mesi dal governo<sup>9</sup>, c'è anche, tra le altre, una novità che assume un significativo rilievo ricostruttivo per il nostro tema e che mi sembra importante segnalare.

<sup>8</sup> In argomento, E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive. La svolta impressa dalla riforma Cartabia*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 2.9.2021, 2; ID., *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive, Note a margine dello schema di d.lgs. approvato dal Consiglio dei Ministri il 4 agosto 2022*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 30.8.2022; A. GARGANI, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, in [www.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.eu), 20.1.2022; M. TELESCA, *La 'nuova' disciplina delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi previste dalla c.d. 'Riforma Cartabia'*, in *Dir. Pen. Cont.*, 3, 2021, 34; A. ABBAGNANO TRIONE, *Le latitudini applicative della commisurazione e della discrezionalità nel sistema delle pene sostitutive*, in [www.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.eu) 27.12.22.

<sup>9</sup> In sede di conversione del d.l. 162/22, la legge 30 dicembre 2022, n. 199 ha introdotto una serie di norme transitorie, tra le quali anche una in materia di pene sostitutive. L'art. 95 prevede infatti che «1. Le norme previste dal Capo III della legge 24 novembre 1981, n. 689, se più favorevoli, si applicano anche ai procedimenti penali pendenti in primo grado o in grado di appello al momento dell'entrata in vigore del presente decreto. Il condannato a pena detentiva non superiore a quattro anni, all'esito di un procedimento pendente innanzi la Corte di cassazione all'entrata in vigore del presente decreto, può presentare istanza di applicazione di una delle pene sostitutive di cui al Capo III della legge 24 novembre 1981, n. 689, al giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'articolo

Mi riferisco alla nuova versione dell'art. 58 della l. 689/81, che si occupa del potere discrezionale del giudice nell'applicazione e nella scelta delle pene sostitutive; un potere discrezionale che viene allo stesso tempo esteso, ma anche fortemente indirizzato attraverso espliciti indici finalistici e vincolato a stringenti obblighi di motivazione.

Il nuovo Art. 58 (Potere discrezionale del giudice nell'applicazione e nella scelta delle pene sostitutive) prevede infatti che

«Il giudice, nei limiti fissati dalla legge e tenuto conto dei criteri indicati nell'articolo 133 del codice penale, se non ordina la sospensione condizionale della pena, può applicare le pene sostitutive della pena detentiva quando risultano più idonee alla rieducazione del condannato e quando, anche attraverso opportune prescrizioni, assicurano la prevenzione del pericolo di commissione di altri reati. La pena detentiva non può essere sostituita quando sussistono fondati motivi per ritenere che le prescrizioni non saranno adempiute dal condannato. Tra le pene sostitutive il giudice sceglie quella più idonea alla rieducazione e al reinserimento sociale del condannato con il minor sacrificio della libertà personale, indicando i motivi che giustificano l'applicazione della pena sostitutiva e la scelta del tipo. Quando applica la semilibertà o la detenzione domiciliare, il giudice deve indicare le specifiche ragioni per cui ritiene inidonei nel caso concreto il lavoro di pubblica utilità o la pena pecuniaria. In ogni caso, nella scelta tra la semilibertà, la detenzione domiciliare o il lavoro di pubblica utilità, il giudice tiene conto delle condizioni legate all'età, alla salute fisica o psichica, alla maternità, o alla paternità nei casi di cui all'articolo 47-quinquies, comma 7, della legge 26 luglio 1975, n. 354, fermo quanto previsto dall'articolo 69, terzo e quarto comma. Il giudice tiene altresì conto delle condizioni di disturbo da uso di sostanze stupefacenti, psicotrope o alcoliche ovvero da gioco d'azzardo, certificate dai servizi pubblici o privati autorizzati indicati all'articolo 94, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, nonché delle condizioni di persona affetta da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria, certificate dai servizi indicati dall'articolo 47-quater, comma 2, della legge 26 luglio 1975, n. 354»<sup>10</sup>.

Si tratta a mio avviso di un segnale magari "periferico" ma comunque importante, perché certifica il rilievo che la condizione psichica e anche i disturbi indotti da cause esogene assumono in rapporto alle decisioni in materia di libertà personale. Nella norma novellata emerge, finalmente, anche a livello normativo la consapevolezza che la salute psichica deve essere considerata una variabile strutturale

---

666 del codice di procedura penale, entro trenta giorni dalla irrevocabilità della sentenza. Nel giudizio di esecuzione si applicano, in quanto compatibili, le norme del Capo III della legge 24 novembre 1981, n. 689, e del codice di procedura penale relative alle pene sostitutive. In caso di annullamento con rinvio provvede il giudice del rinvio. 2. Le sanzioni sostitutive della semidetenzione e della libertà controllata, già applicate o in corso di esecuzione al momento dell'entrata in vigore del presente decreto, continuano ad essere disciplinate dalle disposizioni previgenti. Tuttavia, i condannati alla semidetenzione possono chiedere al magistrato di sorveglianza la conversione nella semilibertà sostitutiva. 3. Sino all'entrata in vigore del decreto ministeriale di cui all'articolo 56 quarto comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689, si applicano, in quanto compatibili, i decreti del Ministro della giustizia 26 marzo 2001, pubblicato nella Gazzetta ufficiale 5 aprile 2001, n. 80, e 8 giugno 2015, n. 88, pubblicato nella Gazzetta ufficiale 2 luglio 2015, n. 151.

<sup>10</sup> Sui profili della discrezionalità giudiziale nella scelta della pena sostitutiva come attuazione di prospettive individualizzanti, A. ABBAGNANO TRIONE, *op.cit.* 12 ss.; sul tema cfr. anche C. IAGNEMMA, *Discrezionalità giudiziaria e legislazione penale. Un rapporto da rivisitare nella teoria del reato e nel sistema sanzionatorio*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 3, 2019, 1475

delle decisioni che incidono sulla libertà personale e dunque sul contenuto dei concreti percorsi trattamentali. E non è cosa da poco<sup>11</sup>.

Quella previsione è invero un ottimo esempio del ruolo che può essere svolto dal diritto penale sostanziale e del perché debba essere il sistema penale nel suo complesso a farsi carico del compito di tenere sotto controllo e contenere gli effetti che la detenzione può provocare su soggetti fragili.

Si tratta infatti di un compito che richiede necessariamente di mobilitare in maniera integrata tutte le componenti del sistema:

- perché si tratta di questioni che non sono confinate in un ambito definito, ma possono comparire ovunque, né hanno connotati standard;
- perché possono riguardare gli autori di reati gravi, meno gravi e lievi e dunque con tempi di “latenza detentiva” diversi
- perché, anche in relazione alla gravità del reato, i relativi percorsi processuali possono essere e spesso sono differenziati;
- perché il problema può sorgere prima, durante o dopo il processo e prima o dopo la condanna e l’ordinamento deve avere strumenti adeguati e diversificati in grado di intervenire in ciascuno di questi momenti;
- perché sono problemi che possono presentarsi con gradi di intensità assai variabili e il sistema deve offrire strumenti in grado di adottare di volta in volta il giusto bilanciamento tra cura e custodia;
- perché possono manifestarsi in realtà carcerarie dove sensibilità e risorse ci sono e in altre dove invece sono minori e il sistema deve avere regole in grado di minimizzare le sperequazioni.

Insomma, il sistema penale, ben prima della sua articolazione esecutiva, deve essere proiettato sull’idea della individualizzazione del trattamento come premessa e condizione di una esecuzione della pena conforme al senso di umanità. E cosa c’è di più individuale della elaborazione – imprevedibile nelle forme e nella misura – di una condizione di disagio psichico?

La questione del disagio psichico delle persone detenute è in questo senso un cerchio iscritto all’interno della evoluzione del sistema penale, di cui segue i destini. La sua stessa dimensione dipende in primo luogo dalla misura in cui la repressione penale si traduce o è suscettibile di tradursi in detenzione carceraria e poi di mantenere o meno questa forma, in ragione dei livelli di rigidità del sistema di esecuzione penale e della più o meno ampia disponibilità di strumenti di flessibilizzazione e individualizzazione del trattamento in contesti extramurari.

Dunque, in termini progettuali, è certamente *anche* una questione di diritto penale sostanziale, benché le questioni prevalenti siano certamente quelle che attengono (alla disciplina e) alla organizzazione penitenziaria e riguardano dunque le risorse disponibili, le competenze da formare, le donne e gli uomini che operano nelle strutture carcerarie.

<sup>11</sup> Non a caso il Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, nel vano tentativo di scongiurare il rinvio della entrata in vigore almeno di questa parte della riforma, aveva sottolineato in una sua nota del 29 ottobre 2022, la particolare importanza proprio della riforma delle sanzioni sostitutive, come strumento di tutela delle condizioni di fragilità.



### 3. Cura e controllo nei casi di infermità mentale sopravvenuta. Alla ricerca di un difficile equilibrio

La considerazione degli essenziali aspetti da ultimo citati, in ogni caso esorbitanti dalle mie limitate competenze, troverà adeguato spazio di trattazione in altri interventi, mentre il mantenimento dell'angolazione penalistica sin qui adottata nella lettura dei problemi legati alla salute mentale in carcere, appare, come accennato, senz'altro una scelta appropriata per la trattazione del secondo argomento, vale a dire la condizione del detenuto divenuto incompatibile con il regime detentivo in ragione di una sopravvenuta infermità di tipo psichico.

Come sopra ricordato e d'altra parte ovvio, tra la condizione di disagio psichico e una vera e propria infermità mentale ci può essere un rapporto di continuità, ma a differenza di quel che vale per l'universo del disagio, la infermità sopravvenuta, una volta diagnosticata, si presta ad essere oggetto di una specifica e mirata disciplina di diritto penale sostanziale (con il suo indispensabile corredo processuale ed esecutivo), perché disponiamo già delle caselle concettuali e delle categorie giuridiche per la collocazione dei problemi che essa pone al sistema penale.

In verità, se volessimo e soprattutto se potessimo percorrere l'intera traiettoria che il tema del trattamento dei soggetti incapaci disegna all'interno sistema penale dovremmo occuparci di molte questioni, tutte tra loro correlate.

All'inizio del percorso troveremmo infatti ad attenderci un groviglio di nodi irrisolti e di scenari alternativi, spesso accompagnati da posizioni molto radicali, a partire dal dubbio variamente espresso sulla praticabilità stessa del concetto di imputabilità. Ed è ovvio che se si modificasse o addirittura si eliminasse il concetto che fa da pietra angolare per la costruzione del sottosistema tutto il modello normativo ed operativo dovrebbe essere rivoluzionato<sup>12</sup>.

In questa sede bisognerà necessariamente "tirare dritto" e limitarsi a percorrere solo quel breve tratto dove nella realtà normativa vigente si incrociano le strade, altrimenti parallele della cura e della custodia<sup>13</sup>; là dove si affollano le storie dei protagonisti reali, davanti cioè a quel drammatico collo di bottiglia

---

<sup>12</sup> Le ragioni e le implicazioni della proposta di abolizione dell'imputabilità e della pericolosità sociale sono illustrate in F. CORLEONE (a cura di), *Il muro dell'imputabilità. Dopo la chiusura dell'Opg, una scelta radicale*, Fiesole, 2019. ID, *Manicomi criminali. La rivoluzione aspetta la riforma*, in *Quaderni del circolo Rosselli*, 1, 2018. Critico sul punto M. PELISSERO, *Le misure di sicurezza personali*, cit., 1241 che rileva come una tale proposta "se ha il merito di riconoscere la libertà del malato di mente, rischia di tradursi in un sistema disfunzionale all'obiettivo di cura, che pur intende valorizzare, perché la dislocazione delle esigenze terapeutiche all'interno del sistema penitenziario non prospetta esiti rassicuranti sul piano della tutela dei diritti dei soggetti vulnerabili". Una posizione molto radicale in proposito è espressa anche da F. ROTELLI, *Doppio binario, imputabilità e trattamento delle persone con problemi di salute mentale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1, 2022, 367 s., il quale ritiene che la totale incapacità di intendere e di volere semplicemente «non esiste», perché le «persone non arrivano mai a questo stato di incomprensione del fatto che stanno commettendo» e che in sede di perizia le domande sulla pericolosità e sulla incapacità «sono domande prive di risposte scientificamente fondate».

<sup>13</sup> A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire. L'eterna dialettica tra 'cura' e 'custodia' nel passaggio dagli ospedali psichiatrici giudiziari alle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza*, in *Riv.it.med.leg.* 2015, 1357 ss.

che la incompiutezza del sistema delle REMS<sup>14</sup> e la diffusa inadeguatezza delle articolazioni per la tutela della salute mentale in carcere<sup>15</sup> hanno creato.

Arriviamo così in un territorio dove i giudici si trovano spesso disarmati, privi degli strumenti che potrebbero consentire interventi efficaci o almeno congrui sulla realtà che hanno di fronte e dove anche la vituperata supplenza giudiziaria, quando è possibile praticarla, assume un significato diverso<sup>16</sup>. Davanti a quei giudici infatti si materializza, starei per dire è *misurabile* la sofferenza non come proiezione esemplificativa di un difetto normativo, non come effetto temuto di un'inadeguatezza sistematica, ma come conseguenza in atto sul corpo e sulla mente di una persona privata della libertà personale. Ed allora, l'inadeguatezza del paradigma, la lacuna normativa, l'aporia sistematica non attenuano il dovere di intervenire, ma semmai lo rendono ancor più ineludibile.

Non sempre tuttavia è possibile attivare questo dovere e infatti proprio percorrendo questo cruciale tratto del nostro percorso è possibile incrociare alcune sentenze della Corte EDU e della Corte Costituzionale, che in questi ultimissimi anni, come troppo spesso accade, hanno rappresentato pressoché gli unici momenti di discontinuità in un sistema altrimenti abbastanza immobile, sassi gettati nelle acque stagnanti della legislazione, che stanno lì a mostrarci il corto circuito provocato dalla mancanza degli strumenti normativi oppure quelli attuativi (oppure, ancora, entrambi) per tenere in equilibrio un sistema basato sulla problematica bipolarità cura/custodia.

Nel corso del 2022 infatti sia la Corte EDU che la Corte Costituzionale italiana<sup>17</sup> sono state chiamate a pronunciarsi in relazione a vicende che trovano origine nella endemica indisponibilità di posti nelle REMS<sup>18</sup>: nel primo caso (Corte EDU 24 gennaio 2022, Sy c. Italia, ric. 11791/20, divenuta definitiva il 22 aprile 2022), la indisponibilità di posti aveva determinato la protrazione della permanenza in carcere di una persona che per le sue condizioni avrebbe dovuto essere trasferita in una struttura terapeutica; nel secondo (Corte Cost. n. 22/2022) invece, l'effetto era quello della permanenza in libertà di una persona che, per esigenze sanitarie e di difesa della collettività, avrebbe dovuto essere ricoverata in REMS.

Si tratta delle due situazioni estreme a cui può condurre un sistema che non riesce ad assicurare la disponibilità di strutture idonee ad accogliere autori di reato con infermità psichica e con prognosi di

<sup>14</sup> Per una compiuta ricostruzione della disciplina, S. FINAZZO, *Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza*, in *Dig.disc.pen. Aggiornamento*, X, 2018, 672 ss. Invece, per un articolato bilancio di quanto accaduto sinora in questo problematico e delicato settore, M. PELISSERO, L. SCOMPARIN, G. TORRENTE (a cura di), *Dieci anni di REMS. Un'analisi interdisciplinare*, Torino, 2022. Sulle prospettive di riforma cfr. da ultimo, F. SCHIAFFO, *Le ragioni giuridico penali della necessità di una riforma di sistema in materia di OPG e misure di sicurezza: gli interventi possibili e l'ipotesi minima di una modifica in tema di perizia*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1, 2022, p. 383 ss.

<sup>15</sup> Cfr. sul punto i dati (ora non più recenti ma assai indicativi) riportati da M. IANNUCCI, G. BRANDI, *Il reo folle e le modifiche dell'ordinamento penitenziario*, in *Dir. Pen cont.*, 2, 2018, 87 ss.

<sup>16</sup> Una partecipe e accorata testimonianza "dall'interno" delle difficoltà che la magistratura di sorveglianza incontra su questi fronti in, M. PATARNELLO, *Le Rems: uscire dall'inferno solo con le buone intenzioni*, in *Questione Giustizia online*, 2 giugno 2020; ID., *REMS, carcere e malattia mentale, fra bilanci e prospettive*, *ivi*, 11.01.2023

<sup>17</sup> Una efficace lettura parallela delle due pronunce, nel più ampio quadro della faticosa evoluzione del sistema delle misure di sicurezza è condotta da M. PELISSERO, *Le misure di sicurezza personali: scoperto il vaso di Pandora*, in *Dir.pen.proc.*, 9, 22, 1230 ss.

<sup>18</sup> Illuminanti in proposito i dati forniti e analizzati da G. NESE, A. BELLÌ, *La tutela della salute mentale in carcere ed il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari (OPG): attuali criticità e prospettive*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1, 2022, 353 ss.

pericolosità sociale: in entrambi i casi la disfunzione del sistema si traduce nella violazione del diritto individuale alla tutela della salute del detenuto, accompagnata, nel primo, da una indebita privazione della libertà personale e, nel secondo, da una non adeguata tutela della collettività dal rischio di recidiva.

Il senso chiarissimo che si ricava dalla lettura delle citate pronunce è riassumibile nella conferma – ancora una volta scontata, ma ancora una volta evidentemente smentita dalla realtà – che certamente non è in linea con i principi costituzionali e convenzionali un sistema che, mantenendo la persona in carcere, privilegia le istanze di difesa sociale, a scapito delle esigenze di cura, quando esse possono essere assicurate solo da misure terapeutiche extra carcerarie; così come non lo è un sistema che lascia in libertà chi avrebbe bisogno di essere ricoverato in struttura di cura, anche per contenere acclarati rischi di recidiva.

Il problema sta cioè nella concreta articolazione normativa e nella concreta attuazione del binomio cura/custodia, che nel sistema vigente non garantiscono un adeguato bilanciamento o non garantiscono affatto un bilanciamento tra le esigenze di supporto terapeutico alla persona affetta da problemi mentali e quelle di tutela della collettività dal rischio di recidiva.

Il riallineamento di un intero sistema ai principi, tuttavia, non è compito che può essere affidato ad interventi correttivi estemporanei e di tipo parziale, come dimostra anche il fatto che la Corte Costituzionale nella citata sentenza ha dovuto dichiarare inammissibile una delle questioni sollevate e il cui accoglimento avrebbe determinato la caducazione dell'intero sistema delle REMS<sup>19</sup>. Nel severo monito<sup>20</sup> finale che accompagna la inevitabile decisione di inammissibilità, la Corte non solo ribadisce come sia «urgente la necessità di una complessiva riforma di sistema»<sup>21</sup>, ma anche «che non sarebbe

<sup>19</sup> Pur non potendo in questa sede ricostruire in maniera compiuta la questione e il ragionamento della Corte, si riporta di seguito il passo nel quale si prende atto della impossibilità di una pronuncia diversa da quella di inammissibilità, in ragione degli effetti che comporterebbe l'accoglimento della questione di legittimità sollevata dal Giudice rimettente riguardo all'art. 3-ter del d.l. n. 211 del 2011. La Corte, infatti, rileva che «La eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione censurata per violazione delle riserve di legge poste dall'art. 25, terzo comma, e dall'art. 32 Cost. determinerebbe, d'altra parte, l'integrale caducazione del sistema delle REMS, che costituisce il risultato di un faticoso ma ineludibile processo di superamento dei vecchi OPG; e produrrebbe non solo un intollerabile vuoto di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti, ma anche un risultato diametralmente opposto a quello auspicato dal rimettente, che mira invece a rendere più efficiente il sistema esistente, mediante il superamento delle difficoltà che impediscono la tempestiva collocazione degli interessati in una struttura idonea (sulla inammissibilità di questioni il cui accoglimento produrrebbe un risultato incongruo rispetto all'obiettivo perseguito, sentenze n. 21 del 2020, n. 239 del 2019 e n. 280 del 2016).

<sup>20</sup> Per una compiuta analisi della sentenza, G. MENTASTI, *L'attuale disciplina delle REMS al vaglio della Corte costituzionale: tra riserve di legge non rispettate e liste di attesa serve ancora un intervento del legislatore. Note a margine della 'pronuncia monito' della Corte costituzionale n.22/2022*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 3, 2022, 1188 ss.

<sup>21</sup> La Corte si preoccupa anche di tracciare le linee essenziali della futura, invocata riforma, auspicando che essa assicuri:

- un'adeguata base legislativa alla nuova misura di sicurezza;
- la realizzazione e il buon funzionamento, sull'intero territorio nazionale, di un numero di REMS sufficiente a far fronte ai reali fabbisogni, nel quadro di un complessivo e altrettanto urgente potenziamento delle strutture sul territorio in grado di garantire interventi alternativi adeguati rispetto alle necessità di cura e a quelle, altrettanto imprescindibili, di tutela della collettività (e dunque dei diritti fondamentali delle potenziali vittime dei fatti di reato che potrebbero essere commessi dai destinatari delle misure);
- forme di adeguato coinvolgimento del Ministro della giustizia nell'attività di coordinamento e monitoraggio del funzionamento delle REMS esistenti e degli altri strumenti di tutela della salute mentale attivabili nel quadro

tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine ai gravi problemi individuati dalla presente pronuncia».

Non si potrebbe essere più d'accordo con gli (inascoltati) ammonimenti che la Consulta rivolge al legislatore, anche perché gli insuperabili limiti che la Corte Costituzionale incontra quando interviene occasionalmente su di un sistema complesso sono chiaramente visibili quando invece accoglie le questioni di legittimità, come ad esempio avvenuto con la sentenza 99/2019, che interessa riprendere con riguardo proprio a questo aspetto.

La questione è assai nota e commentata e può dunque essere sintetizzata, per quel che qui interessa, in poche, essenziali battute<sup>22</sup>.

La Corte costituzionale, accogliendo una questione sollevata dalla Corte di cassazione, ha dichiarato illegittimo l'art. 47-ter co. 1-ter ord. penit. «nella parte in cui non prevede che, nell'ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta, il tribunale di sorveglianza possa disporre l'applicazione al condannato della detenzione domiciliare anche in deroga ai limiti di cui al comma 1 del medesimo art. 47-ter».

Secondo la Consulta infatti « la mancanza di qualsiasi alternativa al carcere per chi, durante la detenzione, è colpito da una grave malattia mentale, anziché fisica, crea anzitutto un vuoto di tutela effettiva del diritto fondamentale alla salute e si sostanzia in un trattamento inumano e degradante quando provoca una sofferenza così grave che, cumulata con l'ordinaria afflittività della privazione della libertà, determina un sovrappiù di pena contrario al senso di umanità e tale da pregiudicare ulteriormente la salute del detenuto».

Dopo la sentenza della Corte, quindi, se durante la carcerazione si manifesta una grave malattia di tipo psichiatrico, il giudice potrà disporre che il detenuto venga curato fuori dal carcere e potrà concedergli, anche quando la pena residua è superiore a quattro anni, la misura alternativa della detenzione domiciliare "umanitaria", o "in deroga", così come già accade per le gravi malattie di tipo fisico.

La pronuncia, insieme al generale apprezzamento per la forte riaffermazione del carattere fondamentale del diritto alla salute<sup>23</sup> comprensivo della salute psichica, ha però suscitato anche qualche rammarico, in chi<sup>24</sup> ha ritenuto che la Consulta si sarebbe potuta e forse dovuta spingere fino a dichiarare in via consequenziale la illegittimità anche dell'art. 147 c.p. nella parte in cui, appunto, non prevede la

---

della diversa misura di sicurezza della libertà vigilata, nonché nella programmazione del relativo fabbisogno finanziario, anche in vista dell'eventuale potenziamento quantitativo delle strutture esistenti o degli strumenti alternativi.

<sup>22</sup> Su questa importante pronuncia della Corte, vd. i commenti di A. MENGHINI, *Detenzione domiciliare in 'surroga' e infermità psichica sopravvenuta*, in *Giur.it.* 2019, 1197 ss.; M. PELISSERO, *Infermità psichica sopravvenuta: un fondamentale intervento della Corte costituzionale a fronte del silenzio del legislatore*, in *Dir.pen.proc.*, 2019, 1261 ss.; M. BORTOLATO, *La sentenza 99/2019 della Corte costituzionale: la pari dignità del malato psichico in carcere*, in *Cass. pen.* 2019, 3152 ss.; A. CALCATERRA, *Salute mentale e detenzione: un passo avanti. È possibile la cura fuori dal carcere*, in *Dir.pen.cont.*, 29.9.2019.

<sup>23</sup> La particolare sensibilità della redattrice della sentenza al tema non era d'altra parte dubitabile, M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale sull'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quad. cost.*, 2012, 458 ss.

<sup>24</sup> Cfr. A. MENGHINI, *La grave infermità psichica sopravvenuta. La Consulta supplisce all'inerzia del legislatore*, 205 s., in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere*, cit.; E. MATTEVI, *op. cit.*, 186.

infermità psichica accanto a quella fisica, sancendo in questo modo la piena equiparazione delle due ipotesi, come peraltro proposto nelle conclusioni della Commissione Pelissero.

Il rammarico per la mancata equiparazione è comprensibile e in via di principio condivisibile, ma l'impressione è che la Corte costituzionale abbia fatto una scelta ben ponderata, non riconducibile ad una semplice scelta di *self restraint*.

La Corte ha cioè voluto mantenere distinta l'ipotesi della infermità psichica da quella della infermità fisica, ritenendo evidentemente – anche se per implicito – che a legislazione vigente la equiparazione non fosse una strada (ancora) praticabile.

Al netto della inderogabile necessità di soddisfare esigenze umanitarie, sulle quali la Corte assume una posizione inequivocabile, se si legge la sentenza appare evidente la costante e ribadita preoccupazione della Corte circa la necessità di tenere conto delle «*esigenze di difesa della collettività che deve essere protetta dalla potenziale pericolosità di chi è affetto da alcuni tipi di patologia psichiatrica*»<sup>25</sup>.

Nel motivare la decisione, la Corte esplicitamente e più volte assegna al proprio intervento il compito di evitare l'alternativa secca tra carcerazione e libertà senza vincoli (cioè rinvio della esecuzione): vuole evitare la prima, ma vuole evitare anche la seconda. È questa la ragione per la quale la Consulta non si spinge oltre nel rimodulare la portata applicativa dell'art. 47 *ter*, comma 1 *ter* o.p. e la scelta appare invero ragionevole, perché il sistema normativo che avrebbe poi dovuto accogliere e gestire gli effetti di una decisione di piena equiparazione è un sistema largamente incompiuto e, per così dire, diversamente calibrato.

La piena equiparazione tra grave infermità fisica e psichica che la proposta di riforma elaborata dalla commissione Pelissero proponeva di introdurre, quindi anche ai fini dell'applicazione del differimento della esecuzione, era infatti inserita all'interno di una riprogettazione complessiva del sistema delle misure di sicurezza e del sottosistema relativo al trattamento delle gravi infermità psichiche sopravvenute.

In particolare, la proposta di riforma prevedeva anche la contestuale introduzione di una nuova ipotesi di affidamento in prova, modellata sulla disciplina dell'affidamento in prova in casi particolari che l'attuale art. 94 D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 riserva solo alle persone tossicodipendenti o alcolodipendenti. La nuova misura alternativa (art. 47-*septies* ord. penit. del progetto di riforma) sarebbe stata applicabile, oltre che ai casi in cui la pena detentiva debba essere eseguita nei confronti di persona condannata a pena diminuita ai sensi dell'art. 89 c.p., anche in quelli in cui sia presente una grave infermità psichica, ai sensi dell'art. 147 comma 1, n. 2 c.p. Nel modello proposto, dunque, al condannato in una

---

<sup>25</sup> Il bilanciato contrappunto tra tutela della salute ed esigenze di sicurezza è una linea che attraversa tutta la motivazione della sentenza «La sofferenza che la condizione carceraria inevitabilmente impone di per sé a tutti i detenuti – si legge nella sentenza – si acuisce e si amplifica nei confronti delle persone malate» ed è dunque dovere del giudice verificare «anche in base alle strutture e ai servizi di cura offerti all'interno del carcere, alle esigenze di salvaguardia degli altri detenuti e di tutto il personale che opera negli istituti penitenziari, se il condannato affetto da grave malattia psichica sia in condizioni di rimanere in carcere o debba essere destinato a un luogo esterno, ai sensi dell'art. 47-*ter*, comma 1-*ter*, ordin. penit., fermo restando che ciò non può accadere se il giudice ritiene prevalenti, nel singolo caso, le esigenze della sicurezza pubblica». E ancora, «L'istituto della detenzione domiciliare è una misura che può essere modellata dal giudice in modo tale da salvaguardare il fondamentale diritto alla salute del detenuto, qualora esso sia incompatibile con la permanenza in carcere e, contemporaneamente, le esigenze di difesa della collettività che deve essere protetta dalla potenziale pericolosità di chi è affetto da alcuni tipi di patologia psichiatrica».

condizione di infermità psichica sopravvenuta sarebbero risultate applicabili, a seconda dei casi, due misure: la detenzione domiciliare e la nuova ipotesi di affidamento arricchito da un programma a contenuto terapeutico.

Rimaneva poi sempre ferma, in quello schema, la possibilità di disporre il rinvio *tout court* della esecuzione o di ordinare l'esecuzione della pena; in quest'ultimo caso, si prevedeva che la pena fosse scontata all'interno di speciali sezioni finalizzate a favorire il trattamento terapeutico, nel modello a gestione interamente sanitaria proposto dalla riforma.

Il progetto metteva cioè a disposizione della prassi, affidandosi alla valutazione discrezionale del giudice, una gamma di misure, disposte anche su di una scala di intensità che, a seconda del diverso combinarsi delle esigenze di cura e di custodia, serviva a garantire o almeno a favorire la possibilità di addivenire ad un loro adeguato bilanciamento nel caso concreto.

E allora, in termini assoluti possiamo anche giudicare (parzialmente) deludente la sentenza della Corte Costituzionale, ma va ribadito che questo sembra corrispondere ad una consapevole scelta dei Giudici della Consulta, volta ad evitare un disordinato taglia e incolla normativo. Questa esigenza ha indotto la Corte a circoscrivere il proprio intervento al solo profilo "non negoziabile" di tipo umanitario, per la chiara preoccupazione relativa agli effetti non controllabili che una decisione più radicale (in astratto forse più coerente) avrebbe potuto produrre sul precario e incompleto modello vigente.

Sono infatti ancora troppi i pezzi mancanti. Solo per fare un esempio lampante, rimanendo nell'area del diritto penale sostanziale, è chiaro che a monte dovrebbe essere risolto il disallineamento tra una concezione della pericolosità sociale di estrazione codicistica ancora centrata sulle esigenze di difesa sociale<sup>26</sup> e la direzione verso la quale si è evoluto, nonostante tutto, il modo di intendere la valutazione e il controllo del rischio di recidiva, in particolare nei soggetti affetti da disturbi psichici o da disagio psichico, per i quali il *rischio* della recidiva si contrappone alla *certezza* di un bisogno di cura<sup>27</sup>.

Si tratta, davvero, di cambiare "tutto": paradigmi, strutture, risorse, modelli di intervento, approccio culturale, affidando poi l'opera di ricucitura ad una disciplina normativa coerente e funzionale e proprio una esigenza così vasta, profonda, totalizzante ci dice quanto sia necessario e doveroso farlo. L'inerzia legislativa è aggravata dal fatto che per questo essenziale lavoro di ammodernamento e definitivo adeguamento del sistema ai principi costituzionali e convenzionali disponiamo già da tempo di

<sup>26</sup> M.T. COLLIKA, *La crisi del concetto di autore imputabile pericoloso*, in *Dir. pen. cont.*, 12 novembre 2012; ID, *La riformata pericolosità sociale degli infermi non imputabili o semi imputabili al vaglio della Corte costituzionale: una novità da ridimensionare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 416 ss.; A. MASSARO, *Pericolosità sociale e misure di sicurezza detentive nel processo di "definitivo superamento" degli ospedali psichiatrici giudiziari: la lettura della Corte costituzionale con la sentenza n. 186 del 2015*, in *Arch. pen.*, 2015, 1 ss.; F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra «sottigliezze empiriche» e 'spessori normativi': la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, in *Dir. pen. Cont.*, 11 dicembre 2014; Fondamentale in argomento il rinvio a, M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008. Sulla varia rilevanza del concetto di pericolosità nel sistema penale, A. MARTINI, *Essere pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, Torino, 2017.

<sup>27</sup> Sulla perdurante contraddizione tra il modello di intervento terapeutico al quale si ispira la riforma che ha condotto alla chiusura degli OPG e il mantenimento dei criteri di selezione dei "folli rei" basati sui concetti codicistici di incapacità e pericolosità sociale, G. ZUFFA, *Dopo la chiusura dell'OPG: i residui del modello manicomiale e la sopravvivenza del binario "speciale" di giustizia per i "folli rei"*, in *BioLaw Journal. Rivista di Biodiritto*, 4, 22. Per un approccio pluridisciplinare al tema, M. BEVILACQUA, L. NOTARO, G. PROFETA, L. RICCI, A. SAVARINO (a cura di), *Malattia psichiatrica e pericolosità sociale. Tra sistema penale e servizi sanitari*, Atti del convegno, Pisa, 16-17 ottobre 2020, Torino, 2021.



un materiale cospicuo e anche assai evoluto, fatto non solo di atti o progetti ministeriali (legge delega Orlando – Commissione Pelissero – Stati generali della esecuzione penale – Commissione Ruotolo), ma anche di dati, di analisi, di esperienze, molte delle quali assai virtuose. Peccato che manchi l'ingrediente essenziale vale a dire la volontà politica di utilizzare quegli strumenti per produrre un effettivo cambiamento di scenario.

E anche se il momento storico non sembra essere dei più favorevoli, di fronte al drammatico numero dei suicidi in carcere, che nel corso del 2022 ha raggiunto il dato più alto di sempre (84 persone detenute nell'ultimo anno si sono tolte la vita nelle carceri italiane) permettetemi – anche se non ho a chi recapitarlo – un appello finale a fare presto, perché ci sono esistenze sospese e vite che attendono di essere salvate.

*Esays*





## The Courts and effective judicial protection during the Covid-19 pandemic. A comparative analysis

Paola Iamiceli, Fabrizio Cafaggi\*

**ABSTRACT:** What role have the courts played during the pandemic? How different has this role been across the globe? Can lessons for a better response to health crises and emergencies be learned from litigation? Starting from these questions, the authors present the main findings of an international project on Covid-19 litigation aimed at collecting and comparing caselaw, within an openly accessible database, from more than 80 countries on all continents, concerning the impact of public health measures upon fundamental rights and freedoms of citizens during the pandemic. This comparative analysis, based on a set of around 2000 decisions from 2020-2022, shows that, although courts have faced very similar challenges, distinct legal traditions have led judges to use different balancing techniques with different outcomes in terms of the control of public powers and available remedies. Actions and omissions have been differently addressed and the evolution of science has significantly impacted judicial review. Areas of litigation have changed overtime, mirroring the evolution of the pandemic and the modifications of governmental strategies. More recently, liability claims are emerging and will probably grow in the near future, offering courts from all over the world a further opportunity to learn from each other. Based on the experience of governments, revisited through the lenses of Covid-19 litigation, scholars, scientists, and policy makers have the opportunity to build on this heritage with the objective of building a better response to future health emergencies that fully respect fundamental rights and the rule of law.

**KEYWORDS:** Fundamental rights; judicial review; proportionality; precaution; liability

**SUMMARY:** 1. The role of the courts in times of pandemic: the main questions of an international project – 2. Project methodology – 3. Main research findings and insights for comparative analysis – 4. Judicial review in times of pandemic and the effective protection of rights – 4.1. Balancing fundamental rights and freedoms: the

---

\* Paola Iamiceli: Full professor of Private Law, University of Trento. Mail: [paola.iamiceli@unitn.it](mailto:paola.iamiceli@unitn.it); Fabrizio Cafaggi: Judge of the Italian Council of State, former Professor of Private Law of the University of Trento, and of Comparative Law at the European University Institute and at the National School of Administration. Mail: [fabrizio.cafaggi@eui.eu](mailto:fabrizio.cafaggi@eui.eu). This article reflects part of the results of a project coordinated by the University of Trento, financed by the World Health Organization and created thanks to the efforts of a vast network of scholars and judges who, in various capacities, have contributed to the collection, selection, and examination, comparative included, of the decisions. Assuming all responsibility for errors or omissions, the authors express their heartfelt thanks to all of them. Although they result from joint reflection, sections 2 and 4.3, were drafted by Fabrizio Cafaggi, and sections 3, 4.1, 4.2 and 5 by Paola Iamiceli; sections 1 and 6 were drafted jointly. The article was subject to a double-blind peer review process.

main approaches – 4.2. The pandemic and the rights of the most vulnerable – 4.3. Uncertainty, scientific evidence, and decision making. Judicial perspectives – 5. The main areas of litigation: from business freedom to vaccination – 6. Lessons learned and the future ahead: concluding remarks.

## 1. The role of the courts in times of pandemic: the main questions of an international project

The emergence of the novel coronavirus SARS-CoV-2 in 2019 forced the world to grapple with daunting challenges. The pandemic was unprecedented but somewhat foreseeable. Both international and national institutions struggled to cope with the uncertainty related to its origins and its consequences and had a difficult time managing the health, social, and economic emergencies. The difficulty of a centralized crisis management capable of issuing global recommendations to health providers, coordinating the global supply of medical devices, and providing pharmaceutical antidotes, generated local responses with some degree of competition among States and a clear divide between rich and poor countries.

Local responses to global phenomena are certainly suboptimal and the need for more effective international coordination is driving discussion over the reform of international law and international organizations.<sup>1</sup> Policy responses were heterogeneous, often uncoordinated, and had different degree of effectiveness. To learn from different approaches, comparative institutional analysis of different, sometimes opposing, strategies can provide policy makers with suggestions for similar future events.<sup>2</sup> Such analysis can focus on how State's institutions interacted during the crisis and which roles they played during the emergency compared to those defined by the principle of a separation of powers in constitutional democracies during ordinary times.

This article focuses on one institution, often overlooked in the debate on comparative responses to Covid-19: the judiciary. Certainly, legislatures and public administrations have been at the forefront of public choices and their action (or inaction) is today under political and legal scrutiny with the aim of providing a better response to health crises and emergencies in the future. Their interaction with the scientific community was and will surely continue to be pivotal for steering policy making and making it more accountable to citizens. But the courts also played a relevant role. To what extent States can ensure that legislative and executive choices are grounded on scientific evidence and incorporate scientific developments during times of great uncertainty and a continuous evolution of knowledge is difficult to say. Science-based decision making has certainly been among the most critical challenges during the pandemic.

<sup>1</sup> The discussion of a Pandemic Treaty within an Intergovernmental Negotiating Body, established by the WHO Assembly to draft and negotiate a WHO Convention, Agreement or Other International Instrument on Pandemic Prevention, Preparedness and Response, is among the most important initiatives in this regard. See the *Conceptual Zero Draft* for the consideration of the Intergovernmental Negotiating Body at its third meeting, A/INB/3/3, 22 November 2022, available at [https://apps.who.int/gb/inb/pdf\\_files/inb3/A\\_INB3\\_3-en.pdf](https://apps.who.int/gb/inb/pdf_files/inb3/A_INB3_3-en.pdf), last visited on 5/3/2023). Parallel initiatives are developing at international level with the purpose to contribute to a better preparedness; see, e.g., J.D. SACHS et al., *The Lancet Commission on lessons for the future from the Covid-19 pandemic*, in *Lancet*, 400, 2022, 1224-80, Published Online September 14, 2022, 1224 ([https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(22\)01585-9](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(22)01585-9), last visited on 5/3/2023).

<sup>2</sup> See C. COGLIANESE, *What Regulators Can Learn from Global Health Governance*, in *Global Health Governance*, XI, Special symposium issue, 2021, 14 ff.

The Covid-19 pandemic stimulated a truly interdisciplinary dialogue aimed at improving preparedness and responsiveness through data analysis, connecting evidence on the spread of the disease and the impact produced by governmental measures to battle the pandemic. Multiple initiatives emerged to share data and information on national regulatory approaches, making the results available to health researchers, data analysts, economists, social scientists, and policy makers.<sup>3</sup> Other initiatives have sought to rank countries' performances by comparing data related to the control of the contagion.<sup>4</sup> Instead, less attention has been devoted to the role of national and international courts whose review of governmental measures was both quite effective and rather comprehensive.

At a different level and with a different impact, legislatures and public administrations have interacted with the courts. In fact, since the beginning, public decisions, particularly those of executive branches, have been challenged before the courts almost everywhere.<sup>5</sup> Courts managed to intervene in a timely fashion and to adjust to the emergency, often reinterpreting their procedural rules to ensure prompt and effective judicial decisions. As a consequence, governments saw their decisions either upheld, as conforming with overarching principles and legislative frameworks, or quashed as being inconsistent with principles and rules. In both cases an institutional dialogue occurred between executives and the courts. Indeed, some of yesterday's questions concerning an institutional balance and a separation of powers have become relevant issues in possible future global crises.

<sup>3</sup> Without ambition for comprehensiveness, a few of these initiatives may be here referred to, such as the Oxford Covid-19 Government Response Tracker (T. HALE et al., *A global panel database of pandemic policies (Oxford Covid-19 Government Response Tracker)*, in *Nature. Human Behaviour, Resource*, <https://doi.org/10.1038/s41562-021-01079-8> (last visited on 7/1/2023); the Covid-19 Law Lab of the O'Neill Institute at Georgetown University (<https://oneill.law.georgetown.edu/projects/covid-19-law-lab/> last visited on 7/1/2023); the Oxford Compendium of National Legal Responses to Covid-19 (<https://oxcon.ouplaw.com/home/occ19> last visited on 7/1/2023); S. JASANOFF, S. HILGARTNER, J.B. HURLBUT, O. ÖZGÖDE, M. RAYZBERG, *Comparative Covid Response: Crisis, Knowledge, Politics Interim Report* (available at [https://assets.website-files.com/5fdca1c14b4b91eaa7196a/5ffda00d50fca2e6f8782aed\\_Harvard-Cornell%20Report%202020.pdf](https://assets.website-files.com/5fdca1c14b4b91eaa7196a/5ffda00d50fca2e6f8782aed_Harvard-Cornell%20Report%202020.pdf), last visited on 17/2/2023).

<sup>4</sup> See, for example, the GCI Dashboard (<https://Covid-19.pemandu.org/> last visited on 7/1/2023); N. HAUG, P. KLIMEK et al., *Ranking the effectiveness of worldwide Covid-19 government interventions*, in *Nat. Hum. Behav.*, 4, 2020, 1303, <https://doi.org/10.1038/s41562-020-01009-0>, (last visited on 7/1/2023). A critical appraisal of comparative performances ranking is made by S. JASANOFF, S. HILGARTNER, *A stress test for politics. A comparative perspective on policy responses to Covid-19*, in J. GROGAN, A. DONALDS (eds), *Routledge Handbook of Law and the Covid-19 pandemic*, Routledge, 2021, 289 ff.

<sup>5</sup> Among the first decisions: Colombia, Council of State, 4 February 2020, No. 05001-23-33-000-2020-03884-01 on the challenges posed by digitalization in regard to the right to appeal; China (PRC), Gangzha Primary People's Court, Nantong, Jiangsu, 7 February 2020, Prosecutor v Zhang (2020) Jiangsu 0611 Criminal 1st No. 55, on fraud in masks' trade; Germany, Federal Constitutional Court, 31 March 2020, No. 1 BvQ 63/20, on restraints imposed on freedom of religion.

Unless differently specified, all judicial rulings cited in this article may be found (in summary and, in most cases, in full text) in the Covid-19 Litigation Database, available at <https://www.Covid-19litigation.org/case-index> (last visited on 5/3/2023).

The courts operated under emergency frameworks. In some instances, a state of emergency was explicitly declared, in others it was not, but usually the powers of the courts were not modified by emergency legislation.<sup>6</sup> Does this imply that constitutional and judicial review in times of emergency (should) operate in the same manner as in ordinary times? Although the courts have often referred to rooted doctrines and long-standing principle-based approaches, it is not always obvious whether continuity or discontinuity was at work.<sup>7</sup> This consideration generates more critical questions for future changes. To what extent do judicial decisions made in relation to a pandemic only refer to the time of the emergency or to what extent are they likely to constitute a new body of law applicable to ordinary times in the future? The scope of institutional learning may vary significantly depending on the answers to these questions.<sup>8</sup>

Can a government measure impose restrictions on freedom of movement, public gathering, or the right to attend religious services, in order to pursue public health objectives in the context of a pandemic? What scientific basis is needed to justify the closure of schools or shops for the same reasons? When and to what extent does a health emergency justify a reduction in the protection of the rights of asylum seekers? When and to what extent does public health monitoring justify a reduction in the protection of personal data? Can a citizen or a collective interest organization adopt precautionary measures not taken by inert states and public authorities, when those measures are essential to protecting public health and other fundamental rights? Or can they claim priority access to health treatments or vaccination, challenging priorities already defined by law or in other regulatory acts? Under what conditions can the law mandate vaccination? When can it make access to essential services or the exercise of personal or economic freedoms subject to it? More generally, did political decisions lead to a fair result with respect to the rule of law and fundamental rights?

These are among the many questions faced, first by policy makers and then by judges, since the start of the Covid-19 pandemic;<sup>9</sup> not only in Italy, not only in Europe, but all around the world, from North

<sup>6</sup> See, for the USA, L.F. WILEY, S.I. VLADECK, *Coronavirus, Civil Liberties, And The Courts: The Case Against "Suspended" Judicial Review*, in *Harvard Law Review Forum*, 2020, Vol. 133:179, available at [https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2020/07/179-198\\_Online.pdf](https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2020/07/179-198_Online.pdf) (last visited on 17/2/2023), providing arguments against the suspension of ordinary judicial review during emergencies.

<sup>7</sup> For the USA, see, e.g., J. PAGLIALONGA, *The Covid-19 Cover-Up; How Federal Courts Are Changing Constitutional Law to Uphold Unconstitutional State Actions* (May 21, 2020), available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3607298> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3607298> (last visited on 20/2/2023), who concludes that, during the Covid-19 pandemic, federal courts have largely failed to apply the strict scrutiny standard of review to state actions, and that, instead, courts have invented an entirely new standard of review specifically for state actions during a 'public health crisis.'

<sup>8</sup> The issues here proposed complement the comparative analysis developed by other scholars on emergency legislation during the pandemic. See, among others, A. VEDASCHI, *Covid-19 and Emergency Powers in Western European Democracies: Trends and Issues*, *VerfBlog*, 2021/5/05, <https://verfassungsblog.de/covid-19-and-emergency-powers-in-western-european-democracies-trends-and-issues/>, DOI: 10.17176/20210505-111715-0 (last visited on 20/2/2023), who examines the main tendencies emerging in democratic countries of the Western European area. In her view, while invoking constitutional emergency clauses has represented a minority trend in times of Covid-19, a number of countries has created new emergency regimes or amended existing statutory emergency tools. Italy has represented a fourth distinct path consisting of the use of a variety of tools to tackle Covid-19, creating a fragmented pattern.

<sup>9</sup> There is debate over the beginning of the pandemic. The WHO declared the pandemic on 8 March 2020.



to South, and East to West.<sup>10</sup> Many of these questions were addressed in emergency procedures to provide a timely response and prevent, rather than follow ordinary procedures, an undue limitation of fundamental rights in the context of the pandemic.<sup>11</sup> In some countries, specific procedures were used for this purpose with ex ante control of measures impinging on fundamental rights.<sup>12</sup>

The courts solved individual issues but, especially when constitutional review was involved, they also incidentally provided guidance to the legislature on how to balance the emergency, rule of law, and the protection of fundamental rights. The courts did not refrain from providing responses that could be of guidance to policy makers even when the contested measure was no longer in force but, given the contextual elements, there was a reasonable possibility it would be adopted again in the near future with characteristics similar to those of the contested measure.<sup>13</sup>

While governments and other public authorities had to make immediate decisions, often under the guidance of scientific committees and in contexts of great uncertainty, judges acted as guardians of rights and freedoms, striking new balances in light of the rule of law and general principles such as proportionality, effectiveness, precaution, and solidarity. When the emergency forced a re-allocation of powers with significant delegation to the executive and a reduced space for parliaments, the courts

<sup>10</sup> For an initial examination of the role of the courts in the context of the pandemic, we refer to F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *Uncertainty, Administrative Decision-Making and Judicial Review: The Courts' Perspectives*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2021, 1-33, doi:10.1017/err.2021.47; ID., *Global Pandemic and the Role of Courts*, in *Legal Policy & Pandemics. The Journal of the Global Pandemic Network*, 2021, 159-180, DOI: 10.53136/979125994435114. On the same topic, albeit from a different perspective, T. GINSBURG, M. VERSTEEG, *The Bound Executive: Emergency Powers During the Pandemic*, in *International Journal of Constitutional Law*, 19, 2021, 1498.

<sup>11</sup> See e.g. in Italy, among many: Council of State, 11 December 2020, no. 7097; Council of State, 2 April 2021, no. 1804; Regional Administrative Court of Campania (Salerno), Piedmont, Emilia Romagna (Bologna), Friuli Venezia Giulia, 8 January 2022; Regional Administrative Court of Sicily, 16 March 2022, no. 351. See also F. PATRONI GRIFFI, *Il giudice amministrativo come giudice dell'emergenza*, in *Giustizia Amministrativa*, 2021, <https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/4267397/Patroni+Griffi+-+Il+giudice+amministrativo+come+giudice+dell'emergenza.docx/cb4dde87-351c-8396-ce13-d31b48c2aa9e?t=1618321039697> (last visited on 5/3/2023).

<sup>12</sup> Of great relevance in this respect is the procedure activated in Spain for a prior judicial 'ratification' envisaged for all measures adopted by the competent authorities to combat the pandemic having an impact on fundamental rights ("*las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental*"). See, among the former, Tribunal Supremo TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), no 719/2021, 24 May 2021 JUR\2021\157658; Tribunal Superior de Justicia TSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª), no 93/2021, 7 May 2021 JUR\2021\142006; Tribunal Supremo, 22 January 2022, no 60/2022. But see, most recently, Tribunal Const., 2 June 2022, no. 70, which declared unconstitutional the rules on the prior ratification or authorisation of legislative measures or administrative acts with an impact on fundamental rights, as they were detrimental to the principle of separation of powers.

Of equal importance is the use of *amparo* in Spain itself and in Latin American countries (e.g., Costa Rica, Supreme Court of Justice, Const. sec, 9 Feb. 2022, No. 02900; Chile, Supreme Court, 18 Jan. 2022, No. 630-2022; El Salvador, Supreme Court, 23 Aug. 2021, No. 17-2021), as well as the *référé liberté* in the French system (e.g., Council of State, 1 Apr. 2021, Ordin. No. 450956). On the latter, see B. FAVARQUE-COSSON, *How did French administrative judges handle Covid-19*, in E. HONDIUS et al. (eds), *Coronavirus and the Law in Europe*, Intersentia, 2021, 81 ff.

<sup>13</sup> See e.g., for Italy, Council of State 13 May 2021, No. 850; for Slovenia, Const. Court, 27 August 2020, No. U-I-83/20-36.

contributed somewhat to rebalancing and counterweighing this imbalance dictated by the emergency.<sup>14</sup> Delegation of power to the executive was implemented both by legislative and administrative decisions and lead to either constitutional or judicial review.<sup>15</sup>

On the one hand, the pandemic forced judges almost everywhere to perform the difficult task of assessing the legitimacy of executive actions (and omissions) in light of formal or informal delegation by parliaments. On the other hand, the intensity and the way this task was fulfilled was by no means uniform, necessarily being affected by the institutional, cultural, social and economic contexts in which litigation emerged.<sup>16</sup> Differences between democracies and autocracies, but also within democratic regimes (depending on whether they took a more active stance or refrained from intervening), also significantly influenced the role(s) of the courts.<sup>17</sup> At the outset of the pandemic, with some notable exceptions, courts were usually more active when governments refrained from acting and more deferential when governments made prompt decisions.<sup>18</sup>

To include courts in the analysis of institutional responses to Covid-19, a network of scholars and judges, coordinated by the University of Trento in collaboration with the WHO, set up a research project aimed at creating a specialized database on the litigation that arose in the context of the pandemic: an ideal forum for dialogue among courts from all over the world which are confronted with similar issues and are committed to balancing the rights and freedoms affected by anti-pandemic measures.<sup>19</sup> At the same time, the purpose was also to create a forum for inter-institutional dialogue, ideally involving policy makers, to confront them with the outcomes of judicial review. The availability of such a large data base also enables them to learn from it for future decision-making in the context of the pandemic and beyond.

The *Covid-19 Litigation Database*, characterized by the almost daily update of news on the most recent cases, today presents around 2,000 decisions issued by courts on every continent in more than 80 countries: it is the result of international collaboration that, also thanks to financial support from the

<sup>14</sup> T. GINSBURG, M. VERSTEEG, *op. cit.*; F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *Uncertainty, Administrative Decision-Making and Judicial Review*, cit.

<sup>15</sup> See for example the judgments concerning OSHA and FTC in the US. See United States, US Supreme Court, 13 January 2022, n°21A244 and 21A247, where the US Supreme Court suspended the Occupational Safety and Health Administration (OSHA) – a federal agency – vaccine or test mandate for employers with at least 100 employees due to the lack of the Agency's power in this regard.

<sup>16</sup> T. GINSBURG, M. VERSTEEG, *The Bound Executive*, cit.; F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *Uncertainty, Administrative Decision-Making and Judicial Review*, cit.

<sup>17</sup> For a comparative analysis related to the initial period of the pandemic management see C. COGLIANESE, N.A. MAHBOUBI, *Administrative Law in a Time of Crisis: Comparing National Responses to Covid-19*, in *Administrative Law Review*, 73, 2021, 3 ff. summarizing the results of national reports published in the same issue. In particular, on the Chinese approach see J. DELISLE, S. KUI, *China response to Covid-19*, in *Administrative Law Review*, 73, 2021, 19 ff.

<sup>18</sup> With some notable exceptions like, for example, England where, despite the initial approach taken by the government, Courts have not become more interventionist.

<sup>19</sup> The 'Covid19 Litigation' project is coordinated by the University of Trento (Faculty of Law) with funding from the World Health Organisation. The case law database, the page dedicated to updates (News) and other materials produced within the project are freely accessible at <https://www.covid19litigation.org/>.

World Health Organization, now involves eight universities, multiple young researchers, as well as a broad network of scholars and judges who have contributed to the initiative.<sup>20</sup>

The objective is first and foremost to allow *policy makers* to compare the modes and outcomes of judicial review carried out on a wide range of measures in order to draw potentially useful indications from them to guide future decision-making. Secondly, for *judges* the project aims at encouraging, directly or indirectly, a dialogue between the courts of different countries, with a view towards a possible transplant of similar interpretative and balancing techniques with full awareness of different legal traditions. Thirdly, *scholars* have been offered the opportunity to identify new lines of research, including interdisciplinary investigations, aimed at integrating models for determining public health measures and considering the impact they have on the fundamental rights of individuals and the community.<sup>21</sup> These are ambitious goals, the value of which can be measured over time well beyond the present pandemic context which is not yet over. This is not only in the event that similar emergencies should unfortunately recur, but also in the event that other types of global challenges, including environmental or geopolitical ones, should force public decision-makers to make new tragic choices that temporarily limit the fundamental rights of individuals and communities in the interest of public health or security.

## 2. Project methodology

The Covid-19 Litigation Project does not aim to map all available case law. It is neither aimed at comprehensiveness, nor at statistical representativeness.<sup>22</sup> Instead, the approach is selective, not over-

---

<sup>20</sup> Partners in the 'Covid19 Litigation' project are: the Solomon Center of Health Law (Yale Law School), the Externado University in Colombia, the National University of Singapore, the VIT School in Chennai (India), NTH University in Taiwan, Makerere University (Uganda), the Center for Health Law Research at QUT (Australia), and the Global Pandemic Network. A more recent collaboration has been started with the O'Neill Institute of Georgetown University (USA).

<sup>21</sup> On a holistic approach to the study of the impact of anti-pandemic measures in the context of the scientific debate, aimed at enhancing the dialogue between data science, epidemiology and other sciences (see, e.g., T. ALAMO, G. GIORDANO et al., *Data-Driven Methods for Present and Future Pandemics: Monitoring, Modelling and Managing?*, <https://arxiv.org/pdf/2102.13130.pdf>, (last visited on 7/1/2023); N. HAUG, P. KLIMEK et al., *Ranking the effectiveness of worldwide Covid-19 government interventions*, in *Nat. Hum. Behav.*, 4, 2020, 1303, <https://doi.org/10.1038/s41562-020-01009-0>, (last visited on 7/1/2023); J. M. BRAUNER, JAN KULVEIT et al., *Infering the effectiveness of government interventions against Covid-19*, [10.1126/science.abd9338](https://doi.org/10.1126/science.abd9338), (last visited on 7/1/2023). Multidisciplinary research on the impact and the effectiveness of anti-pandemic measures has grown overtime; see, e.g.: E. HAN, M. MEI JIN TAN et al., *Lessons learnt from easing Covid-19 restrictions: an analysis of countries and regions in Asia Pacific and Europe*, in *Lancet*, 396, 2020, 1525–34, Published Online September 24, 2020, [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)32007-9](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)32007-9) (last visited on 7/1/2023); T. HALE et al., *op. cit.*; T.J. BOLLKY, E.N. HULLAND et al., *Pandemic preparedness and Covid-19: an exploratory analysis of infection and fatality rates, and contextual factors associated with preparedness in 177 countries, from Jan 1, 2020, to Sept 30, 2021*, in *Lancet*, 399, 2022, 1489–512, published Online February 1, 2022, [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(22\)00172-6](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(22)00172-6) (last visited on 7/1/2023).

