



# BioLaw Journal

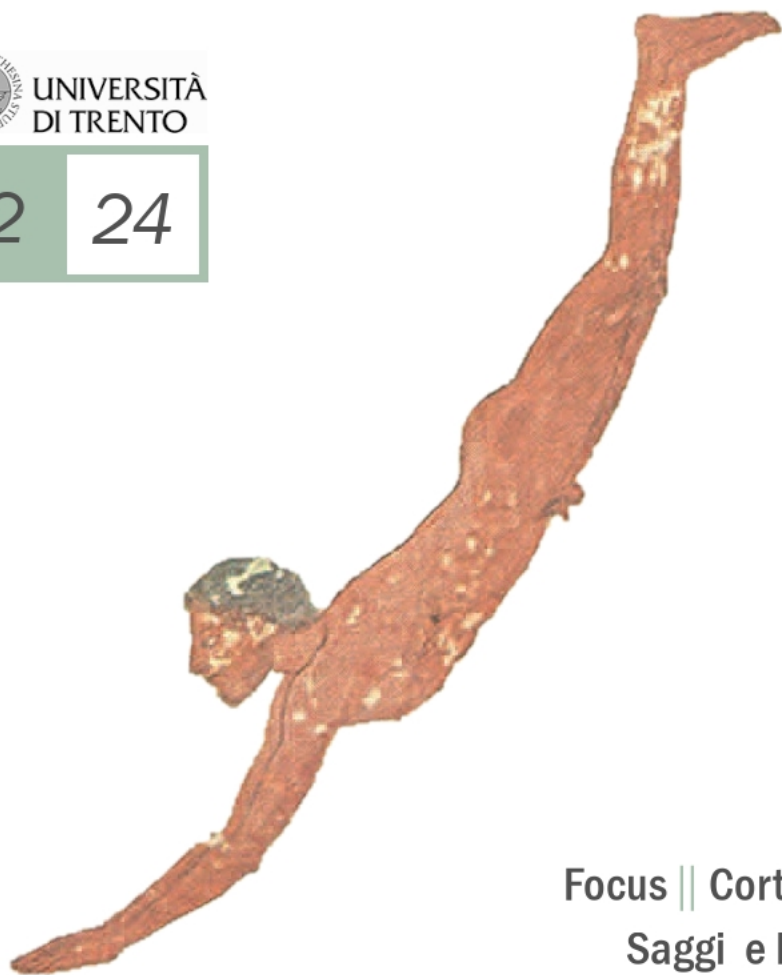
## Rivista di BioDiritto



UNIVERSITÀ  
DI TRENTO

2

24



**Focus || Corti e Scienza**  
**Saggi e Prospettive**

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-Vachez, 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:** Giorgia Bincoletto, 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.

June 2024

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. 2/2024

### Table of contents

<b>Corti e scienza: il giudizio di attendibilità scientifica delle leggi come costante della giurisprudenza costituzionale comparata .....</b>	1
<i>Simone Penasa</i>	
 <b>FOCUS ON – CORTI E SCIENZA</b>	
<b>Riflessioni su valutazioni politiche e vincoli tecnici in materia vaccinale .....</b>	5
<i>Nicolò Zanon</i>	
<b>Scienza e giustizia costituzionale: l'esperienza del <i>Bundesverfassungsgericht</i> .....</b>	15
<i>Davide Paris</i>	
<b>La Scienza nella giurisprudenza della Corte Suprema americana: un rapporto in chiaro-scuro .....</b>	27
<i>Antonia Baraggia</i>	
<b>Giudicare l'incertezza: il caso della Corte di Giustizia dell'Unione Europea..</b>	41
<i>Giada Ragone</i>	
<b>Corte EDU e utilizzo dei dati scientifici. Anatomia di un rapporto mediato da sussidiarietà e consenso internazionale .....</b>	59
<i>Roberta Lugarà</i>	
<b>Derecho a la ciencia en relación con los derechos de los pueblos indígenas. Consideraciones acerca de la jurisprudencia evolutiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos .....</b>	69
<i>Juan Alberto Lecaros, Gonzalo López</i>	
<b>Corti e Scienza. Possibilità e limiti del sapere neuroscientifico .....</b>	81
<i>Maria Chiara Errigo</i>	
<b>Attivismo dei giudici comuni e omissioni del legislatore: gli effetti del "turismo procreativo" sull'ordinamento interno .....</b>	91
<i>Fabio Ferrari</i>	
<b>Il diritto alla salute dei migranti davanti alle Corti europee .....</b>	101
<i>Luigi Ferraro</i>	
<b>Dal divieto alla regolamentazione "a contratto" della gestazione per altri. Ragioni normative a confronto .....</b>	115
<i>Silvia Zullo</i>	
<b>La Corte costituzionale e la scienza: alcune tendenze e punti fermi .....</b>	125
<i>Paolo Veronesi</i>	

**ESSAYS – SAGGI**

<b>Riflessioni in tema di disposizione delle parti anatomiche amputate da vivente per fini di studio, formazione e ricerca .....</b>	<b>137</b>
<i>Rosalba Potenzano</i>	
<b>Il dilemma del <i>triage</i>: quali criteri allocativi adottare in caso di risorse sanitarie limitate? .....</b>	<b>173</b>
<i>Leonardo Mellace</i>	
<b>Forme possibili di genitorialità nella retorica del silenzio .....</b>	<b>185</b>
<i>Serena Tomasi</i>	
<b>Parenthood standards underlying medically assisted reproduction regulation in France in the wake of 2021 Bioethics law .....</b>	<b>197</b>
<i>Guillemette Préveraud de Vaumas</i>	
<b>Il prisma del <i>senior co-housing</i>: prospettive multiple sulla pratica, con uno sguardo all'esperienza spagnola .....</b>	<b>213</b>
<i>Giovanna Spanò</i>	

**PERSPECTIVES – PROSPETTIVE**

<b>L'abolizione dell'intervento chirurgico e il cambiamento di sesso e la registrazione ufficiale del nato .....</b>	<b>261</b>
<i>Lorenzo d'Avack</i>	
<b>Aborto: un diritto costituzionale? "<i>Liberté</i>" o "<i>Fraternité</i>"? .....</b>	<b>275</b>
<i>Paolo Benciolini</i>	

## Corti e scienza: il giudizio di attendibilità scientifica delle leggi come costante della giurisprudenza costituzionale comparata

Simone Penasa

In questo numero sono ospitati i contributi che hanno animato una giornata di studi che la *Rivista di BioDiritto – BioLaw Journal* ha dedicato al tema “Corti e scienza”. Attraverso un approccio multilivello e comparato, i contributi concorrono a delineare l’attuale dibattito relativo all’irrompere della scienza all’interno nell’esercizio di funzioni giurisdizionali.

Il rapporto tra dimensione giuridica e dimensione scientifica ha ormai assunto un livello di approfondimento tale, oltre che di penetrazione nelle dinamiche tipiche di un ordinamento giuridico, da assicurare a *topos* della riflessione costituzionalistica. All’interno di uno sviluppato confronto dottrinale, la prospettiva delle corti, e in particolare di quelle corti che sono titolari di funzioni di verifica della legittimità costituzionale, europea e convenzionale delle scelte politiche operate dal legislatore, assume una speciale rilevanza, in particolare al fine di comprendere quale sia il livello di “contaminazione” scientifica fisiologicamente metabolizzabile dal punto di vista della tenuta costituzionale di un ordinamento giuridico.

Si è deciso pertanto di tentare, anche attraverso l’apertura ad altre esperienze nazionali e altri livelli ordinamentali, una sistematizzazione degli approcci delle corti selezionate di fronte a questioni – scientificamente connotate o rilevanti – che occupano sempre più spazio all’interno delle relative giurisprudenze. Si assiste, da questo punto di vista, a un flusso costante – progressivamente in crescita – di casi e questioni

connotati dal punto di vista tecnico-scientifico verso la fonte giurisprudenziale, secondo un andamento che, almeno per quanto riguarda l’ordinamento italiano, pare caratterizzato da un rapporto inversamente proporzionale rispetto alla produzione legislativa in materia. A fronte di un atteggiamento di tendenziale immobilismo posto in essere dal legislatore (si pensi ad esempio all’ambito del fine vita e in particolare dell’assistenza al suicidio, o alla riforma della disciplina in materia di procreazione assistita a seguito della riscrittura giurisprudenziale della legge n. 40 del 2004), l’attivismo – inteso qui in senso oggettivo – delle corti di ogni ordine e funzione tende ad aumentare in modo costante.

In tal senso, si può considerare la regolazione del fenomeno tecnico-scientifico come un osservatorio privilegiato dell’evoluzione delle dinamiche – funzionali e istituzionali – che caratterizzano le relazioni tra poteri, in particolare quello legislativo e quello giudiziario. Con il rischio, evidentemente, di colorare di eccessiva politicità le scelte operate dalle corti, anche alla luce della centralità assunta all’interno del dibattito sociale e politico dalle questioni scientificamente connotate (e la giurisprudenza in materia di intelligenza artificiale è solo al suo vagito iniziale...). In tal senso, basti pensare alla rivista *Nature* del 15 settembre 2022, che, in un articolo dedicato all’atteggiamento della Corte Suprema degli Stati Uniti rispetto a questioni “sensibili” quali l’interruzione volontaria di gravidanza o la normativa in materia ambientale, ha usato l’espressione di «The Supreme Court’s war on science», per la tendenza espressa da tale Corte a rifiutare o respingere prove di natura scientifica o statistica relative all’impatto che le decisioni assunte avrebbero avuto sulla salute delle persone – delle donne, in particolare, nel caso *Dobbs* – e sulla sicurezza pubblica.

Negli ultimi anni, alcuni elementi di contesto hanno riportato ancor più d'attualità questa dimensione. Si pensi evidentemente alla fase pandemica, che ha visto irrompere a livello istituzionale – seppur in un contesto di emergenza – l'istituto della cd. “consulenza scientifica” all'interno dei tradizionali meccanismi di produzione normativa; o alla recente espansione della cd. *climate change litigation*, all'interno della quale il ruolo dei dati scientifici, intesi non solo quali “meri” oggetti di verifica giurisdizionale ma quali veri e propri strumenti – parametri – di valutazione della legittimità – della ragionevolezza scientifica – delle scelte politiche operate a livello nazionale, assume una indiscutibile centralità. Tanto, forse, da poter essere considerato come elemento non solo contestuale, ma ormai strutturale delle forme di espressione delle funzioni giurisdizionali ai diversi livelli ordinamentali. Un ulteriore spunto di riflessione è rappresentato dalla possibilità di proiettare in prospettiva multilivello e comparata le riflessioni appena svolte, pur tenendo presente la diversità di funzioni, schemi argomentativi, poteri ed effetti delle decisioni che caratterizza ciascuna delle giurisdizioni analizzate.

A livello italiano, senza voler caricare di eccessivo significato normativo l'utilizzo di concetti scientificamente connotati da parte della Corte costituzionale, si assiste al consolidamento di quel filone giurisprudenziale che ha avuto nella sentenza n. 282 del 2002 il *leading case* e che è stato identificato con il carattere di “ragionevolezza scientifica” delle leggi. Infatti, nella più recente giurisprudenza costituzionale in materia di obblighi vaccinali (sentenze n. 14 e 15 del 2023), la Corte ha fatto riferimento all'esistenza di «un'area di attendibilità scientifica, alla luce delle migliori conoscenze raggiunte in quel momento storico, quali definite dalle autorità medico-scientifiche istituzionalmente preposte»,

entro la quale la discrezionalità del legislatore deve svolgersi per risultare legittima. Inoltre, nella medesima occasione la Corte costituzionale ha affermato la sindacabilità delle scelte compiute dal legislatore anche quando queste ultime siano fondate su elementi tecnico-scientifici, dal punto di vista della «[...] coerenza della disciplina con il dato scientifico posto a disposizione», identificandolo quale autonomo parametro di verifica «oltre che la non irragionevolezza e la proporzionalità della disciplina medesima» (Corte cost., sentenza n. 14 del 2024).

È forse prematuro riferirsi a tale filone giurisprudenziale in termini di vera e propria dottrina della Corte costituzionale in materia, ma è senz'altro possibile affermare che esso abbia assunto una propria specificità e che si inserisca con elementi di originalità nell'evoluzione delle modalità di esercizio delle funzioni, degli schemi argomentativi e dei rapporti istituzionali dell'organo di giustizia costituzionale. L'analisi delle dinamiche relative agli schemi processuali e argomentativi che caratterizzano tale giurisprudenza può quindi rappresentare una sintomatica chiave di lettura per analizzare tendenze quali l'espansione dell'ambito attratto al controllo di costituzionalità (vedasi il riferimento alla necessità che «il sindacato “deve coprire nella misura più ampia possibile l'ordinamento giuridico” (sentenza n. 1 del 2014), non essendo, ovviamente, ipotizzabile l'esistenza di ambiti sottratti allo stesso», sentenza n. 162 del 2014); l'ampliamento dei parametri attivabili dalla Corte (la ragionevolezza scientifica, o attendibilità scientifica, delle leggi quali criteri autonomi); la definizione di nuovi equilibri istituzionali con il legislatore (e i giudici ordinari), all'interno di una relazione caratterizzata da una leale collaborazione che conduce la Corte a ideare nuove tecniche decisorie (ord. 207 del 2018); infine, la previsione di nuovi strumenti processuali (*amici curiae* e



audizioni di esperti), che possono risultare particolarmente rilevanti ed efficaci in riferimento a giudizi *science-related*. In attesa che il legislatore (italiano in particolare) si assuma la responsabilità di affrontare dal punto di vista dei contenuti normativi e dei meccanismi decisionali (ad esempio, istituzionalizzando forme ordinarie di consulenza scientifica) le sfide poste dall'incedere dell'evoluzione tecnico-scientifica, la capacità di adattamento delle corti al contesto tecnico-scientifico rappresenta indiscutibilmente un dinamico e vivace laboratorio nel quale testare potenzialità e criticità della capacità di adattabilità e resistenza dell'ordinamento giuridico.

*Editorial*







# Riflessioni su valutazioni politiche e vincoli tecnici in materia vaccinale

Nicolò Zanon \*

THOUGHTS ON POLICY EVALUATIONS AND TECHNICAL CONSTRAINTS ON VACCINATION

ABSTRACT: The article analyses the relationship between the political judgements of the authorities responsible for regulating vaccination and the constraints imposed by 'science' and the technical data available to the decision-maker, also in the light of the way in which this relationship is treated by constitutional jurisprudence. A particular approach is adopted that takes the legislator's freedom of choice as its point of observation and examines the limits of admissibility that technical-scientific and judicial interventions that claim to bind legislative choices in these matters must encounter, precisely in the light of this freedom of choice.

KEYWORDS: Vaccination; COVID-19; political discretion; scientific reasonableness; vaccine mandate

ABSTRACT: Il contributo analizza il rapporto tra valutazioni politiche delle autorità preposte alla regolamentazione delle vaccinazioni e vincoli provenienti “dalla scienza” e dai dati tecnici a disposizione del decisore, anche alla luce del modo in cui questo rapporto è trattato dalla giurisprudenza costituzionale. Si impiega un approccio particolare, che assume come punto di osservazione la libertà di scelta del legislatore e indaga i limiti di ammissibilità che gli interventi tecnico-scientifici e giurisdizionali, che pretendono di vincolare le scelte legislative in queste vicende, devono incontrare, proprio alla luce di quella libertà di scelta.

PAROLE CHIAVE: Vaccinazione; COVID-19; discrezionalità politica; ragionevolezza scientifica; obbligo di vaccinazione

SOMMARIO: 1. L'oggetto della riflessione – 2. La dottrina del condizionamento tecnico della funzione legislativa – 3. L'“area di attendibilità scientifica” e lo spazio per la decisione politica – 4. La responsabilità politica per l'introduzione dell'obbligo e il sindacato della Corte costituzionale.

## 1. L'oggetto della riflessione

**L**e riflessioni che seguono sono un tentativo di ragionare sulle leggi che impongono trattamenti sanitari, con un occhio particolare, come è ovvio, alla recente normativa che ha imposto obblighi vaccinali nel periodo pandemico. In particolare, avevo pensato di concentrarmi su un

---

\* Professore ordinario di diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano, già giudice della Corte costituzionale. Mail: [nicolo.zanon@unimi.it](mailto:nicolo.zanon@unimi.it). Contributo su invito.

profilo specifico, cioè il sindacato di (o sulla) *ragionevolezza scientifica* delle leggi, a partire dalle più recenti sentenze della Corte costituzionale sugli obblighi vaccinali.

Mi accorgo, però, già da questa prima affermazione, di andare incontro ad ambiguità e incertezze definitorie foriere di rischi. Vedo, ad esempio, che il recente studio di Carlo Casonato utilizza il riferimento alla ragionevolezza scientifica secondo classificazioni diverse da quelle utilizzate qui<sup>1</sup>. Cautamente, perciò, mi limito a dire che il tema di interesse, per le pagine che seguono, è principalmente quello del rapporto tra valutazioni politiche delle autorità a ciò preposte e vincoli provenienti “dalla scienza” e dai dati tecnici a disposizione del decisore<sup>2</sup>, anche alla luce del modo in cui questo rapporto è trattato dalla giurisprudenza costituzionale.

Vorrei inoltre sottolineare, sempre in via preliminare, che in quel che segue vi è un approccio un po’ diverso da quello tradizionale. Vi è, cioè, un tentativo di mettere in primo piano non già la “dottrina delle Corti”, ma le scelte del legislatore, e quindi dell’autorità politica, al cospetto di rilevanti vicende di natura tecnico-sanitaria. Pertanto, il *focus* non è tanto (o solo) su quel che le autorità democraticamente legittimate possono ricavare dalle sentenze dei giudici. Ma è centrato, semmai, sulla libertà di scelta del legislatore, e delle autorità politiche in genere, in vicende di questo genere. Verte, quindi, sui limiti di ammissibilità che gli interventi tecnico-scientifici e giurisdizionali, che pretendono di vincolare le scelte legislative in queste vicende, devono incontrare, alla luce di quella libertà di scelta.

Non credo sia un approccio nuovo, né particolarmente originale. Ma ne sottolineerei la volontà che lo ispira, quella cioè di consentire alle scelte della democrazia rappresentativa di riprendere, entro certi limiti, il centro della scena: una scena occupata massicciamente da poteri ed organi pretesamente “neutrali”, che invocano il paradigma scientifico come esclusiva forma di legittimità dei loro interventi (e, aspetto non secondario, di legittimazione propria).

## 2. La dottrina del condizionamento tecnico della funzione legislativa

Sul tema qui in discussione, è però giocoforza partire da un luogo classico della elaborazione giurisprudenziale, che segna anche culturalmente i confini del terreno di gioco.

Nella sentenza 282 del 2002 della Corte costituzionale si leggono queste affermazioni: «*un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, bensì dovrebbe prevedere l’elaborazione di indirizzi fondati sullo stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati, dato l’essenziale rilievo che a questi fini rivestono gli organi tecnico-scientifici, o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica*»<sup>3</sup>.

In una parte che precede, la sentenza aveva altresì precisato: «*salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali*

<sup>1</sup> Cfr. C. CASONATO, *Biodiritto. Oggetto, fonti, modelli, metodo*, Torino 2023, in particolare 308 ss.

<sup>2</sup> Segnalo le due recenti monografie che si sono occupate del tema: G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Torino, 2020, particolarmente 119 ss.; L. DEL CORONA, *Libertà della scienza e politica. Riflessioni sulle valutazioni scientifiche nella prospettiva del diritto costituzionale*, Torino, 2022, 53 ss.

<sup>3</sup>

siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione».

Interessante è, in effetti, la precisazione sul significato dell'esistenza di *altri diritti o doveri costituzionali*: terreno sul quale il ruolo del legislatore nello stabilire le pratiche terapeutiche ammesse parrebbe tornare ad esser rilevante.

Precisazione a parte (un *obiter*? Un *caveat* per il futuro? Dovremo riparlarne), è stato osservato che questa sentenza detta i lineamenti di una «dottrina del condizionamento tecnico della funzione legislativa» come creazione originale della giurisprudenza costituzionale. Una dottrina che, peraltro, potrebbe essere estesa, con lo stesso fondamento, ad altre aree dell'ordinamento. Perché mai, in effetti, il legislatore, in materia sanitaria, dovrebbe essere vincolato alle risultanze tecniche, mentre potrebbe non esserlo in altri settori? Perché, in altre parole, il sapere giuridicamente rilevante, che condiziona il legislatore, dovrebbe essere solo il sapere medico e non, ad esempio, quello delle scienze economiche o quello di altri ambiti specialistici ancora<sup>4</sup>?

Si tratta di una domanda che già suggerisce di osservare con una certa cautela o, meglio, con una prudente consapevolezza, l'idea del condizionamento tecnico della funzione legislativa. Bisogna, cioè, essere disposti ad accettare la evidente capacità espansiva di questa idea, che potrebbe incidere fortemente sui contenuti di carattere politico dell'attività legislativa, per certi profili trasformata in "funzione" di per sé non più libera nei fini. Se portiamo il ragionamento alle sue estreme conseguenze logiche, insomma, l'estensione della dottrina in esame a tutti i saperi cd. "scientifici" avrebbe come presumibile conseguenza una certa spoliticizzazione uniformante dell'attività legislativa.

Facile l'obiezione: in ambiti connotati dal rilievo del dato tecnico-scientifico, cosa ci si dovrebbe aspettare da un legislatore se non, appunto, il suo adattamento ai canoni della cd. "scientificità"? Osservo, intanto, che tutto questo porta inevitabilmente con sé un notevole appannamento dei profili di responsabilità politica gravanti sul legislatore. In effetti, cosa si potrebbe rimproverare, in termini di responsabilità politica, a un legislatore che, in tesi, si adegua doverosamente ai dati medico-scientifici? Un'attività dovuta o comunque doverosa non può essere fonte di responsabilità politica. Al contrario, questa responsabilità (e forse non solo quella politica, nei nostri tempi) sarebbe automaticamente predicabile in caso di mancato adattamento ai canoni della scientificità.

Non saprei dire con certezza se tutto questo sia un bene.

Il condizionamento tecnico in esame (salvo stabilirne più precisamente significato e portata) può esser percepito come una ovvia e saggia indicazione, nella quale si radica il buon senso delle società avanzate. Non metto in discussione questa saggezza. Mi permetto, però, di avanzare anche un'analisi un poco dissonante, che resta a disposizione di chi vuole continuare a praticare l'arte del dubbio, anche sui temi, come questo, che sembrano fare unanimità e, anzi, impedire o considerare sacrilego, il dubbio stesso. Vedo, cioè, questo condizionamento come un episodio (non so se minore, o invece di notevole rilevanza) del manifestarsi della costante aspirazione delle comunità umane ad una *sfera neutrale*, nel

<sup>4</sup> A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Rivista AIC*, 2, 2021, 434.

senso in cui ne ragionava Carl Schmitt<sup>5</sup>. Appartiene agli umani il desiderio di abbandonare il terreno dello scontro politico, delle divisioni e della discordia e di abbracciare un centro di riferimento neutrale nel quale sia possibile quel minimo di accordo e di premesse comuni che permettano sicurezza, evidenza, comprensione e pace. Del resto, la tecnica (qui, i dati medico-scientifici) parrebbe il terreno assolutamente e definitivamente neutrale perché in grado di fornirci informazioni e nozioni sulle quali apparentemente non dovrebbe esserci discordia né conflitto.

Vi è ovviamente in questo desiderio un'aspirazione vana, nutrita da una certa ingenuità. Del resto, il discorso pubblico più avvertito, anche in periodo pandemico, ha sempre provveduto a ricordarci una cosa ben nota: quello dei dati medico-scientifici non è affatto il terreno d'elezione della neutralità. Non solo per la provvisorietà delle conoscenze, che naturalmente evolvono, ma perché è il tema stesso della reale neutralità della scienza a sollevare, invece e paradossalmente, nuovi conflitti. Non mi avventuro oltre perché non controllo il tema. Ma non sarà un caso se la mia Corte, dovendo decidere le questioni di legittimità costituzionale sugli obblighi vaccinali, non si è nemmeno azzardata a immaginare audizioni di scienziati o di virologi (Iddio ne scampi) o comunque di esperti, che pure sarebbero state prospettabili: giacché la stessa scelta fra di essi, nonché quella delle domande da porre loro, sarebbe stata una questione politica (e nient'affatto tecnica!) di massima delicatezza, e avrebbe prevedibilmente scatenato contrasti insanabili.

Ciò posto e archiviato, vorrei però provare a fornire una lettura diversa della dottrina della Corte quale emerge (o meglio, emergeva) dalla sentenza n. 282 del 2002. A mio avviso, questa dottrina, a ben vedere, non sembra dire, come potrebbe apparire, che la politica (la «pura discrezionalità politica del legislatore») non decide liberamente, e che deve bensì aderire alle soluzioni indicate dai dati medico-scientifici. Sembra piuttosto chiedere (o limitarsi a chiedere), innanzitutto, che quella pura discrezionalità sia informata, conosca i dati scientifici, quindi che possa deliberare consapevolmente, ma pur sempre in modo libero.

Non condivido la lettura di chi vede in questo precedente qualcosa di molto di più, cioè le interpretazioni secondo cui in esso sarebbe affermato che i limiti della Costituzione, o della ragionevolezza quale desumibile dalla Costituzione e dai suoi principi, in casi del genere, non sarebbero sufficienti: giacché a questi limiti si aggiungerebbero vincoli tecnico-scientifici decisi dalle autorità preposte.

Ben vero che la sentenza parla di indirizzi *fondati* sullo stato delle conoscenze scientifiche e non è poco. E forse non è errato ritenere che sia qualcosa di più del solo *conoscere* il dato scientifico, e che il sindacato di ragionevolezza scientifica non si esaurirebbe nel controllo del rispetto di un vincolo per così dire procedurale (è stata interpellata la scienza?).

Concordo sul fatto che i dati medico-scientifici possano essere base di partenza («fondamento» in questo senso) e concordo sul fatto che il vincolo che grava sul legislatore è, semmai, quello di non sostituirsi alla scienza. La legge non potrà dire che un trattamento riconosciuto come nocivo fa bene, o, viceversa, che è efficace un trattamento che si è acclarato non esserlo, che è grave una malattia che è lieve o viceversa, ecc<sup>6</sup>. Se la legge invade questi ambiti appartenenti al dominio della scienza medica,

<sup>5</sup> C. SCHMITT, *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni* (1929), in trad. it in *Id.*, *Le categorie del politico*, Bologna 1971, 176.

<sup>6</sup> Come osserva C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2, 2016, una legge che negasse le conoscenze scientifiche più accreditate, imponendo un trattamento medico nocivo, o



si porrebbe in contrasto non già con la «scienza come parametro di legittimità costituzionale», ma con il diritto alla salute *ex art. 32 Cost.*, come nel noto caso in cui, in materia di PMA, la legge aveva ritenuto di imporre l'obbligo di creazione di un numero massimo di embrioni nonché quello dell'unico e contemporaneo impianto degli stessi (normativa dichiarata costituzionalmente illegittima con la sentenza 151 del 2009).

Ma se questa indebita invasione di ambiti altrui non vi sia, quanto e quale spazio di scelta spetta alla legge?

Ad esempio, se dai dati medico-scientifici emerga che un *virus* circola intensamente nelle scuole tra i giovani, e invece non circola, o circola debolmente nei luoghi di lavoro che ospitano adulti, è chiaro che sarebbe irragionevole e lesiva dell'*art. 32 cost.* una legge che chiudesse gli uffici e non le scuole. Ma, come anche cercherò di dire meglio più avanti, non sarebbe invece irragionevole una legge che non chiudesse né uffici né scuole. Questo perché, a fronte del dato scientifico che segnala la circolazione del *virus* nelle scuole, credo si possa legittimamente decidere che è più importante, piuttosto che preservarli dalla malattia (per essi meno grave, ci dicono pur sempre i dati!), che i bambini e i ragazzi vadano a scuola, essendo in gioco beni preziosi come la loro educazione e salute mentale. Del resto, non gioca qui, in modo rilevante, la presenza di quei diritti fondamentali richiamati dal caveat della sentenza n. 282 del 2002?

Penso, dunque, che la sentenza n. 282 del 2002 dica queste due cose: che non si può decidere ignorando i dati, e che il legislatore non può sostituirsi agli organismi tecnico-scientifici nelle valutazioni che a questi competono. Gli "indirizzi" politici devono conoscere i dati scientifici e le evidenze acquisite, e non possono invadere il campo della scienza e della medicina. Ma tutto questo non equivale affatto a dire che, quando sono in giuoco anche altri diritti costituzionali, gli indirizzi debbano necessariamente aderire a tali dati e a queste evidenze. Non sono del tutto sicuro, in altri termini, che sia corretto dire che, dopo la sentenza 282 del 2002, il giudizio di ragionevolezza si "nutre" anche dei dati e delle acquisizioni di natura medico-scientifica<sup>7</sup>.

### 3. L' "area di attendibilità scientifica" e lo spazio per la decisione politica

Un profilo per me rilevante è che il senso di questa pronuncia acquisisce nuova pregnanza se trasportato – molti anni dopo, e certo in un contesto ben diverso – nell'ambito di un giudizio in via incidentale su una legge statale impositiva di un trattamento sanitario, la vaccinazione obbligatoria contro il Covid. La sentenza 14 del 2023 cita la 282 del 2002, ma a me pare che, per alcuni aspetti, la reinterpreti assai. Precisa, intanto, questa recente pronuncia: «[...] la connotazione medico-scientifica degli elementi in base ai quali il legislatore deve operare le proprie scelte non esclude la sindacabilità delle stesse da parte di questa Corte, ma il sindacato riguarda, in tal caso, la coerenza della disciplina con il dato

---

vietandone uno considerato efficace, sarebbe da considerare incostituzionale, non perché direttamente in contrasto con la scienza, ma perché questo contrasto svelerebbe (indirettamente) una violazione (questa sì incostituzionale) del diritto alla salute.

<sup>7</sup> Trascuriamo il fatto che nella sentenza 282 del 2002, per vero, molte affermazioni circa il rapporto legislatore-scienza sembrano restare al rango di *obiter dicta*, giacché, alla fine, la legge regionale delle Marche allora in causa viene dichiarata costituzionalmente illegittima per ragioni di incompetenza, cioè per un tipico limite desunto da ciò che la Costituzione in sé stessa stabilisce, e non invece in virtù di un vincolo, per così dire, "esterno".

*scientifico posto a disposizione, nonché la non irragionevolezza e la proporzionalità della disciplina medesima».*

Qui, in verità, la frase è sibillina, perché contiene due affermazioni ben diverse.

La prima affermazione sembra alludere a un controllo sulla “coerenza” della disciplina legislativa con il dato scientifico (mentre la seconda, come dirò, sembra invece richiamare il “tradizionale” controllo di non irragionevolezza). La prima affermazione è comunque sviluppata nella frase successiva: *«questa Corte accerta, innanzitutto, se il legislatore, nell’esercizio del suo potere discrezionale, si sia tenuto all’interno di un’area di attendibilità scientifica, alla luce delle migliori conoscenze raggiunte in quel momento storico, quali definite dalle autorità medico-scientifiche istituzionalmente preposte».*

Credo che questo sia un passaggio in parte diverso da quel che è affermato nella sentenza del 2002. Nella mia memoria, il riferimento all’area di attendibilità scientifica fu il punto di caduta, e di precario accordo, delle discussioni in camera di consiglio sulla bozza di motivazione della pronuncia, a decisione ormai assunta. Si fronteggiavano prospettive molto diverse: da una parte, la visione di un controllo di coerenza per linee esterne, più rispettoso della libertà legislativa; dall’altra, l’idea per cui il dato medico-scientifico è pressoché direttamente elevato a parametro di legittimità costituzionale. Serpeggiava, in effetti, la tesi per cui i dati scientifici non solo devono poter “nutrire” il parametro desumibile dall’art. 3 Cost., nella valutazione sulla non irragionevolezza della legge, ma sarebbe doveroso elevare direttamente le conoscenze scientifiche del momento, i dati provvisori che esse contengono – che, appunto sono per definizione sempre rivedibili e mutevoli! – a parametro stabile di legittimità costituzionale (detto per inciso: quest’ultima è una scelta che, già solo sotto questo punto di vista, presenta vistosi profili di contraddizione).

Dalle discussioni escono le frasi citate, che forniscono non già l’idea ingenua della scienza come parametro costituzionale, ma qualcosa di più mite (anche se non poi così tanto mite, come vedremo), cioè la prospettiva di un *controllo di “coerenza”*, diretto a verificare se il legislatore, nel prescrivere la vaccinazione obbligatoria per i sanitari, sia appunto rimasto all’interno di questa area di *attendibilità scientifica*. Il che, si badi, implica comunque che, se questa area di attendibilità scientifica viene valicata, se il legislatore esce da tale *perimetro*, ebbene ne dovrebbe derivare l’incostituzionalità della legge (si osservi: le parole *perimetro* e *parametro* non hanno, ai fini qui rilevanti, significati così diversi).

Sottolineo che questa forma di controllo pare diversa da quella prefigurata dalla sentenza n. 282 del 2002: non è un controllo per linee esterne, ma è, con franchezza, un controllo sulla conformità dei contenuti della legge a ciò che si desume dai dati medico-scientifici.

A ragionare in questi termini, ritagliando cioè per il legislatore questo spazio “residuo” e conseguenziale di intervento, dopo che la scienza ha parlato, si può arrivare al risultato di ritenere non solo che l’introduzione dell’obbligo vaccinale non sia costituzionalmente illegittima, ma che essa sia proprio costituzionalmente *doverosa*, ciò che mite non è affatto<sup>8</sup>.

Si verserebbe in una forma di controllo realmente per linee esterne se ci si limitasse a esigere, e a controllare, che il legislatore abbia fatto le sue verifiche, raccolto i dati, ascoltato gli esperti, consultato

<sup>8</sup> Di nuovo, se ben ricordo, nelle discussioni che, in sede di lettura, hanno riguardato la stessa motivazione della sentenza n. 14 del 2023, le prime versioni di questa contenevano passaggi dai quali si traeva proprio questa idea, cioè che il legislatore avesse ritenuto costituzionalmente “necessario”, alla luce del dato scientifico, introdurre l’obbligo vaccinale.

gli organismi tecnico-scientifici: come, a me pare, prevedeva la sentenza 282 del 2002. Nella sentenza 14 del 2023, invece, l'eventuale fuoriuscita dall'area di attendibilità medico-scientifica è considerata indice di irragionevolezza, quasi sintomo di un eccesso di potere legislativo.

Ebbene, al di là del merito delle questioni di legittimità costituzionale poi decise con la sentenza ora in commento, mantengo riserve su questo modo di configurare il rango dei dati medico-scientifici, il ruolo della Corte, l'ampiezza del perimetro delle legittime scelte legislative e, più in generale, il rapporto tra decisioni politiche e valutazioni di organismi tecnici.

Le autorità politicamente responsabili hanno il potere, e il dovere, di operare scelte, svolgendo valutazioni di bilanciamento fra beni e interessi diversi, perseguendo, nel modo che appare loro migliore, quello che ritengono essere l'interesse generale. Nelle situazioni di emergenza sanitaria, ovviamente, devono conoscere i dati medico-scientifici, e si devono giovare delle migliori conoscenze e degli organismi tecnici a ciò preposti. Ma è fin troppo noto che, dall'inizio dell'emergenza pandemica, si è immediatamente scatenata una fuga dalle assunzioni di responsabilità politico-amministrativa, con annessa delega a comitati tecnico-scientifici, talvolta di dubbia competenza e indipendenza, la cui voce e le cui indicazioni sono progressivamente divenute il *Verbo*, incontestabile e insindacabile (ricordiamolo: sui critici di questa tendenza si addensavano sospetti, anatemi e disprezzo). Ammettiamo che la gravità e la novità drammaticamente *extra ordinem* della situazione di allora spieghino molte di queste tendenze. Ma l'emergenza, a mio avviso, non giustificava tutto neanche allora, come invece si pretendeva. Anche qui, un esempio di natura politico-amministrativa, un poco diverso da quello presentato in precedenza. Da parte di un organismo tecnico-scientifico viene comunicato, a un sindaco di una grande città metropolitana, che è molto probabile che la mancata chiusura delle scuole, di tutti gli esercizi commerciali ecc., possa aggravare e intensificare la circolazione di un *virus* altamente contagioso, con tutte le ovvie conseguenze. Questa autorità pubblica, dunque, sa che la chiusura può giovare a contrastare la diffusione del *virus*; ma essa sa anche che la chiusura ha notevolissimi costi sociali, economici, psicologici: per tutti, per i ragazzi privati dell'istruzione scolastica, per i commercianti rimasti senza entrate, per gli anziani che non sanno dove fare la spesa. La domanda è: appartiene o no a questa autorità pubblica uno spazio di valutazione, per operare un bilanciamento tra beni e interessi alla luce della sua responsabilità politico-amministrativa, oppure l'area di "attendibilità scientifica" entro la quale deve muoversi la obbliga a un provvedimento di chiusura?

La mia risposta la si può intuire. Certo che sì: sono in giuoco, oltre a quello alla salute, anche altri diritti costituzionalmente rilevanti, sui quali, esattamente come avverte la sentenza n. 282 del 2002, il legislatore può operare i propri bilanciamenti.

Aggiungo, però, una cosa ulteriore. È troppo facile ripetere sempre che è il legislatore a dover restare nello spazio che gli compete: è, in realtà, anche "la scienza" a dover essere ricondotta entro i confini che le sono propri. Nell'esempio che ho fatto c'è, in effetti, qualcosa che stona: non già la libera decisione finale dell'autorità politico-amministrativa, bensì proprio il ruolo impropriamente assunto dagli organismi tecnico-scientifici. Nel caso cui l'esempio fa riferimento, infatti, un organismo tecnico-scientifico deve limitarsi a dire: il *virus* circola molto nelle scuole, o nei supermercati, ecc. Se invece si spinge anche a dire: "se si chiudessero le scuole, il *virus* circolerebbe di meno", allora credo invada un campo che non gli appartiene, perché si espone allusivamente su un terreno che chiama in causa una tipica

scelta politico-amministrativa, cioè la chiusura totale delle scuole, che sola potrebbe evitare l'eccessiva circolazione del virus.

Detto con franchezza: ho l'impressione che, durante la pandemia, siamo stati in presenza proprio di questo distorto modo di configurare il rapporto tra autorità politica e organi tecnico-scientifici.

Penso, dunque, e lo preciserò meglio, che uno spazio di valutazione della politica negli ambiti descritti esista e sia da preservare. Ritengo, anzi, che l'analisi costi/benefici derivanti dalle varie scelte possibili appartenga in principio all'autorità politico-amministrativa. Potrà essere una scelta giusta o sbagliata, ma questo, purtroppo, emergerà solo *ex post*, determinando del resto quella responsabilità politica che, sempre in principio, consegue in capo a chi esercita un potere.

#### 4. La responsabilità politica per l'introduzione dell'obbligo e il sindacato della Corte costituzionale

Nella sentenza n. 14 del 2023 si trova anche quella seconda affermazione che ho prima ricordato, ove si afferma che il sindacato della Corte riguarda anche la non irragionevolezza e la proporzionalità della disciplina che impone obblighi vaccinali. Qui, il sindacato di ragionevolezza sembra presentarsi nelle sue forme tradizionali. Ma proprio l'affiancarsi di questa affermazione alla precedente è ambiguo: sembra dirsi che vi è la possibilità di un controllo di ragionevolezza che prescinde dal riferimento a quell'area di *attendibilità scientifica* che invece delimita, nell'altra forma di controllo, la sfera di azione legittima del legislatore. Ma dunque: esiste ancora, nella visione della Corte, un'area non vincolata dai dati scientifici, nella quale il legislatore, in queste materie, recupera la sua libertà di scelta di mezzi e strumenti, rendendo, di converso, possibile alla Corte un ampio sindacato sulla non irragionevolezza e sulla proporzionalità della disciplina legislativa, nelle forme tradizionali?

Non è chiarissimo, ma mi pare si possa sostenere con tranquillità che, ad esempio, le *conseguenze* del mancato assolvimento degli obblighi vaccinali, diversamente dal fondamento della *scelta in sé* di prescrivere l'obbligo, possono ricadere nello spazio soggetto a questo genere di valutazioni, da svolgere secondo canoni tradizionali.

Ma, se fosse solo questo (a prescindere da ogni valutazione circa i risultati di questo controllo sulle conseguenze: sul punto, si veda soprattutto la sentenza 15 del 2023), ne parrebbe derivare comunque una forte riduzione dei margini di manovra *della stessa Corte* in termini di controllo di ragionevolezza. Insomma, si rifletta su ciò: la riduzione dell'ampiezza delle sfere di decisione della legislazione, ormai funzionalizzata e ridotta entro l'area dello "scientificamente attendibile", porta con sé, a cascata, la limitazione degli ambiti sui cui può esercitarsi il sindacato della Corte. Quest'ultima dovrebbe limitarsi a valutare se la disobbedienza alla pressoché inevitabile decisione di imporre il vaccino si sia contenuta nei margini di una (doverosa!) e proporzionata reazione.

Forse, però, queste conclusioni non sono definitive. Ci sono anche affermazioni di segno diverso, nella recente giurisprudenza della Corte, maggiormente attente a segnalare il ruolo e la responsabilità del legislatore.

Non so se siano isolate, certo sono in parte dissonanti da quanto è emerso sin qui. È il caso della sentenza sui vaccini militari, la n. 25 del 2023. In essa, a me pare, è restituita al legislatore la sua responsabilità politica, prevedendosi che va presidiata dalla legge non solo la scelta della obbligatorietà delle



vaccinazioni cui sottoporre i militari da inviare in missione, ma anche la scelta della specifica profilassi vaccinale, giacché così richiede l'aggettivo "determinato" che si accompagna, nell'art. 32 cost., alla locuzione "trattamento sanitario".

Quanto a questa seconda scelta, relativa alla specifica profilassi da imporre ai militari in missione, la Corte avrebbe anche potuto dire, semplicisticamente: decida l'amministrazione militare sanitaria con il supporto della scienza medica, anche delegando la individuazione in concreto di queste specifiche profilassi a fonti secondarie, con il concorso di organi tecnici. Questi erano in effetti alcuni degli argomenti presentati per sostenere il rigetto della questione. Invece, la sentenza accoglie la questione allora sollevata proprio su questo aspetto e afferma qualcosa di ben diverso: il legislatore deve decidere, e assumersi la relativa responsabilità, anche sulle specifiche profilassi. È ovvio che non deve essere sordo alla scienza, ma, sia pur alla luce del dato scientifico, deve assumersi trasparentemente la responsabilità politica di quella scelta.

L'ampiezza della scelta consentita alla legge, anche qui, ha decisive influenze sul tipo di sindacato spettante alla Corte. Quella ampiezza è in altre parole direttamente proporzionale all'ampiezza del controllo, ne marca la qualità e l'intensità. I presupposti del ragionamento e i risultati che ne derivano sono, nel complesso, di segno ben diverso da ciò che emerge dalla sentenza n. 14 del 2023. A decisione politicamente intensa, segue un sindacato altrettanto pregnante. Non ci si acquieta, per intendersi, nell'"ascoltare la scienza". Non solo si possono controllare proporzionalità e non irragionevolezza delle *specifiche conseguenze* che il legislatore abbia voluto accostare alla violazione dell'obbligo introdotto, ma la Corte è nelle condizioni di valutare la non irragionevolezza e la "non sproporzionalità" della stessa *introduzione dell'obbligo*<sup>9</sup>.

Questo, almeno, mi pare accada nella sentenza n. 25 del 2023. Se è vero, non mi sembra poco.

---

<sup>9</sup> Afferma testualmente la sentenza: «Sono proprio il livello di gravità della specifica patologia e la sua capacità di diffondersi, insieme al grado di sicurezza della relativa profilassi vaccinale, a costituire gli essenziali elementi che entrano a far parte del giudizio di questa Corte. Infatti, secondo la costante giurisprudenza costituzionale, la discrezionalità legislativa nell'imposizione degli obblighi vaccinali deve essere esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte (sentenza n. 268 del 2017), e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia (sentenze n. 15 e n. 14 del 2023, n. 5 del 2018 e n. 282 del 2002). Inoltre, proprio a fronte della scelta del vaccino, questa Corte è nelle condizioni di valutare la non irragionevolezza e la non sproporzionalità della introduzione dell'obbligo e delle specifiche conseguenze che il legislatore abbia voluto accostare alla sua violazione».