However, there are no known interdisciplinary approaches that incorporate the impact of anti-pandemic measures on fundamental rights.

<sup>22</sup> Therefore, the graphical representations of some quantitative estimates of the cases taken from the Database, which can be seen at <https://www.Covid-19litigation.org/case-index/database-charts>, have no statistical ambition.

inclusive. Case selection is question-based, and is meant to reflect the main issues faced by policy-makers on a qualitative basis during the different waves of the pandemic and that found their way to the courts for judicial review or related judicial claims.

Within case selection, particular attention was paid to supreme court decisions and, more generally, to those that, due to their content and the authority of the courts, could influence subsequent decisions due to their precedential value or particular innovative character. The choice of judgments has sought to anticipate potential trends in litigation so that judges may find some indications in the database surrounding issues they must decide on. Furthermore, selection has prioritized judgments that would enable researchers to compare different balancing techniques and different applications of general principles. The methodology also favored adequate geographical distribution among countries and world regions and a certain differentiation among areas and topics that emerged during the various phases of the pandemic: from the focus on lockdowns, trade closures, and schooling typical of the first few months, the project moved on to topics surrounding access to vaccines and the vaccine mandate, the use of certifications, the impact on labor relations, and government liability for actions and omissions.<sup>23</sup>

In order to feed the comparative analysis and taking inspiration from comparative law methodology, the Database required the development of common analytical tools (case summary templates and common standards for news reporting) that were sufficiently open-ended to cope with different legal traditions and judicial systems and highlight specificities across legal families. To this end a “Covid-19 Litigation Comparative Glossary” was developed to establish correlations in the use of legal terms (e.g. judicial review, constitutional review, emergency decision making, standing, etc.) with due regard to national legal traditions in the framework of different legal families.

The template for judgment analysis reflects, where possible, the varieties of judicial systems and procedural rules that exist across the world. Clearly, there is a trade-off between comparability and accuracy. The objective was to ensure sufficient comparability between judgments of different legal systems and the accuracy of each legal tradition, by taking the substantive and terminological differences within a single lingua franca, English, into account.

Litigation is also a process that can involve multiple stages and choices were made to publish judgments that were adopted according to emergency procedures and that could subsequently be overturned. The goal was not to reflect what the law, as applied by the courts, was in each country at a particular time. Rather, it was to represent the evolution of case law during the different stages of litigation that, to some extent, reflected the evolution of the pandemic. Where the database centered around a single judgment, it has attempted to summarize the history of the case and its entire life cycle. The project also refrained from clustering judgments but in the template some references to previous judgments were made to shed light on the jurisprudential evolution.

Last but not least, the project established interdisciplinary dialogue between lawyers, policy makers, and members of the scientific community (from the life sciences to mathematics and the data sciences) to explore not only how science has influenced policy making and, consequently, judicial review, but also the extent to which lessons learned from Covid-19 litigation can provide any guidelines for future

<sup>23</sup> See par. 5 below.

decision making consistent with a science-based approach. This line of analysis will be developed in the forthcoming phase of the project.

### 3. Main research findings and insights for comparative judicial analysis

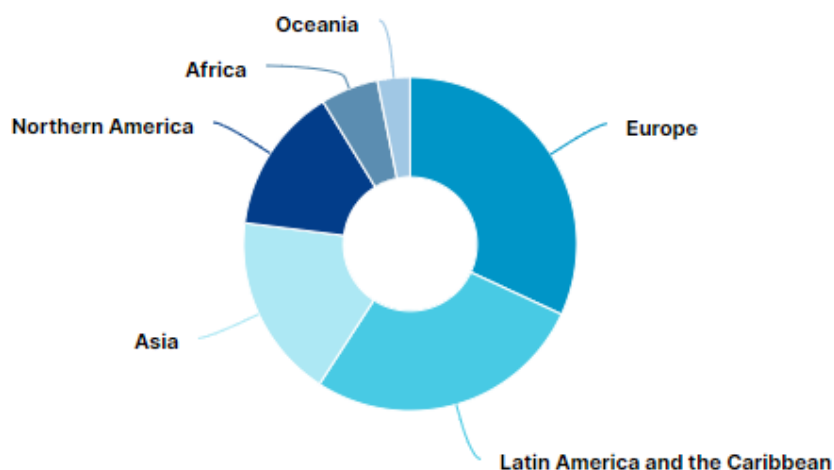
The above methodological introduction rules out any statistical ambition of the project. However, it does not exclude the possibility of a qualitative (and partly quantitative) analysis of some of the trends emerging from the set of selected decisions.

Up to December 2022, 1973 cases were selected, reported in full, and uploaded onto the Database.<sup>24</sup> 40% of these decisions are from 2020, while 44% are from 2021, whereas a more limited fraction (16%) are cases from 2022. Conversely, cases from 2022 are more extensively featured on the News page, which was conceived (more recently) as a means of providing a concise update on more recent litigation streams. More specifically, out of the 400 news updates reported up to December 2022, around 88% refer to cases that were decided in 2022. From this evidence alone, mostly linked with the time of research and analysis, it is not possible to infer a marked decrease in global litigation in 2022, although this decline is certainly reported by project partners in areas in which public health measures and constraints have been relaxed (e.g., in many European countries). Certainly, as we will see later, the types of cases and the areas of litigation have changed over time and across countries.

More generally, the data feeding the Database confirm that the intensity of litigation has varied depending on world regions and, within world regions, depending on the legal and political features of the States.

Looking at world regions, Europe, Central, and South America show the highest concentration of reported cases. They are followed by Asia, North America, Africa and Oceania. Once again, this evidence only reflects the regional distribution of selected cases without any statistical implications about existing litigation in the different regions.

#### *Cases by world regions*

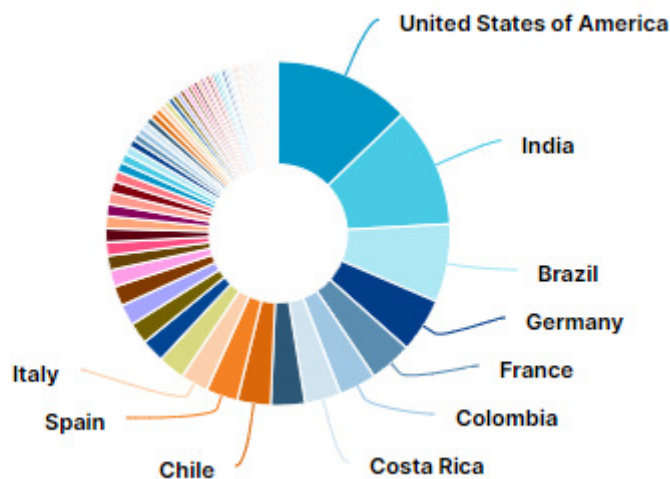


<sup>24</sup> In fact, Database development continues on a rolling basis. At the time this article is submitted the cases uploaded on the Database are 1,973.

This evidence is not only linked to the number of decisions but also to different access to caselaw, which has been rather difficult in certain regions (e.g. many African and Asian countries). In this regard, the role of project partners proved essential but existing obstacles to accessing court decisions remained for quite a number of jurisdictions (e.g., in Central Asia).

The outcome changes once the focus is shifted from world regions to countries. From this perspective, North America (with the United States) and Asia (with India) are the areas in which the highest concentration of litigation has been observed.<sup>25</sup> In South America, Brazil was the country with the highest number of cases;<sup>26</sup> in Europe, Germany<sup>27</sup> and France,<sup>28</sup> followed by Spain<sup>29</sup> and Italy;<sup>30</sup> in Oceania, Australia,<sup>31</sup> in Africa, South Africa<sup>32</sup> and Kenya.<sup>33</sup>

#### *Cases by countries*



The issues addressed were also partly different, both with respect to time and country. The global picture shows that freedom of movement and freedom to conduct a business were at the top of Covid-19 litigation areas within the Project dataset; which were closely followed by detention-related matters, vaccination, and Covid-19-related healthcare management.

<sup>25</sup> Out of the 1973 selected cases (update: December 2022), 253 cases are from the United States and 223 from India.

<sup>26</sup> With 145 cases out of the 1973 selected cases (update: December 2022).

<sup>27</sup> With 101 cases out of the 1973 selected cases (update: December 2022).

<sup>28</sup> With 79 cases out of the 1973 selected cases (update: December 2022).

<sup>29</sup> With 590 cases out of the 1973 selected cases (update: December 2022).

<sup>30</sup> With 51 cases out of the 1973 selected cases (update: December 2022).

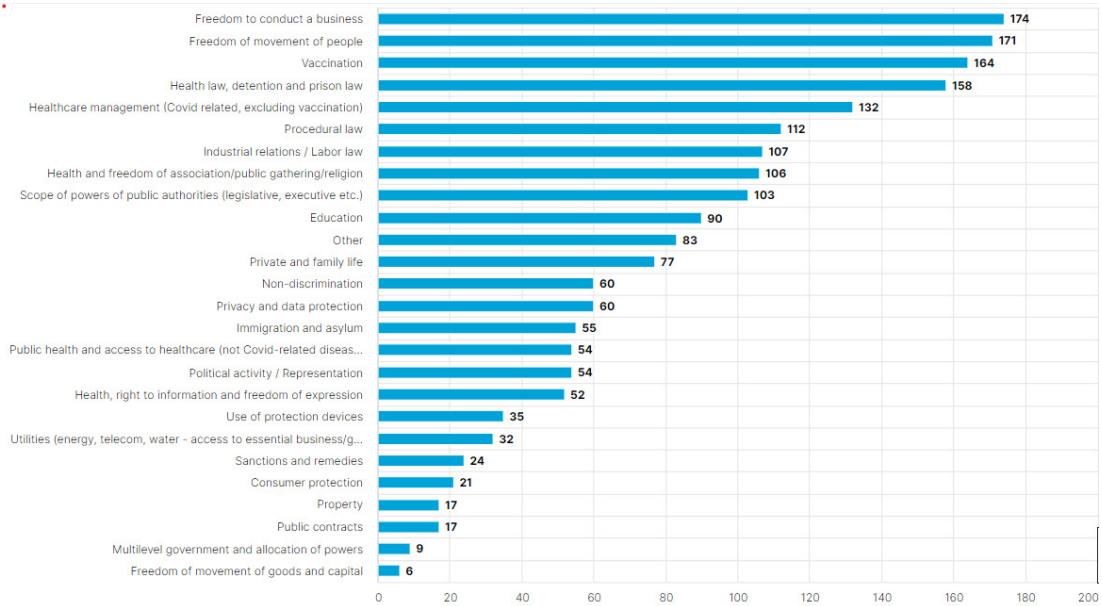
<sup>31</sup> With 53 cases out of the 1973 selected cases (update: December 2022).

<sup>32</sup> With 25 cases out of the 1973 selected cases (update: December 2022).

<sup>33</sup> With 21 cases out of the 1973 selected cases (update: December 2022).

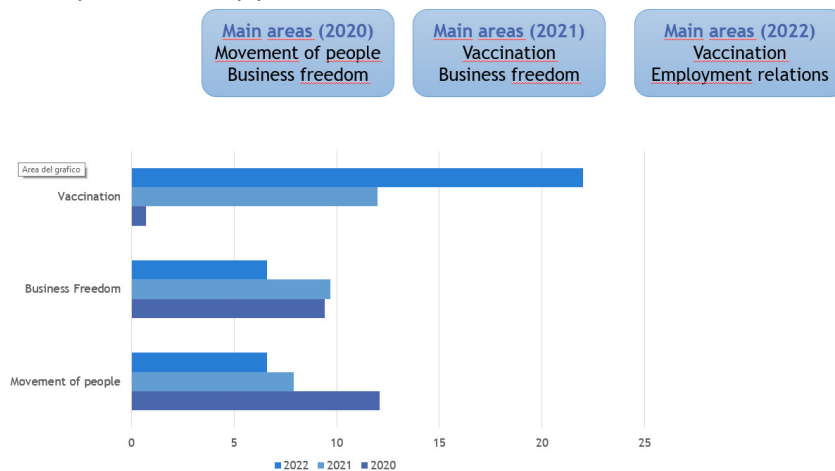


**Cases by area of litigation**



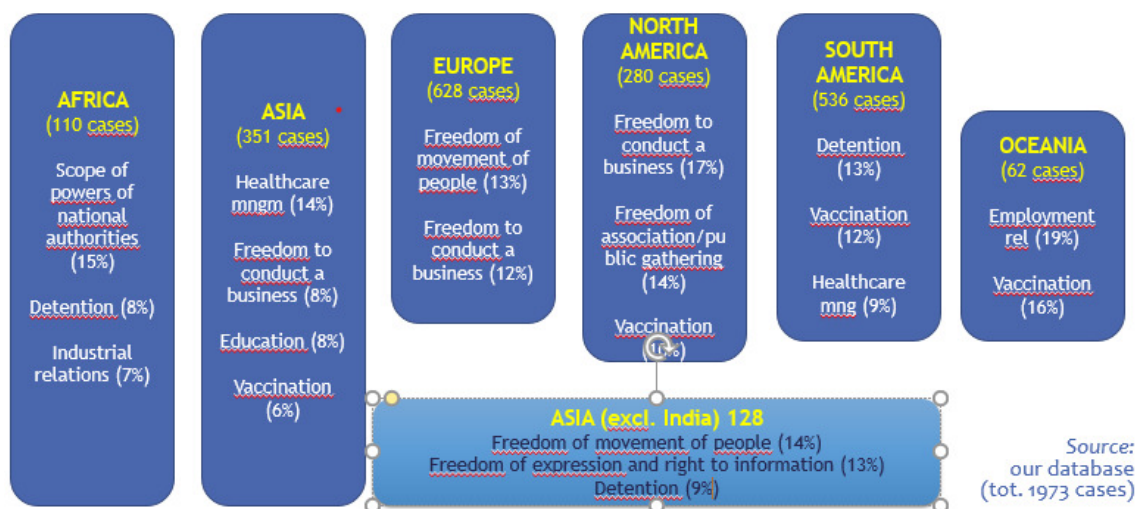
Not surprisingly, some of these data have changed over time, being a reflexive outcome to some extent of changes in regulatory approaches. Whereas freedom to conduct a business remained the most litigated issue throughout 2020 and 2021, vaccination soon reached the top by 2021 and continued to be highly relevant throughout 2022 when a high number of cases concerning employment relations shed further light on the implications of vaccination mandates on the former. Of course vaccination litigation also changed overtime: in 2021 it began as litigation regarding accessibility and prioritization of certain segments of the population during the vaccination campaign, then exemption from vaccination mandates and their lawfulness later became among the most critical issues litigated in the courts, at least where the question of accessibility was overcome and mandatory vaccination schemes were adopted.

**Cases by areas and by year**



Research conducted within the Covid-19 Litigation Project also shows that litigation areas have been rather different with respect to country. Whereas in Europe most cases from our dataset have emerged with regard to freedom of movement and freedom to conduct a business (including business closures), in North America, business freedom, public gatherings (including those held for religious services), prisoners' rights, and vaccination have been the most prominent areas of litigation. Comparatively, in South America, the courts have mostly dealt with prisoners' rights, vaccination, and healthcare management. Cases from Oceania have mainly concerned employment relationships (with special regard for dismissals linked to the vaccination mandate) and vaccination, followed by freedom of movement (being the most litigated until 2021) and private and family life. African cases in particular have been identified in areas concerning the scope of powers of national authorities, followed by detention, and industrial relations. Asian cases, which were predominantly Indian (64% of all Asian cases reported in our dataset), are particularly interesting in comparative terms: when Indian cases are included in the analysis, the most relevant areas of litigation have been healthcare management, followed by business freedom, education and vaccination; whereas when Indian cases are set aside, other areas become comparatively more relevant such as the freedom of movement, the freedom of expression, and the right to information and detention.

#### Cases by areas and by country



Among other aspects, the identity of litigants is illustrative of the drivers of litigation and reflects when and how adjudication is used to solve disputes. A radical difference concerns litigation between private parties and public administrations and between different public bodies. The former should be differentiated depending on whether litigation is brought by individuals and businesses or by non-profit entities including churches, schools, hospitals, and collective bodies like associations. Most of the litigation examined thus far has been brought by private individuals (62% of total cases). Collective proceedings, initiated by NGOs or homogeneous groups of individuals, represent a significant but smaller share (23%, with a lower share of 19% in 2022 cases), while proceedings initiated by public entities

have been even more limited (15%). Once again comparative analysis is suggestive; collective proceedings have been relatively more important in Africa (32%), Asia (29%, mainly India, 32%) and North America (30%), and less in South America, Europe, and Oceania (19-21% of the total number of cases).<sup>34</sup> Actions launched by public entities have been limited in all regions except South America, and Brazil in particular, where this type of proceeding represents almost half of the litigation examined and has led courts to address critical issues in the field of healthcare management and vaccination with a special focus on the scope of powers of public authorities at the local and federal levels.

Litigation among public bodies has focused primarily on the allocation of powers and liabilities in times of emergency and on the extent to which a concentration of powers by the executive was constitutionally legitimate,<sup>35</sup> or the extent to which the law could validly vest courts with ratification powers concerning the general scope of health measures that restricted fundamental rights.<sup>36</sup> In federal states, litigation has involved disputes between federal governments and States.<sup>37</sup> The courts have monitored the use of power delegated by legislatures to central governments to ensure they did not overstep onto the domains of local governments.<sup>38</sup>

Typically, divergences among public entities within the same administration are not resolved by litigation but other forms of dispute resolution. Adjudication thus represents a last resort when political settlements cannot be reached.

Differences in the distribution of claimants contribute to defining how adjudication is used in times of emergency and may not necessarily reflect the use of adjudication in ordinary times.

#### *Nature of claimants: private v. collective v. public*

<i>Claimants</i>	<i>Individuals (private)</i>	<i>NGOs and groups</i>	<i>Public entities/bodies</i>
Total	<b>62%</b>	<b>23%</b>	<b>15%</b>
Africa	49%	32%	19%
North America	62%	30%	8%
South America	59%	19%	22%
Asia	54%	29%	17%

<sup>34</sup> Again, being no statistical implication drawn, this evidence does not exclude that collective interest proceedings may have played an important role in many jurisdictions; see, for France, B. FAVARQUE-COSSON, *How did French administrative judges handle Covid-19*, cit., 86; for Spain, S. RAMOS GONZÁLES, *State Liabilities for personal injuries caused by the Covid-19 diseases under Spanish law*, *ibidem*, 365 ff., part. 379 ff.

<sup>35</sup> In the USA *Medical Pros. for Informed Consent v. Bassett*, Supreme Court of New York, Onondaga County, 13 January 2023, in which the State Court declares vaccine mandate for healthcare facilities and their workers null and void, being its adoption beyond the New York Governor's powers.

<sup>36</sup> Spain, Constitutional Court, 2 June 2022, Judgment 70/2022.

<sup>37</sup> See in the US *Commonwealth of Kentucky et al v. President Biden*, Court of Appeals for the Sixth Circuit, 12 January 2023, in which the Federal court has held that federal government must enjoin from enforcing vaccine mandate for federal contractors.

<sup>38</sup> See, for Italy, L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, available at <https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/969/943> (last visited on 20/2/2023); G. DELLEDONNE, C. PADULA, *The impact of the pandemic crisis on the relations between the State and the regions in Italy*, in E. HONDIUS et al. (eds), *Coronavirus and the Law in Europe*, Intersentia, 2021, 301 ff.

Europe	68%	20%	12%
Oceania	76%	21%	3%

How have courts reviewed legislative and administrative decisions? The intensity of judicial review and the balance between judgments granting and rejecting claimants' requests has changed over time. The database allows us to differentiate according to the outcomes of judgments. Inferences from the content can then drive reflections on the extent to which courts have been either deferential or intrusive. Clearly the significance of a rejection of a private claim differs from the rejection of a claim made by a public entity against another public entity. Upholding a claim has significant implications in times of emergency when the definition of a policy requires prompt action. Typically, upholding a claim does not simply translate into the annulment of an administrative act but requires alternative actions by the defendant public administration.

Whether the claims brought to court by these parties are upheld by judges depends on many factors. On the whole, research outcomes have escaped a clear polarization. In fact, although the majority of claims examined in the Database were rejected,<sup>39</sup> judicial review has led to annulling public acts or upholding, at least partially, other types of claims for a relevant portion of litigation examined (around 46%). Based on this data, it seems fair to assert that judges have neither shown full deference to governments, engaging in recurrent and automatic *ex post* validation of their actions, nor has judicial review in fact been entrusted with the task of recurrently bringing public decision-making back on track with respect to fundamental rights, as these have otherwise been systematically violated.<sup>40</sup> The data on outcomes shows an evolution between different stages of the pandemic and the evolution of scientific knowledge. If cases of rejection prevailed in the first phase, the progress of scientific knowledge during the various waves of the pandemic has allowed judges a more rigorous review, at least in terms of the duty to provide evidence-based decisions, reflected in the increasing number of annulments.<sup>41</sup> This data varies across jurisdictions. For Oceania, North America,<sup>42</sup> Asia (excluding India) and Europe the percentage of cases in which claims were rejected is more than 60% (between 62% in Europe and

<sup>39</sup> These are mostly cases where rejection was on the merits because, with a few exceptions, rejection decisions on essentially procedural grounds were not selected for publication in the Database. See, for a graphic representation, <https://www.Covid-19litigation.org/case-index/database-charts>.

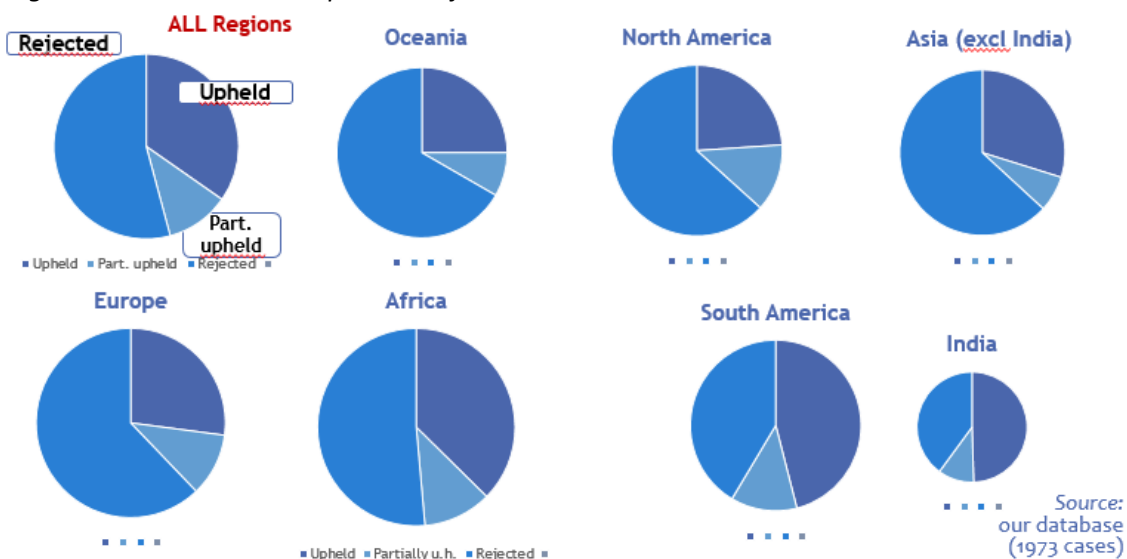
<sup>40</sup> For a broader examination: F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *Uncertainty, Administrative Decision-Making and Judicial Review*, cit.

<sup>41</sup> Cf. F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *Uncertainty, Administrative Decision-Making and Judicial Review*, cit. In a similar vein, with reference to Belgian jurisprudence, P. POPELIER et al., *Health Crisis Measures and Standards for Fair Decision-Making: A Normative and Empirical-Based Account of the Interplay Between Science, Politics and Courts*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2021, <https://doi.org/10.1017/err.2021.7> (last visited on 5/3/2023): "In the first phase, the assumption is that the public expects the government to firmly respond to the crisis, no matter what, which leaves little room for judicial scrutiny of health crisis measures. In the second phase, when trust starts to wane, the assumption is made that the public expects the government to balance safety against fundamental rights and social needs". See also I. BAR-SIMAN-TOV, I. COHEN, C. KOTH, *Covid-19 Litigation in Israel*, in *The Journal of the Global Pandemic Network*, 2021, 271-278. See also B. FAVARQUE-COSSON, *How did French administrative judges handle Covid-19*, cit., 88 f., illustrating the different approaches of the French Council of State during the different phases of the pandemic.

<sup>42</sup> For an analysis on success rate in the US litigation concerning nonreligious civil-liberties challenges to Covid-19-related public health orders from the start of the pandemic in early 2020 to January 27, 2022, see K. Mok, E.

66% in Oceania), whereas in South America and in India (excluded from the rest of Asia) the percentage is between 40% (India) and 41% (South America). The average data of South America is very similar to that of India and the outcome of litigation in South America is quite diversified internally with a relative low percentage of rejections in Colombia (28%), Brazil (34%), and Argentina (35%) and quite high in Costa Rica (66%), where several rejections concerning enactment of the vaccination campaign for children occurred.

#### Litigation outcome: claims upheld v. rejected



Although no statistical implications may be technically inferred, some hypotheses may be drawn. Courts have upheld claims to a greater extent in South America, Africa, and in Asia in the Indian context. As shown above, significant distinctions exist within South America and Asia but the overall comparison shows that courts have rejected claims to a higher extent in Oceania, North America and Europe. This data, if adequately refined and verified, could provide a conceptual framework of the different roles played by courts and adjudication in times of emergency.

One question in particular is whether any possible correlations may be retrospectively identified between the outcomes of litigation and the regulatory approaches taken by governments during the pandemic. The key distinction to explore is the correlation between action and omissions and the degree of rejection in either case. Has court intervention changed depending on whether they scrutinized actions or omissions? The most difficult issue concerns the justiciability of governmental decisions not to act. By upholding private claims that requested administrative actions, especially when fundamental rights were at stake, have courts forced governments to act? In cases of persistent inertia, have courts substituted governments to guarantee that fundamental rights are protected? Along these lines, one could investigate whether the outcome of litigation represented partial compensation for a lack of

A. POSNER, *Constitutional Challenges to Public Health Orders in Federal Courts During the Covid-19 Pandemic*, in *Boston University Law Review*, 102, 1729 ff., showing judicial deference toward states during emergencies.

activism by States in their policies and responses in battling the pandemic. From a different perspective, one could also question whether this data needs to be read in light of comparative law as well as existing differences in the scope and intensity of judicial review across different jurisdictions. In fact, rejections may be more frequent in legal systems that, based on a separation of powers, more firmly refrain from examining the contents of public decision-making beyond purely procedural aspects.<sup>43</sup>

#### 4. Judicial review in times of pandemic and the effective protection of rights

During the Covid-19 pandemic, the courts have certainly acted as the guardians of fundamental rights. This was clear not only because public health (itself a fundamental right in some legal traditions though not all) was at the core of judicial review of containment measures and health regulation, but also because the courts had to systematically balance public health with several other fundamental rights and freedoms.<sup>44</sup>

Balancing techniques were at the core of constitutional and judicial review. The sections below will examine and compare different approaches taken by the courts depending on their legal traditions and legal frameworks in constitutional and judicial review (section 4.1). Both common trends and national specificities will be considered with a focus on possible intersections across countries or regions. Among common factors that influenced judicial review across jurisdictions were the level of vulnerability of rights affected by public health measures (section 4.2) and the evolution of scientific knowledge during the different phases of the pandemic (section 4.3).

##### 4.1. The balancing of fundamental rights and freedoms: the main approaches

The research conducted thus far by the Covid-19 Litigation Project has emphasized some common trends in the examined caselaw, though with different approaches depending on the legal tradition. The first notable element is the role played in most systems, with differing intensity, by general principles and open-ended concepts. Specifically, in many areas of continental Europe and South America, judges made extensive use of general principles such as proportionality and precaution, first and foremost, to assess the legitimacy of administrative measures and the conformity of laws and regulations with the Constitution.<sup>45</sup> It is quite remarkable that the tripartite test of proportionality (largely based

<sup>43</sup> Cf. T. GINSBURG, M. VERSTEEG, *The Bound Executive: Emergency Powers During the Pandemic*, cit.

<sup>44</sup> V. TRSTENJAK, *The Corona Crisis and Fundamental Rights from the Point of View of EU Law*, in E. HONDIUS et al. (eds), *Coronavirus and the Law in Europe*, Intersentia, 2021, 1 ff.; A. DONALD, P. LEACH, *Human Rights – the Essential Frame of Reference in Response to the Covid-19 Pandemic*, in J. GROGAN, A. DONALD (eds.), *Routledge Handbook of Law and the Covid-19 Pandemic*, 101 ff. An interesting comparative analysis is developed on balancing of rights in the context of the two global crises, namely the pandemic one and the climate change one, by J. FROESE, *The State's Duty to Protect the Right to Life in the Context of Present Crises*, in *Journal of European Tort Law*, 12, 2, 2021, 162 ff., part. 183 ff.

<sup>45</sup> See e.g., for Spain, Tribunal Supremo, 14 September 2021, 1112/2021, concerning the use of a Covid passport for access to bars and restaurants, where the Court held that the measure is adequate to avoid contagion (pubs, restaurants and bars are, by their very nature, high-risk premises, since protective devices cannot be used permanently, it is difficult to maintain a safe distance and people usually speak louder or even sing, which contributes to the transmission of Covid-19. Secondly, the Court held that the Covid passport was a necessary measure, as no other measure less restrictive of fundamental rights could help to contain the risk of contagion in this type



on German doctrines and now enshrined in art. 52, in the Charter of fundamental rights of the European Union, hereinafter the CFR) was in fact used with similar, though distinct, approaches not only in several European systems, but also in South America with echoes in other continents.<sup>46</sup> The tripartite structure of the proportionality principle, as it was developed at the EU level and in different European legal traditions, quite extensively guided the judicial review of Covid-19 measures across the globe.<sup>47</sup> For example, the Colombian Constitutional Court ruled on the suspension of extradition terms, holding that judicial assessment must concern (i) the constitutionality of the purpose to be fulfilled and the suitability of the measure to achieve proposed objectives; (ii) its necessity in the absence of other less harmful but equally suitable means; and (iii) its proportionality in the strict sense.

The relationship between precaution and proportionality also gained special attention in the context of pandemic legislation and caselaw, particularly in Europe.<sup>48</sup> While the principle of proportionality is mostly employed as a balancing technique in order to compare the benefits expected from a measure, in terms of containing risk or preventing harm, with the sacrifices imposed on the rights of the individual or the community,<sup>49</sup> the latter comes into play whenever such a comparison cannot rely on certain

---

of premises. Thirdly, it considered the measure to be strictly proportional, since the benefits brought are greater than the sacrifice involved in having to show documents at the entrance to the establishments. Furthermore, the measure does not apply indiscriminately to the entire region, since it varies according to different incidence rates, nor is it permanent, since it is subject to change according to the evolution of the pandemic.

See the judgments of the Italian constitutional court 14/2023 and 15/2023 published on 9 February 2023, where the Court held that vaccination mandates for specific professional categories like health care professionals reflect a correct balancing between the right to work and the right to health protection. Indeed, the right to work does not imply a right to perform when the worker's performance generates risks for public health and safety (Const. court, decision no 15/2023, par. 12.2).

<sup>46</sup> On the EU dimension, V. TRSTENJAK, *The Corona Crisis and Fundamental Rights from the Point of View of EU Law*, cit., 9.

<sup>47</sup> Colombian Constitutional Court, 25 June 2020, no. 201. For another clear application of the proportionality test according to the parameters of appropriateness of the measure, necessity and proportionality in the strict sense as a balance between costs and benefits, see, for Germany, Constitutional Court, Const. Fed., 19 November 2021, 1 BvR 781/21 Rn. 1-306 (on the subject of curfews and restriction of interpersonal contacts); for Italy (at least in relation to the criteria of adequacy and proportionality in the strict sense), Constitutional Court, 22 October 2021, no. 198.

<sup>48</sup> On the role of the precautionary principle in EU law well beyond the environmental law area (art. 192(2) TFEU), see ECJ Case C-616/17 *Blaise and others*, para 41 referring to Case C41/02 *Commission v Netherlands* [2004] ECLI:EU:C:2004:762, para 45 et al. On the role of the precautionary principle, with prevailing regard to the first anti-pandemic legislation, K. MEßERSCHMIDT, *Covid-19 legislation in the light of the precautionary principle*, in *Theory and practice of legislation*, 8, 2020, <https://doi.org/10.1080/20508840.2020.1783627> (last visited on 7/1/2023).

<sup>49</sup> On the lack of proportionality of the limitation of freedom of movement in Switzerland, see ECHR, ECHR, *AF-FAIRE COMMUNAUTÉ GENEVOISE D'ACTION SYNDICALE (CGAS) c. SUISSE*, March 15, 2022, Requête n. 21881/20. Among national courts, the Italian Constitutional Court considers proportionality as a criterion placed to safeguard an adequate balance between general and individual interests and refers to this end to the case law of the ECHR; see Italian Const. Court. 19 October 2021, no. 213 on the suspension of eviction proceedings: "The significant temporal extent of the emergency made it necessary, moreover, to progressively adapt the measures taken to deal with it, so as to take due account of the concrete evolution of the epidemiological situation and always ensure the proportionality of the measures themselves in relation to that situation. [...] With reference to the disproportionate impact of the measure in question on the landlord's right to property, it should be recalled that this Court, also in recent rulings, has reiterated that an interference with the right to peaceful enjoyment of

measurements: since the value of the interests at stake (life, public health) is high, then, even the uncertain possibility of the benefit brought by the measure justifies its adoption at the expense of limitations on rights or freedoms.<sup>50</sup>

The need to complement precaution and proportionality was similarly established in caselaw, in the European context in particular. In fact, a lack of complete evidence on the extent of risk and the possible impact of each alternative measure did not vest public authorities with arbitrary powers.<sup>51</sup> To the contrary, in times of scientific uncertainty, the rule of law calls for the due consideration of general principles more than ever as guidance for decision-making which has an impact on fundamental rights and freedoms. In this context, if precaution mandates the adoption of measures, influencing the “if” (*an*) of public action, the proportionality principle may contribute to defining the “how” (*quomodo*) of such measures, based on available knowledge, however limited.<sup>52</sup>

This principle-based jurisprudence, echoes of which were found in India both in terms of the balancing of rights and the application of general principles (e.g. of proportionality),<sup>53</sup> is on the whole rarer in other Asian countries. In these countries (China first and foremost), not only is litigation more limited (or decisions are more difficult to come by), but the dispute also tends to shift from the lawfulness of a rule to the lawfulness of a sanction imposed against the violation of the rule.<sup>54</sup>

---

property is permissible where there is a fair balance between the requirements of the general interest of the community and the protection of the rights of the individual (*ex multis*, judgments n. 46 of 2021, n. 276, n. 235 and n. 167 of 2020). The case-law of the European Court of Human Rights (ECHR) has long been along the same lines in its interpretation of the guarantee expressed in Article 1 of the Additional Protocol to the ECHR (European Court of Human Rights, Grand Chamber, judgment of 6 October 2005, *Maurice v. France*, paragraph 86)”. For Italy, see also Council of State 13 May 2021, no. 850, cit.

<sup>50</sup> Cf., in Italian pre-pandemic jurisprudence: Const. Court 18 January 2018, no. 5 (“Faced with an unsatisfactory vaccination coverage in the present and prone to criticality in the future, this Court considers that it falls within the discretion – and political responsibility – of the governing bodies to appreciate the supervening urgency to intervene, in the light of new data and epidemiological phenomena that have since emerged, also in the name of the precautionary principle that must guard such a delicate area for the health of every citizen as that of prevention”). For France, Council of State, 13 November 2020, No. 248.918, for whom the precautionary principle is addressed to the public authorities in the exercise of their discretionary power; it implies a political choice on the level of acceptable risk and does not, as such, create a right of natural or legal persons.

<sup>51</sup> K. MEËRSCHMIDT, *Covid-19 legislation in the light of the precautionary principle*, cit., 283.

<sup>52</sup> Cf. ECJ Joined Cases C-78/16 and C-79/16 *Pesce and others*, para 48: “[the precautionary principle] must, in addition, be applied having regard to the principle of proportionality, which requires that measures adopted by EU institutions should not exceed the limits of what is appropriate and necessary in order to attain the legitimate objectives pursued by the legislation in question, and where there is a choice between several appropriate measures, recourse must be had to the least onerous, and the disadvantages caused must not be disproportionate to the aims pursued. For an application in the context of the Covid-19 pandemic, see also below par. 4.3.

<sup>53</sup> See e.g., for India, Supreme Court, New Delhi, 29 September 2021, No. 1113 of 2021 and No. 1114 of 2021; High Court of Madras, 30 July 2021, W.P. No. 8490 of 2020.

<sup>54</sup> See e.g., for China: Tianjin No.1 Intermediate People’s Court, 13 October 2020, C., L. v. Police Department Wen’an Street; Intermediate People’s Court of Chenzhou City, 29 September 2020, Administrative Decision (Appeal) No. 105 of 2020; Yanchuan People’s Court Shan’xi Province, 8 September 2020, Ma, Rui v. Police Department Baota, Yan’an, (2020) 0622 45; for Japan, Naha District Court (1st Criminal Department), 24 February 2021, No. 361 (wa) 2020; for Thailand, Thoeng Provincial Court, 2 June 2020, No. Aor 182/2563; for India, High Court of Delhi, New Delhi, India, 16 November 2021, No. 3268/2021; 2497/2021; 935/2021; 3346/2021; 1217/2021.

In other contexts (particularly in US jurisprudence) emphasis was more on the legitimate exercise of power by the competent authority rather than on a balance between rights and freedoms, although the latter came into play at least indirectly.<sup>55</sup> In fact, US caselaw on Covid-19 litigation was largely influenced by the *Jacobson* doctrine developed in the early XX century.<sup>56</sup> According to *Jacobson*, police power of a State must be held to embrace, at least, such *reasonable* regulations established directly by legislative enactment as will protect the public health and safety. If there is any room for judicial review of legislative action in this field, it may only be exercised if one of two conditions occurs: (i) either the statute has no real or substantial relation to the intended objects to protect the public health, the public morals, or the public safety; or (ii) it determines “beyond all question, a plain, palpable invasion of rights secured by the fundamental law.”<sup>57</sup> If the first test displays some similarity with the adequacy test embraced in the proportionality principle, the second condition seems to define the scope of judicial review within more limited boundaries than those allowed in the principle of proportionality applied in the European tradition: not solely because only ‘plain and palpable invasions’ (‘beyond all question’) are relevant, but also because the array of constitutional rights in US law does not correspond with the fundamental rights in the European Charter; the right to work is a relevant example in this regard.<sup>58</sup>

---

<sup>55</sup> From a comparative law point of view, it is relevant to highlight that, e.g., the judicial review enacted by French courts has been described as not restricted to ensuring the existence of the legal competence of the administration to act (*l'état de droit* in the narrow sense) but to ensure proportionate respect for fundamental rights (the rule of law in the wide sense). See B. FAVARQUE-COSSON, *How did French administrative judges handle Covid-19*, cit., 89.

<sup>56</sup> USA, *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905).

<sup>57</sup> See, e.g., U.S., *Hopkins Hawley LLC v. Cuomo*, No. 20-CV-10932 (PAC), 2021 WL 1894277 (S.D.N.Y. May 11, 2021): “[...] The court found that “Plaintiffs’ [c]onstitutional claims against the Governor’s Dining Policy fail under the deferential standard set forth in *Jacobson v. Massachusetts*,” which held that during public health crises, a public health law should only be struck down if it had “no real or substantial relation” to public health or was “a plain, palpable invasion of rights secured by the fundamental law.” *Id.* (quoting *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11, 31 (1905)). “The Dining Policy bears a relation to the public welfare by seeking to curb the transmission of COVID-19 in higher risk settings such as restaurants. Moreover, the Plaintiffs have not shown that the Dining Policy is ‘beyond all question, a plain, palpable invasion of rights secured by fundamental law.’” *Id.* (quoting *Jacobson*, 197 U.S. at 31). Even under a traditional “tiers of scrutiny” analysis, though, the court concluded that Plaintiffs’ claims would fail. *Id.* “Plaintiffs’ claims do not implicate any fundamental rights under the Constitution and therefore do not trigger a heightened standard of judicial review. Accordingly rational basis review applies,” and the Dining Policy was undoubtedly a rational measure intended to slow the spread of COVID-19. *Id.*”

<sup>58</sup> Indeed, the right to work is not a fundamental right under some *common law* jurisdictions. E.g., United States District Court for the District of Hawai’i, 26 February 2021, *Kelley O’Neil’s Inc. v. Ige*, where, premised on the fact that the Fourteenth Amendment on *Due Process* protects only fundamental freedoms, the right to choose employment is excluded as a fundamental right; it follows that the only permissible judicial review is whether the authority had a legitimate reason to act; High Court of New Zealand, 25 February 2022, *Yardley v Minister for Workplace Relations and Safety* [2022] NZHC 291; BC202260255), where it is concluded that the right to work has only indirect relevance in the jurisdictional review relating to the vaccine mandate because the right to work is not recognised in New Zealand’s 1990 *Bill of Rights*.

Beyond its link with consolidated doctrines, such as in *Jacobson*, reasonableness was widely used in Covid-19 litigation across the globe, both in common law<sup>59</sup> and in civil law jurisdictions.<sup>60</sup> Compared to other principles, reasonableness steered judicial discretion by stimulating a flexible and contextual approach with due consideration for scientific evidence and the social impact of measures being challenged. Where appropriate, it complemented rather than replaced the principle of proportionality.<sup>61</sup> In some decisions, especially in the European context, the distinction between reasonableness and proportionality becomes more defined.<sup>62</sup> For example, the Italian Council of State considered vaccination requirement for health workers to be both reasonable and proportionate: reasonable since, in the

<sup>59</sup> See, e.g., in Australian caselaw, *Djokovic v Minister for Immigration, Citizenship, Migrant Services and Multicultural Affairs* [2022] FCAFC 3: while the Respondent's power was exercised on the basis of the Minister's consideration on the risk to *health, safety or good order* posed by the applicant's presence in Australia so that it was in the public interest for the visa to be cancelled, the Court considered whether it was illogical, irrational or legally unreasonable to do so. The Court concluded that there were sufficient grounds for the Respondent to cancel the Applicant's visa. Further, the Parliament had intended for the discretion to be exercised in accordance with legal reasonableness. It could not be concluded that the exercise of discretion by the Respondent was made unlawfully.

For the US, see *Dixon v. De Blasio*, Case No. 21-cv-5090, 2021 WL 4750187 (E.D.N.Y. Oct. 12, 2021). United States District Court for the Eastern District of New York (Eastern District of New York). 12 October 2021, regarding restrictions to freedom of religion, that the court found facially neutral, because they are not directed against a specific religious practice, and constitutional because they do not require vaccination but merely place reasonable restrictions on those who choose not to get vaccinated.

<sup>60</sup> See, e.g., for Austria, Constitutional Court, 29 April 2022, V23/2022, concluding that an ordinance-issuer was authorized by law to exercise its discretion as long as complied with the law's scope and provided records, facts and weighing procedures, which justified the adopted measures. These requirements should be determined by what was possible and reasonable in the specific situation. In this sense, the time of the ordinance's adoption and the records, on which the ordinance was based, are a decisive element of the decision, according to the Court. The challenged ordinance contained a technical explanation, with included data, such as the number of new infections and the vaccination progress in the overall population. The Court has underlined that with this, the ordinance-issuer has complied with the prescribed law's requirements.

<sup>61</sup> ECHR, ECHR, *AFFAIRE COMMUNAUTÉ GENEVOISE D'ACTION SYNDICALE (CGAS) c. SUISSE*, March 15, 2022, Requête n. 21881/20: "As for the merits of the case, while acknowledging that a State enjoys a certain margin of appreciation in deciding which measures to implement while facing exceptional circumstances, the Court found that the general prohibition on all activities carried out by the CGAS was not proportional and reasonably justifiable in light of the competing interests at stake. In particular, the Court noted that, while prohibiting public gatherings, the Swiss government still allowed for workers to go to the workplace, provided that employers set up health and safety arrangements in loco. Hence, it found unreasonable a generalized ban on open-air activities while going to work was still allowed".

<sup>62</sup> On the validity of the vaccination requirement for psychologists, the Administrative Regional Court of Lombardia (Milan, 30 March 2022, Order 712/2022) referred a question to the Italian Constitutional Court, doubting the compatibility of the provision with the principle of reasonableness, a corollary of the principle of substantive equality set forth in Article 3, Paragraph 2, of the Constitution, and therefore the rationality of extending the prohibition of professional activity to all activities that require prior registration in the professional register, including those that do not pose any risk of spreading Sars-CoV-2 contagion, in relation to the primary purposes of protecting public health and maintaining "adequate safety conditions in the provision of care and assistance" during the Sars-CoV-2 epidemic situation. In addition to reasonableness, the Court referred to proportionality. In fact, in the view of the Court, the legislative choice of affixing an absolute preclusion to the performance of professional activity carried out on a self-employed basis seems to have gone far beyond what is necessary to achieve the objective of protection prefigured by the rule, which could have been achieved, with equal effectiveness, even with the milder prohibition of proximity contacts with the patient or from which a concrete risk of

Court's view, it was already amply clarified that the four vaccines were effective and safe, according to the state of knowledge acquired and clinical trials carried out (so-called trials), and fully responded to the purpose pursued by the legislature; and proportionate because other measures, though useful, were not decisive in limiting the contagion.<sup>63</sup>

From a comparative perspective, the use of general principles and open-ended standards has offered a greater chance for an ideal dialogue among courts facing similar issues through similar legal tools,<sup>64</sup> sometimes well beyond their distinct legal traditions.

Future research can examine the extent to which this opportunity has translated into a transformative process, in its ability to spread the use of general principles, such as precaution and proportionality, in jurisdictions in which they were less common or non-existent.

#### 4.2. The pandemic and the rights of the most vulnerable

One of the lessons learned during the pandemic concerns the attention paid, first by policy makers and then by the courts, to the most vulnerable segments of the population. Pre-existing vulnerabilities forced fragile persons to bear much higher costs during the pandemic than others. Thus, for children, the elderly, chronic disease patients, persons with disabilities, refugees, and homeless persons, the necessity of adopting specific measures and to fairly allocate the burdens imposed by restrictive governmental measures were scrutinized by the courts.

New vulnerabilities emerged, such as for teenagers, who were drastically separated from physical contact in their communities, or for those living as single residents or in small and remote communities who were cut-off from essential services and contact when restrictive measures were adopted. Special consideration for the most vulnerable is one of the key recommendations developed by current initiatives for better preparedness and responsiveness strategies for future global health crises.<sup>65</sup>

---

spreading Sars-CoV-2 infection in any case derives. The constitutionality question has been considered inadmissible due to the lack of jurisdiction of the administrative court in the case. However, in another decision of the same Constitutional Court, the latter has concluded that the vaccination mandate for healthcare worker introduced in 2021 is both reasonable and proportionate and, on the relation between reasonableness and proportionality, based on consolidated constitutional caselaw, has affirmed: "when there is a question concerning the balancing of two rights, the assessment of the reasonableness of legislative choices makes use of the so-called proportionality test, which requires an assessment of whether the rule under scrutiny, with the extent and manner of application laid down, is necessary and appropriate for the attainment of legitimately pursued objectives, in so far as, among several appropriate measures, it prescribes the least restrictive of the rights under comparison and establishes burdens which are not disproportionate in relation to the pursuit of those objectives".

<sup>63</sup> Council of State, 20 October 2021, No. 7045.

<sup>64</sup> For an example of this ideal dialogue, see Italy, Council of State, 20 October 2021, No. 7045 (unofficial translation): "Again, the balancing act does not appear unreasonable, given the comparison of the opposing values, and here it is only worth mentioning that the Conseil constitutionnel in France, ruling in Decision no. 824 of August 5, 2021 on a similar law which provides that the worker, who does not present the *passé sanitaire* and does not choose to use paid vacation and leave, is notified on the same day of the suspension from work, held that the question of constitutionality was unfounded because the legislature pursued the objective, of constitutional value, of protecting health by limiting the spread of the epidemic."; and, more recently, Italian Const. Court, 9 February 2023, no 14, par. 12.4 and 13.3, referring to German, French and US caselaw on vaccination mandate.

<sup>65</sup> See *Conceptual Zero Draft* for the consideration of the Intergovernmental Negotiating Body of the WHO Assembly, Art. 4(13), Principles, on the rights of individuals and groups at higher risk and in vulnerable situations. See also one of the recommendations developed by the Lancet Commission (see J.D. SACHS et al., *op. cit.*, p. 3:



In litigation, the principle of non-discrimination was also invoked to assess the validity of measures distinguishing (or not distinguishing) different classes of vulnerable people from those who were not, as frequently emerged when access to vaccination was concerned.<sup>66</sup> With regard to vaccination, the principle of solidarity played an important role, whenever self-determination of individuals was limited in order to ensure the benefits of mass vaccination in favor of those who could not be vaccinated or who were more vulnerable to infection.<sup>67</sup> These limitations were considered ‘tragic choices’ in favor of the most fragile and required applying the principle of equality to take such vulnerabilities into account.<sup>68</sup>

Accessibility to healthcare, both preventive and as treatment, for vulnerable people was also at the core of ‘tragic choices’ made by hospitals when assigning slots for intensive care to different types of Covid-19 patients. The position taken by the German Constitutional Court was remarkable in this light, in that it not only called for an explicit intervention by the legislature to set the specific criteria for such tragic choices, but it also established that such criteria should ensure equal protection of the rights of persons with disabilities, concluding that their vulnerability should not put them at a (further) disadvantage in this context.<sup>69</sup>

Accessibility to health care and drugs, vaccines included, was not the only issue faced by courts regarding vulnerabilities. Exemptions from restrictive measures, e.g. masks or home schooling, also required courts to look at old and new fragilities. With regard to schools and social contexts in particular, inclusion rather than mere exemption was the key, with effects sometimes involving ‘community-based’ approaches to vulnerabilities such as those concerning the participation of non-disabled pupils in in-person schooling along with pupils with disabilities.<sup>70</sup>

Comparative analysis sheds light on the role of courts as guardians of the rights of the most vulnerable as they sought to respect both equality and solidarity. If fundamental rights may not be suspended in times of crises, this is doubly so for those who have more a limited means for facing societal challenges.

---

“Preparedness plans should include improved surveillance and monitoring; definition and protection of vulnerable groups”).

<sup>66</sup> On the principle of non-discrimination concerning access to vaccination see, for India, Supreme Court of India, 9 September 2021, WP(C) No. 16501 of 2021; for France, France, Council of State, 5 February 2021, No. 449081.

<sup>67</sup> See, e.g., Austrian Constitutional Court G37/2022, V137/2022-11, that, based on the ECtHR decision in *Vavříčka and Others*, recalled the importance of the society’s social solidarity according to which each individual may be required to accept a low health risk associated with vaccination, in order to provide protection for vulnerable people. See also the Italian Constitutional Court, in decision no. 14/2023, par. 5.1. “In the context of this balancing of the two declinations, individual and collective, of the right to health, the imposition of compulsory health treatment finds justification in that principle of solidarity which represents ‘the basis of social coexistence normatively prefigured by the Constituent Assembly’ (Judgment No 75 of 1992).”

<sup>68</sup> See the Italian Constitutional Court, in decision no. 14/2023, referring to a previous decision (no. 118/1996): “In the event of an ineliminable conflict [...] the law imposing the obligation to vaccinate [...] deliberately makes an assessment of the collective and individual interests at stake, bordering on what have been called the ‘tragic choices’ of law: the choices that a society believes it is making with a view to a good (in our case, the elimination of polio) that entails the risk of an evil (in our case, the infection that, albeit very rarely, affects some of its members). The tragic element lies in this, that suffering and well-being are not equally shared among all, but are entirely to the detriment of one or to the benefit of the other.”

<sup>69</sup> German Constitutional Court, 16 December 2021, No. 1 BvR 1541/20 -, Rn. 1-131.

<sup>70</sup> Italy, Council of State, 27 April 2021, A.A. c/ Ministry of education, n. 780/2021.



#### 4.3. Uncertainty, scientific evidence, and decision making. Judicial perspectives

The pandemic has highlighted the relationship between the availability of scientific evidence and the features of decision making. The importance of scientific institutions like the Centre for Disease Control (CDC) has grown compared to the role they play in ordinary times. However, the necessity of making evidence-based decisions has not translated into a formal delegation of decision making from political and administrative bodies to scientific ones.<sup>71</sup> The relationships have been different depending on approaches by government.<sup>72</sup>

The importance of mutual trust between scientific communities and governments was a main pillar of the credibility of Covid-19 policies and courts have been sensitive to the necessity of preserving this trust, where it existed, and promoting it, where it did not.<sup>73</sup>

The most difficult issue has been the management of the pandemic in the context of scientific uncertainty. How have institutions that have had to make decisions based on scientific evidence coped with such uncertainty?

Scientific uncertainty has forced decision makers to make choices based on probabilistic scenarios. Predictions based on algorithms have been used by governments to anticipate the potential effects of alternative measures and evaluate their reasonableness and proportionality.<sup>74</sup> Many choices concerning closures and restructuring public spaces to reduce contagion were often contingent upon the availability of scientific knowledge and based upon simulations defining the potential impact of the measures.<sup>75</sup>

<sup>71</sup> These institutions have their statutory powers and the exercise of their powers has been challenged before courts. See for example in relation to the US CDC the litigation concerning decisions made by CDC and their conformity to the statutory federal framework. See District Court for the Middle District of Florida, 18 April 2022, vacating Biden Administration's mask mandate in transportation.

<sup>72</sup> Clearly, when governments have refrained from taking action tensions have arisen with scientific bodies usually inclined to suggest the adoption of preventive measures. The example of the first year of pandemic in the US is illustrative of a non-cooperative relationship between the executive and the Center for Disease Control. See in a comparative perspective C. COGLIANESE, N.A. MAHBOUBI, *Administrative Law in a Time of Crisis: Comparing National Responses to Covid-19*, in 73 *Administrative law review*, 2021, 3 ff.

<sup>73</sup> On the relationship between trust and policy making related to Covid-19 see S. JASANOFF, S. HILGARTNER, *A stress test for politics. A comparative perspective on policy responses to Covid-19*, in J. GROGAN, A. DONALDS (eds), *Routledge Handbook of Law and the Covid-19 pandemic*, Routledge, 2021, 289 ff., part. 293/4.

<sup>74</sup> See W. NAUDÉ, *Artificial Intelligence against Covid-19: An Early Review*, IZA DP No. 13110, April 2020, available at <https://www.iza.org/publications/dp/13110/artificial-intelligence-against-covid-19-an-early-review> (last visited on 18/2/2023); S. VON STRUENSEE, JD, MPH, *Mapping Artificial Intelligence Applications Deployed Against Covid-19 Alongside Ethics and Human Rights Considerations*, Working Paper, July 2021, available at [https://www.researchgate.net/publication/353347512\\_Mapping\\_Artificial\\_Intelligence\\_Applications\\_Deployed\\_Against\\_Covid-19\\_Alongside\\_Ethics\\_and\\_Human\\_Rights\\_Considerations](https://www.researchgate.net/publication/353347512_Mapping_Artificial_Intelligence_Applications_Deployed_Against_Covid-19_Alongside_Ethics_and_Human_Rights_Considerations) (last visited on 13/2/2023).

<sup>75</sup> T. ALAMOA, G. GIORDANO et al, *Data-Driven Methods for Present and Future Pandemics: Monitoring, Modelling and Managing?*, <https://arxiv.org/pdf/2102.13130.pdf>, (last visited on 7/1/2023); N. HAUG, P. KLIMEK ET AL, *Ranking the effectiveness of worldwide Covid-19 government interventions*, in *Nat. Hum. Behav.*, 4, 2020, 1303, <https://doi.org/10.1038/s41562-020-01009-0>, (last visited on 7/1/2023); J. M. BRAUNER, JAN KULVEIT et al., *Infering the effectiveness of government interventions against Covid-19*, <https://doi.org/10.1126/science.abd9338>, (last visited on 7/1/2023); M. CHINAZZI, J.T. DAVIS et al., *The effect of travel restrictions on the spread of the 2019 novel coronavirus (Covid-19) outbreak*, in *Science*, 368, 2000, 395–400; M. LIU, R. THOMADSEN, S. YAO, *Forecasting*

Scientific uncertainty has also modified the features of administrative decision making, its duration, and effects.<sup>76</sup> Decisions have to be evidence based, limited in time, and continuously monitored to evaluate how the evolution of scientific knowledge may affect reasonableness and proportionality.<sup>77</sup> Court scrutiny has contributed to ensuring that legislation and decisions were crafted on the basis of objective scientific data and not mainly driven by the pressures of public opinion.

Scientific evidence is not only generated by voluntary research activities of the scientific community; there is also a state obligation to generate scientific knowledge in order to make evidence-based decisions that have an impact on the collective health. Failure to monitor and collect updated data can translate into the invalidity of administrative decisions and the liability of any governmental entity that has failed to act based on new evidence.<sup>78</sup>

Courts have instructed administrations to engage in continuous monitoring to ensure that scientific evidence continued to support their decisions: the monitoring of the Covid-19 vaccination by the German government<sup>79</sup> for instance, or for children's obligation to wear masks in Italy.<sup>80</sup> There might also be disagreements within the scientific world that the scientific community is unable to solve. When scrutinizing the existence and reliability of scientific evidence, Courts have distinguished between instances where there is scientific consensus and other instances where there is disagreement within the scientific world, leading to uncertainty. In the latter scenario, a US court concluded that doctors cannot be sanctioned for allegedly disseminating misinformation about Covid-19 for example; more specifically, in the context of the pandemic, "the term scientific consensus lacks a sufficient statutory definition, narrowing context, or settled legal meaning and fails to provide sufficiently objective standards to focus the statute's reach, rendering the definition of 'misinformation' unconstitutionally vague."<sup>81</sup> In the former scenario, the scrutiny focuses on transparency, in the latter, the courts have gone deeper and evaluated how an administration should make a choice in the context of scientific disagreement.<sup>82</sup>

---

*the spread of COVID-19 under different reopening strategies*, in *Nature Scientific Reports* | (2020) 10:20367 | <https://doi.org/10.1038/s41598-020-77292-8> (last visited on 5/3/2023).