## Scienza e giustizia costituzionale: l'esperienza del *Bundesverfassungsgericht*

*Davide Paris\**

SCIENCE AND CONSTITUTIONAL ADJUDICATION: THE EXPERIENCE OF THE *BUNDESVERFASSUNGSGERICHT*

**ABSTRACT:** This paper examines how the German Federal Constitutional Court deals with cases in which scientific data play a major role. Discussing the most recent decisions on anti-pandemic measures and on compulsory vaccinations, it first shows that the Constitutional Court regularly reviews whether legislation is based on sufficiently robust scientific evidence, in the context of the proportionality test. It then describes how the Constitutional Court deals with cases of scientific uncertainty, how it takes into consideration the evolution of scientific evidence, and which scientific data it resorts to in its judgments. Finally, it draws a brief comparison between the approach of the German Constitutional Court and that of the Italian Constitutional Court.

**KEYWORDS:** German Federal Constitutional Court; scientific evidence; proportionality test; scientific uncertainty; Italian Constitutional Court

**ABSTRACT:** Attraverso l'esame delle più recenti decisioni in materia di misure di contrasto alla pandemia e di vaccinazioni obbligatorie, il contributo analizza il modo in cui il Tribunale costituzionale federale tedesco affronta le questioni scientificamente connotate. Dapprima si mostra come la scienza entri nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, svolgendo un ruolo cruciale nel determinare l'esito di ciascun passaggio del giudizio di proporzionalità; quindi si esamina come proceda il giudice costituzionale tedesco di fronte all'incertezza scientifica e alla costante evoluzione del dato scientifico, nonché di quali dati scientifici si serva. Nella parte conclusiva si traccia una breve comparazione fra l'approccio del giudice costituzionale tedesco e quello della Corte costituzionale italiana.

**PAROLE CHIAVE:** Tribunale costituzionale federale tedesco; dati scientifici; giudizio di proporzionalità; incertezza scientifica; Corte costituzionale Italiana

**SOMMARIO:** 1. Introduzione – 2. La scienza nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi – 3. Incertezza del dato scientifico e discrezionalità del legislatore – 4. La continua evoluzione del dato scientifico e i suoi riflessi sul

---

\* *Professore associato di Diritto costituzionale, Università Bocconi di Milano. Mail: [davide.paris@unibocconi.it](mailto:davide.paris@unibocconi.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

controllo del giudice costituzionale – 5. La scienza «istituzionale» – 6. Il giudice costituzionale tedesco e quello italiano a confronto: un diverso grado di approfondimento all'interno del medesimo quadro di riferimento.

## 1. Introduzione

Il rapporto fra scienza e giustizia costituzionale può essere esaminato sotto molti profili diversi. In queste pagine vorrei cercare di rispondere, con riferimento alla giurisprudenza del giudice costituzionale tedesco, principalmente ai seguenti quesiti:

- 1) Può il giudice costituzionale misurare le scelte del legislatore dal punto di vista della loro correttezza scientifica, facendo della scienza, di fatto, un parametro della legittimità costituzionale delle leggi?
- 2) Quali conseguenze determina sulla discrezionalità che il giudice costituzionale riconosce al legislatore l'incertezza scientifica, una situazione cioè in cui la scienza non è in grado di offrire un'indicazione univoca al decisore politico?
- 3) Quali conseguenze determina, per il legislatore e per il giudice costituzionale, la costante evoluzione del dato scientifico?
- 4) Di quali dati scientifici si serve il giudice costituzionale?

Per rispondere a questi interrogativi farò riferimento a un numero limitato di pronunce particolarmente significative, nelle quali, negli anni più recenti, il dato scientifico ha giocato un ruolo centrale nell'argomentazione del *Bundesverfassungsgericht* ("BVerfG"). Mi riferisco, in particolare, alle più importanti decisioni in tema di contrasto della pandemia<sup>1</sup> e di vaccinazioni obbligatorie<sup>2</sup>, nonché, in misura minore, alla nota sentenza in materia di cambiamento climatico<sup>3</sup> e a una meno recente pronuncia in materia di organismi geneticamente modificati<sup>4</sup>. Infine, nella parte conclusiva di questo scritto, procederò a una breve comparazione fra l'approccio seguito del giudice costituzionale tedesco e quello della Corte costituzionale italiana.

## 2. La scienza nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi

Al primo dei quesiti sopra indicati ritengo si possa dare risposta certamente positiva. Nei casi «scientificamente connotati», la correttezza scientifica dei presupposti su cui si fonda una legge è elemento centrale del giudizio di costituzionalità della stessa: la scienza entra infatti nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi svolgendo un ruolo cruciale nel determinare l'esito di ciascun passaggio del giudizio di proporzionalità.

Come noto, quando una legge incide su un diritto fondamentale, lo schema tipico con cui il *BVerfG* valuta se tale limitazione del diritto possa considerarsi giustificata (*rechtfertigt*) è quello dell'applicazione serrata del principio di proporzionalità: occorre quindi che le limitazioni dei diritti fondamentali perseguano uno scopo legittimo (*einen legitimen Zweck*) e siano, rispetto ad esso, adeguate (*geeignet*),

<sup>1</sup> In particolare BVerfGE 159, 223, *Bundesnotbremse I* (19 novembre 2021) e BVerfGE 161, 299, *Impfnachweis Covid-19* (27 aprile 2022).

<sup>2</sup> BVerfGE 162, 378, *Impfnachweis Masern* (21 luglio 2022).

<sup>3</sup> BVerfGE 157, 30, *Klimaschutz* (24 marzo 2021).

<sup>4</sup> BVerfGE 128, 1, *Gentechnik* (24 novembre 2010).

necessarie (*notwendig*) e proporzionate in senso stretto (*verhältnismäßig im engeren Sinne*). In ciascuna delle pronunce sopra citate, la legittimità dello scopo perseguito, così come l'adeguatezza, la necessità e la proporzionalità delle misure adottate vengono essenzialmente a dipendere della correttezza dei presupposti scientifici che stanno alla base della scelta del legislatore, ed è proprio questa correttezza scientifica che viene verificata dal giudice costituzionale.

Si consideri, ad esempio, la pronuncia *Impfnachweis Masern*, in cui viene giudicata la legittimità costituzionale della legge che impone l'obbligo di dimostrare l'avvenuta vaccinazione del minore contro il morbillo quale requisito per l'accesso al *Kindergarten*, contestata dai ricorrenti per asserita violazione del diritto all'integrità fisica del minore e della potestà genitoriale. In questo caso, il sindacato del giudice costituzionale si risolve essenzialmente nel valutare se le assunzioni che il legislatore ha posto alla base della propria scelta riposino su basi scientifiche sufficientemente solide.

La domanda sulla sussistenza o meno di uno scopo legittimo, infatti, finisce per dipendere dalla domanda sulla natura della malattia in esame e della gravità delle sue conseguenze, dal momento che il legislatore è legittimato a intervenire a tutela della salute contro il morbillo, soltanto se quest'ultimo rappresenta un serio pericolo per la salute umana: a questa domanda, evidentemente, a poter e dover rispondere non è il diritto, bensì la scienza. Ecco allora che il *BVerfG* afferma la legittimità dello scopo perseguito riscontrando che, in base a sicure conoscenze scientifiche (*nach gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnis*), il morbillo rappresenta una malattia incurabile fra le più contagiose (§ 109) e che al momento dell'approvazione della legge la quota di persone vaccinate o immunizzate in Germania era ancora troppo bassa per consentire la cd. immunità di gregge (§ 110).

Ugualmente, è dal dato scientifico che dipende il giudizio sull'adeguatezza, la necessità e la proporzionalità della misura in esame. Così, il giudice costituzionale tedesco riconosce:

- che la misura è adeguata perché sicuri dati scientifici attestano un'efficacia del vaccino in media compresa fra il 95 e il 100% qualora si esegua, come previsto dalla legge, una doppia somministrazione (§ 115);
- che essa è altresì necessaria, poiché alla luce delle conoscenze scientifiche disponibili è plausibile (*vertretbar*) l'assunzione del legislatore secondo cui una diversa strategia, in particolare quella della persuasione anziché dell'obbligo, non sarebbe stata in grado di raggiungere l'obiettivo prefissato, cioè una quota di soggetti vaccinati sufficientemente elevata da conseguire l'immunità di gregge (§ 125), pur se il dato scientifico non è in grado in questo caso di fornire un'indicazione univoca (§ 118);
- che essa è infine proporzionata, poiché, nel bilanciamento fra il diritto dei genitori di adottare le scelte relative alla salute dei figli minori e il diritto alla salute dei minori stessi, la scelta del legislatore di privilegiare quest'ultimo non è censurabile sotto il profilo costituzionale, proprio in ragione del peso che il dato scientifico attribuisce ai rischi per la salute legati al morbillo e in particolare del fatto che la probabilità di gravi complicazioni in seguito a infezione da morbillo è di molto superiore al rischio di effetti collaterali gravi legati alla vaccinazione (§§ 143 e 149)<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Lo stesso rapporto tra rischi e benefici si configura, secondo il *BVerfG*, anche nel caso in cui la vaccinazione anti-morbillo sia somministrata insieme ad altre vaccinazioni (v. soprattutto § 151). Con ciò si esclude che la legge in esame possa essere incostituzionale in ragione del fatto che in Germania la vaccinazione anti-morbillo non è disponibile come singola vaccinazione ma solamente in combinazione con altre (parotite e rosolia, cd. trivalente,

Come si vede, nella pronuncia in esame – ma il ragionamento potrebbe ripetersi anche negli altri casi sopra citati – la conformità a Costituzione delle scelte del legislatore viene in ultima analisi a dipendere dalla attendibilità scientifica dei presupposti su cui essa si fonda, ciò che richiede una valutazione scientifica più che giuridica. Sul punto sono tuttavia necessarie alcune precisazioni, per evitare di cadere in facili equivoci.

In primo luogo, dal punto di vista formale, non è evidentemente il dato scientifico in sé a fungere da parametro di legittimità costituzionale: il parametro del giudizio rimangono i diritti fondamentali, chiaramente tutelati da specifiche disposizioni costituzionali invocate come parametro – nel caso in esame il diritto dei minori all'integrità fisica (art. 2, c. 2, primo periodo *Grundgesetz*) e quello dei genitori all'educazione dei figli (art. 6, c. 2, primo periodo *GG*). Di fatto, tuttavia, il giudizio sulla giustificazione della limitazione di tali diritti operata dalle misure sottoposte al giudizio del *BVerfG* dipende dalla gravità del pregiudizio che esse mirano ad evitare e dai benefici che sono in grado di portare; ed è la scienza a fornire la misura di tale pregiudizio e di tali benefici. È insomma la scienza che stabilisce il peso degli interessi in gioco nel giudizio di bilanciamento, cosicché non è forzato affermare che in questo caso la scienza assume di fatto il ruolo di parametro su cui misurare la legittimità costituzionale delle scelte del legislatore: una legge che si basasse su presupposti scientifici implausibili risulterebbe in ultima analisi incostituzionale.

In secondo luogo, occorre precisare che, anche nei casi scientificamente connotati, pur se il dato scientifico ha un ruolo centrale nel bilanciamento degli interessi, la valutazione del giudice costituzionale non è mai esclusivamente di natura scientifica. Nel caso in esame, ad esempio, nel giudizio sulla proporzionalità in senso stretto dell'obbligo vaccinale, il giudice costituzionale riconosce un'importanza determinante alla scelta del legislatore di tutelare, attraverso l'immunità di gregge, la salute delle persone che non possono vaccinarsi (§ 150). Che la tutela dei soggetti vulnerabili giustifichi una restrizione dei diritti delle persone sane è una scelta non di scienza ma di valore, e così quando il *BVerfG* sottolinea che alla protezione della salute della popolazione e in particolare dei soggetti vulnerabili va riconosciuto un peso (costituzionale) elevato (§ 146), non compie una valutazione scientifica bensì valoriale. Infine, è opportuno sottolineare che, nella prospettiva del giudice costituzionale tedesco, il controllo della attendibilità scientifica dei presupposti delle scelte del legislatore non è tale da annullare la discrezionalità del legislatore, aprendo le porte a una deriva «scientista» che sostituisce gli scienziati ai rappresentanti del popolo nel compito di scrivere le leggi. Al contrario, il giudice costituzionale è attento nel sottolineare che il legislatore gode comunque di un margine di apprezzamento (*Einschätzungsspielraum*) che diminuisce al crescere della limitazione dei diritti e aumenta al crescere del peso dei beni giuridici che si intendono tutelare (§ 104). Si noti, del resto, che sia nella decisione sulla vaccinazione anti-morbillo, sia nelle decisioni *Bundesnotbremse I* e *Impfnachweis Covid-19*, il giudice costituzionale conclude nel senso della conformità a Costituzione delle misure adottate dal legislatore, riconoscendo cioè che il legislatore si è mosso nell'ambito di ciò che la Costituzione consente, proprio perché si è

---

e varicella, cd. quadrivalente), di fatto obbligando i minori a sottoporsi non a una, bensì a tre o quattro diverse vaccinazioni. Il giudice costituzionale è però attento nello specificare che la stessa legge non sarebbe più conforme a Costituzione, qualora divenissero disponibili sul mercato solamente combinazioni di vaccini contenenti vaccini ulteriori rispetto a quelli trivalenti o tetravalenti disponibili al momento dell'approvazione della legge (§§ 93-101).

basato su adeguati presupposti scientifici. Il richiamo alla scienza, pertanto, non vale qui a limitare la discrezionalità del legislatore determinando l'incostituzionalità delle sue scelte, e ancor meno a sostituire una decisione democratica con una decisione scientifica; esso serve piuttosto a giustificare una scelta dal forte impatto sui diritti fondamentali adottata dal legislatore democraticamente legittimato, proprio perché tale scelta è basata su solidi presupposti scientifici.

### 3. Incertezza del dato scientifico e discrezionalità del legislatore

Se l'esercizio della discrezionalità legislativa deve essere misurato (anche) in relazione al rispetto delle rilevanti acquisizioni scientifiche, occorre allora chiedersi come proceda il giudice costituzionale in quelle situazioni in cui la scienza non sia (ancora) in grado di fornire un dato scientifico inequivoco.

In via teorica sono possibili due approcci. Da una parte si può ritenere che l'incertezza scientifica riduca il margine di apprezzamento riconosciuto al legislatore. In altre parole, un intervento legislativo che incida sui diritti fondamentali sarebbe consentito solamente in presenza di un dato scientifico incontrovertibile, che giustifichi tale intervento certificando la gravità del pregiudizio che esso intende scongiurare, nonché i benefici ricavabili dall'intervento stesso. All'opposto, si può invece ritenere che l'incertezza scientifica ampli lo spazio riconosciuto alla discrezionalità legislativa, consentendo al legislatore di adottare misure restrittive dei diritti fondamentali, in un'ottica precauzionale, anche quando il pregiudizio temuto e i benefici attesi siano solo possibili e in ambito scientifico regni l'incertezza sull'*an* e sul *quantum* di tali elementi.

La giurisprudenza del *BVerfG* è al momento chiaramente orientata a favore della seconda delle alternative menzionate: l'incertezza scientifica amplia la discrezionalità del legislatore, facendo arretrare il controllo del giudice costituzionale da una verifica della sicura base scientifica delle scelte del legislatore, a un controllo di plausibilità degli apprezzamenti compiuti dal legislatore. Secondo il *BVerfG*, infatti, quando l'intervento del legislatore è finalizzato alla tutela di importanti beni costituzionali e, a causa di oggettive incertezze, il legislatore dispone soltanto di una limitata possibilità di formarsi un quadro della situazione sufficientemente sicuro, allora il controllo costituzionale deve essere limitato alla plausibilità delle scelte del legislatore<sup>6</sup>.

Con riferimento alla sentenza sulla vaccinazione anti-morbillo, si è già segnalato che, mentre nel verificare se la misura persegua un fine legittimo il giudice costituzionale riconosce che sicure conoscenze scientifiche attestano la gravità della malattia che si vuole prevenire, al momento di verificare la necessità dell'imposizione del vaccino rispetto a misure meno invasive (quali la strategia della persuasione), il *BVerfG*, preso atto che non è possibile sul punto basarsi su dati incontrovertibili, si limita a riconoscere che la valutazione della necessità della misura maggiormente invasiva è fondata su una valutazione plausibile.

Anche la nota sentenza sul cambiamento climatico offre uno spunto interessante su questo tema. Una delle ragioni di incostituzionalità della legge federale per la tutela del clima del 12 dicembre 2019 fatte

<sup>6</sup> Cfr., ad esempio, *Impfnachweis Masern*, § 118: «Dient der Eingriff dem Schutz gewichtiger verfassungsrechtlicher Güter und ist es dem Gesetzgeber angesichts der tatsächlichen Unsicherheiten nur begrenzt möglich, sich ein hinreichend sicheres Bild zu machen, ist die verfassungsgerichtliche Prüfung auf die Vertretbarkeit der gesetzgeberischen Eignungsprognose beschränkt». Più diffusamente v. *Bundesnotbremse I*, § 171.

valere dai ricorrenti consisteva nella contestazione dell'obiettivo stesso fatto proprio dalla legge. Se il legislatore aveva accolto l'obiettivo dell'accordo di Parigi di limitare l'aumento delle temperature entro 2°C e possibilmente entro 1,5°C rispetto al livello preindustriale, i ricorrenti affermano che gli obblighi di protezione che derivano in capo al legislatore dall'art. 2, comma 1, primo periodo *Grundgesetz*, imporrebbero invece l'obiettivo di un innalzamento massimo delle temperature non superiore a 1,5°C. Il giudice costituzionale riconosce che l'obiettivo della legge può risultare dal punto di vista politico poco ambizioso e che il limite di 1,5°C presenterebbe un margine di sicurezza maggiore; tuttavia, alla luce delle notevoli incertezze scientifiche, documentate dallo stesso *Intergovernmental Panel on Climate Change* – cioè dall'organo tecnico-scientifico internazionale che fornisce i dati scientifici su cui si basano tanto la legge federale, quanto i ricorrenti, quanto il *BVerfG* – deve riconoscersi in capo al legislatore un notevole margine di apprezzamento, tanto più che il perseguimento di tali obblighi di tutela necessariamente comporta un bilanciamento con contrapposti interessi (§ 162). Semplificando: a una significativa incertezza scientifica corrisponde una significativa discrezionalità del legislatore.

In tema di incertezza scientifica e discrezionalità del legislatore, estremamente interessante è poi la pronuncia *Gentechnik*, in cui il *BVerfG* è chiamato a giudicare di una legge che impone misure restrittive all'uso degli organismi geneticamente modificati finalizzate a regolarne e controllarne l'uso per garantire la coesistenza e la non contaminazione fra agricoltura tradizionale e OGM. Proprio l'incertezza scientifica, specialmente per quanto riguarda gli effetti di lungo periodo dell'uso degli OGM, giustifica l'intervento del legislatore che, precisa il *BVerfG*, deve prendere in considerazione non solo i vari interessi direttamente coinvolti, ma anche la protezione dell'ambiente in un'ottica intergenerazionale (§135). Non solo quindi il legislatore era legittimato dal quadro di incertezza scientifica ad assumere che il ricorso agli OGM presentasse un certo rischio (*Basisrisiko*), ma avrebbe addirittura rischiato di venir meno ai propri obblighi di tutela dell'ambiente se non lo avesse fatto (§140). In altre parole, più che la scienza è in questo caso l'incertezza scientifica che giustifica (e forse richiede) una certa disciplina, in ottica precauzionale. Con ciò, l'affermazione generale per cui l'incertezza scientifica amplia la discrezionalità del legislatore risulta sì confermata, ma allo stesso tempo messa in dubbio, poiché proprio dall'incertezza della scienza nascono degli obblighi di protezione di fronte ai quali il legislatore non può rimanere inerte.

Le pronunce *Bundesnotbremse I* e *Impfnachweis Covid-19*, infine, presentano un particolare interesse perché mostrano come, di fronte all'incertezza del dato scientifico, il *BVerfG* ricorra talvolta a una forma particolare di controllo che consiste nel verificare se, durante il procedimento legislativo, il legislatore abbia adeguatamente cercato di formarsi un'idea chiara del dato scientifico attraverso l'audizione di esperti. Mutuando la terminologia in uso con riferimento alla Corte EDU, si potrebbe parlare in questo caso di *procedural review*.

In *Bundesnotbremse I*, quando si tratta di valutare se le misure di limitazione della libertà di circolazione e dei contatti interpersonali previste in caso di crescita dei contagi da Covid-19 in una determinata zona perseguano uno scopo legittimo o meno, la domanda che il *BVerfG* si pone è se al momento dell'approvazione della legge sussistesse un pericolo per la vita e la salute umana nonché un rischio di sovraccarico delle strutture sanitarie. Riconosciuto che la pandemia ha posto il legislatore in una situazione in cui le conoscenze scientifiche venivano continuamente a modificarsi, il giudice costituzionale riconosce al legislatore, non solo di essersi basato sui dati elaborati dal *Robert Koch-Institut* (§ 179), di



cui si dirà nel paragrafo 4, ma anche di essersi confrontato con il dato scientifico durante il procedimento legislativo attraverso l'audizione di esperti da parte della commissione competente (§ 181). E gli esperti ascoltati, prosegue il *BVerfG*, hanno confermato nella sostanza la valutazione del *Robert Koch-Institut*, e preso posizione su quesiti specifici, senza che emergessero solide evidenze scientifiche in senso contrario (§182).

Un approccio simile si ritrova nella pronuncia *Impfnachweis Covid-19*, in cui si giudica della legittimità costituzionale dell'imposizione dell'obbligo vaccinale per alcune categorie di soggetti che operano nell'ambito della sanità e dell'assistenza alla persona, quando il *BVerfG* si confronta con l'argomento, speso dai ricorrenti, secondo cui a seguito dell'imposizione dell'obbligo di vaccinarsi molti operatori sanitari potrebbero rifiutarsi e essere così esclusi dal lavoro, con ciò determinando una grave mancanza di personale presso le strutture sanitarie, in contrasto con le impellenti necessità di cura del momento e quindi con la finalità della legge stessa. Evidentemente, nel momento in cui si impone l'obbligo di vaccinarsi, è impossibile quantificare in maniera precisa quante persone si rifiuteranno di sottoporsi al vaccino: il giudice costituzionale si limita a rilevare che al momento dell'approvazione della legge non esistevano sicure evidenze di una possibile carenza di personale come conseguenza dell'introduzione dell'obbligo vaccinale, e che il legislatore ha, nel corso del procedimento legislativo, ascoltato una pluralità di associazioni professionali e sociali e nessuna di queste ha paventato il rischio di una significativa carenza di personale (§ 182). In sintesi, il giudice costituzionale controlla che, nel corso del procedimento legislativo, il legislatore abbia adempiuto all'obbligo procedurale di cercare di acquisire le migliori conoscenze scientifiche disponibili in quel determinato momento.

#### 4. La continua evoluzione del dato scientifico e i suoi riflessi sul controllo del giudice costituzionale

Il giudice costituzionale tedesco appare ben consapevole della continua evoluzione del dato scientifico e ne trae precise conseguenze per il sindacato di legittimità costituzionale delle leggi. Se successivamente all'entrata in vigore di una legge si modificano i presupposti scientifici su cui essa si fonda, ben può ridursi il margine di apprezzamento riconosciuto al legislatore, al punto che una legge nata conforme a Costituzione può successivamente divenire incostituzionale, con effetto *pro futuro*, qualora non reggano più le assunzioni del legislatore su cui essa si fondava<sup>7</sup>.

La continua evoluzione del dato scientifico, in altre parole, introduce un elemento di dinamicità nel giudizio di costituzionalità, per cui un giudizio di conformità a Costituzione non risulta dato una volta per tutte, bensì soltanto fintantoché i presupposti su cui si basa la scelta del legislatore non vengano smentiti da nuovi dati scientifici. La conformità a Costituzione di una legge è infatti verificata sotto riserva di ulteriori sviluppi (*Vorbehalt der weiteren Entwicklung*<sup>8</sup>). Conseguentemente, se vuole evitare di incorrere in una pronuncia di incostituzionalità, il legislatore deve farsi carico di adeguare le proprie scelte all'evoluzione del dato scientifico.

Ciò ha precise conseguenze sull'articolazione del giudizio di costituzionalità: il *BVerfG* verifica dapprima se, al momento della sua approvazione, la legge risultava fondata su basi scientifiche attendibili; quindi

<sup>7</sup> Cfr. la pronuncia *Bundesnotbremse I*, §§ 186 e 189.

<sup>8</sup> *Bundesnotbremse I*, § 236.

verifica se, nel tempo intercorso fra l'approvazione della legge e il giudizio costituzionale, siano intervenuti cambiamenti nello stato dei fatti e delle conoscenze, tali da rendere ora insostenibile il bilanciamento inizialmente operato (correttamente) dal legislatore.

Questo profilo della dinamicità del controllo del giudice costituzionale nelle questioni scientificamente connotate è emerso in maniera chiara nella giurisprudenza relativa alle misure di contenimento della pandemia. Come noto, infatti, essendo la pandemia da Covid-19 un fenomeno assolutamente nuovo a livello globale, i dati scientifici relativi, ad esempio, alla contagiosità del virus, all'andamento della pandemia e all'efficacia dei vaccini, erano soggetti a continue correzioni, a mano a mano che si rendevano disponibili nuove evidenze scientifiche. Emblematica dell'approccio del *BVerfG* a questa materia è la sentenza *Impfnachweis Covid-19*. Dopo aver concluso che l'introduzione dell'obbligo vaccinale per determinate categorie era giustificata per contrastare la diffusione del virus al momento dell'approvazione della legge, il *BVerfG* si domanda se tale valutazione sia ancora valida al momento del giudizio (§§ 236 ss.). Da una parte, il giudice costituzionale riconosce che il legislatore ha adottato misure per tener conto dell'evoluzione della pandemia e delle nuove evidenze scientifiche disponibili (§236). Dall'altra, prende atto che, dopo l'approvazione della legge non vi sono stati nuovi sviluppi o migliori conoscenze tali da mettere in discussione i presupposti della scelta iniziale del legislatore (§ 237). In particolare, anche nel nuovo contesto caratterizzato dalla predominanza della variante Omicron, il vaccino si mostra efficace, ancorché in misura ridotta, (§§ 238-239), né è venuto meno il rischio per i soggetti vulnerabili (§§ 240-241), né sono emersi nuovi effetti collaterali legati al vaccino (§ 242).

## 5. La scienza «istituzionale»

Chiarite le grandi linee dell'atteggiamento del *BVerfG* nelle questioni scientificamente connotate, rimane ora da chiedersi a quali dati scientifici ricorra il giudice costituzionale tedesco nelle sue pronunce. Sul punto, non sussiste alcun dubbio sul fatto che la scienza cui fa riferimento il *BVerfG* sia la scienza ufficiale, o meglio potrebbe dirsi, la scienza «istituzionale», cioè i dati scientifici forniti dagli istituti e organismi nazionali e internazionali istituzionalmente preposti alla raccolta ed elaborazione di tali dati. Così, nelle pronunce relative alle misure di contrasto della pandemia e alle vaccinazioni obbligatorie gioca un ruolo di primo piano il *Robert Koch-Institut*, cioè l'ente istituzionalmente responsabile della sorveglianza e prevenzione delle malattie, costituito presso il Ministero federale della salute. Si pensi che, solo per fornire un dato approssimativo ma assai significativo, la pronuncia *Impfnachweis Covid-19*, che consta di circa 80 pagine, contiene non meno di 46 riferimenti a documenti del *Robert Koch-Institut*. Ugualmente significativi sono, nelle stesse pronunce, i riferimenti alla *Ständige Impfkommision – Stiko* (Commissione permanente per le vaccinazioni presso il *Robert Koch-Institut*) e al *Paul Ehrlich-Institut* (Istituto federale per i vaccini e la biomedicina). Nella pronuncia sul cambiamento climatico, invece, il punto di riferimento del *BVerfG* è l'*Intergovernmental Panel on Climate Change*. È interessante notare come, nel momento in cui fa riferimento a tali fonti, il *BVerfG* si premura di precisare come sono composti tali enti o organi e quali sono i loro compiti istituzionali<sup>9</sup>, sottolineando in particolare il compito istituzionalmente assegnato dalla legge al *Robert Koch-Institut* di raccogliere ed elaborare i dati necessari per la valutazione delle misure di contrasto alle malattie infettive (§ 14

<sup>9</sup> Cfr. *Bundesnotbremse I*, § 138; *Impfnachweispflicht Covid-19*, §§ 138-139; e *Klimaschutz*, §§ 16-17.

della pronuncia *Impfnachweis Masern*). Il *BVerfG* si fa insomma carico di dar conto della propria scelta di affidarsi a questi e non altri dati scientifici, spiegando perché essi devono considerarsi attendibili. Peraltro, proprio con riferimento al *Robert Koch-Institut*, nel descriverne i compiti istituzionali il *BVerfG* sottolinea come esso siano chiamati a valutare gli studi disponibili a livello mondiale: un ente quindi incaricato non di elaborare una «scienza di Stato», bensì di fornire al decisore politico un quadro oggettivo dello stato attuale delle conoscenze scientifiche disponibili.

Questo marcato riferimento alla «scienza istituzionale» riduce significativamente la portata concreta della possibilità conferita dall'art. 27a della legge sul Tribunale costituzionale federale (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG*) di dare la possibilità a esperti di prendere posizione in maniera scritta nel processo costituzionale, in via generale oppure in risposta a specifici quesiti posti dal giudice costituzionale. Se è alla scienza «ufficiale», quale oggettivamente restituita dagli enti istituzionalmente a ciò preposti, che fa riferimento il giudice costituzionale, si comprende come difficilmente tali ricostruzioni dello stato dell'arte delle evidenze scientifiche possano essere messi in discussione da singole prese di posizione di esperti all'interno del processo costituzionale.

Forse non è un caso che, nella sentenza sul cambiamento climatico, il *BVerfG* non abbia fatto ricorso alla consultazione di esperti: lo stato attuale delle evidenze scientifiche concernenti le cause e le conseguenze del cambiamento climatico è dettagliatamente esposto nei *reports* dell'*Intergovernmental Panel on Climate Change* ed è difficile pensare che l'opinione scritta di esperti possa portare nel processo costituzionale nuove o diverse evidenze scientifiche.

Anche quando il *BVerfG* fa ampio uso della possibilità prevista dall'art. 27a *BVerfGG*, come nelle pronunce *Bundesnotbremse I* (§§ 81-82), *Impfnachweis Covid-19* (§§ 43 ss.) e *Impfnachweis Masern* (§§ 44-45), le informazioni raccolte tramite gli interventi scritti di esperti terzi finiscono per confermare i dati «istituzionali» già disponibili o per avere un certo peso solamente su specifiche questioni, come, ad esempio, la valutazione dell'eventuale sopravvenienza di nuovi elementi che possano mettere in dubbio la scelta iniziale del legislatore (v., ad esempio, *Impfnachweis Covid-19*, § 241).

Si può quindi ipotizzare che, talvolta, il coinvolgimento di una pluralità di esperti sia finalizzato non solo e non tanto a fornire al *BVerfG* i dati scientifici necessari alla decisione (i quali sono già disponibili attraverso il lavoro degli organi tecnico-scientifici a ciò preposti), bensì a rendere più inclusivo il processo di fronte al giudice costituzionale e ad aumentare quindi l'accettazione sociale delle sue pronunce. Si pensi, ad esempio, alla possibilità di prendere posizione scritta riconosciuta nelle pronunce *Impfnachweis Covid-19* e *Impfnachweis Masern* all'associazione dei medici per l'autodeterminazione vaccinale (*Ärztinnen und Ärzte für individuelle Impfentscheidung e.V.*), che consente al *BVerfG*, in due pronunce che difendono in maniera forte l'obbligo vaccinale, di dare ascolto a una visione «eterodossa» e di confrontarsi con essa<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> V. in particolare il § 184 della pronuncia *Impfnachweis Covid-19*, dove il giudice costituzionale dà conto della posizione della menzionata associazione per la libertà vaccinale, secondo cui l'efficacia del vaccino di fronte alle nuove varianti sarebbe molto ridotta, ma sottolinea come tutte le altre opinioni scritte degli esperti certifichino un'efficacia rilevante del vaccino anche nei confronti delle nuove varianti, ancorché ridotta rispetto alle varianti precedenti.

## 6. Il giudice costituzionale tedesco e quello italiano a confronto: un diverso grado di approfondimento all'interno del medesimo quadro di riferimento

Se si pone a confronto l'approccio, qui brevemente descritto, del *BVerfG* alle questioni scientificamente connotate con quello della Corte costituzionale italiana, è possibile individuare una sostanziale consonanza di fondo fra i due giudici costituzionali.

Anche la Corte costituzionale, pur nell'ambito di un giudizio di ragionevolezza «a schema libero» e non rigorosamente strutturato come nel caso del *BVerfG*, richiede e controlla che la discrezionalità del legislatore sia esercitata sulla base di solidi presupposti scientifici. Così, nella fondamentale sentenza n. 282 del 2002 si legge che «un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati [...] o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica» (§ 5 del *Considerato in diritto*). Sulla scia di questa pronuncia, la sentenza n. 5 del 2018, in materia di vaccinazioni obbligatorie, precisa che la discrezionalità del legislatore nella scelta delle modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace dalle malattie infettive «deve essere esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte [...] e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia» (§ 8.2.1 del *Considerato in diritto*). Più recentemente, nella sentenza n. 14 del 2023, in materia di vaccinazione anti Covid-19, la Corte ha ritenuto parte essenziale del proprio sindacato il controllo della «adeguata considerazione delle risultanze scientifiche disponibili in merito all'efficacia e alla sicurezza dei vaccini» (§ 6 del *Considerato in diritto*) e, più in generale, il verificare «se il legislatore, nell'esercizio del suo potere discrezionale, si sia tenuto all'interno di un'area di attendibilità scientifica, alla luce delle migliori conoscenze raggiunte in quel momento storico, quali definite dalle autorità medico-scientifiche istituzionalmente preposte» (§ 8.2). Ancora, anche nella giurisprudenza costituzionale italiana viene riconosciuta la costante evoluzione delle evidenze scientifiche e se ne traggono conseguenze analoghe a quelle sopra esaminate nella giurisprudenza costituzionale tedesca. Sempre nella sentenza n. 5 del 2018 si legge infatti:

«Nel presente contesto, dunque, il legislatore ha ritenuto di dover rafforzare la cogenza degli strumenti della profilassi vaccinale, configurando un intervento non irragionevole allo stato attuale delle condizioni epidemiologiche e delle conoscenze scientifiche. Nulla esclude che, mutate le condizioni, la scelta possa essere rivalutata e riconsiderata. In questa prospettiva di valorizzazione della dinamica evolutiva propria delle conoscenze medico-scientifiche che debbono sorreggere le scelte normative in campo sanitario, il legislatore [...] ha opportunamente introdotto [...] un sistema di monitoraggio periodico che può sfociare nella cessazione della obbligatorietà di alcuni vaccini [...]. Questo elemento di flessibilizzazione della normativa, da attivarsi alla luce dei dati emersi nelle sedi scientifiche appropriate, denota che la scelta legislativa a favore dello strumento dell'obbligo è fortemente ancorata al contesto ed è suscettibile di diversa valutazione al mutare di esso».

Nella sentenza n. 14 del 2023 si legge ancora:

«Dover effettuare una scelta tempestiva comporta che essa venga fatta, necessariamente, allo stato delle conoscenze scientifiche del momento e nella consapevolezza della loro fisiologica provvisorietà. Del resto, tutte le volte che una decisione implichi valutazioni tecnico-scientifiche, il legislatore sceglie tra le possibili opzioni che la scienza offre in quel momento storico. [...] D'altro canto, è innegabile che ogni legge elaborata sulla base di conoscenze medico-scientifiche è per sua natura transitoria, perché adottata allo stato delle conoscenze del momento e destinata ad essere superata a seguito dell'evoluzione medico-scientifica» (§ 8.2 del *Considerato in diritto*).

Infine, nella giurisprudenza costituzionale italiana come in quella tedesca, i dati scientifici cui si fa riferimento sono quelli che provengono appunto dalle «sedi scientifiche appropriate», cioè quelli raccolti ed elaborati dalle «istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati» (sent. n. 282 del 2002), dalle «autorità preposte» (sent. n. 268 del 2017, § 6 del *Considerato in diritto*), dagli «organi tecnico-scientifici», di cui si sottolinea l'«essenziale rilievo» (così già la sent. n. 185 del 1998). Chiarissima è sul punto la sentenza n. 14 del 2023: «è su questi dati scientifici – forniti dalle autorità di settore e che non possono perciò essere sostituiti con dati provenienti da fonti diverse, ancorché riferibili a “esperti” del settore – che si è basata la scelta politica del legislatore; legislatore che altrimenti, anziché alle autorità istituzionali, avrebbe dovuto affidarsi a “esperti” non è dato vedere con quali criteri scelti» (§ 11).

Se però si esamina come questi principi, sostanzialmente coincidenti, vengono applicati dai due giudici costituzionali, emerge chiaramente un diverso livello di approfondimento da parte dei due giudici costituzionali.

Si confrontino solamente le due fondamentali sentenze in materia di vaccinazioni anti-Covid 19, le più volte citate pronunce *Impfnachweis Covid-19* e n. 14 del 2023. In entrambi i casi, la prova scientifica dell'efficacia dei vaccini è ovviamente centrale per valutare la legittimità costituzionale dell'imposizione dell'obbligo vaccinale. Tuttavia, mentre la Corte costituzionale risolve la questione con un sintetico riferimento a una nota dell'Istituto superiore di sanità depositata dall'Avvocatura dello Stato (e non facilmente reperibile) dalla quale emerge «l'elevata efficacia» dei vaccini (§ 10.2), nonché a una nota del Segretariato generale del Ministero della salute attestante (ex post) il significativo impatto della campagna vaccinale sulla circolazione del virus tra gli operatori sanitari (§ 12.1), il *BVerfG* dedica alla questione un'ampia ricostruzione in cui si esaminano i diversi effetti dei vaccini con puntuali riferimenti a numerosi documenti del *Robert Koch-Institut* (§§ 173 ss.), svolgendo altresì, come si è visto, una verifica della perdurante attualità dell'efficacia della vaccinazione (§§ 184-185 e 238-239)<sup>11</sup>.

Più in generale, se entrambi i giudici riconoscono la dinamicità delle scelte legislative basate su un dato scientifico in costante evoluzione, il giudice costituzionale italiano non sembra poi trarre le conseguenze di questa affermazione con lo stesso rigore del *BVerfG*, che ne ricava, come si è visto, la necessità di uno specifico e separato controllo ulteriore sulla perdurante attualità dei fondamenti scientifici della legge. Ancora, le evidenze scientifiche, così come le «sedi scientifiche appropriate», vengono frequentemente evocate nella giurisprudenza costituzionale italiana, che appare tuttavia talvolta

<sup>11</sup> Similmente si confronti come viene affrontata, al § 13.1 della sentenza n. 14 del 2023, più rapidamente e senza scendere eccessivamente nel dettaglio, la questione della possibilità di richiedere l'effettuazione periodica di test diagnostici anziché la vaccinazione, rispetto alla più approfondita analisi svolta ai §§ 192-196 di *Impfnachweis Covid-19*.

reticente nell'individuare quali siano tali «sedi scientifiche appropriate» e quali precise evidenze scientifiche siano in grado di offrire nello specifico.

In conclusione, se sotto il profilo dell'approccio generale alle questioni scientificamente connotate si registra una piena sintonia fra i due giudici costituzionali, sotto il profilo della concreta applicazione di tali principi la giurisprudenza del *BVerfG* appare connotata da maggiore rigore e precisione. Ciò rende più persuasiva l'argomentazione del giudice costituzionale tedesco e, in ultima analisi, aumenta l'autorevolezza delle sue pronunce: un modello cui il giudice costituzionale italiano potrebbe in futuro utilmente ispirarsi.

# La Scienza nella giurisprudenza della Corte Suprema americana: un rapporto in chiaro-scuro

Antonia Baraggia\*

SCIENCE IN THE JURISPRUDENCE OF THE US SUPREME COURT: A RELATIONSHIP IN THE DARK

ABSTRACT: This contribution aims to highlight the multiple tensions in the relationship between science and the Supreme Court through an analysis of the jurisprudential strand on the regulation of abortion, in the belief that some of the trends of this paradigmatic jurisprudence can also be extended to other areas of intersection between science and law.

KEYWORDS: US Supreme Court; science; abortion; courts; *amicus curiae*

ABSTRACT: Il presente contributo intende mettere in luce le molteplici tensioni del rapporto tra scienza e Corte Suprema attraverso l'analisi del filone giurisprudenziale in materia di regolamentazione dell'aborto, nella convinzione che alcune linee di tendenza di tale paradigmatica giurisprudenza possano essere estese anche ad altri ambiti di intersezione tra scienza e diritto.

PAROLE CHIAVE: Corte Suprema americana; scienza; aborto; corti; *amicus curiae*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La regolamentazione dell'aborto: quale ruolo per il dato scientifico? – 2.1. La *viability*: un concetto scientifico mutevole – 2.2. L' *undue burden test* tra *ratio* del legislatore ed evidenze scientifiche – 2.3. Un nuovo banco di prova per il dato scientifico in Corte: il caso *Mifepristone* – 3. Riflessioni conclusive.

## 1. Introduzione

Come spesso accade analizzando l'ordinamento americano, anche rispetto al tema del rapporto tra scienza e corti, esso appare come un caso paradigmatico e peculiare – quasi l'ennesima espressione di una sorta di eccezionalismo – anche se non privo di contraddizioni e profili problematici<sup>1</sup>.

Ad una generale analisi della giurisprudenza americana, emerge chiaramente come considerazioni di natura scientifica permeino le decisioni della Corte Suprema americana, in diversi ambiti, anche taluni

---

\* Professoressa associata di Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Milano. Mail: [antonia.baraggia@unimi.it](mailto:antonia.baraggia@unimi.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

<sup>1</sup> Cfr. L. VIOLINI, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo: sostanze cancerogene e centrali nucleari negli Stati Uniti*, Milano, 1986.

apparentemente estranei rispetto al dato scientifico. Anzi, i casi più controversi dall'aborto<sup>2</sup>, alle *affirmative actions*<sup>3</sup>, alle decisioni relative al fine vita<sup>4</sup>, alla genetica<sup>5</sup> fino alle questioni ambientali e più di recente climatiche<sup>6</sup>, sono ricchi di riferimenti a dati e conoscenze scientifiche, tanto relative alle cosiddette scienze esatte che alle scienze sociali. Ciò dimostra come lo sviluppo scientifico e tecnologico entri in relazione con la sfera giuridica e sociale, in modo sempre più massiccio e determinante, spesso incidendo su tale rapporto a tal punto da condurre ad una ridefinizione del perimetro dei diritti e dei doveri. Come afferma a tal proposito Sheila Jasanoff, «le Corti vengono chiamate a partecipare ad un processo interattivo di cambiamento sociale e tecnologico. Esse diventano compartecipi nella ricerca sociale di nuove regole per interpretare e ristrutturare una serie di potenzialità in evoluzione»<sup>7</sup>.

Se certamente, scorrendo la giurisprudenza americana siamo di fronte ad un rapporto stretto tra scienza e diritto, tuttavia esso rimane una relazione tutt'ora piuttosto nebulosa, che se da un lato si arricchisce in termini quantitativi, dall'altro stenta a trovare – soprattutto nell'ambito della giurisprudenza della Corte Suprema – una sistematizzazione rispetto alle domande fondamentali che emergono allorquando la scienza si affacci ed anzi entri nell'argomentazione giuridica: con quale criterio il giudice dovrebbe selezionare i dati e le conoscenze da utilizzare in giudizio, soprattutto a fronte di una sostanziale incertezza o non univocità della scienza<sup>8</sup>? E ancora, come vagliare l'attendibilità dei dati che provengono da attori terzi al processo? Vi sono delle caratteristiche soggettive dell'attore che produce il dato o vi è un criterio oggettivo da vagliare<sup>9</sup>? E in caso di disaccordo all'interno della comunità scientifica, quali dati prediligere e secondo quali criteri?

Chi cercasse nella giurisprudenza della Corte Suprema americana risposte univoche a tali quesiti, rimarrebbe piuttosto deluso: in linea generale, possiamo affermare che il rapporto tra scienza e Corte Suprema è mutevole nel tempo ed è caratterizzato da un'ultima incertezza circa il peso del dato scientifico nel processo argomentativo e decisionale della Corte. Questa caratteristica viene in qualche modo amplificata proprio dalla peculiarità del modello americano di giustizia costituzionale, che apre il processo a una molteplicità di soggetti esterni, quali vettori di elementi fattuali o dati tecnico scientifici, attraverso l'istituto dell'*amicus curiae*. Ovviamente la presenza degli *amici curiae* prescinde dal

<sup>2</sup> *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. 215 (2022).