<sup>76</sup> See, for Argentina, Federal Court of La Plata, 26 January 2022, FLP 416/2022.

<sup>77</sup> See, in relation to the vaccination and the scope of monitoring obligation by technical and administrative institutions, the judgment of the Italian Constitutional Court 14/2023, published on February 9<sup>th</sup> 2023, where it is stated that legislative discretion on mandatory vaccination must be exercised in light of the available scientific knowledge. The legislative rules must be modified when the evolution of the scientific knowledge suggests that the evidence upon which legislation was drafted is no longer the same.

<sup>78</sup> On the obligations to monitor data on the negative consequences of the vaccines see for example the Italian Constitutional Court, decision no 14/2023.

<sup>79</sup> In relation to vaccination, see for Germany the Federal administrative Tribunal, BVerwG 1 WB 2.22 - decision of 7 July 2022.

<sup>80</sup> Italian Council of State (decree 6795/2020).

<sup>81</sup> See *Hoeg et al. v. Newsom (Governor of the State of California) et al.*, Eastern District Court of California, 25 January 2023.

<sup>82</sup> See Canada, Federal Court, 14 January 2022, 2022 FC 44. The Court has first stated that judicial notice is when the courts, faced with an obvious fact, assume its existence without requiring any evidence. This happens when the fact in question is "beyond reasonable dispute". While this category includes facts of scientific nature, the Court has recognized how within the scientific field there can be disagreements. As a result, judicial notice is not taken when a scientific consensus is missing. The Supreme Court has established the test for taking judicial notice of a fact as when this is either notorious or immediately demonstrable. The test requires stricter application

Knowledge about the pandemic has evolved over time and changes in scientific knowledge have imposed limitations on time and the conditionality of legislative and administrative measures.<sup>83</sup>

The initial stage was characterized by a limited scientific knowledge of the origins and factors affecting the spread of the contagion.<sup>84</sup> Scientific uncertainty decreased over time and some consensus within the scientific community was reached over the mechanisms of spread and the modes of control of Covid-19.<sup>85</sup> The increase in available scientific knowledge also influenced the quality of constitutional and judicial review.<sup>86</sup> Many courts modified their approach over time and have become more demanding when it comes to transparency as the increase of scientific certainty has progressed.<sup>87</sup> In other situations, they have upheld legislative decision-making when it was possible to change and adapt to the different phases of the pandemic and to the evolution of science.<sup>88</sup>

The degree of available scientific knowledge has also influenced governmental decisions concerning the prevention of contagion and instrument choices to protect health, often by limiting other (fundamental) rights.

---

when the fact is central to the case. The Court has affirmed that while the subject can be debated by the parties, when something is beyond reasonable dispute it is a threat to the reputation of the administration of justice to allow challenges to it. The Court has affirmed that in the present case, the existence of Covid-19 is beyond reasonable dispute and has chosen to take judicial notice of it. The fact is central to the case, therefore requiring the test to be applied strictly and it has concluded that it has been met. The Court has found that the existence of Covid-19 is a notorious fact. The level of public attention on the topic would have taken notice of any scientific debate on the existence of the virus, instead, there is clear scientific consensus on the subject. There is also a large amount of case law in which Canadian courts took judicial notice of the existence of the virus, and the lack of challenge on the subject. Finally, the third reason has been the evaluation of the evidence presented by the Applicant. The Court has found it not only insufficient but also irrational.

<sup>83</sup> See the Italian Constitutional court's decision, no 14/2023. "The genetic and original transitional nature of the regulation, as well as the provision of elements of flexibilization and monitoring that allow the measures to be adjusted to the changing factual situation it is intended to address, are elements that affect the verification of the constitutionality of the legislation" (unofficial translation).

<sup>84</sup> For a detailed analysis, see J.D. SACHS et al., *The Lancet Commission on lessons for the future from the Covid-19 pandemic*, in *Lancet*, 400, 2022, 1224–80, Published Online September 14, 2022, 1224 [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(22\)01585-9](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(22)01585-9) (last visited on 5/3/2023), part. 1231 ss. (Hereinafter Lancet Commission Lessons).

<sup>85</sup> See See Lancet Commission Lessons, cit.

<sup>86</sup> See for example, in relation to USA, H. HERSHKOFF, A.R. MILLER, *Courts and civil justice in the time of COVID: emerging trends and questions to ask*, 23 *Legislation and public policy*, 2021, 322 ff. In relation to Israel, E. ALBIN, I. BAR-SIMAN-TOV, A. GROSS, T. HOSTOVSKY-BRANDES, *Israel: Legal Response to Covid-19*, in *The Oxford compendium of national legal responses to Covid-19*, available at <https://oxcon.ouplaw.com/home/OCC19> (last visited on 5/3/2023).

<sup>87</sup> See the Austrian example on the vaccination requirement to access public places: firstly, the Constitutional Court rejected a challenge to this rule, mainly based on the consideration that recovered/vaccinated people are not subject to a high risk to catch and suffer from Covid-19 (Austria, Constitutional Court, 29 April 2022, n°V 23/2022-25); later, the same court considered unconstitutional to restrict access to hairdressers with the 2G rule (Austria, Constitutional Court, 30 June 2022, n°V 3/2022-19), and the same for the decision to close the cultural sector (when allowing religious gatherings), as it was contrary to the principle of equality (Austria, Constitutional Court, 30 June 2022, n°V 312/2021-15). For a wider comparative analysis, see S. FASSIAUX, *Vaccination litigation and impact of government measures on fundamental rights*, University of Trento, 2023, Covid-19 Litigation Legal Briefs Series, available at [https://dx.doi.org/10.15168/11572\\_37108](https://dx.doi.org/10.15168/11572_37108) and <https://www.Covid-19litigation.org/re-sources> (last visited on 5/3/2023).

<sup>88</sup> So, e.g., for Italy, Constitutional Court, judgment no. 15/2023 of 9 February 2023.

Differences in strategy between suppression and mitigation are primarily the result of political and legal choices rather than science-driven solutions.<sup>89</sup> However, the role of scientific evidence clearly changes depending on the regulatory strategy adopted for battling the pandemic. The same index can lead to different measures depending on whether suppression or mitigation is chosen as a strategy. The link between scientific evidence and regulatory models may affect the role of the former depending on the choices made by the policy maker.<sup>90</sup>

Both legislation and administrative decisions have been scrutinized by courts in relation to their scientific grounds.

Limited knowledge and related uncertainty concern not only the pandemic but also the effects of restrictive measures. This knowledge has increased over time thanks to more sophisticated predictive models and mutual learning. Mutual learning among countries experimenting with different approaches has been of utmost importance even where comparative assessment of restrictive measures by international institutions was limited.<sup>91</sup> Countries were able to learn from one another given that the spread of the contagion did not occur at the same time.

A link between scientific uncertainty and the precautionary principle has also been established.<sup>92</sup> Some courts have reinterpreted the principle of precaution in light of scientific uncertainty, reaching the conclusion that it applies differently depending on the existence of probabilistic scientific certainty.<sup>93</sup> In times of emergency and when the protection of health is at stake, the precautionary principle requires the adoption of restrictive measures even in situations where they might be found to be disproportionate *ex post*.<sup>94</sup>

Proportionality should be evaluated in relation to the available scientific knowledge at the time of a decision.<sup>95</sup> The correlation between the content of the measure and its objective must be evaluated considering the level of available scientific knowledge and its impact on the balancing of fundamental

<sup>89</sup> Comparative analysis suggests that in some regions (South East Asia) the dominant strategy has been suppression. In particular, the Chinese example until December 2022 has been the zero COVID strategy with highly restrictive measures. Recently the Chinese government has changed the regulatory approach leading to a much higher level of contagion and deaths. “The countries of the Western Pacific region generally adopted suppression strategies, and were broadly successful in their implementation” Lancet Commission lessons, cit., 1238. Other countries have moved from suppression to mitigation (in Europe and in the Americas suppression was not the main strategies. “Governments in the European region did not aim to suppress the pandemic, only to slow the transmission of the virus.”, Lancet Commission lessons, cit., 1242.

<sup>90</sup> See C. COGLIANESE, N. MAHBOUBI, *Administrative law in a time of crisis. Comparing national responses to Covid 19*, in *Administrative law review* 2021, 1 ff.

<sup>91</sup> See the Oxford Covid-19 Government Response Tracker (see fn no 4 above). On the dynamics of mutual learning and the possible instruments of international cooperation aimed at facilitating mutual learning see Lancet Commission.

<sup>92</sup> See the Italian Council of State, decision no. 4407/2022, defining the content of the precautionary principle in time of emergency in conformity with the CJEU case law. In particular, the Court clarified that the principle of precaution when applied to contexts of scientific uncertainty may require preventive actions even if the benefits may not be fully defined in light of the available scientific evidence.

<sup>93</sup> See the Italian Council of State, Ord. 38/2022 and also Id. Ord. 351/2022.

<sup>94</sup> On the relationship between the precautionary and the proportionality principle see Italian Council of State 7547/2022 referring to the case law of the CJEU.

<sup>95</sup> See Italian Constitutional Court, judgment No. 15/2023.

rights.<sup>96</sup> A measure can be found to be disproportionate once new scientific knowledge about its effects becomes available. Although the evaluation of scientific knowledge must be made at the time of a given decision, there is an obligation on the part of the administration to adapt to new scientific knowledge and, if necessary, to adapt a piece of legislation or an administrative measure to the implications of the precautionary principle.<sup>97</sup>

For instance, a decision to approve vaccines with accelerated procedures and the obligations on health care personnel were held to be compliant with the principle of precaution.<sup>98</sup> But an obligation to continuously monitor the effects of vaccines should also provide governmental bodies the possibility of changing the evidentiary basis should new data become available.<sup>99</sup> In case serious negative consequences become known, the necessity for pre-vaccination testing could be required.<sup>100</sup>

The principle of transparency was also quite often the pillar upon which decisions to quash or annul were made: courts often scrutinized the failure to refer to the scientific basis of a decision or the inadequacy of scientific evidence related to a challenged measure.<sup>101</sup> Not only does transparency require that decisions be evidence-based but that administrations expressly indicate the scientific evidence that drives their choices. Failure to disclose the scientific basis for a decision may lead to state liability in addition to an eventual quashing of the measure.<sup>102</sup> Hence courts have tried to reduce administrative arbitrariness by requiring that the scientific evidence upon which a measure is based be clearly specified in the decision itself.

A measure that has seen litigation surrounding its scientific basis is that of the Covid-19 status certification or Covid Pass.<sup>103</sup> Challenges to the scientific basis of certification requirements were typically rejected by arguments that sufficient scientific evidence existed to justify such a requirement.<sup>104</sup> Specifically, in claims brought before the courts that no sufficient evidence existed to prove that Covid-19

---

<sup>96</sup> See Italian Council of State, decision no. 7547/2022 reforming the first instance judgment that had quashed the decision to establish distance teaching in schools for lack of scientific basis. The Council of State reformed the judgment and held that the government and the President of the Region grounded the decision on sufficient scientific evidence.

<sup>97</sup> See CJEU *France v. Commission* 601/11, 11 July 2013.

<sup>98</sup> See the Italian Council of State, decision no. 7045/2021.

<sup>99</sup> See for Italy, Administrative Justice Council for the Region of Sicily, 16 March 2022, Order no. 351/2022; Request for a preliminary ruling from the Tribunale ordinario di Padova (Italy) lodged on 13 December 2021 – D.M. v Azienda Ospedale-Università di Padova, (Case C-765/21), pending.

<sup>100</sup> On the lack of necessity to adopt pre vaccination testing on the basis of the current state of scientific knowledge, see the Italian Constitutional Court 14/2023.

<sup>101</sup> See for example, Italian Council of State, N. 07547/2022REG.PROV.COLL., N. 02010/2022 REG.RIC., 21 July 2022.

<sup>102</sup> See Italian Council of State, decision np. 7547/2022, referring to the case law of the European Court of Human rights.

<sup>103</sup> See A. ALEMANNO & L. BIALASIEWICZ, *Certifying health. The unequal legal geographies of Covid-19 certificates*, in *European journal of risk regulation*, 2021, 273 ff.

<sup>104</sup> See, for Israel, HCJ 2254/21, *Individual Freedom Protectors v. Director of Health Ministry* (Interim decision), (4 April 2021); for the United Kingdom, High Court of Justice in Northern Ireland, 16 February 2022, [2022] NIQB 13, in which, considering the scientific evidence upon which the vaccination requirement had been based and the possibility of not being limited by the policy through a negative Covid-19 test, a minor inconvenience when compared with the aim of protecting public health, the Court has concluded the challenged measure to be both reasonably necessary and proportionate.



certification would reduce the spread of the contagion,<sup>105</sup> courts have usually held that, though evidence on the degree of effectiveness might have been uncertain, there was established evidence that vaccination reduced the spread of the virus and so the requirement of a certification pass was found to be reasonable.<sup>106</sup>

Vaccination is an area where the evidentiary basis of decision making was often challenged well beyond the use of Covid passes. The adequacy and efficacy of vaccines and access to information concerning the negative consequences of vaccines was litigated<sup>107</sup> and the overwhelming majority of judgments upheld technical and administrative decisions.<sup>108</sup> However, the reasoning has differed.

The necessity to decide promptly in conditions of uncertainty has modified the relationship between legislative and administrative discretion and the scientific evidence required to rationally justify such choices. The necessity of factoring in the costs and benefits of a measure and to predict not only its short but also its long-term effects has become part of judicial review. Whether distinctions between ordinary times and times of emergency are likely to stay is an open question.

A second, related stream of litigation concerns the right to access scientific evidence by individuals and organizations. Litigation concerning access is instrumental to the possibility of evaluating whether an administrative decision was grounded on sufficient scientific evidence. Courts have usually granted access to scientific documents for example that included data concerning the effects of measures taken by the government on the contagion or the effects of vaccines on the pandemic.

The principle of transparency not only requires that administrations disclose their scientific evidence but it also obliges them to make that evidence accessible to interested parties, unless there are reasons

<sup>105</sup> See, for Argentina, Federal Court of La Plata, 26 January 2022, FLP 416/2022, where the Court stated that the arguments put forward by the claimants failed to prove that the measures in question implied an unjustified or impertinent infringement of individual rights since the “Pase Libre COVID” requirement was justified by the pandemic emergency, the guidelines issued by the World Health Organization, and the scientific criteria governing the matter.

<sup>106</sup> See High Court of Justice in Northern Ireland, 16 February 2022, [2022] NIQB 13 highlighting the distinction between the evidence that a vaccinated person is less likely to transmit the virus than a not vaccinated person and the precise and conclusive evidence related to the effectiveness of vaccination in reducing the contagion. See on the reasonableness and proportionality of the requirement of pass certification, for France, Constitutional Council, 5 August 2021, n°2021-824 DC; Council of State, 19 May 2022, n°454621; for Austria, Constitutional Court, 29 April 2022, n°V 23/2022-25. On these issues see S. FASSIAUX, *Vaccination litigation and impact of government measures on fundamental rights*, University of Trento, 2023, Covid-19 Litigation Legal Briefs Series, available at [https://dx.doi.org/10.15168/11572\\_37108](https://dx.doi.org/10.15168/11572_37108) and <https://www.Covid-19litigation.org/resources> (last visited on 5/3/2023).

<sup>107</sup> See Italian Administrative Tribunal CGARS, no 351/2022.

<sup>108</sup> See, for Austria, Constitutional Court, 23 June 2022, G37/2022, V137/2022-11, examining the constitutionality of the mandatory vaccination introduced in the Austrian legislation.



in the public interest that preclude such disclosure.<sup>109</sup> Similarly, disclosure obligations also involved private firms when supplying medical devices and drugs, especially vaccines.<sup>110</sup>

## 5. The main areas of litigation: from business freedom to vaccination

Balancing between the protection of health and fundamental rights resulted in different outcomes of the review. Scrutiny concerned the choice of measures, their content, and duration.

A distinction between economic and non-economic rights played a role in many legal systems and a balance in favor of health was more pronounced in relation to economic rights, because states also indemnified enterprises forced to make temporary closures or to reduce their schedules.<sup>111</sup>

A different balance operated when non-economic rights were at stake. The right to data protection, privacy, education, and freedom of religion all led to a different balance with the objective of health protection. In the latter scenario, the essence of fundamental rights could not be compressed. Balancing concerned both the choice of measures, whether hard or soft law should be used, and the content of restrictive measures.

Litigation has covered many different topics. It has mainly dealt, at least in the first two years of litigation, with questions concerning the legitimacy of legislative and administrative acts with special regard, where relevant and applicable, for the protection of fundamental rights. Particularly in the first phase, restrictive measures affecting the freedom of movement,<sup>112</sup> the freedom of religion, the freedom of association,<sup>113</sup> as well as in the political sphere<sup>114</sup> took on a certain prominence. At the same time, an important strand of jurisprudence led judges all over the world to confront the challenges of balancing

---

<sup>109</sup> See, for Germany, Administrative Court of Hamburg, 24 February 2022, No. 17 E 5455/21 (concerning the access to information supporting the Major's statement that the rise of Covid-19 was due to non-vaccinated persons); for Panama, Supreme Court of Panama, 12 March 2021, No. 7033-2021 (on a citizen's request to the Minister of Health to answer a questionnaire about the scientific and medical evidence that justifies the measures taken to control the spread of Covid-19; the claim has been rejected for procedural reasons since the Habeas Data writ has not been considered the appropriate tool to this end); for Brazil, see Court of Justice of the Federal District, 1 March 2021, No. 0733567-14.2020.8.07.0000 1.a Câmara Cível, where the Court heard an action "Mandado de segurança" filed by a local parliamentarian against the Secretary of Health of the Federal District (on the data disclosure on the fatalities of the Covid-19 pandemic in the Federal District); for Italy, see Regional Administrative Court of Lazio, 22 January 2021, No. 879 Ministero della Salute. in C. n. R.G. 20200768 (concerning the delivery by the Ministry of Health of the "National Emergency Plan" and of documents relating to the meetings of the task force regarding the Covid-19 measures).

<sup>110</sup> See, for Chile, Constitutional Court's decision Rol. 268-2022 of 3 January 2023, in which the Chilean Constitutional Court orders pharmaceutical company to disclose information regarding the composition of Covid-19 vaccines.

<sup>111</sup> See, e.g., for Latvia, Constitutional Court, No. 2020-26-0106, 11 December 2020, concerning the prohibition of gambling, where, in assessing the lawfulness of the restrictive provision, the Court considered the existence of compensation and of mechanisms aimed at mitigating the consequences of the restrictions imposed in an emergency.

<sup>112</sup> E.g., USA, U.S. District Court for the District of Colorado, 2 December 2020, *Lawrence v. Polis*; Italy, Regional administrative court of Lombardy, 28 July 2020, No. 993.

<sup>113</sup> E.g., Belgium, Council of State, 22 December 2020, No. 249.314 (A. 232.469/AG-149); Slovenia, Const. Court., 21 December 2020, U-I-473/20-14.

<sup>114</sup> E.g., Switzerland, Federal Court, 22 December 2020, 1C\_169/2020.

public health protection with economic freedoms, which were strongly impacted by trade closures.<sup>115</sup> The principle of non-discrimination was invoked repeatedly so that judges could ascertain *ex post* whether the logic of selective restrictions (on some categories more than others) or the provision of derogations and exceptions were justified and reasonable.<sup>116</sup> The introduction of tracking systems, first, and vaccination certificates, later, brought the issue of balancing public health protection with the protection of personal data, including health data, to the forefront.<sup>117</sup> As the health emergency exacerbated the migration phenomenon and undermined international protection procedures, courts soon had to deal with health protection for migrants and asylum seekers,<sup>118</sup> as well as, in other contexts, that of detainees whose detention conditions were less and less suited to guaranteeing their health and safety.<sup>119</sup>

Central issues, almost all over the world, concerned access to essential services such as education and health services in particular.

To what extent does a pandemic justify limiting the right to education? Under what circumstances can distance learning be said to be an appropriate instrument for guaranteeing this right during a state of emergency and when instead is the reopening of schools a necessary act?<sup>120</sup> The economic and non-economic aspects of education deserve attention in different ways. Non-economic implications were considered first. Whereas public health has always been a determining element in judicial decision-making concerning education, over time some courts were more severe in assessing the scientific grounds of school closures and more open to considering the impact caused by distance teaching on childhood education in the medium-long run.<sup>121</sup> Relational aspects of education were valued in this

<sup>115</sup> See, e.g., South Africa, The High Court of South Africa (Western Cape High Court), Dec. 11, 2020, 6118/2020; Italy, Cons. St., 27 Apr. 2020, Decree No. 2294; Italy, Cons. St., 22 February 2021, No. 886.

<sup>116</sup> By way of example: for Italy, Regional Administrative Court of Lombardy - Milan, 30 March 2022, ord. 712/2022. For the Netherlands, Corte distr. De The Hague, 6 October 2021, C-09-618078-KG ZA 21-892. For the USA, United States District Court for the District of Montana, 18 March 2022, CV 21-108-M-DWM; Austria, Const. Court., 17 March 2022, No. V294/2021; Argentina, App. adm., 8 July 2021, Case No. 28425-P CCALP.

<sup>117</sup> CJEU, 30 November 2021, T-710/21 R; for Italy, Council of State, 17 September 2021, No. 5130; France, Const. Court, 9 November 2021, No. 2021-828; Israel, Supreme Court, 1 March 2021, HCJ 6732/20; Israel, Supreme Court, 1 March 2021, HCJ 6732/20.

See on this topic, C. WENDEHORST, *Covid-19 Apps and Data Protection*, in E. HONDIUS et al. (eds), *Coronavirus and the Law in Europe*, Intersentia, 2021, 157 ff.

<sup>118</sup> Italy, Trib. Naples, 25 June 2020, No. 23602 (6068/2020); France, Council of State, 10 April 2021, No. 450928; Chile, Supreme Court, 4 February 2022, No. 3253-2022; Australia, Federal Court, 16 January 2022, VID 18 of 2022.

<sup>119</sup> CtEDU, 1 March 2022, No. 19090/20; Italy, Const. Court, 24 November 2020, No. 245; United States District Court for the District of New Jersey, 28 March 2022, No. 18-578-01 (KM); Mexico, Criminal Court, 9 September 2021, No. 93/2021.

<sup>120</sup> See Italy, Regional administrative court of Calabria, 18 December 2020, A.A. v. Regione Calabria in C. no. R.G. 303001383; Regional Administrative Court of Napoli, 28 September 2021, no. 7351.

<sup>121</sup> See, e.g., Italian Council of State, N. 07547/2022REG.PROV.COLL., N. 02010/2022 REG.RIC., 21 July 2022. About the implications of the COVID-related challenged for the Italian education system in the post-COVID era, see R. CALVANO, *The Italian education system. A chronically ill patient facing the coronavirus pandemic*, in E. HONDIUS et al. (eds), *Coronavirus and the Law in Europe*, Intersentia, 2021, 1047 ff.

balance with due regard for pupils with special educational needs as well.<sup>122</sup> In other contexts, especially in India and in North America, litigation mainly focused on the economic implications of distance teaching, particularly in terms of fees due for tuition and(or) for meals and other services.<sup>123</sup> This is an area in which, especially for higher education in the United States, disputes were often solved through settlements.<sup>124</sup>

Access to essential services in times of pandemic raised similar questions related to health treatments other than those inherent to the Covid-19 situation. For example, considering services intrinsic to the termination of a pregnancy,<sup>125</sup> while acknowledging a violation of the duty to provide abortion service, a court in Northern Ireland considered the delay justified due to the pandemic.<sup>126</sup> Access to preventive healthcare (vaccines) and to treatments (e.g., antiviral therapies) for Covid-19 also generated important litigation both from the point of view of equal treatment of those entitled,<sup>127</sup> as well as from the point of view of the right to choose to vaccinate or not to vaccinate,<sup>128</sup> or the choice to take or to prescribe a certain treatment.<sup>129</sup> For example, a United States court denied the existence of a right to receive a particular antiviral therapy against the physician's decision, made in good conscience, holding that there is not a substantive right "to compel a hospital, physician, or medical staff to administer treatment against their medical judgment."<sup>130</sup>

---

<sup>122</sup> See, e.g., in Italy, Council of State, 27 April 2021, A.A. c/ Ministry of education, n. 780/2021. For a different balancing: United States of America, U.S. District Court, Central District of California, 14 October 2020, E.M.C. v. Ventura Unified School District.

<sup>123</sup> See, e.g., in India, India, High Court of Delhi, 31 May 2021, W.P.(C) 7526/2020; in the United States, United States of America, United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit., 8 March 2022, Shaffer v. George Washington Univ.; Court of Appeal of Florida, 22 November 2022, University of Florida Board of Trustees v. Rojas.

<sup>124</sup> Among the latest cases, see the news about the pending settlement concerning Brown university, available at <https://www.Covid-19litigation.org/news/2022/09/usa-another-settlement-reached-covid-19-tuition-lawsuit> (last visited on 5/3/2023).

<sup>125</sup> E.g.: France, Council of State, 16 December 2020, No. 440214; United Kingdom, Northern Ireland High Court, 14 October 2021, Re The Northern Ireland Human Rights Commission, 16 December 2020, No. 440214; USA, U.S. District Court, Eastern District of Arkansas, Central Division (E.D. Ark.), 7 May 2020, Little Rock Family Planning Services v. Rutledge.

<sup>126</sup> United Kingdom, Northern Ireland High Court, 14 October 2021, Re The Northern Ireland Human Rights Commission.

<sup>127</sup> See for example the case decided by BVerfG, Beschluss des Ersten Senats, 16 December 2021, 1 BvR 1541/20, Rn. 1-131 on the issue of possible discrimination of disabled persons in access to intensive care, an issue on which the German Constitutional Court asked the Parliament to intervene, since the use of mere recommendations related to the exercise of the medical profession would not suffice to avert the risk of discrimination against disabled persons.

<sup>128</sup> For the Netherlands, Court distr. De The Hague, 6 October 2021, C-09-618078-KG ZA 21-892; for Germany: Amtsgericht Frankfurt am Main, 12 February 2021, no 5 L 219/21.F; Adm Court Gelsenkirchen, 18 February 2021, no 20 L 182/21; Amtsgericht Schleswig-Holstein, 17 February 2021, no 1 B 12/21.

<sup>129</sup> See the case decided in Italy by Council of State, 11 December 2020, no. 7097 concerning the administration of hydroxychloroquine.

<sup>130</sup> For the United States, *Pisano v. Mayo Clinic Fla.* No. 1D22-43, 2022 WL 245437 (Fla. Dist. Ct. App. Jan. 27, 2022).

From a comparative point of view, vaccination represents a relevant area of interest.<sup>131</sup> Accessibility and prioritization within given populations were disputed in the first phase of vaccination campaigns at different times and in different regions of the world, depending on the availability of vaccines and supply management as well.<sup>132</sup> In this regard, judicial review was mainly grounded on the principle of non-discrimination, at least within the boundaries of national jurisdictions.

Fairness in vaccine accessibility across states and world regions, a largely debated issue in the international context,<sup>133</sup> only indirectly influenced litigation: when courts dealt with vaccination mandates in countries in which shortages in supply offered individuals additional grounds to challenge those mandates.<sup>134</sup>

In countries where accessibility to vaccines was less critical, vaccination mandates, where adopted, were challenged on a different basis, namely that of self-determination and the right to a private life. In this regard, balancing between the latter and public health led some courts to complement proportionality and reasonableness with the solidarity principle which is specifically designed for incorporating public interest into this type of assessment.<sup>135</sup> Several factors were considered relevant by courts dealing with vaccination mandates: the severity of contagion and the urgency of limiting its spread,<sup>136</sup>

<sup>131</sup> See S. FASSIAUX, *Vaccination litigation and impact of government measures on fundamental rights*, University of Trento, 2023, cit.; A. R. GLUCK, D. BARAK-EREZ, M. CARTABIA, *Global 2022 Covid-19: Waves, Mandates, and Public Health, in Weighing Judicial Authority*, Yale Law School, 2022, 96 ff.

<sup>132</sup> Similar disputes arose, e.g., in Europe (see, e.g., in Germany, Administrative Court of Frankfurt am Main, Feb. 12, 2021, No 5 L 219/21.F) and, later on in other continents (see, e.g., in India, High Court of Bombay, June 14, 2021, PIL(l)-9228-2021; Brazil, Brazilian Supreme Federal Court, 30 August 2021, Ação Cível Originária 3.518 Distrito Federal. Min. R. L.

<sup>133</sup> As lately reflected in the WHO Conceptual Note prepared for the Zero Draft of the Pandemic Treaty (see p. 8, no 31).

<sup>134</sup> E.g., in Kenya the vaccination mandate has been strongly opposed based on this argument (see the news published at <https://www.hrw.org/news/2021/12/13/kenya-vaccine-requirements-violate-rights>, last visited on 5/3/2023). The High Court of Kenya suspended the regulation issued by the Ministry of Health imposing a vaccine requirement to access public transportation, education, hospitals, national parks, hotels, restaurants, and prisons (*Kenya, High Court, 14 December 2021*).

<sup>135</sup> See, e.g., Austrian Constitutional Court G37/2022, V137/2022-11, that, based on the ECtHR decision in *Vavříčka and Others*, recalled the importance of the society's social solidarity. The Court strongly relied on the proportionality principle, considering the vaccination mandate absolutely necessary for the intended aims (preventing the spread of Covid-19 and ensuring the functioning of the health system) and anyway subject to monitoring by the competent Ministry, vested with a power to suspend the mandate based on new contextual elements. On the relevance of the principle of solidarity in regard to vaccination mandate, see also the Italian Council of State, 20 October 2021, No. 7045. With regard to the different area of freedom of movement, see the Russian Supreme Court, emphasizing that constitutionally permissible and necessary temporary restrictive measures aimed to aid the self-organization of society and was a form of social solidarity based on the trust between the state and society, considering that restriction on the right to free movement is not equivalent to the restriction of personal rights (Arts. 22(1) and 751 of the Russian Constitution (Russian Federation, Supreme Court of the Russian Federation, 10 February 2022, Case No. АП/21-565).

See Italian Constitutional Court 14/2023 making reference to the constitutional principle of solidarity to found the vaccination mandate for limited categories of professionals (health care and teachers). The Italian legislation has been upheld constitutional in relation to the rule that makes vaccination a legal requirement to exercise the profession.

<sup>136</sup> See, e.g., Austrian Constitutional Court G37/2022, V137/2022-11; in Germany, Federal Administrative Court, 7 July 2022, BVerwG 1 WB 2.22.



the existence of exceptions for individuals who could suffer ill-health effects from the vaccination itself;<sup>137</sup> the strength of scientific evidence concerning the effects of vaccination;<sup>138</sup> and the duration and scope of possible limitations connected to a lack of vaccination.<sup>139</sup>

In fact, rather than imposing vaccination generally on the whole population or to specific groups of individuals (e.g. based on age), vaccination was primarily mandated as a prerequisite for access to public places or services, whose use could imply physical contact which could then have an impact upon the spread of the virus. Of course, the more the activity made conditional upon vaccination was linked with the exercise of fundamental rights or with access to essential services (e.g. healthcare, education, etc.), the more these types of ‘passes’ resembled genuine mandates.

The impact of passes or vaccination mandates on the right to work is probably the most relevant example.<sup>140</sup> In fact, requesting vaccination as a requirement of work certainly led to some of the most critical litigation in many countries, which most often upheld the public decision as a protection of public health in workplaces.<sup>141</sup> The (less common) imposition of child vaccination as a prerequisite for school access had a similar impact. In this circumstance, based on European caselaw, courts balanced

---

<sup>137</sup> See, e.g., Austrian Constitutional Court G37/2022, V137/2022-11. Regarding a non-COVID vaccination, European Court of Human Rights, *Vavříčka and Others v. the Czech Republic* [GC], no. 47621/13 and 5 others, 8 April 2021.

<sup>138</sup> See, e.g., Brazil, Federal Supreme Court, 17 December 2020, ADI 6.586/DF, <https://www.covid19litigation.org/case-index/brazil-federal-supreme-court-adi-6586df-2020-12-17>; see also the Italian Council of State, 20 October 2021, No. 7045: “The reserve of science, to which the public decision-maker at both regulatory and administrative levels must make necessary reference in adopting health measures to deal with the epidemiological emergency, leaves this, because of the inevitable margin of uncertainty that also characterizes scientific knowledge in the construction of truths that can be acquired only over time, at the cost of strict studies and rigorous experimentation and subjected to the criterion of verification-falsification, an undeniable room for discretion in the balancing of the values at stake, the free self-determination of the individual, on the one hand, and the need to preserve public health and with it the health of the most vulnerable subjects, on the other, a discretion that must undoubtedly be used in a reasonable and proportionate manner and, as such, subject in our system at the normative level to the legitimacy review of the judge of laws and at the administrative level to that of the administrative judge” (unofficial translation).

See, more recently, Italian Constitutional Court judgments no. 14/2023 and 15/2023, examining the reasonableness of vaccination mandate, first and foremost, on the basis of scientific evidence concerning their effectiveness and the balance between risks and expected benefits.

<sup>139</sup> Administrative Regional Court of Lombardia (Milan, 30 March 2022, Order 712/2022) referring to the Constitutional court that issued the 15/2023 judgment and held the Italian Legislation conforming to the Constitution (see Italian Constitutional Court, 9 February 2023, n. 15).

<sup>140</sup> See High Court of New Zealand, 25 February 2022, *Yardley v Minister for Workplace Relations and Safety* [2022] NZHC 291; BC202260255; in the Court’s view, the Order was considered unlawful as it was an unjustified limit on fundamental rights protected by the New Zealand Bill of Rights Act 1990. The right to work is not directly protected in the New Zealand Bill of Rights Act 1990 and the court accepted that given it is a right contained in international instruments, it can only have indirect relevance. However, it is linked to the right to refuse medical treatment as the consequence for refusing vaccination is employment termination. So, the associated pressure to give up their job involves a limit on their right to retain that employment.

<sup>141</sup> See, among the latest decisions: Australia, Fair Work Commission, 8 July 2022, [2022] FWC 1774; Singapore, High Court (General Division), 16 June 2022, No. SGHC 141; Switzerland, Federal Administrative High Court, 26 April 2022, A-5017/2021; France, Council of State, 18 January 2022, Council of State decision n°457879.



the self-determination of parents with the need to protect the most vulnerable, including those children and family members who could not be vaccinated.<sup>142</sup> The question regarded to what extent school attendance could be impaired by a lack of vaccination was assessed differently by courts in different jurisdictions.<sup>143</sup>

Unlike in other domains, where, within existing emergency legislation, the exercise of executive power was admitted as a means for the adoption of urgent measures against the outbreak, this was an area in which courts were generally quite severe in upholding the rule of law and separation of powers, thus requesting a legislative act as the legitimate basis for vaccination mandates.<sup>144</sup> As a consequence and on a more substantive basis, courts were normally quite deferential to parliaments, once the latter introduced a vaccination mandate in full respect of the rule of law and the principle of proportionality.<sup>145</sup> Of course, distinctions were also made for individual cases, with special attention to particular health conditions that might increase the risk of side effects;<sup>146</sup> more rarely, courts were sympathetic with exemptions based on religious beliefs.<sup>147</sup>

Definitively, these are all issues which courts will need to address again in the future, although hopefully in different contexts. Vaccination mandates, in a pandemic or out of it, have significant implications. However, the principles and balancing techniques used during a pandemic may certainly be applied to other health emergencies, with due consideration for different contextual elements, once the pandemic is over. Not surprisingly, Covid-19 litigation has built on pre-Covid-19 decisions exactly in this domain.<sup>148</sup>

An aspect that has not raised much litigation so far but that certainly deserves more attention in the future regards the use of sanctions (both monetary and non-monetary) and incentives as a means of promoting voluntary vaccination.<sup>149</sup> In fact, proportionality should not only be applied to define the

<sup>142</sup> European Court of Human Rights, *Vavříčka and Others v. the Czech Republic* [GC], no. 47621/13 and 5 others, 8 April 2021, ECLI: CE:ECHR:2021:0408JUD004762113; Germany, Constitutional Court, 21 July 2022, n°1 BvR 469/20.

<sup>143</sup> For a positive answer, in the instances at stake see, e.g.: Puerto Rico, Supreme Court, 2 February 2022; Brazil, Supreme Court, 31 December 2021, n°ADPF 756. For a negative one, in the given circumstances: United States, Superior Court of California, County of Los Angeles, 5 July 2022, n°21STCP03381; South Korea, Administrative Court of Seoul, 4 January 2022. For a wider comparative analysis, see S. FASSIAUX, *Vaccination litigation and impact of government measures on fundamental rights*, cit.

<sup>144</sup> See, for Slovenia, Constitutional Court of the Republic of Slovenia, 29 November 2021, Decision No. U-I-210/21; United States, US Supreme Court, 13 January 2022, n°21A244 and 21A247.

<sup>145</sup> But see in the USA, US Supreme Court, 13 January 2022, n°21A244 and 21A247, where vaccination mandates have been held contrary to the legislation delegating power to the agency (non delegation theory).

<sup>146</sup> See, e.g., in South America, Colombia, Council of State, 24 February 2022, Rad. 11001-03-15-000-2021-07661-00; Costa Rica, Supreme Court of Justice. Constitutional Chamber, 5 January 2022, No. 000374 – 2022.

<sup>147</sup> See, e.g., United States District Court, 11 May 2022, *Steven Church et al. vs. Joseph R Biden et al.*

<sup>148</sup> ECtHR, 8 April 2021, *Vavříčka and Others*. For Italy, see Const. court, 18 January 2018, no. 5. See the many references to earlier constitutional caselaw included in the recent decision of the Italian Constitutional court, no. 14/2023, published on 9 February 2023.

<sup>149</sup> Failure to comply with vaccination mandates has different consequences. For example, in relation to health care professionals in some countries it results in termination of the employment relationship, in other countries only in a temporary suspension. For a comparative analysis see the Italian Constitutional Court, decision no. 14/2023. See also the Italian Constitutional Court's decision no. 15, that examines the proportionality of



scope of vaccination requirements and their exemptions, but also the forms of regulation (whether they be soft or hard law) and their enforcement. Soft law regimes have been deployed to promote pro-social behavior when administrative or even criminal sanctions were considered ineffective or disproportionate.

Comparative analysis developed within the Covid-19 Litigation Project has focused on the exercise of public powers when defining measures aimed at combating the pandemic. Although such measures have primarily affected relationships with public authorities, they have also impacted private relationships and led to other streams of litigation. In the first phase of the pandemic in particular, contract law came into play in relation to both BtoB and BtoC and especially banking and financial loans.<sup>150</sup> Force majeure and impossibility led to legislative and judicial interventions to allocate the costs of emergency measures that affected the performance and enjoyment of contractual parties.<sup>151</sup> Family law was also affected in decisions of parents concerning the protection of health of their children.<sup>152</sup> Labor law was one of the main areas affected by the pandemic and by measures to combat contagion in the workplace: at the outset to protect workers in the workplace and subsequently in relation to the Green pass and vaccination.<sup>153</sup>

Whereas in the first phase of the pandemic the primary legal issues concerned contractual contingencies and deferred payments, in the current context it is civil liability that could gain primacy, eventually as a complement to criminal liability adjudication. Again, this stream of litigation could relate to torts supposedly committed by public or private parties (e.g. governments, employers, hospitals, healthcare professionals, etc.).

Though cases are still relatively limited on a quantitative basis, several lines of liability litigation are already emerging. Some regard the shortcomings of public health management by governments and public authorities,<sup>154</sup> the consequences of distance learning imposed in schools by the same,<sup>155</sup> or the disproportionate application of public health measures by enforcement authorities as inhuman and

---

healthcare workers' suspension as a consequence for lack of vaccination and concludes that such consequence does not amount to a "sanction".

<sup>150</sup> See E. HONDIUS et al. (eds), *Coronavirus and the Law in Europe*, cit., 461 ff., 833 ff.

<sup>151</sup> See for example the CJEU's ruling in *NS v. FTI Touristik GmbH*, C- 396/21, stating that Article 14(1) of Directive (EU) 2015/2302 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on package travel and linked travel arrangements, amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 90/314/EEC, must be interpreted as meaning that a traveller is entitled to a reduction in the price of his or her package holiday where a lack of conformity of the travel services included in the package is due to restrictions that have been imposed at the travel destination to fight the spread of an infectious disease and such restrictions have also been imposed in the traveller's place of residence and in other countries due to the worldwide spread of that disease. In order for that price reduction to be appropriate, it must be assessed in the light of the services included in the package concerned and must correspond to the value of the services for which a lack of conformity has been found.

<sup>152</sup> See, e.g., Australia, Federal Circuit and Family Court of Australia, 15 March 2022, *Cranston and Persson* (No 2) [2022] FedCFamC1F 187; Canada, Court of Queen's Bench of Alberta, 21 January 2022, No. 2022 ABQB 62.

<sup>153</sup> Among many, see, e.g., Costa Rica, Constitutional Court, 9 August 2022, No. 18514-2022; Australia, Federal Court of Australia, 27 June 2022, [2022] FCA 741.

<sup>154</sup> E.g., pending case in Thailand, Civil Court, 27 September 2021, No. Por 4412/2564.

<sup>155</sup> E.g., Italy, Adm. Reg. Trib. Naples, 28 September 2021, n. 7351, dismissed.

degrading;<sup>156</sup> others concern medical practice and hospital failures to provide adequate healthcare services,<sup>157</sup> or adverse reactions to vaccination.<sup>158</sup> Another important stream of cases regards employer failures to adopt health and safety measures in the workplace,<sup>159</sup> or infections contracted by the families of employees.<sup>160</sup>

Within the domain of Covid-19 liability litigation, the question is not only *how* the liability assessment should be structured to provide justice to those who were harmed by unlawful conduct and acts,<sup>161</sup> but also (and principally) *whether* liability was the right response to damages that occurred during the pandemic or whether other means should be in place, starting with compensation schemes based upon *ad hoc* legislation or, looking at future possible crises, public insurance schemes.<sup>162</sup> Forms of state compensation, applicable in times of emergency which are not based on a state's liability, have been developed in some jurisdictions, including Germany, Poland, and Switzerland, even before the Covid-19 pandemic;<sup>163</sup> others have been introduced to specifically tackle compensation claims in cases of an adverse reaction to vaccination.<sup>164</sup> The role of private insurers should also be considered which was

<sup>156</sup> E.g., High Court of Kenya - Constitutional and Human Rights Division, 30 June 2021, Petition No. 8 of 2020.

<sup>157</sup> E.g., Russian Federation, Shatura District Court of the Moscow Region, 19 August 2021, Decision No. 2-32/2021; India, High Court of Orissa at Cuttack, 23 March 2022; Lithuania, Regional Administrative Court 23 July 2020, case No. I1-4907-342/2020.

<sup>158</sup> E.g., Korea, Seoul Administrative Court, Aug-Sept 2022, upheld. A different case has been recently decided in Italy on damages suffered due to polio vaccination (Court of cassation, 18 November 2022, n. 34027); here the main issue has regarded the causal link, a question that the Court has decided based on the Court of Justice's ruling in Sanofi Pasteur (C-621/15).

<sup>159</sup> E.g., Spain, Labor court of Alicante, 7 January 2022, upheld; Court of Appeal of Valparaiso, Chile, 20 June 2022, upheld.

<sup>160</sup> E.g., pending case before the Supreme Court of California, USA.

<sup>161</sup> The list of issues for a possible research agenda is rather dense: whether only personal injuries affecting health and lives should matter or also the (merely economic) damages from loss of profit (e.g. for business interruption); how fault and negligence shall be assessed and who should bear the burden of proof; what is the role for strict liability, if any; what kind of causality will be 'adequate' along the chain of events (and contagions) of the pandemic; what role the state of necessity will play; how the rules on joint liability will be applied in cases where the damage is linked to the actions of regulators (of various levels and kinds), scientific committees, administrators (public and private), operators (not only health workers), individuals, whose compliance or non-compliance with safety rules may have had an impact on individual and social costs paid during the pandemic. On some of these issues, see A. RUDA, *Tort Law and the Coronavirus: Liability for Harm Caused by the Covid-19 Outbreak*, cit., 323 ff.; F. ZOLL, K. POŁUDNIAK-GIERZ, W. BAŃCZYK, *State Liability for Damages Caused by Covid-19 Restrictions under Polish Law*, cit., 358 f.

<sup>162</sup> See R.A. Epstein, *Beware of Tort Liability For COVID Cases*, 15 June 2020, available at <https://www.hoover.org/research/beware-tort-liability-covid-cases> (last visited on 5/3/2023). On State's compensation scheme in Germany and Switzerland, see A. RUDA, *Tort Law and the Coronavirus: Liability for Harm Caused by the Covid-19 Outbreak*, cit., 340 f. On Polish legislation see F. ZOLL, K. POŁUDNIAK-GIERZ, W. BAŃCZYK, *State Liability for Damages Caused by Covid-19 Restrictions under Polish Law*, cit.

<sup>163</sup> A. RUDA, *Tort Law and the Coronavirus: Liability for Harm Caused by the Covid-19 Outbreak*, cit., 323 ff. For Poland, see F. ZOLL, K. POŁUDNIAK-GIERZ, W. BAŃCZYK, *State Liability for Damages Caused by Covid-19 Restrictions under Polish Law*, cit., 348 ff.

<sup>164</sup> See K. WATTS, T. POPA, *Injecting Fairness into Covid-19 Vaccine Injury Compensation: No-Fault Solutions*, in *Journal of European Tort Law*, 12, 1, 2021, 1–39.

profoundly challenged during the pandemic by massive requests for indemnities presented by businesses and individuals, who were often rejected by insurers in light of a rather restrictive interpretation of policies stipulated before the outbreak.<sup>165</sup>

Although the above analysis is not exhaustive,<sup>166</sup> it demonstrates that Covid-19 litigation has so far involved nearly all possible areas of law, causing courts to question whether and to what extent global crises, such as the pandemic, should impose the adoption of new balancing techniques or, as has mostly emerged, their adaptation in light of new circumstances. Fundamental rights (or their equivalent qualification depending on applicable law) have entered the courtroom to a larger extent than before and their balancing has become a necessary process even in cases normally linked to purely economic interests, such as in most private law litigation. The need to protect the most vulnerable requires a new consideration for equality and non-discrimination in light of the solidarity principle. With due attention to the different legal traditions across the globe, these changes may definitively play a role once new challenges emerge as is already becoming clear in relation to the current climate crisis.<sup>167</sup>

## 6. Lessons learned and the future ahead: concluding remarks

Governments have learned over time; their tools for preventing contagion and for curing people have adapted accordingly. Case law reflects these changes both in relation to the subject matter of litigation and to the objectives of the litigants. National courts have played an important but discrete role in managing the Covid-19 health crisis as their contributions have never been disruptive but usually constructive. The main lesson from analysis is that prevention, remedy, and recovery should all be characterized by an active role of the judiciary. Judicial intervention can occur *ex ante*, before a legislative or administrative decision is made, or *ex post*, after a decision is made.

---

<sup>165</sup> The case law is not uniform. In the US recovery from insurance companies has usually been denied by Federal Courts (see, e.g., Court of Appeals for the Sixth Circuit, 23 February 2022, <https://www.Covid-19litigation.org/news/2022/04/usa-sixth-circuit-rules-favor-insurer-covid-related-business-interruption-claim> - last visited on 20/2/2023), while being admitted by State Courts (Superior Court of Pennsylvania, 30 November 2022, <https://www.Covid-19litigation.org/news/2022/12/usa-another-victory-policyholders-covid-related-business-interruption-case-state> - last visited on 20/2/2023). In the UK a broader interpretation of the language in insurance contracts has allowed enterprises to recover for losses suffered because of the governmental measures to contrast the pandemic. See High Court of Justice of England and Wales, 25 February 2022 ([2022] EWHC 409 (Comm), Case No. CL-2021-000235), concluding that insurance policyholders were entitled to compensation from their insurer due to the forced closure of their many well-known restaurants and cafés in London during the three lockdowns in March, September, and November 2020; High Court of England and Wales Stonegate Pub Company -v- MS Amlin and others / Various Eateries Trading -v- Allianz Insurance / Greggs -v- Zurich Insurance, [2022] EWHC 2549 (Comm), acknowledging the right to compensation but reducing the amount in regard of losses covered by the government's furlough payments.

<sup>166</sup> E.g., it does not cover criminal litigation, nor, among other areas, completion law and intellectual property law cases.

<sup>167</sup> See, for a joint examination of the two crises, J. FROESE, *The State's Duty to Protect the Right to Life in the Context of Present Crises*, cit.

In some countries, *ex ante* judicial control has been used to verify the conformity of governmental measures with fundamental rights. However, in the majority of legal systems, judicial review and control of governmental measures only occur *ex post*.

Courts have adapted procedural rules, designed for ordinary times, to work within the framework of emergency. They were able to act promptly and exercise effective control over governmental measures to ensure that the concentration of power was limited and proportionate, and that fundamental rights be respected even in times of emergency.

The impact of the pandemic as well as measures to combat it upon fundamental rights is without question. Whether and how fundamental rights should enter the picture of public choices in times of pandemic is a more critical issue. In this regard, Covid-19 litigation represents a treasure trove for legal scholars, scientists, and policy makers, offering them the opportunity to look at the impact of choices upon the rights of individuals, groups, and entities, as examined through a judiciary lens. The Covid-19 Litigation Database complements other analytical databases and platforms, which in law and other domains (including medicine, public health, social and economic sciences) are aimed at collecting and sharing knowledge developed on and during the pandemic as a legacy for future emergencies.

With coverage, at the end of 2022, of around 2,000 decisions in more than 80 countries and on every continent, the Covid-19 Litigation Database provides unique resources for comparative analysis in the field of public health and fundamental rights. Caselaw analysis enables policy makers to observe the entire cycle of statutory acts or administrative decisions, subject to their constitutional and judicial review. Analysis has focused on differences concerning the identity of litigants, the subject matter of litigation, and the outcomes. These three variables have shown that variations are significant among countries, even those with similar legal traditions. Comparative analysis has shown that, although courts have faced very similar challenges and fundamental rights have been effectively protected through judicial review, distinct legal traditions have led judges to use balancing techniques which in turn have led to different outcomes in terms of interference with public powers. Depending on the legal tradition and judicial infrastructure, various measures and remedies have been used to protect fundamental rights: from injunctions to suspensions or invalidity and, less frequently so far, compensation for governmental liability.

Litigation has followed different waves partly connected to the different evolution of the pandemic in various countries, and partly dependent upon governmental strategies to contrast the spread and effects of Covid-19. Judicial review has changed across the different phases of the pandemic. With different approaches depending on the legal system, it has been more deferential in the first phase and relatively deeper later on. Among the factors that have dynamically influenced judicial review over time were the evolution of scientific knowledge and the availability of scientific data (both on causes and effects of the pandemic and its countermeasures) as a (concurring) basis for public choices.

More can be learned starting from the several paths explored by the project.

Crises pose unanticipated challenges but can, to some extent, be predicted. Pandemic preparedness has become a key issue for future events and there is consensus over a lack of preparedness for managing SARS-CoV-2.<sup>168</sup> Litigation over liability concerning failures to prepare is ongoing and there is no

<sup>168</sup> See Lancet Commission, cit.

clear set of patterns to evaluate governmental liability for failure to properly prepare and address future pandemics. Clearly, (lack of) preparedness plays a role in the definition of governmental liability when immunity is not granted.

The lessons from the SARS-CoV-2 crisis are manifold.<sup>169</sup> Trust is a key resource for effective international cooperation and for inter-institutional cooperation within States. There is a need to increase the scope and impact of international cooperation and revise the WHO governance system to make it more effective. International cooperation is necessary to coordinate measures concerning the movement of people and goods, to collect and provide information about the effectiveness of measures, to ensure the fair global supply of medical and pharmaceutical products, and that access is fairly granted to countries with different health care capacities.

At the national level, decision making encompasses a cycle where courts are called upon to ensure that legislation and administrative decisions comply with the rule of law and respect for fundamental rights. It has become clear that ordinary times should be used to prepare for emergencies. Preparedness plans should reflect different regulatory options connected with the availability of scientific knowledge. At the same time, emergencies help to revise what is needed in ordinary times. Even though the notion of emergency might be changing, it is important to maintain this distinction.

In times of emergency, when decisions have to be made rapidly, it is of utmost importance to prevent authoritarian turns from concentrating decision-making power in the hands of executives and diminishing transparency. But it is also important to ensure judicial self-restraint, since courts might not be equipped to evaluate the limited scientific evidence available during an emergency. The correlation between the level of uncertainty and the quality rather than the intensity of judicial review is a pillar of the institutional learning that comes from the pandemic.

The relationship between policies and scientific evidence should be redefined in light of the lessons taught by the pandemic, both in terms of the governance of the decision-making process and of the allocation of liability for mistaken decisions made by scientific bodies and policy makers. Excessive liability threats in times of emergency may lead to defensive actions that result in the under-protection of health. Immunity from liability on the other hand can lead to under protection of fundamental rights. The redefinition of the precautionary principle in times of emergency can reduce the threat of government liability and permit innovative administrative decision making, especially when consolidated scientific knowledge and available expertise are not sufficient enough to contrast a pandemic. The issue of immunity for scientific bodies that support governments should be openly addressed in particular.<sup>170</sup> Should these bodies be immune from liability even when they make mistakes? How

---

<sup>169</sup> See C. COGLIANESE, N.A. MAHBOUBI, *Administrative Law in a Time of Crisis: Comparing National Responses to Covid-19*, in *Administrative Law Review*, 73, 2021, 3 ff.

<sup>170</sup> A linked though distinct issue relates to professionals' liability under emergency. On this point, see the European Law Institute (ELI) Principles for the Covid-19 Crisis, available at [https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/ELI\\_Principles\\_for\\_the\\_Covid-19\\_Crisis.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Principles_for_the_Covid-19_Crisis.pdf), (last visited on 5/3/2023), part. Principle 14, *Exemption from liability for simple negligence*: "1) Given the urgent and dramatic circumstances in which doctors, healthcare professionals, and other providers in the medical sector have to provide services, States should ensure that these professionals are not held liable for adverse events related to the Covid-19, except in the case of at least gross negligence. 2) The same applies with respect to other professionals and holders of public offices who had to take quick and difficult decisions directly related to the Covid-19 crisis. 3) These exemptions from liability do not apply to the liability of the State, which remains liable pursuant to the

should they be accountable? There is a clear mismatch between the power and the responsibility of scientific bodies during the emergency; but legal liability for negligent decisions is not the answer to the accountability deficit. Liability for intentional wrongful conduct should, instead, be preserved. The contributions of the courts to pandemic management show that the law in times of emergency needs adjustments to ensure that uncertainty does not undermine the rule of law and the protection of fundamental rights. At the same time, they show that legal traditions and practices matter when defining the role of courts and their scope for intervention. Identical or similar questions have received different answers. It is from these differences that institutional learning can profit most.

---

existing specific regime of liability.” On professional liability limited to gross negligence, see also the Italian decree no. 44/2021, conv. by law no. 71/2021, art. 3 and art. 3-bis. With regard to USA, UK and Australia: AM. KELLY, *Covid-19 and medical litigation: More than just the obvious*, in *Emergency Medicine Australasia*, 32, 2020, 703–705.



## La tutela dei legami di parentela nell'adozione in casi particolari: Note a margine della sentenza della Corte Costituzionale n. 79/2022

Chiara Ingenito\*

THE PROTECTION OF RELATIONSHIP IN ADOPTION IN PARTICULAR CASES: SIDE NOTES OF THE SENTENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT N. 79/2022

ABSTRACT: The paper aims to examine the most relevant aspects of the decision no. 79 of 11 February in which the Italian Constitutional Court declared illegitimate – with reference to articles 3, 31 and 117, first paragraph, of the Constitution, in relation to article 8 of the ECHR – article 55 of law n. 184 of 1983, where it required the rules laid down by art. 300, second paragraph, of the Civil Code for the adoption of adults to be applied to the adoption in particular cases of minors.

KEYWORDS: Relationship; adoption; filiation; family; identity

ABSTRACT: Il presente lavoro si propone di esaminare i profili più rilevanti della sentenza n. 79 dello scorso 11 febbraio con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato illegittimo – con riferimento agli articoli 3, 31 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'articolo 8 CEDU –, l'articolo 55 della legge n. 184 del 1983, nella parte in cui impone di applicare all'adozione in casi particolari dei minori le regole dettate dall'articolo 300, secondo comma, del Codice civile per l'adozione dei maggiorenni.

PAROLE CHIAVE: Parentela; adozione; filiazione; famiglia; identità

SOMMARIO: 1. Inquadramento del tema – 2. La disciplina dell'adozione in casi particolari e la tutela dei legami di parentela – 3. La questione sottoposta all'attenzione della Corte tra condizione giuridica del minore nell'adozione in casi particolari, diritto all'identità e perseguimento del superiore interesse del minore – 4. I profili di illegittimità costituzionale emersi dalla sentenza n. 79/2022 – 5. Il rapporto tra Corte e Legislatore nella sentenza in esame – 6. Conclusioni.

---

\* *Assegnista di ricerca in diritto pubblico, Università La Sapienza. Mail: [chiara.ingenito@uniroma1.it](mailto:chiara.ingenito@uniroma1.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

## 1. Inquadramento della questione sottoposta all'attenzione della Corte

Con la sentenza n. 79 dello scorso 28 marzo 2022<sup>1</sup>, la Corte Costituzionale si è espressa in materia di adozione in casi particolari<sup>2</sup>, nel giudizio di legittimità costituzionale sull'art. 55 della legge 4 maggio 1983 n. 184 che, attraverso il rinvio all'art. 300 comma 2 c.c., prevede che l'adozione in casi particolari non induce alla costruzione di alcun rapporto civile tra adottato e parenti dell'adottante.

La Corte, come verrà spiegato nel prosieguo, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 55, l. n. 184/1983 nella parte in cui, attraverso il rinvio all'art. 300, comma 2, c.c., prevede che l'adozione in casi particolari non realizza alcun rapporto civile tra il soggetto adottato e i parenti dell'adottante, nel senso che non fa scaturire relazioni giuridiche di parentela con i familiari dell'adottante<sup>3</sup> che incidono sulla formazione dell'identità<sup>4</sup> del minore adottato, influenzata dai rapporti già di fatto instaurati con la famiglia del genitore adottante<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Per i primi commenti sulla pronuncia si rinvia a M.C. ERRIGO, *Garantire le relazioni familiari. La decisione della Corte costituzionale n. 79/2022*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2022; G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata*, in *Questione Giustizia*; N. CHIRICHALLO, *Adozione in casi particolari e unità dello stato filiale. La Consulta indica al legislatore l'agenda della riforma*, in *Famiglia*, 3, 2022; E. CRIVELLI, *La Corte costituzionale garantisce i rapporti di parentela a tutti i minori adottati: nota alla sentenza n. 79 del 2022*, in *Osservatorio AIC*, 5, 2022; M. BIANCA, *La Corte costituzionale e il figlio di coppia omofettiva. Riflessioni sull'evoluzione dei modelli di adozione (nota a Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79)* in *Famiglia*, 3, 2022; M.C. CARBONE, *Famiglia e nuovi rapporti di parentela: la Corte costituzionale traccia il sentiero per il riconoscimento giudico della "familiarità sociale"*, negli *Studi 2022/III di Consultaonline*, 1021.

<sup>2</sup> Per approfondimenti sul tema, G. COLLURA, *L'adozione in casi particolari*, in P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, Vol. II, *La filiazione*, Milano, 2002, 201; C. TARQUINIO, *Adozione di minore in casi particolari: due fattispecie singolari*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2, 2000, 640; E. URSO, *L'adozione dei minori in casi particolari*, in *Nuovo diritto di famiglia*, Bologna, 2007, 73 G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, Torino, 2010, 332; L. LENTI, *Introduzione. Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, in P. ZATTI (diretto da), *Tratt. dir. fam.*, III, *La filiazione*, Milano, 2002, 575 ss. G. FERRANDO, *L'adozione in casi particolari: orientamenti innovativi, problemi e prospettive*, in P. ZATTI, G. ALPA (diretto da), *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, II, 2012, 680 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, «Adozione plena, minus plena», e tutela delle radici del minore, in *Riv. crit. Dir. priv.*, I, 1996, 683 e ss. ove si legge «talvolta, dunque, i giudici utilizzano la previsione normativa della cd. adozione semplice, di cui all'art. 44 della legge 184/1983 per garantire al minore una nuova stabilità familiare senza interrompere i legami con la famiglia di origine»; F. OCCHIOGGROSSO, *L'adozione mite dopo due anni*, in *Minori giustizia*, 2005, 149 ss.; P. RESCIGNO, *Nuove prospettive giuridiche per le famiglie ricomposte*, in S. MAZZONI (a cura di), *Nuove costellazioni familiari. Le famiglie ricomposte*, Milano, 2002, 69 ss.

<sup>3</sup> Per l'approfondimento di questo aspetto sul rapporto tra adozione piena e adozione in casi particolari in relazione alla pronuncia in commento, si rinvia a G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, in <https://www.questionegiustizia.it/data/doc/3252/2022c-cost-79-parentela-questione-giustizia.pdf>.

<sup>4</sup> G. BAVETTA, *Identità (diritto alla)*, Enc. dir., vol. XIX, Milano, 1970; F. MODUGNO I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale, Torino, 1995; A. PACE *Il c.d. diritto alla identità personale gli art. 2 e 21 della Costituzione*, in G. ALPA, M. BESSONE, L. BONESCHI (a cura di), *Il diritto alla identità personale*, Padova, 1981, 36 ss.; G. FINOCCHIARO *Identità personale (diritto alla)*, Digesto, disc. Priv., Sez. civ., Agg., Torino, 2010; G. FINOCCHIARO, *Diritto all'anonimato. Anonimato, nome, identità personale*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2008.

<sup>5</sup> Come si avrà modo di approfondire la Corte aveva già fatto proprio questo pensiero con la sentenza precedente n. 32/2021 laddove asseriva che «vi è la necessità di garantire i legami affettivi stabili con chi, indipendentemente

Nello specifico, la questione di legittimità costituzionale veniva sollevata dal Tribunale per i minorenni dell'Emilia Romagna, sede di Bologna, in riferimento agli artt. 3, 31 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Cedu.

Il caso origina dal ricorso, presentato al Tribunale per i minorenni, con cui veniva chiesta l'adozione della figlia biologica di una persona unita civilmente da parte dell'altro partner, con cui era stato condiviso un percorso di fecondazione assistita effettuato all'estero e conclusosi con la nascita di una minore che il genitore non biologico voleva adottare (avendo avuto l'assenso a tale adozione da parte del proprio partner). Secondo il giudice a quo la domanda poteva essere accolta, in osservanza della consolidata giurisprudenza costituzionale<sup>6</sup> e di legittimità,<sup>7</sup> applicando la lettera d) dell'art. 44 della legge n. 184/1983, ma non poteva essere riconosciuto il rapporto civile tra il minore e i parenti della parte ricorrente quale effetto dell'adozione, ravvisando un limite nel richiamo fatto dall'art. 55 della legge n. 184 del 1983 all'art. 300 comma 2 c.c. laddove viene previsto che «l'adozione non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante, salve le eccezioni stabilite dalla legge».

Si sono poi costituiti in giudizio i padri biologico e non biologico della minore, che hanno condiviso le motivazioni dell'ordinanza di rimessione, lamentando altresì la lesione degli artt. 3 e 30 Cost. per il contrasto con il principio di unicità dello status di figlio (L. n. 219/2012 e dlgs. n. 154/2013).<sup>8</sup>

Constatata la rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale, il giudice a quo si concentrava sulla non manifesta infondatezza, soffermando l'attenzione sull'esclusione, nella disciplina dell'adozione in casi particolari, dei rapporti civili tra l'adottato e i parenti dell'adottante, la quale disciplina arrecherebbe un *vulnus* agli artt. 3 e 31 Cost., in quanto in contrasto con «il principio di parità di trattamento di tutti i figli, nati all'interno o fuori dal matrimonio e adottivi, che trova fonte costituzionale negli artt.

---

*dal vincolo biologico, abbia in concreto svolto una funzione genitoriale, prendendosi cura del minore per un lasso di tempo sufficientemente ampio»* Corte cost., sent. n. 32/2021, punto n. 2.4.1.2 del considerato in diritto.

<sup>6</sup> Corte Cost. n. 32/2021 e 33/2021, C. MASCIOTTA, *La vexata quaestio della maternità surrogata torna dinanzi ai giudici costituzionali* in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) e E. FRONTONI, *L'adozione in «casi particolari» non è più sufficiente per tutelare l'interesse dei minori nati attraverso la maternità surrogata*, in *Nomos*, 2, 2021.

<sup>7</sup> Cassazione Sez. Unite civili sentenza n. 12193/2019 e Cassazione, Sez. I civile, sentenza n. 12962/2016.

<sup>8</sup> Sul principio di unicità dello status di figlio, legge 10 dicembre 2012, n. 219, recante *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*, interviene su una normativa ferma, in larga parte, alla riforma del diritto di famiglia del 1975, prevedendo la modifica di numerosi istituti, già disciplinati in sede codicistica o da parte della legislazione speciale, orientata alla realizzazione della unicità dello status di figlio. In tal senso, la legge esprime la chiara preferenza per una configurazione dei diritti-doveri derivanti dalla condizione di genitore e quindi in virtù del rapporto di filiazione sia essa naturale o adottiva, sia essa dentro o fuori dal matrimonio. Ciò è stato sostenuto da una cospicua e ormai consolidata giurisprudenza europea, volta ad equiparare il trattamento giuridico dei figli legittimi e naturali. Corte EDU, Markx c. Belgio, 13 giugno 1979; Inze c. Austria, 28 ottobre 1987; Mazureck c. Francia, 1 febbraio 2000. In dottrina, M.C. ANDRINI, *La famiglia nella Costituzione europea*, in *Famiglia*, 2004, 551 ss.; A. DIURNI, *La filiazione nel quadro europeo*, in G. FERRANDO (a cura di), *Il nuovo diritto di famiglia*, III, Bologna, 2007; M. PORCELLI, *Note preliminari allo studio sull'unificazione dello stato giuridico dei figli*, in *Il dir. di fam. e delle persone*, 2013, 654 ss.; G. MORANI, *L'equiparazione dei figli naturali ai figli legittimi: prime riflessioni sulla legge 10 dicembre 2012, n. 219*, in *Il dir. di fam. e delle persone*, 2013, 746 ss.; G. CASABURI, *La nuova disciplina della filiazione. Gli obiettivi conseguiti e le prospettive (specie inaspettate) future*, in *Corr. del merito*, 8-9, 2013, 817 ss.; V. CARBONE, M. SESTA, M. TRIMARCHI, F. TOMMASEO, A. GRAZIOSI, M. DOGLIOTTI, G. FERRANDO, *La legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Juscivile*, 3, 2013, 132 ss. Per i profili più propriamente costituzionali, S. PAGLIATINI, *Principi costituzionali e sistema della filiazione*, in M. SESTA, V. CUFFARO (a cura di), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006. C.M. BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015.

3 e 31 Cost.» oltre che violerebbe il dettato dell'art. 117 comma 1 in riferimento all'art. 8 Cedu laddove impedisce di fatto al minore inserito nella famiglia costituita dall'unione civile di godere pienamente «della sua vita privata e familiare, intesa in senso ampio, comprensiva di ogni espressione della personalità e dignità della persona ed anche del diritto all'identità dell'individuo».

Le ragioni per cui la pronuncia merita certamente attenzione sono molteplici.

In primo luogo, la Corte completa le tutele del minore nell'ambito della famiglia, introducendo una tutela ben specifica dei legami di parentela, veicolo per realizzare l'identità del minore adottato quale identità caratterizzata da una c.d. doppia appartenenza.

In secondo luogo, la Corte consolida il principio dell'unicità dello status di figlio, al di là di come tale status si è venuto a creare, ovvero di come è sorto il vincolo della filiazione.

Infine, ma non in ultimo, mediante questa pronuncia la Corte aggiunge un tassello, ma non completa ancora il puzzle in modo definitivo e completamente *esaustivo*<sup>9</sup>, in tema di tutele del minore figlio di genitori dello stesso sesso intervenendo prima e oltre il Legislatore seguendo la scia di quanto già affermato con le sentenze n. 32 e 33 del 2021<sup>10</sup>.

Con la pronuncia in commento l'adozione in casi particolari<sup>11</sup> viene letta, per la prima volta, quale presupposto, non tanto e non solo, idoneo a dare rilevanza giuridica ad un rapporto di filiazione già di fatto esistente, ma a fondare anche i rapporti dell'adottato con i parenti dell'adottante, in linea con il nuovo concetto di parentela dell'art. 74 c.c., che implica il rispetto del principio per cui «lo status di figlio è unico» laddove il legislatore della riforma della filiazione «ha voluto garantire a tutti i figli a parità di condizioni, perché tutti i minori possano crescere in un ambiente solido e protetto da vincoli familiari, a partire da quelli più vicini, con i fratelli e con i nonni». Tuttavia, come conferma questa pronuncia, l'unicità dello status di figlio necessita ancora di una concreta attuazione rispetto all'ipotesi in esame che era ancora disciplinata dall'art. 55 della legge sull'adozione nel richiamo all'art. 300 c.c. il quale afferma proprio che non si realizza alcun legame giuridicamente rilevante tra l'adottato e la famiglia dell'adottante.

<sup>9</sup> La mancanza di esaustività e definitività della pronuncia riguarda alcuni nodi ancora aperti che riguardano le unioni tra persone dello stesso sesso. In primo luogo, residua l'esclusione del limite di accesso alla pma da parte delle coppie omosessuali femminili previsto all'art. 5 della l. 40/2004. In secondo luogo, resiste la clausola di garanzia contenuta al comma 20 dell'art. 1 della legge n. 76/2016. Sul punto si rinvia a M. MANETTI, *Decostituzionalizzazione del paradigma eterosessuale della genitorialità in giurisprudenza costituzionale*, 2019; A. DI MARTINO, *La Corte costituzionale, atti di nascita di bambini nati nell'ambito di una coppia lesbica e accesso alla PMA*, in *Diritti comparati*, novembre 2020.

<sup>10</sup> Sul punto si rinvia a G. D'AMICO, *La Corte e il "non detto". Riflessioni a partire dalle sentt. n. 32 e n. 33 del 2021*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 4, 2021, 930 ss.; I. RIVERA, *Le ragioni del pluralismo e della complessità. La Corte costituzionale torna a pronunciarsi sulla legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Osservatorio AIC*, 4, 2021; 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, Studi e Contributi*, 1, 2021, 221.

<sup>11</sup> Infatti, come vedremo, il dato legislativo che sembrava voler costruire un istituto tale da «attenuare una scelta di fondo forse troppo rigida per ricomprendere in modo adeguato situazioni fatalmente molto differenziate» è subentrata un'evoluzione del diritto vivente, che ha iniziato a valorizzare alcune specificità di tale adozione e ad ampliarne la portata applicativa. Sul punto si rinvia ai primi commenti della legge n. 184 del 1983 C. EBENE COBELLI, *Commento all'art. 44*, in G. FRANCHI, S. SCHIPANI, C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *La nuova legge sull'adozione*, *Commentario*, Padova, 1985, 174 e ss.

## 2. La disciplina dell'adozione in casi particolari e la tutela dei legami di parentela

L'istituto dell'adozione in casi particolari ha subito una profonda evoluzione nel tempo, da istituto statico, volto a fronteggiare le situazioni in cui, mancando i presupposti dell'art. 8 l. adozione<sup>12</sup>, non si poteva procedere all'adozione piena, ad istituto dotato di un forte dinamismo. Oggi l'adozione in casi particolari mostra due principali volti, il primo costituito dalla c.d. adozione mite<sup>13</sup> e il secondo dalle ipotesi in cui si valorizza la relazione fra il minore e il partner del genitore biologico,<sup>14</sup> ovvero la c.d. *stepchild adoption* (art. 44 lett. d. l. adozione), che interessa da vicino la pronuncia in esame, nelle

<sup>12</sup> Come riferisce la dottrina, Bianca, l'adozione in casi particolari interviene sul piano dell'assistenza, mentre, dobbiamo evidenziare, l'adozione piena sul piano dell'abbandono. C.M. BIANCA, *op.cit.*

<sup>13</sup> La c.d. "adozione mite", è iniziata come semplice prassi giudiziaria autorizzata dal CSM nel Tribunale per i Minorenni di Bari (l'interpretazione estensiva che il Tribunale dei minorenni di Bari ha dato dell'art. 44, comma 1, lett. d) l. n. 184/1983, Trib. min. Bari 7 maggio 2008, Pres. F. OCCHIOGROSSO, in *Fam. e dir.*, 2009, 393) e basata, da un lato sul parziale insuccesso della legislazione in tema di affidamento familiare, dall'altra sull'esigenza di dare impulso al processo di deistituzionalizzazione dei minori. Tale *sperimentazione* si innestava sulla constatazione che l'impostazione normativa trascurava il caso della famiglia inidonea parzialmente, ma in modo continuativo, a rispondere ai bisogni del figlio, ma che non lo ha abbandonato e, anzi, mantiene con lui un rapporto affettivo significativo, anche se non adeguato. In tal caso, non è opportuno, nel perseguimento del superiore interesse del minore che tale rapporto venga del tutto cancellato, ma, dall'altro non è una ragionevole previsione di pieno recupero di esso. Si tratta del c.d. *semiabbandono permanente*, in cui vi è l'applicazione dell'istituto dell'adozione in casi particolari ai casi di c.d. *semiabbandono*, ovvero quando il minore privo di un ambiente familiare idoneo sia in affidamento familiare oltre il termine normativamente previsto. Tale situazione infatti impedisce che il minore venga dichiarato in stato di adottabilità poiché mantiene con i genitori un rapporto significativo anche se non possono di fatto occuparsi di lui e al contempo ha bisogno di una reale e continua assistenza. Per ulteriori spunti, si rinvia a F. OCCHIOGROSSO, *L'adozione mite due anni dopo*, in *Minorigiustizia*, 2005, 3, 149; S. CAFFARENA, *L'adozione "mite" e il "semiabbandono": problemi e prospettive*, in *Fam. e dir.*, 2009, 398; L. ERRICO, *L'adozione mite: i ruoli*, in *personaedanno*, 2008.

<sup>14</sup> Si tratta della c.d. *stepchild adoption*, ovvero l'adozione da parte di uno dei componenti dell'unione civile, del figlio del proprio partner che trova una delle iniziali affermazioni a livello europeo. Infatti nel caso *X e altri c. Austria* del febbraio 2013 una donna aveva chiesto di adottare il figlio della propria compagna, ma la richiesta era stata rigettata dal tribunale locale, il quale sosteneva che per procedere all'adozione fosse necessario che il partner fossero di sesso diverso. Poiché la legge austriaca consente tale adozione alle coppie di fatto eterosessuali, la Corte EDU ha ritenuto discriminatoria, per violazione dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 8 CEDU, la normativa austriaca che non consente l'adozione da parte di una coppia omosessuale, ribadendo come la normativa austriaca non perseguisse il superiore interesse del minore. M. D'AMICO, *L'approvazione del ddl Cirinnà fra riconoscimento dei diritti e scontro ideologico*, in *federalismi*, 5, 2016; J. LONG, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*; in *Dir. fam. pers.*, 2014, 1533 ss.; G. MIOTTO, *Stepchild adoption omoparentale ed interesse del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, 1335 ss.; M. CERATO, M. ROMEO, F. TURLON, *La filiazione adottiva, La filiazione percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2010, 185; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Adozioni in caso particolari ed il caso della stepchild adoption*, in *Giur. it.*, 2016, 2573 ss.



ipotesi in cui un minore sia nato in Italia con tecniche di procreazione assistita<sup>15</sup> e maternità surrogata fatta all'estero<sup>16</sup>.

L'adozione in casi particolari è lo strumento principale con cui al minore vede riconosciuto lo stato di figlio adottivo ed al contempo mantiene quello di figlio dei propri genitori naturali. In altre parole si crea una sovrapposizione tra due status e la creazione di un'identità ben più complessa, tanto che, anticipando un passaggio chiave della pronuncia, la Corte riferisce di una *doppia appartenenza*<sup>17</sup>.

Al livello normativo, come noto, l'art. 44 della legge n. 184/1983 disciplina tale tipologia particolare di adozione declinandola in quattro ipotesi specifiche<sup>18</sup> la cui *ratio* unitaria è quella di inserire il minore «in un rapporto familiare» al fine «di garantirgli l'adeguata assistenza morale e materiale»<sup>19</sup>.

Tra i caratteri peculiari, dobbiamo segnalare che l'adozione in casi particolari, ponendosi sul piano dell'assistenza al minore, quando la famiglia di origine ha un impedimento all'esercizio della genitorialità, presuppone la permanenza dei legami biologici con la famiglia di origine e, intervenendo quando i genitori o la famiglia di origine del minore sono ancora in vita, fa sì che il loro assenso sia presupposto essenziale al fine di addivenire ad una pronuncia ai sensi dell'art. 44 l. 184/1983.

Dalla lettura delle ipotesi contenute all'art. 44 lettere a) - d), si evince come tale istituto intervenga sui legami di fatto già esistenti nella vita affettiva e familiare del minore, valorizzando «l'effettività di un rapporto già esistente» e, come scrive la Corte nella sentenza n. 383 del 1999<sup>20</sup> «formalizzando un rapporto affettivo già esistente».

<sup>15</sup> Per tutti, 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; vedi anche C. MASCIOTTA, *La vexata quaestio della maternità surrogata torna dinanzi ai giudici costituzionali*, in *Federalismi*, settembre 2021; S. NICCOLAI, E. OLIVITO E. (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017; ed in senso più generale, B. LIBERALI, *L'adozione dei single e delle coppie omosessuali*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA, (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli, 2014.

<sup>16</sup> Rispetto alla maternità surrogata, vale la pena evidenziare che vi è una rilevante differenza tra la genitorialità adottiva e quella surrogata: mentre la genitorialità adottiva ha come fondamento «la conciliazione tra il desiderio di diventare genitori e il principio solidaristico che è alla base della genitorialità sociale», mentre nella surrogazione manca il legame biologico del minore con i genitori di intenzione che di fatto aggira la normativa sull'adozione. Sulla necessaria distinzione tra maternità surrogata, fecondazione ed adozione, si rinvia ad 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*, cit., 65 e ss. e anche F. ANGELINI, *Adozione sociale versus surrogazione di maternità. Quando il desiderio di genitorialità incontra la solidarietà non ci sono limiti all'ordine pubblico. La sentenza n. 9006 del 2021 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Diritti Comparati*, 3, 2021.

<sup>17</sup> Punto 8.3. del Considerato in diritto, ord. n. 79/2022.

<sup>18</sup> Art. 44 l. 184/1983: «I minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'articolo 7: a) da persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento, quando il minore sia orfano di padre e di madre; b) dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge; c) quando il minore si trovi nelle condizioni indicate dall'articolo 3, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e sia orfano di padre e di madre; d) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo».

<sup>19</sup> C.M. BIANCA, *La famiglia*, Milano, 2014, 459.

<sup>20</sup> Già nel 1999, con la sentenza n. 383, la Consulta ha specificato che tale tipologia di adozione servisse per offrire al minore la possibilità di rimanere nell'ambito della nuova famiglia che l'ha accolto, formalizzando il rapporto affettivo instauratosi con determinati soggetti che si stanno effettivamente occupando di lui. A tale esigenza



Sul punto dobbiamo ricordare che la Corte, con la propria giurisprudenza, ha chiarito l'importanza dell'adozione in casi particolari per consolidare i rapporti di fatto già esistenti nella vita del minore al fine di perseguirne il superiore interesse<sup>21</sup>, come quello che intercorre con il partner del proprio genitore biologico che ha fatto ricorso ad un percorso di PMA<sup>22</sup>, sebbene il ricorso all'adozione in casi particolari per disciplinare tali rapporti costituisce una *manipolazione* dell'istituto in esame, come emerge dall'analisi della giurisprudenza costituzionale e di legittimità. Come è già stato messo in luce, la legge n. 183/1984 e la l. 176/2016 (in modo implicito) hanno escluso una forma espressa di adozione per le coppie omosessuali, tenuto conto che la sentenza della Corte Costituzionale n. 32/2021 ribadisce come non vi sia in realtà “*alcun divieto costituzionale*” per le coppie di donne ad accogliere figli. Anzi, è il

---

risponde l'adozione del bambino, orfano di ambo i genitori, da parte di persone a lui unite o «*da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento*» (art. 44, co. 1, lett. a). Si ascrive, inoltre, alla medesima *ratio* l'adozione del bambino da parte del «*coniuge nel caso in cui il minore sia figlio del genitore anche adottivo dell'altro coniuge*» (art. 44, co. 1, lett. b), poiché il bambino vive in quel nucleo familiare. Sul punto anche Cass. civ., Sez. I, 22 giugno 2016, n. 12962, che richiama appunto la sent. Corte cost., 7 ottobre 1999, n. 383, A. CELOTTO, *Adozione in casi particolari. Mancata previsione della possibilità di richiederla per i parenti entro il quarto grado*, in *Giur. cost.*, 1999, 2951.

<sup>21</sup> Sul rilievo dell'interesse del minore rispetto alla genitorialità omoaffettiva, si tratta di una particolare tipologia di interesse del minore, ovvero quella alla continuità di status, aspetto su cui si sono soffermate numerose pronunce, in particolare nel confronto tra Cass. civ., I sez., 24001/2014 e Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2016 n. 19599. F. ANGELINI, *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso giurisprudenziale irragionevolmente interrotto*, in S. NICOLA, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017.

<sup>22</sup> Si richiamano Corte cost., n. 221 del 2019, Corte cost., n. 272 del 2017, Corte cost., sentenza n. 32 e 33/2021. R. TREZZA, *Genitorialità intenzionale e filiazione*, in *Famiglia*, 11 maggio 2021. Da ultimo, si rinvia a Cass. civ., sez. I, ord. 21 gennaio 2022, n. 1842, in cui la Corte evidenzia il peso della recentissima giurisprudenza della Consulta, la quale ha esaminato la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni che escludono, nelle adozioni di minori “in casi particolari”, l'esistenza di rapporti civili tra l'adottato e i parenti dell'adottante (art. 55, l. n. 184/1983 e art. 300, comma 2, c.c.), rispetto al presupposto rapporto tra adottante e adottato. Corte cost., n. 32 del 2021, in *Persona e Mercato*, 15 marzo 2021, A. GORGONI, *Un passo avanti verso l'ampliamento della genitorialità fondata sull'assunzione della responsabilità nella procreazione medicalmente assistita*. Rispetto al rapporto tra adottante e adottato, si evidenzia i giudici costituzionali, muovendo dal principio del preminente interesse del minore, fondato sull'esaltazione del diritto all'identità personale ad avere due genitori non necessariamente biologici entrambi, volto ad attuare il «*fine costituzionalmente necessario della tutela del miglior interesse del nato da procreazione medicalmente assistita. La strada è stata autorevolmente tracciata e passa dalla costituzione dello stato di figlio nei confronti del genitore d'intenzione che fonda la sua qualifica su un'assunzione di responsabilità*»; Corte cost., n. 221 del 2019, con nota di N. VINAI, *Il confine. La sentenza n. 221 del 2019 ed i suoi echi di sistema nello stesso senso*, in *Federalismi*, 6, 2021, 328, ove si legge «*Il giudice delle leggi sembra riconoscere, con la pronuncia n. 221 del 2019 [...] uno spazio privilegiato al Parlamento per l'individuazione dinamica di tali “nuove frontiere del diritto” [...]. Spetta al Parlamento, prima ancora del quomodo, decidere l'an: non solo come, ma anche se disciplinare la singola questione bioetica o lasciarla allo spazio di autodeterminazione della persona*». Si rinvia per completezza anche a Corte cost., n. 272 del 2017, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2018, con nota di 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*, cit., 149 ss; Cass. civ., sez. I, 22 giugno 2016, n. 12962, con nota di A. SCALERA, *Stepchild adoption: arriva anche il sì della Cassazione*, in [www.altalex.it](http://www.altalex.it); S. AGOSTA, *La maternità surrogata e la Corte costituzionale (a proposito di un obiter dicta da prendere sul serio)*, in *Osservatoriosullefonti*, 2, 2018.

Legislatore che dovrebbe intervenire l'introducendo una nuova e diversa tipologia di adozione in grado di attribuire i diritti legati ai rapporti di filiazione, senza manipolare istituti già esistenti che hanno ben altra finalità.

Sul punto la pronuncia in esame può essere ritenuta quale vero e proprio approdo per completare il cammino della Corte verso il rafforzamento delle tutele del minore, tra cui merita attenzione quella a mantenere relazioni affettive già di fatto instaurate e consolidate in modo da assicurare il *best interest of the child*. Si tratta di un diritto alle relazioni affettive con coloro che non sono parenti da un punto di vista giuridico, che mette in evidenza come, con questa pronuncia, la Corte voglia fornire la propria visione di una nuova concezione di famiglia<sup>23</sup>.

Tale nuova idea di famiglia affianca quella fondata sul matrimonio (art. 29 e 30 Cost.) e trova spazio nell'art. 2 Cost. assieme alle altre nuove formazioni sociali quali la convivenza e all'unione tra coppie dello stesso sesso. Si tratta infatti di una nuova idea di famiglia che si sostanzia sul riconoscimento che la Corte ha garantito al diritto alla genitorialità<sup>24</sup>, quale esplicazione del diritto all'autodeterminazione di ciascun individuo. Ciò non solo rispetto al rapporto con i genitori, ma anche rispetto alla relazione che di fatto già connota la vita del minore, ovvero quella con i parenti del genitore adottante che, a causa della previsione dell'art. 55 l. 184/1983, rimane priva di rilevanza sotto il profilo giuridico, non essendo pienamente riconducibile all'art. 74 del codice civile.

Risulta opportuno, al fine di comprendere a pieno il ragionamento che la Corte ha fatto nella pronuncia in esame, prendere le mosse proprio dall'art. 74 c.c.

<sup>23</sup> Si tratta del definitivo superamento della classica concezione di famiglia parentale, quale insieme di individui appartenenti ad una comune discendenza, per consacrare la famiglia come fenomeno sociale, formata da coloro che sono legati da un intenso vincolo di solidarietà ed il cui dinamismo è ormai orientato secondo matrici umane, sociali ed anche scientifiche come nel caso appunto delle famiglie sorte grazie alle tecniche di procreazione assistita e maternità surrogata. Per tutti P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, Bologna, 1966, 52.

<sup>24</sup> sulla tutela della genitorialità va richiamato il pensiero espresso dalla Corte nella sentenza n. 32/2021 punto n. 2.4.1.1 del considerato in diritto «*l'evoluzione dell'ordinamento [...] ha progressivamente riconosciuto [...] rilievo giuridico alla genitorialità sociale, ove non coincidente con quella biologica*», ciò perché «*il consenso alla genitorialità e l'assunzione della conseguente responsabilità nell'ambito di una formazione sociale idonea ad accogliere il minore [...] dimostra la volontà di tutelare gli interessi del figlio*», garantendo il consolidamento in capo al figlio di una propria identità affettiva, relazionale, sociale, da cui deriva l'interesse a mantenere il legame genitoriale acquisito, anche eventualmente in contrasto con la verità biologica della procreazione».

Si tratta dell'istituto della parentela, che ha avuto una profonda evoluzione nell'ambito della giurisprudenza costituzionale<sup>25</sup> ed in particolare con la riforma della filiazione<sup>26</sup>. Quest'ultima ha consacrato la parentela quale vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, indipendentemente dall'origine della filiazione. L'art. 74 c.c. infatti precisa proprio che tale vincolo sorge anche nel caso di figlio adottivo.

Sebbene l'interpretazione letterale dell'art. 74 c.c. implichi che la parentela vada ritenuta un vincolo giuridicamente rilevante rispetto a tutte le tipologie di filiazione, salvo i casi di adozione di persone maggiori di età (e ciò sembrerebbe quindi lasciare spazio alla sua valorizzazione nell'ambito dell'adozione in casi particolari), tuttavia nelle intenzioni del legislatore della riforma della filiazione ciò non è

---

<sup>25</sup> La Corte costituzionale in un primo tempo aveva offerto un'interpretazione dell'art. 258 c.c. secondo cui la parentela naturale non avrebbe avuto rilevanza giuridica, stante «*la differenza che c'è tra la situazione delle persone tra le quali esiste un rapporto di consanguineità e quella in cui i soggetti sono legati anche dal vincolo di una vera e propria parentela*». sent. n. 532 del 2000, A. PALAZZO, *La filiazione*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, P. SCHLESINGER (già diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano 2013, 580, secondo cui «*L'equivoco della Corte si basa sulla distinzione tra semplice consanguineità e non parentela tra il figlio riconosciuto ed i parenti del genitore. Secondo la Corte, pertanto, i parenti naturali non vanno considerati parenti; ciò sebbene l'art. 74 c.c. definisce la parentela come discendenza dallo stipite*». L'eventuale limite andava riferito, peraltro, soltanto alla parentela "naturale" in linea collaterale, non a quella in linea retta, che assumeva rilievo in diverse norme (artt. 148, comma 2, 433, 467 c.c.), creando in tal modo una disciplina in cui il rapporto di coniugio acquistava un rilievo "intermittente", in base al "tipo" di parentela. Ancora sulla distinzione tra consanguineità naturale e parentela si è basata la giurisprudenza costituzionale relativa ai rapporti tra figlio e parenti del genitore naturale in sede successoria, ambito nel quale la Corte ha escluso l'illegittimità del diritto di commutazione, riservato ai figli legittimi dall'art. 537, comma 3, c.c. (sent. n. 335 del 2009, nella quale la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla conformità, in riferimento agli artt. 3 e 30, comma 3, Cost., della disposizione richiamata, ha respinto la questione, affermando che l'art. 30, comma 3, Cost. si esprime «*dal lato dei rapporti tra genitori e figli, in una regola di equiparazione dello status di figlio naturale allo status di figlio legittimo, dal lato dei rapporti tra il figlio naturale ed i membri della famiglia legittima, ponendosi come norma ispiratrice di una direttiva di sempre più adeguata tutela della condizione di diritto familiare della prole naturale*». in dottrina, per tutti, A. ASTONE, *La Corte costituzionale e la dinamica evolutiva dei rapporti sociali: il diritto di commutazione non sarebbe anacronistico*, in *Fam. dir.*, 2009. Richiamiamo ancora l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento agli artt. 3 e 30, comma 3, Cost., dell'art. 565 c.c., in materia di successione legittima, nella parte in cui anteponeva ai fratelli e sorelle naturali del de cuius tutti i membri della famiglia legittima. Il giudice delle leggi «*ha escluso che l'inserimento dei fratelli e sorelle naturali negli ordini successori dei parenti possa avvenire mediante una pronuncia additiva che attribuisca ad essi precedenza sulla vocazione dei parenti legittimi dal terzo al sesto grado in linea collaterale, dal momento che questa scelta comporterebbe «un bilanciamento che coinvolge una valutazione complessa eccedente i poteri di questa Corte, essendo prospettabile una pluralità di soluzioni, non esclusa l'introduzione di nuovi casi di concorso, tra le quali la scelta appartiene alla discrezionalità legislativa*» sent. n. 377 del 1994.

<sup>26</sup> C.M. BIANCA, *La filiazione: bilanci e prospettive a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia*, in *Dir. fam.*, 2006, 207 ss.; G. FERRANDO, *Introduzione*, in G. FERRANDO (diretto da), *Il nuovo diritto di famiglia*, III, *Filiazione e adozione*, Bologna, 2007, 3 ss.; F. TOMMASEO, *Verso il decreto legislativo sulla filiazione: le norme processuali proposte dalla Commissione ministeriale*, in *Fam. dir.*, 2013, 629 ss.; F. DANOVÌ, *Nobili intenti e tecniche approssimative nei nuovi procedimenti per i figli (non più) naturali*, in *Corr. giur.*, 2013, 537 ss.

così evidente<sup>27</sup>, anche perché, come sottolineato dalla dottrina civilista<sup>28</sup> tra i tratti distintivi dell'adozione ex art. 44 lett. d), vi è proprio quello per cui essa non costituisce un rapporto di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante, né tra l'adottante e la famiglia dell'adottato che, diversamente, mantiene diritti ed obblighi verso la propria famiglia di origine<sup>29</sup>.

Si potrebbe evincere che la norma non sia idonea a costituire un rapporto di parentela tra adottato e adottante. Tuttavia, leggendo l'art. 57 della l. 184 del 1983, per cui l'adozione del minore non può prescindere dal suo inserimento in un contesto familiare come la norma stessa precisa quando afferma che «*il giudice nel decidere sull'adozione in casi particolari deve verificare l'idoneità affettiva e la capacità di educare ed istruire il minore ma anche valutare l'ambiente familiare degli adottanti*», sembra che tale istituto miri a perseguire l'interesse del minore al consolidamento delle relazioni affettive già esistenti.

Dall'altra parte però va anche considerato che l'adozione in casi particolari, secondo il combinato disposto dell'art. 44 lett. d) e l'art. 55 (nel rinvio all'art. 300 comma 2 c.c.), mira a garantire i rapporti del minore con la famiglia di origine e non i nuovi legami di parentela di fatto sorti nella sfera giuridica del minore, escludendo in radice che egli possa veder riconosciuta anche l'identità che gli deriva dai legami di parentela con la famiglia dell'adottante.

Se consideriamo che la riforma della filiazione ha incluso nell'unicità dello status di figlio<sup>30</sup> anche il figlio adottato con adozione in casi particolari<sup>31</sup>, allora egli dovrebbe far parte a pieno anche della famiglia di colui che, ai sensi dell'art. 44 lett. d) lo adotta, realizzando un legame di parentela con la sua famiglia. In vero, se diamo al nuovo art. 74 c.c. il significato che la lettera obiettivamente gli attribuisce e se riteniamo di individuare in questa disposizione non un mero *flatus vocis*<sup>32</sup> ma una norma dotata di una

<sup>27</sup> Nello studio formulato dalla Camera dei Deputati in relazione allo schema relativo al D.lgs. n. 154/2013 si legge, con riferimento all'art. 74 c.c., «*la novella – che esclude la parentela nei casi di adozione di persone maggiorenni – è diretta a consentire la creazione di rapporti di parentela tra il figlio naturale e la famiglia del genitore*». Tale affermazione, nel confermare che l'esclusione della parentela concerne l'adozione dei maggiorenni, potrebbe indurre a pensare che il legislatore nazionale avesse voluto ricondurre all'art. 74 c.c. anche gli adottati in casi particolari. In realtà, l'intervento legislativo sull'art. 74, comma 1°, c.c. è mirato alla filiazione naturale. Ne consegue che la non espressa esclusione dell'adozione "in casi particolari" costituirebbe una sorta di *imperfezione normativa*. A conferma di ciò, una parte della dottrina ricorda che, sebbene l'adozione piena e l'adozione "in casi particolari" siano accomunate dal *nomen iuris* e si trovino nella stessa sede normativa, mantengono una netta differenza strutturale e sostanziale.

<sup>28</sup> C.M. BIANCA, *op.cit.*, 460.

<sup>29</sup> La *ratio* di tale precisazione risiede, secondo una parte della dottrina civilistica, nel fatto che il riconoscimento del rapporto di parentela anche con la famiglia dell'adottante «*conferirebbe all'adottato il singolare privilegio di una doppia parentela*». C.M. BIANCA, *op.cit.*, 17.

<sup>30</sup> G. FERRANDO, *Diritto di Famiglia*, Bologna, 2017; F. PATERNITI, *Figli e ordinamento costituzionale*, Napoli, 2019, 87 ss.

<sup>31</sup> Centrali le riflessioni di G. Ferrando sul punto, la quale afferma che «*In un sistema in cui tutti i figli hanno lo stesso stato, si tratti di figli generati (artt. 231 ss. c.c.), di figli adottati (l.n.184/1983), di figli nati da PMA (artt. 8, 9, l. n. 40, 2004), il fatto di escludere i figli adottati con adozione particolare non ha alcuna ragionevolezza, li priva di un adeguato sostegno familiare, di quel sostegno che caratterizza lo stato di figlio che la legge attribuisce loro*». G. FERRANDO, *op.cit.*, 6.

<sup>32</sup> P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari*, in *Famiglia e diritto*, 8-9, 2013, 838.

qualche effettività<sup>33</sup>, dobbiamo ritenere che essa «introduca un unico status di figlio-parente comprensivo di tutte le filiazioni biologiche e di tutte le filiazioni adottive, incluse quelle in casi particolari, escludendo invece le sole adozioni dei maggiorenni»<sup>34</sup>.

Tuttavia, come si evince dalla pronuncia in commento, vi sono degli evidenti impedimenti a ritenere che si possa ignorare il rinvio operato dall'art. 55 della legge sull'adozione all'art. 300 c.c., costituendo secondo la Corte, un «ostacolo chiaro e inequivoco», sottolineando, inoltre, che «la sua mancata inclusione nell'art. 106 del decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 [...], che indica le disposizioni abrogate dalla riforma della filiazione, nonchè il carattere fortemente innovativo della previsione di rapporti civili tra il minore adottato in casi particolari e i parenti dell'adottante portano a escludere che un simile mutamento normativo possa ritenersi realizzato con una mera abrogazione tacita [...]»<sup>35</sup> Sul punto va ricordato che la Corte aveva già avuto modo di sottolineare l'impossibilità di ritenere tale disposizione abrogata in via implicita per opera del nuovo dettato dell'art. 74 c.c., sottolineando che «[...] l'adozione in casi particolari, che opera in ipotesi tipiche e circoscritte, producendo effetti limitati,

<sup>33</sup> Sul rilievo del principio di effettività nei suoi aspetti civilistici, si rinvia a M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Famiglia e diritto*, 3, 2013, 235.

<sup>34</sup> Sul rapporto tra adozione in casi particolari e adozione di maggiorenni, nella Relazione illustrativa alla proposta di decreto legislativo predisposta dalla commissione ministeriale incaricata, è affermato che «quanto alla posizione dei minori adottati ai sensi dell'articolo 44 della legge n. 184/1983, che disciplina l'adozione in casi particolari, in questa ipotesi è la stessa legge, che richiama, all'articolo 55, le norme del codice civile che disciplinano l'adozione dei maggiori di età (in particolare gli artt. 293, 294, 295, 299, 300 e 304), evidenziando l'analogia tra gli istituti, che trova il suo fondamento nella conservazione, anche nell'adozione in casi particolari, dei legami tra adottato e famiglia di origine. Pertanto, proprio in virtù del conferimento dello stato di figli agli adottati minori di età in stato di abbandono, le norme del codice civile che attribuiscono particolari diritti (soprattutto in materia successoria) agli adottati non sono state modificate in quanto riferite agli adottati maggiori di età». Dunque sembra vi sia un'analogia tra l'adozione in casi particolari e l'adozione non legittimante del maggiorenne, in considerazione del richiamo fatto dall'art. 55 della legge n. 184/1983 delle norme del codice civile sull'adozione dei maggiorenni, da applicare dunque all'adozione del minore in casi particolari, soprattutto rispetto all'art. 300 c.c., ove è disposto che «l'adottato conserva tutti i diritti e i doveri verso la sua famiglia di origine, salve le eccezioni stabilite dalla legge»; e poi che «l'adozione non induce alcun rapporto civile tra [...] l'adottato e i parenti dell'adottante, salve le eccezioni stabilite dalla legge». Nonostante le intenzioni manifeste del Legislatore, sembra però che l'art. 1 della legge n. 219/2012, modificando l'art. 74 c.c., abbia tacitamente abrogato l'art. 55 della legge n. 184/1983 nella parte in cui richiama l'art. 300, comma 2, c.c., ultimo periodo. Inoltre, va ricordato che la condizione del figlio minore abbandonato va distinta da quella degli adottati di maggiore età e da quella dei minori adottati non in una condizione di abbandono. Ciò impone di evitare una vera e propria equiparazione all'istituto di stampo patrimonialistico che disciplina l'adozione dell'adulto, la cui regolamentazione, ferma al 1942 e quindi lontana a livello sia temporale sia sostanziale tanto dalla legge 184/1983 modificata dalla legge 149/2001 ed anche dalla riforma della filiazione.

L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2013, 202; M. DOSSETTI, *La parentela*, in M. DOSSETTI, M. MORETTI e C. MORETTI, *La riforma della filiazione*, Bologna, 2013, 20.

<sup>35</sup> Corte cost. n. 79/2022 punto 6 del considerato in diritto. Sul problema dell'abrogazione tacita da un punto di vista strettamente Costituzionale, si rinvia per tutti a L. PALADIN, *Le fonti del diritto*, Bologna, 1996, 78 e R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, 2019. Per una prospettiva civilistica si richiama Sul problema dell'abrogazione dell'art. 55 ad opera della nuova versione dell'art. 74 c.c., si osservavano, in dottrina, due orientamenti contrapposti: in senso contrario, M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. e dir.*, 2013, 236; C.M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 2; in senso favorevole all'abrogazione tacita, M. DOSSETTI, *La parentela*, in M. DOSSETTI, N. MORETTI, C., MORETTI (a cura di), *La riforma della filiazione, Aspetti personali, successori e processuali*. L. 10 dicembre 2012, n. 219, Bologna, 2013, 22; G. FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione*, in *Fam. dir.*, 2013, 529 ss.



visto che non conferisce al minore lo status di figlio legittimo dell'adottante, non assicura la creazione di un rapporto di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante (considerata l'incerta incidenza della modifica dell'art. 74 cod. civ. operata dall'art. 1, comma 1, della legge 10 dicembre 2012, n. 219, recante «Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali») e non interrompe i rapporti con la famiglia d'origine»<sup>36</sup>. Gli stessi dubbi sono ribaditi nella sentenza immediatamente successiva in questo senso: «[...] pur a fronte della novella dell'art. 74 cod. civ., operata dall'art. 1, comma 1, della legge 10 dicembre 2012, n. 219 (Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali), che riconosce la generale idoneità dell'adozione a costituire rapporti di parentela, con la sola eccezione dell'adozione di persone di maggiore età, 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»<sup>37</sup>.

È evidente quindi che la Corte non può far affidamento sull'applicazione del concetto di parentela, figlio della riforma della filiazione, ai rapporti tra adottante ed adottato ai sensi dell'art. 44 lett. d). Pertanto, al fine di tutelare il minore ed esaltarne il proprio diritto all'identità acquisita dai rapporti con la famiglia dell'adottante, la Consulta deve affidarsi ad un'argomentazione che, con l'applicazione del canone dell'effettività, si orienta secondo i principi costituzionali e sovranazionali che tutelano il minore stesso.

### 3. La questione sottoposta all'attenzione della Corte tra condizione giuridica del minore nell'adozione in casi particolari, diritto all'identità e perseguimento del superiore interesse del minore

Il ragionamento della Corte si snoda attorno a tre concetti fondamentali tra loro collegati: il principio del superiore interesse del minore, la condizione giuridica del minore nell'adozione ex art. 44 lettera d) e il suo diritto all'identità.

In primo luogo nella pronuncia viene ribadita l'importanza del principio del superiore interesse del minore, quale diritto preminente in qualsiasi decisione che lo riguardi<sup>38</sup> come nell'ipotesi in cui si debba

<sup>36</sup> Corte cost. n. 32/2021.

<sup>37</sup> Corte cost. n. 33/2021.

<sup>38</sup> Al livello europeo ed internazionale sono numerose le fonti che riconoscono l'esistenza di diritti soggettivi e personalissimi del minore: la Dichiarazione sui principi sociali e legali riguardo alla protezione e sicurezza sociale dei bambini, approvata a New York il 3 dicembre 1986; il Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali, adottato a New York il 16 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo con legge 25 ottobre 1977, n. 881; la Convenzione di Strasburgo in materia di adozione, elaborata dal Consiglio d'Europa, entrata in vigore il 26 aprile 1968 e ratificata dall'Italia con la legge 22 maggio 1974, n. 357, nonché le fonti europee, ovvero l'art. 24, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, CDFUE, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007. È solo con la Convenzione ONU sui diritti dei minori (CRC), firmata a New York nel 1989, che viene consacrata l'idea che il minore non solo è soggetto di diritti fondamentali e, affinché questi diritti possano trovare una realizzazione adeguata, richiede in maniera solenne che tutti gli Stati parte adeguino a tal fine i propri ordinamenti interni. La vera rivoluzione introdotta dalla Convenzione riguarda l'introduzione del concetto di "best interests of the child". L'articolo 3 della CRC, infatti, sancisce



pervenire all'adozione,<sup>39</sup> quando il convivente o colui che è unito civilmente al genitore biologico vuole adottare il minore ai sensi dell'art. 44 lett. d) l. adozione. In questo caso, ravvisa la Corte, il superiore interesse del minore<sup>40</sup> viene perseguito nel momento in cui vengono tutelati e preservati i rapporti già istaurati per il minore<sup>41</sup> che sono essenziali per la sua sana crescita psicofisica.<sup>42</sup>

Una volta chiarito che è l'interesse del minore la stella polare che deve orientare le decisioni che lo riguardano, la Corte introduce in modo assolutamente nuovo il secondo concetto quale pietra angolare della propria decisione: la condizione giuridica specifica del minore adottato ex art. 44 lettera d). Per la Corte infatti, nell'adozione in casi particolari, nella sua evoluzione dinamica di istituto idoneo a supportare le esigenze di una società in continuo mutamento, bisogna mettere da parte il rilievo dei soli presupposti dell'adozione ex art. 44,<sup>43</sup> per concentrare l'attenzione sulla specifica condizione giuridica del minore adottato che, in quanto tale, deve avere una tutela degli interessi *significativa*. L'impossibilità del minore di vedersi riconosciuta una relazione giuridica di parentela con la famiglia dell'adottante impedisce di fatto che tale tutela si sostanzi, contravvenendo altresì ai principi costituzionali e sovranazionali come interpretati dalla Corte Costituzionale e dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo<sup>44</sup>. I giudici della Corte, per la prima volta, evidenziano che il minore, quale soggetto di diritto

---

espressamente che: «*In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration*». E. VERTHELLEN, *Convention on the rights of the child*, Antwerp, 2006, 19; M. MARCHEGANI, *Convenzione sui diritti del fanciullo*, in M. SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, Milano, 2009, 161. J. EEKELAAR, *Interests of the child and the child's wishes*, in P. ALSTON, *The best interests of the child*, Oxford, 1994, 57. Nella dottrina italiana civilistica C.M. BIANCA, *Diritto civile, La famiglia*, 2.2., Milano, 2005 secondo il quale il perseguimento del superiore interesse del minore va letto nell'accezione di tutela del benessere psicofisico di un soggetto in formazione e nella dottrina giuspubblicistica, E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, 2016 e G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, Padova 2015.

<sup>39</sup> Sul punto va anche ricordato che la Corte Europea dei diritti dell'uomo, in funzione del perseguimento del superiore interesse del minore, privilegia nella propria consolidata giurisprudenza le forme di adozione c.d. semplice quando non sono completamente rispettati i presupposti dell'adozione piena. Zhou c. Italia, 21 gennaio 2014; Strand Lobben e altri c. Norvegia 10 settembre 2019; S.H. c. Italia 13 ottobre 2015.

<sup>40</sup> Per una lettura che da sostanza alla clausola del superiore interesse del minore, si rinvia a E. FRONTONI, *Interesse del minore e poteri del giudice anche in caso di "riconoscimento di compiacenza"*, in *Nomos*, 2, 2020, 5. Sul punto anche E. FRONTONI, *Genitori e figli tra giudici e legislatore. La prospettiva relazionale*, Napoli, 2019, 117 ss.; E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016.

<sup>41</sup> Corte Cost. n. 32/2021; n. 221/2019 e n. 272/2017.

<sup>42</sup> Sulla valorizzazione del superiore interesse del minore nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, quale l'interesse del figlio al pieno sviluppo della propria persona, oltre a E. LAMARQUE, *Art. 30 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino. Nella giurisprudenza costituzionale, fra le altre si rinvia a Corte cost., 10 febbraio 1981, n. 11, in *Giur. cost.* 1981, I, p. 44 ss.; Corte Cost. 14 maggio 1999, n. 170, in *Giur. Cost.* 1999, p. 1662 ss.; Corte Cost. 15 luglio 1991, n. 341, in *Giur. Cost.*, 1991, p. 2707 ss.; Corte Cost., 21 aprile 1993, n. 179, in *Giur. Cost.*, 1993, p. 1249 ss.; Corte Cost., 22 aprile 1997, n. 112; Corte cost. 23 gennaio 2013, n. 7 e 23 febbraio 2012, n. 31 (incostituzionalità dell'art. 569 c.p.c.); Corte cost. 9 luglio 1999, n. 283 e 9 ottobre 1998, n. 349 e 24 luglio 1996, n. 303 (incostituzionalità dell'art. 6, 2° comma, l. 4 maggio 1983, n. 184); Corte cost. 20 luglio 1990, n. 341 (incostituzionalità dell'art. 274 c.p.c. nella vecchia formulazione).

<sup>43</sup> Riferisce Trezza che «*La Corte costituzionale ha allargato lo sguardo dai meri presupposti di accesso all'adozione in casi particolari alla condizione giuridica del minore adottato in tali casi*». R. TREZZA, *op.cit.*

<sup>44</sup> Si tratta dell'esaltazione del superiore interesse del minore nel consolidare i propri legami familiari come tutela della propria identità nella vita privata e familiare che si delinea nelle pronunce della Corte che richiamano la

posto al centro delle questioni che lo riguardano, ha una condizione giuridica specifica di minore adottato mediante adozione in casi particolari, condizione che va protetta *ex se* e non più in relazione all'adozione piena o come riflesso di forme alternative di tutela del minore.

Sembra che questa sia un'ulteriore occasione per la Corte di ribadire come ormai tutti gli istituti che riguardano i minori vadano letti in una prospettiva nuova, non più adultocentrica, in cui i diritti del minore sono ancora intesi quale riflesso della tutela dei diritti personalissimi dell'adulto, ma in una prospettiva concentrata sulla specifica condizione del minore.

E' proprio rispetto alla condizione giuridica del minore adottato che la Corte introduce il terzo concetto chiave della pronuncia in commento, ovvero il diritto all'identità che mira a garantire che anche il minore sviluppi la propria personalità individuale nell'ambito della comunità, generale e particolare, in cui tale personalità individuale è venuta svolgendosi, estrinsecandosi e solidificandosi<sup>45</sup>.

Si tratta di un diritto che è forgiato proprio dall'appartenenza nel minore alla famiglia e ai legami che in essa si generano, diritto fondamentale e qualificante della persona del minore. La *ratio* dell'art. 2 Cost. assieme all'art. 8 Cedu è proprio quella di tutelare la persona minore di età in tutti i suoi modi di essere essenziali<sup>46</sup>, imponendosi come diritto primario e personalissimo del minore<sup>47</sup> che in questa pronuncia riceve una esaltazione mai rintracciata prima.

Fatta questa premessa, la Corte nel punto 7.1.1. del Considerato in diritto della pronuncia 79/22, ricorda che il figlio ha diritto a mantenere rapporti significativi con i parenti (315 bis c.c.)<sup>48</sup> al di là dei legami fra i genitori (337 ter c.c.), in tal modo viene accentuato il «*rilievo personalistico delle relazioni familiari a cui si aggiungono gli ulteriori effetti che, a partire dalle relazioni parentali, si diramano nell'intero sistema giuridico e concorrono alla tutela del figlio e alla costruzione dell'identità del minore*». Rispetto al concetto di relazioni familiari si precisa che lo status e l'identità del minore si radicano proprio nella sua appartenenza alla comunità, ovvero a quell'insieme di legami familiari propri della sua vita quotidiana come sono quelli con il ramo genitoriale del genitore adottante. Ciò, tra l'altro,

---

giurisprudenza della Cedu nell'interpretazione che viene data dell'art. 8 Cedu. Corte Cost. 33/2021; 32/2021; 230/2020.

<sup>45</sup> C.E. RAFFIOTTA, *Appunti in materia di diritto all'identità personale*, 26 gennaio 2010, 3, in *forum di Quaderni Costituzionali*, 10 febbraio 2010.

<sup>46</sup> Nello specifico, l'ancoraggio costituzionale del diritto all'identità personale è rinvenibile nell'art. 2 Cost., nella sua più ampia dimensione che va inteso come una fattispecie aperta che non si limitava soltanto a riepilogare i diritti fondamentali espressamente menzionati nel testo costituzionale, ma tutela il libero ed integrale svolgimento della persona umana, idonea di conseguenza ad includere ed assicurare tutela a nuovi interessi emergenti ed essenziali della persona. A. BARBERA, *Nuovi diritti: attenzione ai confini*, in L. CALIFANO (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, 2004 ed anche A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali, art. 1-12*, Bologna, 1975, 50 ss.

<sup>47</sup> Sono numerosi i modelli familiari caratterizzati da diverse tipologie di identità del singolo individuo che è parte della famiglia, identità rilevante per l'ordinamento e meritevole di tutela, in particolare quando riguarda un rapporto di filiazione. Come messo in luce in dottrina, C.M. BIANCA, *La famiglia*, Milano, 2006, 313 e ss., nella disciplina della filiazione contenuta nel codice civile, quale «*rapporto intercorrente tra la persona fisica e coloro che l'hanno concepita*», viene valorizzata anche la tutela «*del momento di formazione di tale legame, tanto a livello naturale, quanto giuridico*» e quindi, oggi, rispetto a tutte le diverse forme di filiazione che conosciamo oltre a quella naturale, ovvero quella adottiva, quella che deriva da fecondazione eterologa e da surrogazione di maternità.

<sup>48</sup> All'interno della parentela, vanno richiamati soprattutto i rapporti con gli ascendenti artt. 316 bis c.c. e 317 bis c.c..

trova conferma nell'art. 57 l. adozione, il quale specifica che l'adozione del minore non può prescindere dal suo inserimento in un contesto familiare poiché «*il giudice nel decidere sull'adozione in casi particolari deve verificare... l'ambiente familiare degli adottanti*».

Quindi per la Corte il perseguimento del superiore interesse del minore nell'istituto dell'adozione in casi particolari consiste proprio nel riconoscere i nuovi legami familiari quando egli viene adottato dal partner del proprio genitore biologico; ciò risponde all'esigenza di tutelare l'identità del minore<sup>49</sup> che definisce proprio la sua specifica condizione giuridica di figlio adottivo.

In precedenza, con la sentenza n. 120 del 2001, la Consulta aveva delineato l'esistenza di un diritto allo *status filiationis*, quale elemento costitutivo dell'identità personale, tutelato dagli artt. 7 e 8 della Convenzione sui diritti del fanciullo e dall'art. 2 Cost., presupposto essenziale del radicarsi di un diritto all'identità, non tanto rispetto ai genitori, quanto invece rispetto ai parenti del genitore adottivo. Infatti, se è vero che alla nozione di identità si collega quella di personalità del minore che «*si è venuta solidificando*», l'identità va identificata, tanto in una accezione naturale, ovvero biologica, frutto della natura, quanto in un'accezione giuridica e quindi delinarsi, sia rispetto alla prima famiglia del minore, sia della seconda.