<sup>3</sup> *Students for Fair Admissions v. Harvard*, 600 U.S. 181 (2023).

<sup>4</sup> *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).

<sup>5</sup> Si veda G.F. FERRARI, *La Corte Suprema degli Stati Uniti definisce i limiti di brevettabilità del genoma*, in *Politica del diritto*, 4, 2013, 559-564.

<sup>6</sup> *West Virginia v. Environmental Protection Agency*, 597 U.S. 697 (2022).

<sup>7</sup> S. JASANOFF (a cura di), *La scienza davanti ai giudici: la regolazione giuridica della scienza in America*, Milano, 2001, 42.

<sup>8</sup> In questo senso, come ha ricordato R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, 1, «il problema della rilevanza dei dati scientifici è cruciale soprattutto nei giudizi di merito, ove la tentazione di delegare alle scienze "certe" ciò che il giudice non ritiene di poter decidere sulla base dei soli strumenti giuridici costituisce ormai un problema di grande rilievo». In ottica comparata, S. PENASA, *Le "scientific questions" nella dinamica tra discrezionalità giurisdizionale e legislativa. Uno studio comparato sul giudizio delle leggi scientificamente connotate nelle giurisdizioni nazionali, sovranazionale e internazionali*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2016, 39-79.

<sup>9</sup> Sul problema di «dar forma alle regole che disciplinano l'ambito delle scienze della vita», M. TOMASI, *Uniformità della giurisprudenza e unitarietà della scienza: la misura di sostenibilità del pluralismo*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2016, 81 ss.



fatto che in gioco ci siano considerazioni anche di carattere scientifico e pur tuttavia, proprio nei casi che hanno ad oggetto questioni scientificamente controverse, l'*amicus curiae* trova un terreno particolarmente fertile per la sua proliferazione, come testimoniano gli oltre 140 *briefs* – ovviamente non tutti di taglio puramente scientifico – inviati per il caso *Dobbs v. Jackson*.

Qui emerge tuttavia una prima contraddizione del modello americano: alla straordinaria apertura ai terzi nel processo, non ha fatto seguito l'elaborazione di uno *standard*, di un *test* da applicare da parte della Corte suprema per la validazione del dato scientifico che entra nel processo.

Questo aspetto rende del tutto eccentrica la posizione della Corte Suprema rispetto alle corti federali inferiori, per le quali, proprio la Corte Suprema stessa ha invece elaborato, prima con la sentenza *Frye*<sup>10</sup>, e poi nella nota sentenza *Daubert*<sup>11</sup> del 1993, un *test* per valutare l'ammissibilità della prova scientifica, assegnando al giudice un ruolo di filtro rispetto alle prove scientifiche adottate, sia in termini di rilevanza che di affidabilità, operando in particolare «a preliminary assessment of whether the testimony's underlying reasoning or methodology is scientifically valid and properly can be applied to the facts at issue»<sup>12</sup>: l'evidenza scientifica è rilevante, chiarisce la Corte, solo laddove risulti da una corretta applicazione della metodologia e del ragionamento scientifico. Si tratta di una operazione delicata il cui *focus* «must be solely on principles and methodology, not on the conclusions that they generate»<sup>13</sup>.

Questo *test*, tuttavia, riguarda esclusivamente le *federal trial courts* e non la Corte Suprema, alla cui giurisprudenza il *test* in questione non si applica. Si tratta di un esito per certi versi paradossale se si pensa che oggi il *Daubert test* rappresenta uno *standard* di validazione delle opinioni e delle prove scientifiche utilizzato da giurisdizioni<sup>14</sup>, da ultimo la nostra Corte di Cassazione nel noto caso *Cozzini*<sup>15</sup>. Il *test* elaborato dalla Corte Suprema se da un lato prova a razionalizzare l'uso del dato scientifico in sede probatoria, non è tuttavia scevro da profili problematici. La dottrina ha evidenziato come per esempio il *test* risulti poco attendibile rispetto a prove scientifiche legate a tecniche emergenti come le neuroscienze o a vagliare teorie nell'ambito delle scienze sociali<sup>16</sup>. A ciò si aggiunga il rischio «che la formale presenza degli indicatori richiesti ammantati di oggettività scientifica teorie intrinsecamente legate all'impostazione valoriale, politica e culturale di chi le ha prodotte»<sup>17</sup>. Per questo alcuni giudici federali hanno introdotto aspetti procedurali volti a garantire la neutralità delle posizioni scientifiche come, per esempio, la nomina di esperti esterni alle parti o addirittura la nomina di un *neutral science panel* che riunisce diversi esperti di varie discipline che possano concorrere a fornire un dato quanto più neutro possibile. Quel che è certo è che anche con la proceduralizzazione del dato scientifico, come ha affermato il giudice Breyer, ultimamente, «a judge is not a scientist, and a courtroom is not a

<sup>10</sup> *Missouri v. Galin E. Frye*, 566 U.S. 134 (2012).

<sup>11</sup> *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993).

<sup>12</sup> *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993).

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

<sup>14</sup> G. RAGONE, *Eine Empirische Wende? La Corte Costituzionale E Le Sfide Della Complessità Tecnico-Scientifica*, Torino, 2020,

<sup>15</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 17.9.2010 (dep. 13.12.2010), n. 43786.

<sup>16</sup> G. RAGONE, *Eine Empirische Wende?* (cit.), 21.

<sup>17</sup> *Ivi*, 184.

scientific laboratory. But the law must seek decision that fall within the boundaries of scientifically sound knowledge»<sup>18</sup>.

Questo aspetto, ovverosia la ricerca dei contorni di una conoscenza che abbia un fondamento scientifico e che definisce il perimetro entro cui il giudice dovrebbe muoversi, ci porta ad affrontare il secondo aspetto paradigmatico del modello americano, di cui già si è fatta menzione: il ruolo dell'istituto dell'*amicus curiae* laddove lo stesso sia portatore di conoscenze scientifiche che entrano nel contraddittorio dinnanzi alla Corte suprema.

Il rapporto tra *amicus briefs* e dato scientifico appare sin da subito problematico proprio per l'assenza di un "filtro" alla presentazione delle allegazioni amicali che contengono informazioni e dati talvolta in netto contrasto, che vengono utilizzati dai giudici in modo del tutto discrezionale, a seconda anche della posizione che essi intendono sostenere.

A questo profilo di criticità si aggiunga il fatto che nel tempo la natura stessa degli *amici curiae* si è trasformata: da amici della Corte, oggi sarebbe più appropriato parlare di amici delle parti. Si tratterebbe non più di interventi volti ad affermare un fine superiore di giustizia, come alle origini dell'istituto, ma strumenti volti ad influenzare l'esito del processo e l'argomentazione della corte, e pertanto aventi natura precipuamente "politica"<sup>19</sup>.

Anche laddove gli *amici curiae* non riescano a influenzare l'esito del caso, essi introducono nell'alveo del processo decisionale della Corte dati, argomenti che possono essere utilizzati, anche per la costruzione di opinioni dissenzienti. A questo proposito si evidenzia una correlazione tra la crescita delle *dissenting opinions* e l'intervento sempre più massiccio di *amici curiae* che arrivano anche ad essere, nei casi più controversi (*Obergefell*<sup>20</sup> e *Dobbs*<sup>21</sup>) dell'ordine di centinaia.

Non è chi non veda, allora, come non sia possibile applicare gli standard del *Frye* o del *Daubert test* alle tesi presentate negli *amicus briefs*. Come rileva Ragone, infatti, in quest'ultimo caso, non si tratta «di decidere se una specifica testimonianza scientifica possa essere ammessa, bensì di vagliare numerose opinioni, espresse da soggetti che – sebbene non parti – sono spesso partigiani»<sup>22</sup>, ovverosia offrono elementi e dati volti, deliberatamente, ad orientare la Corte a pronunciarsi favore o contro una delle parti. Anche per questo, in seno alla Corte vi è spesso disaccordo tra i giudici stessi su quali *briefs* considerare e su quale peso dare alle argomentazioni addotte dagli stessi.

Al *bias* nella selezione si devono aggiungere almeno altri due aspetti problematici, proprio del processo di natura costituzionale.

Il peso del dato scientifico nel processo costituzionale si pone spesso in tensione con la sfera di discrezionalità politica di cui gode – soprattutto in ambiti di *policy* controverse – il legislatore.

<sup>18</sup> S. BREYER, *Science in the Courtroom*, in *Issues in Science and Technology*, 16, 4, 2000.

<sup>19</sup> Cfr. S. BANNER, *The Myth of the Neutral Amicus: American Courts and Their Friends, 1790-1890*, in *Constitutional Commentary*, 20, 2003, 111-130 e S. KRISLOV, *The Amicus Curiae Brief: from Friendship to Advocacy*, in *Yale Law Journal*, 72, 4, 1963, 694-721.

<sup>20</sup> *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

<sup>21</sup> *Dobbs v. Jackson*, cit.

<sup>22</sup> G. RAGONE, *Eine Empirische Wende?*, cit., 197.

Questo aspetto è oggi al centro dei casi di *climate change litigation*<sup>23</sup> a livello globale ed è emerso negli Stati Uniti chiaramente nel caso *West Virginia v. Environmental Protection Agency*<sup>24</sup> avente ad oggetto il potere dell'*Environmental Protection Agency* di stabilire tetti massimi alle emissioni alla luce del *Clean Air Act*. Nel caso, particolarmente controverso, la Corte Suprema ha affermato che il cosiddetto approccio del “passaggio generazionale” rappresenta una “*major question*”<sup>25</sup> di straordinaria rilevanza economica e politica e pertanto un’agenzia amministrativa non ha il potere di prendere decisioni su tali questioni – anche alla luce di dati scientifici – a meno che il Congresso non le conferisca chiaramente tale autorità.

Un secondo profilo che viene in rilievo, evidenziato in particolare dalla sentenza *Moore v. Texas*<sup>26</sup>, riguarda l’utilizzo del dato scientifico laddove in gioco vi sia la tutela dei diritti fondamentali. In tale caso, la Corte Suprema degli Stati Uniti è stata chiamata a risolvere la questione se l’uso di *standard* medici ormai superati in materia di disabilità intellettiva per determinare se una persona è esente dalla pena di morte violasse o meno il divieto dell’Ottavo Emendamento contro punizioni crudeli e degradanti, nonché il precedente della Corte in *Atkins v. Virginia*<sup>27</sup>. La maggioranza della Corte ha dato risposta affermativa, ha annullato la sentenza della Corte d’Appello penale del Texas e ha rinviato il caso alla stessa per ulteriori procedimenti.

La *dissenting opinion* del Giudice Roberts mette in luce che la definizione costituzionale di «cruel and unusual rests on a judicial judgment about societal standards of decency, not a medical assessment of clinical practice»<sup>28</sup>. In altri termini, l’obiezione non è che il dato scientifico non fosse corretto, ma che, considerato al di fuori del particolare contesto costituzionale, quel dato fosse semplicemente irrilevante. La domanda potrebbe essere riformulata in questi termini: quale peso dare al dato scientifico e quale peso dare al precedente, al contesto costituzionale e legislativo?

Il presente contributo intende mettere in luce queste molteplici tensioni del rapporto tra scienza e Corte Suprema attraverso l’analisi del filone giurisprudenziale in materia di regolamentazione dell’aborto, nella convinzione che alcune linee di tendenza di tale giurisprudenza possano essere estese anche ad altri ambiti di intersezione tra scienza e diritto.

## 2. La regolamentazione dell’aborto: quale ruolo per il dato scientifico?

La giurisprudenza in tema di aborto è particolarmente interessante ed emblematica rispetto ai profili sin qui sollevati, a partire dalla sentenza *Roe v. Wade* fino a *Dobbs* e sicuramente alla luce del *post-Dobbs*, con l’attesissima sentenza in merito all’utilizzo della pillola abortiva e dei suoi effetti sulla salute della donna.

<sup>23</sup> J. NEDEVSKA, *An Attack on the Separation of Powers? Strategic Climate Litigation in the Eyes of U.S. Judges*, in *Sustainability*, 13, 5, 2021.

<sup>24</sup> 597 U.S. 697 (2022).

<sup>25</sup> Si veda tra i tanti, S.B. JOYCE, *Testing the Major Questions Doctrine*, in *Stanford Environmental Law Journal*, 43, 1, 2024, 50-94.

<sup>26</sup> *Moore v. Texas*, 581 U.S. \_\_\_\_ (2017)

<sup>27</sup> 536 U.S. 304 (2002).

<sup>28</sup> *Moore v. Texas*, ROBERTS, CJ, *dissenting*, 9 (slip op.).

Non è ovviamente possibile ripercorrere le molteplici sfumature che hanno attraversato la giurisprudenza dalla Corte Supreme in tema di aborto. Vorrei riflettere in particolare su due concetti che costituiscono il perno sul quale si è sviluppata la giurisprudenza della Corte Suprema. Il concetto di *viability* e il concetto di *undue burden*.

Essi sono concetti che mostrano due diverse possibili interazioni tra scienza e diritto: la *viability* è un concetto scientifico che viene assunto dalla Corte per delimitare la discrezionalità legislativa volta a introdurre limiti alla decisione abortiva; l'*undue burden* al contrario è un concetto giuridico che, soprattutto nella giurisprudenza più recente la Corte riempie di contenuto scientifico.

### 2.1. La *viability*: un concetto scientifico mutevole

Rispetto al tema della *viability*, è ormai opinione condivisa che la distinzione introdotta da *Roe* tra aborti prima e dopo la *viability* sia piuttosto problematica. Quale è il fondamento di tale distinzione e perché *Roe* lo considera come il *discrimen* in cui può sorgere un interesse dello stato a protezione della vita in potenza? Si tratta, come per altro rileva la Corte tanto in *Casey*<sup>29</sup> quanto in *Dobbs*, di una scelta tanto più discutibile anche alla luce del fatto che il concetto stesso di *viability* è variabile, soggetto all'influenza di diversi fattori esogeni rispetto alle caratteristiche del feto, come per esempio l'avanzamento delle tecniche di cura neonatale e la qualità delle infrastrutture mediche, cosicché la *viability* potrebbe variare in base al luogo in cui una donna si trovi ad essere assistita. Inoltre, anche dal punto soggettivo, la determinazione della *viability* dipende da un insieme di fattori quali l'età gestazionale, il peso del feto e la condizione di salute generale della madre e non sarebbe dunque possibile una sua fissazione generale a priori. E ancora, afferma la Corte, «even if each fetus's probability of survival could be ascertained with certainty [...] is a fetus viable with a 10 percent chance of survival? 25 percent? 50 percent? Can such a judgment be made by the State?»<sup>30</sup>.

È piuttosto significativo analizzare i contributi degli *amici curiae* – più di 140 in *Dobbs* – rispetto al tema della *viability*. Due associazioni mediche di orientamento conservatore – l'*American College of Pediatricians* e l'*Association of American Physicians & Surgeons*<sup>31</sup> – affermano che la regola della *viability* si basa su informazioni mediche errate e incomplete sullo sviluppo prenatale: oggi, ciò che sappiamo sul rapido sviluppo del nascituro è cambiato rispetto al passato e a maggior ragione dovrebbe cambiare anche la giurisprudenza della Corte a tutela del feto, affermano entrambe le associazioni. Al contrario, la *Society for Maternal-Fetal Medicine* e altri gruppi sostengono che la scienza e la medicina sono ormai concordi sul fatto che è impossibile per un feto provare dolore prima delle 24 settimane di gravidanza perché le strutture corticali e del midollo spinale non si sono sviluppate in quella fase della gestazione. Respingono, adducendo i dati scientifici in loro possesso, le argomentazioni dei sostenitori della legislazione del Mississippi secondo cui prevenire il dolore fetale sia una valida motivazione per estendere il divieto di aborto oltre la quindicesima settimana.

La debolezza del termine della *viability*, del resto, era già stata ammessa da *Casey*, laddove, pur senza giungere al superamento di *Roe*, la Corte Suprema aveva manifestato una nuova sensibilità,

<sup>29</sup> *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

<sup>30</sup> *Dobbs v. Jackson*, cit., 53 (slip op.).

<sup>31</sup> *Brief For The American College Of Pediatricians And The Association Of American Physicians & Surgeons As Amici Curiae In Support Of Petitioners*.

consapevole di muoversi nell'ambito di una problematica non risolvibile meramente in termini di diritti "negativi", sottratti cioè all'interferenza del potere pubblico, ma solo attraverso la costante interazione tra diritti individuali, scienza medica e coscienza sociale. In questo contesto, come noto, la corte introduce un nuovo test per verificare la legittimità di una legge statale in materia d'aborto: l'*undue burden test*, anch'esso per altro profondamente rivisitato nella successiva giurisprudenza. Alla luce di tale standard, occorre verificare se una norma statale in materia di aborto abbia lo scopo o l'effetto di imporre un "*undue burden*", che è definito come un ostacolo sostanziale all'esercizio della volontà della donna di abortire, prima che il feto abbia raggiunto la c.d. *viability*, cioè sia capace di vita autonoma al di fuori del ventre materno<sup>32</sup>.

*Casey* non solo rappresenta, dunque, un *turning point* fondamentale nella giurisprudenza di merito in tema di aborto: essa offre anche interessanti spunti circa la concezione del ruolo del potere giudiziario rispetto a questioni socialmente divisive, che chiamano in gioco anche competenze medico-scientifiche.

Rispetto a quest'ultimo aspetto, a differenza di quanto fatto in *Roe*, la Corte fa leva sull'evoluzione delle conoscenze in campo medico al fine di giustificare i limiti posti alla libertà di abortire. In riferimento al concetto della *viability*, per esempio, in *Casey* la Corte è consapevole di maneggiare un concetto mutevole (una *shifting line*, è stata definita)<sup>33</sup>, alla luce del progresso della neonatologia: se al tempo di *Roe* la *viability* era fissata intorno alla ventottesima settimana, nel 1992 il termine era sceso alla ventitreesima settimana, grazie alla capacità medica di accudire e far sopravvivere feti nati prematuri<sup>34</sup>.

Come è stato osservato, «the Court saw shifting viability as an outcome of advances in medical practice. The Court therefore deferred fully to medical evidence and expertise on the question of viability, insulating itself from scrutiny on this question»<sup>35</sup>.

Anche l'impatto dell'aborto sulla salute psichica della donna è oggetto di attenzione in *Casey* che anzi, costituisce un «pivotal moment in the Court's treatment of abortion and psychological harm»<sup>36</sup>. Se in *Roe* l'aspetto della salute psichica della donna non era estraneo al *legal reasoning* della Corte, esso veniva però in rilievo per un profilo opposto rispetto a quello trattato in *Casey*: in *Roe*, infatti, era la gravidanza indesiderata che poteva arrecare un danno alla salute mentale della donna; in *Casey*, invece è l'aborto stesso suscettibile di tale effetto, in particolare laddove la donna non sia adeguatamente informata: «It cannot be questioned that psychological wellbeing is a facet of health. Nor can it be doubted that most women considering an abortion would deem the impact on the fetus relevant, if not dispositive, to the decision. In attempting to ensure that a woman apprehend the full consequences of her decision, the State furthers the legitimate purpose of reducing the risk that a woman

<sup>32</sup> Come sottolinea R. SIEGEL, *The Constitutionalization of Abortion*, in R.J. COOK, J.N. ERDMAN, B.M. DICKENS (a cura di), *Abortion law in transnational perspective: cases and controversies*, Philadelphia, 2014, 25, «Casey's undue burden framework allowed government to deter abortion, but only by means that inform, rather than block, a woman's choice about whether to end a pregnancy».

<sup>33</sup> A. AHMED, *Medical Evidence and Expertise in Abortion Jurisprudence*, in *American Journal of Law & Medicine*, 41, 2015, 96.

<sup>34</sup> *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, cit., 860.

<sup>35</sup> A. AHMED, *Medical Evidence and Expertise in Abortion Jurisprudence*, cit., 96.

<sup>36</sup> *Ibidem*, 97.

may elect an abortion, only to discover later, with devastating psychological consequences, that her decision was not fully informed»<sup>37</sup>.

Come si vede, in *Casey* la Corte rovescia l'argomentazione di *Roe*, tanto da ammettere come costituzionalmente legittime regolamentazioni che pongono in capo al medico l'obbligo di informare la donna circa «the nature of the procedure and the risks and alternatives that a reasonable patient would find material; (ii) the fetus'probable gestational age; and (iii) the medical risks involved in carrying her pregnancy to term». A ciò si aggiunge che un medico o un consulente debba informare la donna sul fatto che «the state health department publishes free materials describing the fetus at different stages and listing abortion alternatives; (ii) medical assistance benefits may be available for prenatal, childbirth, and neonatal care; and (iii) the child's father is liable for child support»<sup>38</sup>.

Autorevole dottrina ha rilevato che tale formulazione del consenso informato «deviates, in some degree, from the ordinary informed consent dialogue designed to facilitate the patient's aims»<sup>39</sup>, mirando non tanto a fornire un'analisi costi-benefici connessi all'operazione, quanto a comunicare «community's values with the aim of influencing a woman's abortion decision»<sup>40</sup>.

## 2.2. L' *undue burden test* tra *ratio* del legislatore ed evidenze scientifiche

L'*undue burden test*, a partire da *Casey*, è il parametro di riferimento utilizzato tanto dei giudici che hanno dichiarato l'incostituzionalità delle restrizioni di legge previste, quanto da quelli che ne hanno dichiarato la conformità a Costituzione, a dimostrazione dell'incertezza interpretativa che circonda il concetto e la sua applicazione. Tuttavia, come osservano Greenhouse e Siegel, «this is not as surprising as it might at first seem. *Casey* was crafted by moderates responding to concerns raised both by those who wanted to overturn *Roe v. Wade*, and those who wanted to preserve constitutional protections for the abortion right»<sup>41</sup>. È proprio in questo carattere ultimamente compromissorio di *Casey*, che va dunque rintracciata l'ambiguità sottesa al concetto di *undue burden*. Ambiguità che viene tuttavia sciolta proprio dalla Corte Suprema in *Whole Woman's Health*<sup>42</sup>, la quale si discosta nettamente da un'interpretazione dell'*undue burden* volta meramente ad accertare la *ratio* della scelta legislativa – esercitata nell'ambito della discrezionalità del legislatore – giungendo ad indentificare «real limits on state efforts to restrict women's access to abortion» e ancor di più indicando ai giudici «how to apply the *Casey* framework in evaluating the benefits and burdens of restrictions on abortion»<sup>43</sup>.

Il ragionamento della Corte è centrato, ancora una volta, sulla verifica dell'*undue burden* standard, ovvero sulla verifica che una legge, che pure persegue «a legitimate state interest», non abbia al

<sup>37</sup> *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, cit., 882.

<sup>38</sup> *Ivi*, 967.

<sup>39</sup> R. SIEGEL, *Dignity and the Politics of Protection: Abortion Restrictions Under Casey/Carhart*, in *Yale Law Journal*, 117, 2008, 1757.

<sup>40</sup> *Ivi*, 1758.

<sup>41</sup> L. GREENHOUSE, R. SIEGEL, *Casey and the Clinic Closing: When "protecting health" obstructs choice*, in *Yale Law Journal*, 125, 2016, 1431.

<sup>42</sup> *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. 582 (2016).

<sup>43</sup> L. GREENHOUSE, R. SIEGEL, *The Difference a Whole Woman Makes: Protection for the Abortion Rights after Whole Woman's Health*, in *Yale Law Journal Forum*, 126, 2016, 150.

contempo «the effect of placing a substantial obstacle in the path of a woman's choice»<sup>44</sup>. Tuttavia a differenza della Corte d'Appello e del Quinto Circuito – che avevano adottato un approccio “*rational basis*” – valutando cioè la *ratio* sottesa alle restrizioni di legge che afferma un principio vitale dell'autogoverno democratico<sup>45</sup> – la Corte Suprema si muove sul terreno delle evidenze fattuali, che la portano a ponderare – attraverso l'analisi di dati concreti, di prove scientifiche, di valutazioni circa l'impatto reale sulla vita delle donne – il rapporto “costi-benefici”<sup>46</sup> delle restrizioni introdotte dal legislatore.

Afferma, infatti, il giudice Breyer che la regola enunciata in *Casey* «requires that Courts consider the burdens a law imposes on abortion access together with the benefits those laws confer» e che «the Court, when determining the constitutionality of laws regulating abortion procedures, has placed considerable weight upon evidence and argument presented in judicial proceedings»<sup>47</sup>.

In definitiva, la Corte Suprema introduce una nuova interpretazione dell'*undue burden* test, che potremmo definire “*evidence based*”, in quanto la legittimità della scelta discrezionale del legislatore viene valutata alla luce dei dati scientifici e delle conseguenze fattuali della scelta stessa, diventando dunque la «razionalità scientifica presupposto di legittimazione di una legge»<sup>48</sup>.

Rispetto al requisito degli *admitting privileges*, in particolare, la Corte Suprema, riportando una serie di “*evidences*”, giunge a conclusione che la legge in questione non sia giustificata alla luce dei benefici in favore della salute della donna, ponendo al contrario «a substantial obstacle in the path of a woman's choice»<sup>49</sup>.

Tra le “*evidences*” addotte dalla Corte vi sono studi scientifici che mostrerebbero la frequenza del tutto irrisoria di complicanze relative all'aborto nei primi tre e sei mesi di gravidanza (rispettivamente lo 0,15% e lo 0,50% di complicanze) e testimonianze di esperti secondo i quali l'eventualità della necessità di ricorrere a strutture ospedaliere a seguito di un aborto sarebbe remota e quasi mai necessaria per la tutela della salute della donna.

A ciò si aggiunga l'effetto della previsione di legge censurata, ovvero la chiusura di metà delle cliniche praticanti aborti in Texas. Tale riduzione del numero delle strutture, afferma la Corte «meant fewer doctors, longer waiting times and increased crowding»<sup>50</sup>, oltre che un aumento della distanza per molte pazienti dalla clinica ed esse più vicina.

<sup>44</sup> *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, cit., 19 (slip op.).

<sup>45</sup> *Planned Parenthood of Greater Tex. Surgical Health Servs. v. Abbott*, 769 F.3d 330 (5th Cir. 2014).

<sup>46</sup> K.C. WALSH, *The constitutional law of abortion after Whole Woman's Health – What comes next?*, in [Scolusblog.com](http://Scolusblog.com), 28 giugno 2016. L'Autore afferma, criticamente, che «what may appear on the surface of judicial opinions to be a cost-benefit analysis is likely to reflect either (1) decisions on other grounds (as often happens in dormant Commerce Clause analysis of non-discriminatory state legislation under *Pike v. Bruce Church*), or (2) judicial selectivity about which facts matter and why (as often happens in the effects prong of Establishment Clause analysis under *Lemon v. Kurtzman*)».

<sup>47</sup> *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, cit., 20 (slip op.).

<sup>48</sup> Si veda A. D'ALOIA, *Giudice e Legge nelle dinamiche del biodiritto*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2016, 113 e A. SPADARO, *Sulle tre forme di legittimazione (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato Costituzionale contemporaneo*, in A. D'ALOIA, (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005, 569 ss.

<sup>49</sup> *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, cit., 24.

<sup>50</sup> *Ivi*, 26.

In particolare, sebbene, quest'ultimo aspetto, per esplicita ammissione della Corte, non necessariamente costituisce un *undue burden*<sup>51</sup>, nel caso in esame viene ad aggiungersi ad altri ostacoli che, considerati cumulativamente e alla luce dell'assenza di un reale beneficio per la salute delle donne, configurano senza ombra di dubbio un *undue burden*. Degno di rilievo è che la Corte nel caso in esame non solo valuta la concreta possibilità dell'accesso all'aborto (*an*), ma anche la sua realizzazione qualitativa (*quomodo*), ponendo particolare attenzione alle condizioni in cui le donne possono portare a termine la loro scelta.

Come si può intuire, siamo di fronte ad una nuova interpretazione del concetto di *undue burden*, non più incentrato sulla *ratio* della disposizione di legge, ma sull'analisi costi-benefici della stessa, anche alla luce del dato scientifico. E quest'ultimo, anche quando incerto e dibattuto, sembra avere la meglio anche sulla discrezionalità legislativa: «the statement that legislatures, and not Courts, must resolve questions of medical uncertainty is also inconsistent with this Court's case law. Instead the Court, when determining the constitutionality of laws regulating abortion procedures, has placed considerable weight upon evidence and argument presented in judicial proceedings»<sup>52</sup>.

Nella sua *dissenting opinion*, il giudice Thomas rileva criticamente questa svolta della Corte rispetto al *framework* elaborato in *Casey*, affermando che «the majority's undue-burden test looks far less like our post-Casey precedents and far more like the strict-scrutiny standard that Casey rejected, under which only the most compelling rationales justified restrictions on abortion»<sup>53</sup>.

Condivisa o meno la presa di posizione della Corte, essa rappresenta una svolta importante nella giurisprudenza in tema di *abortion rights* della stessa, suscettibile di applicazione non solo rispetto ad altre leggi statali emanate alla luce della tutela della salute della donna, ma anche rispetto a normative restrittive dell'aborto in nome della protezione della vita prenatale.

Autorevole dottrina ha rilevato che l'approccio *evidence-based* adottato dalla Corte e il contestuale rifiuto del *rational basis scrutiny* fornisce, in definitiva, ai giudici gli strumenti per applicare l'*undue burden* test – come ridefinito dalla Corte stessa – a tutte le leggi suscettibili di imporre restrizioni alla scelta abortiva, non solo in nome della tutela della salute della donna ma anche della protezione della vita prenatale<sup>54</sup>. Come osservano Greenhouse e Siegel, «evidence based balancing of this kind should also guide courts in evaluating fetal-protective abortion restrictions that rest on the contested factual claims – for example, claims that abortion before viability inflicts fetal pain»<sup>55</sup>.

Altra parte della dottrina ha, invece, messo in evidenza le carenze di un simile approccio, «which inescapably – even if only implicitly – requires the valuation and commensuration of incommensurable objects. Take, for example, a law that bans abortions after twenty weeks gestational age. Hard to deny

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> *Ivi*, 20.

<sup>53</sup> *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, THOMAS, J, *dissenting*, 10.

<sup>54</sup> M. ZIEGLER, *The Court once again makes the "undue-burden" test a referendum on the facts*, in [Scotusblog.com](http://Scotusblog.com), 27 Giugno 2016. L'A. afferma che «this decision is important because of what it says about how the Court should approach any abortion restriction, not just the ones analyzed by the Justices today. Breyer's opinion offers a few clues about how courts should apply the "undue burden" test going forward. First, courts have to consider not only whether a law eliminates access but also whether a regulation benefits anyone».

<sup>55</sup> L. GREENHOUSE, R. SIEGEL, *The Difference a Whole Woman Makes: Protection for the Abortion Rights after Whole Woman's Health*, cit., 161.



that the twenty-plus-week-old human fetus is a human baby... What does, or will, our law say about the costs and benefits of a law that protects these babies, or of a constitutional regime that disables meaningful legal protection for them?»<sup>56</sup>.

Proprio queste incertezze interpretative sono alla base di una delle giustificazioni addotte in *Dobbs* per sostenere la necessità dell'*overruling*. Ebbene, sul punto la Corte argomenta che il test dell'*undue burden*, come del resto testimoniano le divergenze interpretative più recenti, anche nelle Corti distrettuali «has proved to be unworkable» e come tale la sua applicazione «would undermine, not advance the evenhanded predictable, and consistent development of legal principles»<sup>57</sup>.

Come si vede, i più recenti approdi della giurisprudenza americana in tema di aborto non contribuiscono certo a sciogliere le tensioni tra scienza e diritto, anzi esse amplificano i limite del dato scientifico e segnano la distanza tra decisione politica e decisione “*data driven*”.

In questo contesto la Corte Suprema si affaccia ad un nuovo banco di prova: il caso della pillola abortiva.

### 2.3. Un nuovo banco di prova per il dato scientifico in Corte: il caso *Mifepristone*

Il primo caso nell'era post *Dobbs* che la Corte Suprema si è trovata a decidere riguarda la causa promossa da un gruppo di medici e da alcune organizzazioni di medici avverso la *Food and Drug Administration* (FDA)<sup>58</sup>, in merito alla sicurezza del mifepristone, la sostanza contenuta nelle pillole prescritte per ottenere l'aborto farmacologico.

La FDA aveva già approvato nel 2000 la commercializzazione del mifepristone, ma solo entro la settima settimana di gravidanza e ne aveva ristretto l'uso alla luce di condizioni ben precise: oververosia il medicinale poteva essere prescritto solo da un medico e la paziente, prima di assumere il medicinale doveva sottoporsi a tre visite con il medico prescrivente il medicinale. A questi requisiti si deve aggiungere che i medici erano tenuti a segnalare al produttore del medicinale – che voi avrebbe a sua volta dovuto avvertire la FDA – eventuali eventi avversi verificatisi a seguito dell'assunzione del medicinale, come per esempio emorragie, necessità di ospedalizzazione o altri episodi di acclarata gravità.

Nel 2016, su richiesta del produttore del medicinale e a seguito di una dettagliata istruttoria, la FDA ha allentato le restrizioni circa l'assunzione del mifepristone: esso avrebbe potuto essere assunto entro la decima settimana di gestazione, essere prescritto anche da personale paramedico e assunto a seguito di una sola visita medica in persona (invece che tre come in passato).

A ciò si aggiunga che anche l'obbligo di segnalare eventi avversi veniva circoscritto solo a eventi che avrebbero causato il decesso del paziente.

Infine, nel 2021 la FDA ha ulteriormente allentato i vincoli per l'assunzione del medicinale: in particolare anche alla luce dei mutamenti nella relazione medico-paziente durante l'emergenza pandemica, che avevano visto autorizzare l'assunzione del mifepristone anche senza una visita in presenza, la FDA ha annunciato che non avrebbe più richiesto il requisito della visita in persona.

Tanto la decisione del 2000, quanto le successive aperture del 2016 e del 2021 vengono contestate dai ricorrenti – quattro associazioni di medici di orientamento *pro-life* e alcuni medici – in quanto, avendo

<sup>56</sup> K. WALSH, *The constitutional law of abortion after Whole Woman's Health – What comes next?*, cit.

<sup>57</sup> *Dobbs v. Jackson*, cit.

<sup>58</sup> *Alliance for Hippocratic Medicine v. U.S. Food and Drug Administration*, 602 U.S. \_\_\_\_ (2024).

reso progressivamente più facile l'accesso al mifepristone, metterebbero a rischio la salute delle pazienti, causando complicazioni che richiederebbero ai medici, anche laddove obiettori, di intervenire nelle procedure abortive in casi d'emergenza. Proprio in virtù degli effetti del mifepristone, i ricorrenti ritengono inoltre di essere legittimati ad intentare la causa perché sarebbero danneggiati dal carico di lavoro aggiuntivo quando i sistemi sanitari saranno "sopraffatti" dalle emergenze causate dagli aborti con il farmaco alla luce di alcuni dati che vedono una correlazione tra accessi al pronto soccorso per complicanze in caso di aborto e l'utilizzo della sostanza in oggetto.

Nell'agosto 2023, la Corte d'Appello del Quinto Circuito, ha ritenuto che le determinazioni normative della FDA del 2016 e del 2021 che avevano facilitato l'accesso al mifepristone dovessero essere annullate, perché il processo decisionale seguito in seno all'agenzia presentava alcune lacune dal punto di vista scientifico. In particolare, i ricorrenti contestavano il *modus operandi* della FDA che non avrebbe condotto un'indagine completa – ed anzi si sarebbe mossa in via arbitraria - in merito agli affetti avversi del mifepristone.

La Corte Suprema è stata dunque investita del caso e si è pronunciata il 13 giugno 2024.

Due sono le questioni sottoposte alla Corte: la prima, preliminare, riguarda proprio lo *standing* dei ricorrenti e la loro legittimità da agire; la seconda riguarda nel merito la legittimità della decisione della FDA di approvare il prodotto e allargare le maglie della sua somministrazione.

La decisione, la prima dopo *Dobbs*, era molto attesa, anche perché essa si colloca al crocevia tra due filoni giurisprudenziali piuttosto problematici della recente giurisprudenza della Corte: da un lato, ovviamente, si inserisce nel filone relativo al contenzioso in tema di interruzione volontaria di gravidanza, terreno quanto mai insidioso dopo la rivoluzionaria (o contro-rivoluzionaria) sentenza *Dobbs*; dall'altro attiene anche alla delicata questione circa il rapporto tra giurisdizione e discrezionalità politica/amministrativa, questione recentemente rinvigorita dalla sentenza *West Virginia v. EPA* e oggi dal caso in esame avente ad oggetto le determinazioni di un'altra agenzia, la FDA.

Nel caso in esame, tuttavia la Corte non entra nel merito dell'estensione dei poteri della FDA, arrestandosi alla questione preliminare circa lo *standing* dei ricorrenti. La Corte afferma che i ricorrenti sono privi dello *standing* in quanto essi non hanno subito alcuno tipo di pregiudizio rispetto al fatto rilevante (ovvero la ridefinizione degli standard circa la prescrizione e assunzione del mifepristone). Si tratta, infatti, di medici anti-abortisti che non prescrivono il medicinale e dunque non possono di avere un "personal stake" rispetto alla controversia in esame. Siamo di fronte, come ci ricorda la Corte stessa, ad un principio iscritto nel III articolo della Costituzione, a tutela della separazione dei poteri, al fine di evitare che le «federal courts operate as an open forum for citizens to press general complaints about the way in which government goes about its business»<sup>59</sup>.

Per ora, dunque, la Corte ha evitato di addentrarsi nel terreno della determinazione della legittimità o meno delle decisioni della FDA, ma la *litigation* in tema di aborto continuerà ad essere senza dubbio un ambito privilegiato di intervento della Corte, chiamata sempre di più a confrontarsi e a pronunciarsi «sui processi di costruzione di nuovi assetti sociali e politici riguardanti la scienza e la tecnologia»<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> *Alliance for Hippocratic Medicine v. U.S. Food and Drug Administration*, 602 U.S. \_\_\_\_ (2024).

<sup>60</sup> S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici*, Giuffrè, 2001, 357.

### 3. Riflessioni conclusive

Il rapporto tra dato scientifico e decisione giurisprudenziale è uno dei profili più affascinanti, soprattutto oggi, con l'avanzamento delle conoscenze scientifiche, capaci di stravolgere, in pochi anni antiche convinzioni. Si tratta di una tensione che sperimentano, sebbene in modalità diverse, tutti gli ordinamenti contemporanei.

Ed anzi, come afferma Sheila Jasanoff, «il diritto gioca un ruolo fondamentale nel processo di costruzione degli adattamenti tra i prodotti della tecnologia ed il contesto sociale. I progressi nel campo della tecnologia comportano inevitabilmente un riaggiustamento dei comportamenti umani, delle istituzioni e delle loro relazioni. Essi rendono possibili nuovi modi di condotta e, a volte, ne precludono altri, mettendo in discussione nozioni di significato fondamentale per il diritto, come quello di azione umana (*agency*), rapporti di causalità, diritti, responsabilità, colpa<sup>61</sup>».

Dove fissare il confine tra decisione politica e decisione tecnico-scientifica? Ha la politica ancora margine di espressione laddove vi sia un dato scientifico condiviso e vagliato che restringe le possibilità di esercizio del potere in maniera discrezionale da parte del decisore pubblico? A quale scienza la Corte deve rivolgersi?

Queste domande rimangono, non solo nel contesto americano, per lo più insolute: la peculiare prospettiva che qui si è offerta, sebbene limitata, dimostra chiaramente la precaria relazione su cui poggia il rapporto tra scienza e diritto, tra conoscenza scientifica e valutazioni di natura giuridica. Come il diritto deve comportarsi rispetto a decisioni che implicano la considerazione di dati scientifici? Si può far riferimento ai risultati della “scienza ufficiale” o in alternativa, a quelli di quale scienza?

Dall'analisi del caso dell'aborto emerge chiaramente quanto già la Jasanoff aveva rilevato: «le affermazioni scientifiche [...] sono in larga misura discutibili, dipendono dalle circostanze e dal contesto locale, e sono cariche di preconcetti nascosti, relativi all'ambiente sociale in cui sono realizzate. Le istituzioni giuridiche danno forma alle affermazioni scientifiche legalmente rilevanti sotto molti profili, a partire dalla definizione degli *standard* che determinano ciò che si deve considerare come scienza valida ai fini del diritto<sup>62</sup>». In altri termini, nell'utilizzo del dato scientifico da parte delle corti «le idee di verità e giustizia vengono elaborate insieme, e si influenzano reciprocamente<sup>63</sup>».

Se questa prospettiva ci aiuta a definire un terreno proficuo di scambio tra scienza e diritto, non possiamo però omettere che tale rapporto rimane caratterizzato da una intrinseca complessità, che limita il ruolo del giudice allorché si trova a decidere controversie che implicano valutazioni anche di natura scientifica, soprattutto laddove entrino in gioco diritti fondamentali<sup>64</sup>. Tale complessità riecheggia, mirabilmente, in una *concurring opinion* del giudice Scalia nel caso *Myriad Genetics*: «I join the judgment of the court and all of its opinion except for those sections describing fine details of

---

<sup>61</sup> *Ibidem*, 7.

<sup>62</sup> *Ibidem*, 5.

<sup>63</sup> *Ibidem*, 5.

<sup>64</sup> Cfr. S. PENASA, *Some Patterns for “Scientific Adjudication”: The Role of Courts in Reconciling Axiological Pluralism and Scientific Complexity*, in L. BUSATTA, C. CASONATO (a cura di), *Axiological Pluralism. Jurisdiction, Law-Making and Pluralisms*, Cham, 2021, 34-54.

molecular biology. I am unable to affirm those details on my own knowledge or even on my own belief»<sup>65</sup>.

---

<sup>65</sup> *Assoc. for Molecular Pathology v. Myriad Genetics, Inc.*, 569 U.S. 576 (2013), 596.



## Giudicare l'incertezza: il caso della Corte di Giustizia dell'Unione Europea

Giada Ragone\*

JUDGING UNCERTAINTY: THE CASE OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

ABSTRACT: The contribution aims to analyze the jurisprudence of the CJEU in the scientific-technical field. The thesis put forward is that the CJEU usually does not seek elements or data on its own to assess the merits of the scientific opinion challenged, preferring to operate an external review of the legitimacy of the contested act that is based on that opinion, aimed at excluding that there has been excess of power on the part of those who adopted it. And yet, it is also shown how in the jurisprudence of Luxembourg there is nevertheless a "scientific" protagonism when it is necessary to offer interpretation to dubious concepts.

KEYWORDS: Courts and science; CJEU; judicial review; experts; scientific advisory

ABSTRACT: Il contributo propone un'analisi della giurisprudenza della CGUE in ambito tecnico-scientifico, dalla quale emerge come questa Corte non sia solita cercare autonomamente elementi o dati per valutare la fondatezza delle valutazioni scientifiche di caso in caso contestate, preferendo operare un controllo esterno sulla legittimità dell'atto che si fonda sulle valutazioni in questione, volto ad escludere che vi sia stato un eccesso di potere da parte di chi lo ha adottato. Non mancano, tuttavia, ipotesi in cui anche questa Corte riveste un certo "protagonismo scientifico", spingendosi ad offrire proprie interpretazioni di concetti dubbi e controversi (come nel caso della nozione di embrione o di organismo geneticamente modificato).

PAROLE CHIAVE: Corti e scienza; CGUE; controllo giudiziario; valutazioni tecniche; consulenza scientifica

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il tendenziale *self-restraint* della Corte di giustizia dell'Unione Europea dinanzi a questioni tecnico-scientifiche – 2.1. La preferenza per un sindacato sulle procedure anziché sul merito delle questioni scientifiche – 2.2. La valorizzazione delle competenze proprie degli *scientific advisors* europei e il ruolo delle commissioni di ricorso delle agenzie UE – 2.3. Il ricorso al principio di precauzione – 3. Il maggiore protagonismo "scientifico" della Corte quando occorre offrire interpretazione a concetti dubbi – 3.1. La Corte e la necessità di definire cosa sia "embrione umano" – 3.2. La definizione di OGM e la sua applicabilità alle nuove tecniche genomiche nella giurisprudenza *Confédération paysanne* – 4. Le opinioni scientifiche a cui si richiama la CGUE. Il mancato ricorso ad istruttorie d'ufficio – 4.1. Il ruolo del giudice del rinvio (per i casi di ricorsi pregiudiziali), delle

---

\* Ricercatrice in Diritto Costituzionale nell'Università degli Studi di Milano. Mail: [giada.ragone@unimi.it](mailto:giada.ragone@unimi.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

parti in giudizio e degli Avvocati Generali – 4.2. La considerazione dei pareri espressi da agenzie e comitati comunitari – 5. Riflessioni conclusive.