L'altro profilo di rilievo che denota la pronuncia in esame riguarda proprio la definizione, nell'ambito del diritto all'identità del minore<sup>50</sup>, di una nuova e più complessa accezione: infatti, se da un lato la Corte esalta l'identità del minore che deriva dal suo inserimento nella famiglia del genitore adottivo e quindi l'acquisizione di una nuova rete di relazioni, dall'altra evidenzia i legami del minore con la famiglia di origine<sup>51</sup>, che insieme realizzano la c.d. doppia appartenenza del minore. Ciò in quanto, se è vero che alla famiglia vengono riconosciuti i diritti fondamentali dell'uomo, è nell'evoluzione del fenomeno familiare in cui l'individuo si realizza che uno di questi diritti si afferma, ovvero quello alla tutela della propria identità personale come singolo e rispetto ai membri della famiglia, sia essa quella biologica sia essa quella adottiva.

In altre parole, dal momento che la genitorialità biologica non esclude quella adottiva ma, come evidenziato anche dalla giurisprudenza di legittimità<sup>52</sup>, essa crea un vincolo di filiazione giuridica che si

<sup>49</sup> P. NATOLI, *Sul diritto all'identità personale. Riflessioni introduttive*, in *Riv. inf.*, 1985, 56; L. BIGLIAZZI GERI, «*Impressioni sull'identità personale*», in *Riv. inf.*, 1985, 568; P. ZATTI, *Dimensioni ed aspetti dell'identità nel diritto privato attuale, L'identità nell'orizzonte del diritto privato*, Seminario di studi, Padova, 21 aprile 2006, supplemento di *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 4, 2007, 1.

<sup>50</sup> L'identità si configura allora come principale elemento essenziale e distintivo del patrimonio individuale e costituisce, tanto un vero e proprio diritto, che si è consacrato a livello normativo e giurisprudenziale, quanto un interesse della persona ad essere identificata e riconosciuta nella sua realtà individuale. V. ZENO ZENCOVICH, *Identità personale*, Dig. Disc. Priv., IX, Torino, 1993, 294 e poi G. PINO, *L'identità personale*, in *Trattato di biodiritto*, Torino, 2010, 306 il quale afferma che *l'identità personale è il risultato, continuamente rivedibile, di un processo: un processo di identificazione*.

Sulla natura multiforme di tale diritto, si rinvia a G. MATUCCI, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore* (Nota a sent. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272), in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 15 febbraio 2018, 11 e ss.

<sup>51</sup> Scrive la Corte nel considerato in diritto 8.3. «*l'aggiunta dei legami familiari accomunati dallo stipite da cui deriva il genitore adottivo, a quelli accomunati dallo stipite, da cui discende il genitore biologico, non è che la naturale conseguenza di un tipo di adozione che può pronunciarsi anche in presenza dei genitori biologici e che vede dunque, il genitore adottivo che esercita la responsabilità genitoriale, affiancarsi a quello biologico*».

<sup>52</sup> Cass. civ., sez. I civile ord. n. 35840/2021 e Cass. Sez. Unite civili, n. 8847/2020.

sovrappone a quello di sangue non estinguendolo, di fatto si hanno due vincoli di filiazione, in cui il minore ha una sorta di identità duplice<sup>53</sup>, data da una doppia appartenenza alla famiglia biologica e a quella adottiva che non si escludono, ma si compenetrano rispetto al genitore e soprattutto ai legami familiari.

#### 4. I profili di illegittimità costituzionale emersi dalla sentenza n. 79/2022

Secondo la Corte l'art. 55 della l. 184/1983, nel rinvio all'art. 300 comma 2 c.c., risulta in contrasto con alcuni principi di rilievo costituzionale e sovranazionale e nello specifico con gli artt. 3, 31, 117 Cost., quest'ultimo nel rinvio all'art. 8 Cedu, oltre che indirettamente con l'art. 2 Cost., per la lesione del diritto dell'identità del minore che gli deriva «*dall'inserimento nell'ambiente familiare del genitore adottivo e dunque dall'appartenenza a quella nuova rete di relazioni*»<sup>54</sup> che, sommandosi ai legami che gli derivano dalla famiglia biologica consolida nel minore la c.d. doppia appartenenza.

Rispetto alla violazione degli artt. 3 e 31 Cost., la riforma della filiazione<sup>55</sup>, nel consacrare l'unicità dello status di figlio, ha sancito che non debbono esserci discriminazioni, sostanziali e processuali tra i figli, come avveniva invece in passato. Il figlio naturale, adottivo e nato nel matrimonio, sono figli e basta. Sulla base di questo argomento, la Corte afferma che il minore adottato ha lo status giuridico di figlio e quindi risulta discriminatorio<sup>56</sup> nel contrasto con gli artt. 3 e 31 Cost.<sup>57</sup>, il diniego di relazioni tra l'adottato e i parenti dell'adottante perché lo differenzia dal figlio naturale e dal figlio che viene adottato con adozione piena nazionale ed internazionale, realizzando una vera e propria discriminazione ormai anacronistica e non in linea con l'impianto del codice civile e delle leggi complementari realizzato con la riforma della filiazione.

<sup>53</sup> Secondo la Corte di Strasburgo, infatti, la tutela dell'identità deve essere rinvenuta a monte nella tutela del legame familiare concretamente instaurato, sebbene non conforme alla verità biologica o genetica. G. CHIAPPETTA, *Status personae e familiae nella giurisprudenza delle corti sovranazionali*, in *Famiglie e minori*, Napoli, 2011, 25 e ss.; P. PERLINGERI, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee*, Napoli, 2008. Stanzone, afferma che l'identità del figlio si fonda anche su una filiazione c.d. vissuta, basata sul rapporto affettivo, fondamento di riconoscimento del legame tra genitori e figli sul piano del diritto. M.G. STANZIONE, *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, Torino, 2015, in linea con l'interpretazione dell'art. 8 data dalla Cedu secondo cui, nella nozione di vita familiare, rientra anche il rapporto valido ed affettivo tra genitori e figli.

<sup>54</sup> Corte Cost. n. 79/2022 punto 8.2 del Considerato in diritto.

<sup>55</sup> Il legislatore della riforma del 2012, nel valorizzare i legami parentali, ha disegnato un complesso di diritti e di doveri facenti capo ai parenti, che accompagnano il percorso di crescita del minore, con l'apporto di relazioni personali ed anche di tutele patrimoniali. Il figlio ha diritto, infatti, «*a mantenere rapporti significativi con i parenti*» (art. 315-bis c.c.), al di là dei legami fra i genitori (art. 337-ter c.c.). A questo nucleo di previsioni riformate, che accrescono il rilievo personalistico delle relazioni familiari, si aggiungono ulteriori effetti che, a partire dalle relazioni parentali, si diramano nel sistema giuridico e concorrono alla tutela del figlio e alla costruzione dell'identità del minore.

<sup>56</sup> Sul carattere discriminatorio della disposizione, Corte Cost. 276/2020; 241/2014; 5/2000; 89/1996; ord. 43/2021)

<sup>57</sup> Si tratta di una specificazione del principio di tutela dell'interesse del minore che si radica anche nell'art. 31, co. 2, Cost., che impegna la Repubblica a proteggere «*l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo*». Su tale ultimo aspetto, si rinvia alle sentenze Corte cost., n. 102 del 2020, n. 272, n. 76 e n. 17 del 2017, n. 205 del 2015, n. 239 del 2014.

Tale discriminazione ormai inaccettabile realizza un *vulnus* nella sfera soggettiva del minore, tanto che la Corte utilizza proprio il termine «*privazione della rete di tutele personali e patrimoniali scaturienti dal riconoscimento giuridico dei legami parentali, che il legislatore della riforma della filiazione, in attuazione degli artt. 3, 30 e 31 Cost. ha voluto garantire a tutti i figli a parità di condizioni, perché tutti i minori possano crescere in un ambiente solido e protetto da vincoli familiari, a partire da quelli più vicini, con i fratelli e i nonni*».

Dunque il minore adottato, pur avendo lo status di figlio si vede privato del riconoscimento giuridico della sua appartenenza proprio a quell'ambiente familiare, che il giudice è chiamato, per legge a valutare, al fine di deliberare in merito all'adozione. Ne consegue che, al di là dell'unificazione dello status di figlio, al solo minore adottato in casi particolari vengono negati i legami parentali con la famiglia del genitore adottivo. In modo irragionevole un aspetto così rilevante per la crescita e per la stabilità di un minore viene regolato con la disciplina di un istituto, l'adozione del maggiore d'età, che invece è stato plasmato su esigenze esclusivamente patrimoniali e successorie.

Per la Corte la norma censurata priva il minore della rete di tutele personali e patrimoniali scaturienti dal riconoscimento giuridico dei legami parentali, che il legislatore della riforma della filiazione, in attuazione degli artt. 3, 30 e 31 Cost., ha voluto garantire a tutti i figli a parità di condizioni. Al contempo, come già messo in luce, la disciplina censurata lede il minore nell'identità che gli deriva dall'inserimento nell'ambiente familiare del genitore adottivo e, dunque, dall'appartenenza a quella nuova rete di relazioni, che di fatto vanno a costruire stabilmente la sua identità.

In merito infine alla violazione dell'art. 117 primo comma Cost. in relazione all'art. 8 Cedu nell'interpretazione della Corte Europea dei diritti dell'uomo, nella pronuncia si osserva che la previsione dell'art. 55 l. n. 184/1983 è in contrasto, in primo luogo, con l'interpretazione che la Cedu ha dato del concetto di vita familiare, di cui fanno parte anche le relazioni adottive. Nel richiamare la giurisprudenza della Cedu, la Corte si soffermava su una pronuncia in particolare, *Marckx c. Belgio*,<sup>58</sup> nella quale si affermava che la disciplina in base alla quale la madre non coniugata può creare un legame con la figlia *illegittima* solo mediante adozione semplice, violava l'obbligo positivo di garantire la vita familiare poiché tale adozione è inidonea a far sorgere legami parentali che, secondo la Cedu, costituiscono una parte considerevole della vita familiare. Sempre partendo dall'art. 8, la Corte richiama altre sentenze della Cedu in tema di identità in cui si afferma che «*la filiazione riguarda un profilo basilare dell'identità stessa del minore, il che attrae tale concetto nella nozione di vita privata e familiare*».<sup>59</sup> In tal senso, il riconoscimento al minore di legami familiari con i parenti del genitore per l'acquisizione dello stato di figlio riveste un significato primario nella nozione di vita familiare dell'articolo 8 della Cedu e va a comporre l'identità del minore. Pertanto solo con la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 55 si può rendere effettiva la tutela offerta al minore dall'adozione in casi particolari, consentendo la piena protezione del suo superiore interesse.

<sup>58</sup> Corte Edu, sentenza 13 giugno 1979 *Marckx c. Belgio*.

<sup>59</sup> Corte Edu, sentenza 26 settembre 2014, *Mennesson c. Francia* e sentenza 26 settembre 2014, *Lambasee c. Francia*.



## 5. Il rapporto tra Corte e Legislatore nella sentenza in esame

Con la pronuncia in esame la Corte si conferma, ancora una volta, in un ruolo supplente a quello del Legislatore.

Come già anticipato in precedenza, con le sentenze non n. 32 e 33 del 2021, la Corte evoca l'intervento del legislatore al fine di bilanciare i vari interessi in gioco nell'ambito della tutela dei minori nati da maternità surrogata. Nello specifico, con la sentenza n. 33/2021 la Corte aveva già asserito che fosse affidato alla discrezionalità del Legislatore il compito di individuare le tutele più efficaci per i minori nati da maternità surrogata in osservanza anche della giurisprudenza e dei principi costituzionali e sovranazionali. Tuttavia, la Corte si trova a dover supplire allo stallo in cui il Legislatore è precipitato e deve intervenire al fine di colmare il vuoto di tutela che subiscono i legami affettivi del minore.

Si segnala, ancora una volta, un'interversione del rapporto tra legislazione e giurisdizione: di norma è la legge a riconoscere l'esistenza di uno status ed il compito del giudice è quello di assicurare che tale status sia connotato da tutte le tutele necessarie. Invece, nel caso in esame, come avvenuto di frequente soprattutto nelle questioni afferenti la famiglia e i minori, è la giurisprudenza a dover intervenire per prima nella complessa opera di riconoscimento di nuove situazioni giuridiche, in particolare quelle sorte grazie a progresso della scienza, dal cui riconoscimento il legislatore non può più sottrarsi.<sup>60</sup>

Rimanendo nell'ambito delle pronunce in materia di famiglia e filiazione, dobbiamo segnalare che le risposte che i giudici hanno fornito negli ultimi anni, nel tentativo di attenuare la lacuna legislativa, sono state nel segno di tutelare l'interesse superiore del minore alla continuità dei rapporti genitoriali, anche nel caso di ricorso alla c.d. adozione in casi particolari.

Tuttavia, dobbiamo ricordare che il legislatore ha un'ampia discrezionalità in queste sfere delicate ed è lui che deve trovare il punto di bilanciamento tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel preminente rispetto della dignità della persona ed in particolare del minore<sup>61</sup>.

Proprio per la delicatezza delle questioni, sarebbe indispensabile un intervento legislativo che introduca una riforma organica che porti ad un puntuale riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore anche nei confronti della madre intenzionale<sup>62</sup> così come di coloro che di fatto sono i suoi parenti.

<sup>60</sup> Sul punto, F. PATERNITI, *Status di figlio e limiti alle possibilità genitoriali delle coppie omoaffettive: lacune dell'ordinamento, attese legislative e (problematici) arresti giurisprudenziali*, in *Rivista AIC*, 4, 2021.

<sup>61</sup> È interessante richiamare quanto affermato da Ruggeri rispetto alle sentenze 32 e 33 del 2021 secondo il quale vi è l'urgenza «di un complessivo rifacimento dell'impianto legislativo, in modo da dotare la relativa struttura della necessaria flessibilità e rispondenza ai valori costituzionali, nel loro fare "sistema", con particolare riguardo, sopra tutti, per il metadiritto della dignità». A. RUGGERI, *op.cit.*, 203.

<sup>62</sup> 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*, 1, 2021 che afferma espressamente che «appare indispensabile un puntuale intervento legislativo che introduca una riforma complessiva e organica che individui i mezzi più congrui e adatti al raggiungimento di un fine costituzionalmente necessario. Insomma, spetta alla discrezionalità legislativa il compito di prendere in considerazione e ponderare opportunamente la molteplicità di situazioni peculiari oggi esistenti, a mezzo di uno specifico e puntuale riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore anche nei confronti della madre intenzionale».



In realtà la Corte, con le sentenze n. 32 e 33 del 2021, si rivolgeva al legislatore in modo ancora più perentorio rispetto alla propria giurisprudenza precedente.<sup>63</sup> Infatti, con la sentenza n. 230/2020 la Corte, sempre in tema di tutela del diritto alla genitorialità nelle coppie dello stesso sesso, affermava che sul punto debba intervenire in prima battuta il legislatore, in quanto interprete della volontà della collettività, chiamato «*a tradurre 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*»<sup>64</sup>. La dottrina sul punto è chiara nell'affermare che è il legislatore a doversi porre quale «*interprete della coscienza sociale...laddove la scelta per il diritto all'omogenitorialità non è contenuta nella Costituzione; quest'ultima non vi si oppone, dice la stessa sentenza 230 del 2020, ma certo nemmeno la impone. Sicché, piuttosto che cercare di arruolare la giurisprudenza costituzionale, chi invoca quel diritto convinca la maggioranza dei parlamentari ad approvare una legge nella direzione voluta*»<sup>65</sup> si spinge oltre il monito e aggiunge qualcosa di più, fornendo al legislatore «*in via esemplificativa*», alcuni suggerimenti per una futura regolazione in materia, al fine di riempire quel vuoto di tutela»<sup>66</sup>.

Tuttavia, secondo una parte della dottrina la Consulta osserva il limite costituito dal rispetto della discrezionalità del legislatore ma di fatto si «*spinge in avanti fino ad occupare del tutto il campo in un tempo ormai lontano ritenuto essere in modo esclusivo riservato al legislatore*»<sup>67</sup>, come avviene nella pronuncia in commento dove la Corte, nel solco delle proprie pronunce richiamate, fa un definitivo passo in avanti e completa, attraverso un proprio intervento concreto ed incisivo, il complesso mosaico delle tutele del minore, intervenendo con una declaratoria di incostituzionalità volta a garantire a tutti i minori adottati il riconoscimento dei rapporti di parentela che nascono dall'adozione in casi particolari.

## 6. Conclusioni

Dalla lettura della pronuncia in esame e degli istituti che riguarda da vicino, è possibile, in conclusione, definirla una decisione fondamentale nel panorama delle sentenze della Corte aventi ad oggetto le tutele del minore nella famiglia.

<sup>63</sup> Corte Cost. sent. n. 230 del 2020.

<sup>64</sup> Corte Cost. sent. n. 230 del 2020 e ancor prima Corte Cost. sent. n. 84/2016.

<sup>65</sup> N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *federalismi*, 27 gennaio 2021

<sup>66</sup> Zanon in maniera ancora più incisiva afferma che «in particolare, la Corte fa riferimento alla possibilità di una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento dei legami affettivi stabili, ovvero all'introduzione di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca la pienezza dei diritti connessi a tutti i nati da progetti familiari omogenitoriali, in modo tempestivo ed efficace. La Corte invoca dunque un urgente intervento del legislatore per sanare le rilevanti lacune della disciplina legislativa, ma, al tempo stesso, non si trattiene dal prefigurare talune soluzioni, alle quali lo stesso legislatore potrà attingere, discrezionalmente, nell'ampio ventaglio di scelte normative a lui riservate». È grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore, riscontrato in questa pronuncia». N. ZANON, *op.cit.*, 11 e ss.

<sup>67</sup> 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*, 221.

Il carattere fortemente significativo della pronuncia risiede infatti nella sua capacità di valorizzare i legami familiari presenti nell'istituto dell'art. 44 lett. d), ponendo questi ultimi come mezzi essenziali ed imprescindibili nella creazione dell'identità del minore, non limitati al legame genitoriale ma esaltati quale veicolo per garantire al minore una sana crescita psicofisica all'interno dell'intera comunità familiare. In tal senso infatti la Corte sancisce che l'adozione non si può esaurire nel rapporto con i genitori, ma deve trovare la propria ragion d'essere anche e soprattutto nella rete dei legami familiari. Correlativamente, la pronuncia è fortemente significativa perché attuale, nella lettura contemporanea che la Corte fornisce dell'interesse del minore, letto in modo estremamente fluido e moderno, ma anche dell'effettività e dell'affettività dei rapporti, nel solco di quanto già era stato fatto, prima con la riforma della filiazione e poi nelle sentenze della giurisprudenza e costituzionale e di legittimità.

La Corte interviene in punto di effettività laddove non ritiene ammissibile negare la produzione di effetti giuridici per ciò che già di fatto avviene ed in modo pieno al livello di relazioni esistenziali. Non solo, ma la Corte afferma con forza, sempre sul piano dell'effettività, che non vanno esclusi gli effetti della parentela nelle adozioni in casi particolari perché persistono, nella sfera giuridica dell'adottato, rapporti con la sua famiglia di origine. Anzi, nella creazione dell'identità di un soggetto in formazione quale è il minore rileva, tanto l'apporto dato dalla famiglia di origine, quanto quello che gli perviene dalle relazioni con la famiglia dell'adottante, poiché in lui si consolida un'identità composita in linea con una lettura moderna ed in continuo divenire<sup>68</sup> dell'istituto della famiglia<sup>69</sup>.

In conclusione la Corte, in attesa che il Legislatore intervenga in modo effettivo, traccia i nuovi confini della famiglia attorno alla figura del minore, così rafforzando il complesso delle sue tutele nel perseguimento del suo superiore interesse alle relazioni e ai legami familiari.

<sup>68</sup> Tale evoluzione si rintraccia nella rivoluzione «...degli istituti adottivi<sup>3</sup> e in special modo dell'adozione particolare ci sta la profonda trasformazione della famiglia e del diritto di famiglia, il passaggio dall'unico modello di famiglia all'immagine plurale di realtà familiari sempre più fluide nei modi in cui si formano e nel tipo di relazioni cui danno vita». G. FERRANDO, *op. cit.*, 2.

<sup>69</sup> P. BARCELLONA, voce *Famiglia* (diritto civile), in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 780, il quale afferma: «A seconda delle esigenze e degli interessi presi in considerazione dalla legge nelle singole norme, l'ambito delle relazioni familiari che assumono rilevanza si allarga o si restringe, dando luogo ad una molteplicità di figure o di significati».

## Una rinnovata attenzione per il sistema delle REMS: dall'ordinanza istruttoria n. 131 del 2021 alla sentenza n. 22 del 2022 della Corte costituzionale

Valentina Piscopo\*

A RENEWED FOCUS ON THE REMS SYSTEM: FROM INVESTIGATION ORDER NO. 131 OF 2021 TO JUDGMENT NO. 22 OF 2022 OF THE CONSTITUTIONAL COURT

ABSTRACT: The article starts from the examination of two recent rulings of the Constitutional Court concerning the system of Residences for the execution of security measures (order n. 131/2021 and sentence n. 22/2022). At the outcome of the preliminary investigation and of the unconstitutionality, detected but not declared, it emerges that the evolution path of the system of detention security measures, which has gone from hospitalization in judicial psychiatric hospitals to placement in exclusively healthcare management structures, it is still in progress. In fact, interventions are necessary to overcome the main criticalities of this system (including waiting lists), which, in order to be effective, require a serious political and financial commitment.

KEYWORDS: Security measures; investigation order of the Constitutional Court; unconstitutionality detected but not declared; waiting lists

ABSTRACT: Il contributo parte dalla disamina di due recenti pronunce della Corte costituzionale concernenti il sistema delle Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (ordinanza n. 131/2021 e sentenza n. 22/2022). All'esito dell'istruttoria e dell'incostituzionalità, rilevata ma non dichiarata, emerge che il percorso di evoluzione del sistema delle misure di sicurezza detentive, il quale è passato dal ricovero presso gli ospedali psichiatrici giudiziari alla collocazione presso delle strutture a gestione esclusivamente sanitaria, è ancora in divenire. Sono, infatti, necessari interventi volti a superare le principali criticità di tale sistema (tra cui le liste d'attesa), i quali, per poter essere efficaci, richiedono un serio impegno politico e finanziario.

PAROLE CHIAVE: Misure di sicurezza; ordinanza istruttoria della Corte costituzionale; incostituzionalità rilevata ma non dichiarata; liste d'attesa

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L'ordinanza di rimessione del GIP del Tribunale di Tivoli – 3. L'ordinanza istruttoria n. 131 del 2021 della Corte costituzionale – 4. Il travagliato percorso che ha portato all'abolizione degli Ospedali psichiatrici giudiziari e all'introduzione delle REMS – 5. La sentenza n. 22 del 2022: un caso di incostituzionalità

\* *Dottoressa in Giurisprudenza, Università degli Studi di Trento. Mail: [valentina.piscopo@hotmail.com](mailto:valentina.piscopo@hotmail.com). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

rilevata ma non dichiarata – 6. Focus su una delle principali problematiche emerse: le liste d’attesa – 7. Considerazioni conclusive: prospettive.

## 1. Premessa

**A** seguito delle recenti pronunce della Corte costituzionale (ordinanza n. 131 del 2021 e sentenza n. 22 del 2022), il sistema delle REMS, frutto di un lungo e complesso percorso riformatore, che ha portato al superamento degli Ospedali psichiatrici giudiziari e all’introduzione di tali Residenze connotate da una natura spiccatamente sanitario-terapeutica, è tornato al centro del dibattito giuridico e, auspicabilmente, anche politico<sup>1</sup>.

Con il presente contributo si intende tracciare l’iter che dall’ordinanza di rimessione del GIP presso il Tribunale di Tivoli ha portato alle suddette pronunce della Consulta, le quali, pur pervenendo infine ad una declaratoria di inammissibilità, hanno “scoperchiato il vaso di Pandora”, dal momento che hanno mostrato le criticità che affliggono il sistema dell’esecuzione delle misure di sicurezza privative della libertà personale, non soltanto con riguardo ai profili di frizione dell’attuale disciplina normativa con alcuni principi costituzionali, ma anche in riferimento al grave malfunzionamento strutturale del sistema di applicazione e assegnazione in REMS<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. Corte cost., ordinanza n. 131 del 24/06/2021 e Corte cost., sentenza n. 22 del 27/01/2022, entrambe consultabili su [www.cortecostituzionale.org](http://www.cortecostituzionale.org) (ultima consultazione 12/01/2023).

Per un primo commento dell’ordinanza istruttoria n. 131 del 2021 si veda G. MARINO, *REMS: la Consulta dispone un’istruttoria sulle difficoltà di applicazione (nota a Corte Costituzionale, 24 giugno 2021, n. 131)*, in *Diritto & Giustizia*, 126, 2021. Con riguardo alla sentenza n. 22 del 2022 si veda F. GUALTIERI, *L’applicazione delle misure di sicurezza detentive e il “malfunzionamento strutturale” del sistema delle REMS, secondo C. Cost., sentenza n. 22 del 2022: un punto di svolta nel percorso di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it) (ultima consultazione 12/01/2023), 7 febbraio 2022; P. CIRILLO, *REMS: urge una complessiva riforma di sistema (nota a Corte Costituzionale, 27/01/2022, n. 22)*, in [lpenalista.it](http://lpenalista.it) (ultima consultazione 12/01/2023), 28 febbraio 2022; G. MENTASTI, *L’attuale disciplina delle REMS al vaglio della Corte costituzionale: tra riserve di legge non rispettate e liste d’attesa serve ancora un intervento del Legislatore. Note a margine della ‘pronuncia-monito’ della Corte costituzionale n. 22/2022*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 3, 2022, 1188 ss.; M. PATARNELLO, *REMS, carcere e malattia mentale, fra bilanci e prospettive*, in *Questione giustizia*, 11 gennaio 2023.

<sup>2</sup> Cfr. ordinanza del GIP del Tribunale di Tivoli dell’11 maggio 2020.

Per una prima analisi dell’ordinanza del Tribunale di Tivoli si veda A. CALCATERRA, *Misura di sicurezza con ricovero in REMS: il ritorno al passato no! (Commento all’Ordinanza del GIP di Tivoli in tema di misure di sicurezza detentive in ambito psichiatrico)*, in *Diritto penale e uomo*, 6 luglio 2020; G. NICOLÒ, *REMS, oltre le buone intenzioni, no al ritorno al passato e problema di legittimità costituzionale. Quindi quale futuro?*, in *Questione giustizia*, 4 febbraio 2021; M. PATARNELLO, *Le Rems: uscire dall’inferno solo con le buone intenzioni*, in *Questione giustizia*, 2 giugno 2020; F. SANTIN, *Salute mentale e Rems: l’eterno scontro tra giustizia e salute*, in [www.rapportoantigone.it](http://www.rapportoantigone.it) (ultima consultazione 12/01/2023). Occorre precisare che alcune delle criticità concernenti il sistema delle REMS, prospettate dal giudice a quo, erano già emerse nel corso dei lavori di alcune Commissioni parlamentari, tra cui la Commissione Giostra, la Commissione Pelissero e, da ultimo, la Commissione Ruotolo. In particolare, quest’ultima, istituita con d.m. 13 settembre 2021 dal Ministro della Giustizia Marta Cartabia, con il fine di elaborare una proposta idonea a rimuovere le criticità normative e logistiche che rendono l’esecuzione della pena carceraria non pienamente conforme ai principi costituzionali e alle prescrizioni europee, si era occupata anche del tema delle misure di sicurezza. Era stata qui rilevata la necessità di rivedere la disciplina regolatrice di tali misure, per porre rimedio alla stratificazione normativa determinatasi negli anni in ragione di alcuni interventi legislativi, nonché delle plurime pronunce della Corte Costituzionale.

In ragione di ciò, la Corte ha anche lanciato un monito al legislatore, affinché l'intera materia delle REMS sia organicamente riformata e siano conseguentemente superate tutte le problematiche emerse nel corso dell'istruttoria svolta dal Ministero della giustizia, dal Ministero della salute, dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e dal Presidente dell'Ufficio parlamentare di bilancio<sup>3</sup>.

## 2. L'ordinanza di rimessione del GIP del Tribunale di Tivoli

Il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Tivoli, con ordinanza dell'11 maggio 2020, ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 206 e 222 cod. pen<sup>4</sup>. e dell'art. 3-ter d.l. 211/2011 conv. in L. 17 febbraio 2012, n. 9, come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. a) del d.l. n. 52/2014, convertito con modificazioni nella legge n. 81/2014, in relazione agli artt. 27 e 110 Cost. nella parte in cui, sancendo la competenza esclusiva di Regioni e organi amministrativi in relazione all'esecuzione della misura di sicurezza detentiva del ricovero provvisorio in REMS, la sottraggono al Ministro della Giustizia, nonché nella parte in cui consentono l'adozione di disposizioni generali in materia di misure di sicurezza con atti amministrativi in violazione della riserva di legge in materia rispetto a quanto previsto dagli artt. 2, 3, 25, 32 e 110 Cost.

La vicenda oggetto della suddetta ordinanza riguarda un individuo indagato per violenza e minaccia a un pubblico ufficiale, il quale, ritenuto infermo di mente – in quanto affetto da psicosi schizo-affettiva con tratti antisociali – e socialmente pericoloso, era stato destinatario della misura di sicurezza del ricovero provvisorio presso una REMS ex artt. 206 cod. pen. e 312 cod. proc. pen.

In particolare, dopo aver chiesto al Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia di indicare la REMS presso la quale potesse essere eseguito il ricovero ed aver appreso che la responsabilità della presa in carico dell'indagato competeva esclusivamente alla regione Lazio e al relativo servizio sanitario, il Pubblico Ministero per ben dieci mesi aveva tentato, invano, di eseguire l'ordinanza di ricovero, la quale, in ragione dei dinieghi delle aziende sanitarie locali, determinati dalla assoluta indisponibilità di posti all'interno di tali strutture, non ha mai trovato attuazione<sup>5</sup>.

Non è quindi stato possibile eseguire il ricovero del Sig. P.G. presso una REMS, in quanto, da una parte le strutture site nel territorio regionale erano prive di posti disponibili, d'altra parte il DAP aveva dichiarato di non essere competente ad individuare REMS diverse da quelle indicate, né di poter adottare alcun provvedimento in tema di ricovero in REMS che, nel caso di specie, non poteva essere eseguito al di fuori della regione Lazio<sup>6</sup>.

---

A tal proposito si veda sia la relazione finale della Commissione Ruotolo, del dicembre 2021, consultabile su [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it) (ultima consultazione 12/01/2023), sia il contributo di M. VENTUROLI, *Le conclusioni della Commissione Ruotolo: una luce nella direzione del "carcere dei diritti"*, in *Diritto penale e processo*, 2022, 797 ss.

<sup>3</sup> Con riferimento alla situazione attuale delle REMS (anche rispetto a molti profili oggetto dell'approfondimento istruttorio formulato dalla Consulta con l'ordinanza n. 131 del 2021) si veda M. MIRAVALLE, *Salute mentale e Rems: a che punto siamo. Difendere la riforma, guardando oltre*, in [www.rapportoantigone.it](http://www.rapportoantigone.it) (ultima consultazione 12/01/2023).

<sup>4</sup> L'art. 206 cod. pen. disciplina l'applicazione provvisoria delle misure di sicurezza, mentre l'art. 222 cod. pen. riguarda il ricovero in un manicomio giudiziario.

<sup>5</sup> P. CIRILLO, *op. cit.*, 1-2.

<sup>6</sup> In particolare, occorre rilevare che l'intrasferibilità del Sig. P.G. fuori dal territorio regionale non risultava dipendere dalla circostanza che tale trasferimento potesse violare il principio di territorialità sancito dal comma 3, lett.

A ciò si aggiunga che la persona sottoposta ad indagini si era inoltre sistematicamente sottratta alle terapie e agli obblighi inerenti alla misura di sicurezza della libertà vigilata disposta in via provvisoria in attesa della disponibilità di un posto in una REMS, misura che, pertanto, si era rivelata del tutto inidonea a contenere la pericolosità dell'indagato<sup>7</sup>.

In ragione di ciò, nell'aprile 2020, il PM aveva trasmesso gli atti al GIP per i provvedimenti di competenza in ordine alla misura di sicurezza risultata non eseguibile ed in risposta il GIP ha sollevato questione di legittimità costituzionale nei termini sopra esposti.

Il giudice rimettente, nella parte in diritto dell'ordinanza<sup>8</sup>, ha posto in evidenza le differenze intercorrenti tra la limitazione della libertà personale conseguente al TSO, fondata sull'esclusiva tutela della salute della persona nei cui confronti tale trattamento viene applicato – secondo quanto previsto dall'art. 32 Cost. – e la limitazione della libertà personale conseguente alla misura di sicurezza detentiva provvisoria del ricovero in REMS<sup>9</sup>. Quest'ultima, infatti, trova giustificazione nella commissione di un fatto costituente reato da parte di una persona non imputabile, ma ritenuta pericolosa socialmente, nonché nella tutela dei diritti fondamentali alla vita e all'incolumità personale dei terzi diversi dall'infermo di mente che vi è sottoposto, alla luce di quanto previsto dagli artt. 2 e 25 Cost., ferma restando comunque la tutela della salute del suddetto infermo di mente *ex art. 32 Cost.*

Questa dimensione "penale" della misura di sicurezza detentiva personale, sempre secondo la ricostruzione operata nell'ordinanza di rimessione, risulta evidente anche dal complesso di disposizioni che ne disciplinano l'esecuzione, affidata al Pubblico ministero e regolata dalle norme previste dall'ordinamento penitenziario, laddove compatibili.

Dal momento che l'esecuzione della misura di sicurezza detentiva è sostanzialmente assimilabile all'esecuzione di una misura giudiziaria penale restrittiva della libertà personale, è necessario che questa sia affidata all'organo che sovrintende l'amministrazione penitenziaria e cioè al Ministro della Giustizia, al quale – secondo quanto disposto dall'art. 110 Cost. – spettano l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia.

A ciò si aggiunga che, alla luce di quanto previsto dall'art. 117, secondo comma, Cost., spetta allo Stato la legislazione esclusiva in materia di «[...] h) ordine pubblico e sicurezza [...] l) giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale [...]».

c) dell'art 3-ter del d.l. 211/2011, conv. in L. 17 febbraio 2012, n. 9, come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. a) del d.l. n. 52/2014, convertito con modificazioni nella legge n. 81/2014. Come è noto, tale disposizione prevede quale criterio fondamentale del passaggio dagli OPG alle REMS la destinazione delle strutture ai soggetti provenienti, di norma, dal territorio regionale di ubicazione delle medesime, criterio la cui *ratio* è quella di evitare lo sradicamento del soggetto affetto da disagio psichico dal luogo in cui lo stesso ha strutturato la sua vita e i suoi affetti. L'impossibilità di trasferire il Sig. P.G. fuori dalla regione sembrava dipendere piuttosto dalla mancanza di uno strumento di conoscenza della disponibilità nazionale dei posti in REMS da parte dell'Amministrazione centrale.

<sup>7</sup> A. CALCATERRA, *op. cit.*, 2-3.

<sup>8</sup> Cfr. ordinanza del GIP del Tribunale di Tivoli dell'11 maggio 2020, cit., punto 28 della parte "Considerato in diritto".

<sup>9</sup> Sulla natura non esclusivamente sanitaria dell'assegnazione ad una REMS, la quale da una parte si presenta come una misura che, seppur terapeutica, è limitativa della libertà personale e, d'altra parte si distingue dal trattamento sanitario obbligatorio, si è espressamente pronunciata la Corte Costituzionale nel punto 5.1. della parte "Considerato in diritto" della citata sentenza n. 22 del 2022.



Ferma dunque la corretta valorizzazione da parte della legge della tutela della salute dell'autore di reato infermo di mente pericoloso socialmente, non risulta tuttavia conforme ai soprarichiamati parametri costituzionali la totale estromissione da qualunque competenza in tema di organizzazione e funzionamento dei servizi relativi alla giustizia ed in particolare, in materia di esecuzione di ricovero in REMS, del Ministro della giustizia, nonché dei suoi organi amministrativi, quale il DAP.

Rispetto al caso di specie, l'esclusiva competenza in ordine all'esecuzione del ricovero provvisorio presso una REMS dei soli organi della regione Lazio unitamente al coordinamento meramente formale spettante al Ministro della Giustizia ha impedito il superamento dell'*impasse* del procedimento in oggetto protrattosi per oltre un anno.

Guardando tale vicenda da un angolo prospettico più ampio, il sistema così delineato, oltre a determinare la concreta impossibilità di eseguire la misura disposta a carico di P.G., recava con sé una disomogenea applicazione sul territorio nazionale delle norme sul trattamento penitenziario previste a tutela dei diritti inviolabili degli internati infermi di mente, esponendo a rischio non soltanto la salute di questi ultimi ma anche la vita o l'incolumità degli operatori e dei terzi.

### 3. L'ordinanza istruttoria n. 131 del 2021 della Corte costituzionale

La Corte Costituzionale, adita dal GIP del Tribunale di Tivoli, si è pronunciata con l'ordinanza n. 131, depositata il 24 giugno 2021: data l'estrema complessità delle questioni poste dal rimettente, si è ritenuta necessaria un'apposita istruttoria, ex art. 12 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte Costituzionale, finalizzata ad acquisire informazioni specifiche necessarie ai fini della decisione<sup>10</sup>.

In particolare, la Consulta ha disposto che, entro novanta giorni dalla comunicazione dell'ordinanza stessa, il Ministro della Giustizia, il Ministro della salute, il Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, nonché il Presidente dell'Ufficio parlamentare di bilancio depositassero una relazione per quanto di rispettiva competenza sui quesiti formulati nella medesima ordinanza<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Cfr.: Corte costituzionale, ordinanza n. 131/2021, cit.

Per un primo commento dell'ordinanza sopra citata cfr. *supra*, nota 1. Per una scheda di sintesi si veda il comunicato stampa del 24 giugno 2021 reperibile nel sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it) (ultima consultazione 12/01/2023).

<sup>11</sup> Per una trattazione incentrata principalmente sulla particolare tipologia di pronuncia alla quale ha fatto ricorso la Consulta, si veda P. ADDIS, *La Corte costituzionale, le REMS e un uso particolare del potere istruttorio*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2021, 1361 ss. Rilevando la sporadicità con cui la Consulta si pronuncia mediante ordinanze istruttorie, nel sopracitato contributo, l'autore ha sottolineato che nel caso di specie la Corte costituzionale, nel formulare i quattordici quesiti, ha inteso non soltanto richiedere chiarimenti funzionali alla comprensione dei possibili effetti di un eventuale accoglimento del ricorso, ma anche suscitare delle riflessioni tanto tra i decisori politici quanto nell'opinione pubblica. Con riguardo alle ragioni per le quali la Consulta si è pronunciata con un'ordinanza istruttoria, si veda S. ROSSI, *Ad occhi chiusi. Il sistema delle Rems di fronte alla Corte costituzionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 4/2021, 440 ss. Sul punto si veda anche T. GROPPI, *Nuova vita per i "vecchi" poteri istruttori? (nota a Corte Costituzionale, 24 giugno 2021, n. 131)*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 3, 2021, 1355 ss. Qui l'autrice, dopo aver esaminato i poteri istruttori che la Consulta ha esercitato dopo un lungo periodo in cui questi non venivano esercitati, ha concluso con un'affermazione che merita di essere riportata integralmente: «l'ordinanza n. 131/2021 mostra le potenzialità che i "vecchi" poteri istruttori possono dispiegare in questa nuova fase della giurisprudenza costituzionale, nella quale l'esigenza di "rendere giustizia costituzionale" porta la Corte, ancor più che in passato, ad immergersi, in nome dell'effettività della tutela, nella realtà

Si riteneva necessario acquisire ai fini della decisione una serie di informazioni, raggruppate in quattordici punti, informazioni relative al concreto funzionamento del sistema delle REMS che ha sostituito dal 2012 gli Ospedali psichiatrici giudiziari (OPG) in relazione alle difficoltà emerse nell'applicazione concreta delle misure di sicurezza nei confronti degli autori di reato infermi di mente e socialmente pericolosi<sup>12</sup>.

In particolare, le informazioni richieste dai Giudici costituzionali concernono lo stato attuale dei ricoveri in REMS (strutture attive, numero di pazienti, distribuzione territoriale, liste d'attesa e soluzioni adottate in attesa del ricovero), le maggiori criticità riscontrate, le ragioni di tali criticità – se dovute a ostacoli applicativi, all'inadeguatezza delle risorse finanziarie o ad altre ragioni – le eventuali forme di

---

fattuale, scacciando qualsiasi residua reminiscenza (se mai ce ne fosse rimasta) del controllo di costituzionalità come confronto tra norme».

<sup>12</sup>«a) quante e quali siano, attualmente, le residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS) attive sul territorio di ciascuna Regione e quanti pazienti siano effettivamente ospitati in ciascuna di esse;

b) quanti pazienti provenienti da Regioni diverse siano ospitati attualmente nelle REMS di ciascuna Regione, e come sia regolamentato il meccanismo di deroga al principio di territorialità dell'esecuzione della misura del ricovero in REMS, previsto dall'art. 3-ter, comma 3, lettera c), del decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211 (Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri), convertito, con modificazioni, nella legge 17 febbraio 2012, n. 9;

c) quante persone risultino attualmente collocate, in ciascuna Regione, nelle liste d'attesa per l'ammissione in una REMS e quanto sia il tempo medio di permanenza in tali liste;

d) quante siano, su scala nazionale, le persone destinatarie di un provvedimento di assegnazione a una REMS ancora non eseguito, adottato in via definitiva o provvisoria dal giudice;

e) quali siano, ovvero siano stati nel caso di persone definitivamente prosciolte per infermità di mente, i titoli di reato contestati alle persone di cui alla precedente lettera d);

f) quante di tali persone risultino allo stato collocate in una struttura penitenziaria sulla base di ordinanze di custodia cautelare, ovvero in reparti ospedalieri di medicina psichiatrica sulla base di ordinanze di custodia cautelare in luogo di cura (art. 286 del codice di procedura penale), o ancora siano sottoposte *medio tempore* alla misura di sicurezza della libertà vigilata, come nel caso oggetto del giudizio a quo;

g) quali siano le principali difficoltà di funzionamento dei luoghi di cura per la salute mentale esterni alle REMS per gli imputati e le persone prosciolte in via definitiva che siano risultati affetti da infermità mentale;

h) se esistano, e in caso affermativo come operino, forme di coordinamento tra il Ministero della giustizia, il Ministero della salute, le aziende sanitarie locali (ASL) e i Dipartimenti di salute mentale, volte ad assicurare la pronta ed effettiva esecuzione, su scala regionale o nazionale, dei provvedimenti di applicazione, in via provvisoria o definitiva, di misure di sicurezza basate su una duplice valutazione di infermità mentale e di pericolosità sociale dell'interessato;

i) quali specifiche competenze esercitino, in particolare, il Ministro della giustizia e il Ministro della salute rispetto a tale obiettivo;

j) se il ricovero nelle REMS, ove disposto dal giudice, nonché gli altri trattamenti per la salute mentale disposti sulla base di un provvedimento di libertà vigilata rientrino nei livelli essenziali di assistenza (LEA) che le Regioni sono tenute a garantire;

k) se sia attualmente effettuato dal Governo uno specifico monitoraggio sulla tempestiva esecuzione dei provvedimenti di applicazione delle misure di sicurezza in esame;

l) se sia prevista la possibilità dell'esercizio di poteri sostitutivi del Governo nel caso di riscontrata incapacità di assicurare la tempestiva esecuzione di tali provvedimenti nel territorio di specifiche Regioni;

m) se le riscontrate difficoltà siano dovute a ostacoli applicativi, all'inadeguatezza delle risorse finanziarie, ovvero ad altre ragioni;

n) se siano attualmente allo studio progetti di riforma legislativa, regolamentare od organizzativa per ovviare alle predette difficoltà e rendere complessivamente più efficiente il sistema di esecuzione delle misure di sicurezza applicate dal giudice nei confronti delle persone inferme di mente».

coordinamento inter-istituzionale implementate, la possibilità dell'esercizio di poteri sostitutivi del Governo nel caso di riscontrata incapacità di assicurare la tempestiva esecuzione di tali provvedimenti nel territorio di specifiche regioni, gli eventuali progetti di riforma legislativa, regolamentare, organizzativa attualmente allo studio.

#### 4. Il travagliato percorso che ha portato all'abolizione degli Ospedali psichiatrici giudiziari e all'introduzione delle REMS<sup>13</sup>

Prima di giungere all'esame degli esiti dell'istruttoria disposta dalla Consulta, la quale ha portato alla sentenza n. 22 del 2022, ed al fine di una migliore comprensione della problematica sottoposta alla sua attenzione, occorre ripercorrere le tappe che hanno condotto al superamento degli Ospedali psichiatrici giudiziari e all'introduzione delle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza nel nostro ordinamento, precisando sin d'ora che la complessità di tale vicenda emerge già sotto il profilo della ricostruzione del quadro normativo di riferimento, data la stratificazione di molteplici disposizioni di natura eterogenea susseguitesi in materia<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Per un'analisi del sistema del doppio binario accolto all'interno del nostro ordinamento, si veda M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008. In chiave critica rispetto al sistema del doppio binario si considerino, G. BETTIOL, *I problemi di fondo delle misure di sicurezza*, in G. BETTIOL (a cura di), *Stato di diritto e misure di sicurezza*, Padova, 1962, 3 ss.; F. BRICOLA, *Costituzione e misure di sicurezza*, in M. CAPPELLETTO, A. LOMBROSO (a cura di), *Carcere e società*, Venezia, 1976, 37 ss. Per un contributo più recente, si veda, *ex multis*, M. PELISSERO, *Sanità penitenziaria e doppio binario. Alcune puntualizzazioni a margine di "il reo folle e le modifiche dell'ordinamento penitenziario"*, in [archiviodpc.dirittopenaleuomo.org](http://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org) (ultima consultazione 12/01/2023), 2018. Per un'analisi completa della genesi e dell'evoluzione delle misure di sicurezza in relazione sia al Codice Rocco, sia alla Costituzione, si veda E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, in *Raccolta di studi di diritto penale*, Milano, 1978. Per un tanto risalente quanto autorevole approccio critico rispetto al sistema degli OPG, si veda T. PADOVANI, *L'ospedale psichiatrico giudiziario e la tutela costituzionale della salute*, in F.D. BUSNELLI, U. BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978, 237 ss. L'autore, all'esito della sua analisi, giunge alla conclusione per cui l'ospedale psichiatrico giudiziario, lungi dall'essere un luogo di cura, risultava essere un «ricettacolo di soggetti marginali», nei cui confronti svolgeva spesso una funzione suppletiva e vicaria rispetto all'istituzione penitenziaria (in particolare v. 272 ss.).

<sup>14</sup> Per un quadro generale delle riforme che hanno portato alla chiusura degli OPG e all'apertura delle REMS, si veda, *ex multis*, F. DELLA CASA, *Basta con gli OPG! La rimozione di un "fossile vivente" quale primo passo di un arduo processo riformatore*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, 64 ss.; A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire: l'eterna dialettica tra "cura" e "custodia" nel passaggio dagli ospedali psichiatrici giudiziari alle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2015, 1357 ss.; M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici in proroga e prove maldestre di riforme della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Diritto penale e processo*, 8, 2014, 917 ss.; M. PELISSERO, *Misure di sicurezza e Rems: una disciplina a metà del guado*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere. Definizioni, accertamento e risposte del sistema penale*, Napoli, 2020, 79 ss.; F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra "sottigliezze empiriche" e "spessori normativi": la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, in *Diritto penale contemporaneo*, 11 dicembre 2014; S. FINAZZO, *Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (introduzione delle R.E.M.S.)*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche Aggiornamento X A-Z*, Milano, 2018, 673. Per un'analisi aggiornata dell'iter che ha portato dagli ospedali psichiatrici giudiziari alle REMS si vedano: K. NATALI, *Dagli ospedali psichiatrici giudiziari alle R.E.M.S.: un disegno riformatore incompiuto*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 1° dicembre 2021, 1281 ss.; S. ROSSI, *op. cit.*, 427 ss. Per una prima valutazione del nuovo sistema delle misure di sicurezza fondato sulle REMS v. Corte cost. 23 luglio 2015, n. 186, in *Giur. cost.* 2015, 1422 ss., con nota

Un ruolo centrale in tale *iter* è stato infatti svolto dalla decretazione d'urgenza, dai regolamenti governativi, nonché dai provvedimenti adottati dalle pubbliche amministrazioni coinvolte, fonti alle quali deve aggiungersi anche il percorso della giurisprudenza, che ha segnato delle importanti tappe in questo cammino, lanciando spesso moniti al legislatore.

Occorre partire dal 1975, anno in cui, con la l. 354 di riforma dell'ordinamento penitenziario, il manicomio giudiziario (rimasto operativo anche dopo l'eliminazione dei manicomi civili avvenuta ad opera della c.d. legge Basaglia – l. 13/05/1978 n. 180) ha mutato il proprio nome per assumere quello di ospedale psichiatrico giudiziario.

Con tale cambiamento terminologico, però, nulla risultava essere cambiato nella sostanza, in quanto ciò che si è verificato è un semplice allontanamento formale dalla concezione manicomiale fino a quel momento invalsa in favore di un'asserita prevalenza delle funzioni terapeutiche che il "nuovo" istituto sarebbe stato chiamato a svolgere. Come puntualmente rilevato, infatti, a fronte di un diverso *nomen iuris*, rimane «del tutto inalterato lo *status quo ante*, che vede la componente sanitaria dell'o.p.g. sovrapposta da quella tipicamente carceraria, restando l'ospedale psichiatrico giudiziario l'ultima struttura chiusa per la cura di infermi psichiatrici»<sup>15</sup>.

Un passo in avanti si è avuto a partire dalla fine degli anni '90, in quanto le competenze in materia sanitaria sugli istituti penitenziari sono state trasferite dal DAP al Ministero della Sanità per mezzo della legge n. 419/1998<sup>16</sup> e del conseguente d.lgs. 22 giugno 1999 n. 230, avente ad oggetto il riordino della medicina penitenziaria, così come integrato dal d.p.r. 230 del 2000 concernente l'ordinamento penitenziario<sup>17</sup>.

Tuttavia, è soltanto nel 2008 che, per la prima volta, si sono poste le basi normative per il superamento dell'istituto dell'ospedale psichiatrico giudiziario: il d.p.c.m. 1° aprile 2008 rappresenta, infatti, una pietra miliare nel processo di superamento degli OPG, in quanto è con tale fonte che è stato sancito il passaggio della competenza nella "gestione" degli internati dal DAP al SSN<sup>18</sup>.

Il piano ideato dal legislatore, però, non si è svolto secondo le originarie previsioni ed il definitivo superamento degli OPG è stato sancito – anche se non realizzato – soltanto nel 2012 con l'inserimento dell'art. 3-ter nel d.l. 22 dicembre 2011 n. 211, ad opera della L. 17 febbraio 2012 n. 9, con la quale ne è stata disposta la conversione<sup>19</sup>.

---

di A. PUGIOTTO, *La "giurisprudenza difensiva" in materia di Ospedali psichiatrici giudiziari a giudizio della Corte costituzionale*.

<sup>15</sup> Così letteralmente S. FINAZZO, *op. cit.*, 676.

<sup>16</sup> Sul punto, nonché sulla ricostruzione del percorso che ha portato al superamento degli OPG e all'affermarsi delle REMS con la loro relativa gestione di stampo sanitario si veda l'ordinanza del GIP del Tribunale di Tivoli, punto 13 ss. della parte "Considerato in diritto".

<sup>17</sup> S. FINAZZO, *op. cit.*, 681.

<sup>18</sup> Si consideri infatti che l'art. 5, comma 1, del d.p.c.m. 1° aprile 2008 ha decretato il trasferimento alle regioni delle funzioni sanitarie afferenti agli OPG ubicati nel territorio delle medesime e che nell'allegato C) – che conteneva un vero e proprio programma di superamento per gradi degli OPG – sono state dettate linee guida concernenti una progressione di interventi che le regioni avrebbero dovuto attuare mediante le rispettive aziende sanitarie.

<sup>19</sup> Come è stato messo in luce da diversi autori – tra cui S. FINAZZO, *op. cit.*, 683 ss. – ciò che ha determinato una spinta propulsiva dal carattere decisivo verso il superamento degli OPG è stata la pubblicazione dei lavori di indagine svolti dalla "Commissione parlamentare di inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del Servizio sanitario na-

In particolare, il legislatore, pur in assenza di una riforma della disciplina penalistica in materia di imputabilità e di pericolosità sociale, al comma 4° dell'art. 3-ter suddetto aveva stabilito che entro il 1° febbraio 2013 avrebbe dovuto essere completato il processo di superamento degli OPG e di relativa apertura delle REMS.

Occorre qui soffermarsi sui tre criteri direttivi posti dal comma 3° di tale norma.

Innanzitutto ivi si prevede una gestione all'interno delle strutture esclusivamente sanitaria, con conseguente superamento del regime para-carcerario degli OPG.

Una volta stabilita la precipua funzione terapeutica delle REMS, il legislatore si è, però, adoperato anche per fronteggiare la possibile pericolosità di taluni soggetti ospitati nelle nuove residenze, disponendo in particolare che il decreto delegato intervenga sulla attività perimetrale di sicurezza e vigilanza esterna, la quale dovrà essere subordinata ad eventuali connotati di pericolosità sociale che caratterizzino i soggetti ospitati nella singola struttura.

Infine, il legislatore ha stabilito la destinazione delle strutture ai soggetti provenienti di norma dal territorio regionale di ubicazione delle REMS.

Successivamente venivano stabiliti i requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi delle strutture residenziali destinate ad accogliere le persone cui erano applicate le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione a casa di cura e custodia con il D.M. 1° ottobre 2012 del Ministro della Salute di concerto con il Ministro della Giustizia. In particolare, si stabiliva che la capienza massima di ciascuna struttura non potesse superare il numero massimo di venti posti letto e che fosse garantito uno spazio vitale minimo all'infermo. Veniva ivi inoltre stabilito che le nuove residenze fossero realizzate e gestite dal Servizio sanitario delle Regioni e delle Province autonome, competenti rispetto alla gestione interna delle stesse.

Orbene, posto che le scadenze fissate dal legislatore non sono state rispettate, il provvedimento che assume un rilievo centrale nel percorso di superamento degli OPG è il D.L. n. 52/2014 convertito con modifiche dalla L. 30/05/2014 n. 81: è soltanto con questa norma che è stata stabilita la data definitiva di soppressione degli OPG, individuata nel 31 marzo 2015<sup>20</sup>.

---

zionale”, meglio nota come “Commissione Marino”, istituita nel 2008. In particolare, come precisato da M. MIRAVALLE, *op. cit.*, «Forse, senza la forza di quelle immagini shock girate dalla già citata Commissione d'inchiesta parlamentare, commentate dall'allora Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano come «estremo orrore che umilia l'Italia rispetto al resto d'Europa, [...] indegno di un Paese che voglia definirsi civile» mandate in onda in prima serata sulla tv pubblica il 20 marzo 2011, il processo riformatore non avrebbe avuto lo stesso esito e la medesima scansione temporale».

<sup>20</sup> Per un commento al d.l. 31 marzo 2014, n. 52 si veda M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, cit., 917 ss. In tale contributo, l'autore evidenzia come il d.l. n. 52/2014 non si sia limitato a prorogare il termine di chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari, ma abbia anche introdotto alcune modificazioni alla disciplina generale delle misure di sicurezza, i cui effetti sul sistema, a dire del commentatore, non sembrano essere stati adeguatamente valutati ed evidenziano sia la necessità di riforme di più ampio respiro del sistema sia l'urgenza di potenziare i percorsi terapeutico-riabilitativi non custodiali. Sulla stessa scia si pone anche A. PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari al (possibile) superamento della pena manicomiale*, in [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it) (ultima consultazione 12/01/2023), 2, 2015.



Prima di esaminare i contenuti di tale riforma, è d'uopo precisare che anche i termini previsti nella stessa non sono stati rispettati: alla data del 31 marzo 2015 erano ancora internate ben 689 persone e il numero di REMS istituite era ancora notevolmente basso e diversificato regione per regione<sup>21</sup>.

Occorre sottolineare che, nonostante il forte ritardo in cui versava l'attuazione della riforma del 2014, il legislatore, con una scelta meritevole di apprezzamento, ha deciso di non concedere ulteriori proroghe<sup>22</sup>.

Nel febbraio 2016, il Governo ha, però, provveduto a nominare per un mandato semestrale, poi rinnovato di un ulteriore semestre, un Commissario Unico – nella persona di Franco Corleone – per il superamento degli OPG, con il fine specifico di ultimare la chiusura di quelli rimasti, di monitorare l'attività delle prime REMS in funzione e di supervisionare il procedimento di attivazione delle strutture ancora in fase di programmazione<sup>23</sup>.

A fronte di un dettato normativo alla luce del quale, a partire dal 1° aprile 2015, gli OPG avrebbero dovuto essere chiusi e le misure di sicurezza detentive – ormai eccezionali, residuali e comunque transitorie – eseguite presso le nuove strutture ad esclusiva gestione sanitaria, in realtà l'ultimo OPG a chiudere è stato quello di Barcellona Pozzo di Gotto, il che è avvenuto soltanto nel 2017<sup>24</sup>.

Il Commissario ha, infatti, concluso il proprio mandato nel febbraio 2017, dando atto del definitivo superamento degli OPG nell'intero territorio nazionale<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> Per un maggiore approfondimento, si veda G. ALBERTI, *Superamento degli OPG: a che punto siamo?*, in [Archiviodpc.dirittopenaleuomo.org](http://Archiviodpc.dirittopenaleuomo.org), 16 febbraio 2016, commento alla Relazione al parlamento sullo stato di attuazione dei programmi regionali. In particolare, tale relazione – che può leggersi in allegato al contributo citato – contiene un resoconto dello stato di attuazione dei programmi in ciascuna regione alla data del 15 dicembre 2015, con l'indicazione degli interventi effettuati fino a quel momento, nonché di alcune delle criticità tali da impedire il completamento del processo di superamento degli OPG e la completa realizzazione di quanto previsto dalla l. n. 84/2014 in relazione ai percorsi terapeutici individuali.

<sup>22</sup> Occorre precisare che, invero, da più parti era stata richiesta la concessione di una proroga: sia le regioni, tenute ad elaborare i piani terapeutici individuali per ciascun internato, sia i servizi territoriali di salute mentale, impreparati a fronteggiare la presa in carico di un così ampio numero di pazienti dimessi dagli OPG in chiusura avevano messo in luce la difficoltà di rispettare le serrate scadenze imposte a livello legislativo, nonché l'impossibilità concreta, in tempi così brevi, di funzionamento del sistema. A tal proposito, si veda S. FINAZZO, *op. cit.*, 695.

<sup>23</sup> In particolare, il Governo, esercitando il potere sostitutivo ex art. 120 Cost. previsto dall'art. 3-ter, comma 9, del d.l. n. 211 del 2011, come convertito, ha nominato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 19 febbraio 2016 un Commissario unico, per provvedere in via sostitutiva, in luogo delle Regioni Calabria, Abruzzo, Piemonte, Toscana, Puglia e Veneto, alla realizzazione di programmi per garantire la chiusura degli OPG e il tempestivo ricovero presso le competenti REMS delle persone ancora ivi internate.

<sup>24</sup> Per una disamina delle difficoltà della fase di transizione dagli OPG alle REMS cfr. S. FINAZZO, *op. cit.*, 695 ss. A chiusura di tale percorso di riforme che ha portato all'istituzione delle REMS, si veda il comma 16, lett. c e d) dell'art. 1 della l. 23/06/2017 n. 103 (Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario). Per un approfondimento, si veda F. SCHIAFFO, *Delega per la riforma delle misure di sicurezza: l'eco di un "immenso appetito di medicina"* (commento alla normativa), in *Diritto penale e processo*, 1, 2018, 119.

<sup>25</sup> A tale specifico riguardo si veda G.L. GATTA, *OPG e REMS: a che punto siamo? Le relazioni del commissario unico per il superamento degli OPG, Franco Corleone*, in *Diritto penale contemporaneo*, 27 dicembre 2016.

Occorre sottolineare che il commissario unico nelle sue relazioni semestrali, alla cui lettura si rimanda (relazioni relative rispettivamente al periodo 19 febbraio-19 agosto 2016 e al periodo 19 agosto-19 febbraio 2017), ha anche provveduto a segnalare una serie di prime difficoltà applicative riscontrate nell'esecuzione delle misure di sicurezza nelle REMS.



Venendo all'esame dei contenuti della riforma del 2014, la quale – al netto dei ritardi a livello applicativo – ha il merito di aver condotto finalmente alla chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari (OPG) e all'apertura delle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS), occorre dire che questa rappresenta un importante passo in avanti nella direzione di una più moderna concezione della malattia mentale per almeno due ordini di ragioni: non soltanto, infatti, si è pervenuti alla positivizzazione dei principi di sussidiarietà e di residualità del ricorso ad una misura di sicurezza che, oltre ad essere terapeutica, è anche restrittiva della libertà personale, ma è stato anche posto un limite massimo di durata delle misure di sicurezza personali detentive<sup>26</sup>.

Questo passaggio, come è noto, ha segnato un netto cambio di paradigma nell'ambito dell'esecuzione delle misure di sicurezza detentive: il legislatore, infatti, ha posto dei criteri di massima valorizzazione dell'aspetto terapeutico rispetto a quello custodiale. A differenza degli OPG, caratterizzati da una logica esclusivamente custodiale, le REMS, infatti, sono state concepite come strutture residenziali caratterizzate da una gestione totalmente sanitaria e dalle piccole dimensioni, volte alla progressiva riabilitazione sociale del malato mentale, il quale potrà essere assegnato alle stesse solo quando non sia possibile controllarne la pericolosità con strumenti alternativi, come l'affidamento ai servizi territoriali per la salute mentale<sup>27</sup>.

Al di là delle esaminate difficoltà, le quali si sono riscontrate in ordine alla concreta attuazione delle nuove disposizioni, diverse sono state le critiche mosse alla riforma.

Dalle relazioni redatte dal Commissario unico per il superamento degli Ospedali psichiatrici giudiziari sono emersi quei profili problematici della riforma che, come vedremo, risultano ancora insoluti, tra cui l'ampia incidenza delle misure di sicurezza provvisorie (40%), fattore da solo capace di portare al collasso l'intero sistema delle REMS, nonché la disparità di trattamento tra gli istituti, conseguente alla mancanza di uniformità dei regolamenti delle singole REMS<sup>28</sup>.

I primi commentatori hanno messo in luce tanto gli aspetti da guardare con assoluto favore (cambiamento di paradigma da custodiale a terapeutico) quanto quelli critici e problematici. Si sarebbe trattato, infatti, di una riforma epocale nei toni, in ragione dell'affermato intervento definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari, ma certamente non strutturale nei modi: anziché intervenire sul codice penale, sul codice di procedura penale e sull'ordinamento penitenziario, si sono privilegiati, infatti, interventi *extra codicem*<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Occorre precisare che l'inserimento della durata massima delle misure di sicurezza privative della libertà personale, con la quale si è posto fine al fenomeno dei c.d. ergastoli bianchi, è avvenuto ad opera di un emendamento apportato soltanto tre giorni prima dell'approvazione definitiva della citata legge di conversione n. 81/2014. In particolare, secondo quanto disposto dalla versione finale dell'art. 1, co. 1-*quater*, d.l. n. 52/2014, tutte le misure di sicurezza detentive, siano esse provvisorie o definitive, non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima.

<sup>27</sup> Si veda il comunicato del 27 gennaio 2022, consultabile sul sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it) (ultima consultazione 12/01/2023).

<sup>28</sup> Così G.L. GATTA, *op. cit.*

<sup>29</sup> A. MASSARO, *Le REMS e "la sottile linea rossa tra il senno e la follia"*, in M. BEVILACQUA, L. NOTARO, G. PROFETA, L. RICCI e A. SAVARINO (a cura di), *Malattia psichiatrica e pericolosità sociale tra sistema penale e servizi sanitari*, *Atti del Convegno*, Pisa, 16-17 ottobre 2020, 56-57.

In chiave critica è stato, innanzitutto, osservato, come il legislatore, anziché procedere ad una riforma globale in materia di pericolosità sociale, abbia adottato soluzioni parziali ed emergenziali volte a modificare gli aspetti più discussi della disciplina delle misure di sicurezza detentive, lasciando irrisolte problematiche di fondo tra cui l'esigenza di oggettivizzazione sia con riguardo alla nozione di infermità mentale sia in relazione a quella di pericolosità sociale<sup>30</sup>.

È stata inoltre contestata la scarsa chiarezza della normativa istitutiva delle REMS, che aveva portato sin da subito al sorgere di modelli organizzativi diversi in ogni regione se non in ogni REMS<sup>31</sup>.

Ciò che poneva reali perplessità, anche gravi, era la fragilità del territorio e del tessuto sociale, nonché di quello istituzionale e la loro assoluta inadeguatezza a reggere il peso della riforma<sup>32</sup>.

I primi commentatori, infatti, pur ritenendola nei suoi termini teorici del tutto degna di plauso, avevano preventivato il possibile o meglio il probabile ritardo nell'attuazione della stessa, dettato dal fatto che il Paese non risultava essere affatto pronto<sup>33</sup>.

Un elemento considerato preoccupante risiedeva nella mancanza di un organismo di monitoraggio nazionale per conoscere le prassi e le pratiche, per valutare gli interventi della magistratura e per superare le inevitabili criticità, vuoto tanto grave da essere in grado di mettere in pericolo la riuscita della riforma<sup>34</sup>.

In effetti, non appena le REMS sono divenute operative, sono emersi diversi problemi, tra i quali si considerino quello delle liste d'attesa e delle misure di sicurezza non eseguite per mancanza di posti con conseguenti pericoli anche per la collettività e per le vittime dei reati, nonché l'assenza di cabine regionali di regia e monitoraggio di tali Residenze che dialoghino anche con gli Enti locali<sup>35</sup>.

Si tratta di problemi che, come evidenziato nelle diverse relazioni redatte all'esito dell'istruttoria disposta con l'ordinanza n. 131 del 2021, risultano ancor oggi del tutto attuali<sup>36</sup>.

<sup>30</sup> S. FINAZZO, *op. cit.*, 697.

<sup>31</sup> A. CARDINALI, *REMS: una riforma in divenire*, in *Rivista italiana di medicina legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 1, 1° febbraio 2019, 409. In particolare, l'autore, nel criticare la forte disomogeneità nell'applicazione della riforma istitutiva delle REMS, a titolo esemplificativo menziona le esperienze della Lombardia e del Friuli Venezia Giulia: se l'OPG di Castiglione delle Stiviere ha solo cambiato targa all'ingresso, in Friuli i pazienti in numero limitato risultavano collocati o diffusi all'interno dei DSM.

<sup>32</sup> G. BALBI, *Infermità di mente e pericolosità sociale tra OPG e REMS*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 maggio 2015, 14.

<sup>33</sup> G. BALBI, *op. cit.*, 17 ss. L'autore, nel tracciare un quadro delle difficoltà incontrate dalle varie regioni, ha chiaramente messo in luce che la riforma dettata dalla l.81/2014 certamente lodevole nei suoi contenuti, richiedeva del tempo per la sua concreta attuazione. Ma «quel che si tende tuttavia a dimenticare, in proposito – ed è ancor più vero per chi è debole, per chi è malato, per chi è ristretto – è che con il passare del tempo, passa la vita».

<sup>34</sup> F. CORLEONE, *La responsabilità è terapeutica*, in F. CORLEONE (a cura di), *Il muro dell'imputabilità. Dopo la chiusura dell'Opg, una scelta radicale*, 2019, 11.

<sup>35</sup> A. CARDINALI, *op. cit.*, 6 ss.

<sup>36</sup> V. Corte cost., sent. n. 22/2022, cit., punto 5. della parte "Considerato in diritto". Qui sono riassunti i punti principali della relazione unica depositata dal Ministro della giustizia, dal Ministro della salute e dal Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome.

Un numero compreso tra 670 e 750 persone si trovano attualmente in attesa di essere collocate in una REMS; la permanenza media in lista di attesa è pari a circa dieci mesi con variazione di regione in regione; le persone in attesa di ricovero sono spesso accusate o risultano in via definitiva autori di reati assai gravi, il più delle volte commessi contro la persona<sup>37</sup>.

Ne emerge quindi una situazione particolarmente allarmante in quanto, così come messo in luce dalla stessa Corte costituzionale, misure che per loro natura dovrebbero essere immediatamente eseguite vengono differite nel tempo in ragione di lunghe liste d'attesa per l'esecuzione di tali provvedimenti, con conseguente messa in pericolo delle potenziali vittime e lesione del diritto alla salute del malato<sup>38</sup>.

### 5. La sentenza n. 22 del 2022: un caso di incostituzionalità rilevata ma non dichiarata<sup>39</sup>

La Consulta, condivise le argomentazioni del giudice rimettente, concernenti i numerosi profili di violazione delle norme vigenti in materia di residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza con i principi costituzionali, ha dichiarato l'inammissibilità delle questioni sollevate dal Gip del Tribunale di Tivoli, invitando contestualmente il legislatore ad intervenire per eliminare al più presto i suddetti «vulnera»<sup>40</sup>.

In particolare, la Corte è giunta a tale conclusione in quanto da una parte un'eventuale restituzione al Ministro della giustizia di una competenza nella procedura di assegnazione alle REMS rappresenterebbe un rimedio inidoneo a garantire il risultato pratico cui il ricorrente mira, dato che i posti disponibili sull'intero territorio nazionale sono ampiamente inferiori al numero delle persone che si trovano in lista d'attesa.

D'altra parte, la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione censurata determinerebbe la caducazione integrale del sistema delle REMS, determinando un vuoto di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti, nonché un risultato diametralmente opposto a quello auspicato dal rimettente e cioè una maggiore efficienza del sistema esistente mediante il superamento delle difficoltà che impediscono la tempestiva collocazione degli interessati in una struttura idonea.

Come accennato, nonostante la declaratoria di inammissibilità delle questioni, la Corte ha con evidenza individuato dei punti fermi nella ricostruzione giuridica ed organizzativa della materia che dovranno costituire un riferimento ineludibile nella revisione del sistema<sup>41</sup>.

Innanzitutto, sebbene le REMS siano state pensate in un'ottica non più meramente custodiale, ma esclusivamente terapeutica e risocializzante, l'assegnazione al loro interno non può essere ritenuta

<sup>37</sup> Cfr. Corte cost. sent. n. 22/2022 cit., punto 5.4. della parte "Considerato in diritto"

<sup>38</sup> Cfr. Corte cost. sent. 22/2022 cit., punto 5.4. della parte "Considerato in diritto". Per delle riflessioni sulla centralità della tutela della salute del soggetto "ristretto" in generale ed in particolare del soggetto in esecuzione di misura di sicurezza detentiva, nell'ambito della quale la tutela della salute non assume il semplice ruolo di limite al contenuto e alle modalità del trattamento, ma quello di scopo del trattamento stesso, si veda T. PADOVANI, *op. cit.*, 237 ss.

<sup>39</sup> Per un commento di tale pronuncia si rimanda ai contributi citati *supra*, nota 1.

<sup>40</sup> Cfr. Corte costituzionale, sentenza 22/2022, punto 6 della parte "Considerato in diritto". Per una scheda di sintesi della pronuncia si veda il comunicato del 27 gennaio 2022, cit. *supra* (v. nota 26).

<sup>41</sup> F. GUALTIERI, *L'applicazione delle misure di sicurezza detentive e il "malfunzionamento strutturale" del sistema delle REMS, secondo C. Cost., sentenza n. 22 del 2022: un punto di svolta nel percorso di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari*, cit., 10.

una misura di natura esclusivamente sanitaria, rimanendo comunque una misura di sicurezza che il giudice dispone non soltanto a scopo terapeutico, ma anche per contenere la pericolosità sociale di una persona che ha commesso un reato.

Da ciò deriva la necessità che siano rispettati i principi costituzionali sulle misure di sicurezza e sui trattamenti sanitari obbligatori; in quest'ottica i riferimenti costituzionali pressoché obbligati nel percorso argomentativo della Corte sono l'art. 13 della Costituzione, concernente la tutela della libertà personale, nonché gli articoli 25 terzo comma e 32, secondo comma della Costituzione, dedicati all'applicazione delle misure di sicurezza e dei trattamenti sanitari obbligatori, norme che assoggettano entrambi gli istituti alla riserva di legge. Deve, infatti, essere la legge nazionale a disciplinare i casi e i modi di esecuzione di tale misura.

Di contro, la regolamentazione delle REMS è oggi per lo più affidata a fonti secondarie, quali i decreti ministeriali e gli accordi tra Stato e autonomie territoriali, il che, oltre a porsi in potenziale conflitto con il principio di riserva di legge, rende disomogenee queste realtà da regione a regione.

A ciò si aggiunga che, sempre secondo quanto affermato dalla Corte, conformemente a ciò che il giudice rimettente aveva prospettato, la totale estromissione del Ministro della Giustizia da ogni competenza in materia di esecuzione di misure di sicurezza risulta essere incompatibile con l'art. 110 della Costituzione.

Ne deriva un sistema che, oltre a presentare rilevanti frizioni con il dettato costituzionale, si mostra come disfunzionale e quindi tale da non tutelare né i diritti fondamentali delle potenziali vittime di aggressioni né il diritto alla salute del malato che non riceve i trattamenti necessari per curare la propria patologia e reinserirsi gradualmente in società.

Tale situazione viene descritta dalla Consulta – la quale non si ferma quindi ai profili prettamente giuridici della questione – come un «grave malfunzionamento strutturale del sistema di applicazione dell'assegnazione in REMS»<sup>42</sup>, malfunzionamento cui deve porre rimedio il legislatore con una riforma che assicuri un'adeguata base legislativa alla misura di sicurezza del ricovero presso una REMS, che garantisca la realizzazione e il buon funzionamento di un numero di REMS sufficiente a far fronte ai reali fabbisogni di tutela della collettività e che realizzi forme di idoneo coinvolgimento del ministro della Giustizia<sup>43</sup>.

## 6. Focus su una delle principali problematiche emerse: le liste d'attesa

Come già accennato, dall'istruttoria esperita dalla Corte costituzionale è emerso che «un numero di persone almeno pari a quelle ospitate nelle 36 REMS allo stato attive [...] è oggi in attesa di trovare una collocazione in una REMS»<sup>44</sup>. La permanenza in tali liste d'attesa è stata stimata come pari a dieci mesi,

<sup>42</sup> F. GUALTIERI, *op. cit.*, 13.

<sup>43</sup> Cfr. Corte costituzionale, sent. n. 22/2022, cit., punto 6 della parte "Considerato in diritto".

<sup>44</sup> Così, testualmente, Corte costituzionale, sent. n. 22/2022, cit., punto 5.3 della parte "Ritenuto in fatto". Per una valorizzazione della problematica delle liste d'attesa, si veda A. BELLÌ, G. MESE, *La tutela della salute mentale in carcere ed il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari (OPG): attuali criticità e prospettive*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1, 2022, 353 ss. In particolare, gli autori, nel definire la questione delle liste d'attesa complessa, dibattuta e centrale, sottolineano come tale criticità non possa essere ricondotta semplic-

con prospettazioni parzialmente diverse di regione in regione ed è inoltre stato evidenziato come le persone in lista d'attesa siano spesso soggetti accusati o ritenuti autori in via definitiva di reati assai gravi.

La Consulta, dopo aver tracciato tale allarmante scenario, ha però affermato non essere suo compito la ricostruzione delle cause dell'esistenza di queste lunghe liste d'attesa, affrontate in modo parzialmente differente nelle relazioni del Ministro della Giustizia e del Ministro della Salute.

In particolare, il Ministero della giustizia ha ricondotto la sussistenza delle stesse all'insufficienza complessiva dei posti letto disponibili, all'assenza di soluzioni alternative sul territorio in grado di salvaguardare la salute del singolo e la pubblica sicurezza, nonché al mancato esercizio di poteri sostitutivi da parte dello Stato nelle regioni in cui si rilevano le maggiori difficoltà.

Il Ministero della Salute, unitamente alla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, ha invece rapportato tale problematica alla mancata adesione al nuovo approccio culturale sotteso alla riforma istitutiva delle REMS da parte delle autorità giudiziarie, dal che consegue una quantità eccessiva di provvedimenti di assegnazione alle REMS.

Occorre rilevare in questa sede che anche la dottrina si era occupata della problematica delle liste d'attesa, prospettando diverse spiegazioni.

Da una parte sono stati valorizzati i difetti di coordinamento tra REMS, dipartimenti di salute mentale e strutture alternative di accoglienza con conseguente impossibilità, in assenza di alternative valide al ricovero in REMS, di far sì che tale misura di sicurezza rappresenti un'*extrema ratio*, nonché la mancanza di un adeguato *turnover* tra soggetti che potrebbero essere dimessi e soggetti che, trovandosi in una più grave situazione clinica, al contrario meriterebbero accoglienza nelle residenze<sup>45</sup>.

D'altra parte la dottrina si è espressa in termini critici sul tema della valutazione di appropriatezza del ricovero in REMS operato nei confronti di taluni pazienti psichiatrici, in ragione del fatto che le valutazioni giudiziarie non sempre combaciano con le indicazioni provenienti dai servizi psichiatrici territoriali circa l'appropriatezza della misura da applicare.

In quest'ultimo contesto interpretativo si è rilevato come il problema della tendenziale scarsità dei posti letto disponibili deriverebbe da un uso troppo disinvolto dei ricoveri in REMS di tipo provvisorio, ex art. 206 cod. pen.

Tutto ciò porta ad una situazione a dir poco preoccupante.

Andando indietro di qualche anno, occorre sottolineare come al 28 ottobre 2020 risultavano 813 le persone in attesa di ricovero in REMS, in quanto destinatarie di provvedimenti applicativi di misura di sicurezza detentiva in via provvisoria o definitiva; di queste persone, 98 erano ristrette in istituti penitenziari e quindi "confinare" in un limbo di incerta legalità, mentre le restanti 715 si trovavano in stato

---

sticamente ad una carenza di posti, ma vada spiegata considerando più fattori, quale il numero chiuso e il *turnover* delle REMS, l'eventuale sussistenza di soluzioni alternative approntate dai servizi sanitari, nonché la qualità e l'efficacia delle forme di collaborazione precoce con l'autorità giudiziaria.

<sup>45</sup> F. GUALTIERI, *op. cit.*, 21.

di libertà, con i conseguenti gravi pericoli che ne derivano per la sicurezza pubblica e privata, oltre che per la salute stessa del soggetto affetto da malattia psichiatrica non destinatario di cure<sup>46</sup>.

Così come messo in luce nella sentenza n. 22 del 2022 in commento, nel corso del 2021 la situazione è migliorata soltanto con riguardo al numero delle persone che attendono il ricovero dall'interno degli istituti penitenziari, posto che al 25 ottobre 2021 erano 35 le persone che si trovavano in tale condizione con una evidente flessione rispetto al dato della precedente rilevazione.

Quanto ai numeri complessivi, questi non sembrano segnalare alcun miglioramento della situazione generale, dal momento che alla data del 31 luglio 2021 si è passati ad un totale compreso tra le 670 persone e le 750 persone rispettivamente secondo i calcoli del Ministero della salute e della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e i calcoli del Ministero della giustizia.

È bene precisare che questo preoccupante scenario non è stato attenzionato dalla sola giurisprudenza domestica, ma ha impegnato anche la Corte di Strasburgo che, con il ricorso n. 11791/ 20 Seydou c. Italia, è stata chiamata ad affrontare il tema della difficoltà di dare tempestiva esecuzione alla misura di sicurezza detentiva disposta dall'autorità giudiziaria nei confronti del ricorrente, un soggetto socialmente pericoloso dichiarato incapace di intendere e di volere a causa di gravi condizioni psichiatriche<sup>47</sup>. In particolare, l'insufficienza di posti disponibili nelle REMS ha determinato la situazione di fatto dedotta dinanzi alla Corte europea dal ricorrente, il quale, al momento del deposito della sua domanda, si trovava ancora detenuto presso una struttura carceraria ordinaria<sup>48</sup>.

Ad oggi, è chiara l'inadeguatezza del sistema delle REMS rispetto alle esigenze riscontrate sul territorio nazionale, in quanto il numero delle stesse, così come rilevato dal Ministero della Giustizia, appare del tutto insufficiente.

Invero, come è noto, la scelta di creare una rete di residenze con un basso numero di posti letto (nello specifico venti unità a struttura) era del tutto allineata con il presupposto politico, concretizzatosi nella

<sup>46</sup> F. GUALTIERI, *op. cit.*, 23-24. L'autore, nel riportare i dati a disposizione dell'Amministrazione penitenziaria, sottolinea che le situazioni più critiche in termini di consistenza delle liste d'attesa si registravano nelle regioni Calabria, Campania, Lazio, Lombardia, Puglia e Sicilia, che da sole comprendevano il 72% delle persone in attesa di ricovero.

<sup>47</sup> Si consideri, oltre al citato ricorso n. 11791/ 20 Seydou c. Italia, anche il ricorso n. 42627/ 20 Preuschoff c. Italia, in quanto entrambi i ricorrenti hanno lamentato la violazione da parte dello Stato italiano degli articoli 2 (diritto alla vita), 3 (divieto di tortura e di trattamenti e pene inumani e degradanti) e 5 (diritto alla libertà e alla sicurezza personale e diritto ad un'equa riparazione) della CEDU, chiedendo altresì, ai sensi dell'articolo 39 del Regolamento della Corte, l'adozione in via cautelare di misure urgenti dirette a tutelare la loro integrità psico-fisica. Con riferimento ad entrambi i ricorsi sopra citati, si veda la Relazione sullo stato di esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti dello stato italiano (Anno 2020) del Senato della Repubblica, reperibile su [www.senato.it](http://www.senato.it) (ultima consultazione 12/01/2023), 19 ss.

<sup>48</sup> La Corte di Strasburgo, in data 7 aprile 2021, ha emesso un provvedimento cautelare – ex art. 39 del Regolamento della Corte – con il quale è stato ordinato al Governo italiano di provvedere al trasferimento immediato del ricorrente detenuto nel carcere di Rebibbia presso una struttura idonea. In data 24 gennaio 2022 la Corte EDU è, poi, pervenuta ad una sentenza con cui ha condannato l'Italia per aver trattenuto illecitamente in carcere per più di due anni il ricorrente, un soggetto affetto da disturbi psichici, al quale sono state quindi negate le cure necessarie. La Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 24 gennaio 2022 – Ricorso n. 11791/20 – Causa SY c. Italia è consultabile sul sito [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it) (ultima consultazione 12/01/2023). Per un commento della suddetta pronuncia si rimanda a V. POLIMENI, *Verso una piena tutela della salute mentale nel circuito punitivo: ancora una condanna della CEDU nei confronti dell'Italia*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1, 2022, 161 ss.



formulazione dell'art. 3-ter, co. 4, d.l. 211/2011, secondo cui il ricovero in REMS avrebbe dovuto divenire un'*extrema ratio*, onde evitare il ritorno di fatto al sistema degli Ospedali psichiatrici giudiziari<sup>49</sup>. Tale principio, però, non risulta essere stato seguito da adeguati investimenti nei servizi psichiatrici territoriali, i quali non rappresentano una valida alternativa rispetto alle Residenze, con la conseguenza che nella maggior parte dei casi le autorità giurisdizionali si sono trovate nella pratica impossibilità di prendere in considerazione valide alternative ai ricoveri in REMS.

La conseguenza è quindi quella di un sistema saturo nel quale le lunghe liste d'attesa impediscono l'esecuzione della misura di sicurezza del ricovero presso una REMS, laddove disposta dall'autorità giurisdizionale, con la conseguenza che si viene a determinare un difetto di tutela effettiva da una parte dei diritti fondamentali delle potenziali vittime di aggressioni e d'altra parte del diritto alla salute del malato.

## 7. Considerazioni conclusive: prospettive

La sentenza n. 22 del 2022 della Corte costituzionale rappresenta indubbiamente uno snodo di centrale importanza nel percorso di evoluzione dell'esecuzione delle misure di sicurezza detentive ed i suoi obiettivi di fondo meritano certamente di essere condivisi<sup>50</sup>.

Tuttavia, come osservato dal Garante nazionale dei diritti dei detenuti, occorre evidenziare che

«la pronuncia [...] oscilla tra due polarità: da un lato l'invito a investire sui servizi psichiatrici territoriali, sempre più abbandonati, a conservare la limitatezza del numero di posti da prevedere, a mantenere il principio di territorialità nelle allocazioni dei pazienti; dall'altro, la richiesta al Parlamento di valutare forme di coinvolgimento del Ministro di Giustizia nel disciplinare l'organizzazione e il funzionamento del circuito delle REMS e degli altri strumenti di tutela della salute mentale, settori ora riservati alla sanità regionale e al Ministero della Salute»<sup>51</sup>.

«È importante cogliere l'avvertimento (anche) del Garante sulla natura anfibia di questa sentenza: "nel suo complesso, la sentenza prefigura interventi correttivi al sistema che, se letti in modo restrittivo, possono essere interpretati come un sostegno per un passo all'indietro di chi in fondo non ha condiviso i principi ideali e realmente riformatori della legge di chiusura degli Opg"»<sup>52</sup>.

Così come è stato evidenziato anche dalla dottrina, la soluzione alle problematiche che affliggono il sistema delle REMS non può e non deve consistere in un passaggio di competenza nella gestione

<sup>49</sup> In questo stesso senso si veda V. POLIMENI, *op. cit.*, 181 ss. Dopo aver esaminato e commentato la sentenza resa dalla Corte di Strasburgo a seguito del ricorso n. 11791/ 20 Seydou c. Italia, tenuto conto anche della sentenza n. 22/2022 della Corte costituzionale, l'autrice ha sottolineato la necessità di non far derivare dalla condanna della Corte EDU, quale conclusione semplicistica, l'urgenza di implementare il numero delle REMS e conseguentemente dei relativi posti letto.

<sup>50</sup> Obiettivi che consistono nella creazione di un'ideale base legislativa; nella realizzazione e nel buon funzionamento di un numero di REMS sufficiente a far fronte ai reali fabbisogni, nonché nel coinvolgimento del Ministro della giustizia nell'attività di coordinamento e monitoraggio del funzionamento delle REMS e degli altri strumenti di tutela della salute mentale.

<sup>51</sup> R. DE VITO, *Una miniera d'oro: la Relazione al Parlamento 2022 del Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale*, in *Questione giustizia*, 23 giugno 2022, 3.

<sup>52</sup> R. DE VITO, *op. cit.*, 3.

dell'esecuzione di tali misure di sicurezza dalle Regioni al DAP, in quanto si tratterebbe di una regressione, che porterebbe ad un vero e proprio ritorno al passato, dovendosi piuttosto favorire strumenti di coordinamento, volti a garantire dei livelli omogenei tra le varie regioni<sup>53</sup>.

Neppure può ritenersi risolutiva l'attribuzione al Ministero della giustizia della competenza sull'applicazione dell'esecuzione materiale del ricovero in REMS, in quanto tale opzione, la quale potrebbe avere efficacia risolutiva solo se adottata in spregio tanto al principio del numero chiuso – il che porterebbe ad un "sovraffollamento" delle REMS – quanto al principio di territorialità, andrebbe contro la stessa *ratio* istitutiva delle REMS<sup>54</sup>. Queste strutture, infatti, «sono state create sulla base di precisi requisiti tecnico-strutturali ed in conformità al criterio del numero chiuso», motivo per cui «non possono ospitare pazienti in sovrannumero mettendo altrimenti a rischio da un canto la sicurezza, dall'altro l'efficacia dei trattamenti terapeutici programmati»<sup>55</sup>.

Precisato ciò, a partire dal quadro tracciato a livello giuridico e operativo, in un'"ottica costruttiva", occorre sottolineare l'urgente necessità di una riforma volta a superare le criticità proprie del sistema delle REMS, il quale, se da una parte ha portato ad un'indubbia rivoluzione nella concezione delle misure disposte a carico dei soggetti non imputabili ma pericolosi socialmente, i quali sono così stati posti al centro di una misura non più custodiale ma terapeutica, d'altra parte non ha trovato compiuta attuazione nella realtà.

Come accennato, è innanzitutto necessaria la presenza di un organo che supervisioni e coordini l'attività delle diverse REMS, al fine di rendere omogenea l'esecuzione delle misure di sicurezza detentive, rendendo possibile un efficace dialogo tra le diverse realtà istituzionali e territoriali, senza che con ciò, però, si torni ad un modello di gestione accentrato da parte del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria.

In questo contesto, è inoltre fondamentale che le Regioni si dotino di un numero di posti letto effettivamente adeguato a rispondere efficacemente in termini di cura e di contenimento all'esigenza di quei pazienti psichiatrici autori di reato per i quali sia ineludibile l'applicazione del ricovero presso una REMS nel rispetto del principio di *extrema ratio* di tale misura<sup>56</sup>.

Quest'ultima risulta essere un'operazione particolarmente delicata in quanto, come rilevato dal Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale nella sua relazione annuale, l'aumento eccessivo dei posti all'interno delle REMS potrebbe portare ad un ritorno al passato, in quanto il ricovero in REMS, invece che rappresentare l'*extrema ratio* volta a curare e a contenere il soggetto ritenuto affetto da un disagio psichico e pericoloso socialmente, potrebbe tornare ad essere uno strumento di neutralizzazione indiscriminato di tutti quei soggetti affetti da un disturbo mentale<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> A. CALCATERRA, *op. cit.*, 9.

<sup>54</sup> S. ROSSI, *op. cit.*, 450 ss.

<sup>55</sup> Così, letteralmente, S. ROSSI, *op. cit.*, 450.

<sup>56</sup> V. sent. 22/2022, cit., punto 5.1. della parte "Considerato in diritto", nella quale si constata che, «tenendo conto delle previste rimodulazioni dei programmi regionali avviati o realizzati, la dotazione a regime dovrebbe innalzarsi a circa 740 posti letto».

<sup>57</sup> Cfr. M. PALMA, *Relazione al Parlamento del Garante dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, 2022*, consultabile su [www.garantenazionaleprivatiliberta.it](http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it) (ultima consultazione 12/01/2023), 56 ss. Qui, il Garante adotta una posizione critica rispetto al prospettato aumento dei posti letto nelle REMS da 652 a 740, affermando la necessità di chiedersi se «740 posti possano ancora essere considerati residuali rispetto alle 1.282 persone che nel 2001 erano presenti negli Opg». A tal proposito, rileva, infatti, che un eccessivo aumento

Onde evitare un “ritorno al passato”, risulta quantomai imprescindibile implementare la riorganizzazione dei servizi territoriali di salute mentale, al fine di favorire un’azione preventiva mediante la presa in carico dei soggetti psichiatrici tempestivamente, nonché con lo scopo di rendere la misura del ricovero in REMS effettivamente un’ipotesi di *extrema ratio* in un’ottica di valorizzazione delle soluzioni alternative alla REMS sia in via provvisoria sia in seguito al raggiungimento di buoni livelli di compenso psichico, favorendo così un più accentuato *turnover* tra i pazienti già accolti in REMS e quelli da accogliere<sup>58</sup>.

In quest’ottica, è necessaria la costruzione di una solida rete attorno alle REMS per evitare che un tessuto socio-sanitario inalterato rispetto al passato rischi di penalizzare ogni virtuoso effetto di riforme che, anche se lungimiranti, rimarrebbero parziali, nonché il rafforzamento della libertà vigilata con prescrizioni terapeutiche, che dovrebbe procedere di pari passo con il potenziamento delle strutture residenziali psichiatriche<sup>59</sup>.

In particolare, costituiscono uno strumento prezioso per la realizzazione di tali obiettivi i protocolli volti a realizzare una collaborazione tra uffici giudiziari e servizi territoriali, i quali potrebbero da un lato ridurre il ricorso massivo allo strumento del ricovero in REMS e d’altro lato contribuire alla costruzione e alla programmazione a livello territoriale delle risposte personalizzate<sup>60</sup>.

Il perfezionamento di soluzioni alternative sarebbe tra l’altro del tutto in linea con la necessità di una risposta differenziata rispetto a quel pluralismo esplicativo dell’infermità mentale, che finisce per ricomprendere al suo interno situazioni assai diverse e difficilmente riconducibili ad una matrice unitaria<sup>61</sup>.

Occorre qui segnalare che in una prospettiva ancor più “avanzata”, alcuni esponenti della psichiatria sostengono che, così come sono stati superati i manicomi prima e gli OPG poi, occorre tendere al superamento anche delle REMS, attraverso un costante processo di de-istituzionalizzazione, coniugando

---

della disponibilità di posti comporta il rischio di un utilizzo diffuso della misura detentiva, assecondando quelle istanze securitarie ancora oggi presenti anche nella cultura della magistratura giudicante. Secondo il garante, si contribuirebbe così ad alimentare nuova linfa a quel paradigma culturale che, sovrapponendo il disturbo mentale alla pericolosità, legittimava l’ingresso della persona in OPG. Considerazioni analoghe sono state svolte anche da A. CAVALIERE, *Misure di sicurezza e doppio binario. Considerazioni introduttive*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1/2022, 349 ss. A dire dell’autore, in generale nel sistema sanzionatorio penale la pena detentiva ha il primato sulle altre sanzioni, il che è testimoniato, nel campo delle misure di sicurezza, dalle vicende relative all’asserita necessità di aumentare la capienza delle REMS. Proprio tali vicende, dalle quali trapela il persistere di orientamenti custodialistici, fanno emergere l’esigenza che si consolidi l’orientamento per cui la privazione della libertà personale deve essere realmente sussidiaria.

<sup>58</sup> Circa la necessità di definire i rapporti tra le REMS e il carcere e le REMS e i servizi per la salute fondamentale in un’ottica non soltanto di efficace inquadramento teorico delle Residenze ma anche per valutarne le reali capacità di funzionamento sul piano applicativo, si veda A. MASSARO, *Le REMS e “la sottile linea rossa tra il senno e la follia”*, in *Malattia psichiatrica e pericolosità sociale tra sistema penale e servizi sanitari*, cit., 62 ss.

<sup>59</sup> A. MASSARO, *Tutela della salute mentale e sistema penale: dalla possibile riforma del doppio binario alla necessaria diversificazione della risposta “esecutiva”*, in *Questione giustizia*, 13 maggio 2021, 15.

<sup>60</sup> S. ROSSI, *op. cit.*, 457 ss.

<sup>61</sup> Con riferimento al tema della consistenza proteiforme dell’infermità mentale si veda A. MASSARO, *Tutela della salute mentale e sistema penale: dalla possibile riforma del doppio binario alla necessaria diversificazione della risposta “esecutiva”*, cit., 5 ss.

il lavoro interno all'istituzione con quello dei servizi territoriali<sup>62</sup>. In questo modo, in presenza di valide alternative all'“internamento” si potranno evitare i c.d. ricoveri impropri, superando così il problema dell'esaurimento dei posti nelle REMS, nonché della formazione delle liste d'attesa, senza al contempo giungere ad una tragica regressione “manicomialistica”, che si avrebbe laddove ci si limitasse ad ampliare i numeri dei posti letto nelle REMS.

Si tratta di un percorso ancora in divenire iniziato con la chiusura degli OPG e l'apertura delle REMS, per cui si attende un intervento non più rinviabile del legislatore, volto a risolvere tutte le criticità emerse e a portare a compimento tale *iter*, intervento che per essere effettivo deve necessariamente passare per un rinnovato investimento anche in termini finanziari, non potendosi immaginare una revisione organica di tale sistema a costo zero<sup>63</sup>.

A quasi dieci anni dalla riforma che ha eliminato gli OPG e istituito le REMS, ci sono ancora delle enormi difficoltà applicative, per risolvere le quali serve quindi certamente un serio impegno – anche finanziario – da parte delle Istituzioni.

In conclusione, «non basta aprire le porte. È necessario che ai prigionieri liberati si offra la possibilità di camminare sulle proprie gambe e, specie se quelle gambe risultano più fragili di altre, che si indichi loro un percorso sufficientemente chiaro al quale affidarsi, senza il costante rischio di perdersi o, il che è lo stesso, di sentirsi perduti»<sup>64</sup> ed è altresì necessario che ciò avvenga nel più breve tempo possibile, in quanto, soprattutto per chi è debole, per chi è malato, per chi è ristretto «con il passare del tempo, passa la vita»<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> E. LUPO, *Liberare e liberarsi dalle REMS*, in *Questione giustizia*, 9 settembre 2020, 2. L'autore nel contributo citato, auspicando la de-istituzionalizzazione e il superamento delle REMS, valorizza i Protocolli Operativi come strumenti in grado di promuovere un'evoluzione teorica e operativa sia dal punto di vista giuridico che da quello più generalmente culturale, rappresentando il «luogo sicuro in cui nessuno si sentirà più solo».

<sup>63</sup> A. MASSARO, *Tutela della salute mentale e sistema penale: dalla possibile riforma del doppio binario alla necessaria diversificazione della risposta “esecutiva”*, in *Questione giustizia*, 13 maggio 2021, 15. Qui l'autore con una similitudine particolarmente efficace afferma che affidarsi alle clausole di invarianza finanziaria «sarebbe come chiamare a correre una utilitaria su un circuito da Formula Uno: in questo caso, però, la gara è troppo importante per immaginare di presentarsi già sconfitti ai nastri di partenza». In questo stesso senso si veda anche M. PATARNELLO, *REMS, carcere e malattia mentale, fra bilanci e prospettive*, cit. L'autore, nella parte conclusiva del suddetto contributo, ha infatti affermato, con parole tanto chiare quanto dure, che «i diritti non vivono sulla carta e pensarli solo sulla carta è un modo per lavarsi la coscienza; se dietro alla creazione o all'allargamento di un diritto non ci sono risorse concrete quel diritto non esiste e si scava semplicemente un altro solco fra la società e chi ne costituisce la classe intellettuale e dirigente».

<sup>64</sup> Così, testualmente, A. MASSARO, *Le REMS e “la sottile linea rossa tra il senno e la follia”*, in *Malattia psichiatrica e pericolosità sociale tra sistema penale e servizi sanitari*, cit., 68.

<sup>65</sup> Cfr., testualmente, G. BALBI, *op. cit.*, 18.

## Compulsive medical acts and duty to inform: the Portuguese perspective

Man Teng long\*

**ABSTRACT:** In principle, informed consent is a condition of practising medical acts. However, it is arguable if this concept should be applied to persons in an emergency state and persons with infectious diseases under Portuguese law. This article gives a positive answer. In particular cases, the Portuguese legal framework allows situations where consent is not needed when applying compulsive medical acts to specific groups of persons. Nonetheless, this article defends the necessity of the duty to inform before or after compulsive medical actions. This point of view is based on the reasoning that such a duty is not intended to obtain consent and respect patients' autonomy but to respect other fundamental rights regulated in the Portuguese Constitution, such as access to personal data or the right to information.

**KEYWORDS:** Compulsive medical act; informed consent; duty to inform; right to information; Portugal

**SUMMARY:** 1. Introduction – 2. Medical acts and informed consent – 2.1. Persons in an emergency state – 2.2. Persons with infectious diseases – 3. Compulsive medical actions – 3.1. Persons with psychic anomalies – 3.2. Prisoners – 3.3. Workers in activities with life, health, integrity and safety at risk – 4. The necessity of a duty to inform before or after compulsive medical acts – 5. Conclusion.

### 1. Introduction

Medical acts have a broad scope under Portuguese law, especially according to article 9 of the Decree-Law n. 176/2009<sup>1</sup> and Decree-Law n. 177/2009.<sup>2</sup> It is a common understanding that, in principle, informed consent should be applied before medical acts, except in situations where informed consent is not required, like urgent situations, therapeutic privilege and exercise of the right

---

\* Senior Instructor, Faculty of Law, University of Macau, China. PhD, School of Law, University of Minho, Portugal. Mail: [mantengiong@um.edu.mo](mailto:mantengiong@um.edu.mo). The article was subject to a double-blind peer review process.

<sup>1</sup> The Decree-Law n. 176/2009, 4 august, at <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/176-2009-493009> (last visited 18/12/2022).

<sup>2</sup> The Decree-Law n. 177/2009, 4 august, at <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/177-2009-493010> (last visited 18/12/2022). Regarding the definition, see also article 6 of Regulation n. 698/2019, 5 September, at <https://dre.tretas.org/dre/3842145/regulamento-698-2019-de-5-de-setembro> (last visited 18/12/2022).

not to know. Informed consent, whose compliance requires duties to inform, clarify and obtain consent,<sup>3</sup> protects patients' autonomy, resulting from a multidimensional fundamental right that refers to personality, regulated in the Constitution of the Portuguese Republic (CPR).<sup>4</sup>

As applying informed consent can be arguable to specific groups of persons in Portugal, such as persons in an emergency state and persons with infectious diseases, this article will clarify why informed consent should be applied to these persons. Another issue on which this article will focus refers to other groups of persons to whom compulsive medical acts can be used, like persons with psychic anomalies, prisoners and workers in activities with life, health, integrity and safety at risk, to emphasise that healthcare professionals have no duty to obtain consent from them. Finally, even though consent is not required when applying compulsive medical acts, this article will defend the necessity of the duty to inform, not based on the doctrine of informed consent, but on other reasoning, especially on protecting other fundamental rights, such as the right of access to personal data or the right to information.

## 2. Medical acts and informed consent

In principle, obtaining informed consent before medical acts is an ethical or legal duty of healthcare professionals, except occurring exceptional situations. Such a duty is required in most countries, either in the Common Law legal system or the Civil Law legal system. In Portugal, this is the case as well.<sup>5</sup> Nonetheless, applying informed consent to specific persons can be questionable in this country, like persons in a declared emergency state and persons with infectious diseases. It is essential to clarify the (un)necessity of applying informed consent in these situations.

### 2.1. Persons in an emergency state

In Portugal, states of exception include siege state and emergency state (article 1, Law n. 44/86)<sup>6</sup> and can suspend the exercise of certain fundamental rights (article 19, CPR). The emergency state can be declared only in less difficult situations, namely in public calamity (article 9/n1, Law 44/86), in which the exercise of certain rights, freedoms and guarantees can be suspended (article 19/n1, CPR; article 9/n2, Law n. 44/86). Portuguese law expressly defines the rights and freedoms that cannot be suspended in a siege or emergency state. They refer to «the rights to life, to personal integrity, to personal

<sup>3</sup> Regarding the requirement of these duties, see Entidade Reguladora da Saúde, *Consentimento Informado – Relatório Final*, 2009, 3, at [https://www.ers.pt/uploads/writer\\_file/document/73/Estudo-CI.pdf](https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/73/Estudo-CI.pdf) (last visited 13/12/2022); M. J. ESTORNINHO, T. MACIEIRINHA, *Direito da Saúde*, Lisbon, 273-274; V. R. RAPOSO, *Do ato médico ao problema jurídico: breves notas sobre o acolhimento da responsabilidade médica civil e criminal na jurisprudência nacional*, 2014, Coimbra, 220.

<sup>4</sup> CPR, at [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=4&tabela=leis](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis) (last visited 22/03/2022).

<sup>5</sup> Regarding the doctrine of informed consent in Portugal, see, for instance, Entidade Reguladora da Saúde, *Consentimento Informado – Relatório Final*, *op. cit.*; V. R. RAPOSO, *Do ato médico ao problema jurídico: breves notas sobre o acolhimento da responsabilidade médica civil e criminal na jurisprudência nacional*, *op. cit.*, 213-248; M. J. ESTORNINHO, T. MACIEIRINHA, *Direito da Saúde*, *op. cit.*, 269-276; A. G. D. PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra, 2015, 397-599.

<sup>6</sup> The Law n. 44/86, 30 September, at <https://bit.ly/3K3bBf0> (last visited at 09/04/2022).



identity, to civil capacity and citizenship, the non-retroactivity of criminal law, the defendant's right to defence and the freedom of conscience and religion» (article 19/n6, CRP; article 2/n1, Law n. 44/86). Considering that a compulsive hospitalisation implies a restriction of a constitutional right that can be suspended, namely a limitation of the right to freedom, it can be imposed in public calamity based on which an emergency state is declared. This was the case when the Portuguese President declared an emergency between 19 March 2020 and 2 April 2020, facing the COVID-19 disease seriously affecting the territory, based on the Decree of the Republic President n. 14-A/2020, 18 march.<sup>7</sup> According to this legal document, one of the constitutional rights that can be suspended refers to the "right to move and settle in any part of the national territory", including, among others, "compulsory confinement at home or in a health facility" [article 4/a), Decree of Republic President n. 14-A/2020]. The Decree n. 2-A/2020, 20 march,<sup>8</sup> a legal document with a lower level under the hierarchy of laws, regulates in detail the execution of such a declaration of emergency state. In line with article 3/n1 of this Decree, compulsory confinement in a health establishment or at home can be imposed on patients with COVID-19, persons infected with SARS-Cov2 and citizens under active surveillance. Consequently, the legal interest of public health prevails over the individual right to liberty in public calamity.

However, compulsory confinement at home or in a health establishment does not mean the application of compulsive medical acts. Patients with COVID-19 or persons infected with SARS-Cov2 have no duty to be subject to medical acts under compulsory confinement. In this regard, informed consent should be applied<sup>9</sup> to protect their auto-decision in healthcare issues. This idea is reasonable and corresponds to the principles of proportionality and adequacy regulated by article 3/n1<sup>10</sup> of the Law n. 44/86, 30 September. Compulsive medical treatments should not be imposed if the legal interest of public health can be protected by compulsory confinement, namely by limitation of the right to freedom. It means compulsive medical treatments, as a restriction or suspension of autonomy, are not a proportional, adequate or even necessary measure to protect public health. That is to say, patients with COVID-19 or persons infected with SARS-Cov2 can reject any treatment under compulsory confinement.

Accordingly, even though compulsory confinement at home or in a health establishment can be applied in an emergency state when facing an infectious disease that can cause public calamity, informed consent should always be applied before the intervention of medical acts.

## 2.2. Persons with infectious diseases

Another questionable situation refers to persons with infectious diseases (such as COVID-19 and SARS-Cov2) but not in an emergency state. Regarding the mentioned persons, it is essential to know if they should be subject to compulsive hospitalisation or/and compulsive medical treatments.

<sup>7</sup> The Decree of Republic President n. 14-A/2020, 18 march, at <https://bit.ly/3FQcHIF> (last visited at 11/04/2022).

<sup>8</sup> The Decree n. 2-A/2020, 20 march, at <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto/2-a-2020-130473161> (last visited 11/04/2022).

<sup>9</sup> A. G. D. PEREIRA, *Sida, Txicoddependência e Esquizofrenia: Estudo Jurídico sobre o Internamento Compulsivo*, in *Internamento Compulsivo*, 2016, 141.

<sup>10</sup> article 3/n1 of the Law 44/86, 30 September provides that "The suspension or restriction of rights, freedoms and guarantees [...] must be limited to what is strictly necessary for the prompt restoration of normality, especially in terms of its extension, duration and means used".

Compulsive hospitalisation implies a limitation of the right to freedom. In Portugal, this measure only can be applied to persons with psychic anomalies according to the Portuguese Constitution [article 27/n3/h), CPR]. However, this point can be criticised. Suppose compulsive hospitalisation is intended to protect the personal or patrimonial legal interests of hospitalised persons or others. It should be applied when the same or relevant legal interests must be protected in other situations, like the public health or personal legal interest of persons with infectious diseases.<sup>11</sup> In other words, the Portuguese Constitution should have included more cases in which compulsive hospitalisation can be applied.

Regarding compulsive medical treatments for persons with infectious diseases, we are facing a classical divergence: should we apply compulsive medical treatments to them to protect their physical integrity or allow them to decide the application of medical treatments? This is a question of human dignity. Should we understand human dignity as protection or as autonomy? In this regard, two fundamental rights conflict: (1) physical integrity or life; (2) auto-determination.<sup>12</sup> Following the position of European legal systems, Portugal considers human dignity as autonomy.<sup>13</sup> It is to say that informed consent should be applied before the intervention of medical treatments for persons with infectious diseases.

### 3. Compulsive medical acts

Even though obtaining consent before medical acts is a common understanding, there are some situations in which medical acts can be compulsively applied without consent, such as for persons with psychic anomalies (article 11/n3 and article 33/n1 and n2, Law n. 36/98, 24 July), prisoners (article 35/n2 and n3, Law n. 115/2009, 12 October) and workers in activities with life, health, integrity or safety at risk (article 19/n1/second part, Law n. 7/2009, 12 February).

#### 3.1. Persons with psychic anomalies

The first situation that involves compulsive medical acts refers to the one in which persons with psychic anomalies are involved. The Mental Health Law (Law n. 36/98, 24 July)<sup>14</sup> “establishes the general principles of mental health policy and regulates the compulsive hospitalisation of people with mental disorders, namely people with mental illness” (article 1, Law n. 36/98). It determines the conditions of applying compulsive hospitalisation and treatments.

<sup>11</sup> Exceptionally follow this position, applying compulsive hospitalisation to persons with pulmonary tuberculosis, see Judgment of the Porto Court of Appeal of 6 February 2002, Process n. 0110232 (Marques Salgueiro), 06/02/2002, at <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/0/bb2d8a8cb57b4d9380256bc800396446> (last visited 14/12/2022); Judgement of the Porto Court of Appeal of 12 December 2022, Process n. 0514697 (Élia São Pedro), at <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/c4c0347dfa5f1a2f80257103003c591b> (last visited 14/12/2022).

<sup>12</sup> Regarding this point, M. T. LONG, *Directivas Antecipadas de Vontade: um regime existente em Macau?*, Macao, 2017, 15.

<sup>13</sup> V. L. RAPOSO, *Directivas Antecipadas de Vontade: em busca da lei perdida*, in *Revista do Ministério Público*, janeiro/março, 2011, 208; V. L. RAPOSO, *The right to say yes and the right to say no*, 2014, Conference paper, 8.

<sup>14</sup> Law n. 36/98, 24 July, at <https://bit.ly/3TJ7MyP> (last visited 22/03/2022).

Before it entered into force, Law n. 2118, 3 March 1963,<sup>15</sup> had been regulating the Portuguese mental health system for over three decades and playing an essential role in promoting mental health in this country. According to this Law, an authorisation of the direction of mental health centres was enough to restrict the right to freedom through compulsive hospitalisation of patients and their subjection to compulsive outpatient treatments (Base X/d, Law n. 2118). However, with the implementation of the Portuguese Constitution on 25 April 1976, the right to freedom, as a fundamental right, can be restricted only after a court decision and in the exceptional situations expressly mentioned by the CPR (article 27/n3, CPR). In this context, the judicial intervention has been a necessary element for the compulsive hospitalisation of a person with a psychic anomaly. Therefore, Law n. 2118, 3 March 1963, was considered inappropriate due to a conflict with the mentioned fundamental right when applying compulsive hospitalisation.<sup>16</sup>

This is the reason why the current Mental Health Law replaced it and defines compulsive hospitalisation as “hospitalisation by judicial decision of the patient with severe psychic anomaly” [article 7/a), Law n. 36/98]. This replacement is intended to fulfil article 27/n3/h) of the CPR, which refers to one of the exceptional situations that allow deprivation of liberty, namely a “Hospitalisation of a person with a psychic anomaly in an appropriate therapeutic establishment, decreed or confirmed by the competent judicial authority”.<sup>17</sup> In other words, nowadays, a court decision is necessary to restrict the right to freedom via compulsive hospitalisation,<sup>18</sup> unlike the previous situation where the said restriction could result from a mere decision of the direction of mental health centres. Even though the Portuguese Parliament is currently discussing a new draft proposal for a mental health law (Draft Law No. 24/XV/1, presented on 22 July 2022),<sup>19</sup> this draft law does not change the relevant principle that requires court intervention.

To apply compulsive hospitalisation, certain conditions should be met according to article 12/n1 of Law 36/98. The first condition refers to a severe psychic anomaly. Although doctors are exclusively responsible for diagnosing the disease or disorder that can be part of the concept of psychic anomaly,<sup>20</sup> the assessment of its severity arises from a court decision.<sup>21</sup> The second condition alludes to a causal link between the disabling psychic state and the situation of danger for the personal or patrimonial

<sup>15</sup> Law n. 2118, 3 March 1963, at <https://dre.tretas.org/dre/94657/lei-2118-de-3-de-abril> (last visited 22/03/2022).

<sup>16</sup> M. XAVIER, A. CARVALHO, *Internamento Compulsivo em Portugal – Contexto e Procedimentos*, 1, at [https://www.dgs.pt/accao-de-saude-para-criancas-e-jovens-em-risco/ficheiros-externos/anexo\\_07\\_internamento\\_compulsivo-pdf.aspx](https://www.dgs.pt/accao-de-saude-para-criancas-e-jovens-em-risco/ficheiros-externos/anexo_07_internamento_compulsivo-pdf.aspx) (last visited 20/03/2022).

<sup>17</sup> This exception was introduced in 1997 by Constitutional Law n. 1/97, 20<sup>th</sup> September.

<sup>18</sup> However, the court decision should be consistent with medical opinion. If a medical opinion is against it, the court cannot decide to apply compulsive hospitalisation. Regarding this point, see Judgment of the Lisbon Court of Appeal, Process n. 4908/18.9TBOER.L1-3 (Cristina de Almeida e Sousa), 23/09/2020, at <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/fbd143e2d05f3b6380258606002d56fb?OpenDocument> (last visited 23/03/2022).

<sup>19</sup> Draft Law No 24/XV/1, at <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=141788> (last visited 21/03/2023).

<sup>20</sup> M. S. ALMEIDA, *Internamento compulsivo de doentes portadores de anomalia psíquica grave: dificuldades e constrangimentos do tribunal*, in *Internamento Compulsivo*, Centro de Estudos Judiciários, Lisbon, 2016, 31.

<sup>21</sup> Judgment of the Lisbon Court of Appeal, Process n. 4908/18.9TBOER.L1-3 (Cristina de Almeida e Sousa), 23/09/2020, *op. cit.*

legal interests of a hospitalised person or others. The danger mentioned here must be concrete, current and imminent in case of urgent hospitalisation.<sup>22</sup> The last condition involves a refusal to undergo necessary medical treatment. Once the mentioned conditions have been met, the hospitalised person has a special duty to undergo medically proposed treatments, except for psychosurgical intervention<sup>23</sup> (article 11/n3 and article 5/n2, Law n. 36/98). Nevertheless, all restrictions on fundamental rights arising from compulsive hospitalisation, such as a restriction on the right to freedom, are those strictly necessary and adequate for the effectiveness of treatments, in addition to the safety and normality of hospital (article 8/n4, Law n. 36/98). Besides, hospitalisation ends when the conditions that gave rise to it disappear (article 34/n1, Law n. 36/98).

Despite that, compulsive treatments can be applied not only in compulsive hospitalisation but also in situations where a person with a psychic anomaly is not hospitalised. In principle, outpatient compulsive treatments, whenever possible, must replace compulsive hospitalisation (article 8/n3, Law n. 36/98). The Portuguese law clearly states that outpatient compulsive treatments should be the first choice for persons with a psychic anomaly. The Portuguese courts have understood that the fact that a hospitalised person is discharged from the hospital only means that there is no need for the treatments to take place on an inpatient basis, not that medical treatments are no longer necessary.<sup>24</sup> An inpatient basis refers to a concrete and current danger to the personal or patrimonial legal interests of hospitalised persons or others. If the mentioned danger disappears, outpatient compulsive treatments should be applied rather than compulsive hospitalisation. In this regard, the replacement depends on an express acceptance of the hospitalised person and conditions set by the attending psychiatrist for outpatient treatment (article 33/n1 and n2, Law n. 36/98). In case of incompliance with the established requirements, the attending psychiatrist communicates to the competent court to resume the compulsive hospitalisation (article 33/n4, Law n. 36/98). This mechanism has two purposes: curing the person with mental illness and protecting society.<sup>25</sup>

Mental health care, either inpatient or outpatient compulsive treatment, is provided by institutions of the National Health Services and by private or social sector entities (article 3/n1, Decree-Law n. 113/2021, 14 December).<sup>26</sup> This means that according to the organization and operation of mental health services, a person with a psychic anomaly can receive mental health care not only in hospitals or psychiatric hospital centres but also in local or regional health services (article 14 and its following

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> In this exception, the medical intervention always requires the prior written consent of the hospitalised person and a favourable written opinion of two psychiatrists appointed by the National Mental Health Council (article 5/n2, Law n. 36/98).