## 1. Introduzione

**D**a diversi decenni, ormai, assistiamo ad un incalzante aumento delle questioni di caratura tecnico-scientifica sui banchi delle Alte Corti<sup>1</sup>, anche a motivo dello sviluppo di nuove tecnologie le cui applicazioni hanno risvolti in molteplici branche dell'ordinamento giuridico. A questa tendenza non fa eccezione la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE), in ragione della presenza nel diritto europeo di un elevato numero di regole che poggiano su presupposti o hanno origine nell'ambito delle c.d. scienze dure<sup>2</sup>. Ad ambiti tradizionalmente interessati dalle interazioni tra scienza, innovazione tecnologica e diritto (si pensi in particolare alla regolamentazione dei rischi in materia ambientale, della salute pubblica o alla sicurezza alimentare), si sono affiancate nel tempo norme e disposizioni relative alla *data retention*, ai servizi digitali, all'intelligenza artificiale, al cambiamento climatico e così via.

Capita, quindi, in maniera non solo sporadica che i giudici di Lussemburgo si trovino a dover risolvere questioni giuridiche che presuppongono il confronto con saperi specialistici extra-giuridici e dati scientifici, non di rado caratterizzati da lacunosità o incertezza.

In questi contesti non sembra banale offrire risposta al quesito posto dall'Avvocato Generale Maduro nelle sue conclusioni sul caso *Dutch Vitamin*<sup>3</sup>: «Il controllo esercitato dal giudice comunitario [...] si deve limitare a verificare il corretto svolgimento delle differenti fasi del processo decisionale, o piuttosto dovrà estendersi al giudizio sulla qualità dell'analisi scientifica effettuata, o, ancora, al controllo del margine di discrezionalità appartenente al potere politico in rapporto alla scienza?»<sup>4</sup>.

Nel presente contributo si cercherà di mettere in luce i tratti che più sembrerebbero caratterizzare l'approccio della CGUE a tali problematiche, provando a delineare la dottrina delle relazioni tra scienza e diritto che sembrerebbe emergere dalla giurisprudenza di questa Corte.

## 2. Il tendenziale *self-restraint* della Corte di giustizia dell'Unione Europea dinanzi a questioni tecnico-scientifiche

Sebbene, per le ragioni che si sono accennate, la CGUE sia sovente sollecitata a confrontarsi con concetti e problematiche che afferiscono al mondo delle *hard sciences*, in dottrina si è osservato come emerga dalla sua giurisprudenza un atteggiamento di tendenziale *self-restraint* dinanzi a questioni

<sup>1</sup> Ci si riferisce qui, oltre la Corte di giustizia UE, alle Corti costituzionali nazionali e a corti sovranazionali come la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte interamericana per i diritti umani. Tutte chiamate, *inter alia*, a giudicare della legittimità di misure legislative e atti frutto di discrezionalità politica.

<sup>2</sup> Lo rilevano anche E. BARBIER DE LA SERRE, A. SIBONY, *Expert evidence before the EC courts*, in *Common Market Law Review*, 4, 2008, 941.

<sup>3</sup> Commissione delle Comunità europee c. Regno dei Paesi Bassi (causa C-41/02).

<sup>4</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Poirares Maduro nella causa C-41/02, par. 32, disponibili qui: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62002CC0041>.

tecnico-scientifiche<sup>5</sup>, che si manifesta in diverse declinazioni: la preferenza per un sindacato sulle procedure anziché sul merito delle questioni scientifiche; la valorizzazione del ruolo ricoperto dai vari *scientific advisors* di cui si avvantaggiano i decisori europei; il ricorso al principio di precauzione.

## 2.1. La preferenza per un sindacato sulle procedure anziché sul merito delle questioni scientifiche

Discostandosi dall'archetipo del *iudex peritus peritorum*, la CGUE sembra, quando può, tenersi lontana dal merito dell'adeguatezza scientifica degli atti sui cui è chiamata a pronunciarsi, preferendo condurre valutazioni volte a verificare che le misure e le disposizioni oggetto del suo giudizio siano il frutto di un adeguato esercizio del potere da parte dei soggetti che le hanno adottate e che siano state rispettate idonee garanzie procedurali. Ciò in particolare se l'atto oggetto del suo giudizio è stato adottato da istituzioni comunitarie: è stato, infatti, sottolineato in letteratura che «the Court has been mass less deferential towards member-states measures»<sup>6</sup>.

La tendenza ad una certa deferenza è assai risalente<sup>7</sup> ed è emblematicamente esplicitata<sup>8</sup> nel caso *Pfizer Animal Health*<sup>9</sup>, deciso nel 2002 dal Tribunale, adito perché giudicasse una disposizione di un regolamento vietante l'utilizzo di un certo additivo antibiotico per mangimi per ragioni precauzionali. La misura in questione era basata sulla – contestata – opinione scientifica che l'utilizzo di quell'additivo generasse antibiotico resistenza negli animali e, di conseguenza, negli essere umani che si nutrono di quegli animali.

La sentenza afferma a chiare lettere che: «non spetta al giudice comunitario valutare la fondatezza dell'una o dell'altra posizione scientifica difesa dinanzi ad esso, né sostituire la propria valutazione a quella delle istituzioni comunitarie alle quali tale compito è stato attribuito a titolo esclusivo dal Trattato». Il metodo che appare essere preferito dai giudici di Lussemburgo è quello di non cercare elementi o dati in proprio per valutare la fondatezza dell'opinione scientifica di volta in volta contestata. Quanto piuttosto di operare un sindacato esterno della legittimità dell'atto impugnato che su tale opinione si fonda, volto ad escludere che ci sia stato eccesso di potere da parte di chi lo ha adottato. Ad esempio, nel caso in cui una certa misura sia contestata in relazione ad un possibile impatto negativo sulla salute, si valuta se essa sia stata adottata all'esito di una valutazione della gravità di tale impatto; avendo inquadrato e caratterizzato il rischio; e delegando tale valutazione a esperti scientifici

<sup>5</sup> In particolare F. MUNARI, *Il ruolo della scienza nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di tutela della salute e dell'ambiente*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1, 2017, 131 ss.

<sup>6</sup> E. VOS, *The European Court of Justice in the face of scientific uncertainty and complexity*, in M. DAWSON, B. DE WITTE AND E. MUIR (a cura di), *Judicial activism at the European Court of Justice*, Cheltenham-Northampton, 2013, 143. Similmente P. DABROWSKA-KLOSINSKA, *Eu Courts, Global Risks, and the Health and Environmental Safety Revisited: On Nuances of a Less Deferential Standard of Review*, in *EUI Working Papers RSCAS*, 2013, 63, 3.

<sup>7</sup> Rintracciabile ad esempio nelle sentenze *Consten e Grundig c. Commissione* (13 luglio 1966, cause riunite 56/64 e 58/64); *Balkan-Import Export* (22 gennaio 1976, causa 55/75); *Øhrgaard e Delvaux c. Commissione* (14 luglio 1983, causa 9/82); *Matra c. Commissione* (15 giugno 1993, causa C-225/91); *National Farmer's Union e a* (5 maggio 1998, causa C-157/96).

<sup>8</sup> *Contra*, A. ALEMANNI, *Eu Risk Regulation and Science: The Role of Experts in Decision-making and Judicial Review*, in E. VOS (a cura di), *European Risk Governance – Its Science, its Inclusiveness and its Effectiveness*, Mannheim, 2008, 59 ss. Per l'A. il caso segna invece l'inizio di un approccio meno deferente alle valutazioni scientifiche da parte della CGUE. Cfr. altresì P. DABROWSKA-KLOSINSKA, *op. cit.*, 2.

<sup>9</sup> *Pfizer Animal Health SA v. Consiglio dell'Unione europea* (causa T-13/99).

indipendenti. Se tali garanzie sono rispettate, alla Corte non spetta sovrapporre la propria valutazione a quella dell'autorità che ha assunto quell'atto specifico, a meno che non sia possibile riscontrare una negligenza o un errore manifesto ovvero uno sviamento di potere.

È quanto emerge nitidamente dall'ormai risalente sentenza *Upjohn*<sup>10</sup>, la quale, riferendosi a precedenti ancor più datati, ricorda che:

«risulta dalla giurisprudenza della Corte che un'autorità comunitaria, allorché è chiamata, nell'esercizio delle sue attribuzioni, a compiere valutazioni complesse, dispone per tale motivo di un ampio potere discrezionale il cui esercizio è assoggettato ad un controllo giurisdizionale limitato, il quale non implica che il giudice comunitario sostituisca la sua valutazione degli elementi di fatto a quella della detta autorità. Talché il giudice comunitario si limita, in casi del genere, ad esaminare l'esattezza sostanziale dei fatti e le qualificazioni giuridiche che questa autorità ne ha desunto e, in particolare, se l'operato di quest'ultima non sia inficiato da errore manifesto o sviamento di potere, o se tale autorità non abbia manifestamente oltrepassato i limiti del proprio potere discrezionale».

Ne consegue che sovente in fase di impugnazione di una data disposizione tecnica o basata su dati scientifici ha un rilievo fondamentale la completezza e l'accuratezza dello *scientific assessment* che ne ha accompagnato l'adozione. Paradigmatico, in questa direzione, è il caso *Technische Universität München*<sup>11</sup> dove la Corte, per valutare la legittimità di una decisione della Commissione assunta sulla base del parere reso da un gruppo di periti, ha preso in attenta considerazione la composizione e le competenze del pool di esperti consultati. Giudicate queste ultime inadeguate<sup>12</sup>, i giudici europei ne hanno dedotto che la Commissione non avesse adempiuto all'obbligo di esaminare con attenzione e imparzialità tutti gli elementi rilevanti della fattispecie<sup>13</sup>.

## 2.2. La valorizzazione delle competenze proprie degli *scientific advisors* europei e il ruolo delle commissioni di ricorso delle agenzie UE

Quanto appena rilevato conduce alla seconda declinazione del *self-restraint* scientifico della Corte, consistente nella ricorrente valorizzazione delle prerogative proprie delle autorità dotate di precise

<sup>10</sup> *Upjohn Ltd c. The Licensing Authority established by the Medicines Act 1968 e a.* (causa C-120/97).

<sup>11</sup> *Technische Universität di Monaco di Baviera c. Hauptzollamt München-Mitte* (causa C-269/90).

<sup>12</sup> «[N]é dal verbale della riunione del gruppo di periti né dalle discussioni dinanzi alla Corte risulta che i componenti di detto gruppo fossero essi stessi in possesso delle conoscenze necessarie nei settori della chimica, della biologia e delle scienze geologiche o che abbiano consultato periti del settore allo scopo di potersi pronunciare sui problemi tecnici sollevati» (*Ibidem*, par. 22).

<sup>13</sup> Più di recente, nella decisione *D&A Pharma c. Commissione e EMA* (causa C-291/22 P), la Corte ha annullato il rifiuto della domanda di autorizzazione all'immissione in commercio di un medicinale per uso umano che la Commissione aveva opposto alla casa produttrice a seguito di parere negativo espresso dall'Agenzia europea per i medicinali (EMA). Nelle motivazioni, i giudici hanno chiarito che un conflitto di interessi in capo a un membro del gruppo di esperti consultato dall'istituzione che ha adottato l'atto impugnato inficia in modo sostanziale la procedura. Nel caso di specie, l'impossibilità di ritenere che tutti i membri del panel di esperti che aveva valutato il farmaco fosse imparziale e indipendente ha portato la Corte a giudicare inattendibile la valutazione tecnica offerta da EMA: «Il fatto che, al termine delle sue discussioni e deliberazioni, tale gruppo di esperti formuli in modo collegiale la sua opinione non fa venir meno un vizio del genere. Infatti, tale collegialità non è idonea a neutralizzare né l'influenza che il membro in situazione di conflitto di interessi è in grado di esercitare in seno a detto gruppo né i legittimi dubbi sull'imparzialità dello stesso gruppo che sono fondati sul fatto che tale membro abbia potuto contribuire alle discussioni».



competenze scientifiche in relazione all'adozione di norme e atti all'interno dell'Unione (*in primis* agenzie<sup>14</sup> e comitati dell'UE).

Sul prestigio di cui godono le valutazioni delle "autorità scientifiche comunitarie" si tornerà *infra*. Si anticipa però sin d'ora che non è facile per gli Stati Membri convincere la Corte a dubitare dell'adequatezza delle opinioni rese dagli *scientific advisors* di cui si serve l'Unione. Perché ciò accada serve che siano sottoposti alla Corte indizi qualificati e provenienti da fonti molto autorevoli.

La qual cosa, si badi, non toglie d'importanza al ruolo riconosciuto all'istituzione competente ad adottare gli atti *science-based*. Anzi, ricorrono nella giurisprudenza europea affermazioni volte a riconoscere come l'ultima parola non spetta mai al *risk advisor* o all'organo che svolge la valutazione scientifica, bensì al *risk manager* o decisore politico del caso: «spetta all'istituzione competente, dapprima, formulare al comitato di esperti le questioni di fatto necessarie affinché essa possa prendere una decisione e, successivamente, giudicare il valore probatorio del parere espresso da tale comitato»<sup>15</sup>. A tal scopo, «l'istituzione comunitaria deve verificare il carattere completo, coerente e pertinente del ragionamento contenuto nel parere»<sup>16</sup> degli esperti. Qualora l'istituzione intenda discostarsi da tale opinione, «essa è tenuta a motivare specificamente la sua diversa valutazione rispetto a quella espressa nel parere, esponendo i motivi sulla base dei quali non vi si conforma. Tale motivazione dovrà essere di un livello scientifico almeno equivalente a quello del parere in questione»<sup>17</sup>.

È quanto sostanzialmente ribadito nel recente caso *PAN Europe*<sup>18</sup>, laddove la Corte ha specificato che la Commissione e/o gli Stati membri possono revocare l'approvazione di una sostanza attiva o l'autorizzazione d'immissione sul mercato di un prodotto fitosanitario giudicati sicuri nelle competenti sedi valutative unionali «in considerazione di una conoscenza scientifica o tecnica pertinente e attendibile che non era ancora accessibile al momento della presentazione della domanda di autorizzazione». In queste circostanze, la revoca non può essere considerata contraria al principio di certezza del diritto. Fermo restando, dunque, il rispetto del potere discrezionale del *decision-maker*, non v'è dubbio che presso i giudici comunitari le opinioni e i pareri resi dagli organi di consulenza scientifica dell'Unione godano di alta considerazione.

Più articolata e complessa è poi la funzione rivestita dalle commissioni di ricorso<sup>19</sup> istituite presso alcune agenzie dell'Unione<sup>20</sup> e il loro rapporto con gli organi giudiziari. Tali commissioni sono organi amministrativi incaricati di decidere i ricorsi eventualmente proposti contro gli atti dell'agenzia cui sono correlati, offrendo uno strumento di soluzione dei conflitti che è pregiudiziale rispetto

<sup>14</sup> Non esistendo una definizione normativa di agenzie dell'Unione, in dottrina si utilizza questo termine per riferirsi genericamente ad autorità, uffici ed enti dell'UE dotati di precise competenze tecniche in specifici settori.

<sup>15</sup> *Pfizer Animal Health*.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> *Pesticide Action Network Europe (PAN Europe) c. College voor de toelating van gewasbeschermingsmiddelen en biociden* (cause riunite C-309/22 e C-310/22).

<sup>19</sup> Note anche come BOAs (*Boards of Appeal of EU Agencies*). In tema, cfr. J. ALBERTI, *The Position of Boards of Appeal: Between Functional Continuity and Independence*, in M. CHAMON, A. VOLPATO, M. ELIANTONIO (a cura di), *Boards of Appeal of EU Agencies: Towards Judicialization of Administrative Review?*, Oxford, 2022, 245 ss.

<sup>20</sup> Tra le agenzie dotate di una commissione di ricorso, vi sono ad esempio: l'EUIPO, Ufficio europeo della proprietà intellettuale; l'ECHA, Agenzia europea per le sostanze chimiche; l'AESA, Agenzia europea per la sicurezza aerea; e l'ACER, Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia.

all'ordinaria tutela giurisdizionale. Secondo alcuni<sup>21</sup>, la fase innanzi alle commissioni di ricorso e quella innanzi al Giudice dell'Unione costituiscono un unico sistema integrato di tutela, in cui le commissioni di ricorso operano come un vero e proprio tribunale. La loro rilevanza è confermata anche dall'art. 58 *bis* dello Statuto della CGUE, che limita a casi eccezionali il ricorso in ultima istanza alla Corte per le controversie già oggetto di un duplice controllo di legittimità sia innanzi a talune commissioni di ricorso, sia innanzi al Tribunale.

Ciò che le rende di particolare importanza per il tema qui trattato è che esse, per la *ratio* che le sostiene (la loro istituzione è legata alla necessità di dirimere casi tecnici o scientifici complessi) e la loro composizione (ne fanno parte sia giuristi sia esperti di settore), sono commissioni specializzate e dotate di competenze tecniche approfondite rispetto ai ricorsi che sono chiamate a risolvere. Secondo la recentissima giurisprudenza *Aquind*<sup>22</sup> della Corte di giustizia, simili *board* dovrebbero porre in essere un controllo completo delle valutazioni scientifiche alla base dell'atto impugnato, non limitandosi a valutare gli errori manifesti di valutazione nel processo decisionale come un normale giudice. Di conseguenza, nelle ipotesi in cui una questione giunga alla CGUE dopo essere stata giudicata da una commissione di ricorso, gli aspetti più tecnici della stessa dovrebbero aver già trovato adeguata trattazione e potrebbero consentire al Giudice di Lussemburgo di esimersi dall'addentrarsi in controlli di pervasiva intensità. Il condizionale è d'obbligo, dal momento che la Corte di giustizia, pur avendo fatto affermazioni che sembrano effettivamente valere per tutte le commissioni di ricorso attualmente istituite, si è di fatto pronunciata in relazione ad una sola di esse (l'ACER). La giurisprudenza *Aquind*, inoltre, non chiarisce la natura ultima di tali soggetti (si tratta di semplici enti amministrativi o possono essere assimilati a organi giurisdizionali?)<sup>23</sup> e lascia inevasi alcuni cruciali interrogativi, tra cui: «Are these boards of appeal created to mainly address the complex technical or scientific issues since the EU courts are not able to do that? Are the boards of appeal created as an extension of the agencies to offer them a second chance to fix the contested decision? Are the boards of appeal created to minimize the workload for the EU courts? Or is it a combination of some or all of the above?»<sup>24</sup>.

### 2.3. Il ricorso al principio di precauzione

La terza e ultima sfaccettatura della deferenza della CGUE verso il mondo delle scienze è costituita dal significativo ricorrere di tale organo al principio di precauzione. Quest'ultimo, dapprima qualificato dalla Corte come principio fondamentale del diritto ambientale è ormai considerato principio generale dell'Unione. Esso impone di adottare misure (o di prevedere divieti) a tutela dei beni vita, salute e

<sup>21</sup> V. in particolare G. GRECO, *Le commissioni di ricorso nel sistema di giustizia dell'Unione europea*, 2020, Milano. Come ricostruisce J. ALBERTI, *The Threshold Guardians. The future of EU Agencies' Boards of Appeal in light of the recent reforms of CJEU Statute*, in *Review of European Administrative Law*, 4, 2023, 81-83, secondo altri autori, invece, tali commissioni debbono essere solidamente inquadrate come enti amministrativi e l'eventuale ampliamento delle loro funzioni non deve mutarne la natura in organi giurisdizionali.

<sup>22</sup> *Aquind c. ACER* (causa C-46/21 P). Sono attualmente pendenti due ulteriori cause (C-281/23P e C-282-23 P) in cui si prevede che la Corte tornerà a pronunciarsi sul ruolo di ACER e, più in generale, delle commissioni di ricorso.

<sup>23</sup> V. J. ALBERTI, *The Threshold Guardians. The future of EU Agencies' Boards of Appeal in light of the recent reforms of CJEU Statute*, *op. cit.*, 81 ss.

<sup>24</sup> S. OOSTERHUIS, *The CJEU Judgment in C-46/21 P, Aquind v ACER: Boards of Appeal as expert mechanisms of conflict resolution to conduct a "full review" of contested decisions*, in *EU Law Enforcement*, 31 luglio 2023.

ambiente quando vi sia il dubbio, alimentato da incertezza scientifica, che tali beni siano posti sotto minaccia.

Come si comprende da tale essenziale definizione, il contesto d'applicazione del principio di precauzione è per definizione un contesto d'incertezza scientifica e, dunque, nel quale i giudici comunitari non debbono disporre di dati minuziosi ed esaustivi per valutare la rispondenza di una misura o un atto a tale principio.

Generalmente quando il giudice europeo valuta se una misura preventiva è adottata nel rispetto del principio in questione, difficilmente lo farà alla luce di un'approfondita valutazione dei presupposti scientifici di quella misura. Piuttosto, il sindacato si esaurirà nel verificare che la misura adottata sia giustificata dalla presenza di possibili rischi per beni ritenuti di fondamentale importanza (come salute e ambiente), senza che la loro esistenza e la loro portata siano dimostrate inequivocabilmente da prove certe.

In questo senso, un noto e paradigmatico esempio è offerto dalla sentenza *National Farmers' Union*<sup>25</sup> pronunciata su misure a contrasto della encefalopatia spongiforme bovina (BSE), considerata responsabile dello sviluppo nei consumatori di carni affette della malattia di Creutzfeldt-Jakob. In quell'occasione la Corte di giustizia, senza entrare nel merito della pericolosità del morbo (noto anche come "Mucca pazza") per l'uomo, giudicò che la decisione della Commissione europea di limitare la circolazione di carni provenienti dal Regno Unito (focolaio della BSE) e di far abbattere migliaia di capi di bestiame non risultasse manifestamente inadeguato e al di fuori delle prerogative di tale istituzione:

«Nella fattispecie, le nuove pubblicazioni scientifiche avevano dimostrato la probabilità di un collegamento tra una malattia che colpiva il patrimonio bovino del Regno Unito e una malattia mortale che colpisce l'essere umano e per la quale nessun rimedio è attualmente conosciuto. Tenuto conto, da un lato, delle incertezze in merito all'adeguatezza e all'efficacia delle misure precedentemente adottate dal Regno Unito e dalla Comunità e, dall'altro, dei rischi giudicati gravi per la sanità pubblica [...], la Commissione non ha palesemente sconfinato dai limiti del suo potere discrezionale adoperandosi per confinare la malattia nel territorio del Regno Unito»<sup>26</sup>.

Si noti che, sebbene non si richiedano dati scientifici concludenti, viene sottolineato che il principio di precauzione può essere legittimamente invocato solo se sono prospettati *rischi gravi* (come, appunto, lo svilupparsi nell'uomo di una malattia mortale e incurabile), sulla base di *indizi seri* (nel caso specifico, oggetto di pubblicazioni scientifiche e di comunicazioni del SEAC).

Si tratta di requisiti costantemente richiesti nella giurisprudenza europea in materia di misure precauzionali. Ne offre altro celebre esempio, *ex pluribus*, la decisione *Fidenato*<sup>27</sup> che ha sottolineato come, in tema di immissione nell'ambiente di organismi geneticamente modificati, è possibile ricorrere a misure di emergenza volte a vietare la coltivazione di tali prodotti, ancorché autorizzati a livello europeo, *solo* «quando sia "manifesto" che [essi...] possono comportare un rischio "grave" per la salute umana, per la salute degli animali o per l'ambiente».

<sup>25</sup> *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food and Commissioners of Customs & Excise, ex parte National Farmers Union et al.* (causa C-157/96).

<sup>26</sup> *National Farmers' Union*.

<sup>27</sup> *Fidenato e Taboga* (causa C-111/16).

### 3. Il maggiore protagonismo “scientifico” della Corte quando occorre offrire interpretazione a concetti dubbi

Se sin qui si è dipinta la CGUE come un organo refrattario ad addentrarsi nel merito di valutazioni ed opinioni tecnico-scientifiche, non può nondimeno negarsi che un maggiore “protagonismo scientifico” di questa Corte emerga nei casi in cui essa necessita di offrire interpretazione a concetti dubbi al fine dell’applicabilità di determinati regimi normativi al caso di specie<sup>28</sup> (e non debba contestare la valutazione tecnico-scientifica su cui si siano fondate le decisioni di altre istituzioni comunitarie).

Non di rado accade, del resto, che essa debba confrontarsi con la definizione di cosa sia “rifiuto”, o “nuovo prodotto alimentare”, o ancora “invenzione biotecnologica” e così via, ai sensi del diritto unionale. In queste circostanze, la Corte ha talvolta preso posizioni su questioni ancora aperte nel dibattito scientifico, esponendosi anche a rilevanti critiche da parte dell’opinione pubblica e della comunità scientifica.

Due ambiti, in particolare, offrono chiara esemplificazione di ciò: quello della protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche e quello delle autorizzazioni dei prodotti ottenuti attraverso le c.d. *New Genomic Techniques* (NGTs).

#### 3.1. La Corte e la necessità di definire cosa sia “embrione umano”

Quanto al tema dei brevetti, è noto come le celebri sentenze *Brüstle*<sup>29</sup> del 2011 e *International Stem Cell*<sup>30</sup> del 2014 abbiano sollecitato la Corte a definire cosa sia embrione umano e quali organismi abbiano la capacità intrinseca di dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano, questioni tra le più discusse tanto a livello scientifico quanto a livello etico<sup>31</sup>.

In occasione della prima sentenza, i giudici europei hanno dovuto stabilire se ad una specifica invenzione biotecnologica si applicasse il divieto di brevettabilità previsto dall’art. 6, comma 2 lett. c) della Direttiva 98/44/CE che dichiara non brevettabili «le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali». Per risolvere la controversia, la Corte ha offerto una propria definizione di “embrioni umani” che considera tali «qualunque ovulo umano fin dalla fecondazione, qualunque ovulo umano non fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di una cellula umana matura e qualunque ovulo umano non fecondato che, attraverso partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi». Si tratta, con tutta evidenza, di definizione piuttosto ampia e comprensiva, che è stata fatta oggetto di aspre critiche, soprattutto da parte di coloro<sup>32</sup> che, avversando l’idea che l’essere umano si sviluppi

<sup>28</sup> Lo mette bene in luce F. MUNARI, *op. cit.*, 147 ss.

<sup>29</sup> *Brüstle c. Greenpeace* (causa C-34/10), commentata *inter alia* da L. VIOLINI, *Il divieto di brevettabilità di parti del corpo umano: un uso specifico e non inutile del concetto di dignità umana*, in *Quaderni Costituzionali*, 1, 2012, 145 ss; e A. SPADARO, *La sentenza Brüstle sugli embrioni: molti pregi e... altrettanti difetti (in dialogo con Lorenza Violini)*, in *Quaderni Costituzionali*, 2, 2012, 438 ss.

<sup>30</sup> *International Stem Cell Corporation c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks* (causa C-364/13).

<sup>31</sup> È di recentissima adozione il Regolamento UE sulle sostanze di origine umana (SoHO), il quale ha suscitato critiche per la scelta di includere feti ed embrioni nella definizione di sostanze di origine umane da utilizzare a fini medici.

<sup>32</sup> Si vedano ad esempio: L. LAIMBÖCK, H.G. DEDERER, *Der Begriff des «Embryos» im Biopatentrecht*, in *GRUR Int.*, 2011, 662 ss.

secondo un processo unitario e integrale, ritengono che l'embrione possa considerarsi tale – e meritevole di tutela – solo al verificarsi di determinati stadi di sviluppo (ad esempio solo dopo l'annidamento in utero). Come attentamente notato, «le scelte compiute dalla sentenza sono state viste come una chiara presa di posizione contro tesi che vanno diffondendosi relativamente ai processi di sviluppo dell'essere umano basate sulla divisione per stadi degli stessi e a favore dell'idea che il corpo umano si sviluppa invece secondo un processo integrale che non conosce soluzione di continuità»<sup>33</sup>. In sintesi, in un ambito connotato dalla presenza di tesi scientifiche contrastanti, ossia quelle gradualiste contro quelle integraliste, «la sentenza in esame segna una netta presa di posizione a favore delle seconde»<sup>34</sup>. A distanza di pochi anni, nell'ambito di una controversia tra l'*International Stem Cell Corporation* e il *Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, la Corte di Lussemburgo ha però parzialmente riveduto le proprie posizioni e ristretto la propria definizione di embrione ai sensi della Direttiva 98/44/CE, escludendo che vi si possa ricondurre anche «un ovulo umano non fecondato il quale, attraverso la partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi».

### 3.2. La definizione di OGM e la sua applicabilità alle nuove tecniche genomiche nella giurisprudenza *Confédération paysanne*

Una dinamica simile a quella appena descritta si è verificata, più di recente, circa l'applicabilità del regime normativo previsto dall'Unione Europea per gli organismi geneticamente modificati (OGM) ai prodotti modificati con NGTs. Questi ultimi, che potremmo definire OGM di ultima generazione, si differenziano dagli OGM "tradizionali" basati su consolidate tecniche – per lo più – di transgenesi, per il fatto di essere realizzati tramite procedimenti di cisgenesi oppure di mutagenesi sviluppati dopo il 2001: la cisgenesi consiste nel trasferimento di materiale genetico non modificato tra organismi della stessa specie; la mutagenesi in tecniche di ingegneria genetica in cui il DNA inserito, tagliato, modificato o sostituito proviene dal genoma dello stesso organismo che si punta a migliorare.

Ai sensi della Direttiva 2001/18/CE<sup>35</sup> si definiscono OGM quegli organismi il cui patrimonio genetico è stato modificato dall'intervento umano in modo diverso da quanto avviene in natura con l'accoppiamento e/o la ricombinazione genetica naturale. Fanno, tuttavia, eccezione (e sono dunque esclusi dal regime regolatorio di tali organismi) alcune categorie di prodotti elencati all'allegato I B della Direttiva, tra cui gli organismi modificati attraverso mutagenesi.

Sebbene tale esplicita eccezione potrebbe far ritenere che quantomeno le NGTs basate sulla mutagenesi possano non considerarsi OGM, anche queste nuove tecniche genomiche hanno sollevato problemi definitivi «non scontati»<sup>36</sup>.

Nel contesto di un rinvio pregiudiziale promosso dal *Conseil d'État* francese, la CGUE ha stabilito che ai sensi della Direttiva 2001/18/CE gli organismi ottenuti mediante nuove tecniche di mutagenesi costituiscono anch'essi organismi geneticamente modificati e devono seguire il regime previsto per

<sup>33</sup> L. VIOLINI, *op. cit.*, 147.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> Cfr. art. 2, par. 2.

<sup>36</sup> Così F. ROSSI DAL POZZO, *Le nuove tecniche genomiche e il loro impiego nel settore agroalimentare. L'Unione europea alla ricerca di una disciplina giuridica sostenibile*, in L. VIOLINI (a cura di), *One health. Dal paradigma alle implicazioni giuridiche*, Torino, 2023, 60.

questi ultimi. Secondo la sentenza *Confédération paysanne*<sup>37</sup> del 2018, infatti, la deroga di cui all'allegato I B deve essere letta in combinato disposto con il Considerando 17 della Direttiva che pone come condizione generale per esonerare un prodotto dalla normativa in essa dettata l'aver una storia di applicazione con lunga tradizione di sicurezza. Non ritenendo la Corte che le nuove tecniche di mutagenesi, sviluppate negli ultimi due decenni, siano paragonabili a quelle (sempre di mutagenesi) esistenti precedentemente all'adozione della Direttiva di inizio millennio<sup>38</sup>, ne ha dedotto la non riconducibilità alla deroga prevista dalla normativa.

Se per un verso, in questa occasione, più che entrare nel merito di una valutazione scientifica, la Corte ha utilizzato un criterio temporale per definire l'ambito di applicazione di una disciplina, si deve – d'altro canto – rilevare come su questa sua posizione siano state avanzate critiche (anche di contenuto scientifico) a vari livelli. Lo stesso Consiglio dell'Unione europea ha, in seguito, invitato la Commissione a presentare uno "Studio sullo statuto delle nuove tecniche genomiche conformemente al diritto dell'Unione e alla luce della sentenza della Corte di giustizia nella causa C-528/16"<sup>39</sup>. Nel documento pubblicato nel 2021 sono riportati i pareri di vari scienziati, inclusi esperti provenienti da EFSA, dal Centro comune di ricerca (JRC) della Commissione e dalla rete europea di laboratori per gli Ogm (ENGL), che contestano l'idea che tutte le NGTs debbano essere indistintamente regolate alla stessa maniera degli OGM suggerendo un approccio *case-by-case* e, soprattutto, rilevando come i rischi associabili alle nuove tecniche genomiche siano in molti casi equivalenti sia alle tecniche di selezione convenzionali sia alle tecniche genomiche consolidate. In particolare, riferendosi alle nuove tecniche di mutagenesi, oggetto del giudizio della CGUE, il documento afferma che: «l'EFSA ha concluso che le mutazioni fuori bersaglio che sono potenzialmente indotte dalle [nuove] tecniche di nucleasi sito-diretta (SDN) sono dello stesso tipo e in numero inferiore rispetto a quelle della selezione convenzionale. Pertanto, in alcuni casi, la mutagenesi mirata e la cisgenesi comportano lo stesso livello di rischio delle tecniche di selezione convenzionali»<sup>40</sup>. In altre parole, sebbene le tecniche siano nuove nel processo di modifica, il risultato cui conducono avrebbe talvolta caratteristiche simili quanto a *safety* del prodotto finale a quelle di altre tecniche che vantano un uso con lunga tradizione di sicurezza.

La questione è tornata sul banco della Corte di giustizia sempre su sollecito del *Conseil d'État* che, con domanda di pronuncia pregiudiziale presentata nel novembre 2021, si è rivolto ai giudici UE per chiedere se per distinguere tra le nuove tecniche di mutagenesi e quelle utilizzate convenzionalmente è necessario tenere conto solo delle *modalità* in base alle quali l'agente mutageno modifica il materiale genetico dell'organismo oppure prendere in considerazione tutte *le variazioni dell'organismo indotte dal processo utilizzato*<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> *Confédération paysanne et al. c. Premier ministre, Ministre de l'Agriculture, de l'Agroalimentaire et de la Forêt* (causa C-528/16).

<sup>38</sup> Consistenti «nel provocare mutazioni casuali in una sequenza di DNA mediante agenti chimici o fisici quali le radiazioni ionizzanti» (*Ibidem*, 62).

<sup>39</sup> Il documento di sintesi SWD(2021) 92 è disponibile al link: [https://food.ec.europa.eu/system/files/2021-10/gmo\\_mod-bio\\_nqt\\_exec-sum\\_it.pdf](https://food.ec.europa.eu/system/files/2021-10/gmo_mod-bio_nqt_exec-sum_it.pdf).

<sup>40</sup> *Ibidem*, 3.

<sup>41</sup> Il giudice del rinvio domandava inoltre se per stabilire se un metodo di mutagenesi sia stato utilizzato convenzionalmente occorre prendere in considerazione solo le colture in pieno campo degli organismi ottenuti mediante tale metodo o possono essere presi in considerazione anche i lavori di ricerca e le pubblicazioni che non riguardano tali colture.

In parte innovando rispetto alla propria precedente pronuncia e aderendo all'idea che non solo il processo di modifica ma anche il tipo di prodotto cui esso conduce debbano essere tenuti in considerazione, la Corte di giustizia ha sostenuto nella sentenza del 2023 quanto segue. Anzitutto che gli organismi ottenuti mediante l'applicazione un nuovo metodo di mutagenesi che siano le stesse di una tecnica di mutagenesi utilizzata convenzionalmente ma che differiscono da tale seconda tecnica di mutagenesi per altre caratteristiche, sono esclusi dalla deroga di cui all'allegato I B della Direttiva del 2001 solo se «sia accertato che dette caratteristiche possono comportare modificazioni del materiale genetico dell'organismo di cui trattasi diverse, per la loro natura o per il ritmo con cui si verificano, da quelle risultanti dall'applicazione della suddetta seconda tecnica o del suddetto secondo metodo di mutagenesi». In particolare, poi, riferendosi agli effetti inerenti alle nuove tecniche realizzate attraverso colture in vitro, ha chiarito che essi «non giustificano, in quanto tali, che da tale deroga siano esclusi gli organismi ottenuti mediante l'applicazione in vitro di una tecnica o di un metodo di mutagenesi utilizzati convenzionalmente in varie applicazioni in vivo con una lunga tradizione di sicurezza relativa a tali applicazioni».

#### 4. Le opinioni scientifiche a cui si richiama la CGUE. Il mancato ricorso ad istruttorie d'ufficio.

Seppur in circostanze limitate, si è visto che esistono occasioni nelle quali la Corte finisce con l'attingere a saperi non strettamente giuridici per decidere le questioni che le sono sottoposte ed è dunque legittimo chiedersi a quali fonti si rifaccia.

In linea teorica, le regole processuali dinanzi alla CGUE seguono un modello istruttorio ibrido<sup>42</sup>: quindi per ottenere i dati e i pareri scientifici utili al giudizio, oltre alla possibilità di acquisire prove ed elementi sottoposti dalle parti, la Corte è dotata di propri poteri istruttori. Tuttavia, essa non è solita ricorrere alla nomina di periti o alla consultazione di commissioni che pure sarebbero esperibili d'ufficio ai sensi dell'art. 25 dello Statuto CGUE<sup>43</sup> e degli art. nn. 66<sup>44</sup> e 70<sup>45</sup> del Regolamento di procedura CGUE.

<sup>42</sup> Dello stesso avviso E. BARBIER DE LA SERRE, A. SIBONY, *op. cit.*, 942.

<sup>43</sup> «In ogni momento, la Corte di giustizia può affidare una perizia a qualunque persona, ente, ufficio, commissione od organo di sua scelta».

<sup>44</sup> «1. La Corte, d'ufficio o su istanza di parte, sentito l'avvocato generale, ordina l'accertamento di determinati fatti per mezzo di testimoni. 2. L'istanza di una parte per l'audizione di un testimone deve precisare i fatti sui quali esso deve essere sentito e le ragioni che ne giustificano l'audizione. 3. La Corte statuisce mediante ordinanza motivata sull'istanza menzionata nel paragrafo precedente. Qualora detta istanza sia accolta, l'ordinanza precisa i fatti da accertare e indica i testimoni che devono essere sentiti in relazione a ciascuno di tali fatti. 4. I testimoni sono citati dalla Corte, se del caso dopo il deposito della provvisoria prevista dall'articolo 73, paragrafo 1, del presente regolamento».

<sup>45</sup> «1. La Corte può disporre perizie. L'ordinanza con la quale si nomina il perito ne precisa l'incarico e fissa il termine per la presentazione della sua relazione. 2. Dopo il deposito della relazione e la sua notifica alle parti, la Corte può ordinare che il perito venga sentito, previa convocazione delle parti. Su domanda di una parte oppure d'ufficio, il presidente può rivolgere quesiti al perito. 3. La stessa facoltà spetta a ciascun giudice e all'avvocato generale. 4. Sotto l'autorità del presidente, i rappresentanti delle parti possono porre domande al perito».

Le ragioni del rarissimo<sup>46</sup> ricorso a simili strumenti istruttori sono probabilmente in gran parte spiegate da quanto si è detto circa la propensione della Corte a cercare di dirimere le controversie quanto più possibile in punta di diritto e a non addentrarsi nel merito di valutazioni tecniche, specialmente nei casi in cui al giudizio siano precedute fasi che abbiano visto il coinvolgimento di agenzie UE o commissioni di ricorso.

Vi sono, poi, motivi legati alle differenze intercorrenti tra ricorsi presentati in via diretta, numericamente più esigui dato che la giurisprudenza della CGUE ha sempre più limitato l'accesso per tale via, e ricorsi pregiudiziali, al contrario assai più favoriti e dunque numerosi.

Sebbene, in linea teorica, non sembrerebbero esistere ostacoli formali all'uso dei poteri istruttori d'ufficio (o all'audizione di periti di parte) tanto nel caso di ricorsi diretti quanto in caso di pregiudiziali<sup>47</sup>, di fatto in questa seconda categoria (che offre una porta d'ingresso alla giustizia comunitaria con accesso più libero ma più stretta<sup>48</sup>) la Corte non è solita utilizzarli. Come ha ricordato l'Avvocato Generale Michal Bobek nelle conclusioni presentate nella causa *Region de Bruxelles-Capitale*<sup>49</sup>, nell'ambito dei ricorsi pregiudiziali «la Corte non raccoglie alcuna prova, non ascolta praticamente mai periti, e l'accertamento dei fatti (o più frequentemente, purtroppo, in cause tecniche così complesse, il non accertamento dei fatti) è rimesso in via esclusiva al giudice del rinvio»<sup>50</sup>. Ciò ha condotto il giurista a chiedersi se «per questioni complesse, normative e tecniche che richiedono una raccolta piuttosto ampia di prove, pareri di esperti o dati (scientifici)»<sup>51</sup>, come quella del caso *Region de Bruxelles-Capitale* che riguardava la sicurezza di alcuni pesticidi, non sarebbe più opportuno «un contenzioso di merito approfondito dinanzi a una giurisdizione di primo grado, il Tribunale, in cui possano essere raccolte tutte le prove e i dati e in cui possano essere sentiti gli intervenienti interessati, per poi procedere, eventualmente, a un'impugnazione dinanzi alla Corte di giustizia»<sup>52</sup>. Proseguendo, invece, nel favorire ricorsi in via pregiudiziale si contribuisce a far sì che la Corte continui «a decidere su questioni profondamente scientifiche e di fatto sulla base di scarsi dati provenienti dalle parti intervenienti o dal giudice del rinvio».

Invero, quand'anche si seguisse il suggerimento di Bobek, non è scontato che si assisterebbe ad un maggior impiego di perizie e consulenze d'ufficio. È stato, infatti, calcolato che all'inizio del 2008, considerando congiuntamente la giurisprudenza della Corte di giustizia (in via diretta e pregiudiziale), del Tribunale e del Tribunale della funzione pubblica, le occasioni in cui sono stati commissionati degli

<sup>46</sup> Per un esempio di utilizzo di perizie ordinate d'ufficio dalla Corte di giustizia, si veda il caso *Grifoni c. EAEC* (causa C-308/87), in cui sussistendo incertezza in ordine al tasso di invalidità permanente lamentato dal ricorrente, la Corte ha disposto una perizia medica al fine di accertarne l'entità.

<sup>47</sup> Cfr. sul punto le Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs in *Technische Universität di Monaco di Baviera c. Hauptzollamt München-Mitte* (causa C-269/90), par. 13, disponibili qui: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61990CC0269&qid=1717836695339>.

<sup>48</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Bobek in *Région de Bruxelles-Capitale c. Commissione europea* (causa C-352/19 P), par. 142, disponibili qui: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=1F0BDFD5C0F8A481FEFAC19576798FC6?text=&docid=228708&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2880668>.

<sup>49</sup> Vedi *supra*.

<sup>50</sup> *Ibidem*, par. 144.

<sup>51</sup> *Ibidem*, par. 143.

<sup>52</sup> *Ibidem*, par. 144.



*experts' reports* d'ufficio sono 25<sup>53</sup>. Il che manifesta un'evidente ritrosia dei giudici europei ad affidarsi a propri consulenti, le cui ragioni possono andare da motivi legati alla speditezza del decidere, al timore di essere poi eccessivamente vincolati dall'*ipse dixit* degli esperti, ad una preferenza per l'utilizzo delle informazioni che provengono dai giudici del rinvio o dagli atti di causa, probabilmente considerate esaustive nella maggior parte dei casi<sup>54</sup>.

#### 4.1. Il ruolo del giudice del rinvio (per i casi di ricorsi pregiudiziali), delle parti in giudizio e degli Avvocati Generali

E proprio i dati e le opinioni scientifiche accertate dal giudice del rinvio ovvero prodotte dalle parti in giudizio e soprattutto il contributo degli Avvocati Generali sono spesso richiamate nei testi delle decisioni della Corte.