<sup>24</sup> Judgment of the Coimbra Court of Appeal, Process n. 5712/15.1T8CBR-A.C1 (Fernando Chaves), 02/12/2015, at <https://bit.ly/3TELD4L> (last visited 24/03/2022).

<sup>25</sup> Judgment of the Coimbra Court of Appeal, Process n. 122/17.9T8TND.C1 (Inácio Monteiro), 11/10/2017, at <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/43bbb4548c0eb382802581bb00524da8?Opendocument> (last visited 24/03/2022).

<sup>26</sup> The Decree-Law n. 113/2021, 14 December, at [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?artigo\\_id=&nid=3486&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so\\_miolo=&nversao=#artigo](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=&nid=3486&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo) (last visited 21/03/2023). The legal document establishes the general principles and rules for the organisation and operation of mental health services, embracing some innovative aspects, compared with the revoked Decree-Law n. 35/99, 5 February (the antecedent of the Decree-Law n. 113/2021).

dispositions, Decree-Law n. 113/2021). This is an advantage for mental disorder patients who want to receive mental health care near their home or the place that facilitates relatives' visiting.

From what has been exposed, in certain situations, patients with mental illness have a special duty to undergo inpatient or outpatient compulsive treatments following the Mental Health Law. In other words, healthcare professionals are not obligated to obtain their consent in these situations.

### 3.2. Prisoners

Compulsive medical acts can be applied under the Code of Implementation of Penalties and Measures regarding Deprivation of Liberty (Law n. 115/2009, 12 October).<sup>27</sup> In principle, medical interventions or treatments cannot be coercively imposed on a prisoner except in situations regulated by article 35 of the Law n. 115/2009 or according to law. It means compulsive medical interventions or treatments exist in exceptional cases expressly handled by the referred article or other legal documents.

It should be emphasised that, contrary to the situations of persons with psychic anomalies where compulsive hospitalisation or compulsive medical treatments require the intervention of a court decision, this requirement does not exist when applying compulsive medical acts to prisoners, given that the prisoners' freedom has been limited. The application of compulsive medical acts to prisoners is not the reason for affecting the right to freedom regulated in article 27/n3 of the CPR.

Therefore, prisoners have to undergo compulsive medical treatments in situations with danger to the life or the body and health of the prisoner, who does not have the necessary judgement to access the meaning and scope of refusal of treatments or other people (article 35/n2 and n3, Law n. 115/2009). It is clear that the application of compulsive medical treatments guarantees prison security and protects prisoners if they lack the necessary judgement to make a reasonable decision regarding medical treatments.

### 3.3. Workers in activities with life, health, integrity or safety at risk

The compulsive medical acts that the Labour Code (Law n. 7/2009, 12 February)<sup>28</sup> regulates refer to medical tests or examinations. Article 19/n1 of the Labour Code clearly states that, in principle, employers cannot require job applicants or workers to carry out or submit medical tests or examinations proving physical or psychological conditions for admission or permanence in the job. This protects two fundamental rights, namely the right to moral or physical integrity (article 25, CPR) and the right to reserve the privacy of private life (article 26/n1, CRP) of job applicants or workers.<sup>29</sup>

Nonetheless, this is not an absolute rule, and exceptional situations are acceptable if three conditions are fulfilled (article 19/n1/second part, Labour Code). The limits to the general principle aim to protect the public interest or other fundamental rights protected by the CPR, such as the physical integrity of

<sup>27</sup> The Law n. 115/2009, 12 October, at <https://bit.ly/3LNGkhg> (last visited 24/03/2022).

<sup>28</sup> The Labour Code (Law n. 7/2009, 12 February), at [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?ficha=1&artigo\\_id=&nid=1047&pagina=1&tabela=leis&nversao=&so\\_miolo=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=1&artigo_id=&nid=1047&pagina=1&tabela=leis&nversao=&so_miolo=) (last visited 30/03/2022).

<sup>29</sup> P. R. MARTINEZ, L. M. MONTEIRO, J. VASCONCELOS, P. M. BRITO, G. DRAY, L. G. SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, Lisbon, 2017, 160. Regarding the second fundamental right, D. V. Marecos, *Código do Trabalho Comentado*, Lisbon, 2017, 130.

the workers or others.<sup>30</sup> The first condition refers to the protection and safety of workers or others that the medical tests or examinations are intended for or to particular requirements inherent to the activity.<sup>31</sup> The activity can involve, among others, the one in which control of alcoholism or psychotropic substances is necessary, especially regarding the workers that may put their own life, health, integrity or safety at risk or that of others (for instance, regarding the workers that drive vehicles, operate machinery or equipment, handle explosives or engage in hazardous activities).<sup>32</sup> Secondly, employers should provide in writing to job applicants or workers the reasons for carrying out or submitting medical tests or examinations.<sup>33</sup> Finally, an intervention of a doctor is required.<sup>34</sup>

In this regard, especially concerning the promotion of safety and health at work, the Labour Code, in its article 284, requires specific legislation that refers to the Legal Regime for the Promotion of Safety and Health at Work (Law n. 102/2009, 10 September). According to this law, there are three types of medical examinations (article 108/n3/, Law n. 102/2009). The first one is an admission examination, which should be carried out before starting work or, in case of a justification of urgent admission, within 15 days after beginning employment. The second type refers to a periodic examination, which should be done annually for minors or elderly workers over 50 and every two years for other workers. The third one involves a non-periodic examination in case of substantial changes in the material components of work or returns to work after 30 days due to illness or accident.

In summary, a worker engaging in activities that can put life, health, integrity or safety at risk must be subject to compulsive medical acts like medical tests or examinations. It should be emphasised that even though healthcare professionals still ask for workers' consent to execute medical tests or examinations, the compulsive nature of these medical acts comes from labour law requiring workers the duty to be subject to medical tests or examinations to protect the public interest, not exempting them, now as patients, the rights to be informed, clarified and consent.

#### 4. The necessity of a duty to inform before or after compulsive medical acts

Even though healthcare professionals have no duty to obtain patient consent before applying compulsive medical acts, the question is whether they must communicate relevant information to their patients. This is a question of the necessity of a duty to inform for compulsive medical acts.

<sup>30</sup> D. V. MARECOS, *Código do Trabalho Comentado*, op. cit., 130.

<sup>31</sup> P. R. MARTINEZ, L. M. MONTEIRO, J. VASCONCELOS, P. M. BRITO, G. DRAY, L. G. SILVA, op. cit., 160. QUINTAS, H. QUINTAS, *Código do Trabalho Anotado e Comentado*, Lisbon, 2016, 105.

<sup>32</sup> These examples stem from A. NETO, *Novo Código do Trabalho e Legislação Complementar Anotados*, Lisbon, 2009, 148.

<sup>33</sup> P. R. MARTINEZ, L. M. MONTEIRO, J. VASCONCELOS, P. M. BRITO, G. DRAY, L. G. SILVA, *Código do Trabalho Anotado e Comentado*, op. cit., 160-161. P. QUINTAS, H. QUINTAS, op. cit., 105.

<sup>34</sup> P. R. MARTINEZ, L. M. MONTEIRO, J. VASCONCELOS, P. M. BRITO, G. DRAY, L. G. SILVA, *Código do Trabalho Anotado e Comentado*, op. cit., 161.



Informed consent is a concept created in *Salgo v. Leland Stanford* of 1957.<sup>35</sup> In principle, its application requires the duties to inform, clarify and obtain consent;<sup>36</sup> therefore, a lack of one implies an inexistence of informed consent. Compliance with the obligations to inform and explain is a previous process intended to obtain consent; otherwise, consent is made with wrong or non-relevant information or wrong understanding regarding the provided information, and autonomy can be violated in this situation. Based on the doctrine of informed consent, the duty to inform is unnecessary when applying compulsive medical acts because these acts are coercive, and the duty to inform has no reason to be required.

Nonetheless, the duty to inform can be necessary before or after compulsive medical acts<sup>37</sup> but based on other reasoning. Compliance with such a duty for compulsive medical acts intends to respect other fundamental rights provided in the CPR, namely the right of access to personal data and the right to information, respectively, regulated in articles 35 and 37 of the Portuguese Constitution. Hence, instead of resulting from one of the components of informed consent to respect patients' autonomy, the duty to inform before or after compulsive medical acts stems from respect for the right of access to personal data and the right to information. Indeed, the duty to inform here in discussion is not a duty from the ambit of informed consent.

In other words, compliance with the duty to inform under the doctrine of informed consent intends to obtain consent and, consequently, to respect the autonomy of patients, whereas compliance with the duty to inform before or after compulsive medical acts aims to respect the right of access to personal data or the right to information. Respect for these fundamental rights implies a necessity of the duty to inform for compulsive medical acts. The reason is that patients should have a right to know what happened or will happen to their health, even though they do not have a right to consent under compulsive medical interventions. On the other hand, there is no conflict between these and other fundamental rights, different to the situation where such a conflict can exist between physical integrity or life and autonomy when applying the duty to inform under the doctrine of informed consent.

---

<sup>35</sup> *Salgo v. Leland Stanford Etc. Bd. Trustees*, 317 P.2d 170 (Cal. Ct. App. 1957), at <https://www.courtlistener.com/opinion/2619445/salgo-v-leland-stanford-etc-bd-trustees/> (visited 17/12/2022). Regarding this case, R. R. FADEN; T. L. BEAUCHAMP; N. M. P. KING, *A History and Theory of Informed Consent*, Oxford University Press, 1986, 125-126.

<sup>36</sup> In Portugal, see Entidade Reguladora da Saúde, *Consentimento Informado – Relatório Final*, *op. cit.*, 3; M. J. ESTORNINHO, T. MACIEIRINHA, *Direito da Saúde*, Lisbon, *op. cit.*, 273-274; V. R. RAPOSO, *Do ato médico ao problema jurídico: breves notas sobre o acolhimento da responsabilidade médica civil e criminal na jurisprudência nacional*, *op. cit.*, 220.

<sup>37</sup> For instance, workers in activities with life, health, integrity and safety at risk or prisoners should have the right to know what will happen to their body or health before compulsive medical acts, given that they have the necessary physical and mental conditions to understand the information provided by healthcare professionals. The same situation does not occur for persons with psychic anomalies under hospitalisation because they usually do not have the mentioned conditions. Still, after compulsive medical acts, their right to know should be respected if they have the referred conditions.

## 5. Conclusion

In summary, informed consent is generally applied before medical activities. It should also be used for persons in an emergency state and with infectious diseases, even though its application is questionable and arguable in Portugal. However, consent from particular groups, such as persons with psychic anomalies, prisoners and workers in activities with life, health, integrity and safety at risk, is not necessary before compulsive medical acts. Even so, this article demonstrates the necessity of complying with the duty to inform before or after compulsive medical acts, based on the reasoning of respect for the right of access to personal data and the right to information regulated in the Portuguese Constitution. The duty to inform in discussion is not the one from informed consent intended to respect patients' autonomy. This article emphasises the reasoning behind complying with the duty to inform for compulsive medical acts.

## A reality outside the law: an ethical-legal analysis of the 30 years of deontological regulation of assisted reproduction technologies in Brazil

*Manuel Camelo Ferreira da Silva Netto, Carlos Henrique Félix Dantas\**

**ABSTRACT:** For more than four decades, assisted reproduction technology (ART) techniques have enabled the design of parenting projects in cases where infertility and sterility are obstacles to having children. In Brazil, for example, the first “test tube baby” was born in the early 1980s, and the use of ART has since expanded in the country. However, the normative reality does not show such a feat, since, so far, there is no specific law that regulates the matter, a situation that ended up generating a great appreciation of the deontological Resolutions edited by the Federal Council of Medicine (CFM), which, despite not being law in a formal sense, end up establishing guidelines for the use of these procedures. In this way, the problem arises: what are the main contributions brought by the CFM Resolutions to the regulation of ART in Brazil and what is its role in the face of the Brazilian regulatory framework? With this, it was found that these Resolutions have been updated, over time, in order to accompany the advances of ART technologies, but they still lack the cogent force that only a law in the formal sense would have the power to make possible, leaving to the judiciary and its administrative bodies, in most cases, the role of overcoming this absence. For that, it was used the method of analytical-deductive reasoning, through bibliographic and documental research with a qualitative approach.

**KEYWORDS:** Bioethics; biolaw; medical ethics; reproductive biotechnology; assisted reproduction technology

**SUMMARY:** 1. Introduction – 2. The Deontological Regulation of the ARTs in Brazil – 2.1. General Principles and Beneficiaries – 2.2. Maximum Age of Beneficiaries – 2.3. Maximum Number of Embryos to be Transferred and Embryo Reduction – 2.4. Informed Consent – 2.5. Sex or Other Biological Characteristics Selection and Genetic Material Preservation – 2.6. Gamete or Embryo Donation – 2.7. Surplus Embryos – 2.8. Preimplantation Genetic

---

\* *Manuel Camelo Ferreira da Silva Netto, Doctoral student in Civil Law at the Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Brazil. Master in Private Law at the Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Brazil. Researcher With a scholarship from the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Mail: [manuelcamelo2012@hotmail.com](mailto:manuelcamelo2012@hotmail.com); Carlos Henrique Félix Dantas, Doctoral student in Civil Law at the Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Brazil. Master in Private Law at the Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Brazil. Researcher With a scholarship from the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Mail: [carloshenriquefd@hotmail.com](mailto:carloshenriquefd@hotmail.com). The article was subject to a double-blind peer review process.*

Diagnosis – 2.9. *Post Mortem* ARTs and Surrogacy – 3. Critiques on the Nature of the Tool: can the CFM (alone) regulate the ARTs in Brazil? – 4. Final Considerations.

## 1. Introduction

Infertility has always presented itself as a health issue with significant social consequences, which were mitigated when, in the 20th century, the so-called assisted reproduction technologies (ARTs) emerged, providing an opportunity to remedy those problems. In 1978, the first “test tube baby” in the world was born, the English Louise Brown, as a result of the application of the *in vitro* fertilization (IVF) technique and resulting from the efforts of embryologist Robert Edwards and gynecologist Patrick Steptoe. In Brazil, in its turn, it did not take long for this technique to be successful, and in 1984, Ana Paula Caldeira, the first Brazilian “test tube baby”, was born, due to the work of gynecologist Milton Nakamura.

Ever since, reproductive biotechnology has advanced and continues to advance in ways never before imagined, bringing with it necessary reflections and impacts, especially in the legal field. However, curiously, after almost 40 years of this achievement, Brazil still lacks specific legislation capable of comprehensively regulating the use of the ARTs, to the extent that no bill has been passed to date.<sup>1</sup> It was in this context that the deontological guidelines, prepared by the Federal Council of Medicine (CFM)<sup>2</sup> – administrative body responsible for inspecting and regulating medical activity –, through its Resolutions, gained great importance on the subject, because, although they do not have the nature of law in a formal sense, they correspond to the main parameters for regulating these techniques in the country.

In view of this, the following problem was raised: what are the main contributions brought by the CFM Resolutions to the regulation of ARTs in Brazil and what is its role in the Brazilian regulatory framework? Therefore, the present study aims to conduct a comparative study between the CFM Resolutions on the matter, in order to investigate the ethical guidelines established for their application and the role they play in the Brazilian legal system. In addition, it proposes to investigate the position of Brazilian courts in face of the ethical guidelines established by the CFM Resolutions in the country.

To do so, it was used the analytical-deductive reasoning method, with a qualitative approach, by applying the techniques of literature review and documentary research. In this sense, we sought to provide a theoretical-legal basis for understanding ARTs techniques and to what extent their deontological regulation was/is being sufficient to establish ethical guidelines in the absence of legislation on the subject in the country.

<sup>1</sup> From the verification of data collected until april 19<sup>th</sup>, 2022, it appears that there are 24 bills being processed in the Brazilian National Congress and that they are willing to regulate to some extent the use of ART's in Brazil. However, so far, none of them has been approved, which is why the CFM's (Conselho Federal de Medicina, in free translation: Federal Council of Medicine) deontological Resolutions still play an important role in establishing guidelines for their use. For further details, see M. C. F. DA SILVA NETTO, *A reprodução humana assistida e as dificuldades na sua regulamentação jurídica no Brasil: uma análise dos vinte e quatro projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional*, in M. EHRHARDT JÚNIOR, M. CATALAN, P. MALHEIROS (coord.), *Direito Civil e tecnologia*, 2. ed., T. II, Belo Horizonte: Fórum, 2022.

<sup>2</sup> From the acronym in Portuguese: Conselho Federal de Medicina.

## 2. The Deontological Regulation of the ARTs in Brazil

Currently, in Brazil, there is no specific legislation that regulates the exercise of ARTs. At most, there are clauses III, IV and V of article 1.597 of the Civil Code of 2002 (CC/02),<sup>3</sup> which is restricted to the attribution of presumptions of parenthood and, even so, brings an approach still very insufficient when compared to the real complexity of the matter.<sup>4</sup> However, it can be said that such resources are not totally apart from regulation, only that such regulation does not occur through formal legislation, since the CFM, by adopting some Resolutions of deontological nature<sup>5</sup> – normative that impose ethical conducts, binding only the acts adopted by doctors when applying reproductive procedures –, cannot restrict or extend rights in the legal order.

In any case, there is no lack of minimum ethical parameters for the use of ARTs, since the CFM has already edited eight Resolutions on the subject: (i) n. 1.358/1992;<sup>6</sup> (ii) n. 1.957/2010;<sup>7</sup> (iii) n. 2.013/2013;<sup>8</sup> (iv) n. 2.121/2015;<sup>9</sup> (v) n. 2.168/2017;<sup>10</sup> (vi) n. 2.283/2020<sup>11</sup> (which only made a minor wording change to 2.168/2017); (vii) n. 2.294/2021;<sup>12</sup> and, (viii) the recent n. 2.320/2022,<sup>13</sup> currently in effect, as the Resolutions were drafted sequentially in an attempt to improve their provisions; thus, revoking their predecessors. In light of this, we will now analyze, in a comparative manner, the main provisions and the changes that have been implemented over these 30 years of discipline, highlighting the main changes and how the Brazilian courts have behaved in this matter.

<sup>3</sup> Civil Code of 2002, our translation: “Art. 1.597. Children are presumed to have been conceived during marriage: [...] III - produced by homologous artificial fertilisation, even if the husband is deceased; [...] IV - produced at any time, when surplus embryos are involved, resulting from homologous artificial conception; [...] V - produced by heterologous artificial insemination, as long as the husband’s prior consent is obtained”.

<sup>4</sup> On the subject, see C.H.F. DANTAS, M.C.F. DA SILVA NETTO, *O “abismo” normativo no trato das famílias ectogênicas: a insuficiência do art. 1597 (incisos III, IV e V) em matéria de reprodução humana assistida homóloga e heteróloga nos 20 anos do Código Civil*, in H.H. BARBOZA, G. TEPEDINO, C.E.D.R. MONTEIRO FILHO (Coords.), *Direito Civil: o futuro do direito*, Rio de Janeiro, 2022.

<sup>5</sup> Normative that impose ethical conducts, binding only the acts adopted by doctors when applying reproductive procedures.

<sup>6</sup> Conselho Federal de Medicina, *Resolução CFM nº 1.358/1992*, de 19 de novembro de 1992. Available at: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358\\_1992.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm), accessed on: 13 jun. 2022.

<sup>7</sup> Conselho Federal de Medicina, *Resolução CFM nº 1.957/2010*, de 06 de janeiro de 2011. Available at: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm), accessed on: 13 jun. 2022.

<sup>8</sup> Conselho Federal de Medicina, *Resolução CFM nº 2.013/2013*, de 09 de maio de 2013. Available at: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf), accessed on: 13 jun. 2022.

<sup>9</sup> Conselho Federal de Medicina, *Resolução nº 2.121/2015*, de 24 de setembro de 2015. Available at: [https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2015/2121\\_2015.pdf](https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2015/2121_2015.pdf), accessed on: 13 jun. 2022.

<sup>10</sup> Conselho Federal de Medicina, *Resolução CFM nº 2.168/2017*, de 10 de novembro de 2017. Available at: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>, accessed on: 13 jun. 2022.

<sup>11</sup> Conselho Federal de Medicina, *Resolução CFM nº 2.283/2020*, de 1 de outubro de 2020. Available at: [https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2020/2283\\_2020.pdf](https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2020/2283_2020.pdf), accessed on: 13 jun. 2022.

<sup>12</sup> Conselho Federal de Medicina, *Resolução CFM nº 2.294/2021*, de 15 de junho de 2021. Available at: [https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2021/2294\\_2021.pdf](https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2021/2294_2021.pdf), accessed on: 13 jun. 2022.

<sup>13</sup> Conselho Federal de Medicina, *Resolução CFM nº 2.320/2022*, de 20 de setembro de 2022. Available at: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>, accessed on: 14 oct. 2022.

## 2.1 General Principles and Beneficiaries

All Resolutions, without exception, predicted the use of ARTs in order to facilitate the process of procreation, assisting in solving problems of human infertility, as long as there is probability of success and there is no health risk for the patient or possible offspring. Thus, initially, the Resolution n. 1.358/1992 brought as beneficiaries only capable women, requiring the authorization of the spouse or partner, if they were married or in a common-law marriage.<sup>14</sup> However, as of Resolution n. 1.957/2010, the beneficiaries became all adults and capable<sup>15</sup> people, as long as they were agreed and informed. As for the extension of such rights to homoaffective<sup>16</sup> couples and single persons, the action of the Federal Supreme Court (Supremo Tribunal Federal – STF), in 2011, in recognizing the family nature of homoaffective unions,<sup>17</sup> had repercussions in Resolutions 2.013/2013, 2.121/2015, and 2.168/2017 that established this possibility, with the exception of the doctor's right to conscientious objection. It should be noted, however, that in 2020, an alteration was made to the Resolution n. 2.168/2017, through Resolution n. 2.283/2020, which gave a new wording to its Item II-2 – which had been maintained in Resolution 2.294/2021 –, expressly including as beneficiaries, besides homosexual people, those who are transgender (CFM, 2013, 2015, 2017, 2020, 2021).<sup>18</sup>

<sup>14</sup> In this article, we have opted for translating the Portuguese expression “*união estável*” as “*common-law marriage*”, considering that it is an informal union established by the cohabitation between the partners in a public, lasting, continuous, and intentional manner, in the terms of article 1.723 of the CC/02, similar to the aforementioned US institute.

<sup>15</sup> The notion of “capacity”, in the terms established in the Resolutions, follows the viewpoint of the civil capacity system set forth in the CC/02, considering every person over 18 years of age – the age chosen by the legislator as the civil age of majority in the country – to be fully capable in the terms of article 5th of the referred law. On the other hand, regarding incapacities, we have: a) in article 3rd, absolute incapacity: people who are not fully able to perform the acts of civil life, requiring, for this purpose, the assistance of a legal representative (parents or guardian). This is the case of minors under 16 years of age; and, b) in the article 4th, relative incapacity: consisting of those persons who are not yet fully able to perform the acts of civil life, but who can do so with the help of a legal assistant (parents, guardian or curator). This is the case of those over 16 and under 18 years of age, habitual drunks, drug addicts, prodigals, and persons who, for temporary or permanent reasons, are unable to express their will.

<sup>16</sup> The term homoaffectivity has become popular in Brazilian legal doctrine since its use by the jurist Maria Berenice Dias, who, in an attempt to destigmatize relationships of same sex couples, which were commonly related to abnormality and promiscuity, chose to emphasize the affection and love present in these relationships, highlighting them through the neologism [homo]affectivity.

<sup>17</sup> In 2011, in the judgment of the Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.277/DF and the Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132, the STF recognized the family nature of homoaffective unions and equated them to the common-law marriage, conditioning its configuration to the requirements contained in Article 1.723 of CC/02.

<sup>18</sup> The wording brought by resolution n. 2.283/2020 and maintained by resolution n. 2.294/2021 brought the following: “2. *The use of AR techniques is allowed for heterosexuals, homoaffective and transgenders*”, replacing the previous text, which read: “2. *The use of AR techniques is allowed for homoaffective relationships and single people, respecting the doctor's right to conscientious objection*” (CFM, 2017, 2020, 2021, our translation). Regarding this change, despite its clear intention to consolidate the amplitude of access to the techniques, some issues must be pondered: a) when the CFM brings this wording (“heterosexuals, homoaffective and transgenders”), it sins in the terminological choice, because when talking about expression of sexuality/sexual orientation, one has the figure of “heterosexual” and “homosexual”, while the terminology “homoaffective” would not fit to designate the person itself, but the relationship in which it is inserted, in a way that bisexual



Nevertheless, resolution 2.320/2022, currently in effect, removed this express mention that qualified LGBTQIAP+ people as beneficiaries of the ART's (CFM, 2022), which does not prevent such an interpretation from remaining implicitly, since these resolutions cannot restrict or extend rights due to their deontological nature.

Furthermore, as of Resolution n. 2.121/2015, the possibility of co-IVF by a lesbian couple was also mentioned, which was also reproduced in all subsequent resolutions (Item II-3 or II-2). (CFM, 2015, 2017, 2021, 2022).

## 2.2. Maximum Age of Beneficiaries

Regarding the maximum age, there was some variation, since Resolutions n. 1.358/1992 and 1.957/2010 did not stipulate any age limit for patients, while Resolution n. 2.013/2013 determined a maximum age of 50 years (Item I-2) for pregnancy candidates and Resolution n. 2.121/2015, even having established the maximum age of 50 years, also admitted exceptions to this age limit by determination of the responsible doctor, as long as for technical scientific reasons, after clarification of the risks involved (Item I-3).

Resolution n. 2.168/2017, in its turn, maintained the maximum age of 50 years and also presented the possibility of exceptions, based on technical-scientific reasons, related to the absence of comorbidities of the woman, and on the autonomy of the patients after they were informed about the risks of such interventions, both for the pregnant woman and the future offspring (Item I-3, §§1 and 2), which was maintained in Resolutions n. 2.294/2021 and 2.320/2022 (Item I-3.1 and 3.2). (CFM, 1992, 2010, 2013, 2015, 2017, 2021, 2022).

---

people can also come to compose homoaffective relationships, for example; b) it is equally important to emphasize that sexual and gender diversity is not restricted to a hetero/homo, cis/trans binarism, embracing, in the same way, the figures of bisexuality, pansexuality, asexuality, non-binarity, intersexuality, etc. For this reason, it is believed that the following wording would be more adequate: "The use of AR techniques is allowed regardless of the sexual orientation/expression of sexuality or gender identity of the beneficiaries, also not mattering, for purposes of its application, the format of the family entity in which they are inserted". It is noteworthy that the right to conscientious objection remained, in an implicit form, at the resolutions 2.283/2020 and 2.294/2021 to the extent that, in its explanatory statement for the change of the wording, this possibility was admitted, based on the "General Principles" of the Code of Medical Ethics. This alternative concerns the fact that these professionals can refuse to perform the AR process when this application is against their *Freedom of Conscience*. In any case, one cannot fail to mention that the Code of Medical Ethics brings some limits to the exercise of this right, by excepting the cases: a) of absence of another doctor; b) urgency or emergency; and, c) in which the refusal can bring harm to the patient's health. Furthermore, it is important to highlight that, in 2019, the Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26 and the Writ of Injunction (Mandado de Injunção – MI) n. 4.733 were judged by the STF, which placed homo-transphobia, whatever its form of manifestation, within the crimes contained in Law n. 7,716/89 (Law for the Crime of Racism), based on the social understanding of racism, until autonomous legislation edited by the National Congress comes along, also making it impossible to refuse the treatment for this reason. (For more details see M.C.F DA SILVA NETTO, *Planejamento Familiar nas Famílias LGBT: desafios sociais e jurídicos do recurso à reprodução humana assistida no Brasil*, Belo Horizonte: Fórum, 2021; M.C.F DA SILVA NETTO, C.H.F. DANTAS, "Nossas vidas importam?" *Vulnerabilidade sociojurídica da população LGBTI+ no Brasil: debates em torno do Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero e da sua atual pertinência*, in M. EHRHARDT JÚNIOR, F. LÔBO (Orgs.), *Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro*, Indaiatuba, 2021).

### 2.3. Maximum Number of Embryos to be Transferred and Embryo Reductions

As for the maximum number of embryos or oocytes to be transferred, there were also some modifications. Resolution n. 1.358/1992 only determined that they could not be more than 4 (Item I-6). The following Resolutions divided into categories, while n. 1.957/2010 determined that up to 2 embryos should be transferred for patients up to 35 years old, up to 3 for patients between 36 and 39 years old, and up to 4 for patients over 40 years old (Item I-6), the three subsequent ones changed only the last category: a) n. 2.013/2013 determined up to 4 embryos for women between 40 and 50 years old (Item I-6); b) n. 2.121/2015 resumes the prediction of up to 4 embryos for patients over 40 years old; and, c) Resolution n. 2.168/2017 (Item I-7) replicated this age stipulation (patients over 40 years old), which is justified because the maximum age of 50 years old, in these last two Resolutions, can be set aside in certain hypotheses, as had been highlighted earlier.

Resolutions n. 2.294/2021 and 2.320/2022, in its turn, reformulated these age categories – with the justification that technological advances and improvements in pregnancy rates authorize a reduction in the number of embryos transferred – and included the following possibilities: a) up to 2 embryos for women up to 37 years old; b) up to 3 embryos for women over 37 years old; and, c) up to 2 embryos in cases of euploid<sup>19</sup> embryos for genetic diagnosis (Item I-7).

Moreover, all Resolutions prohibited the possibility of embryo reduction, which is nothing more than the removal of embryos in order to avoid multiple pregnancies (CFM, 1992, 2010, 2013, 2015, 2017, 2021, 2022). This is due to the fact that, in practice, such technique resembles abortion, which, in its turn, is expressly forbidden by the Brazilian legal system (articles 123, 124, 125 and 126 of the Penal Code - CP), except in the legal (rape and mother's life risk) and judicial (case of anencephalic fetuses) hypotheses provided.

### 2.4. Informed Consent

All Resolutions establish the informed consent as mandatory, and it must contain the medical aspects in detail and the results obtained in that treatment unit with the suggested technique (CFM, 1992, 2010, 2013, 2015, 2017, 2021, 2022). The only difference in this topic, however, was regarding the elaboration of the informed consent form, to which, in Resolution n. 2.121/2015, it was added the need to be formulated by a bilateral discussion among those involved, being this idea resumed in following Resolutions (Item 1-4), which reveals a greater concern with the patient autonomy. (CFM, 2015, 2017, 2021, 2022).

### 2.5. Sex or Other Biological Characteristics Selection and Genetic Material Preservation

Regarding sex selection or any other biological characteristic of the future child, all Resolutions were unanimous in forbidding its possibility, except to avoid diseases in the child that will be born. As for

<sup>19</sup> Euploid embryos are those that have 46 chromosomes, presenting higher chances of successful pregnancy (See Genomika – Hospital Albert Einstein (s.d). *Triagem genética pré-implantação: saiba como aumentar as chances de uma gravidez bem-sucedida*, 2022. Available at: <https://genomika.einstein.br/medicina-fetal/>, accessed on: 18 jun. 2022.).

the purpose of ARTs, they all determine that it must always be procreative, and that any other purpose different from this is forbidden (CFM, 1992, 2010, 2013, 2015, 2017, 2021, 2022).

An important innovation brought by Resolution nº 2.168/2017 regarding the general principles of the use of ARTs is in the provision of the possibility of social or oncological preservation of sexual gametes, embryos or germinative tissues (Item I-2),<sup>20</sup> what was maintained by the following Resolutions, n. 2.294/2021 and 2.320/2022, applicable to medical and non-medical reasons (Item I-2). (CFM, 2017, 2021).<sup>21</sup>

## 2.6. Gamete or Embryo Donation

Regarding gamete donation, all Resolutions determine that it should be free of charge, being forbidden to doctors, employees and other members of the multidisciplinary team of the clinics, units or services. However, as of Resolution n. 2.013/2013, a maximum age for gamete donation was established: 35 years for women and 50 years for men. This provision was repeated in Resolutions n. 2.121/2015 and 2.168/2017 (Item IV-3), being changed to 37 years for women and 45 years for men in Resolutions 2.294/2021 and 2.320/2022, admitting exceptions in cases of previously frozen oocytes or embryos donation, provided the recipients are informed about the risks (Item IV-3 and 3.1). (CFM, 2012, 2015, 2017, 2021, 2022).

In this continuity, it is noted that all the Resolutions determined donor confidentiality, in a model of absolute anonymity<sup>22</sup> of the donations, where neither the donors nor the recipients could know each other's identities, and, exceptionally, in case of medical motivation, information about the donors could be provided exclusively to doctors, safeguarding their civil identity (CFM, 1992, 2010, 2013, 2015, 2017, 2021, 2022).

This stipulation was maintained in Resolution n. 2.294/2021, but an exception to this rule was admitted: gamete donation by relatives up to the 4th degree of kinship of the recipient(s), "provided they are not consanguineous" (Item IV-2 and 4).<sup>23</sup> This relativization of absolute anonymity – as can be in-

<sup>20</sup> This provision was very important because patients undergoing oncologic treatment may have infertility as a side effect, and it is important to offer this alternative. Moreover, it gave other patients – those who have not been diagnosed with infertility or those undergoing other types of treatments or affected by diseases that cause infertility – the option of preserving their sexual gametes, in order to have a future parental project.

<sup>21</sup> It should be noted, however, that there is no specific provision regarding the possibility of its preservation in the case of trans patients who wish to undergo the transsexualizing process. It is obvious that this provision may be interpreted in favor of these people, adapting to the notion of social preservation (non-medical reasons). However, it would be opportune to bring, in a specific way, this alternative, both in Resolution n. 2.320/2022 and in Resolution n. 2.265/2019 (which regulates medical follow-up to trans people), as one of the steps of the gender affirmation process, in order to give visibility to the preservation of the reproductive rights of these people. (CFM, 2019, 2022); (M.C.F DA SILVA NETTO, *Planejamento Familiar nas Famílias LGBT: desafios sociais e jurídicos do recurso à reprodução humana assistida no Brasil*, Belo Horizonte: Fórum, 2021).

<sup>22</sup> A.C.B. DE B.C. FERRAZ, *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização*, 2. ed., Curitiba: Juruá, 2016.

<sup>23</sup> Note, however, that, contrary to the normative provision of the CFM, the Federal Regional Court of the 3rd Region in São Paulo, for example, decided on the expansion of the understanding to allow anonymous donors of gametes and human embryos to also be known persons beyond the restriction of up to the 4th collateral degree, reinforcing the doctrine of socio-affectivity present in Brazilian law. See (Brazil. Tribunal Regional Federal da 3ª

ferred from the Resolution's own explanatory statement – was due to the high number of court decisions in favor of gamete donations between relatives, which is justified on several grounds, such as: a) the fundamental right to the exercise of free family planning (art. 226, §7 of the Federal Constitution of 1988); b) the absence of express legal prohibition; c) the consolidation of socio-affective kinship<sup>24</sup> (adoption, possession of offspring status, “Brazilian adoption”<sup>25</sup> and heterologous ART)<sup>26</sup> in Brazilian legislation, doctrine and case law; d) the solidification of the distinction between the right to know

Região (TRF3). 2ª Vara Cível Federal da Seção Judiciária de São Paulo. *Case n. unavailable*. Reporting Judge: Rosana Ferri, Date of decision: 05/2022. Available at: <https://ibdfam.org.br/jurisprudencia/13909>. Accessed on: 13 jun. 2022.). Furthermore, it should be emphasized that, despite the somewhat confusing wording regarding the indication of non-consanguinity in these known donations, it should be understood that the CFM was concerned with prohibiting the performance of fertilization procedures with gametes from persons of the same family. This, in turn, must be observed both in cases of consanguineous kinship and in cases of civil (adoption) and socio-affective kinship (possession of offspring status, “Brazilian adoption” and heterologous ART), observing the rules that prohibit incest and grounds marriage impediments based on the kinship (Art. 1.521, I to V and Art. 1.723, §1º of CC/02): “Art. 1.521. *The following cannot marry: [...] I - ascendants and descendants, whether by natural or civil kinship; [...] II - kin in a direct line; [...] III - the adopter and whoever was the spouse of the adopted and the adopted with whoever was the spouse of the adopter; [...] IV - brothers and sisters, unilateral or bilateral, and other collaterals, up to the third degree; [...] V - the adopted with the child of the adopter; [...] Art. 1.723. [...] §1º The common law marriage shall not be constituted if the impediments of art. 1.521 occur; not applying the incidence of clause VI in case the married person is in fact or judicially separated*” (Brasil. Civil Code, 2002, our translation).

<sup>24</sup> Such debates had as a precursor João Baptista Villela who, in his famous text “De-Biologization of Paternity” (1979), already attributed to paternity – which here can be understood in a broader sense, also encompassing the idea of maternity – an element much more cultural than natural. After all, in the words of the mentioned author, “[...] to be father or mother is not so much in the fact of generating as in the circumstance of loving and serving” (See J.B. VILLELA, *Desbiologização da paternidade*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, 21, 1979, 400-418, 408, our translation). Furthermore, according to Carlos Dantas, there is no question here of multiparentality (attribution of more than two parenting bonds to the same person), since the biological origin and the civil identity of the donor are known, once the socio-affective parenthood, in Brazilian Law, is much more comprehensive than a mere criterion based on pure biologism. C.H.F. DANTAS, *Aprimoramento genético em embriões humanos: limites ético-jurídicos ao planejamento familiar na tutela da deficiência como diversidade biológica humana*, Belo Horizonte: Fórum, 2022, 136.

<sup>25</sup> It must be emphasized that the expression we have chosen to translate here as “Brazilian Adoption”, in Portuguese, is called “adoção à brasileira”, meaning an adoption made “Brazilian style”, due to the fact that it has been a widespread practice in the country, but that, with time, it has been tried to be discouraged, because it is understood that the due legal process of adoption better respects the idea of the best interest of the child.

<sup>26</sup> In short synthesis a) the adoption corresponds to the civil kinship, in view of being a form of establishing filiation in the parameters stipulated by law, through the due process of adoption; b) the possession of offspring status is established when someone assumes the role of father or mother, regardless of having biological links, configuring a paternal-maternal-filial bond through coexistence; c) the “Brazilian adoption” occurs from the false affiliation, in the birth register, of the quality of father or mother of a child born from another woman, married or not, without observing the legal requirements of adoption. In such cases, although it constitutes a crime (article 242 of the Penal Code), the case law has been admitting the recognition of the filiation, provided that the coexistence has been consolidated for many years through the possession of offspring status; and d) the heterologous ART occurs when the performance of the ART procedure happens with the authorized use of donated genetic material, attributing parenthood to those persons who consented to the procedure, in the terms of article 1.597, V of CC/02. In the same sense, see (P. LÔBO, *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*, in *Revista Brasileira de Direito de Família*, 1, 1, 1999, 133-156).

one's genetic ancestry and filial status in heterologous ARTs;<sup>27</sup> and, e) the possibility of the pregnant woman being known in surrogate pregnancy, etc.

Still on donations, the Resolutions attributed the choice of donors to the units, responsible for ensuring maximum phenotypic similarity and maximum compatibility with the recipient, with Resolutions n. 2.013/2013, 2.121/2015 and 2.168/2017 innovating by admitting the possibility of shared oocyte donation (Item IV-9). Resolutions 2.294/2021 and 2.320/2022, on the other hand, maintained the possibility of shared donation, attributing to the doctor, only in this case, the responsibility for the choice of donors – selecting, as far as possible, those with the maximum phenotypic similarity and compatibility with the recipient(s) (Item IV-8 and 9) – while, in the case of gametes or embryos banks resource, attributing exclusively to the users the responsibility for the selection of donors (Item IV-10) (CFM, 1992, 2010, 2013, 2015, 2017, 2021, 2022).

Regarding the use of genetic material from the same donor in more than one pregnancy, some changes were added to the text of the Resolutions throughout time: a) in Resolution n. 1.358/1992 – it was imposed that the fact of, in the region where the unit is located, a donor producing more than 2 pregnancies of different genders in an area of one million inhabitants be avoided; b) in Resolution n. 1.957/2010 – this number was reduced to 1 pregnancy of a child of different genders in an area of one million inhabitants; c) in Resolutions n. 2.013/2013 and 2.121/2015 - the number was again raised to 2 pregnancies of children of different genders in an area of one million inhabitants; and, d) in Resolutions 2.168/2017, 2.294/2021 and 2.320/2022 - the number of 2 pregnancies of children of different genders in an area of one million inhabitants was maintained, but the same donor was allowed to contribute with as many pregnancies as desired, as long as in the same family (Item IV-6), demonstrating, once again, the concern with the prohibition of incest, established in law by the legislator (CFM, 1992, 2010, 2013, 2015, 2017, 2021, 2022).

## 2.7. Surplus Embryos

Regarding surplus embryos, the Resolutions have opted for the possibility of their cryopreservation, and the last four have added the possibility of cryopreserving gonadic tissues as well, in addition to spermatozoa and eggs, also contained in the first two Resolutions. Moreover, according to the current provision of Resolution n. 2.320/2022, it was revoked the previous provision of Resolution 2.294/2021, in which the total number of embryos to be generated in laboratories could not exceed 8, and there is no longer such limitation (Item V-2) (CFM, 1992, 2010, 2013, 2015, 2017, 2021, 2022).

At the moment of cryopreservation, patients must express their will, in writing, as to the destiny of these embryos in case of divorce, dissolution of common-law marriage, or death, of one or both, and when they wish to donate them (Item V-3).<sup>28</sup>

<sup>27</sup> For further information on the theme, see (P. LÔBO, *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*, in *Revista Brasileira de Direito de Família*, 1, 1, 1999, 133-156).

<sup>28</sup> Although there is the need to establish the will regarding the destination of human biological material at the time of contracting the service, by determination of the Resolution, the Brazilian case law has been reinforcing that, at any time, this decision may be modified. This is because: a) the Fourth Panel of the Superior Tribunal de Justiça – STJ (2021), in the Recurso Especial (REsp) n. 1.918. 421-SP determined, by majority vote, that even if there is previous manifestation of will in a term of informed consent, regarding surplus embryos to be implanted after death, a more specific document will be required, such as express authorization via will, rejecting the ex-



The deadline for the disposal of embryos was changed over the course of the regulations, since, in Resolutions n. 2.013/2013 and 2.121/2015, it was established that embryos cryopreserved for more than 5 years could be discarded or used for research with stem cells in the terms of the article 5<sup>th</sup> of the Biosafety Law (Law n. 11.105/2005),<sup>29</sup> respecting the patients' will. In resolutions 2.168/2017 and 2.294/2021, this deadline was lowered to 3 years, while in resolution 2.320/2022 nothing was stated about the deadline; therefore, the 3 years stipulated in article 5<sup>th</sup> of the Biosafety Law should be considered<sup>30</sup> (CFM, 2013, 2015, 2017, 2021, 2022).

wife's claim to implant them (Brazil. Superior Tribunal de Justiça (2021). *Recurso Especial n. 1.918.421-SP*. Rapporteur: Minister Marco Buzzi. Rapporteur for the Judgment: Minister Luis Felipe Solomon. Date of Judgment: 06/08/2021. Available at: <https://bit.ly/3ST7YeA>, accessed on: 13 jun. 2022); and, b) the Fifth Panel of the Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF (2021) determined that, even if the destination of the cryoconserved embryo is established when the service is contracted, after divorce, the ex-spouse may change his or her mind, even to request disposal of the human biological material. (Brazil. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Quinta Turma. *Case n. 0702501-17.2019.8.07.0011*. Rapporteur: Judge Maria Ivatônia, Fifth Civil Panel. Date of publication: 12/13/2021. Available at: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/deciso-es-em-evidencia/19-1-2022-2013-descarte-de-embrioes-criopreservados-2013-divorcio-2013-tjdft>, accessed on: 13. jun. 2022).

<sup>29</sup> Biosafety Law (nº 11.105/05): “Article 5. The use of embryonic stem cells obtained from human embryos produced by in vitro fertilization and not used in the procedure for research and therapy purposes is permitted subject to the following conditions: I - are unfeasible embryos; or II - are embryos frozen for 3 (three) years or more, on the date of publication of this Law, or that, already frozen on the date of publication of this Law, after completing 3 (three) years, counted from the date of freezing. [...] § 1st In any case, the consent of the parents is required. [...] § 2nd Research institutions and health services that conduct research or therapy with human embryonic stem cells should submit their projects for consideration and approval by the respective research ethics committees. [...] § 3rd The marketing of biological material referred to in this article is prohibited and its practice implies the crime typified in art. 15 of Law nº 9.434, of February 4, 1997”. The Attorney General’s Office (Procuradoria Geral da República – PGR), in 2008, through ADI n. 3.510/DF, plead the full unconstitutionality of article 5<sup>th</sup> of the Biosafety Law on the grounds that human life would start from conception, to protect the cryopreserved embryo. When the case was judged, the rapporteur minister Celso de Mello understood that the device is endowed with constitutionality and the human life of the cryopreserved embryo, in a restricted way, would not be linked to conception, depending on other factors, such as live birth and implantation in the uterus. As a result of the judgment, it was also not possible to determine the legal nature of these surplus embryos, a fact that still raises doubts today, as it becomes untenable to classify them within the classic dichotomy of civil law: thing or person. (See C.H.F. DANTAS, *Aprimoramento genético em embriões humanos: limites ético-jurídicos ao planejamento familiar na tutela da deficiência como diversidade biológica humana*, Belo Horizonte: Fórum, 2022).

<sup>30</sup> In 2017, Resolution n. 2.168/2017 reduced the deadline for disposal, according to the will of the beneficiaries, to 3 years; also authorizing the possibility of disposal, regardless of the patients' will, when the embryos were abandoned by them, considering abandoned those embryos whose guardians failed to comply with the pre-established contract with the clinic and were not found by it (Item V-5), silencing with respect to its destination for scientific research purposes. Such a device was quite problematic, as it contradicted the express provision of the Biosafety Law (art. 5, §1), in which it was established that, in any event, the disposal can only be carried out with the consent of the parents, which implied in a review of this provision by the CFM in Resolution n. 2.294/2021, which established the need for judicial authorization for the disposal in all cases, both for embryos cryopreserved for more than 3 years, and those said “abandoned” (Item V-4 and 5). Resolution 2.320/2022, on the other hand, did not make any provision regarding the deadline for disposal, nor the need for a court decision to do so.



## 2.8. Preimplantation Genetic Diagnosis

In terms of pre-implantation genetic diagnosis, Resolutions n. 1.358/1992 and 1.957/2010 allowed it only for the purposes of prevention and treatment of genetic or hereditary diseases,<sup>31</sup> when perfectly indicated and with sufficient guarantees of diagnosis and therapy (CFM, 1992, 2010).

In its turn, Resolutions n. 2.013/2013 and 2.121/2015 also allowed the previous diagnosis, but this time for two other purposes: a) selection of embryos with genetic alterations that cause diseases; and b) embryo's Human Leukocyte Antigen (HLA) typing, to verify HLA-compatible embryos with the child of the couple already affected by the disease, whose effective treatment is with stem cells, enabling the technique known as "savior sibling"<sup>32</sup> (CFM, 2013, 2015).

In the rest, Resolution n. 2.168/2017 only brought, as a requirement for carrying out this diagnosis, the existence of a specific informed consent term regarding this technique (Item IV-1), Resolution n. 2.294/2021 added that, in the genetic evaluation report, to avoid social sexing, it is only allowed to inform whether the embryo is male or female in case of sex-linked diseases or sex chromosome aneuploidies<sup>33</sup> (Item VI-1), which was revoked in the later resolution, 2.320/2022 (CFM, 2017, 2021, 2022).

## 2.9. Post Mortem ARTs and Surrogacy

In the case of *post mortem* ARTs, that is, those when the technique is applied after the death of one of the original beneficiaries (article 1.597, III, of CC/02), Resolution n. 1.358/1992 did not provide anything for the respect, while all the others allowed it to be carried out, provided that there was specific prior authorization from the deceased for the use of genetic material, in accordance with current legislation. It should be noted that this provision, despite some controversies regarding the inheritance

<sup>31</sup> On the subject, it is emphasized that the tool, when used to read the individual genetic heritage of future offspring, must use as a parameter the necessary distinction between disease and disability, insofar as the latter refers to a limitation of physical, sensory or intellectual order while the other determines the absence of quality of life and health. Therefore, disability should not be interpreted as a synonym of disease, so that it does not incur in a discriminatory way in family planning, especially when it is combined with new available tools, such as the CRISPR-Cas9 gene editing technique, which must be used with therapeutic and non-eugenic purposes. (C.H.F. DANTAS, *Aprimoramento genético em embriões humanos: limites ético-jurídicos ao planejamento familiar na tutela da deficiência como diversidade biológica humana*, Belo Horizonte: Fórum, 2022).

<sup>32</sup> Claudia Aparecida Costa Lopes and Pedro Henrique Sanches explain that the conception of the "savior sibling" begins with the collection of eggs and sperm from the parents for IVF. During the process, embryos are formed, which will undergo pre-implantation genetic diagnosis, in which a deep analysis of their genetic characteristics is carried out, in order to exclude the possibility of that child developing the hereditary disease in question. The diagnosis is made from the removal of cells from the embryo (called, at that time, blastomere) when it has 6 to 8 cells. Embryos that do not have the disease and that are compatible with the sibling who is affected by the disease are then selected. Finally, at birth, umbilical cord stem cells are collected and frozen. C.A.C. LOPES, P. H. SANCHES, *Do bebê medicamento: "instrumento" de dignidade familiar*, in *Encontro Nacional da CONPEDI: A Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no Século XXI*, 23, 2014, João Pessoa. *Anais Direito de Família II*. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

<sup>33</sup> Aneuploids are embryos that do not have the correct number of chromosomes (46 chromosomes), not being recommended for transfer, as they have very low chances of producing a successful pregnancy (Cf. Genomika – Hospital Albert Einstein (s.d). *Triagem genética pré-implantação: saiba como aumentar as chances de uma gravidez bem-sucedida*, 2022. Available at: <https://genomika.einstein.br/medicina-fetal/>, accessed on: 18 jun. 2022.).

right of these children,<sup>34</sup> is fully compatible with the provisions of art. 1.597, III and IV of CC/02, which authorizes the homologous ART even after the death of one of the parents.

Finally, with regard to surrogacy, all Resolutions admitted it, free of charge, in cases of medical problems that prevented or contraindicated pregnancy in the genetic donor.

However, some issues have changed over time:

- a) in Resolutions n. 1.358/1992 and 1.957/2010 – only women belonging to the family of the genetic donor, in consanguineous kinship, up to the 2<sup>nd</sup> degree were admitted as surrogate mothers;
- b) Resolutions n. 2.013/2013 and 2.121/2015 – allowed women in the family of any of the beneficiaries, in consanguineous kinship, up to the 4<sup>th</sup> degree (1<sup>st</sup> degree – mother; 2<sup>nd</sup> degree – sister and grandmother; 3<sup>rd</sup> degree – aunt; 4<sup>th</sup> degree – cousin), could appear in the position of surrogate mother, including in cases of same-sex couples;
- c) in Resolution n. 2.168/2017 – the limitation of kinship in the 4<sup>th</sup> degree, consanguineous, was maintained, with expansion of the hypotheses (1<sup>st</sup> degree – mother and daughter; 2<sup>nd</sup> degree – sister and grandmother; 3<sup>rd</sup> degree – aunt and niece; 4<sup>th</sup> degree – cousin), and the possibility of the practice was also extended to single people; and,
- d) in Resolution n. 2.294/2021 – the limitation of kinship in the 4<sup>th</sup> degree by consanguineous kinship and the possibility of its use for same-sex couples and single people was maintained, requiring, now, that the surrogate has at least one child alive. In addition, exceptionally, pregnant women who do not have kinship criteria can be admitted, provided that there is a prior opinion from the CRM authorizing the practice of those cases;
- e) in Resolution n. 2.320/2022 – the limitation to the 4<sup>th</sup> degree of kinship was maintained (1<sup>st</sup> degree – parents and children; 2<sup>nd</sup> degree – grandparents and siblings; 3<sup>rd</sup> degree – uncles and nephews; 4<sup>th</sup> degree – cousins<sup>35</sup>) and the need for the surrogate to have at least one living child, removing the express mention previously present as to the possibility of its use by single people and same-sex couples. Nevertheless, this does not mean that this is no longer a possibility since, in the resolution's explanatory statement, express mention is made of cases of homosexual male couples using surrogacy in order to clarify that “the doctor must know the male genetic material that gave rise to the implanted embryo – mixing the spermatozoa of both partners is forbidden, making it difficult to know the genetic origin [...]” (CFM, 1992, 2010, 2013, 2015, 2017, 2021, 2022).

<sup>34</sup> The controversy arises because of article 1.798 of CC/02 that establish that only those born or conceived at the time of the opening of the succession, that is, the death, are entitled to succeed, which could represent a limitation on the inheritance right of those conceived *post mortem*. For more details, see (C. H. F. Dantas; M. C. F. da Silva Netto. O “abismo” normativo no trato das famílias ectogenéticas: a insuficiência do art. 1597 (incisos III, IV e V) em matéria de reprodução humana assistida homóloga e heteróloga nos 20 anos do Código Civil, in H.H. BARBOZA, G. TEPEDINO, C.E.D.R. MONTEIRO FILHO (Coords.), *Direito Civil: o futuro do direito*, Rio de Janeiro, 2022.).

<sup>35</sup> Note that, although nothing is mentioned about this in the Resolution, the use of expressions tending toward gender neutrality in specifying the surrogate's kinship to the beneficiaries raises the possibility that, also, trans men may self-determine to be a surrogate in favor of another's parental project. On the topic of transmasculine pregnancies, see (M.C.F. DA SILVA NETTO, *Uma (re)leitura da presunção mater semper certa est frente à viabilidade de gravidezes masculinas: qual a solução jurídica para atribuição da paternidade de homens trans que gestam seus próprios filhos?*, in *Revista Brasileira de Direito Civil*, 31, 1, 2022, 255-273, 2022. Available at: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/562>, accessed on: 30 dec. 2022).

Thus, it can be noted that there is a great restriction on the use of this technique, as the administrative guidelines established by the CFM end up restricting some accesses, which, *a priori*, would not be excluded by the legislation itself. For example, it is the case of civil or socio-affective kinships, which, by law, presents similar dignity when compared to consanguineous (article 1.596 of CC/02), but which is outside the *rol* listed by the CFM for the use of the surrogacy, being necessary, in practice, the opinion of the Regional Council of Medicine (CRM)<sup>36</sup> of the state in which the technique will be performed to overcome this requirement.

In this case, it is understood that such deontological provisions of this class council do not have the power to rule out equality in kinship, which represents a fundamental legal achievement, enshrined both in the constitutional and infraconstitutional fields. For this reason, the use of surrogacy may be linked to any form of kinship, and no discrimination can be established regarding any of the possible links, when duly proven. In this way, what must be investigated is the autonomy of the surrogate, through her/his effective informed consent, so that the necessary legitimacy is given to the procedure, not being essential, for the case in question, the opinion of the CRM, even though, in practice, it is commonly requested.

### 3. Critiques on the Nature of the Tool: can the CFM (alone) regulate the ARTs in Brazil?

Finally, it should be noted, once again, that, despite the existence of these deontological norms, the legislator cannot be exempted from its role of enacting specific laws in this matter. This is because, as Olga Jubert Krell<sup>37</sup> (our translation) rightly points out: “The constitutional principle of ‘law reserve’ must be respected, which requires a decision by the democratically legitimized parliamentary legislator on matters that directly involve fundamental rights, that directly involve the freedom of persons”. After all, these Resolutions only configure “paralegal” rules applicable to doctors and whose breach only implies the initiation of disciplinary administrative proceedings, within the scope of the specific professional council, in the face of those professionals who do not observe the precepts brought in the Resolutions, not causing any state common sanctions.

For this reason, attention is drawn to the urgency of regularizing this issue, which can no longer go unnoticed by the Legislative, which has not yet consolidated a law that regulates its procedures. However, despite the lack of such laws, one cannot avoid pointing out that there are several bills (PLs), twenty-four in total, in progress in the National Congress. In this sense, the bills can be divided into two larger groups: a) the bills with more extensive regulation proposals – being present in this group those bills, six in total (PL nº 2.855/1997, PL nº 1.135/2003, PL nº 1.184/2003, PL nº 2.061/2003, PL nº 4.892/2012 and PL nº 115/2015), which aim to create a true legal system for legalizing the use of ARTs in Brazil, some of them inspired in the guidelines brought by the CFM resolutions; and b) the bills with specific proposals for regulation – placing, in this category, the bills, eighteen in total (PL nº 4.664/2001, PL nº 4.665/2001, PL nº 6.296/2002, PL nº 120/2003, PL nº 4.686/2004, PL nº 4.889/2005, PL nº 5.624/2005, PL nº 3.067/2008, PL nº 7.701/2010, PL nº 3.977/2012, PL nº 7.591/2.017, PL nº

<sup>36</sup> From the Portuguese acronym for Conselho Regional de Medicina. Within the CFM structure, the CRMs are regional bodies, present in each of the 26 states and in the federal district.

<sup>37</sup> O.J.G. KRELL, *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*, Curitiba: Juruá, 2006, 37.

9.403/2017, PL nº 5.768/2019, PL nº 1.218/2020, PL nº 4.178/2020, PL nº 299/2021, PL nº 3.461/2021 and PL nº 3.996/2021), that intend to regulate only some specific issues related to ARTs, such as the establishment of inheritance rights for children born from the use of *post mortem* ARTs, stem cell research, establishment of criteria for the operation of ART clinics, etc.