Quanto alla rilevanza della prima tipologia di apporti, un buon esempio è offerto dalla già menzionata sentenza *Confédération paysanne* del 2018. In questa prima pronuncia sulle NGTs, infatti, numerosi sono i riferimenti alle informazioni fornite dal giudice del rinvio: è «tenuto conto» di tali apporti che la Corte si è persuasa «le mutazioni provocate dalle tecniche o dai metodi di mutagenesi [...] costituiscano modifiche arrecate al materiale genetico di un organismo» paragonabili ad OGM. E ancora, ci dice la sentenza, che è emerso dal decisore del rinvio che «dette tecniche o detti metodi implicano, per alcuni di essi, il ricorso ad agenti mutageni chimici o fisici e, per altri, il ricorso all'ingegneria genetica, [e che] tali medesimi metodi o tecniche modificano il materiale genetico di un organismo secondo modalità non realizzate naturalmente, ai sensi della direttiva in parola». Si vede bene, dunque, come è dalle premesse fattuali attinte dal giudice del rinvio che la Corte trae la conseguenza che gli organismi ottenuti mediante nuove tecniche o metodi di mutagenesi dovessero essere considerati come OGM ai sensi della Direttiva 2001/18.

Si noti, peraltro, che ai sensi dell'art. 101 del Regolamento di procedura della Corte, quest'ultima – fatti salvi i mezzi istruttori previsti dal medesimo regolamento – ha facoltà di chiedere chiarimenti al giudice del rinvio. Il che, proprio come nel caso della potestà recentemente (auto)riconosciuta alla Corte costituzionale italiana di rivolgere domande in udienza agli avvocati<sup>55</sup>, può in qualche caso fungere da succedaneo di integrazione istruttoria. Rilevante in tal senso appare anche l'art. 83 del Regolamento di procedura che consente alla Corte GUE, in qualsiasi momento, sentito l'avvocato generale, di disporre la riapertura della fase orale del procedimento, in particolare se essa non si ritiene sufficientemente edotta o quando, dopo la chiusura di tale fase, una parte ha prodotto un fatto nuovo, tale da influenzare in modo decisivo la decisione della Corte. Come si accennava, del resto, non deve essere sottovalutato il ruolo delle parti che, con soprattutto per il tramite delle loro memorie, possono veicolare numerosi elementi fattuali ai giudici. Inoltre, a fronte di una palese riluttanza della CGUE a nominare periti d'ufficio, più frequente è che – soprattutto dinanzi al Tribunale – vengano ascoltati periti di parte. Ne offre interessante esempio il citato caso *Pfizer Animal Health* in cui, a più riprese<sup>56</sup>, è

<sup>53</sup> Cfr. E. BARBIER DE LA SERRE, A. SIBONY, *op. cit.*, 949.

<sup>54</sup> È possibile, altresì, che in qualche caso la Corte ritenga notori fatti che tali non sono o attinga alla scienza privata dei giudici.

<sup>55</sup> Cfr. delibera della Corte costituzionale italiana del 24 maggio 2022 (integrata da un decreto del Presidente del 30 maggio 2022).

<sup>56</sup> Si vedano in particolare i par. 338, 361, 363, 366, 373, 375.

evidenziato il peso ai fini della decisione finale degli esperti invitati a testimoniare dalle parti. Anche se, come si è visto, gli apporti “partigiani” non hanno poi orientato i giudici a sposare una determinata opinione tra quelle prospettate, rendendoli piuttosto consapevoli di non poter «valutare la fondatezza dell’una o dell’altra posizione».

Da ultimo, ma non ultimo per importanza, deve riconoscersi il contributo fondamentale degli Avvocati Generali e delle opinioni da essi presentate. Costoro, infatti, agiscono in una funzione paragonabile a quella degli *amicus curiae* – intesi in senso originario – o dei *consilii* del diritto romano, assistendo la Corte nel raggiungimento della soluzione più adeguata ai casi sottoposti. In tal veste non è inusuale che utilizzino le loro conclusioni anche per suggerire alla Corte delle coordinate tecnico scientifiche utili alla decisione. Se si prende, ad esempio, il caso *International Stem Cell* di cui si è dato conto *supra*, si potrà notare come i rilievi di natura scientifica fatti dall’Avvocato Generale Cruz Villalón nelle conclusioni<sup>57</sup> siano stati determinanti nel favorire il superamento di alcune posizioni scientifiche assunte dalla Corte in *Brüstle*, conducendo ad un inquadramento parzialmente diverso del concetto di embrione umano rilevante ai fini della disciplina europea dei brevetti.

#### 4.2. La considerazione dei pareri espressi da agenzie e comitati comunitari

Si è già detto che la Corte riserva grande attenzione ai pareri resi dalle agenzie e dei comitati dell’Unione dotati di precise competenze scientifiche<sup>58</sup>. Tali istituzioni sono, del resto, altamente autorevoli e seguono procedure di funzionamento quanto più trasparenti ed inclusive. Cionondimeno, non può non rilevarsi come il riferimento in fase giudiziaria ad opinioni di agenzie e comitati i cui pareri sono stati anche alla base delle misure oggetto di giudizio possa condurre ad una sorta di “corto circuito”. Lo si vede bene nel caso *Land Oberösterreich*<sup>59</sup> in materia di OGM.

Nel caso di specie, la regione dell’Austria Superiore aveva richiesto alla Commissione di poter legittimamente fare del proprio territorio una zona “OGM free”, appellandosi alla clausola di salvaguardia offerta dall’art. 23 della Direttiva 18/2001. L’istanza era accompagnata da una relazione scientifica nota come “relazione Müller” dal nome del perito austriaco che l’aveva redatta, dalla quale si evinceva l’insorgenza di nuove evidenze ed elementi idonei a giustificare un divieto delle colture geneticamente modificate sul territorio dell’*Oberösterreich*.

Per poter valutare la richiesta, la Commissione si è rivolta ad EFSA, la quale ha escluso che la relazione adducesse nuove evidenze scientifiche o mostrasse particolari rischi ambientali in grado di supportare l’esigenza di vietare le coltivazioni di OGM in quel dato territorio. L’istanza austriaca è stata dunque respinta e tale esito è stato, in seguito, confermato da una sentenza del Tribunale e da una pronuncia della Corte di Giustizia.

Il fatto che EFSA, che è responsabile del *risk assessment* in tutti i processi autorizzatori dei prodotti OGM dell’UE, sia stata interpellata anche per valutare l’opinione di chi – in qualche misura – aveva messo in dubbio il suo giudizio, ha condotto qualcuno ad avanzare critiche sulla eccessiva centralità di quest’autorità (oltre che sulla *de facto* supremazia riconosciuta all’agenzia europea rispetto agli esperti

<sup>57</sup> Qui disponibili: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160936&doclang=IT>.

<sup>58</sup> Lo sottolinea con efficacia A. ALEMANNI, *op. cit.*, 38-39 in relazione alle sentenze *Commissione c. Germania* (causa 178/84); *Bellon* (causa C-42/90); *Debus* (cause C-13/91 e C-113/91).

<sup>59</sup> *Land Oberösterreich e Repubblica d’Austria c. Commissione* (cause riunite C-439/05 P e C-454/05 P).

nazionali<sup>60</sup>). Si è detto, infatti, che: «la valutazione scientifica dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare rappresenta il fondamento tanto delle misure adottate dalla Commissione, quanto del giudizio dei giudici comunitari, la cui cognizione pare essersi arrestata proprio di fronte all'incontrovertibilità del parere reso dal massimo organismo scientifico comunitario»<sup>61</sup>. Per contro, se così non accadesse, chi dovrebbero essere gli scienziati (terzi, autorevoli e responsabili) a dover essere interpellati in casi simili?

## 5. Riflessioni conclusive

Quest'ultimo rilievo apre ad alcune questioni conclusive, probabilmente destinate a rimanere parzialmente inevase, le quali accomunano le insidie cui la CGUE deve fare fronte nel giudicare questioni scientifiche (specialmente se controverse<sup>62</sup>) alle sfide cui sono parimenti chiamate altre Alte Corti. In particolare, se la Corte cambiasse il suo approccio e divenisse più propensa al dispiego di istruttorie condotte in proprio, come dovrebbe individuare gli esperti da consultare?<sup>63</sup> E in caso di opinioni da rendere su questioni che sono state oggetto di valutazione da parte di competenti agenzie europee, chi sarebbe da ritenersi tanto autorevole da poterne sconfessare o correggere il giudizio?

Lo sviluppo della discussione ancora aperta circa la funzione delle commissioni di ricorso<sup>64</sup> potrà certo aiutare a dipanare la matassa (soprattutto se si andasse nella direzione di considerarle alla stregua di nuovi tribunali specializzati<sup>65</sup>) ma non in maniera esaustiva. *In primis* perché non tutte le agenzie europee sono dotate di una propria commissione e perché queste ultime hanno generalmente una competenza limitata quanto ad atti impugnabili (solitamente si tratta delle sole c.d. decisioni iniziali delle agenzie) e quanto a domande proponibili<sup>66</sup>. In secondo luogo, perché il problema dell'individuazione degli esperti adeguati riguarda – come si è visto – anche giudizi che arrivano alla CGUE che non necessariamente coinvolgono autorizzazioni o altri atti in cui gli *scientific advisors* comunitari hanno avuto un ruolo.

Questo nodo emerge altresì, seppur indirettamente, nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale italiana in tema di vaccini obbligatori anti-Covid<sup>67</sup>. In particolare nella sent. cost. n. 14/2023, la Corte, parlando dell'istruttoria che deve compiere il legislatore per imporre l'assunzione di preparati

<sup>60</sup> Sebbene non esista un «principle of supremacy of EU science over national scientific advice», come ricorda A. ALEMANNI, *op. cit.*, 49.

<sup>61</sup> A. VENTURI, *Analisi del rischio e sicurezza alimentare. I fondamenti, le controversie, la regulation*, Milano, 2008, 66.

<sup>62</sup> Sul concetto di questione scientifica controversa, il rimando è d'obbligo a L. VIOLINI, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo*, Pavia, 1986.

<sup>63</sup> In dottrina è stato suggerito di istituire presso la Corte albi ufficiali di esperti selezionati (v. ad es. M. OLIVIER, *L'expertise devant les juridictions communautaires*, in *Gazette du Palais*, 10 marzo 1994, 291). Ciò faciliterebbe la scelta ai giudici ma sposterebbe il problema della selezione "a monte".

<sup>64</sup> Come nota J. ALBERTI, *The Position of Boards of Appeal: Between Functional Continuity and Independence*, *op. cit.*, 246, «they are crucial in the evolution of the EU system of judicial protection as a whole».

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> Cfr. G. GRECO, *op. cit.*, 470-471.

<sup>67</sup> Lo si mette in luce in G. RAGONE, *Il – mancato – ricorso ai poteri istruttori nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di obblighi vaccinali. Quale futuro per l'istruttoria scientifica della Corte?*, in B. LIBERALI, C. PADULA (a cura di), *Gli obblighi di vaccinazione davanti alla Corte costituzionale*, Napoli, 2024, 248.

vaccinali, fa alcune affermazioni che sembrano potersi rivolgere anche a se stessa (che non ha a caso in quel contesto non ha fatto ricorso ai propri poteri istruttori). Riferendosi ai dati scientifici su cui occorre basarsi, la Corte rileva che questi non possono che essere quelli forniti dalle autorità di settore (nel caso di specie, AIFA, EMA, ISS) e che non possono essere sostituiti con dati provenienti da fonti diverse, ancorché riferibili a esperti della materia: «Se il legislatore [o la Corte n.d.r.] anziché alle autorità istituzionali, si affidasse a “esperti” non è dato vedere con quali criteri li dovrebbe scegliere». Come anche il fitto e risalente dibattito<sup>68</sup> statunitense sulle *expert testimonies* dimostra, l'individuazione dei criteri di individuazione degli esperti e, successivamente, dei criteri di validazione delle opinioni<sup>69</sup> da loro espresse rappresenta uno dei terreni più sfidanti e complessi in tema di Corti e scienza. Il che non deve e non può esimere dalla ricerca di soluzioni sempre più adeguate a fronteggiare le sfide che il progresso scientifico e l'innovazione tecnologica pongono alle Corti.

In particolare, nei casi in cui si è visto che il “protagonismo scientifico” della Corte è maggiore, sarebbe legittimo richiederle un livello di rigore più elevato nell'acquisizione degli elementi probatori e fattuali impiegati nel decidere e magari una minor timidezza nel richiedere il parere di esperti terzi.

Non mancano, per contro, ragioni che consentano di comprendere – e ultimamente condividere – l'impostazione generalmente seguita dai giudici comunitari, «[who] seem to be reluctant to rely on an expert's report in the cases requiring technical assessments [... and] generally prefer to limit their review and compensate the applicant with increased procedural guarantees, thereby avoiding the technical issue»<sup>70</sup>.

Non si vuol negare che un sindacato che si limiti a valutare solo indirettamente la bontà della valutazione tecnico-scientifica su cui poggia la misura o l'atto contestato attraverso il vaglio del rispetto delle garanzie procedurali da parte dell'istituzione che l'ha adottato può, in qualche occasione, dimostrarsi inadeguato a garantire una soluzione della controversia “scientificamente adeguata”. Così come non s'intende contestare che la Corte non possa nascondersi dietro ad uno standard di controllo deferente per esimersi dall'impegnarsi a fondo nel vagliare l'adeguatezza delle basi informative delle misure contestate<sup>71</sup>.

Si è, però, persuasi<sup>72</sup> che se la CGUE si immergesse nel merito scientifico dei casi posti al suo vaglio oltrepasserebbe chiaramente il suo mandato, soprattutto quando è chiamata ad esprimersi su atti che sono il frutto di una valutazione discrezionale che è tecnica e politica insieme.

In questi casi, la strada che appare preferibile è quella indicata dalla giurisprudenza *Technische Universität München* dove lo sforzo investigativo della Corte è rivolto a verificare che i decisori abbiano avuto a disposizione il giusto tipo e la giusta qualità di informazioni per prendere decisioni adeguate<sup>73</sup>, considerato lo stato delle conoscenze scientifiche e delle incertezze presenti nel momento del decidere. Il

<sup>68</sup> Si vedano, *ex pluribus*, A.N. ANCHETA, *Scientific Evidence and Equal Protection of the Law*, Piscataway, 2006; D.L. FAIGMAN, *Laboratory of Justice. The Supreme Court's 200-Year Struggle to Integrate Science and the Law*, New York, 2004; P.W. HUBER, *Galileo's Revenge: Junk Science in the Courtroom*, New York, 1991.

<sup>69</sup> Su cui la arcinota giurisprudenza *Daubert* della Corte Suprema USA ha dato un fondamentale contributo.

<sup>70</sup> E. BARBIER DE LA SERRE, A. SIBONY, *op. cit.*, 956.

<sup>71</sup> Così come sostiene E. VOS, *op. cit.*, 163.

<sup>72</sup> Lo si è affermato anche in G. RAGONE, *The GMO Authorization Procedure in EU: Inclusivity, Access to Justice and Participation in Decision-Making*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 2, 2019, 224.

<sup>73</sup> Similmente E. VOS, *op. cit.*, 163.

che le consente, *inter alia*, di adottare uno livello di scrutinio più stringente e severo nelle materie in cui sono disponibili al decisore informazioni e acquisizioni più stabili e concordanti, ed uno scrutinio più a maglie larghe nei casi in cui – come può accadere in relazione alle nuove tecnologie – il grado d'incertezza dei dati è più ampio e, di conseguenza, la discrezionalità politica della scelta è più elevata.

*Focus on*





## Corte EDU e utilizzo dei dati scientifici. Anatomia di un rapporto mediato da sussidiarietà e consenso internazionale

*Roberta Lugarà \**

HOW SUBSIDIARITY AND INTERNATIONAL CONSENSUS SHAPE THE WAY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS USES SCIENTIFIC DATA

**ABSTRACT:** This paper explores the relationship between the European Court of Human Rights and the use of scientific data. It is argued that, just as any other judicial proceedings, scientific data may be relevant to the decision of the Court as they may shed light on the factual background of the case. However, the special features of the ECHR mechanism require the Court to look at scientific data mainly through the lens of the principle of subsidiarity and consensus within contracting States.

**KEYWORDS:** European Court of Human Rights; ECHR; scientific data; subsidiarity; consensus

**ABSTRACT:** Questo articolo esplora il rapporto tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e l'uso dei dati scientifici. Si sostiene che, proprio come in qualsiasi altro procedimento giudiziario, i dati scientifici possono essere rilevanti per la decisione della Corte in quanto possono far luce sul contesto fattuale del caso. Tuttavia, le caratteristiche peculiari del meccanismo della CEDU impongono alla Corte di guardare ai dati scientifici principalmente attraverso la lente del principio di sussidiarietà e del consenso degli Stati contraenti.

**PAROLE CHIAVE:** Corte europea dei diritti dell'uomo; CEDU; dati scientifici; sussidiarietà; consenso

**SOMMARIO:** 1. Introduzione – 2. Evoluzione scientifica e giurisdizione della Corte EDU – 3. Evoluzione scientifica e portata degli obblighi convenzionali – 4. Qualche riflessione sul rapporto tra evoluzione scientifica e obblighi di protezione.

---

\* *Dottoressa di ricerca in Giustizia costituzionale e Diritti fondamentali presso l'Università di Pisa e Giurista referendaria presso la Corte europea dei diritti dell'uomo. Mail: [Roberta.lugarà@echr.coe.int](mailto:Roberta.lugarà@echr.coe.int). Le opinioni espresse nello scritto sono personali e non impegnano l'istituzione di appartenenza. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

## 1. Introduzione

Il giudizio dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>1</sup> è, anzitutto, un giudizio sul caso concreto. Quale elemento del contesto fattuale in cui si sarebbe prodotta la violazione della Convenzione, il dato scientifico può rivelarsi necessario per valutare la sussistenza della giurisdizione della Corte e la fondatezza delle doglianze prospettate nel ricorso introduttivo. Un'analisi del modo in cui la Corte utilizza i dati scientifici deve però tenere in conto alcune specificità del giudizio convenzionale. La prima è il rispetto del principio di sussidiarietà, che impone che siano primariamente le autorità nazionali a farsi carico di garantire il rispetto degli obblighi convenzionali all'interno dei rispettivi ordinamenti, mentre spetta alla Corte intervenire solo in seconda battuta, quando i rimedi interni si sono rivelati in concreto incapaci di garantire un adeguato livello di protezione ai diritti<sup>2</sup>. La seconda è la natura internazionale della giurisdizione della Corte, che condiziona, per quanto qui specificamente interessa, i dati conoscitivi di cui essa si avvale per interpretare la portata degli obblighi convenzionali. Queste specificità plasmano, ancor prima che il modo in cui vengono utilizzati nel ragionamento giuridico, i canali attraverso i quali i dati scientifici vengono portati a conoscenza della Corte. Al pari di qualsiasi giudizio sul caso concreto, infatti, l'ingresso dei dati scientifici nel processo avviene attraverso le allegazioni delle parti, come elementi del contesto fattuale portati a conoscenza della Corte a sostegno delle relative difese. Inoltre, la Corte ha il potere di adottare, su richiesta di parte o d'ufficio, delle *investigative measures* per chiarire i fatti di causa e, nell'esercizio di tale potere, può promuovere l'audizione di esperti<sup>3</sup>. Tuttavia, il principio di sussidiarietà impone che la Corte si avvalga anzitutto di valutazioni dei dati scientifici già compiute dalle autorità nazionali, ad esempio tramite sentenze dei tribunali interni, atti del procedimento amministrativo, relazioni di commissioni parlamentari d'inchiesta. È opportuno ricordare a questo proposito che è onere del ricorrente, prima di adire la Corte, aver messo le autorità nazionali nelle condizioni di porre rimedio alla violazione. Ciò implica che il ricorrente sia tenuto ad attivare i rimedi interni e a sollecitare in quella sede una valutazione dei dati scientifici di cui intenda avvalersi davanti alla Corte. Ne deriva che la principale fonte di conoscenza dei dati scientifici nel giudizio convenzionale è costituita dagli atti del procedimento interno, trasfusi nel giudizio su iniziativa delle parti o, se necessario, su richiesta della Corte.

Sotto altro profilo, tenuto conto della natura universale delle questioni su cui dibatte la scienza e la tendenziale condivisione a livello internazionale dello stato delle conoscenze scientifiche, è gioco forza che i dati scientifici entrino nel giudizio convenzionale anche attraverso atti provenienti da organismi

<sup>1</sup> Di seguito "Corte EDU" o "Corte".

<sup>2</sup> Il principio di sussidiarietà è stato elaborato dalla giurisprudenza della Corte a partire dagli anni '60 e da ultimo inserito nel preambolo della Convenzione dal Protocollo no. 15; cfr. J. GERARDS, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, II ed., Cambridge – New York, 2023, 6-10.

<sup>3</sup> La facoltà da parte della Corte di condurre un'*investigation* è riconosciuta dall'art. 38 CEDU e attualmente disciplinata dagli artt. A1 e ss. dell'allegato alle *Rules of the Court* introdotto il 7 luglio 2003. Ai sensi dei primi due paragrafi dell'art. A1 dell'allegato «The Chamber may, at the request of a party or of its own motion, adopt any investigative measure which it considers capable of clarifying the facts of the case. The Chamber may, inter alia, invite the parties to produce documentary evidence and decide to hear as a witness or expert or in any other capacity any person whose evidence or statements seem likely to assist it in carrying out its tasks. The Chamber may also ask any person or institution of its choice to express an opinion or make a written report on any matter considered by it to be relevant to the case».



internazionali (organi specializzati del Consiglio d'Europa, altre organizzazioni internazionali) o da altri Stati contraenti e Stati terzi, mediante le rispettive attività di diritto interno e di diritto internazionale (trattati e accordi internazionali). L'acquisizione d'ufficio o su allegazione delle parti di queste tipologie di atti, conoscibili anche attraverso ricerche che si avvalgono degli strumenti del diritto comparato, costituisce dunque un secondo importante canale di ingresso dei dati scientifici nel giudizio convenzionale.

In questo quadro, l'utilizzo dei poteri istruttori da parte della Corte deve ritenersi strumento residuale, da attivare con cautela e in casi eccezionali. Ciò non solo perché, come si è visto, il principio di sussidiarietà e la natura internazionale della sua giurisdizione impongono di preferire di regola forme "mediate" di ingresso dei dati scientifici nel giudizio. Affidarsi alle valutazioni svolte da organi tecnici a ciò preposti dall'ordinamento interno e internazionale mette altresì la Corte al riparo dal giudicare il merito scientifico di tesi alternative a quelle della scienza "istituzionale"<sup>4</sup> e, quindi, dal rischio di invadere l'ambito riservato alla ricerca scientifica.

## 2. Evoluzione scientifica e giurisdizione della Corte EDU

La corretta instaurazione di un giudizio davanti alla Corte EDU richiede la sussistenza di una serie di condizioni, quali l'applicabilità *ratione materiae*, la qualità di vittima<sup>5</sup>, la giurisdizione dello Stato resistente<sup>6</sup>, l'esistenza di un danno diretto, che devono essere valutate attraverso il costante rinvio alla realtà fattuale. Poiché tale realtà può essere modificata o svelata attraverso dati scientifici, l'evoluzione della scienza può dimostrarsi rilevante per stabilire la sussistenza della giurisdizione della Corte. L'evoluzione scientifica può creare nuove opportunità di sviluppo per la persona umana o nuovi bisogni di protezione da ricondurre, attraverso un'interpretazione evolutiva, nell'ambito di applicazione della Convenzione. La scienza, ancora, può decodificare il funzionamento della realtà, consentendo di provare all'interno del giudizio l'esistenza di un danno o di un nesso di causalità prima inafferrabili<sup>7</sup>. Il risultato è che, a parità di norme, la giurisprudenza della Corte EDU può evolversi a seguito di un cambiamento della realtà fattuale che informa la norma convenzionale o a seguito di un cambiamento della percezione di quella realtà provocato dall'evoluzione scientifica.

Un buon esempio delle potenzialità espansive della giurisdizione della Corte per effetto dell'evoluzione scientifica può essere tratto dalla giurisprudenza in materia ambientale. I primi casi sull'applicabilità dell'art. 8 CEDU agli effetti dell'inquinamento ambientale proveniente da stabilimenti industriali<sup>8</sup> muovevano dall'esistenza di report medici, pareri di esperti, studi scientifici che dimostravano l'esistenza di un nesso causale tra emissioni di sostanze inquinanti e rischi per la salute della popolazione

<sup>4</sup> Sull'utilizzo dei dati della scienza ufficiale o "istituzionale" da parte del Giudice costituzionale tedesco si veda D. PARIS, *Scienza e giustizia costituzionale: l'esperienza del Bundesverfassungsgericht*, in questa rivista, 158 ss.

<sup>5</sup> Su cui si rinvia a J. GERARDS, *op. cit.*, 44 ss.

<sup>6</sup> Si veda J. GERARDS, *op. cit.*, 51 ss.

<sup>7</sup> Sulle correlazioni tra interpretazione evolutiva e prova nella determinazione dell'applicabilità della Convenzione si veda J. GERARDS, *op. cit.*, 14 ss.

<sup>8</sup> *López Ostra v. Spain*, 9 December 1994, Series A no. 303-C, *Guerra and Others v. Italy*, 19 February 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I.

residente nei pressi della fonte di inquinamento. Si tratta di una giurisprudenza ormai consolidata<sup>9</sup>, in cui, una volta dimostrati attraverso dati scientifici danno e nesso causale, il riconoscimento della responsabilità dello Stato era reso agevole dalla natura tradizionalmente territoriale della nozione di giurisdizione<sup>10</sup>.

Il nesso tra giurisdizione e territorialità potrebbe vedersi allentato dall'evoluzione scientifica, ove quest'ultima riuscisse a rendere dimostrabile un rapporto di causalità tra danno lamentato e attività realizzate a centinaia di chilometri di distanza. Questa è la tesi sottesa a diversi ricorsi sul cambiamento climatico allo stato pendenti dinanzi alla Corte<sup>11</sup> e, in particolare, al caso *Duarte Agostinho*, in cui, unico tra i ricorsi la cui definizione è attualmente rimessa alla Grande Camera, si lamenta l'esistenza anche di un danno transfrontaliero<sup>12</sup>.

Ad avviso dei ricorrenti l'evoluzione del sapere scientifico avrebbe reso riconducibili alla mano dell'uomo una serie di fenomeni ambientali a cui stiamo assistendo, quali surriscaldamento, incendi, fenomeni meteorologici estremi, le cui cause sarebbero rintracciabili nelle decisioni (ritenute dai ricorrenti troppo poco ambiziose) con cui gli Stati disciplinano le emissioni dei gas a effetto serra. Poiché le scelte politiche di non ridurre in misura sufficientemente drastica e tempestiva queste emissioni contribuirebbero in maniera collettiva a provocare i danni lamentati alle condizioni di vita e alla salute dei ricorrenti, questi ultimi sarebbero in grado – grazie ai risultati dell'evoluzione scientifica in materia – di dimostrare la propria qualità di vittima, l'esistenza di un danno, anche transfrontaliero, la giurisdizione degli Stati resistenti. Persino la scelta di ricorrere contro 33 Stati contraenti<sup>13</sup>, e non contro tutti o solo alcuni fra di essi, è motivata da ragioni scientifiche. Gli Stati individuati dalla difesa come responsabili delle violazioni allegate sono infatti quelli rispetto ai quali sono per il momento disponibili dati scientifici che consentirebbero di stabilire con sufficiente precisione giurisdizione e nesso di causalità<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> *Cordella and Others v. Italy*, nos. 54414/13 and 54264/15, 24 January 2019, *Locascia and Others v. Italy*, no. 35648/10, 19 October 2023; si veda, per una possibile applicazione di tale giurisprudenza a fenomeni inquinanti più complessi, la comunicazione pubblicata in data 5 febbraio 2019 sui ricorsi *Di Caprio and Others v. Italy*, nos. 39742/14 et al., relativi alle vicende note come “terra dei fuochi”.

<sup>10</sup> J. GERARDS, *op. cit.*, 52.

<sup>11</sup> Nelle more della pubblicazione dello scritto tre di questi ricorsi sono stati decisi dalla Grande Camera in data 9 aprile 2024, con sentenza *KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland*, no. 53600/20, e decisioni *Duarte Agostinho and Others v. Portugal and 32 other States*, no. 39371/20, e *Carême v. France*, no. 7189/21. Altri sette ricorsi che sollevano questioni simili erano stati aggiornati in attesa della definizione dei tre ricorsi pendenti dinanzi la Grande Camera: *Uricchio v. Italy and 31 other States*, no. 14615/21, *De Conto v. Italy and 32 other States*, no. 14620/21, *Müller v. Austria*, no. 18859/21, *Greenpeace Nordic and Others v. Norway*, no. 34068/21, *The Norwegian Grandparents' Climate Campaign and Others v. Norway*, no. 19026/21, *Soubeste and Others v. Austria and 11 other States*, nos. 31925/22 et al, *Engels v. Germany*, no. 46906/22.

<sup>12</sup> I ricorrenti sono bambini e giovani adulti portoghesi. Sostengono di essere vittime degli effetti nefasti che il cambiamento climatico produce sulle loro condizioni di vita e di salute e che tali danni sarebbero riconducibili cumulativamente alle scelte dei 33 Stati resistenti in materia di emissione dei gas a effetto serra. Invocano gli articoli 2 (diritto alla vita), 8 (diritto al rispetto per la vita privata) e 14 (divieto di discriminazione).

<sup>13</sup> Il Portogallo, dove i ricorrenti risiedono, e altri 32 Stati membri del Consiglio d'Europa.

<sup>14</sup> Quest'argomentazione è stata utilizzata nel corso dell'udienza pubblica del 27 settembre 2023 dalla difesa dei ricorrenti per rispondere alla domanda posta sul punto dal Collegio.

Non è intenzione del presente contributo cercare di prevedere l'esito della decisione della Grande Camera<sup>15</sup>. Interessa invece prendere il contenzioso sul cambiamento climatico ad esempio di come il progresso scientifico può contribuire a far evolvere la giurisprudenza, senza richiedere alla Corte di modificare principi consolidati, ma modificando la percezione del contesto fattuale in cui le norme devono applicarsi. Dimostrare di essere direttamente colpiti dal cambiamento climatico significa far emergere la propria qualità di vittima rispetto a quella che altrimenti sarebbe stata una mera *actio popularis*<sup>16</sup>. Attraverso l'utilizzo dei dati scientifici il danno ambientale e il nesso di causalità da meramente speculativi possono prendere corpo, diventare misurabili. Quanto alla giurisdizione, è possibile arrivare a sostenere che decisioni sull'emissione di sostanze inquinanti hanno un impatto maggiore sulla vita di persone che abitano a centinaia di chilometri di distanza dal territorio dello Stato di emissione rispetto a quelle che risiedono nel Paese in cui le sostanze sono state emesse. Come si evince dalla comunicazione del caso *Duarte Agostinho*<sup>17</sup>, la Corte inquadra le questioni giuridiche assolutamente nuove poste da questo ricorso nel contesto delle consuete nozioni di giurisdizione e qualità di vittima. Quale che sarà la decisione della Corte, essa non sarà chiamata a rivoluzionare o stravolgere principi, ma ad applicarli a un contesto nuovo<sup>18</sup>, a una realtà svelata da evidenze scientifiche. Se peraltro la disponibilità di nuove tecniche scientifiche è solitamente invocata per estendere le maglie del giudizio sull'ammissibilità dei ricorsi dinanzi alla Corte, non si può *a priori* escludere che avvenga anche l'opposto. Nel recente caso *W.A. and Others v. Italy*, no. 18787/17, §§ 13 – 17, 16 November 2023, la Corte ha fatto uso dei suoi poteri istruttori per chiedere a un esperto di tecniche di riconoscimento facciale di verificare l'identità dei ricorrenti di cui la Corte non era certa alla luce delle ricostruzioni fattuali contrastanti delle parti. Anche sulla base dell'*expertise* formulata in applicazione di tecniche di riconoscimento biometrico, la Corte ha quindi escluso la qualità di vittima di uno dei

<sup>15</sup> Come si è anticipato i ricorsi sono stati decisi nelle more della pubblicazione dello scritto; la sentenza *KlimaSeniorinnen Schweiz* ha accertato, *inter alia*, la violazione dell'art. 8 della Convenzione, rilevando che tale norma include un diritto alla protezione effettiva da parte delle autorità nazionali nei confronti degli effetti pregiudizievoli alla vita, alla salute, al benessere e alla qualità della vita derivanti dal cambiamento climatico. La Corte ha ritenuto che la Svizzera non abbia adempiuto agli obblighi positivi previsti dalla Convenzione in materia di cambiamenti climatici. In particolare, il quadro normativo nazionale pertinente risulta lacunoso, giacché non quantifica, attraverso un bilancio del carbonio o in altro modo, i limiti delle emissioni nazionali di gas a effetto serra. Pur riconoscendo che le autorità nazionali godono di un ampio margine di discrezionalità in relazione alla scelta delle misure da porre in essere per combattere contro il cambiamento climatico, la Corte ha ritenuto che le autorità nazionali non abbiano agito in tempo e in modo appropriato per ideare, sviluppare e attuare una legislazione e misure pertinenti. Nella decisione *Duarte Agostinho*, per quanto riguarda la giurisdizione extraterritoriale degli Stati convenuti diversi dal Portogallo, la Corte ha concluso di non poter estendere in via interpretativa la giurisdizione extraterritoriale nel modo richiesto dai ricorrenti. La decisione *Carême* ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso, in quanto il ricorrente, che non viveva più in Francia, non aveva legami rilevanti con il luogo nel quale si sarebbero prodotti gli effetti pregiudizievoli derivanti dal cambiamento climatico lamentati nel ricorso.

<sup>16</sup> Sul concetto di *actio popularis* si veda J. GERARDS, *op. cit.*, 46.

<sup>17</sup> Consultabile sul sito internet dell'istituzione.

<sup>18</sup> Riflette sulle peculiarità che l'applicazione delle nozioni di giurisdizione, status di vittima e nesso di causalità rivestono nel contesto del contenzioso sul cambiamento climatico e, in particolare, dei c.d. "diagonal claims", ovvero delle doglianze con cui si lamenta un danno transfrontaliero, M. FERIA-TINTA, *The future of environmental cases in the European Court of Human Rights: extraterritoriality, victim status, treaty interpretation, attribution, imminence and "due diligence" in climate change cases*, in *Journal of Human Rights and the Environment*, 13 Special Issue, 2022, 174 ss.

ricorrenti, stabilendo che non fosse provata la sua effettiva partecipazione al gruppo di individui vittime della violazione allegata<sup>19</sup>.

### 3. Evoluzione scientifica e portata degli obblighi convenzionali

I dati scientifici, quali elementi del contesto fattuale, rilevano nella valutazione della giustificazione della limitazione al diritto fondamentale e possono dunque influire sulla decisione relativa al merito delle doglianze portate all'attenzione della Corte. Sebbene a nessuna delle fasi in cui si articola di regola il giudizio sulla giustificazione dell'interferenza (legalità, scopo legittimo, proporzionalità) sia estranea una valutazione anche di natura fattuale<sup>20</sup>, le fasi del ragionamento della Corte maggiormente condizionate dai dati scientifici sono quelle che attengono allo scopo legittimo e, in maniera prevalente, alla proporzionalità.

Quanto allo scopo legittimo, nella maggioranza dai casi è lo Stato a invocare evidenze scientifiche per suffragare la propria posizione circa la sussistenza di obiettivi di interesse generale che la misura limitativa del diritto intende perseguire<sup>21</sup>. Ciò non esclude che talvolta la Corte EDU abbia utilizzato argomentazioni tratte dalle conoscenze scientifiche diffuse a livello internazionale per escludere che un'interferenza ai diritti fondamentali fosse giustificabile alla luce dello scopo allegato dallo Stato resistente. Ad esempio, nella sentenza *Macaté v. Lithuania* [GC], no. 61435/19, §§ 210 - 216, 23 January 2023, la Corte ha rilevato come non vi fossero evidenze scientifiche né dati sociologici a supportare la tesi dello Stato resistente che sarebbe stato nel *best interest* del minore limitare la rappresentazione di relazioni omosessuali nella letteratura per l'infanzia<sup>22</sup>. Non vi è dubbio però che le questioni più interessanti si pongono nel contesto del test di proporzionalità, sul quale pertanto occorre soffermarsi.

La Corte EDU utilizza anzitutto i dati scientifici in un sindacato di tipo procedurale, valuta cioè se il processo decisionale nazionale ha tenuto in debito conto indagini e studi scientifici. Ciò può concretamente tradursi in tre distinti obblighi procedurali. Il primo è l'obbligo di introdurre una disciplina normativa per regolare le attività pericolose. La mera assenza di regolazione può infatti rivelarsi incompatibile con le esigenze di protezione contenute nella Convenzione se le autorità erano o avrebbero dovuto essere a conoscenza dei rischi per la vita o per la salute umana derivanti da una certa attività<sup>23</sup>. Il

<sup>19</sup> *W.A. and Others v. Italy*, cit., § 63.

<sup>20</sup> Si pensi, ad esempio, all'accertamento dell'accessibilità di una norma, che integra l'analisi di legittimità.

<sup>21</sup> Rientrano in questo contesto, ad esempio, gli obblighi di sottoporsi a esami o trattamenti di natura medica, rispetto ai quali gli Stati possono invocare obiettivi di tutela della salute pubblica, di lotta contro il doping, etc.

<sup>22</sup> Il tema ha coinvolto legislazioni provenienti da diversi Paesi membri dell'Unione europea e ha visto il Parlamento europeo prendere una posizione in netto sfavore di siffatte limitazioni in una Risoluzione dell'8 luglio 2021; per un'approfondita ricostruzione della vicenda si rinvia a A. OSTI – M. DELLA MALVA, *C'era una volta... quando la libertà di espressione passa attraverso le fiabe. Il caso Macaté c. Lituania*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2023, 273 ss.

<sup>23</sup> Si veda per esempio la sentenza *Brincat and Others v. Malta*, nos. 60908/11 and 4 others, 24 July 2014, relativa ai ritardi nell'introduzione di una disciplina legislativa a tutela dei lavoratori esposti all'amianto, nonostante i rischi derivanti da tale esposizione fossero da diversi anni dimostrati dalla ricerca scientifica e noti alle autorità nazionali. Si veda altresì il caso *Jugheli and Others v. Georgia*, no. 38342/05, 13 July 2017, relativo all'inquinamento prodotto da una centrale termoelettrica che aveva iniziato l'attività industriale prima dell'entrata in vigore della normativa di protezione ambientale e che, persino dopo l'introduzione di quest'ultima, aveva continuato a operare per diversi anni in assenza di un quadro regolatorio.

secondo obbligo attiene agli approfondimenti istruttori che il legislatore è tenuto a porre in essere laddove intenda normare una materia *science-based*. Conoscere i progressi scientifici rilevanti e tenerne conto nel momento di introdurre o aggiornare una disciplina normativa diviene metro per misurare l'utilità dell'intervento legislativo rispetto al perseguimento di determinati obiettivi di interesse sociale<sup>24</sup>. Il terzo obbligo riguarda, ferma restando l'esistenza di una disciplina legislativa astrattamente adeguata, l'applicazione di strumenti amministrativi idonei a garantirne l'effetto utile, ad esempio attraverso la sussistenza e l'utilizzo di preventive valutazioni di impatto ambientali<sup>25</sup>.

La caratura tecnico-scientifica della questione sottoposta all'esame della Corte può emergere anche in un sindacato di tipo sostanziale, attinente al merito delle scelte nazionali. Sotto questo profilo, è possibile distinguere, da un lato, il rapporto tra evidenze scientifiche e definizione del margine di apprezzamento e, dall'altro, la rilevanza che i dati scientifici assumono nella valutazione del rispetto dei limiti di tale margine.

È noto che il sindacato di proporzionalità utilizzato dalla Corte è uno strumento flessibile, la cui profondità dipende dalla scelta della Corte di riconoscere agli Stati un margine di apprezzamento più o meno ampio sulla base di una serie di fattori valutati alla luce del caso concreto. La circostanza che una materia sia attraversata da questioni tecnico-scientifiche complesse può condurre la Corte a restringere o ampliare il margine di apprezzamento a seconda che si sia formato o meno un consenso tra gli Stati contraenti sulla sua regolazione giuridica<sup>26</sup>. Nel primo caso, la Corte tende a far prevalere le esigenze di uniformità nella creazione di standard minimi di protezione riassumibili nella formula del *common ground factor*, nel secondo prevarrà invece il c.d. *better placed argument*, ovvero l'idea che l'accertamento dei fatti, la determinazione delle politiche e delle loro conseguenze sono operazioni per le

<sup>24</sup> Nel caso *S.H. and Others v. Austria* [GC], no. 57813/00, ECHR 2011, ad esempio, la Corte EDU insiste sulla necessità che il legislatore nazionale tenga in debito conto i progressi compiuti dalla scienza medica al fine di aggiornare le proprie scelte normative in materia di fecondazione medicalmente assistita. Ancora, nel caso *Durissimo v. Italy* (dec.), no. 62804/13, 6 May 2014, in materia di accesso a cure compassionevoli, la Corte rileva non essere provato il valore scientifico del metodo "Stamina" e che, anzi, la scelta legislativa contestata si fondava su un parere negativo del comitato scientifico all'uopo istituito dal Ministero della Salute. Come osserva G. RAGONE, *Valutazioni e fatti scientifici tra ragionevolezza e proporzionalità: brevi note sul ragionamento giuridico della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, entrambe le pronunce mettono in luce «la necessità di un agire "scientificamente informato" del legislatore» e reputano tale requisito soddisfatto «laddove la scelta normativa sia frutto del confronto con autorità dotate di competenze tecniche in materia, non spettando ai giudici di pronunciarsi sul merito dell'adeguatezza scientifica dell'opzione».

<sup>25</sup> Cfr., ad esempio, le sentenze *Giacomelli v. Italy*, no. 59909/00, § 83, ECHR 2006-XII, *Tătar v. Romania*, no. 67021/01, § 88, 27 January 2009 e *Hardy and Maile v. the United Kingdom*, no. 31965/07, §§ 219 – 220, 14 February 2012, su cui vedasi N. KOBYLARZ, *Balancing its Way Out of Strong Anthropocentrism: Integration of 'Ecological Minimum Standards' in the European Court of Human Rights 'Fair Balance' Review*, in *Journal of Human Rights and the Environment*, 13 Special Issue, 2022, 29.

<sup>26</sup> Si pensi alla disciplina giuridica introdotta nei diversi Stati contraenti per far fronte alla pandemia da Covid-19; ho argomentato in altro scritto che il carattere prevalentemente tecnico-scientifico delle giustificazioni che hanno sostenuto le misure di contrasto al virus e la relativa facilità di accesso e scambio dei dati scientifici, tecnici e statistici sono elementi di cui la Corte dovrebbe tener conto per restringere il margine di apprezzamento da riconoscere agli Stati contraenti che abbiano attivato durante la pandemia la deroga per stato d'urgenza ex art. 15 della Convenzione; cfr., se si vuole, R. LUGARÀ, *Emergenza sanitaria e articolo 15 CEDU: perché la Corte europea dovrebbe intensificare il sindacato sulle deroghe ai diritti fondamentali*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2020, 358 ss.

quali le autorità nazionali sono meglio attrezzate di un giudice internazionale. La determinazione dell'ampiezza del margine di apprezzamento nelle materie *science-based* costituisce un esercizio complesso, anche perché alla sussistenza o meno di un consenso internazionale si intrecciano spesso altri fattori, alcuni dei quali spingono nella direzione dell'ampliamento del margine (sussistenza di questioni etiche, necessario bilanciamento con altri interessi o diritti), altri in quella del suo restringimento (incidenza su aspetti fondamentali dei diritti)<sup>27</sup>.

Una volta definito il margine di apprezzamento, i dati scientifici possono essere usati per valutare se lo Stato ha agito nei limiti di tale margine o ha imposto all'individuo un onere eccessivo. Nei casi in cui il margine di apprezzamento è ampio, la Corte verifica che l'interferenza con i diritti fondamentali sia, alla stregua dei dati scientifici disponibili, adeguata o idonea al raggiungimento dello scopo prefissato dallo Stato. Tuttavia non spingerà il sindacato di proporzionalità nelle fasi successive in cui questo si articola<sup>28</sup>. Pertanto, non chiederà allo Stato di dimostrare che la misura contestata era altresì lo strumento meno restrittivo possibile per il diritto<sup>29</sup>, né sostituirà la propria valutazione al bilanciamento effettuato dalle autorità nazionali<sup>30</sup>.

Nei casi in cui la Corte riconosce solo un certo margine di apprezzamento o un margine di apprezzamento ristretto, non esiterà invece a mettere in dubbio le scelte nazionali e a valutare, anche sulla scorta dei dati scientifici disponibili, il raggiungimento da parte dello Stato di un bilanciamento adeguato tra gli interessi in conflitto<sup>31</sup>.

#### 4. Qualche riflessione sul rapporto tra evoluzione scientifica e obblighi di protezione

Lo schema argomentativo sopra descritto opera in principio in egual misura in relazione agli obblighi negativi e positivi. Tuttavia la Corte è meglio attrezzata per valutare l'adeguatezza scientifica di una limitazione a un diritto più di quanto non lo sia per ricavare dal progresso scientifico nuovi obblighi positivi. Guardando ancora una volta all'evoluzione della giurisprudenza in materia ambientale, è possibile osservare che la Corte ha individuato come standard di adeguata protezione dei diritti quello della diligenza necessaria. È possibile allora chiedersi se il progresso scientifico possa riempire di contenuto questa nozione di diligenza. La risposta deve essere positiva, ma con alcune cautele che

<sup>27</sup> Si vedano per esempio le sentenze *Vo v. France* [GC], no. 53924/00, §§ 81-85, ECHR 2004-VIII, relativa all'applicabilità al nascituro della protezione di cui all'art. 2 della Convenzione, e *A.P., Garçon and Nicot v. France*, nos. 79885/12 and 2 others, §§ 121-125, 6 April 2017, in materia di riconoscimento dell'identità della persona transessuale.

<sup>28</sup> Si rinvia alle note categoriali dottrinali elaborate con riferimento al giudizio di proporzionalità: (i) l'adeguatezza (o idoneità) dell'ingerenza rispetto al raggiungimento dello scopo legittimo; (ii) la necessità della misura, intesa come verifica circa l'inesistenza di soluzioni alternative meno invasive per i diritti, e (iii) la proporzionalità in senso stretto o bilanciamento, ovvero la valutazione comparativa tra i benefici apportati dalla misura e il sacrificio imposto agli individui; cfr., ad esempio, la schematizzazione proposta da P. YOWELL, *Empirical Research in Rights-Based Judicial Review of Legislation*, in P.M. HUBER, K. ZIEGLER (a cura di), *Current Problems in the Protection of Human Rights – Perspectives from Germany and the UK*, Oxford, 2012, 155, e ripresa recentemente da G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Torino, 2020, 55 s.

<sup>29</sup> Si veda ad esempio la sentenza *Vavříčka and Others v. the Czech Republic* [GC], nos. 47621/13 and 5 others, § 306, 8 April 2021.

<sup>30</sup> *S.H. and Others v. Austria* [GC], cit., 114.

<sup>31</sup> *Howald Moor et autres c. Suisse*, nos. 52067/10 et 41072/11, §§ 74 - 79, 11 mars 2014.

derivano, ancora una volta, dal necessario rispetto del principio di sussidiarietà e dalla natura internazionale della giurisdizione della Corte.

Quanto al principio di sussidiarietà, se il progresso scientifico è stato adeguatamente tenuto in considerazione durante il processo decisionale degli Stati (e, quindi, se gli obblighi procedurali sono stati assolti), si può anzitutto far leva sul diritto nazionale per riempire di contenuto lo standard di diligenza richiesto nella protezione dei diritti. Sotto questo profilo, le irregolarità, i ritardi, le violazioni del diritto interno sono argomenti utilizzati dalla giurisprudenza consolidata della Corte per concludere che nel caso concreto lo standard di diligenza non è stato rispettato<sup>32</sup>.

Più difficile è la posizione della Corte quando i dati scientifici vengono invocati per dimostrare che una misura perfettamente legittima sul piano interno non sarebbe sufficiente a ritenere assolto il dovere di diligenza imposto dalla Convenzione. In questi casi, la Corte ha finora mostrato un atteggiamento cauto e tendenzialmente restio a sostituire un proprio bilanciamento quello effettuato dagli Stati contraenti<sup>33</sup>. Sotto questo profilo, l'esistenza di un consenso a livello internazionale su quali siano le misure di protezione necessarie per fronteggiare un determinato fenomeno, alla stregua di evidenze scientifiche condivise, può aiutare la Corte a elevare lo standard di diligenza richiesto per assolvere a determinati obblighi di protezione. Ancora una volta possono portarsi ad esempio delle potenzialità espansive dell'evoluzione scientifica sugli standard convenzionali di tutela i casi pionieri sul cambiamento climatico. In tali ricorsi si sostiene che la Corte dovrebbe tener conto, nell'interpretare lo standard di diligenza richiesto dalla Convenzione, del fatto che gli Stati hanno già riconosciuto in una serie di altri trattati internazionali la necessità di ridurre le emissioni di gas a effetto serra per contrastare l'aumento della temperatura globale e si sono già impegnati a introdurre nei rispettivi ordinamenti misure adeguate a raggiungere questo scopo.

A prescindere dalla risposta che la Corte darà alle sfide poste dal contenzioso sul cambiamento climatico<sup>34</sup>, in ottica generale sembra potersi affermare che quanto più le evidenze scientifiche risulteranno radicate nel contesto sociale, condivise nel panorama politico europeo e trasfuse in atti giuridici, quali decisioni di giudici nazionali, leggi, accordi e trattati internazionali, tanto più la Corte EDU potrà appoggiarsi al consenso sull'esistenza di questa realtà scientifica per riempire di contenuto gli obblighi di protezione derivanti dalla Convenzione.

---

<sup>32</sup> Si vedano ad esempio le sentenze *López Ostra*, cit., §§ 16-22; *Guerra*, cit., §§ 25-27; *Cordella*, cit., §§ 167-173; *Locascia*, cit., §§ 141-147.

<sup>33</sup> *Hatton and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 36022/97, § 120, ECHR 2003-VIII; *Greenpeace E.V. and Others v. Germany* (dec.), no. 18215/06, 12 May 2009.

<sup>34</sup> V. *supra* nota 15.





# Derecho a la ciencia en relación con los derechos de los pueblos indígenas. Consideraciones acerca de la jurisprudencia evolutiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Juan Alberto Lecaros, Gonzalo López\*

RIGHT TO SCIENCE IN RELATION TO THE RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES. SOME REMARKS ABOUT THE EVOLUTIONARY JURISPRUDENCE OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT: The Inter-American Court of Human Rights has developed extensive jurisprudence on the rights of indigenous and tribal peoples in which it has recognized the right of these peoples to collective property over land and traditional territory, through an extensive and evolutionary interpretation of the rights of the American Convention on Human Rights (ACHR). We argue that the Court's jurisprudence on indigenous rights leads to a strong connection with the human right to science and the relationship between both rights can contribute to strengthening and expanding the evolutionary interpretation of the Inter-American Court.

KEYWORDS: Rights of indigenous peoples; right to science; international biodiversity law; jurisprudence; Inter-American Court

SUMARIO: 1. Introducción – 2. El derecho humano a la ciencia: reconocimiento jurídico internacional y regional – 3. Principales contenidos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre el derecho de los pueblos indígenas y tribales en relación con el derecho a la ciencia – 4. El derecho a la ciencia bajo el derecho internacional de la biodiversidad y su impacto en los derechos de los pueblos indígenas – 5. Consideraciones finales.

## 1. Introducción

La Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>1</sup> desde el 2001, con el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua<sup>2</sup>, ha desarrollado una extensa jurisprudencia en materia de derechos de los pueblos indígenas y tribales. A partir de esta sentencia, la Corte reconoció —mediante una interpretación extensiva y evolutiva de los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), especialmente del derecho a la propiedad privada—, el derecho de estos pueblos a la propiedad colectiva sobre la tierra y el territorio tradicional,

\* Juan Alberto Lecaros: director del Observatorio de Bioética y Derecho, Instituto de Ciencias e Innovación en Medicina, Facultad de Medicina Clínica Alemana Universidad del Desarrollo. Mail: [jlecaros@udd.cl](mailto:jlecaros@udd.cl). Gonzalo López: profesor investigador del Observatorio de Bioética y Derecho, Instituto de Ciencias e Innovación en Medicina, Facultad de Medicina Clínica Alemana Universidad del Desarrollo. Mail: [gonzalolopez@udd.cl](mailto:gonzalolopez@udd.cl). Artículo evaluado positivamente por dos expertos externos.

<sup>1</sup> En adelante la «Corte Interamericana» o la «Corte».

<sup>2</sup> Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C, núm. 79.



y con ello, la importancia que tiene tanto para su supervivencia física y cultural como para el uso y goce de los recursos naturales que se encuentran dentro de su territorio.

La Corte también ha sostenido que el derecho de propiedad colectiva es garantía del disfrute efectivo de otros derechos, como el derecho a un medioambiente sano, a la salud, a la alimentación tradicional y a la vida cultural, en virtud de la doctrina de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos. Además, ha comprendido que la protección del derecho de propiedad comunal de los pueblos indígenas exige a los Estados el deber de garantizar derechos de participación efectiva cuando se interviene en sus territorios. Esto incluye el derecho a ser consultados, el derecho a participar tanto en los beneficios de las intervenciones como en las evaluaciones previas de impacto social y ambiental<sup>3</sup>.

En este trabajo sostenemos que la interpretación evolutiva que ha venido desarrollando la Corte Interamericana respecto del derecho de propiedad de los pueblos indígenas a sus tierras conduce a una fuerte vinculación con el derecho humano a la ciencia. La relación entre ambos derechos ha sido escasamente estudiada por la doctrina y no ha sido objeto de interpretación y desarrollo ni por la Comisión ni por la Corte Interamericana<sup>4</sup>. Plantear puntos de contacto entre ambos derechos puede contribuir a robustecer y ampliar la interpretación evolutiva de la Corte respecto de la protección de los derechos de estos pueblos en el contexto de la creciente globalización de la investigación científica y la transferencia tecnológica en las que se utilizan recursos genéticos y conocimientos tradicionales de pueblos indígenas, como asimismo en relación con el impacto de proyectos de desarrollo, explotación o extracción de recursos naturales en sus territorios.

Además, sostenemos que el contenido y alcance normativo que se ha dado al derecho a la ciencia, por la doctrina y los órganos del sistema internacional de derechos humanos, puede profundizarse con la aplicación del derecho internacional de la biodiversidad, en especial en lo relativo al derecho a la participación justa y equitativa en los beneficios. Este segundo nivel de conexión permite precisar aún más la interpretación evolutiva que la Corte ha venido elaborando respecto del derecho a la propiedad

<sup>3</sup> La Corte Interamericana se pronunció por primera vez sobre el derecho de consulta de los pueblos indígenas y tribales, enmarcándolo dentro del derecho a la propiedad consagrado en la Convención Americana, en Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007.

<sup>4</sup> Hasta la fecha, el único caso en el que la Corte Interamericana se ha pronunciado sobre el derecho a la ciencia es en el *Caso Artavia Murillo y otros («Fecundación in Vitro») Vs. Costa Rica*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C, No. 257. En este caso, la Corte aplica el derecho a la ciencia como un derecho instrumental para el ejercicio de otros derechos. La Corte declaró que «el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho», esto es, «con el derecho al goce de los beneficios del progreso científico». Argumenta que el alcance de los derechos personales afectados se extiende al derecho a la ciencia (el acceso sin discriminación al goce de los beneficios del progreso científico), en virtud de la regla de interpretación de la Convención Americana que impide limitar el ejercicio de otros derechos reconocidos en otros instrumentos internacionales (artículo 29 b CADH). En este caso la plena realización del derecho gozar de los beneficios de la ciencia, estipulados por el PIDESC y el Protocolo de San Salvador, a través del acceso «a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva», es condición para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia y, por lo tanto, su acceso impide que las personas afectadas estén sujetas a prohibiciones desproporcionadas que resulten discriminatorias.

colectiva de tierras y territorios de los pueblos indígenas en relación con el derecho a un medioambiente sano, a la salud, a la alimentación y la vida cultural.

El artículo presenta un panorama de la evolución del reconocimiento y la interpretación del derecho a la ciencia en instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos y la relación que guarda con el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el sistema internacional e interamericano de derechos humanos. A continuación, nos concentramos en los principales elementos que estructuran la jurisprudencia de la Corte en cuanto al reconocimiento efectivo de los derechos de los pueblos indígenas a sus territorios ancestrales y que revisten importancia para relacionarlos con el contenido normativo otorgado al derecho a la ciencia. En la última parte del trabajo, a partir de la idea de que existe una fertilización cruzada entre el derecho a la ciencia y la participación justa y equitativa en los beneficios bajo el derecho internacional de la biodiversidad<sup>5</sup> se profundiza en la extensión de los derechos de los pueblos indígenas, especialmente, en lo relativo a sus derechos a la participación efectiva en el intercambio de la información científica y la cooperación científica internacional, como también, en la protección y valorización de su conocimiento tradicional.

## 2. El derecho humano a la ciencia: reconocimiento jurídico internacional y regional

Aunque el derecho a la ciencia tuvo un temprano reconocimiento en los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos, ha sido bastante postergado tanto por la doctrina de los derechos humanos como por la jurisprudencia nacional, regional e internacional. El reconocido experto Mikel Mancisidor afirma, respecto de esto último, que «seguramente podemos contar con los dedos de una mano las sentencias de altos tribunales que han fundamentado sus decisiones, siquiera de manera secundaria, complementaria o como *obiter dictum*, en el derecho a la ciencia»<sup>6</sup>. Pero en un mundo amenazado por el calentamiento global, el riesgo de las pandemias, pérdida creciente de biodiversidad, agricultura y ganadería insostenible, entre otros riesgos globales, el desarrollo del contenido normativo del derecho a la ciencia, su vinculación con otros derechos humanos que contribuyen a su plena realización y disfrute (por ejemplo, salud, vivienda, alimentación, medio ambiente libre de contaminación), y su interpretación y aplicación en distintos contextos socioculturales y económicos, adquiere sin duda cada vez mayor preponderancia y urgencia.

El derecho a la ciencia tiene su origen dentro del sistema interamericano de derechos humanos con el trabajo del Comité Jurídico Interamericano que fue el órgano redactor de la Declaración Americana de Derechos Humanos (1948)<sup>7</sup>. En el artículo XIII la Declaración lo reconoce en estos términos: «derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que

<sup>5</sup> Convenio sobre la Diversidad Biológica, adoptado el 5 de junio de 1992 en Río de Janeiro, República Federativa de Brasil, y Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica, adoptado el 29 de octubre de 2010, en Nagoya, Japón.

<sup>6</sup> M. MANCISIDOR, *El derecho humano a la ciencia: Un viejo derecho con un gran futuro*, en *Anuario De Derechos Humanos* 13, 2017, 211-221.

<sup>7</sup> Sobre este tema, véase: C.P.R. ROMANO, *The Origins of the Right to Science: The American Declaration on the Rights and Duties of Man*, in H. PORS DAM, S. PORS DAM MANN (eds.), *The Right to Science: Then and Now*, Cambridge, 33-53.

resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos». En parte inspirada en la formulación anterior, la Declaración Universal de Derechos Humanos redactó este derecho en términos más amplios de «participación», y no solo de disfrute o goce de los «beneficios», «en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten» (artículo 27)<sup>8</sup>. La formulación en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDSC) también asume un enfoque amplio de este derecho en términos de «participación» activa en la vida científica, si tenemos en cuenta el conjunto de sus numerales (artículo 15 numerales 1 a 4)<sup>9</sup>. Parte de la doctrina ha entendido el derecho a la ciencia como un derecho cultural que comprende el derecho a participar en el progreso científico y a participar o gozar de los beneficios que resulten de ese progreso y de sus aplicaciones<sup>10</sup>. Asimismo, los Informes de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Sra. Farida Shaheed, de 2012 (A/HRC/20/26)<sup>11</sup> y 2015 (A/70/279)<sup>12</sup> y la Observación general núm. 25 (2020) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han enfatizado la interpretación amplia del derecho a la ciencia como derecho cultural, en términos de derecho de participación en el progreso científico, acceso a los beneficios de la ciencia (incluyendo participación equitativa en los beneficios y transferencia de tecnologías) y a un entorno de cooperación internacional. En el Informe de la Relatora Especial de 2012 se defiende la relación intrínseca entre el derecho a la ciencia y el derecho a participar libremente en la vida cultural, pues, «ambos se refieren a la búsqueda del conocimiento y la comprensión y a la creatividad humana en un mundo en cambio constante» (numeral 17). La vinculación del derecho a la ciencia con los derechos de los pueblos indígenas aparece de manera explícita en la Observación general núm. 25. En este documento el enfoque de «participación en el

<sup>8</sup> Artículo 27, «1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora».

<sup>9</sup> Artículo 15, «1. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) Participar en la vida cultural; b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. 2. Entre las medidas que los Estados partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura. 3. Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora. 4. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales».

<sup>10</sup> Entre quienes defienden la interpretación de la inclusión del derecho de la ciencia dentro de los derechos culturales, véase: A. PLOMER, *The Human Rights Paradox: Intellectual Property Rights and Rights of Access to Science*, in *Human Rights Quarterly*, 35, 2013, 143-75; F. SHAHEED, A. MAZIBRADA, *On the Right to Science As a Cultural Human Right. Thomas Paine and the Idea of Human Rights*, in H. PORSDAM, S. PORSDAM MANN (eds.), *The Right to Science: Then and Now*, Cambridge, 2021, 107-23. Otros autores, en cambio, sostienen que el derecho a la ciencia es tanto un derecho civil y político, en cuanto al acceso a la información, como un derecho económico, social y cultural. Para esta postura, véase: W.A. SCHABAS, *Study of the Right to Enjoy the Benefits of Scientific and Technological Progress and its Applications*, in Y. DONNERS, V. VOLODIN (eds.), *Human Rights in Education, Science and Culture: Legal Developments and Challenges*, Farnham, 2007, 297.

<sup>11</sup> *Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights: the right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications*, UN Doc A/HRC/20/26, 2012. (En adelante: Informe de la Relatora Especial de 2012).

<sup>12</sup> *Report of the Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights, Patent Policy and the Right to Science and Culture*, UN Doc A/70/279, 2015. (En adelante: Informe de la Relatora Especial de 2015).

progreso científico» se extiende a este grupo específico de protección especial, siguiendo uno de los elementos del contenido normativo del derecho a la ciencia que identifica el Informe de la Relatora Especial de 2012: «Participación de individuos y comunidades en la adopción de decisiones». Al respecto, la Observación destaca la importancia de la participación activa de los pueblos indígenas en el diálogo científico intercultural mundial con sus conocimientos tradicionales, junto con la necesidad de hacer consultas genuinas para obtener el consentimiento libre, previo e informado, cuando se tomen decisiones que les impacten o se utilicen sus conocimientos. En relación con lo anterior, el Informe de la Relatora Especial de 2015, en el que se examina las consecuencias de la política de patentes para el derecho humano a la ciencia y la cultura, propone que la forma adecuada de proteger los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, como veremos al final de este trabajo, es mediante los mecanismos del derecho internacional de la biodiversidad (Convención sobre la Diversidad Biológica y Protocolo de Nagoya) y dentro del respeto de los derechos reconocidos por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI). Precisamente, esta Declaración reconoce que estos pueblos tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar la propiedad intelectual de su patrimonio cultural y conocimientos tradicionales, entre otras expresiones culturales<sup>13</sup>. La Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas, igual que la DNUDPI, no hace un reconocimiento explícito al derecho a la ciencia, pero formula el derecho al pleno reconocimiento y respeto de su patrimonio cultural material e inmaterial y propiedad intelectual, incluyendo los conocimientos tradicionales.

El derecho a la ciencia, dentro del sistema interamericano, se reconoció de manera expresa, primero en el artículo XIII de la Declaración Americana y luego en el artículo 14 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador), con el título «derecho a los beneficios de la cultura»<sup>14</sup>. La redacción de este último reitera la del artículo 15 del PIDSC, por lo que, igual que este, se puede interpretar de sus numerales que adoptan una visión amplia de participación en la actividad cultural y científica. El Informe de la Relatora Especial de 2012 observa que el «derecho [a la ciencia] todavía no ha sido tratado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ni por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque hace poco la Comisión subrayó la necesidad urgente de definir el derecho de manera que pueda aplicarse en la práctica». El Informe está haciendo referencia a la sesión de octubre de 2012 en la Comisión Interamericana, *Rights to the Benefits of Scientific Progress in the Americas*, en la que intervino la experta Jessica Wyndham, quien destacó los elementos centrales del contenido normativo del derecho a la ciencia<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> En el Informe de la Relatora Especial de 2012 se manifiesta esta preocupación por «la amenaza que crea la «bioprospección» para los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas y otras comunidades locales», promoviendo los mecanismos que eviten uso o apropiación indebida (numeral 64).

<sup>14</sup> Otro instrumento del sistema interamericano que reconoce el derecho a la ciencia es el artículo 38 de la Carta de la OEA que estipula: «los Estados miembros difundirán entre sí los beneficios de la ciencia y de la tecnología, promoviendo, de acuerdo con los tratados vigentes y leyes nacionales, el intercambio y el aprovechamiento de los conocimientos científicos y técnicos».

<sup>15</sup> El testimonio ante la Comisión Interamericana de Jessica Wyndham se encuentra en [https://www.aaas.org/sites/default/files/IACHR\\_Testimony\\_Wyndham.pdf](https://www.aaas.org/sites/default/files/IACHR_Testimony_Wyndham.pdf) (último acceso: 29 de febrero 2024). La experta destaca los siguientes elementos del derecho a la ciencia, a partir de su lectura del artículo 14 del Protocolo de San Salvador: (1) que se preste especial atención a las necesidades de las poblaciones marginadas

### 3. Principales contenidos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre el derecho de los pueblos indígenas y tribales en relación con el derecho a la ciencia

Si bien la amplia jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de derechos de pueblos indígenas ha considerado en sus fallos la afectación de derechos sociales como, por ejemplo, la salud, la alimentación, la cultura o el medioambiente sano, no los ha invocado como derechos justiciables. La fundamentación de sus sentencias se ha sustentado en la violación directa de derechos civiles y políticos, como el derecho a la vida, a la integridad personal, a las garantías judiciales y al debido proceso, y especialmente, el derecho de propiedad, respecto del cual ha desarrollado una amplia línea jurisprudencial evolutiva que reconoce un derecho a la propiedad colectiva de sus tierras y territorios. Lo anterior se explica porque, en el sistema Interamericano, la exigibilidad directa de los derechos sociales encuentra su limitación en el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador, que dispone que solo los derechos sindicales de asociación y el derecho a la educación son exigibles de manera directa ante los órganos del Sistema Interamericano. Sin perjuicio de lo anterior, a luz del artículo 26 de la Convención Americana, los Estados parte se comprometen «a lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos»<sup>16</sup>.

La incompatibilidad entre la restricción del artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador y el artículo 26 de la Convención Americana ha sido una cuestión debatida. Sin embargo, la Corte, a partir del Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina – sentencia de 6 de febrero de 2020<sup>17</sup>–, decidió fijar, por primera vez, su competencia para determinar violaciones de derechos sociales de acuerdo con el artículo 26 de la Convención Americana. En este caso, la Corte determinó que Argentina violó, en perjuicio de las comunidades indígenas víctimas del caso, sus derechos a participar en la vida cultural, en lo relativo a la identidad cultural, a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, y al agua, todos los cuales son derechos que estarían contenidos como derechos sociales y ambientales en el artículo 26 de la Convención Americana. Este precedente es relevante porque permitiría a la Corte conectar el derecho a la propiedad colectiva con el derecho a la ciencia como un derecho exigible directamente y no tan solo como un derecho que

---

y vulnerables; (2) que el derecho requiere la creación de un entorno participativo y propicio; (3) que la realización del derecho requiere el fortalecimiento de la cooperación y asistencia internacional en ciencia; (4) inherente al derecho es la necesidad de proteger contra las violaciones de los derechos humanos causadas por el uso o mal uso de la ciencia y la tecnología; y (5) la libertad científica debe respetarse como vital para el desarrollo de una comunidad científica sólida y productiva.

<sup>16</sup> Para determinar el alcance del artículo 26, véase: C. COURTIS, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en E. FERRER MAC-GREGOR, A. ZALDIVAR LELO DE LARREA (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho*, t. IX, Derechos Humanos y Tribunales Internacionales, México, 2008, 365.

<sup>17</sup> Corte IDH, *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 6 de febrero de 2020, Serie C, No. 400.

facilita el goce efectivo de otros derechos, esto es, como un «derecho instrumental para el ejercicio de otros derechos»<sup>18</sup>.

Hasta ahora, la Corte en su jurisprudencia en materia de pueblos indígenas no ha hecho referencia ni de manera directa ni indirecta a una posible afectación al derecho a la ciencia. A continuación, para poder plantear los puntos de conexión con algunos aspectos estructurales de este derecho presentaremos el principal contenido y evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de pueblos indígenas. Un primer punto de semejanza entre ambos derechos tiene relación con el giro jurisprudencial de la Corte, que pasa del reconocimiento de la violación de derechos a los miembros de los pueblos indígenas al reconocimiento de la violación de los derechos de la comunidad indígena, esto es, a considerar a los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derechos<sup>19</sup>. Este cambio en la jurisprudencia es importante al momento de extender la aplicación del derecho a la ciencia a los pueblos indígenas. La doctrina ha planteado que el derecho a la ciencia tiene una dimensión colectiva (por ejemplo, el derecho de los integrantes de la comunidad a gozar de los beneficios y aplicaciones del desarrollo), aunque no necesariamente esto implique que exista un sujeto colectivo de derechos<sup>20</sup>.

Después de la sentencia de Mayagna (Sumo) Awas Tigni, la Corte amplió su jurisprudencia sobre el derecho a la propiedad colectiva en los llamados «casos paraguayos», estableciendo un estrecho vínculo con los derechos sociales<sup>21</sup>. En uno de estos casos (Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay), siguiendo el Convenio 169 de la OIT, señala que «los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida»<sup>22</sup>. A partir de este sentido amplio al derecho a la propiedad colectiva, en este mismo caso la Corte se pronuncia respecto de la afectación de derechos de naturaleza económica, social, cultural o ambiental,

<sup>18</sup> R. SABA, *Derecho a la ciencia: una mirada desde los derechos humanos*, <https://policycommons.net/artifacts/8215515/derecho-a-la-ciencia/9128173/> (último acceso: febrero 2024).

<sup>19</sup> A partir del caso Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, en 2012, la Corte dejó de entender los derechos de los pueblos indígenas como derechos individuales de cada miembro de la comunidad, declarando, por primera vez, la violación a los derechos de la comunidad en su conjunto (párr. 231).

<sup>20</sup> En el *Policy brief* UNESCO, *Derecho a la ciencia. Una mirada desde los derechos humanos* (2020), el autor propone que, a partir de la opinión de la Corte Interamericana sobre la dimensión individual y colectiva del derecho a la libertad de expresión, se puede afirmar por analogía que también el derecho a la ciencia posee también una dimensión individual y una colectiva. Véase: Corte IDH, *La Colegiación obligatoria de periodistas*, 1985. (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5. Recuperado en: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/53980> (último acceso: febrero 2024).

<sup>21</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C, núm. 125; Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C, núm. 146; Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C, núm. 214.

<sup>22</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, supra, párr. 145.

utilizando como norma puente el derecho a una vida digna<sup>23</sup>. Argumenta que la vulneración del derecho a colectivo a las tierras afecta el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la salud, a la alimentación, al agua, a la educación o a la identidad cultural (párr. 167).

También la Corte se ha pronunciado acerca de la relación entre el goce efectivo del derecho a un medio ambiente sano y el respeto de los derechos de los pueblos indígenas. En el caso *Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, la Corte fue explícita en señalar que el respeto de los derechos de estos pueblos al adecuado uso y goce de sus territorios tradicionales puede redundar positivamente en la conservación del medio ambiente, de tal modo que sus derechos deben entenderse como complementarios de las normas internacionales del medio ambiente y no como excluyentes<sup>24</sup>. Para ello, sostiene la Corte que los Estados deben aplicar los criterios de participación efectiva de estos pueblos, acceso y uso de sus territorios ancestrales y de acceso a los beneficios de su conservación (párr. 181)<sup>25</sup>.

Otros derechos que la jurisprudencia de la Corte ha sido uniforme en relacionar con el derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas son los derechos culturales, especialmente el derecho a la identidad cultural<sup>26</sup>. En uno de los casos paraguayos antes mencionados, la Corte afirma que existe una estrecha relación de los pueblos indígenas «con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural»<sup>27</sup>. El derecho a la identidad cultural que ha destacado la Corte en su jurisprudencia es parte del derecho a participar en la vida cultural que, a su vez, está íntimamente relacionado con el derecho a la ciencia. La Corte, siguiendo especialmente los preceptos del Convenio 169 y la DNUDPI, ha destacado en su jurisprudencia que el derecho a la identidad cultural comprende el patrimonio cultural, los conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> En este caso, la Corte se pronuncia sobre la afectación al derecho a la vida digna (artículo 4º CADH) de Comunidad Yakye Axa en relación con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de CADH, le permite relacionar con los derechos sociales, económicos y culturales del Pacto de San Salvador: derecho a la salud, a un medio ambiente sano, a la alimentación, a la educación, y a los beneficios de la cultura. Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, supra, párr. 163.

<sup>24</sup> Cfr. Corte IDH, *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2015, Serie C, No. 309, párr. 173.

<sup>25</sup> También la Corte Interamericana ha fijado su doctrina sobre la relación entre derecho al medio ambiente sano y el derecho a los pueblos indígenas en: Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Colombia sobre medio ambiente y derechos humanos*, OC-23/17, 15 Noviembre 2017. Recuperado en: <https://www.refworld.org/es/jur/caselaw/iacrthr/2017/es/123157> (último acceso: febrero 2024).

<sup>26</sup> Con la sentencia del caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, la Corte Interamericana define el derecho a la identidad cultural, considerándolo «un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática» (párr. 217).

<sup>27</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, supra, párr. 124.

<sup>28</sup> En relación con la pérdida de la identidad cultural como consecuencia de la pérdida de las tierras, véase *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, supra, párr. 146-147.



#### 4. El derecho a la ciencia bajo el derecho internacional de la biodiversidad y su impacto en los derechos de los pueblos indígenas

La relación entre el derecho a la ciencia y los derechos de los pueblos indígenas se puede profundizar en un segundo nivel, a partir de la idea de que existe una fertilización cruzada entre el derecho a la ciencia y el derecho internacional de la biodiversidad<sup>29</sup>. Cada elemento normativo del derecho a la ciencia puede conectarse con la noción de participación justa y equitativa de los beneficios desarrollados en el derecho internacional de la biodiversidad. Esta relación puede contribuir al desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas y, a su vez, la evolución jurisprudencial de estos derechos contribuye a la interpretación y aplicación del derecho a la ciencia y de la biodiversidad. De acuerdo con el Informe de la Relatora Especial de 2012, el contenido normativo del derecho a beneficiarse del progreso científico y sus aplicaciones incluye: a) el acceso de todos, sin discriminación, a los beneficios de la ciencia; b) oportunidades para todos de contribuir a la actividad científica y la libertad indispensable para la investigación científica; c) la participación de individuos y comunidades en la adopción de decisiones; y d) un entorno favorable a la conservación, desarrollo y difusión de la ciencia y la tecnología.

En relación con el primer elemento, el derecho a acceder a los beneficios de la ciencia para todos y sin discriminación, el término «beneficios» puede ser interpretado y especificado a partir de la distinción entre beneficios monetarios y no monetarios desarrollada en el Anexo del Protocolo de Nagoya. El Informe de la Relatora Especial de 2012, en su apartado «participación equitativa en los beneficios y transferencia de tecnologías» no delimita lo suficiente el término «beneficios» y las modalidades de implementación. El Protocolo de Nagoya hace constante mención al derecho de los pueblos indígenas a recibir los beneficios justos y equitativos por su contribución al desarrollo de proyectos de investigación que hagan uso de sus recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad. La jurisprudencia de la Corte Interamericana se ha pronunciado respecto de los beneficios por el uso de recursos naturales de las tierras de los pueblos indígenas como una compensación a su derecho a la propiedad colectiva. La Corte argumenta que los beneficios otorgados a los pueblos indígenas conforman un elemento que debe tenerse en cuenta en la evaluación de eventuales restricciones a sus derechos, junto con la consulta efectiva y el desarrollo de estudios de impacto ambiental. En el caso *Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, la Corte señala que «de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención, se puede entender la participación en los beneficios como una forma de indemnización razonable y en equidad que deriva de la explotación de las tierras y recursos naturales necesarios para la supervivencia del pueblo Saramaka» (párr. 140)<sup>30</sup>.

El segundo elemento del contenido normativo del derecho a la ciencia —la oportunidad de contribuir a la actividad científica— puede especificarse a luz de los beneficios no monetarios contemplados en el Protocolo de Nagoya. Entre los beneficios no monetarios que favorecen la generación de oportunidades para que los pueblos indígenas puedan contribuir en la investigación científica

<sup>29</sup> Esta tesis la sostiene Elisa Morgera en: E. MORGERA, *Fair and equitable benefit-sharing at the cross-roads of the human right to science and international biodiversity law*, in *Laws*, 4, 4, 2015, 803-831.

<sup>30</sup> La Corte reitera esta doctrina en el caso *Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, señalando, dentro de las reparaciones del Estado, el garantizar «la repartición de beneficios derivados de esos proyectos con los pueblos indígenas y tribales, de ser el caso [...]» (párr. 305).

podemos mencionar los siguientes: admisión a las instalaciones ex situ de recursos genéticos y el acceso a bases de datos; capacitación relacionada con los recursos genéticos; acceso a la información científica pertinente a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica; investigación dirigida a necesidades prioritarias tales como la seguridad de la salud humana y de los alimentos; beneficios de seguridad alimentaria y de los medios de vida; propiedad conjunta de los derechos de propiedad intelectual. Este punto lo podemos relacionar con el pronunciamiento de la Corte Interamericana, en el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, respecto del papel fundamental que los pueblos indígenas juegan «en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales» (principio 22 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo) (párr. 214). Esta misma idea la mantiene en el Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam: «los pueblos indígenas, por lo general, pueden desempeñar un rol relevante en la conservación de la naturaleza, dado que ciertos usos tradicionales conllevan prácticas de sustentabilidad y se consideran fundamentales para la eficacia de las estrategias de conservación» (párr. 173).

El derecho internacional de la biodiversidad también reconoce el deber de canalizar los beneficios hacia la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes. Este deber está relacionado con la participación de individuos y comunidades en las decisiones, que es el tercer elemento del contenido normativo del derecho a la ciencia. En el Informe de la Relatora Especial de 2012, este elemento tiene dos alcances: evitar las consecuencias negativas de la ciencia en población vulnerable, especialmente en los pueblos indígenas, y priorizar la investigación sobre las necesidades de población vulnerable. La jurisprudencia de la Corte Interamericana puede contribuir a robustecer la aplicación del derecho internacional de la biodiversidad en dos puntos. Primero, la Corte fija tres criterios para garantizar el adecuado uso y goce de los territorios tradicionales de los pueblos indígenas en el evento de actividades de intervención, como podrían ser las científicas: a) asegurar la participación efectiva de los pueblos o comunidades; b) realizar una previa evaluación de impacto ambiental sobre cualquier actividad en sus territorios; c) garantizar que las comunidades indígenas se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio<sup>31</sup>. Segundo, la participación efectiva encuentra una de sus especificaciones en el amplio reconocimiento que ha hecho la Corte del derecho a la consulta de los pueblos indígenas, la cual deber ser «con carácter previo, de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo, adecuada, accesible e informada»<sup>32</sup>. En el caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam<sup>33</sup>, la Corte hizo la distinción entre consulta y el consentimiento previo, libre e informado, señalando la necesidad de ambos en determinadas circunstancias. Al aplicar el derecho internacional de la biodiversidad en tierras indígenas, los Estados deberán considerar la compatibilidad entre los derechos a consulta y a consentimiento de estos pueblos y el consentimiento fundamento previo del Protocolo Nagoya, que corresponde a la parte (país de origen) que aporta un recurso. Lo anterior es coherente con la posición de la Corte, respecto de las áreas protegidas de

<sup>31</sup> Véase el caso *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*, supra, párr. 174.

<sup>32</sup> Véase Corte IDH, *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de octubre de 2015, Serie C, No. 304, párr. 216.

<sup>33</sup> Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, supra, párr. 134.

conservación en tierras indígenas, sobre la compatibilidad entre el derecho de los pueblos indígenas y las normas internacionales de medio ambiente, entre las cuales debemos incorporar las normas internacionales de la biodiversidad.

## 5. Consideraciones finales

La jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de derechos de los pueblos indígenas ha evolucionado en el último tiempo hacia el reconocimiento de la violación directa de derechos sociales, ambientales y culturales de estos pueblos. Respecto de estos últimos derechos, la Corte se ha pronunciado sobre la afectación de los derechos a participar en la vida cultural, en lo relativo a la identidad cultural. Con esta línea jurisprudencial de la Corte, hemos identificado un primer punto de contacto con el derecho a la ciencia, el cual ha sido entendido por la doctrina como un derecho cultural a participar en la actividad científica. Otro aspecto que vincula a estos derechos es que protegen intereses colectivos y, de acuerdo con la doctrina de la Corte, la titularidad del derecho a la ciencia correspondería a la comunidad como sujeto colectivo de derechos. Por último, analizar la estrecha relación entre el derecho a la ciencia y el derecho internacional de la biodiversidad nos permitió profundizar en una posible extensión de la jurisprudencia de la Corte en materia de derecho de los pueblos indígenas, e identificar a su vez, el aporte de esta jurisprudencia en el desarrollo del derecho a ciencia.



## Corti e Scienza. Possibilità e limiti del sapere neuroscientifico

*Maria Chiara Errigo \**

THE CONSTITUTIONAL COURT AND SCIENCE: SOME TRENDS AND MILESTONES

ABSTRACT: The paper considers the topic of neuroscience and how it affects the courtroom. Indeed neuroscientific findings, on the one hand, may constitute new procedural evidence, often used in criminal trials, and, on the other, pose new challenges to the protection of human rights.

KEYWORDS: Neuroscience; neurotechnologies; courts; responsibility; fundamental rights; Constitution

ABSTRACT: Il contributo si sofferma sul tema delle neuroscienze, analizzando il loro impatto all'interno delle Corti. Le evidenze neuroscientifiche, da un lato, possono costituire nuove prove scientifiche all'interno del processo (penale), e, dall'altro, a fronte di un progresso tecnologico straordinario, pongono nuove sfide per la tutela dei diritti fondamentali della persona.

PAROLE CHIAVE: Neuroscienze; neurotecnologia; corti; responsabilità; diritti fondamentali; Costituzione

SOMMARIO: 1. Neuroscienze, Diritto, Corti – 2. Neuroscienze e processo – 3. Neuroscienze e tutela dei diritti. Il caso del Cile – 4. Considerazioni conclusive.

### 1. Neuroscienze, Diritto, Corti

**L**e neuroscienze costituiscono un sapere scientifico in costante evoluzione, le cui conoscenze applicative hanno finito per destare l'interesse di altri campi disciplinari, derivandone ricadute particolarmente significative anche per quanto riguarda l'ambito giuridico. Se neuroscienze e diritto possono sembrare contesti di ricerca "lontani", fondati su linguaggi molto diversi fra loro, in realtà, essi costituiscono un binomio tematico ormai consolidato, che rivolge la sua indagine verso un soggetto comune: l'essere umano, inteso non quale entità astratta, ma come essere sociale, calato nella realtà concreta dell'esistenza<sup>1</sup>. Da una parte, infatti, gli studi neuroscientifici sono in grado di

\* *Ricercatrice di Diritto costituzionale, Università di Parma. Mail: [mariachiara.errigo@unipr.it](mailto:mariachiara.errigo@unipr.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

<sup>1</sup> In particolare, in merito alla capacità di dialogo di questi due campi di ricerca, deve essere ricordato il contributo di O. GOODENOUGH, M. TUCKER, *Law and Cognitive Neuroscience*, in *Annual Review of Law and Social Science*, 6, 2010, 61-92, che definisce, in una espressione ormai nota, neuroscienze e diritto come «*natural partners*». Si

fornire informazioni e dati in merito al funzionamento del cervello e dei comportamenti umani; dall'altra parte, il diritto è chiamato a disciplinare le azioni dell'uomo, a valutarle all'interno della comunità sociale di riferimento e, in questo senso, le conoscenze neuroscientifiche potrebbero contribuire ad una migliore regolamentazione delle medesime<sup>2</sup>.

Nondimeno, la ricerca neuroscientifica rappresenta un sapere in rapida progressione, che si nutre di tentativi e sperimentazioni; nuove possibilità di indagine, inoltre, sono oggi disponibili grazie alla straordinaria interazione con gli studi nel campo dell'intelligenza artificiale, disegnando scenari futuristici, dove umano e artificiale sembrano confondersi. Da questo punto di vista, il diritto interviene anche per individuare i "confini", disciplinarne le ricerche e l'applicazione dei relativi risultati, nell'intento di garantire la tutela della persona e il rispetto dei suoi diritti fondamentali<sup>3</sup>.

Nell'ambito di questo articolato dialogo fra neuroscienze e diritto, uno "spazio" deve essere dedicato ad un più specifico segmento tematico riguardante l'interazione fra le acquisizioni neuroscientifiche e le Corti, che, in realtà, rappresenta proprio uno dei primi punti di intersezione sorti fra i due differenti campi disciplinari<sup>4</sup>. Più specificamente, nell'ambito del dialogo fra Corti e neuroscienze, sembra possibile individuare due direttive di indagine: in primo luogo, il problema della rilevanza delle evidenze neuroscientifiche all'interno del processo e come contributo alla formazione della decisione del giudice; in secondo luogo, il settore delle neuroscienze e, in particolare della neurotecnologia, come sapere scientifico/tecnologico in continuo sviluppo, da regolare, le cui prime applicazioni cominciano ad

---

veda, altresì, O. D. JONES, R. MAROIS, M. J. FARAH, H. T. GREELY, *Law and Neuroscience*, in *The Journal of Neuroscience*, 33, 2013, 17624; A. D'ALOIA, *Law challenged. Reasoning about Law and Neuroscience*, in A. D'ALOIA, M. C. ERRIGO (eds.), *Neuroscience and Law. Complicated crossings and new perspectives*, Cham, 2020, 1-36. Le ricerche condotte fra neuroscienze e diritto arrivano a toccare aspetti molto profondi del vivere sociale; gli studi neuroscientifici mostrano dati che vanno oltre l'ambito strettamente giudiziario, riguardando la comunità nel suo complesso e investendo anche la stessa elaborazione delle politiche di *welfare*, cfr. gli studi che attengono alle implicazioni neuroscientifiche della povertà e dello status socioeconomico della persona, in particolare, sul punto, M. FARAH, *Socioeconomic status and the brain: prospects for neuroscience-informed society*, in *Nature Reviews Neuroscience*, 19, 2018, 428- 438.

<sup>2</sup> Così sottolinea anche il neuroscienziato M. IACOBONI, *I neuroni specchio. Come capiamo ciò che fanno gli altri*, Torino, 2008, affermando come «una migliore comprensione dei meccanismi neurobiologici che modellano il comportamento sociale umano dovrebbe anche influire direttamente sulla formazione dei nostri codici sociali [...]», 184, 222 ss.

<sup>3</sup> Da questo punto di vista, è interessante richiamare la prospettiva di S. CANESTRARI, presente nel *Forum: Il diritto e la scienze della vita*, in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 1, 2014, 8 ss., secondo il quale, con particolare riferimento alle neuroscienze – ma questo può valere anche per altre discipline scientifiche – il diritto deve essere, da una parte, «speleologo», in quanto occorre andare all'origine delle cose, studiarne le cause, e, dall'altra, «scalatore», riferendosi alla necessità di adottare un atteggiamento «umile», tale da creare una «collaborazione paritaria» con gli altri settori disciplinari con cui si trova a dialogare.

<sup>4</sup> Nell'ambito dello scenario processuale, le strumentazioni neuroscientifiche hanno trovato applicazione per la prima volta nel corso del caso *Hinckley*, nel 1981, *United States v. Hinckley*, 525 F. Supp. 1342 (D.D.C. 1981). Tuttavia, la parola *Neurolaw* è apparsa per la prima volta nel 1991, come "titolo" di una nuova rivista scientifica, appunto *The Neurolaw letter*, da un'idea di J. Sherrod Taylor, un avvocato che aveva iniziato ad occuparsi di *Brain Injury Litigation* (ovvero controversie legali relative a danni cerebrali) e aveva cominciato ad individuare un nuovo campo d'indagine interdisciplinare, sottolineando l'importanza di instaurare forme di dialogo fra il settore medico-scientifico e quello giuridico, sul punto cfr. J. SHERROD TAYLOR, *Neurolaw: towards a new medical jurisprudence*, in *Brain Injury*, 9, 1995, 745-751; F. X. SHEN, *The overlooked history of Neuroscience*, in *Fordham Law Review*, 85, 2016, 686 ss.

essere oggetto di casi giudiziari, nel tentativo di fissarne i limiti e le corrette utilizzazioni. Entrambi i profili di analisi non sono del tutto “nuovi”, ma si inseriscono in un problema più ampio e generale che vede scienza, diritto e Corti in un confronto continuo, ormai da diverso tempo<sup>5</sup>; il progresso scientifico e tecnologico in corso determina l’instaurarsi di un dialogo necessario e inevitabile, che investe questioni di particolare importanza, come la libertà di autodeterminazione della persona, la cura del soggetto, la disposizione del proprio corpo, ma anche la tutela dell’ambiente, nonché gli stessi confini della libertà di ricerca<sup>6</sup>.