However, while such regulation is still pending, one cannot fail to consider that the medical field plays an important role in the establishment of parameters for the application of ARTs, especially when one observes the importance of the use of bioethical postulates. This is because innovations in the scientific field have singularities that cannot be disregarded – providing improvements in the quality of life and in human development – but, at the same time, implying ethical-legal repercussions that cannot be forgotten.

In this sense, Bioethics unveils itself in an attempt to understand and study the possible repercussions to be generated by biotechnological advances, creating a kind of guideline for the attitudes of biomedical professionals, in order to preserve ethics in actions and the Dignity of those involved. It is through it, as an autonomous field of knowledge, that the ethicality and legitimacy of certain treatments undertaken in the doctor-patient relationship can be assessed. For this, it uses its own postulates that should guide the conduct of professionals in the biomedical field, finding in the Principlalist Theory, improved by James Childress and Tom Beauchamp in their book “Principles of Biomedical Ethics” (1979), perhaps one of its main guiding landmarks.<sup>38</sup>

In it, four basic principles are listed: a) *Autonomy* – determined by the respect for the patient’s self-determination regarding the treatments implemented in him/her, and must always be preceded by free and informed consent; b) *Beneficence* – prioritizing that the health professional always promote benefits to his/her patients; c) *Non-Maleficence* – based on the motto “*primum non nocere*”, which imposes on these same professionals the duty of not causing harm to patients; and d) *Justice* – which presupposes an equitable distribution of biotechnological resources.<sup>39</sup>

It is said, then, that supported by these various principles, Bioethics seeks to preserve respect for living beings in the face of advances in science and new technologies, being crucial to the promotion of human protection in biomedical relations. On the other hand, it is worth mentioning the ponderation made by Heloisa Helena Barboza<sup>40</sup> when she calls attention to the fact that it is imperative that external control models be clarified, and that one cannot rely solely on the autonomous self-restrictions of the ethical field. Thus, we speak of understanding a Biolaw that is formed by the intersection between the legal field and Bioethics, considering that the former is endowed with adequate means to enforce respect for the basic assumptions that compose it.

For this, it is crucial the respect and the observance of the fundamental principles and guarantees, printed in the Federal Constitution – among which we can mention: (i) the *Dignity of the Human Person* (art. 1º, III); (ii) the *Solidarity* (art. 3º, I); (iii) the *Family Freedom*, specially the one focused on a free family planning (art. 226, §7º); (iv) the *Family Equality* (art. 226 caput and §5º and art. 227, §6º); (v)

<sup>38</sup> D. DINIZ, D. GUILHEM, *O que é bioética*, São Paulo: Brasiliense, 2012, 38-39.

<sup>39</sup> M.C.C. BRAUNER, *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003; A. M. SOARES; W. E. PIÑERO, *Bioética e Biodireito: uma introdução*, 2. ed., São Paulo: Edições Loyola, 2006.

<sup>40</sup> H.H. BARBOZA, *Princípios da bioética e do biodireito*, in *Revista de Bioética*, 8, 2, 2000, 209-216, 212-213.

the *Prohibition of Any Form of Discrimination* (art. 3, IV);<sup>41</sup> and, (vi) the *Protection of the Genetic Heritage* (art. 225, §1, II)<sup>42</sup> –, so that CFM's Resolutions cannot oppose or restrict the rights enshrined in such precepts.

In this sense, it is now necessary to analyze the application of ARTs from the ethical-legal dictates of these areas of knowledge. To this end, the Principlist Theory of Beauchamp and Childress will be adopted. Furthermore, knowing that this is not an exclusively Bioethical approach, but also a legal one, the application of Fundamental Rights in the private sphere and its protection against the advances in biotechnology will also be taken into consideration.

Regarding the principles of *Beneficence* and *Non-Maleficence*, it is expected that the professionals who are part of the staff of the Clinics, Centers or Services of application of the ARTs always take into consideration the welfare of all people involved in the procedure, whether they are the beneficiaries, the surrogate mother or the child to be conceived. Therefore, it is important that there is due attention to all biopsychosocial and technical criteria that involve this process, such as age limits, the risks of the procedure, care to avoid the occurrence of multiple pregnancies, control of infectious and contagious diseases, the pregnant woman's health status and prenatal care, the suggestion to use the most appropriate techniques for each specific case, respecting the patients' autonomy, etc.

Regarding the principle of *Autonomy*, it is important to say that, given the multiplicity of existing techniques, it is important that the Clinics, Centers or Treatment Services take due care to provide their customers with clear and understandable information, and must make their professionals available to them to answer any questions about the efficiency and appropriateness of the techniques indicated, including information on the results obtained with that specific technique in that unit, focusing not only on the advantages of the techniques, but also emphasizing the risks.

Regarding the principle of *Justice*, when dealing with ARTs, it is necessary to call attention to the high costs of these techniques, a reason that hinders their diffusion in the most varied social layers. Currently, there is an offer of some of these services in the Brazilian public health system, free of charge, but even so, it does not cover all regions of the country, nor the wide range of techniques available today. Moreover, although it is important to implement this model of public policy, numerous barriers present themselves as obstacles to the expansion of its effectiveness. Among them, the State's ability to pay for these treatments, one could say, is the main one.

Finally, it is important to emphasize that the use of these principles does not occur in isolation, on the contrary, there must be a harmonization in their application, in order for the ethical interests to be best envisioned. Furthermore, as said before, the Biolaw cannot be based only on the incidence of

---

<sup>41</sup> For more detail on the scope of these principles, see M.C.F. DA SILVA NETTO, *Planejamento Familiar nas Famílias LGBT: desafios sociais e jurídicos do recurso à reprodução humana assistida no Brasil*, Belo Horizonte: Fórum, 2021.

<sup>42</sup> While a specific beacon in Family Planning, one can incur in the interpretation of the protection of diversity in the human genetic heritage, from the joint interpretation of this device with art. 2 of the Convention on Biological Diversity of 1992 in order to establish limitation to the procreative autonomy in face of the disruptive advancement of ARTs in the field of genetics, when looking at editing techniques such as CRISPR-Cas9 (See, C.H.F. DANTAS *Aprimoramento genético em embriões humanos: limites ético-jurídicos ao planejamento familiar na tutela da deficiência como diversidade biológica humana*, Belo Horizonte: Fórum, 2022).

Bioethics on biomedical relations, so it is necessary to combine its use with the respect for the fundamental rights stamped on the Constitution. Therefore, as we are talking about freedom in the performance of the parental project and in the formation of family entities, all those principles that guide Family Law today – with emphasis on the Principle of Dignity of the Human Person – as well as the guidelines that guide the exercise of Family Planning also apply to these cases, namely: a) the human dignity itself (of those who plan the parental project and the future child) and responsible parenthood as limits; and b) the freedom of the beneficiaries as the north of its exercise, meaning they should be free to choose whether or not to have children, how many children they wish to have, what is the time spacing between these children and in what way they will have them (whether through natural human reproduction, any of the modalities of socio-affective parenthood or through the use of ARTs), forbidden any forms of state coercion in this decision-making.

#### 4. Final Considerations

A comparative analysis of these Resolutions was made (being 8, in total, so far). In view of this study, it was realized that, despite the CFM creates ethical guidelines and minimum parameters for the use of ARTs, these criteria do not always show observance of rights and guarantees that have already been achieved in legislation or case law on the Brazilian family law. In this sense, the following stand out:

- (A) the right to access these procedures was assured, in the Resolutions, to heterosexual people, homosexual people, especially after the decision of the STF, and transgender people, not requiring a particular marital status and also being admitted its post mortem realization, provided there is express authorization of the owner of the genetic material in this sense;
- (B) the maximum age of the candidate for pregnancy is 50 years old, with exceptions justified by the attending doctor and respecting the patient's autonomy;
- (C) the need for the joint construction of a term of informed consent, explained in detail, and resulting from a bilateral discussion between the medical team and the patient;
- (D) the prohibition of sexing and the choice of any other biological characteristic of the child, except to avoid diseases in the offspring;
- (E) the establishment of a maximum number of embryos to be transferred, according to the age range of the recipient or the characteristic of the embryo: a) up to two for patients up to 37 years of age; b) up to three, when they are over 37 years of age; and c) up to 2, when these embryos are euploid, embryo reduction being expressly forbidden;
- (F) regulation of the anonymity of sexual gamete donations – except in cases of donors related up to the 4th degree to at least one of the recipients –, with revelation of the donor's civil identity not being authorized in other cases, leaving the choice to the users, when resorting to gametes or embryos banks, and to the doctor, when making shared donations, observing the phenotypic characteristics of the recipients, and establishing a maximum limit of 2 pregnancies of children of opposite sexes in an area of one million inhabitants. Furthermore, the maximum age for making this donation is 37 for women and 45 for men, and the practice of shared oocyte gestation is admitted, as well as the cryoconservation of gametes and embryos;



(G) pre-implantation genetic diagnosis is allowed in order to: a) identify genetic alterations causing diseases; or b) to establish the HLA-compatible system typing for the realization of the “savior sibling” technique;

(H) the recognition of the possibility of using the practice of surrogacy, provided that it is free of charge and that the surrogate mother – having at least one living child – belongs to the family of one of the beneficiaries, in consanguineous kinship up to the 4<sup>th</sup> degree (mother, daughter, grandmother, sister, aunt, niece, cousin), with the observation that the restriction to this type of kinship does not apply, in view of the equality established by the Constitution and the Civil Code. In addition, exceptionally, pregnant women who do not fit the kinship criteria can be admitted, provided there is a prior opinion from the CRM authorizing it.

Such regulation, therefore, is still very incipient, because it is merely deontological rules aimed at directing the professional conduct of doctors in the use of ARTs, never having legal force capable of assigning filiation to couples submitted to them. In light of this, there is a need to resort to the fundamental principles and guarantees listed in the Federal Constitution in order to preserve the respect for the legal order and its postulates of protection of the human beings and their Dignity.



# AI Systems Involved in Harmful Events: Liable Persons or Mere Instruments? An Interdisciplinary and Comparative Analysis

Federico Carmelo La Vattiana\*

**ABSTRACT:** The article investigates the nature of AIs under criminal law, *i.e.*, whether they are legal persons or mere tools. The study applies a double methodology. Firstly, from a comparative perspective, it analyses the US and the Italian legal systems, as they represent the two main legal traditions in the Western World, namely, common law, and civil law. Secondly, it applies the interdisciplinary research method, by reference to non-legal disciplines. The article criticizes the doctrine maintaining that AIs may be considered as legal persons. Then, it aims to demonstrate the opposite thesis, according to which AIs are mere tools.

**KEYWORDS:** AI; Criminal Law; Legal Persons; Tools

**SUMMARY:** 1. Introduction – 2. Methodology – 3. Literature Review – 4. Facts' Overview and Discussion – 4.1. Trustworthy AI – 4.2. Automation versus Autonomy – 4.3. Thesis: AIs are legal subjects – 4.4. Antithesis: AIs are mere objects – 4.4.1. Is AI actually 'intelligent'? – 4.4.2. The substantial legal difference between corporations and AI systems – 4.4.3. *Machina delinquere et puniri non potest* – 5. Recommendations and Conclusive Remarks.

## 1. Introduction

**A**rtificial intelligence (AI) systems<sup>1</sup> are part of our lives. For instance, autonomous vehicles (AV) already circulate on the roads.<sup>2</sup> Also, physicians daily apply AI-based medical devices.<sup>3</sup> In either case, AI systems can be involved, respectively, in road accidents and in patients' deaths and injuries. Hence, new regulatory challenges arise.<sup>4</sup>

---

\* PhD in Comparative and European Legal Studies (specialisation: Criminal Law and Procedure and Philosophy of Law), University of Trento. Mail: [federicolavattiana@gmail.com](mailto:federicolavattiana@gmail.com). The article was subject to a double-blind peer review process.

<sup>1</sup> See S.J. RUSSELL, P. NORVIG, *Artificial intelligence: a modern approach*, Hoboken, 2021.

<sup>2</sup> X. DI, R. SHI, *A survey on autonomous vehicle control in the era of mixed-autonomy: From physics-based to AI-guided driving policy learning*, in *Transportation Research Part C: Emerging Technologies*, 125, 2021, 103008; M. MARTÍNEZ-DÍAZ, F. SORIGUERA, *Autonomous vehicles: theoretical and practical challenges*, in *Transportation Research Procedia*, 33, 2018, 275-282.

<sup>3</sup> D.B. KRAMER, S. XU, A.S. KESSELHEIM, *Regulation of Medical Devices in the United States and European Union*, in A.L. CAPLAN, B. PARENT (eds.), *The Ethical Challenges of Emerging Medical Technologies*, Abingdon/New York, 2017, 41-48; G. TRIFIRÒ, S. CRISAFULLI, G. PUGLISI, G. RACAGNI, L. PANI, *Terapie digitali come farmaci?*, in *Tendenze nuove*, 1, 2021, 147-158; G. RECCHIA, D.M. CAPUANO, N. MISTRI, R. VERNA, *Digital Therapeutics-What they are, what they will be*, in *Acta Scientific Medical Sciences*, 4, 2020, 134-142.

<sup>4</sup> Đ. PETROVIĆ, R. MIJAILOVIĆ, D. PEŠIĆ, *Traffic Accidents with Autonomous Vehicles: Type of Collisions, Manoeuvres and Errors of Conventional Vehicles' Drivers*, in *Transportation Research Procedia*, 45, 2020, 161-168; V.V. DIXIT, S. CHAND, D.J. NAIR, *Autonomous Vehicles: Disengagements, Accidents and Reaction Times*, in *PLoS ONE*, 11, 2016,

This survey addresses the following question: when a person dies or suffers from injuries because of an AI device, who should be liable for the occurrence of such event? Can the AI system itself be considered the perpetrator of murder, manslaughter, battery, or assault in the US,<sup>5</sup> and of *omicidio* or *lesioni personali*<sup>6</sup> in Italy?<sup>7</sup> Or should it be considered as a mere tool, since the actual offender is one of the various economic actors involved in its lifecycle (who, for example, failed to comply with the duty to control it)?

## 2. Methodology

It has previously been written about some of the questions addressed in this Article.<sup>8</sup> They will be scrutinized further herein.

The interdisciplinary research method will be adopted. Especially when complex questions – like the regulation of AI – are at stake, jurists should abandon the logic of autopoiesis, that is, the characteristic of social subsystems (e.g., law, economics, science, and so on) with a self-contained and a self-moving nature.<sup>9</sup> Rather, they should incorporate insights from non-legal disciplines into their studies.<sup>10</sup> Problems often transcend the boundaries of a particular discipline.<sup>11</sup> Problems – not disciplines – need to be studied so that solutions can be found.<sup>12</sup>

---

e0168054; W. NICHOLSON PRICE II, *Regulating Black-Box Medicine*, in *Michigan Law Review*, 116, 3, 2017, 421-474; W. NICHOLSON PRICE II, *Medical Malpractice and Black-Box Medicine*, in I.G. COHEN, H.F. LYNCH, E. VAYENA, U. GASSER (eds.), *Big Data, Health Law, and Bioethics*, Cambridge (UK)/New York, 2018, 295-306; W. NICHOLSON PRICE II, *Artificial Intelligence in the Medical System: Four Roles for Potential Transformation*, in *Yale Journal of Law & Technology*, 21, 2019, 122-132; M.U. SCHERER, *Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 29, 2, 2016, 353-400.

<sup>5</sup> See AMERICAN LAW INSTITUTE, *U.S. Model Penal Code*, § 210.0, § 210.1, § 210.2, § 210.3, § 210.4, § 211.0, § 211.1 (Proposed Official Draft 1962).

<sup>6</sup> See Article 575 *et seq.* of the Italian Criminal Code.

<sup>7</sup> W.R. LAFAVE, A.W. SCOTT, *Substantive criminal law*, 2, St. Paul (Minn., US), 1986, 179-323; G.P. FLETCHER, *Rethinking criminal law*, Oxford/New York, 2000, 325-340; J.D. OHLIN, *Criminal law: doctrine, application, and practice*, New York, 2016, 213-324; J. HERRING, *Criminal Law: Text, Cases, and Materials*, New York, 2020, 237-419; G. FIAN-DACA, E. MUSCO, *Diritto penale. 2,1: Parte speciale I delitti contro la persona*, Bologna, 2020, 94-172.

<sup>8</sup> F.C. LA VATTIATA, *Artificial Intelligence in Healthcare: Risk Assessment and Criminal Law*, in I. BERIDZE, S. VAN DE MEULENGRAAF, O. MCCARTHY, A. RODRIGUEZ TAMAYO (eds.), *UNICRI Special Collection on Artificial Intelligence*, Torino, 2020, 48-58.

<sup>9</sup> N. LUHMANN, *The Autopoiesis of Social Systems*, in R.F. GEYER, J. VAN DER ZOUWEN (eds.), *Sociocybernetic paradoxes: observation, control, and evolution of self-steering systems*, London/Beverly Hills, 1986, 172-192; A. LOURENCO, *Autopoietic social systems theory: the co-evolution of law and the economy*, in *Australasian Journal of Legal Philosophy*, 35, 2010, 35-54.

<sup>10</sup> W. SCHRAMA, *How to carry out interdisciplinary legal research. Some experiences with an interdisciplinary research method*, in *Utrecht Law Review*, 7, 2011, 147-162; D.W. VICK, *Interdisciplinarity and the Discipline of Law*, 31, 2, 2004, 163-193; K.M. SULLIVAN, *Foreword: Interdisciplinarity*, in *Michigan Law Review*, 100, 2, 2002, 1217-1226.

<sup>11</sup> K.R. POPPER, *Conjectures and refutations: the growth of scientific knowledge*, London/New York, 2002; F. STELLA, *Giustizia e modernità: la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003, 15.

<sup>12</sup> K.R. POPPER, *Vermutungen und Widerlegungen: das Wachstum der wissenschaftlichen Erkenntnis*, Tübingen, 2000; K.R. POPPER, W. WARREN BARTLEY, *Realism and the aim of science*, London/New York, 1993.

Also, the comparative method will be applied. In particular, the study will concern the Italian and the US criminal law, to assess the extent to which the normative solutions, which have been adopted in such legal systems, correspond and/or differ.

The choice to compare the US and the Italian law is of special interest for at least two reasons: firstly, they represent the two main legal traditions in the Western World, namely civil law, and common law; secondly, from the procedural viewpoint, they both are adversarial systems.<sup>13</sup>

It is to be noted that the comparative law literature is reconsidering the contrasts between civil law and common law, as the traditional criteria of demarcation, which are based on the different relationship between the legislation (allegedly typical of the former) and the judicial decisions (allegedly typical of the latter) as sources of law,<sup>14</sup> turn out to be unfounded.<sup>15</sup> In fact, there are common law systems, like the US, in which the relevance of enacted law as a source has gradually increased; on the contrary, there are civil law systems, like Italy, in which the judicial precedents have become a fundamental source of law, especially the ones set by the Supreme Court (*Suprema Corte di Cassazione*) and the Constitutional Court, as well as the ones set by the European Court of Human Rights and by the European Court of Justice<sup>16</sup> (which gave rise to a phenomenon of 'cross-fertilization' between the legal tradition of their respective Member States).<sup>17</sup> Furthermore, both in common law and in civil law systems, the experience of constitutionalism implicates that the rule of law, the enshrinement of human rights, and essential values like non-discrimination represent, today, a shared normative heritage.<sup>18</sup>

<sup>13</sup> J.F. NIJBOER, *The American Adversarial System in Criminal Cases: Between Ideology and Reality*, in *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 5, 1, 1997, 79-96; L.J. FASSLER, *The Italian Penal Procedure Code: An Adversarial System of Criminal Procedure in Continental Europe*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 29, 1, 1991, 245-278; W.T. PIZZI, L. MARAFIOTI, *The New Italian Code of Criminal Procedure: The Difficulties of Building an Adversarial Trial System on a Civil Law Foundation*, in *Yale Journal of International Law*, 17, 1, 1992, 1-40; M. PANZAVOLTA, *Of hearsay and beyond: is the Italian criminal justice system an adversarial system?*, in *The International Journal of Human Rights*, 20, 5, 2016, 617-633.

<sup>14</sup> J. DAINOW, *The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison*, in *American Journal of Comparative Law*, 15, 3, 1967, 419-435.

<sup>15</sup> R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*, in *The American Journal of Comparative Law*, 39, 1, 1991, 1-34; G. GRASSO, *Politiche penali e ruolo della giurisprudenza: la sfida della legalità*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.G. GATTA (eds.), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione: studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, 47-67; M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3, 2016, 22-38; M. VOGLIOTTI, *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2<sup>nd</sup> November 2016, <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/5029-il-giudice-al-tempo-dello-scontro-tra-paradigmi> (last access 20/03/2023).

<sup>16</sup> Y. LUPU, E. VOETEN, *Precedent in International Courts: A Network Analysis of Case Citations by the European Court of Human Rights*, in *British Journal of Political Science*, 42, 2, 2012, 413-439; M. PAYANDEH, *Precedents and Case-based Reasoning in the European Court of Justice*, in *International Journal of Constitutional Law*, 12, 3, 2014, 832-835.

<sup>17</sup> D. RIETIKER, *Strange Bedfellows: The Cross-Fertilization of Human Rights and Arms Control: The European Court of Human Rights on Cases Involving Chemical Weapons and Anti-Personnel Mines*, in *Cyprus Human Rights Law Review*, 3, 2, 2014, 130-159; F.G. JACOBS, *Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice*, in *Texas International Law Journal*, 38, 3, 2003, 547-556.

<sup>18</sup> H.B. HIGGINS, *The Rigid Constitution*, in *Political Science Quarterly*, 20, 2, 1905, 202-222; G. SARTORI, *Constitutionalism: A Preliminary Discussion*, in *American Political Science Review*, 56, 4, 1962, 853-864; M.J.C. VILE, *Con-*

Nevertheless, differences, which sometimes are radical, exist and cannot be denied (for example, with regards to the theories of interpretation).<sup>19</sup> In summary, one can affirm that three elements coexist: *a)* a shared political and cultural substratum; *b)* a different technical and juridical substratum; and *c)* current questions that both the legal traditions do have in common. In general, all Western traditions are characterized, on the one hand, by the intelligibility of norms only where originating from procedures and institutions that are conceptually coordinated; on the other, by the fact that the legality is higher than sovereignty, that is, a legal order (above all, a constitutional order) cannot be overturned, even by politics.<sup>20</sup>

### 3. Literature Review

This article will consider and criticize the doctrine maintaining that AI systems may be considered as legal persons, that is, mainly the works by Gabriel Hallevy.<sup>21</sup> The opposite thesis will be argued, not only by reference to what has already been affirmed by numerous scholars,<sup>22</sup> but also by proposing further arguments based on the vitiated nature of the alleged parallel between the legal status of AI entities and of corporations.

As for the substantive criminal law essential concepts, some important works by Wayne R. LaFave and Austin W. Scott, Jr., George P. Fletcher, Jens David Ohlin, Jonathan Herring, and Paul H. Robinson are quoted.<sup>23</sup> Concerning the technical features of AI, I mainly refer to the well-known book *Artificial Intelligence: A Modern Approach* by Stuart J. Russell and Peter Norvig, as well as to some works by Paolo Traverso and Margaret A. Boden.<sup>24</sup>

---

*stitutionalism and the separation of powers*, Indianapolis, 1998; C.R. SUNSTEIN, *Designing democracy: what constitutions do*, Oxford, 2002; E. D'ORLANDO, *Fundamental Rights and New European Constitutionalism: an Italian Approach*, in *Transition Studies Review*, 13, 1, 2006, 201-209.

<sup>19</sup> On this topic see amplius A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2018; K. ZWIEGERT, H. KÖTZ, *Introduction to comparative law*, Oxford/New York, 1998; M.D. DUBBER, T. HÖRNLE, *Criminal law: a comparative approach*, Oxford/New York, 2014.

<sup>20</sup> A. GAMBARO, R. SACCO, *op. cit.*, 31-45.

<sup>21</sup> G. HALLEVY, *The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities - from Science Fiction to Legal Social Control*, in *Akron Intellectual Property Journal*, 4, 2, 2010, 171-201; *Id.*, *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems*, Cham, 2015.

<sup>22</sup> S. BECK, *Intelligent agents and criminal law—Negligence, diffusion of liability and electronic personhood*, in *Robotics and Autonomous Systems*, 86, 2016, 138-143; L. FLORIDI, *Digital's Cleaving Power and Its Consequences*, in *Philosophy & Technology*, 30, 2, 2017, 123-129; R. BROWNSWORD, *Law 3.0: rules, regulation and technology*, Abingdon/New York, 2020; F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in *Diritto Penale e Uomo*, 10, 2019, 1-34.

<sup>23</sup> W.R. LAFAVE, A.W. SCOTT, *op. cit.*; G.P. FLETCHER, *Rethinking*, *cit.*; J.D. OHLIN, *op. cit.*; J. HERRING, *op. cit.*; P.H. ROBINSON, *Structure and function in criminal law*, Oxford/New York, 1997.

<sup>24</sup> S.J. RUSSELL, P. NORVIG, *op. cit.*; P. TRAVERSO, *Breve introduzione tecnica all'Intelligenza Artificiale*, in *DPCE Online*, 51, 1, 2022, 155-167; M.A. BODEN, *Artificial intelligence: a very short introduction*, Oxford, 2018.



## 4. Facts' Overview and Discussion

Agents or instruments? Legal subjects or mere objects? That is the question.<sup>25</sup>

When answering it, one should always consider the goals that are pursued by the way of law. In other words, normative solutions should be fit to achieve the ethical goals that have been set by the politics. Hence, solutions change depending on the fact that, in order of importance, the main ethical value is, for example, either the protection of human rights, or the economic and technological development whatever it takes.

### 4.1. Trustworthy AI

Both in the United States and in the European Union, the trustworthiness of AI and a responsible approach to such technology are among the policies to be emphasized.

As for the US, the *National AI Initiative Act of 2020*<sup>26</sup> (DIVISION E, SEC. 5001) became law on January 1, 2021. The mission of the National AI Initiative is to ensure continued US leadership in AI research and development, lead the world in the development and use of trustworthy AI in public and private sectors, and prepare the present and future US workforce for the integration of AI systems across all sectors of the economy and society. Also, the Executive Order 13859, issued by the President of the United States in February 2019, directed the Secretary of Commerce, through the National Institute of Standards and Technology (NIST), to issue “a plan for Federal engagement in the development of technical standards and related tools in support of reliable, robust, and trustworthy systems that use AI technologies”.<sup>27</sup> Such plan, entitled *U.S. LEADERSHIP IN AI: A Plan for Federal Engagement in Developing Technical Standards and Related Tools*,<sup>28</sup> has been issued in August 2019. According to it, among the areas of focus for AI standards there is trustworthiness, meaning “guidance and requirements for accuracy, explainability, resiliency, safety, reliability, objectivity, and security”. However, the plan clarifies that societal and ethical considerations in information technology (IT) consist of the analysis of its

---

<sup>25</sup> As for the Italian literature on this question, see *inter alia* M.B. MAGRO, *Robot, cyborg e intelligenze artificiali*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (eds.), *Cybercrime - Diritto e procedura penale dell'informatica*, Torino, 2018, 1180-1212; A. FIORELLA, *Responsabilità penale del Tutor e dominabilità dell'Intelligenza Artificiale. Rischio permesso e limiti di autonomia dell'Intelligenza Artificiale*, in R. GIORDANO, A. PANZAROLA, A. POLICE, S. PREZIOSI, M. PROTO (eds.), *Il diritto nell'era digitale: Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, Milano, 2022, 651-664; S. MASSI, *Affidamento sull'intelligenza artificiale e “disimpegno morale” nella definizione dei presupposti della responsabilità penale*, in R. GIORDANO, A. PANZAROLA, A. POLICE, S. PREZIOSI, M. PROTO (eds.), *Il diritto nell'era digitale*, cit., 665-680; D. PIVA, *Machina discere, (deinde) delinquere et puniri potest*, in R. GIORDANO, A. PANZAROLA, A. POLICE, S. PREZIOSI, M. PROTO (eds.), *Il diritto nell'era digitale*, cit., 681-694; S. PREZIOSI, *La responsabilità penale per eventi generati da sistemi di IA o da processi automatizzati*, in R. GIORDANO, A. PANZAROLA, A. POLICE, S. PREZIOSI, M. PROTO (eds.), *Il diritto nell'era digitale*, cit., 713-726; R. BORGONOVO, *La responsabilità penale nei processi ad elevata automazione*, in R. GIORDANO, A. PANZAROLA, A. POLICE, S. PREZIOSI, M. PROTO (eds.), *Il diritto nell'era digitale*, cit., 727-744; B. GIULIANO, F. DE SIMONE, A. ESPOSITO, S. MANACORDA (eds.), *Diritto penale e intelligenza artificiale: nuovi scenari*, Torino, 2023; C. PIERGALLINI, *Intelligenza artificiale: da 'mezzo' ad 'autore' del reato?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 2020, 1743-1772.

<sup>26</sup> Available at <https://www.congress.gov/116/crpt/hrpt617/CRPT-116hrpt617.pdf#page=1210> (last access 01/11/2022).

<sup>27</sup> 84 FR 3967.

<sup>28</sup> Available at [https://www.nist.gov/system/files/documents/2019/08/10/ai\\_standards\\_fedengagement\\_plan\\_9aug2019.pdf](https://www.nist.gov/system/files/documents/2019/08/10/ai_standards_fedengagement_plan_9aug2019.pdf) (last access 01/11/2022).



nature and social impact, as well as the corresponding formulation and justification of policies for the appropriate use of it. Furthermore, in this regard, technical and non-technical standards should be distinguished, as not all societal and ethical issues of AI (for instance, in areas such as criminal justice and healthcare) can be addressed by developing technical standards, then organizations should develop AI systems that leverage human judgment and responsibility where they are needed.

As for the EU, *inter alia*, one can mention the *Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence* presented in August 2019<sup>29</sup> by the High-Level Expert Group on AI (AI HLEG), that is, an independent expert group that was set up by the European Commission in June 2018. According to such document, Trustworthy AI has three components, which should be met throughout the systems' entire lifecycle: *a)* lawful AI, namely, complying with all applicable laws and regulations; *b)* ethical AI, meaning that adherence to ethical principles and values shall be ensured; and *c)* robust AI, both from a technical and social perspective, because, even with good intentions, AI systems can cause unintentional harm. The foundations of Trustworthy AI are four ethical principles based on fundamental rights: *a)* respect for human autonomy; *b)* prevention of harm; *c)* fairness; and *d)* explicability. Given this, the realization of Trustworthy AI needs the implementation of the following key requirements, which shall be evaluated and addressed continuously throughout the systems' entire lifecycle, by means of both technical and non-technical methods: *a)* human agency and oversight; *b)* technical robustness and safety; *c)* privacy and data governance; *d)* transparency; *e)* diversity, non-discrimination, and fairness; *f)* societal and environmental wellbeing; and *g)* accountability.<sup>30</sup>

#### 4.2. Automation versus Autonomy

One should wonder whether AIs are, in the proper sense, automatic or autonomous. As a matter of fact, the term "automatic" originates from the Ancient Greek adjective "αὐτόματος", which means "having a self-acting mechanism", and refers to entities that are capable to act spontaneously but by virtue of a deterministic relationship with another entity. Instead, the term "autonomous" derives from the adjective "αὐτόνομος", which means having a self-regulating mechanism, and refers to entities that are capable to act by virtue of their own 'laws' (νομοί): in other words, entities that are endowed with the freedom of the will and, therefore, with *mens rea*.

Therefore, either AIs are fully autonomous (in the proper sense), and then can be legal persons; or they are merely automatic (at the most, only partially autonomous), and can be considered as mere instruments solely.

<sup>29</sup> HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON AI (AI HLEG), *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, 2019, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai> (last access 01/11/2022).

<sup>30</sup> About the issue of trustworthy AI, see further EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Regulation laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act)*, COM(2021) 206 final, 2021/0106(COD), 21/04/2021, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206> (last access 20/03/2023).

### 4.3. Thesis: AIs are legal subjects

Professor Gabriel Hallevy, quoting Professor Lawrence B. Solum,<sup>31</sup> affirmed that people are fearful of AIs because they “are not considered to be subject to the law, specifically to criminal law”.<sup>32</sup> Such fear would resemble the one from which people suffered in the past with regards to corporations and their ability to commit crimes. However, according to the scholar, “because corporations are legal entities subject to criminal and corporate law, that kind of fear has been significantly reduced”.<sup>33</sup>

He theorized three models of criminal liability involving AIs.

- In the perpetration-through-another model, AI entities are not considered as possessing any human attributes, but as innocent agents used by the actual perpetrator (principal), namely the programmer or the user. In other words, this model corresponds to the paradigm of perpetration-by-means, clearly described by Professor George P. Fletcher, in which the focus is on persons who are not actively engaged in the carrying out of the criminal act: for example, children or insane people used to implement a criminal plan of which they are totally unaware.<sup>34</sup>
- Similarly, in the second model, named natural-probable-consequence model, AI systems are deemed as objects, since the programmers and/or users can be held liable where an offense is committed via AI and occurs as a natural and probable consequence of their intentional or negligent conduct.
- Instead, the direct liability model “does not assume any dependence of the AI entity on a specific programmer or user”<sup>35</sup> and considers the AI entity as a legal person. In particular, while the fulfillment of the *actus reus*<sup>36</sup> “is easily attributed to AI entities”, “[a]ttributing the internal element of offenses to AI entities is the real legal challenge”.<sup>37</sup> According to the scholar, “[o]ne might assert that humans have feelings that cannot be imitated by AI software, not even by the most advanced

<sup>31</sup> L.B. SOLUM, *Legal Personhood for Artificial Intelligences*, in *North Carolina Law Review*, 70, 4, 1992, 1231-1287.

<sup>32</sup> G. HALLEVY, *The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities*, cit., 173.

<sup>33</sup> G. HALLEVY, *The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities*, cit., 174.

<sup>34</sup> G.P. FLETCHER, *Rethinking*, cit., 634-649.

<sup>35</sup> G. HALLEVY, *The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities*, cit., 186.

<sup>36</sup> As for the structure of crimes, one should consider that Professor Paul H. Robinson proposed to innovate the traditional two-faced structure, that is, *actus reus* and *mens rea*. According to the scholar, such basic organizing distinction, “[r]ather being useful to criminal law theory, it is harmful because it creates ambiguity in discourse and hides important doctrinal differences of which criminal law should take account”. On the one hand, *actus reus* usually include four kinds of requirements, namely “the conduct, circumstance, and results elements of an offence, as well as the supporting doctrines of causation, voluntary act, and omission and possession liability”. On the other, *mens rea* “typically is said to be the actor’s required mental state at the time of the conduct constituting the offence”. However, “[w]hat is the unifying characteristic of the *actus reus* requirements? Are they all ‘objective’ in nature? “. The answer is negative, since an objective element can include a subjective state of mind, such as the case of negligence, which is “neither subjective nor a state of mind, of course, but rather a failure to meet an objective standard of attentiveness”. Hence, in place of the traditional bipartite structure, Robinson proposes a tripartite structure of crimes, that is, an offense is composed of the following elements: *a*) the objective requirements, namely the conduct and, in the crimes within the pattern of harmful consequences, the occurrence of a result and the proof of causation; *b*) the culpability requirements (purpose, knowledge, recklessness, negligence); and *c*) the act-omission requirements, in case of legal duty to act (the commission-by-omission crimes). In this regard, see P.H. ROBINSON, *supra* note 23.

<sup>37</sup> G. HALLEVY, *The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities*, cit., 187.

software”, but “such feelings are rarely required in specific offenses” and “[m]ost specific offenses are satisfied by knowledge of the existence of the external element”.<sup>38</sup> Thus, although traditionally only humans were subject to criminal law, since the English precedent of 1635 concerning the case of *Langforth Bridge* corporations have been treated as criminal law subjects.<sup>39</sup> Then, “[w]hy should AI entities be different from corporations? AI entities are taking larger and larger parts in human activities, as do corporations”.<sup>40</sup>

#### 4.4. Antithesis: AIs are mere objects

Hallevy’s theory cannot be accepted, being it grounded upon fallacious arguments.

##### 4.4.1. Is AI actually ‘intelligent’?

AIs are not actually intelligent.

As Paolo Traverso recently explained, two main different approaches relate to AI, namely model-based and machine learning (ML)-based AI.

As for the model-based AI, the system imitates the behaviours of a given domain’s experts. In a few words, the programmer, who is a computer science expert, hopefully with the help from experts in the fields each time considered (for example, medicine), defines the knowledge representation about a phenomenon (for example, myocardial infarction), and integrates such model into the system, so that the latter can ‘treat’ the phenomenon (for example, analysis of the risk-factor to which a patient is exposed, then calculation of the myocardial infarction’s probability). There are two types of model-based AI.

- In systems that are based upon if-then rules, given the premise  $\alpha$ , the system formulates the conclusion  $\beta$ , to solve the question  $\gamma$  that has been posed by the programmer.
- In systems that are based on the so-called ‘trees,’ the knowledge is organized by reference to a model that evokes the shape of an ideal tree, whose ‘fronds’ correspond to the different data-classification’s alternatives, in such a way that, after the ‘ramification,’ an output is produced. To put it differently, the software recognizes the question  $\gamma$  by virtue of a series of variables, that is, given the starting situation  $\alpha$ , the various possible alternatives ‘ramify’ until the conclusion  $\beta$  is reached.<sup>41</sup>

As for the ML-based AI, instead, a phenomenon’s model is obtained from data that, for instance, are made available on the Internet, by the numerous sensors in our cities, as well as by the sensors with which our smart watches are equipped. It is a technique that allows to realize complex knowledge representations, by way of statistics and the probability theory. The ML is grounded on different learning methods and several computational models for data analysis.<sup>42</sup>

There are three ML learning methods.

<sup>38</sup> G. HALLEVY, *The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities*, cit., 189.

<sup>39</sup> *Case of Langforth Bridge*, 79 Eng. Rep. 919 (K.B. 1635).

<sup>40</sup> G. HALLEVY, *The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities*, cit., 200.

<sup>41</sup> P. TRAVERSO, *op. cit.*, 158-160.

<sup>42</sup> P. TRAVERSO, *op. cit.*, 160, J.S. RUSSELL, P. NORVIG, *op. cit.*, 704-713.



In the supervised learning, the programmer defines the so-called training sets, which include the data concerning a phenomenon, and consequently creates a computational model that is fit to ‘apprehend’ the information included in the training set (the correlations between the cases and the solutions). In other words, the programmer ‘trains’ the AI by defining a set of expected outcomes in relation to a certain input range, and by constantly evaluating the achievements of the objectives; then, the system formulates a hypothesis, and every time it makes a mistake, the hypothesis is reviewed.<sup>43</sup>

In the unsupervised learning, the programmer provides for neither expected results nor error-reports.<sup>44</sup> It is usually applied for the so-called ‘clustering,’ that is, the formation of sets that include elements presenting analogies or relevant connections (*e.g.*, documents concerning the same issue, individuals that have certain characteristics in common, as well as terms that serve the same purpose within a text).<sup>45</sup>

Finally, in the reinforcement learning, the system is led by a reward-punishment mechanism, that is, feedback messages regarding what has been done well or badly. In complex situations, the success or the failure of the system is reported after many decisions, and a sort of procedure for assignment of credits identifies the decisions that likely lead to success.<sup>46</sup>

Hence, it should be clear that unlike the model-based AI, in the ML the focus is not on the definition of a knowledge model, but on the collection of data and their inclusion within training set. Such data allow the training of the computational models, for example the ‘artificial neural nets’ (ANNs), namely neural computational systems that are inspired by the functioning of the human brain (the biological neural nets or BNNs). ANNs and BNNs present two similarities. On the one hand, the building blocks of both nets are highly interconnected computational tools. On the other, “ANNs consist in computing networks that are distributed in parallel and function like the varying synaptic strengths of the biological neurons: there are many input signals to neurons, and the impact of each input is affected by the weight given to it, namely the adaptive coefficient within the network that determine the intensity of the input signal”.<sup>47</sup> Then, “the output signal of a neuron is produced by the summation block, corresponding roughly to the biological cell body, which adds all of the weighted inputs algebraically”.<sup>48</sup>

In Figure 1 we see a neural net. It is composed of some ‘layers’ (in fact parametric functions: functions in which the parameters are not defined) that are distributed in parallel. The task of the first layer of neurons (the blue circles) is to translate certain data into input signals. For instance, in the case of image recognition, data (in the form of numbers) represent the pixels’ colours; such information is linked to other image’s features; the various neurons are connected to each other, and the last layer of neurons (the red circles) does have the task to recognize the image’s subject, so that, by virtue of

<sup>43</sup> P. TRAVERSO, *op. cit.*, 161.; J.S. RUSSELL, P. NORVIG, *op. cit.*, 653-656.

<sup>44</sup> F.C. LA VATTIATA, *Artificial Intelligence in Healthcare*, cit., 49.

<sup>45</sup> F. LAGIOIA, G. SARTOR, *AI Systems Under Criminal Law: a Legal Analysis and a Regulatory Perspective*, in *Philosophy & Technology*, 33, 2020, 433-465; J.S. RUSSELL, P. NORVIG, *op. cit.*, 775-581; M. JAFARI, Y. WANG, A. AMIRYOUSEFI, J. TANG, *Unsupervised Learning and Multipartite Network Models: A Promising Approach for Understanding Traditional Medicine*, in *Frontiers in Pharmacology*, 11, 2020, 1319.

<sup>46</sup> F.C. LA VATTIATA, *Artificial Intelligence in Healthcare*, cit., 49; A. JONSSON, *Deep Reinforcement Learning in Medicine*, in *Kidney Diseases*, 5, 1, 2019, 18-22.

<sup>47</sup> F.C. LA VATTIATA, *Artificial Intelligence in Healthcare*, cit., 48-49.

<sup>48</sup> Y.-S. PARK, S. LEK, *Artificial Neural Networks*, in *Developments in Environmental Modelling*, 28, 2016, 123-140.



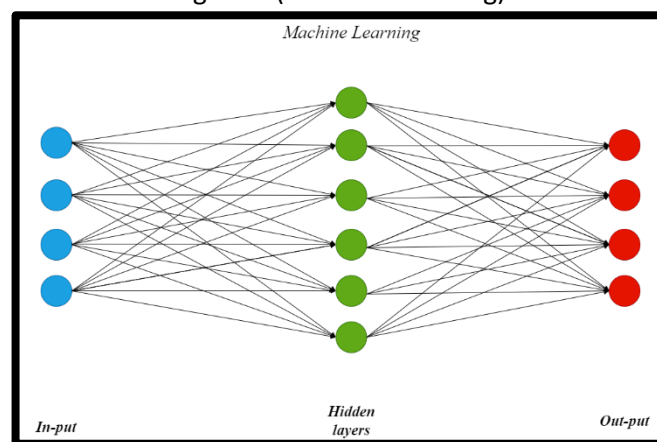
statistical analysis grounded upon the weight of each connection, the probability of the correspondence between the image and the aforementioned information can be calculated.

An interesting case of ML is deep learning (DL). As we can see in Figure 2, in DL the neural nets do have several intermediate ‘hidden’ layers of neurons (the green circles), and the programmer’s training serves to define such parameters.<sup>49</sup>

For instance, by way of a technique called ‘back-propagation’ (or ‘backprop’), the programmers ‘teach’ the output’s object to the AI system (*e.g.*, in the case mentioned above, the image’s subject that the system will have to recognize): for this purpose, they define each intermediate layer’s parameters backward, until the first level (the input) is reached. Also, in DL the functions corresponding to the intermediate neurons are non-linear, otherwise the various layers could be reduced into a unique layer.<sup>50</sup>

In short, even in case of ML and DL, AIs are based on statistical (albeit advanced) calculations. In other words, neither such entities are merely ‘automatic,’ nor they are endowed with the degree of autonomy that is sufficient to make them ‘autonomous’ (in the sense clarified above). Indeed, as Professor Luciano Floridi affirmed, an AI system is not actually intelligent: it is “a counterfactual: were a human to behave in that way, we would call that behaviour intelligent. It does not mean that it is intelligent”.<sup>51</sup> Hence, we can call an AI system’s behaviour ‘intelligent,’ but only inasmuch as a human being, who behaves in such a way, is taken as a term for comparison.

Figure 1 (Machine Learning)



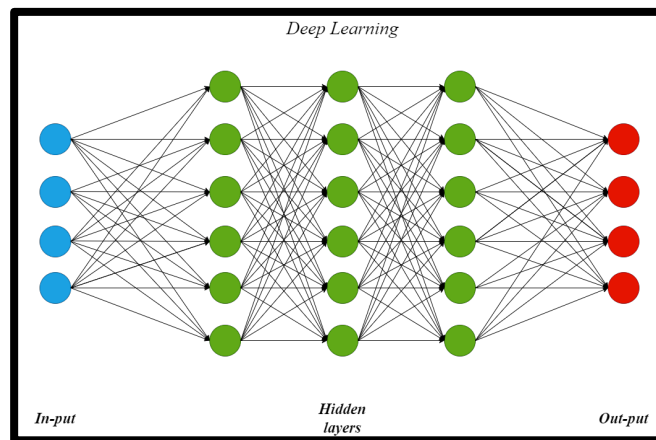
<sup>49</sup> I. GOODFELLOW, Y. BENGIO, A. COURVILLE, *Deep learning*, Cambridge, 2016.

<sup>50</sup> P. TRAVERSO, *op. cit.*, 163.

<sup>51</sup> L. FLORIDI, *op. cit.*, 91.



Figure 2 (Deep Learning)



#### 4.4.2. The substantial legal difference between corporations and AI systems

It is a false argument to affirm that there is “no substantial legal difference between the idea of criminal liability imposed on corporations and on AI entities”,<sup>52</sup> since such substantial difference exists. Actually, while in his third model Hallevy assumes no dependence between the AI entity and a human being (either the programmer, or the user), the liability of corporations depends on a crime materially committed by a human being linked to the *societas*, both in the United States (so-called superior agent rule)<sup>53</sup> and in Italy (so-called *colpa di organizzazione*).<sup>54</sup>

In the US, a corporation is held liable for the conducts of its agents within the scope of their employment, provided that a “purpose to benefit the corporation is necessary to bring the agent’s acts within the scope of his employment”.<sup>55</sup> Such rule essentially specifies the principles regulating the so-called ‘vicarious liability,’ under which the offense (*i.e.*, both the *actus reus* and the *mens rea*), committed by a human being representing the corporation, is automatically attributed to the *societas*.<sup>56</sup>

In Italy, according to Law (*Decreto legislativo*)<sup>57</sup> no. 231 of 2001, the grounds for recognizing a corporation as responsible for a crime are the following.

<sup>52</sup> G. HALLEVY, *The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities*, cit., 201.

<sup>53</sup> W.R. LAFAVE, A.W. SCOTT, *op. cit.*, 360.

<sup>54</sup> G. LOSAPPIO, *Organizzazione, colpa e sicurezza sul lavoro. Dosimetria dell’impresa e della colpa di organizzazione*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, 2016, 98-112.

<sup>55</sup> *United States v. Hilton Hotels Corp.*, 467 F.2d 1000 (9th Cir. 1973).

<sup>56</sup> C. DE MAGLIE, *L’etica e il mercato: la responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, 16; S. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato: i principi*, 2<sup>nd</sup> ed., Padova, 2002, 278; about the concept of ‘vicarious liability’ see further G.P. FLETCHER, *Rethinking*, cit., 647-649.

<sup>57</sup> Pursuant to Article 76 of the Constitution, a *decreto legislativo* is a type of delegated legislation, that is, a legal act enacted by the Government, once authorized by the Parliament.

First, a natural person linked to the entity (a senior manager<sup>58</sup> or a subordinate employee<sup>59</sup>) shall commit one of the offenses listed in the Articles from 24 to 25-*duodevicies*.

Second, there shall be an objective link between the corporation and the perpetration of the crime, that is, in the first place, the offense shall be committed in the interest/for the benefit of the corporation<sup>60</sup> (Article 5, § 1). Anyway, the corporation cannot be held liable where the senior management or subordinate persons have acted in their own exclusive interest or in the exclusive interest of third parties (Article 5, § 2).

Third, one shall make a distinction depending on who is the perpetrator of the crime.

- Where the offense is committed by a senior manager (see Article 6), the corporation is not liable if it can demonstrate that: *a)* prior to the commission of the offense, a compliance programme aimed at preventing crimes of the type occurring has been adopted and has been efficiently enforced; *b)* the task of overseeing the corporation's activities and updating such models has been delegated to an organ (so-called *Organismo di Vigilanza*, hereinafter OdV) within the corporation; *c)* the OdV has been endowed with proper initiative and control powers; *d)* the superior agent committed the crime by fraudulently evading the compliance programme; and *e)* there has been no omission or insufficient oversight by the OdV.
- Where the offense is committed by a subordinate employee (see Article 7), the corporation is liable only in the case the commission of such offense has been made possible by virtue of non-compliance with the management or supervisory obligations. In any case, such noncompliance is excluded if the legal entity, prior to the commission of the offense, adopted and efficiently implemented a compliance programme which is adequate to prevent crimes of the same type as the one committed. The compliance programme shall provide for appropriate measures to ensure that the corporation's activity is carried out in compliance with the law, and to detect and eliminate risk situations in a timely manner, taking into account the organisation's nature and size and the type of activity carried out. The aforementioned compliance programme's effective implementation requires that: *a)* it shall be regularly assessed and (if need be) amended in case significant violations of its requirements are discovered, as well as changes occur in the organisation or in the business activity; and *b)* a disciplinary system adequate to sanction noncompliance with the programme's measures is provided for.<sup>61</sup>

<sup>58</sup> *I.e.*, persons holding a role of representation, administration and management in the legal entity or in one of its organisational units which is provided with financial and functional independence, as well as persons who, *de facto* or otherwise, manage and control the legal entity.

<sup>59</sup> *I.e.*, persons subject to the direction and supervision of the Senior Management.

<sup>60</sup> The interest of the corporation means that the perpetrator has acted with the purpose to help the legal entity, regardless of whether such objective has been reached. The benefit of the corporation means that it has achieved/could have achieved a positive result from the crime (even if non-economic).

<sup>61</sup> F.C. LA VATTIATA, *The prevention and punishment of corruption in the Italian legislation*, in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 119, 2019, 117-147; V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018.

#### 4.4.3. *Machina delinquere et puniri non potest*

Among the fundamental principles regulating the criminal matter (at least in modern liberal-democratic societies), the well-known ‘culpability’ principle is worth being mentioned. It is sometimes summarised by the Latin formula ‘*nullum crimen, nulla poena sine culpa*.’ In short, criminal law is conceived as an instrument for the protection of fundamental legal interests, such as life. Therefore, criminal punishment assumes the role of necessary instrument to make such a protection effective, on the one hand dissuading the people from the commission of crimes (so-called general prevention), and, on the other hand, avoiding the recidivism of those who have already been recognised as perpetrators of criminal offences (so-called special prevention). People need to self-determine their future behaviours, then the mental aspect is a necessary element of justification (albeit not the only one) for the punishment’s infliction. If it were not, the deterrent function would certainly not be fulfilled, inflicting sanctions on persons who, when performed a certain conduct, were not *in dolo* or, at least, *in culpa*.<sup>62</sup> Hence, the relationship between the culpability principle and the functions attributable to punishment needs to be stressed.

Besides, from a broader perspective, both in the Anglo-Saxon and in the Italian theory of crime, for an offense to be fulfilled, the literature stresses the need for an act which is (at least potentially) ‘voluntary.’ In this regard, Section 2.01 of the US Model Penal Code can be mentioned: “(1) A person is not guilty of an offense unless his liability is based on conduct that includes a voluntary act or the omission to perform an act of which he is physically capable”.<sup>63</sup> Also, as for the Italian legal system, the well-known concept of ‘*suitas*’ is worth being mentioned, *i.e.*, the elements of ‘consciousness’ (*coscienza*) and ‘will’ (*volontà*) provided for in Article 42(1) of the Criminal Code, which summarise the conditions under which a conduct can be attributed to the actor. In other words, ‘consciousness’ and ‘will’ are the basic conditions under which an action or omission can be considered ‘human’ inasmuch it is encompassed within the ‘domain of will’ and, as a consequence, it can be differentiated from natural events as well as from merely mechanical inertia.<sup>64</sup> Abstractly, such a principle not only concerns cases of culpable liability, but also cases of objective liability, that is, cases for which the law does not require neither *dolus* nor *culpa*. Indeed, the Latin word ‘*suitas*’ can be literally translated into English by reference to the concept of ‘belonging,’ meaning that a behaviour ‘belongs’ (= can be attributed) to the agent because of her/his ‘consciousness and will,’ which can be either potential in the case of *culpa* (hypothetical-normative element), or actual in the case of *dolus* (naturalistic-psychological element). In fact, a behaviour can be attributed to (= ‘belongs’ to) the agent – and accordingly deserves punishment – not only when it derives from a conscious impulse of the will (*dolus*), but also when it turns out to be avoidable through an effort of the will (*culpa*).<sup>65</sup>

<sup>62</sup> G. FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 1987, 836-880.

<sup>63</sup> Also, according to P.H. ROBINSON, *Structure and function*, cit., 17: “[t]o summarize, actus reus is said to include the conduct, circumstance, and result elements of an offence, as well as the supporting doctrines of causation, voluntary act, and omission and possession liability”.

<sup>64</sup> On the difference between ‘human causes’ and ‘natural events’ see further G.P. FLETCHER, *Basic concepts of criminal law*, New York, 1998, 59-73.

<sup>65</sup> In this regard, see amplius F. MANTOVANI, *Diritto penale: parte generale*, 11<sup>th</sup> ed., Milano, 2020, 327-331.

With this in mind, the question about the possibility to conceive AIs as possible authors of crimes and to inflict criminal sanctions upon them can be solved. By investigating the technical features of AIs, as we have already clarified (see *supra* § 4.4.1), even if (on the one hand) they are not merely automatic entities, they are not (on the other) endowed with the degree of autonomy that is sufficient to make them autonomous, meaning they are not endowed with the ‘free will’ which is a requisite of the ‘capacity to be culpable.’ By reference to the aforementioned elucidation by Professor Floridi – *i.e.*, an AI’s behaviour can be called ‘intelligent’ only inasmuch as a human being behaving in such a way is taken as a term for comparison –, we can conclude that the law could hypothetically consider AIs ‘intelligent,’ however this would be a *fictio iuris* solely, whose opportunity from the criminal policy viewpoint is (at least) questionable.

In any case, even if AIs were able to commit crimes, they would not be able to be subject to punishment. That is to say, even if *machina delinquere potest*, surely *machina puniri non potest*.

In fact, should we admitted AI capable to directly commit a crime, then we would accept a nonsense: the criminal punishment would lose its functions. In other words, an indefectible element of all liability model would be lacking, that is, a subject to whom the burden of sanctions is to be allocated. In this regard, Professor Fabio Basile correctly argues that, inasmuch as we do not accept science fiction scenarios like digital criminal provisions understandable by the ‘robotic community,’ it is hard to theorize, with reference to AI entities, general prevention (*alias* general deterrence), that is, by punishing the perpetrators, the general public, on learning of the punishment, will be deterred from committing crimes.

If anything, one might assert that, among the theories of punishment,<sup>66</sup> the following are plausible: *a*) retribution, that is, the infliction of sufferings on the perpetrators by means of punishment aims at obtaining ‘revenge’ or, less emotionally, retribution for the harm they have caused to the victims in particular, and society in general; and *b*) special prevention, that is, by punishing the perpetrators they will be deterred from committing a crime again, as well as re-educated (or rehabilitated). For example, ‘sanctions’ like switching the ‘liable’ device off or imposing re-educational training on it could be provided for.<sup>67</sup>

However, such eventuality can be avoided through pragmatic measures, instead of theoretical and unrealistic solutions. Indeed, according to Professor Roger Brownsword, when challenges posed by the technical-scientific development are at stake, we should rely not only upon the legal rules’ update and revision “so that they are fit to serve their intended purposes or policies”, but also on “‘technical’ or ‘technological’ solutions”, namely “a broad range of measures that might supplement or supplant the rules”.<sup>68</sup> Specifically, such measures might be: *a*) ‘architectural’, that is, buildings, spaces and settings in general are re-designed or *ex novo* designed in a way that allows to manage the risks associated with certain technologies; *b*) incorporated in the design of products or processes, so that human beings

<sup>66</sup> Regarding the various theories of punishment, see J. HERRING, *op. cit.*, 62-66; W.R. LAFAYE, A.W. SCOTT, *Substantive criminal law*, 1, St. Paul, 1986, 30-41; G.P. FLETCHER, *Rethinking*, cit., 408-420.

<sup>67</sup> F. BASILE, *op. cit.*, 31-32.

<sup>68</sup> R. BROWNSWORD, *op. cit.*, 2.

can be removed from potentially risky situations; or c) incorporated in wearables or even in humans themselves.<sup>69</sup>

Therefore, as an illustrative yet non exhaustive example, 'faulty conducts' of AI systems can be corrected either by ML algorithms which gradually optimize their behaviours, or by radically reprogramming them.<sup>70</sup>

## 5. Recommendations and Conclusive Remarks

In conclusion, we can affirm that AI entities should be considered as instruments, not as legal subjects. Such conclusion is surely valid from a *de iure condito* viewpoint, namely with regards to the law presently in force. However, it should be considered valid also from a *de iure condendo* viewpoint, that is, with respect to the law in a transitional stage, in the process of being established, or that is to be proposed.

In fact, the choice to consider the AI systems to be legal subjects would involve the risk of reducing human responsibilities, both legally and ethically. Consequently, the aforementioned strategy of Trustworthy AI and of a responsible approach to such technology would be unrealizable. Indeed, a 'slippery slope' to be avoided.

---

<sup>69</sup> R. BROWNSWORD, *op. cit.*, 2.

<sup>70</sup> A. CAPPELLINI, *Machina delinquere non potest? Brevi appunti su intelligenza artificiale e responsabilità penale*, in *Criminalia*, 2018, 499-520.