## 2. Neuroscienze e processo

Considerando la prima linea di analisi precedentemente prospettata, occorre segnalare che l’ingresso delle neuroscienze nel contesto processuale rappresenta comunque un fenomeno relativamente recente e ancora in via di assestamento per quanto riguarda la qualificazione e l’impiego di questo sapere nella definizione del giudizio. Per il momento e per ciò che interessa l’ordinamento italiano, l’utilizzo dei dati/strumenti neuroscientifici, volti a contribuire alla resa della decisione del giudice, ha interessato soprattutto i giudizi di merito in ambito penale, giunti, talora, anche davanti alla Corte di Cassazione, che non sempre ha valutato positivamente l’apporto neuroscientifico<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> In relazione all’inquadramento dei rapporti fra Corti e scienza, cfr., *ex multis*, R. BIN, *La Corte e la Scienza*, in A. D’ALOIA (a cura di), *Bioteologie e valori costituzionali*, Atti del seminario di Parma svoltosi il 19 marzo 2004, Torino, 2005, 1 ss. Si veda, altresì, A. D’ALOIA, *Biodiritto è giurisprudenza*, in A. D’ALOIA, *Il diritto e l’incerto del mestiere di vivere. Ricerche di biodiritto*, 2021; S. PENASA, *Verso un diritto «technologically immersive»: la sperimentazione normativa in prospettiva comparata*, in *DPCE online*, 1, 2023; S. PENASA, *Il giudice al crocevia tra fattore tecnico-scientifico e complessità assiologica dei casi. Riflessioni a partire dalla giurisprudenza italiana*, in *Biolaw Journal-Rivista di Biodiritto*, 3, 2021; G. PINOTTI, A. SANTOSUOSSO, *Il diritto delle Corti, la scienza e la tecnica: una tassomia*, in *Biolaw Journal-Rivista di Biodiritto*, 1, 2017.

<sup>6</sup> Fra i numerosi casi in cui l’evoluzione scientifica ha raggiunto l’attenzione delle Corti e, soprattutto, della Corte costituzionale, si pensi, a titolo esemplificativo, al tema della procreazione medicalmente assistita (dalla previsione di svolgere un unico e contemporaneo impianto degli embrioni nel numero massimo e predeterminato di 3, fino alla questione degli embrioni sovrannumerari e alla possibilità di utilizzarli a fini scientifici), a quello del fine vita (da Eluana Englaro al suicidio assistito nel caso Fabiano Antoniani/Marco Cappato), e, ancora, al concetto di morte cerebrale (Corte cost. n. 414/1995), alla tutela dell’interruzione volontaria di gravidanza, ai trapianti d’organo, alle vaccinazioni (da ultimo, si vedano le sentenze della Corte costituzionale nn.14-15-16 del 2023 relativamente al contrasto dell’emergenza pandemica in corso). Le neuroscienze si inseriscono in questo “scambio” fra scienza e diritto, costringendo il secondo a confrontarsi con metodologie ed evidenze nuove.

<sup>7</sup> In particolare si veda, Cass. Pen., 12 giugno 2018, n. 26895, specificando che «*la conclusione raggiunta in sede di merito [...] è quella [...] della superfluità di ulteriori accertamenti non essendovi a tutt’oggi il necessario grado di condivisione scientifica circa le effettive interrelazioni (e soprattutto circa il grado delle medesime) tra tali aspetti morfologici o biologici e la componente volontaristica della condotta in concreto tenuta dal soggetto agente*»; su questi aspetti, si veda, in particolare, M. BERTOLINO, *Diritto penale, infermità mentale e neuroscienze*, in *Criminalia*, 2018, 24 ss. Al contrario, valutazioni positive sembrano provenire da Cass. Pen., sez. I, 18 maggio 2018, depositata il 18 marzo 2019, n. 11897, nell’ambito della quale la Corte ha confermato la valutazione del giudice dell’appello, ritenendo che con riguardo alle tecniche neuroscientifiche impiegate egli avesse fornito ragioni esaustive per le conclusioni dell’espletata perizia (evidenziando la completezza delle indagini, il fatto che tali assunti fossero statisticamente verificati e trovassero comunque riscontro nelle altre evidenze processuali), cfr. C. GRANDI, *Diritto penale e neuroscienze*, in *Diritto penale e uomo*, 2 aprile 2019; F. BASILE, S. LOMETTI, *Assassini nati?*, in *Diritto penale e uomo*, 19 giugno 2019. Da ultimo, si veda Cass. Pen., sez. II, n. 28886/2020 nell’ambito della quale, l’utilizzo delle perizie neuroscientifiche è stato ancora valutato sempre positivamente.

Al contrario, per quanto riguarda l'esperienza statunitense (che rimane la più emblematica da un punto di vista di contaminazione fra neuroscienze e diritto, e di "sperimentazione" dell'utilizzo dei dati neuroscientifici nel processo), oltre ad aver riguardato le Corti inferiori, l'impiego delle nuove conoscenze ha visto anche il coinvolgimento della Corte Suprema, relativamente al tema della giustizia minorile (in particolare, sono note le cause *di Roper v. Simmons* nel 2005, *Graham v. Florida* nel 2010, *Miller v. Alabama* nel 2012). In questi casi, concernenti, rispettivamente, l'incostituzionalità della pena di morte e dell'ergastolo ostativo nei confronti dei minori<sup>8</sup>, sono pervenuti, all'attenzione dei giudici, numerosi pareri scientifici in qualità di *amici curiae*, fra i quali anche quelli dell'*American Psychological Association* e dell'*American Medical Association*<sup>9</sup>, a sostegno della tesi secondo cui gli adolescenti manifestano una immaturità cerebrale di carattere "morfologico", tale da ripercuotersi sulla messa in atto e sul controllo dei relativi comportamenti, evocando risultati ottenuti anche tramite tecniche di *brain*

<sup>8</sup> Con riguardo all'ergastolo ostativo, nel 2010 era stata sancita l'illegittimità di tale pena per tutti i crimini diversi dall'omicidio; nel 2012 viene fatto un passo ulteriore, affermando l'incostituzionalità tutte quelle legislazioni statali che imponevano la pena del carcere a vita senza possibilità di liberazione condizionale. Tuttavia, in base a quest'ultima pronuncia (*Miller v. Alabama*, 2012) l'ergastolo ostativo non è del tutto precluso, ma diventa a discrezione del giudice e delle giurie, che ben potranno scegliere di somministrare una pena diversa sulla base delle specificità del caso concreto ad essi sottoposto, sul punto si veda E. SCOTT, *Miller v. Alabama and the (Past) and Future of Juvenile Crime Regulation*, in *Minnesota Journal of Law & Inequality*, 2, 2013, 535.

<sup>9</sup> Con riguardo ai pareri scientifici inviati alla Corte Suprema, si veda *Brief for the American Psychological Association (APA) et al as Amici curie supporting respondent*, no.03-633, 2005, (disponibile al sito: <https://www.apa.org/about/offices/ogc/amicus/roper>); *Brief for the American Medical Association (AMA), et al., supporting respondent*, n. 03-633, 2005 (disponibile al sito: <https://www.psychiatry.org/File%20Library/Psychiatrists/Directories/Library-and-Archive/amicus-briefs/Roper-v-Simmons-No-03-633.pdf>) all'interno del quale, ad esempio, si evidenzia che «*the limbic system is more active in adolescent brains than adult brains, particularly in the region of the amygdala and that the frontal lobes of the adolescent brain are less active*», e che, pertanto, risultano maggiormente attive quelle aree associate al comportamento impulsivo, aggressivo, ad una dimensione più "emotiva", e appaiono meno sviluppate quelle zone cerebrali associate al controllo degli impulsi e delle proprie azioni. Sulla "immaturità cerebrale" nel corso dell'adolescenza, si veda anche E. CAUFFMAN, L. STEIBERIG, *(Im)maturity and Judgement in Adolescence. Why adolescents may be less culpable than adults*, in *Behavioral Science & the Law*, 18, 6, 2000, 741-760.



*imaging*<sup>10</sup> e sottolineando l'importanza e l'esigenza di una "personalizzazione" del trattamento sanzionatorio<sup>11</sup>.

In generale, dunque, sembra possibile individuare due tendenze di utilizzo dei risultati neuroscientifici nel processo:

- in primo luogo, l'impiego delle tecniche neuroscientifiche come "prova" individuale (soprattutto nel processo penale) per la valutazione dell'imputabilità del soggetto considerato (ad esempio, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, sono noti i casi della Corte d'Assise d'Appello di Trieste del 2009 e del Tribunale di Como del 2011, dove le evidenze neuroscientifiche hanno contribuito all'affermazione del vizio parziale di mente dell'imputato/a<sup>12</sup>);
- in secondo luogo, come «*framework evidence*», ossia l'utilizzo dei risultati neuroscientifici come dato empirico a supporto di istanze di carattere più ampio, di portata costituzionale, riguardanti determinate categorie di persone, come ad esempio i minori o i detenuti. Il riferimento è ai *juvenile justice cases* affrontati davanti alla Corte Suprema, prima richiamati, e al caso *Ashker v. Governor of California* 2014, relativamente al tema dell'isolamento carcerario prolungato, nell'ambito del quale le evidenze neuroscientifiche hanno mostrato come l'esposizione a numerose ore di isolamento comportassero un deterioramento psicologico grave, con ripercussioni a livello cerebrale, finendo per ritenere tale trattamento sanzionatorio in contrasto con quanto previsto dall'VIII emendamento della Costituzione statunitense<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Secondo alcuni, tuttavia, le neuroscienze non hanno fornito un contributo così determinante nella definizione del giudizio, fra tutti si veda, in particolare, S. MORSE, *Brain Overclaim Syndrome and Criminal responsibility: a diagnostic note*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, 3, 2006, 409-410, che sottolinea come le pronunce della Corte, nell'ambito dei casi citati, non richiamino espressamente i pareri della *American Psychological Association* e della *American Medical Association*, contenenti le indicazioni sugli studi di brain imaging circa l'immutabilità cerebrale del minore. Si vedano, altresì, le riflessioni di A. SANTOSUOSSO, *Il dilemma del diritto di fronte alle neuroscienze*, in A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Le neuroscienze e il diritto*, Como-Pavia, 2009, cit., 18, che riflette su quanto il contributo delle neuroscienze abbia effettivamente determinato conseguenze in termini giuridici: «Si può dire, per esempio, che alcuni sviluppi giuridici siano causati dalle recenti acquisizioni delle neuroscienze? Può portarsi a sostegno di questa tesi il fatto che la Corte suprema americana in *Roper v. Simmons* ha considerato incostituzionale la pena capitale per gli adolescenti facendo propria la tesi avanzata dagli amici curiae, con supporto di evidenze di immagini neuroscientifiche che avrebbero dimostrato il non pieno sviluppo del cervello dell'adolescente? La risposta è sì e no, al tempo stesso. È sì, se ci riferisce ai soli Stati Uniti, dove, di fatto, quelle immagini sembrano avere giocato un ruolo. È no, se si considera che i legislatori e i giudici europei erano arrivati da molto tempo alla medesima conclusione per vie diverse».

<sup>11</sup> Occorre specificare che il contesto statunitense ha rappresentato, fin da subito, il "luogo" di maggiore elaborazione delle intersezioni fra le conoscenze neuroscientifiche e il diritto, in primis nell'ambito processuale. In particolare, O. D. JONES, F. X. SHEN, *Law and Neuroscience in the United States*, in T. M. SPRANGER, *International Neurolaw*, Berlin Heidelberg, 2012, 349 ss.

<sup>12</sup> Corte d'Assise d'App. Trieste, 2009, in merito a questo caso, si veda, ex multis, P. PIETRINI, V. BAMBINI, *Homo ferax: il contributo delle neuroscienze alla comprensione dei comportamenti aggressivi e violenti*, in A. BIANCHI, G. GULOTTA, G. SARTORI (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, Milano, 2009, 41 ss.; S. CODOGNOTTO, G. SARTORI, *Neuroscienze in Tribunale: la sentenza di Trieste*, in *Sistemi Intelligenti*, 2, 2010, 269 ss.; Trib. Como 2011, n. 536, rispetto a questa decisione, cfr. G. GULOTTA, *A proposito delle "neuroscienze forensi"*, in *Giornale Italiano di Psicologia*, 4, 2016; A. CERETTI, L. NATALI, *Io volevo ucciderla – Per una criminologia dell'incontro*, Milano, 2022.

<sup>13</sup> Si veda, *Ashker et al. v. Governor of the State of California et al.*, (N.D. Cal. 2014); sul punto, si veda, in particolare, F. COPPOLA, *When the Brain Can Make A Difference: Individualized vs Framework Uses of Neuroscience in Courtrooms*, in *Diritto penale e uomo*, 15 gennaio 2020.

Se la prima modalità applicativa, cioè l'utilizzo delle tecniche neuroscientifiche come prova individuale volta ad accertare l'imputabilità del soggetto, risulta accompagnata da varie critiche circa il contributo "effettivo" che i dati e le strumentazioni neuroscientifiche possono apportare alla valutazione della responsabilità di un soggetto, al contrario, nel secondo caso, il contributo delle neuroscienze si è rivelato maggiormente significativo, corroborando un quadro di conoscenze di carattere sociale, psicologico, giuridico che puntava nella stessa direzione<sup>14</sup>.

Le incertezze che accompagnano l'utilizzo delle conoscenze neuroscientifiche<sup>15</sup> come prova individuale sono legate alla difficoltà interpretativa delle cosiddette neuroimmagini e alla loro potenziale forza "persuasiva" su giudici e giurie, nonché ad un dibattito dottrinale, estremamente acceso e frammentato intorno alle ricadute dei dati neuroscientifici sulle categorie giuridiche<sup>16</sup>.

Il panorama giurisprudenziale offre uno scorcio su un confronto dagli esiti ancora incerti; forse, davanti alla difficoltà di inquadrare l'apporto delle neuroscienze nella decisione giudiziale tornano utili le valutazioni svolte dal giudice di Como, nell'ambito del famoso caso Albertani del 2011, in base alle quali, nel giustificare la propria decisione, le evidenze neuroscientifiche vengono considerate quale contributo "complementare", all'interno di una valutazione complessiva di tutti gli elementi in gioco e nell'ambito della quale il parere tecnico non fornisce «verità» ma soltanto «conoscenza, comprensione dell'accaduto e supporto alla decisione giudiziaria»<sup>17</sup>, che, in realtà, si presenta come un prodotto multifattoriale, risultante da una valutazione coordinata delle evidenze scientifiche e processuali<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> Proprio al fine di chiarire la portata della rilevanza dell'apporto neuroscientifico nel processo, alcuni studiosi americani già nel 2014 avevano formulato alcune linee guida/raccomandazioni nell'intento di favorire un uso corretto ed equilibrato delle più recenti informazioni neuroscientifiche a disposizione, nel tentativo di stilare una specifica regolamentazione di queste tecniche innovative, cfr. O. JONES, J. W. BUCKHOLTZ, J. D. SCHALL, R. MAROIS, *Brain Imaging for Judges: An introduction to Law and Neuroscience*, in *Court Review*, 50, 2014, 44 ss, sottolineando ad esempio che: a) le neuroimmagini non equivalgono ad un sistema di lettura della mente; b) le neuroimmagini sono il risultato di test ideati dall'operatore e che a sua volta ne fornisce la relativa interpretazione; c) i dati medi raccolti tramite l'uso di neuroimmagini non sempre sono comunque rappresentativi delle caratteristiche proprie del soggetto singolo; d) gli studi neuroscientifici sono ancora ad uno stadio di correlazione (e non di causazione).

<sup>16</sup> L'impatto delle neuroscienze sulle categorie giuridiche tradizionali (in particolare, dal punto di vista del diritto penale) vede un dibattito molto articolato, alternando posizioni opposte, fra chi ritiene che l'apporto neuroscientifico debba rivoluzionare il diritto (come quelle di J. GREENE, J. COHEN, *For the law, neuroscience changes nothing and everything*, Royal Society, 2011, 1775 ss., secondo i quali le neuroscienze impongono prospettive nuove e la necessità di una rielaborazione delle attuali categoria, e così anche P. ALCES, *The Moral Conflict of Law and Neuroscience*, Chicago, 2018; e ancora A. RAINE, *L'anatomia della violenza*, Milano, 2013, il quale considera il comportamento criminale quale espressione di una patologia cerebrale/biologica e che pertanto può essere individuato e "trattato") e chi invece non lo ritiene così rilevante, cfr. la posizione di S. MORSE, *New neuroscience, old problems*, in *Cerebrum*, 2004, 81 ss. (secondo cui, le neuroscienze non aggiungono nulla alle perizie psichiatriche tradizionali); un'altra prospettiva cauta viene espressa da M. PARDO, D. PATTERSON, *Mind, Brain, and Law. The conceptual foundations of Law and Neuroscience*, Oxford, 2013.

<sup>17</sup> Trib. Como 2011, n. 536.

<sup>18</sup> In generale, rispetto al concetto di prova scientifica, e specificamente al suo impiego nel processo penale, occorre ricordare il *leading case* americano *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993), recepito successivamente anche nel contesto italiano con la cosiddetta "sentenza Cozzini", cfr. Cass. pen., sez. IV, 13 dicembre 2010, n. 43786; sul punto, si veda, P. TONINI, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*, in *Diritto penale e processo*, 11, 2011; C. CONTI,

Sembra tornare, quantomeno di fronte al caso neuroscientifico, la figura del giudice come *gatekeeper*, cioè come custode del processo acquisitivo e valutativo della prova, che, soggetto soltanto alla legge, si trova in una tensione ineliminabile fra «*scienza e coscienza*», all'interno della quale «*risiede il momento valutativo irripetibile della funzione giudiziaria*»<sup>19</sup>. In questo senso, lo stesso giudice si fa garante della dimensione processuale, nell'ambito della quale i contenuti neuroscientifici entrano nel giudizio e contribuiscono, insieme a tutti gli altri elementi in gioco, alla resa della valutazione finale<sup>20</sup>.

### 3. Neuroscienze e tutela dei diritti. Il caso del Cile

Come già inizialmente evidenziato, le neuroscienze costituiscono un settore che negli ultimi tempi ha conosciuto una crescita esponenziale, unitamente ad un progresso tecnologico senza precedenti, andando oltre la dinamica processuale della prova scientifica e vedendo l'ingresso sul mercato di strumentazioni e dispositivi neurotecnologici piuttosto sofisticati. Su questo profilo si inserisce il secondo punto di indagine, relativo alle neuroscienze e alla neurotecnologia come sapere in rapidissima evoluzione, con ricadute inedite sulla tutela della persona. Il campo delle neurotecnologie comprende qualsiasi dispositivo che possa essere impiegato per monitorare e modificare l'attività neurale del sistema nervoso. Si tratta di un settore di ricerca caratterizzato da importanti potenzialità da un punto di vista clinico, per la cura di malattie mentali e/o disturbi neurologici. Nondimeno, gli avanzamenti neurotecnologici hanno determinato l'ingresso sul mercato di dispositivi «*direct-to-consumer*»<sup>21</sup>, ossia "pronti all'uso", utilizzabili in modo del tutto autonomo, senza l'ausilio di alcun operatore specificamente preparato, da impiegare non a scopo clinico, bensì per attività ricreative e/o con l'obiettivo di "migliorare" le proprie funzioni cognitive. Gli effetti di queste tecnologie risultano, però, ancora caratterizzati da uno stato di incertezza e il relativo utilizzo comporta rischi che occorre valutare attentamente, incidendo non soltanto sulla sfera della salute della persona, ma anche sulla tutela di altri diritti (come la

---

*Scienza controversa e processo penale. La Cassazione e il discorso sul metodo*, in *Diritto penale e processo*, 6, 2019, 851.

<sup>19</sup> Così, G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Diritto pubblico*, 2, 2004, 437, evidenziando, appunto, che «*[i]n ogni decisione si verifica una fusione di scienza e coscienza, i cui elementi costitutivi sono difficilmente separabili. In ciò consiste l'aspetto ineliminabile della discrezionalità del giudice, che si avvale della scienza e della norma giuridica e le integra nella sua coscienza*». Sul punto, si veda anche A. MUSUMECI, *I giudici e la scienza. Note minime a margine della "riscrittura" giurisprudenziale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in AA. VV. *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, vol. II, Torino, 2016, 1508.

<sup>20</sup> Ad esempio, si pensi, da ultimo la vicenda relativa al caso della strage di Erba, nell'ambito della quale è stata richiesta la revisione del processo a carico di Rosa Bazzi e Olindo Romano, a fronte di nuove acquisizioni da parte delle scienze cognitive e comportamentali che costringono allo svolgimento di ulteriori riflessioni sul tema, cfr. A. FARANO, *Gli esiti scientifici e il delicato equilibrio del processo*, in *Il Sole 24 ore*, 5 febbraio 2024.

<sup>21</sup> Si tratta di dispositivi neurotecnologici, destinati al mercato di largo consumo, con utilizzazioni non di carattere clinico, bensì di monitoraggio, stimolazione, ricreativo, in relazione a questo tipo di applicazioni si veda, in particolare, M. IENCA, P. HASELAGER, E. EMMANUEL, *Brain leaks and consumer neurotechnology*, in *Nature biotechnology*, 36, 2018, 805-810; A. WEXLER, *The practice of do it yourself brain stimulation: implications for ethical considerations and regulatory proposals*, in *Journal of Medical Ethics*, 42, 2016, 211-215; A. WEXLER, R. THIBAUT, *Mind-Reading or Misleading? Assessing Direct-to-Consumer Electroencephalography (EEG) Devices Marketed for Wellness and their Ethical and Regulatory Implications*, in *Journal of Cognitive Enhancement*, 3, 2019, 131-137, che evidenziano come il mercato delle neurotecnologie in modalità *direct to consumer* sia in forte crescita e sia necessario prestare attenzione agli effetti che tali dispositivi potrebbero determinare sull'utilizzatore.

libertà di manifestazione del pensiero, la privacy, l'integrità psico-fisica del soggetto), che davanti a queste nuove forme di interazione tecnologica appaiono "segnati" in modo inedito<sup>22</sup>.

In questo senso, è degno di nota un primo caso nel corso del quale le applicazioni neurotecniche sono state oggetto di specifico giudizio. In particolare, si tratta della Corte Suprema cilena, che ad agosto 2023 ha bloccato la commercializzazione di un dispositivo dell'azienda *Emotiv*<sup>23</sup>, denominato *Insight*. In particolare, il *device* in esame consisteva in una sorta di elettroencefalogramma portatile, che, tramite una fascia di sensori, raccoglieva informazioni sulle attività elettriche del cervello, estrapolando dati neurali in base a movimenti, tempi di reazione e attività cognitive del proprio utilizzatore, finalizzato alla registrazione e monitoraggio delle informazioni acquisite, che, a loro volta, potrebbero essere impiegate per forme di autovalutazione o per attività di ricerca.

Occorre segnalare, prima di tutto, che in Cile il dibattito sul tema delle neuroscienze e delle relative applicazioni neurotecniche risulta particolarmente sentito, assumendo un'importanza tale da aver condotto ad Ottobre 2021 all'approvazione di un emendamento della propria attuale Costituzione, introducendo, all'art. 19, la previsione secondo cui lo sviluppo scientifico e tecnologico, oltre che nel rispetto e a servizio della persona, deve svolgersi nella piena tutela dell'attività cerebrale e delle informazioni derivanti da essa<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Proprio in forza dello straordinario progresso neuro-tecnologico in corso, caratterizzato da una particolare "pervasività", che indubbiamente incide nella sfera soggettiva della persona e comporta nuove opportunità, ma anche ulteriori rischi, è stata evidenziata la necessità di introdurre "nuovi diritti" specifici o eventualmente di svolgere una reinterpretazione di quelli già esistenti, al fine di far fronte alle nuove esigenze di tutela. Sul punto, la bibliografia inizia ad essere piuttosto significativa, cfr., in particolare, M. IENCA, R. ANDORNO, *Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology*, in *Life Sciences, Society and Policy*, 13, 1, 2017; M. IENCA, *On neurorights*, in *Frontiers in Human Neuroscience*, 15, 2021, 1 ss.; R. YUSTE, S. GOERING, et al, *Four ethical priorities for neurotechnologies and AI*, in *Nature*, 551, 2017; P. SOMMAGGIO, M. MAZZOCCA, *Cognitive Liberty and human rights*, in A. D'ALOIA, M. C. ERRIGO (a cura di), *Neuroscience and Law. Complicated Crossings and New Perspectives*, Cham, 95 ss.; nonché N. FARAHANY, *Difendere il cervello – La libertà di pensiero nell'era delle neurotecniche*, Torino, 2024; allo stesso modo, anche varie organizzazioni internazionali hanno cominciato a rivolgere l'attenzione verso questo campo di ricerca, si vedano, ad esempio, i documenti, OECD, *Recommendations of the Council on Responsible Innovation in Neurotechnology*, 11 dicembre 2017, con una relazione maggiormente esplicativa del 2022; il documento del Consiglio d'Europa, *Strategic action plan on human rights and technologies in biomedicine 2020-2025*, 2020; la *Declaración de León sobre la Neurotecnología Europea*, firmata ad Ottobre 2023, da parte del Consiglio dell'Unione Europea.

<sup>23</sup> Corte Suprema De Chile, Rol. 105.065-2023, sentenza del 09.08.2023.

<sup>24</sup> La riforma costituzionale cilena è stata introdotta con la Ley n. 21.383 che ha introdotto all'art. 19, par. 1, il seguente dettato «*El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella*». La modifica è stata resa possibile grazie ad una profonda collaborazione fra il gruppo di ricerca della Columbia University coordinato dal Prof. Rafael Yuste e le istituzioni del Cile, cfr. sul punto, R. YUSTE, et al., *It's Time to NeuroRights*, in *Horizon*, 18, Winter 2021; A. MCCAY, *Neurorights: the Chilean constitutional change*, in *AI & Society*, 2022; D. ZAROR MIRALLES, M. BORDACHAR BENOIT, P. TRIGO KRAMCSÁK, *Acerca de la necesidad de proteger constitucionalmente la actividad e información cerebral frente al avance de las neurotecnologías: Análisis crítico de la reforma constitucional introducida por la Ley 21.383*, in *Revista chilena de Derecho y Tecnología*, 10, 2021. In termini contrari, si esprime invece, J. C. BUBLITZ, *Neurorights: from nonsense to substance*, cit., 2 ss.; J. FINS, *The Unintended Consequences of Chile's Neurorights Constitutional Reform: Moving beyond Negative Rights to Capabilities*, in *Neuroethics*, 15, 3, 2022.

La vicenda trae origine da un'azione del senatore Guido Girardi (fra l'altro, uno dei promotori della sopra citata riforma costituzionale), che, a seguito dell'acquisto del dispositivo, ha adito le sedi opportune, lamentando sostanzialmente una violazione della privacy e della tutela dei propri dati cerebrali. La licenza gratuita, prescelta dal ricorrente in sede di attivazione del dispositivo, non permetteva di esportare/importare i dati registrati, i quali, tuttavia, rimanevano raccolti nel *cloud* della compagnia *Emotiv* (senza la possibilità di effettuarne la cancellazione); il ricorrente, dunque, osservava come, in questo modo, potessero prefigurarsi rischi relativi ad attività di captazione non autorizzata e commercializzazione delle informazioni così acquisite, nonché il loro possibile impiego per lo svolgimento di ricerche scientifiche, senza che fosse stato raccolto specifico ed espresso consenso per tali attività. Se la Corte de Apelaciones de Santiago aveva ritenuto che la policy adottata dall'azienda *Emotiv* fosse in linea con la normativa cilena, la Corte Suprema è intervenuta in termini contrari cassando la pronuncia precedente. Essa, infatti, alla luce del nuovo dettato costituzionale e della disposizione di cui all'art. 11 Legge n. 20.120 che stabilisce la necessità di ottenere un consenso preventivo, espresso, informato in relazione alla partecipazione ad eventuali ricerche scientifiche, ha ritenuto opportuno bloccare la commercializzazione del prodotto, al fine di acquisire le autorizzazioni dell'Autorità della salute pubblica e dell'Autorità doganale e assicurare, così, la conformità del dispositivo alle normative cilene attualmente vigenti. La Corte cilena, nel bloccare la commercializzazione del dispositivo e rimettendo all'Autorità sanitaria e doganale le opportune verifiche, ha affermato che, a fronte dello sviluppo di nuove tecnologie che coinvolgono aspetti sempre più "intimi" della persona umana, è necessario prestare particolare attenzione e cura alla loro valutazione, al fine di prevenirne e/o anticiparne i possibili rischi<sup>25</sup>.

È stato osservato come tale vicenda giudiziaria abbia rappresentato un caso eccezionale di "contenzioso strategico", che, in generale, si propone di portare all'attenzione della società una determinata problematica, stabilendo un precedente che possa sensibilizzare il contesto sociale e quello giuridico<sup>26</sup>. In effetti, se si guarda all'area latinoamericana, l'attenzione del Cile alla tutela dei neurodiritti non sembra così isolata; dopo l'approvazione della modifica del testo costituzionale cileno, anche Brasile e Messico si sono mossi in questa direzione, con l'introduzione di disposizioni specifiche, rispettivamente, nella Costituzione dello Stato brasiliano Rio Grande do Sul e nella Carta dei diritti digitali messicana<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Secondo il dettato della pronuncia in esame, «[...] previo a permitirse su comercialización y uso en el país, sean esta tecnología y dispositivos analizados por la autoridad pertinente, entendiendo que plantea problemáticas no antes estudiadas por ella. [...] Que, por estas consideraciones, y teniendo además presente que el dispositivo no cuenta con Certificado de Destinación Aduanera, se acogerá la presente acción según se señalará en lo resolutivo de este fallo, con el fin de que la autoridad sanitaria y aduanera estudie a cabalidad el dispositivo Insight a la luz de la normativa reseñada en este fallo. [...]», ottavo e decimo punto della sentenza.

<sup>26</sup> «[L]a litigación estratégica implica seleccionar y llevar un caso a los tribunales con el propósito de influir en la jurisprudencia, promover nuevos derechos o avanzar en la protección de derechos existentes. Este enfoque no se limita a resolver el caso en cuestión, sino que busca establecer un precedente legal que tenga un impacto más amplio en la sociedad y el sistema legal», così S. SMART LARRAÍN, E. OYARZÚN GÓMEZ, *El caso Girardi C. EMOTIV Inc. ante la Corte Suprema de Chile: ¿un paso adelante en la protección de los neuroderechos humanos?*, in *Desafíos de Interface Neuroderecho e Inteligencia Artificial*, 2024, 143 ss.

<sup>27</sup> Il 30 ottobre 2023 il Messico ha incorporato nella propria Carta dei diritti digitali anche i neurodiritti; tuttavia, occorre sottolineare che tale documento non ha efficacia vincolante, ma presenta solo la funzione di orientare

La controversia cilena, dunque, costituisce soltanto un primo caso in cui le Corti si sono trovate a confrontarsi con caratteristiche e problematiche del settore *neurotech*, che, pur presentando potenzialità straordinarie, sfida le garanzie “tradizionali” e costringe ad una riflessione complessiva in merito ad una sua adeguata regolamentazione. La discussione sulle criticità delle strumentazioni neurotecnologiche e sulla possibilità di individuare specifiche istanze di tutela rappresenta, oggi, un tema “in espansione”, che solleva questioni nuove, inedite, concernenti aspetti “profondi” dell’essere umano e rispetto al quale il ramo giudiziario, come, in parte, dimostra il caso della Corte Suprema cilena, sarà chiamato sempre più ad interrogarsi, al fine di garantire il pieno rispetto della tutela della persona e delle sue prerogative fondamentali.

#### 4. Considerazioni conclusive

Il campo delle neuroscienze, dunque, presenta un impatto piuttosto significativo rispetto al potere giudiziario. Da un lato, Strumentazioni, dati e informazioni diventano nuovi mezzi processuali di indagine, fornendo ai giudici ulteriori apporti conoscitivi, che, facendo luce su determinati comportamenti umani, possono contribuire alla definizione della decisione del caso. Dall’altro lato, gli avanzamenti tecnologici che accompagnano l’evolversi del settore delle neuroscienze presentano possibilità inedite, sfidando le garanzie oggi presenti in tema di privacy, salute, autodeterminazione, e divenendo essi stessi oggetto del giudizio. Su questo punto, la sentenza della Corte Suprema cilena rappresenta un primo caso, che, tuttavia, a fronte degli avanzamenti del settore *neurotech* e delle preoccupazioni che tali strumentazioni sollevano, potrebbe non rimanere un *unicum*. Il dibattito sulla necessità di formulare nuove tutele, o quantomeno, di reinterpretare quelle esistenti alla luce del progresso tecnologico, si muove a livello globale e con velocità crescente. Il settore delle neuroscienze, infatti, si rivela ricco di potenzialità dal punto di vista clinico-terapeutico, offrendo dispositivi e conoscenze in grado di migliorare la qualità della vita di persone affette da malattie/disturbi neurologici; allo stesso tempo, però, l’utilizzo di tali tecnologie espone a nuove forme di vulnerabilità, rispetto alle quali il diritto deve intervenire temperando il progresso della scienza e la tutela delle libertà della persona.

Più in generale, dunque, nel rapporto Corti/scienza, il sapere neuroscientifico dimostra, da una parte, di poter contribuire aggiungendo elementi probatori ulteriori che, tuttavia, devono essere accompagnati da una lettura complessiva del caso considerato; dall’altra, le applicazioni neuroscientifiche possono essere al centro di vicende giudiziarie, in forza della loro capacità pervasiva e delle nuove esigenze di tutela ad esse collegate. In entrambi i casi, il giudice si trova a confrontarsi con informazioni nuove e specialistiche, che pongono questioni complesse, talora di portata costituzionale, spaziando dal rispetto del principio di legalità processuale<sup>28</sup> alle garanzie di tutela della persona.

---

comportamenti, buone pratiche e corrette utilizzazioni delle nuove tecnologie, cfr., per ulteriori informazioni, il sito della *Neurorights Foundation* <https://neurorightsfoundation.org/mexico>, nonché il documento della Carta medesima disponibile al [https://www.infocdmx.org.mx/doctos/2022/Carta\\_DDigitales.pdf](https://www.infocdmx.org.mx/doctos/2022/Carta_DDigitales.pdf). Per quanto riguarda il Brasile, invece, in merito alla tutela dei neurodiritti, occorre ricordare lo Stato brasiliano Rio Grande do Sul che il 20 dicembre 2023 ha approvato la modifica della propria Costituzione, inserendo specifica disposizione circa la tutela dei neurodiritti, cfr. ancora una volta il sito della *Neurorights Foundation* <https://neurorightsfoundation.org/brazil>.

<sup>28</sup> Sul punto, F.G. PIZZETTI, *Neuroscienze forensi e diritti fondamentali*, Torino, 2015.



## Attivismo dei giudici comuni e omissioni del legislatore: gli effetti del “turismo procreativo” sull’ordinamento interno

Fabio Ferrari\*

JUDICIAL ACTIVISM AND LEGISLATIVE OMISSIONS: THE EFFECTS OF THE “PROCREATIVE TOURISM” ON THE ITALIAN LEGAL ORDER

ABSTRACT: The essay analyzes the different role played both by the Courts and the Parliament in addressing the issue of the legal effects of the “procreative tourism” on the Italian legal system.

KEYWORDS: Medically Assisted Reproduction; procreative tourism; counterlimits; separation of powers; best interests of the child

ABSTRACT: Il contributo analizza il ruolo di Corti e Parlamento innanzi agli effetti del “turismo procreativo” sull’ordinamento nazionale.

PAROLE CHIAVE: Procreazione medicalmente assistita; turismo procreativo; ordine pubblico internazionale; separazione dei poteri; interesse superiore del minore

SOMMARIO: 1. Il tema – 1.1. L’adozione in casi particolari in luogo del riconoscimento – 1.2. La costituzionalizzazione dell’ordine pubblico internazionale – 1.3. Il veto superabile del genitore biologico («la giurisprudenza non è fonte del diritto») – 2. Il legislatore inerte – 3. Conclusioni.

### 1. Il tema

**S**i è soliti affermare che il riconoscimento della filiazione concepita tramite “turismo procreativo”<sup>1</sup> non comporti alcuna conseguenza per l’ordinamento interno, limitandosi a proteggere il preminente interesse del minore.

Pare invece a chi scrive che gli effetti vi siano, e pure di particolare rilievo, incidendo *in primis* sul ruolo del giudice comune e sul vincolo ad egli imposto dall’art. 101, c. 2 Cost.

Si offrono a questo proposito tre esempi.

\* Professore associato di Diritto costituzionale nell’Università degli studi di Verona. Mail: [fabio.ferrari@univr.it](mailto:fabio.ferrari@univr.it). Trattandosi della trasposizione per iscritto di una relazione a convegno, la bibliografia e i riferimenti giurisprudenziali saranno limitati all’essenziale. Per ulteriori approfondimenti in questo senso, sia consentito un rinvio a F. FERRARI, Interesse del minore e tecniche procreative. Principi costituzionali e ordine pubblico, Milano, 2023. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

<sup>1</sup> Neologismo – ormai accolto anche nel lessico non specializzato: cfr. *treccani.it* – la cui paternità sembra attribuire a B.M KNOPPERS, S. LEBRIS S., *Recent advances in medically assisted conception*, in *American Journal of Law and Medicine*, 17, 1991, 329 ss.

### 1.1. L'adozione in casi particolari in luogo del riconoscimento

Nel 2016, la Corte di cassazione consente per la prima volta di utilizzare l'istituto dell'adozione in casi particolari per creare un vincolo genitoriale tra il *partner* del genitore biologico e il figlio di quest'ultimo<sup>2</sup>.

Si tratta di un'opzione ermeneutica oggi pacifica in giurisprudenza, ma ciò non toglie che rimanga difficilmente condivisibile, come peraltro sottolineato anche in letteratura già a ridosso della decisione<sup>3</sup>. Né la lettera, né la *ratio* dell'istituto in esame sembrano permettere tale risultato: quanto al primo aspetto, non può esservi «constatata impossibilità di affidamento preadottivo» senza una preventiva dichiarazione di «stato di adottabilità»<sup>4</sup>; in merito al secondo, è difficile credere che una disposizione nata per tutelare casi particolari, puntualmente descritti, divenga un grimaldello con cui consentire al giudice di disporre l'adozione ogni qual volta la legge espressamente non lo consenta<sup>5</sup>. L'eterogenesi dei fini non è preclusa all'interprete<sup>6</sup>, ma dovrebbe basarsi su un dato testuale che ammetta, almeno in linea di principio, una soluzione eccentrica rispetto all'*intentio legis*<sup>7</sup>: per le ragioni sopra descritte, non sembra questa la circostanza<sup>8</sup>.

Così concepita, l'adozione in casi particolari assume quasi la veste di *Ventilbegriffe*<sup>9</sup>, sganciando il giudice dal vincolo legislativo prescritto dagli artt. 44 ss. della legge sull'adozione: vincolo legislativo, per inciso, la cui tenuta appare già precaria innanzi al “preminente interesse del minore”, il cui contenuto tende a tradursi in una formula «magica» difficilmente sottoponibile a controllo razionale<sup>10</sup>.

<sup>2</sup> Cass. civ., I sez., n. 12962 del 2016. In precedenza, vi era stata una prima apertura dei giudici di merito: Trib. min. Roma, 30 luglio 2014, confermata da Corte App. Roma, 23 dicembre 2015, sulle quali S. NICCOLAI, *Diritto delle persone omosessuali alla genitorialità a spese della relazione materna?*, in *Giur. cost.*, 3, 2016, 1169 ss.

<sup>3</sup> Tra le prime critiche sul punto, I. MASSA PINTO, *Unione omosessuale e adozione: chi decide?*, in *Rivista AIC*, 4, 2016, *passim* e in particolare 6. Ritieni invece condivisibile l'argomentazione S. STEFANELLI, *Adozione del figlio del partner nell'unione civile*, in *Genius*, 2, 2016, 106 ss.

<sup>4</sup> Cfr. artt. 7, c. 1 e 44, c. 1, lett. d (ex lett. c), l. n. 184 del 1993. Su queste basi, giudicò «eversiva» tale interpretazione il Trib. min. Piemonte – Valle d'Aosta, dell'11 settembre 2015.

<sup>5</sup> Le osservazioni sul punto di E. GIACOBBE, *Adozione e affidamento familiare: ius conditum, vivens, condendum*, in *Dir. fam. pers.*, 1, 2016, 264.

Per converso, l'impostazione qui criticata era stata in qualche modo anticipata, pur per altra fattispecie, dallo stesso giudice delle leggi in una sentenza interpretativa di rigetto: C. cost. n. 383 del 1999.

<sup>6</sup> Da una prospettiva generale, L. ROVELLI, *Certeza del diritto: dalla legge all'interpretazione consolidata e possibile eterogenesi dei fini*, in *Ars interpretandi*, 1, 2019, 135 ss.

<sup>7</sup> Si tratta ovviamente di *intentio* in senso “oggettivo”, cioè dell'accurata ricostruzione della *ratio legis*: N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, I.G.R.U., Torino, 1938, 125, nt. 16 e dello stesso A., più ampiamente, *Le bon législateur*, in *Logique et Analyse*, 1971, 241 ss., nonché E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949, 167.

<sup>8</sup> Sulla discutibile metamorfosi subita dall'istituto dell'adozione, A. MORACE PINELLI, *Per una riforma dell'adozione*, in *Fam. dir.*, 7, 2016, 724.

<sup>9</sup> L'idea di clausola generale come «concetto valvola» sembra risalire a K.G. WURZEL, *Das juristische Denken*, Wien, 1904, 83 ss. Sulle clausole generali, dal punto di vista generale, K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970 e (anche) dalla specifica prospettiva costituzionale, F. PEDRINI, *Le clausole generali. Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna 2013, in particolare 182 ss.

<sup>10</sup> E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio del best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, 100.



È vero che in questi casi si ritiene spesso necessario ricorrere ad una «delega di bilanciamento» alla giurisdizione<sup>11</sup>: la norma generale ed astratta appare difatti eccessivamente rigida innanzi alla delicatezza dei beni in gioco, ed in particolare rispetto all’interesse del fanciullo; un giudizio in concreto, espresso dall’autorità a diretto contatto con il caso, tende pertanto a risultare più equamente calibrato<sup>12</sup>.

Tuttavia, questa opportuna delega di bilanciamento non può certo essere auto-attribuita dal giudice, dovendo sempre derivare da un esplicito conferimento della legge (o, come sovente accaduto, da una pronuncia additiva della Corte costituzionale)<sup>13</sup>.

## 1.2. La costituzionalizzazione dell’ordine pubblico internazionale

Sempre nel 2016, la medesima I sezione della Suprema Corte pronuncia un’ulteriore sentenza di fondamentale rilievo, questa volta in tema di ordine pubblico internazionale<sup>14</sup>.

In essa, si stabilisce che il giudice comune deve ricercare il significato di tale clausola non nella fonte primaria, bensì direttamente in Costituzione e in alcuni trattati internazionali con essa compatibili: addirittura, si specifica che la norma fondamentale entra in gioco solo in relazione ai principi supremi, essendo questi gli unici titolati ad erigere le barriere previste dalla l. n. 218 del 1995<sup>15</sup>. Le scelte discrezionali del legislatore, argomenta il giudice di legittimità, non possono per definizione esprimere principi di ordine pubblico<sup>16</sup>, il quale è ravvisabile solo innanzi al nucleo fondamentale della Costituzione, che preclude invece ogni discrezionalità legislativa. Poiché la l. n. 40 del 2004 rappresenta un tipico caso di scelte “non obbligate” del parlamento, il suo contenuto non può inverare alcun principio di ordine pubblico<sup>17</sup>.

<sup>11</sup> Sulla «delega di bilanciamento» come «regola sulla competenza», R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 88 ss.

<sup>12</sup> Da ultimo, sugli automatismi legislativi, L. PACE, *L’adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma “astratta” e caso “concreto”*, Napoli, 2020, in particolare 289 ss.

<sup>13</sup> Sono state proprio le sentenze del giudice delle leggi in tema di illegittimità degli automatismi legislativi a indurre il legislatore a ripensare parte della disciplina dell’adozione: cfr. C. cost. n. 44 del 1990, n. 148 del 1992, n. 349 del 1998, poi riprese dalla novella del 2001 (l. n. 149), per la quale si v. l’attuale formulazione dell’art. 6, commi 4 e 5 della l. n. 184 del 1983.

<sup>14</sup> Cass. civ., I sez., n. 19599 del 2016.

<sup>15</sup> In particolare, artt. 16, 64, lett. g) e 65.

<sup>16</sup> Sulla metamorfosi in senso promozionale dell’ordine pubblico, C. TRIPODINA, *C’era una volta l’ordine pubblico. L’assottigliamento del concetto di “ordine pubblico internazionale” come varco per la realizzazione dell’“incoercibile diritto” di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, 119 ss.

<sup>17</sup> Per il nucleo fondamentale delle argomentazioni, cfr. *dir. 7* della pronuncia.

Questa impostazione muove da presupposti che appaiono di difficile condivisione<sup>18</sup>, investendo tratti fondamentali del sistema delle fonti e più in generale del rapporto tra i poteri dello Stato<sup>19</sup>; limitandosi qui ai profili essenziali, si può osservare quanto segue:

- i) I principi supremi, anzitutto in quanto “principi”<sup>20</sup>, sono sottoponibili a bilanciamento e oggetto di discrezionalità legislativa, esattamente come avviene per ogni principio di una costituzione pluralista in cui manca una predefinita e rigida gerarchia tra valori; su queste basi, la ricerca di un punto di bilanciamento tra interessi in conflitto è la regola, non l’eccezione, di un ordinamento caratterizzato da rigidità costituzionale, e non può che essere affidata proprio al legislatore<sup>21</sup>.
- ii) I principi supremi e l’ordine pubblico condividono in effetti alcuni tratti in comune, ma rimangono non sovrapponibili<sup>22</sup>: sia perché diversa è la fonte avverso la quale essi operano<sup>23</sup>, sia perché – conseguentemente – difforme è l’autorità giudiziaria chiamata a farli valere<sup>24</sup>. A questo proposito, la Corte costituzionale ha sempre trattato con estrema prudenza il nucleo fondamentale della

<sup>18</sup> Perplexità sulla sentenza sono state espresse, per esempio, da 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. Riflessioni intorno alla sentenza n. 12193 del 2019 e non solo*, in *Oss. AIC*, 2, 2020, 189 ss.; per un giudizio positivo, si v. invece G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Corr. giur.*, 2, 2017, 190 ss.

<sup>19</sup> Sulla genetica relazione tra fonti e potere politico, e dunque tra fonti e sovranità popolare, L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Ann., II, Milano, 2008, 547. Sullo stretto rapporto tra vincolo del testo e separazione dei poteri, altresì, L. GIANFORMAGGIO, *L’uguaglianza di fronte alla legge: principio logico, morale o giuridico?*, in *Id.*, *Eguaglianza, donne e diritto*, Bologna, 2005, 74.

<sup>20</sup> Come già evidenziava C. SCHMITT, *La tirannia dei valori* (Die Tyrannei der Werte, 1967), Milano, 2008, 27: «Qualsiasi cosa si possa porre come valore supremo [...] anzitutto e in primo luogo si tratta di un *valore*, e solo in secondo luogo del valore *supremo*», corsivi originali.

<sup>21</sup> Il rapporto strutturale tra limite e diritto è stato chiarito dalla Corte costituzionale sin dalla sua prima sentenza: C. cost. n. 1 del 1956; altresì, quanto alla necessaria proporzionalità e ragionevolezza dei limiti, si v. per esempio C. cost. n. 141 del 1996. Il fatto che tale bilanciamento investa anche i principi supremi è agevolmente riscontrabile dall’attività quotidiana della Corte costituzionale: basti osservare, per esempio, la giurisprudenza in tema di artt. 3 e 24 Cost.

Quanto alla morfologia del principio, *ex pluribus*, R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna 2010, 48 ss. e, nello specifico della nostra Costituzione, V. CRISAFULLI, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 116-119; sull’assenza di una gerarchia predefinita e astratta tra i diritti nella nostra Costituzione, R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, 40.

<sup>22</sup> Ad un vero e proprio processo di «costituzionalizzazione» dell’ordine pubblico internazionale si fa esplicito riferimento in Cass. civ. I sez., n. 1842 del 2022. Già in precedenza, F. SALERNO, *La costituzionalizzazione dell’ordine pubblico internazionale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2, 2018 *passim* e 275 ss. e da una prospettiva più generale F. MODUGNO, *Principi generali dell’ordinamento*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, 8 e, *ivi*, A. CERRI, *Ordine pubblico. II) Diritto costituzionale*, IV, 3.

<sup>23</sup> I principi supremi proteggono l’identità costituzionale dalle fonti “esterne” sovranazionali e internazionali (siano queste ultime consuetudinarie o pattizie nello specifico caso dei Patti lateranensi e delle successive modifiche), le quali assumono rango costituzionale. L’ordine pubblico scherma dagli effetti di provvedimenti legislativi e amministrativi provenienti dall’esterno, lesivi del principio di legalità.

<sup>24</sup> Cfr. art. 101, c. 2 e art. 134 Cost.; art. 23, c. 2, l. n. 87 del 1953. Sulla netta distinzione tra giurisdizione costituzionale e ordinaria, e sulle relative implicazioni sistemiche, C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del Costituente*, I, Milano, 1979, 70 ss.

Costituzione<sup>25</sup>, la cui assoluta delicatezza non può certo dipendere dalla polifonia diffusa della giurisdizione comune<sup>26</sup> (a maggior ragione dopo la definitiva saldatura tra principi supremi e contro-limiti)<sup>27</sup>.

- iii) La stessa tradizionale teoria dell’ordine pubblico lo descrive quale clausola dinamica, suscettibile di fisiologici mutamenti in relazione all’evolversi dell’ordinamento giuridico e dei suoi peculiari istituti<sup>28</sup>; niente di più distante dalla pretesa fissità dei principi supremi descritta dalla Cassazione, che anche sotto questo profilo non sembra tenere conto del ruolo del legislatore nel formalizzare nuovi punti di bilanciamento tra gli interessi di volta in volta in conflitto<sup>29</sup>.

L’intera impostazione della Cassazione pare in sintesi rivolta ad un preciso obiettivo, ossia disancorare il giudice comune dal vincolo legislativo, senza però sollevare debita questione di legittimità alla Corte costituzionale<sup>30</sup>.

Il che appare ancor più discutibile tenendo a mente che l’ordine pubblico è una clausola generale<sup>31</sup>, in quanto tale oggetto di un’«integrazione valutativa» tollerabile solo a patto di rispondere ad un serrato onere argomentativo<sup>32</sup>: il generico riferimento alla strutturale indeterminatezza dei principi supremi o a taluni, selezionati, trattati internazionali (senza la dovuta attenzione ai presupposti e agli ambiti di applicazione che ne consentono l’applicazione)<sup>33</sup> non sembra rispondere a questa esigenza<sup>34</sup>.

<sup>25</sup> Ad oggi, ferme restando le peculiarità del caso “Taricco” (C. cost. n. 24 del 2017 e n. 115 del 2018; C.G., C-42/17), solo in due occasioni la Corte costituzionale ha azionato i contro-limiti: C. cost. n. 18 del 1982 e n. 238 del 2014.

<sup>26</sup> Su questi aspetti, G. SILVESTRI, *Considerazioni conclusive*, in *Oss. fonti*, spec. 1, 2018, 6.

<sup>27</sup> A partire da C. cost. n. 238 del 2014, *cons. dir.* n. 3.2, così raccogliendo un auspicio coltivato in dottrina: M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I contro-limiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2016, 7. Sulla completa assimilazione tra principi supremi e contro-limiti, cfr. però le obiezioni di carattere teorico-generale mosse a C. cost. n. 1146 del 1988 da M. DOGLIANI, *La sindacabilità delle leggi costituzionali, ovvero la ‘sdrammatizzazione del diritto costituzionale’*, in *Le Regioni*, 3, 1990, 785 ss.

<sup>28</sup> In giurisprudenza, Cass. civ., SS.UU., n. 19123 del 2019, *dir.* 12.2; in letteratura, P. LOTTI, *L’ordine pubblico internazionale. La globalizzazione del diritto privato ed i limiti di operatività degli istituti giuridici di origine estera nell’ordinamento italiano*, Milano, 2005, 47 ss.

<sup>29</sup> In generale sul punto, M. LUCIANI, *Avviso ai naviganti nel mar pandemico*, in *Quest. giust.*, 2, 2020, 8: «Non si tratta tanto, dunque, di postulare una pretesa “essenza” intangibile dei diritti [...] bensì di esigere dal legislatore il rispetto dell’autovincolo che si è imposto con certe scelte attributive o ricognitive di diritti».

<sup>30</sup> Su questi aspetti, per esempio, A. LONGO, *Ordine pubblico internazionale e lotta per la Costituzione. Spunti problematici alla luce di alcuni recenti approdi giurisprudenziali*, in *Dir. soc.*, 3, 2017, 449.

<sup>31</sup> Sull’ordine pubblico come clausola generale P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 42-45 e F. MODUGNO, *op. cit.*, 7-8.

<sup>32</sup> Sul rapporto tra necessaria «integrazione valutativa» e *surplus* di onere argomentativo innanzi alle clausole generali, V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, 39 ss. e F. PEDRINI, *op. cit.*, 29.

<sup>33</sup> Sul discutibile carattere selettivo dei trattati richiamati nella pronuncia, O. FERACI, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello “status” di figlio “nato da due madri” all’estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di cassazione n. 19599/2016*, in *Riv. dir. int.*, 1, 2017, 176. Quanto agli ambiti di applicazione elaborati in fondamentali sentenze della Corte costituzionale cfr., tra le molte, C. cost. n. 48 del 1979 e n. 238 del 2010 (diritto internazionale consuetudinario); n. 170 del 1984, n. 115 del 2018, n. 117 del 2019 (diritto sovranazionale); n. 348 e 349 del 2007, n. 49 del 2015 e n. 43 del 2018 (diritto internazionale pattizio).

<sup>34</sup> Un esempio eclatante di dubbio uso dei trattati internazionali è offerto da Cass. civ., I sez., n. 8325 del 2020 (pure apprezzabile per altri aspetti), da cui è derivata C. cost. n. 33 del 2021. Il parametro fondamentale di legittimità è rappresentato, tramite art. 117, c. 1 Cost., dal primo parere ex Protocollo 16 dalla Corte E.D.U., sul

### 1.3. Il veto superabile del genitore biologico («la giurisprudenza non è fonte del diritto»)

L'ultimo esempio riguarda invece la più recente sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione in tema di superabilità, in via interpretativa, del veto posto dal genitore biologico all'adozione del genitore "intenzionale"<sup>35</sup>.

Nonostante i dubbi sopra manifestati sulla possibilità di utilizzare l'adozione in casi particolari come alternativa al riconoscimento, tale soluzione ha senz'altro rappresentato l'unico strumento idoneo a tutelare almeno in parte gli interessi del minore nato da turismo procreativo, stante le perduranti omissioni del legislatore in tema<sup>36</sup>.

Tutela effettiva ma non esaustiva, come più volte sottolineato in letteratura e dalla stessa giurisprudenza, in particolare per due ragioni: da un lato, l'impossibilità per il fanciullo di formalizzare rapporti familiari con i parenti dell'adottante; dall'altro, la non superabilità in via interpretativa dell'eventuale veto del genitore biologico all'adozione (a patto che quest'ultimo eserciti concretamente la responsabilità genitoriale nei confronti del minore)<sup>37</sup>. Il primo limite è stato corretto dalla Corte costituzionale<sup>38</sup>; il secondo, proprio dalle Sezioni Unite con la pronuncia qui in commento, che desta però perplessità.

---

presupposto che esso fosse stato reso successivamente alla pronuncia delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 su analogo tema; di questa novità era pertanto necessario tenere conto. In realtà, il parere, in quanto tale, era ed è non vincolante, oltre ad essere precedente rispetto alla pubblicazione della sentenza, non successivo (10 aprile 2019 il parere, 8 maggio 2019 la sentenza); inoltre, la necessità di ricorrere ad un parere consultivo testimonia l'assenza di un'interpretazione consolidata sul punto, ossia del presupposto per sollevare q.l.c. avente come parametro i principi della C.E.D.U. In via del tutto assorbente, il protocollo, a quella data, non era stato ratificato dal nostro Paese. Sull'erroneità dei presupposti da cui muove l'ordinanza, G. LUCCIOLI, *Il parere preventivo della Corte EDU e il diritto vivente italiano in materia di maternità surrogata: un conflitto inesistente o un conflitto mal risolto dalla Corte di cassazione?*, in [giustiziainsieme.it](http://giustiziainsieme.it), 22 maggio 2020, *passim*; sugli argomenti sposati dalla Corte costituzionale per superare tali obiezioni, C. cost. n. 33 del 2021, *cons. dir.* 3.1; sul rapporto tra assenza di un consolidamento interpretativo e ricorso al parere, M. LUCIANI, *Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei protocolli n. 15 e n. 16 della Cedu. Appunti per l'audizione innanzi la 2ª Commissione – Giustizia della Camera dei Deputati (26 novembre 2019)*, in *Sistema penale*, 27 novembre 2019, 7.

<sup>35</sup> Cass. civ., SS.UU., n. 38162 del 2022 sulla quale, per riferimenti più approfonditi rispetto a quelli proponibili in questa sede, F. FERRARI, «La giurisprudenza non è fonte del diritto». *Nota a SS.UU. n. 38162 del 2022 in tema di maternità surrogata, ordine pubblico e preminente interesse del minore*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 6, 2022, 98 ss.

<sup>36</sup> Tra i molti in giurisprudenza, Cass. civ., SS.UU., n. 12193 del 2019; in letteratura, 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 [giustiziainsieme.it](http://giustiziainsieme.it), 14 aprile 2021, § 1.

<sup>37</sup> Cfr. sul punto Cass. civ., I sez., n. 18827 del 2018, *dir.* 4.4 e 5. Ancora, i limiti della disciplina sono stati denunciati per esempio in C. cost. nn. 32 e 33 del 2021; su questi specifici profili delle due pronunce, P. VERONESI, *Ancora sull'incerto mestiere del nascere e del diventare genitori: i casi di cui alle sentenze nn. 32 e 33 della Corte costituzionale*, in *BioLaw Journal*, 3, 2021, 503 ss.; più in generale sui limiti dell'adozione in casi particolari, A. CORDIANO, *Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto)*, in R. BIN, F. FERRARI, (a cura di), *Tecniche procreative, ordine pubblico, interesse del minore. Lo stato dell'arte*, in *BioLaw Journal*, 3, 2021, 21 ss.

<sup>38</sup> C. cost. n. 79 del 2022, sulla quale, E. CRIVELLI, *La Corte costituzionale garantisce i rapporti di parentela a tutti i minori adottati: nota alla sentenza n. 79 del 2022*, in *Oss. AIC*, 5, 2022, 11 ss. Che l'ordinanza di rimessione offrisse l'opportunità di sanare parte dei vizi più volte segnalati era stato sottolineato da M.E. D'AMICO, *I diritti dei "diversi". Saggio sull'omosessualità*, in *Oss. AIC*, 6, 196.



La sentenza si apre con una raffinata, esemplare ricostruzione di teoria generale delle fonti<sup>39</sup>, nella quale si afferma che «la giurisprudenza non è fonte del diritto» e si sottolinea la necessità per la giurisdizione di rimanere nei limiti fissati dall’art. 101, c. 2 Cost. (a meno di non sollevare opportuna questione di legittimità costituzionale)<sup>40</sup>.

In un passaggio centrale dell’argomentazione sembrano però smentite queste stesse premesse: si afferma difatti che, qualora lo imponga il preminente interesse del minore, il veto del genitore biologico all’adozione da parte del genitore intenzionale può essere disatteso in via interpretativa dal giudice comune. A tacere del fatto che il punto è estraneo al *petitum*<sup>41</sup>, tale soluzione appare sorprendente non solo perché l’art. 46 non sembra ammettere questo tipo di eccezione<sup>42</sup>, ma anche per il fatto che proprio questo veto, come si è visto, era stato più volte segnalato come insuperabile dalla stessa giurisdizione comune<sup>43</sup>.

Né risolutivo a questo proposito appare il ricorso all’interpretazione costituzionalmente conforme, a cui le Sezioni Unite si appellano esplicitamente, evidenziandone le «potenzialità»<sup>44</sup>: benché la definizione dei precisi confini di tale tecnica interpretativa impegni la riflessione teorica<sup>45</sup>, la Corte costituzionale ha più volte richiamato i giudici comuni al rispetto del vincolo testuale, sottolineando la necessità di ridimensionare l’uso indebito, per così dire *ultra vires*, proprio dell’interpretazione conforme<sup>46</sup>.

<sup>39</sup> Si è giustamente parlato a proposito di «sentenza trattato»: M. SESTA, *La maternità surrogata: il perfetto equilibrio delle sezioni unite*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2023, 390.

<sup>40</sup> Cass. civ., SS. UU., n. 38162 del 2022, *dir.* 7.

<sup>41</sup> Il padre biologico non aveva negato il proprio assenso alla trascrizione, non essendoci crisi di coppia: quest’ultima chiedeva la trascrizione dell’atto di nascita canadese in cui entrambi i padri sono definiti genitori del minore; al contempo, nell’ordinanza da cui scaturisce la pronuncia delle Sezioni Unite (Cass. civ., I sez., n. 1842 del 2022), il tema del veto è richiamato solo nella premessa, ove si cita sul punto la ricostruzione offerta in C. cost. n. 33 del 2021. Che si tratti di profilo inconferente è stato sottolineato anche dalle *Conclusioni* del Procuratore generale, 8 novembre 2022, punto 6, lett. g).

<sup>42</sup> Sembra anzi escluderla: l’art. 46, l. n. 184 del 1983, indica espressamente i casi in cui è possibile superare il veto; pertanto, *ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit*. Sull’argomento a contrario, G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, Milano, 1980, 346.

<sup>43</sup> Anche in sede di commento dell’ordinanza interlocutoria di Cass. civ., I sez., n. 1842 del 2022, da cui scaturisce la sentenza in commento, si era sottolineata la necessità di superare il vincolo in esame, investendo però la Corte costituzionale: A. MORACE PINELLI, *Le persistenti ragioni del divieto di maternità surrogata e il problema della tutela di colui che nasce dalla pratica illecita. In attesa della pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Fam. dir.*, 12, 2022, 1183.

<sup>44</sup> Cass. civ., SS.UU., n. 38162, *dir.* 11.

<sup>45</sup> Per due diverse ipotesi ricostruttive, si v. M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir.*, Ann., IX, Milano, 2016, 434-435 e F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale*, in *Ann. Fac. Giur. Univ. Camerino*, 8, 2019, 62 ss.

<sup>46</sup> Si veda la recentissima C. cost. n. 5 del 2024: in essa si dichiara illegittimo l’art. 291 c.c. «nella parte in cui, per l’adozione del maggiorenne, non consente al giudice di ridurre, nei casi di esigua differenza e sempre che sussistano motivi meritevoli, l’intervallo di età di diciotto anni fra adottante e adottando». A questo medesimo risultato era pervenuta mediante “interpretazione conforme” Cass. civ., I sez., n. 7667 del 2020, la quale aveva giudicato la norma oggetto «vetusta e anacronistica», ritenendola dunque superabile in via ermeneutica; proprio richiamando questa pronuncia, la Corte costituzionale ha opportunamente sottolineato come il vincolo del testo non consentisse quel risultato all’autorità giurisdizionale (*cons. dir.* 2.4 s.). Più in generale sulla giurisprudenza in tema, ampi riferimenti in G. PITRUZZELLA, *L’interpretazione conforme e i limiti alla discrezionalità del giudice nell’interpretazione della legge*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 3, 2021, 161 ss.

Da ultimo, ancora sul piano del rapporto tra giudice comune e Corte costituzionale è possibile ricavare un'ulteriore incongruenza nel ragionamento della Cassazione: l'ordinanza da cui genera la sentenza in esame riteneva di poter trarre da C. cost. n. 33 del 2021 chiare indicazioni a favore della diretta trascrizione del provvedimento formatosi all'estero; le Sezioni Unite rigettano questo assunto, sottolineando che ove così fosse, la Corte costituzionale avrebbe concluso con una sentenza di accoglimento o con un'interpretativa di rigetto. L'osservazione è corretta, ma può essere rivolta alla stessa Suprema Corte sul punto qui in esame: la q.l.c. a base della "gemella" C. cost. n. 32 del 2021 chiedeva di dichiarare illegittima l'insuperabilità del veto del genitore biologico, ottenendo come risposta dalla Corte costituzionale né una sentenza di accoglimento né un'interpretativa di rigetto, ma – appunto – la medesima pronuncia di inammissibilità<sup>47</sup>.

## 2. Il legislatore inerte

Ammesso che la ricostruzione qui proposta risulti condivisibile, lo sguardo d'insieme non può non tenere conto delle omissioni legislative<sup>48</sup>.

Un ordinamento che confina l'operato del giudice entro il perimetro della legge presuppone l'esistenza di un Parlamento in grado di svolgere la propria funzione costituzionale: qualora ciò non accada, è inevitabile che il punto di sfogo delle nuove istanze sociali divenga la giurisdizione, sulla quale grava il fondamentale divieto di *non liquet*<sup>49</sup>.

Non pare un caso che la Sezioni Unite, dopo avere ben puntualizzato i limiti della giurisdizione, sottolineino questo aspetto con laconica chiarezza<sup>50</sup>, quasi a rimarcare le difficoltà di giudici costretti a operare senza un ragionevole materiale normativo su cui poggiare le proprie scelte.

Ecco perché, al netto delle critiche sopra esposte, vi è un punto della sentenza delle Sezioni Unite che appare assai apprezzabile: l'imposizione del controllo giurisdizionale alle richieste di riconoscimento della filiazione nata da G.P.A. praticata all'estero<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> La norma oggetto della q.l.c. di C. cost. n. 32 del 2021 non era l'art. 46 della l. n. 184 del 1983, bensì gli artt. 8 e 9 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, ma è proprio il necessario consenso previsto dalla legge sull'adozione che precludeva la risoluzione del caso in senso favorevole al genitore intenzionale; ai fini che qui interessano, inoltre, non rileva la circostanza che nella sent. n. 32 del 2021 si trattasse di una pratica di fecondazione eterologa di coppia femminile, non incidendo questo aspetto sulle problematiche dell'adozione in casi particolari. Né, in relazione alla tesi proposta, può emergere l'ovvia constatazione del limite solo "negativo", nei confronti del giudice *a quo*, prodotto da una sentenza interpretativa di rigetto: quel che interessa è constatare la spendibilità dell'argomento usato dalle SS.UU. anche avverso la propria pronuncia.

<sup>48</sup> Omissioni che acuiscono i limiti di una disciplina legislativa che apparve problematica sino dalla sua originaria entrata in vigore: G. D'AMICO, *Le vicende della legge n. 40 del 2004 come esperienza paradigmatica del costituzionalismo contemporaneo*, in S. AGOSTA, G. D'AMICO, L. D'ANDREA (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza. Problemi e prospettive*, Napoli, 2017, 29 ss.

<sup>49</sup> Su questi aspetti, in generale, R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC*, 4, 2018, 633 ss.; dalla specifica prospettiva dei temi scientificamente connotati, A. D'ALOIA, *Natura, scienza, diritto. Relazioni incrociate*, in *Dir. cost. Riv. quad.*, 3, 2020, 111.

<sup>50</sup> «Il legislatore è rimasto finora inerte. Il monito giace inascoltato»: Cass. civ., SS.UU., n. 38162, *dir. 7* (il monito è quello espresso dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 33 del 2021).

<sup>51</sup> Cass. civ., SS.UU., n. 38162, *dir. 18*.

L’ordinanza interlocutoria della Prima Sezione postulava difatti un pieno riconoscimento dello *status* di figlio così concepito, caricando tale onere per intero sulle spalle dell’Ufficiale di stato civile. Opzione, questa, assai preoccupante, posti i limitatissimi poteri cognitivi dell’organo amministrativo, certo inidonei ad indagare appieno l’origine e la realtà fattuale del concepimento<sup>52</sup>.

Quale che sia l’opinione in tema di G.P.A.<sup>53</sup>, la cronaca giudiziaria ha già mostrato gli oscuri eventi che possono celarsi dietro il ricorso a questa pratica<sup>54</sup>, ed è esattamente per garantire il supremo interesse del minore – oltretutto «l’assioma della coerenza interna»<sup>55</sup> dell’ordinamento giuridico – che lo Stato deve vigilare sulle richieste di riconoscimento: di questo fine non può che essere investita l’autorità giurisdizionale, la quale opera con il complesso dei penetranti poteri che la Costituzione le attribuisce. Proprio come avvenuto con un altro istituto di enorme delicatezza quale l’incesto, l’intervento del legislatore dovrebbe dunque anzitutto consolidare questo assetto, la cui trama essenziale è già stata tessuta nella pronuncia delle Sezioni Unite<sup>56</sup>.

È senz’altro vero che le eventuali colpe dei genitori non devono e non possono ricadere sui figli<sup>57</sup>, ma è «arbitrario e illogico»<sup>58</sup> pensare che da ciò derivi sempre e a prescindere l’automatico riconoscimento della filiazione, a meno di non affermare la totale irrilevanza di qualunque evento avvenuto all’estero (come, in ipotesi, la violazione delle regole sull’adozione internazionale, lo sfruttamento delle donne in condizioni di oggettiva schiavitù, la lesione delle stesse prescrizioni poste a tutela dell’interesse del fanciullo nel Paese in cui il concepimento è avvenuto)<sup>59</sup>.

<sup>52</sup> *Ibidem*. Era parso opportuno segnalare il medesimo aspetto critico già in sede di commento di C. cost. n. 33 del 2021: anche in quell’occasione, un eventuale accoglimento della q.l.c. avrebbe posto al centro della valutazione non il giudice (come auspicato dalla Prima Sezione nell’ord. n. 8325 del 2020), ma l’Ufficiale di stato civile: F. FERRARI, *L’interesse del minore tra Protocollo 16 e discrezionalità del legislatore (passando per l’Ufficiale di stato civile). Riflessioni a margine di C. cost. n. 33 del 2021*, in R. BIN, F. FERRARI (a cura di), *op. cit.*, 134. Vi è da dire che, rispetto a Cass. civ., I sez., n. 8325 del 2020, nell’ordinanza interlocutoria in commento – Cass. civ., I sez., n. 1842 del 2020 – si chiedeva il riconoscimento diretto solo a certe condizioni (la libera formazione della volontà della gestante, la gratuità e legalità dell’accordo, il diritto al ripensamento della madre di parto esercitabile fino alla nascita del bambino, il legame biologico con almeno uno dei due committenti etc.); precisazione opportuna ma non risolutiva, giacché proprio per verificare la veridicità di questi presupposti è necessario un controllo giurisdizionale.

<sup>53</sup> Per i diversi approcci possibili, si veda per esempio M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2021, 353 ss.

<sup>54</sup> Basti richiamare i fatti alla base della nota pronuncia della Corte E.D.U. *Paradiso e Campanelli c. Italia*, n. 25358/12.

<sup>55</sup> Su questa esigenza quale elemento strutturale di qualunque sistema di diritto internazionale privato, L. FUMAGALLI, *Diritto straniero (applicazione e limiti)*, in *Enc. dir.*, Ann., IV, Milano, 2011, 478.

<sup>56</sup> Sul rapporto tra incesto e interesse del minore, sia consentito un rinvio a F. FERRARI, *Interesse del minore e tecniche procreative*, cit., 50.

<sup>57</sup> Già T. PAINE, *The age of reason*, in M.D. CONWAY (ed.), *The writings of T. Paine*, IV, London and New York, 25, scriveva: «[...] the declaration which says that God visits the sins of the fathers upon the children [...] is contrary to every principle of moral justice».

<sup>58</sup> G. LUCCIOLI, *Maternità surrogata e status dei figli, intervistata da R. Russo*, in [giustizainsieme.it](http://giustizainsieme.it), 6 novembre 2020. Per inciso, è interessante notare come queste osservazioni provengano dalla giudice a capo della sezione di Cassazione che pronunciò la storica sentenza del caso “Englaro” (Cass. civ., I sez., 21748 del 2007).

<sup>59</sup> Come spesso sottolineato in letteratura, immediata è l’analogia con il caso Serena Cruz (Trib. min. Torino, 2 febbraio 1989): M. MANETTI, *L’ordine pubblico internazionale e la Costituzione. Prime note*, in R. BIN, F. FERRARI, (a cura di), *op. cit.*, 95 ss.

### 3. Conclusioni

Il fenomeno del “turismo procreativo” impatta sull’ordinamento interno non solo per l’evidente tensione con il principio di territorialità, ma anche per il peso specifico esercitato dal preminente interesse del minore.

Il primo è un elemento costitutivo dello Stato e della sua sovranità, la cui nota crisi è spesso legata proprio all’incedere delle scienze e alle opportunità offerte, come in questo caso, dalle tecniche anche procreative<sup>60</sup>; il secondo, pur non prevalendo a priori nei bilanciamenti nei quali è coinvolto, tende di norma a vincere sugli interessi antagonisti, data l’assoluta delicatezza del bene protetto<sup>61</sup>.

La combinazione di questi due elementi complica a dismisura l’analisi teorica e l’operato di giudici e legislatore, mettendo a dura prova la capacità regolatoria dell’autorità pubblica.

Si è dunque innanzi ad una «scienza “senza presupposti”»<sup>62</sup> che incide sul più prezioso e fragile dei beni in gioco, innanzi al quale non può esservi alcuna «solidarietà nel peccato»<sup>63</sup>.

Difficile non cogliere, al netto dei possibili errori delle istituzioni coinvolte, l’estrema complessità dello scenario.

<sup>60</sup> Sul rapporto tra territorio e sovranità, G. BERTI, *Sovranità*, in *Enc. dir.*, Ann., I, Milano, 2007, 1072. In particolare, dalla prospettiva che qui interessa, G.M. RUOTOLO, *Il diritto internazionale privato italiano delle “nuove” famiglie nel contesto europeo*, in *Quest. giust.*, 2, 2019, 53 ss.

<sup>61</sup> *Ex pluribus*, cfr. art. 3, par. 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 1989 e C. cost. n. 33 del 2021, *cons dir.* 5.3. A compendio sul punto in letteratura, M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Roma, *passim*.

<sup>62</sup> M. WEBER, *La scienza come professione*, in *Id.*, *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino, 1971, 25, il quale spiega, a p. 26: «Tutte le scienze naturali danno una risposta a questa domanda: che cosa dobbiamo fare se vogliamo dominare *tecnicamente* la vita? Ma se vogliamo e dobbiamo dominarla tecnicamente, e se ciò, in definitiva, abbia veramente un significato, esse lo lasciano del tutto in *sospeso* oppure lo suppongono per i loro fini» (solo l’ultimo corsivo è aggiunto).

<sup>63</sup> «[C]on i bambini non ci può essere solidarietà nel peccato, e se è vero che essi devono condividere la responsabilità di tutti i misfatti compiuti dai loro padri, allora io dico che una tale verità non è di questo mondo e io non la capisco [...] E se la sofferenza dei bambini servisse a raggiungere la somma delle sofferenze necessaria all’acquisto della verità, allora io dichiaro in anticipo che la verità tutta non vale un prezzo così alto [...] Hanno fissato un prezzo troppo alto per l’armonia»: F. DOSTOEVSKIJ, *I fratelli Karamazov*, Parte II, Libro V, Cap. IV.



## Il diritto alla salute dei migranti davanti alle Corti europee

Luigi Ferraro \*

MIGRANTS' RIGHT TO HEALTH BEFORE THE EUROPEAN COURTS

ABSTRACT: The jurisprudence of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union highlights how the right to health of irregular migrants is often subordinated to the needs of public finances and border security. This, however, is in contrast with the indications of the World Health Organization, according to which health is not only the absence of disease but also the physical, mental and social well-being of the person, adding respect for the migrant's culture too, as pointed out by migration medicine.

KEYWORDS: Migrants; health; public finance; public safety; cultural aspects

ABSTRACT: Sulla base della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea emerge un diritto alla salute dei migranti irregolari spesso recessivo rispetto agli interessi di finanza pubblica e di sicurezza dei confini degli Stati. Ciò, però, si pone in contrasto con l'indicazione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, secondo cui la salute non è solo l'assenza di patologie ma anche il benessere fisico, mentale e sociale della persona, cui si aggiungono gli aspetti culturali del migrante, come evidenzia la medicina delle migrazioni.

PAROLE CHIAVE: Migranti; salute; finanza pubblica; sicurezza; aspetti culturali

SOMMARIO: 1. Il diritto alla salute dei migranti tra ordinamento interno, sovranazionale e internazionale – 2. La giurisprudenza della Corte EDU (segue...) – 3. (...) e la giurisprudenza della CGUE – 4. Brevi osservazioni a mo' di conclusione (...ma non troppo!).

### 1. Il diritto alla salute dei migranti tra ordinamento interno, sovranazionale e internazionale

L'Europa è interessata in modo significativo ormai da diversi anni dal fenomeno migratorio, che coinvolge in particolare l'Italia e la Grecia quali paesi di primo approdo, ma che poi si proietta ad altri Stati membri, come Germania e Francia, più ricchi e capaci di offrire maggiori opportunità di lavoro. Le ragioni alla base di questo fenomeno – sempre più consistente nei numeri, oltre che drammatico per le tante tragedie occorse in mare nel disperato tentativo di raggiungere le nostre coste – sono quelle note: l'estrema povertà dei paesi di provenienza, i molti conflitti etnici

\* Professore associato di Diritto pubblico comparato presso l'Università della Campania Luigi Vanvitelli. Mail: [luigi.ferraro@unicampania.it](mailto:luigi.ferraro@unicampania.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

che riguardano tante zone geografiche del mondo e la perenne deflagrazione di eventi bellici, come da ultimo la guerra in Ucraina e nella striscia di Gaza, per citare i più vicini.

Sotto il profilo sanitario è opportuno evidenziare le buone condizioni di salute in cui arrivano i migranti, di solito migliori rispetto a quelle dei cittadini della Nazione ospitante, dal momento che si verifica una naturale selezione all'origine, nel senso che emigrano solo le persone con un fisico in buona salute, il c.d. «effetto migrante sano»<sup>1</sup>, proprio per le prevedibili sofferenze e difficoltà dei viaggi che, non a caso a volte, si trasformano purtroppo in drammatici naufragi nel mare Mediterraneo.

È altrettanto vero, però, che lo stato di salute dei migranti, una volta arrivati alla propria mèta, rapidamente peggiora. A ciò contribuiscono, tra l'altro, le condizioni di lavoro disagiate cui molte volte sono costretti, le ristrettezze economiche e l'assimilazione ad uno stile di vita molto diverso rispetto alla propria cultura; si aggiunga, poi, l'evidente trasformazione del fenomeno migratorio negli ultimi anni, poiché stanno diminuendo coloro che arrivano per ragioni di lavoro, mentre tendono ad aumentare i profughi, i richiedenti asilo e quelli desiderosi di un ricongiungimento familiare<sup>2</sup>.

Tale stato di cose fa emergere una naturale necessità di assistenza nei riguardi dei migranti, che però scontano nel nostro paese «diseguaglianze di salute e di accesso ai servizi sanitari rispetto alla popolazione italiana»<sup>3</sup>, oltre alle ragioni di discriminazione razziale che spesso aumentano i «rischi psicosociali»<sup>4</sup>. In questo contesto risulta a rischio la salute dei migranti, in particolare se considerata nella duplice valenza del significato che le è stato assegnato dall'OMS, per cui l'essere sano, com'è noto, non si esaurisce nell'assenza di malattie, ma richiede il completo benessere psico-fisico della persona. Ciò significa non solo la necessità di prestare cura a coloro che arrivano in precarie condizioni fisiche, ma di predisporre un sistema di adeguato sostegno psicologico nei confronti di chi lascia dietro di sé esperienze di guerra, di stupri e di violenze di genere<sup>5</sup>, solo per fare qualche esempio.

In proposito è utile richiamare la «medicina delle migrazioni», il cui obiettivo è quello di prendersi cura delle diverse dimensioni che compongono la persona umana, come il corpo, la psiche, la cultura, le

<sup>1</sup> Cfr. G. CASELLI, S. LOI, S. STROZZA, *Immigrazione, salute e mortalità degli stranieri in Italia*, in *Rivista AIC*, 4, 2017, 10 ss., i quali evidenziano come le popolazioni immigrate siano «mediamente più sane di quelle native», soprattutto per coloro che sono alla ricerca di opportunità di lavoro. Egualmente v. S. GERACI, B. MAISANO, M. MAZZETTI, *La medicina delle migrazioni in Italia: un percorso di conoscenza e di diritti*, in *Studi Emigrazione*, 157, marzo 2005, 6.

<sup>2</sup> In tal senso, sui diversi aspetti, v. ancora G. CASELLI, S. LOI, S. STROZZA, *op. cit.*, 4, 11.

<sup>3</sup> M. TERRANEO, M. TOGNETTI BORDOGNA, *È possibile studiare la relazione tra immigrazione e salute in Italia?*, in *Rassegna Italiana di Sociologia*, 4, 2018, 790 ss., 792, sostengono ad esempio «che le minoranze etniche fanno ricorso in misura minore rispetto agli autoctoni ai programmi di screening, mentre si osserva un sovra-utilizzo del pronto soccorso».

<sup>4</sup> Ancora M. TERRANEO, M. TOGNETTI BORDOGNA, *op. cit.*, 791.

<sup>5</sup> Cfr. C. CORSI, *Il diritto alla salute alla prova delle migrazioni*, in *Istituzioni del federalismo*, 1, 2019, 74. È opportuno precisare che nelle more della pubblicazione del presente contributo è stato adottato dal Consiglio (14 maggio 2024) il nuovo Patto UE su migrazione e asilo, che consta di 10 atti legislativi «che riformano l'intero quadro europeo per la gestione dell'asilo e della migrazione». Uno dei profili di maggiore interesse è la previsione «di un meccanismo di solidarietà per garantire una più equa ripartizione della responsabilità» relativamente al sistema migratorio; gli Stati membri dovranno attuare nel termine di due anni i suddetti atti legislativi. In <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2024/05/14/the-council-adopts-the-eu-s-pact-on-migration-and-asylum> (ultima consultazione 15/06/2024).

aspettative per il futuro, tutte meritevoli di attenzione in rapporto al contesto che ospita i migranti<sup>6</sup>. Lo straniero può essere considerato titolare di un «diritto culturale a perpetuare le proprie tradizioni, portando la categoria cultura fuori dall'alveo della mera consuetudine [...] per darle lo *status* di un vero e proprio diritto inviolabile» nato dalla elaborazione giurisprudenziale<sup>7</sup>. Infatti, quando si esamina il fenomeno migratorio sotto il profilo sanitario bisogna fare i conti anche con la possibilità di un «conflitto tra pratiche culturali/religiose, da un lato, e diritto alla salute, dall'altro», come nel caso delle emotrasfusioni per il gruppo religioso dei testimoni di Geova, oppure quando i genitori vogliono imporre trattamenti curativi previsti dalla propria fede (es.: malocchio), o ancora laddove il minore subisce sul proprio corpo pratiche legate alla cultura religiosa di appartenenza, ma che sono dannose per il suo benessere, come nell'ipotesi della circoncisione maschile e delle mutilazioni genitali femminili<sup>8</sup>. Proprio con riferimento a quest'ultima ipotesi si manifesta il ruolo dei mediatori culturali. Secondo le Linee guida per la prevenzione, assistenza e riabilitazione delle donne che hanno subito mutilazioni genitali (Decreto Ministero della Salute, 17 dicembre 2007), è necessario che vi sia nei loro riguardi un approccio clinico e psicologico effettuato preferibilmente da operatori sanitari di genere femminile e, comunque, supportati da interpreti e mediatrici culturali, con il compito di agevolare la comunicazione, anche con le istituzioni, e la realizzazione degli obiettivi medico-sanitari. Il fine ultimo è quello di eliminare le barriere socio-culturali e favorire un'assistenza sanitaria idonea alla tutela del diritto alla salute e dell'integrità fisica di queste donne e bambine immigrate<sup>9</sup>.

A fronte di tale problematica situazione, va registrato un quadro normativo europeo sulla salute dei migranti piuttosto debole. Partendo dalla CEDU, non sono previste norme a tutela del diritto alla salute e, in generale, dei diritti sociali; non a caso, come si vedrà a breve, l'ancoraggio normativo della Corte EDU in fattispecie di questo tipo è rappresentato dall'art. 3 CEDU, cioè il divieto di trattamenti inumani o degradanti. Tutt'al più è possibile richiamare, godendo di un carattere complementare alla stessa CEDU, la Carta Sociale Europea che riconosce ad ogni persona il diritto al «miglior stato di salute» possibile (art. 11)<sup>10</sup>, nonché il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, che egualmente sancisce «il diritto di ogni individuo a godere delle migliori condizioni di salute fisica e mentale che sia in grado di conseguire» (art. 12)<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> Così si esprimono S. GERACI, B. MAISANO, M. MAZZETTI, *La medicina delle migrazioni in Italia: un percorso di conoscenza e di diritti*, cit., 2, ripresi molto recentemente da F. MEOLA, *L'accesso ai servizi socio-sanitari da parte dei migranti tra tutela della salute e salvaguardia dell'identità culturale*, in *BioLaw Journal*, 4, 2023, 75 ss.

<sup>7</sup> Cfr. C. CAVALLARI, I. RUGGIU, *Antropologia e diritti di fronte alla salute del minore: un approccio integrato*, in *BioLaw Journal*, 4, 2023, 31, che si richiamano, in proposito, alla giurisprudenza della Suprema Corte di cassazione.

<sup>8</sup> Cfr. C. CAVALLARI, I. RUGGIU, *op. cit.*, 36, 32 ss.

<sup>9</sup> Ciò ai sensi della legge n. 7/2006, «Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile», che prevede, come poi è avvenuto, l'adozione delle suddette Linee guida. È bene tuttavia precisare l'inesistenza di una specifica disciplina circa il ruolo del mediatore interculturale (pur nelle differenze con il mediatore culturale); si registrano solo norme sparse, tra cui, ad esempio, gli artt. 38 e 42 d.lgs. n. 286/1998, relativi, rispettivamente, all'istruzione degli stranieri e all'educazione interculturale, oltre che alle misure di integrazione sociale, in [https://integrazioneimmigranti.gov.it/it-it/Altre-info/e/2/o/41//id/81/Mediazione-Quadro-normativo \(ultima consultazione 15/06/2024\)](https://integrazioneimmigranti.gov.it/it-it/Altre-info/e/2/o/41//id/81/Mediazione-Quadro-normativo (ultima consultazione 15/06/2024)).

<sup>10</sup> Sul punto, cfr. A. ALBANESE, *La tutela della salute dei migranti nel diritto europeo*, in *Rivista AIC*, 4, 2017, 18 ss.

<sup>11</sup> Secondo C. GULOTTA, *Il diritto alla salute dei migranti nel pacchetto di proposte della Commissione sulla riforma del "diritto di asilo europeo" e nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Il Diritto dell'Unione*

Passando poi alla normativa dell'Unione europea, rileva innanzitutto l'art. 35 della Carta di Nizza, secondo cui «ad ogni persona» spetta il diritto ad ottenere cure mediche, tenendo conto che nelle politiche europee è necessario garantire «un livello elevato di protezione della salute umana», indirizzo normativo peraltro ribadito dall'art. 168 TFUE<sup>12</sup>, sebbene nel rispetto delle «responsabilità degli Stati membri per la definizione della loro politica sanitaria», il che in parte depotenzia la dichiarazione tutoria di principio. A tali disposizioni si aggiunge quanto previsto specificamente in tema di asilo e di immigrazione, rispettivamente all'art. 78 TFUE, per cui l'UE «sviluppa una politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea», e all'art. 79 TFUE, laddove si affida a Bruxelles il compito di «una politica comune dell'immigrazione intesa ad assicurare, in ogni fase, la gestione efficace dei flussi migratori, l'equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi *regolarmente* (corsivo nostro) soggiornanti» e la prevenzione unita al contrasto verso ogni forma di immigrazione illegale.

Dal punto di vista del diritto interno, la disciplina italiana di rango primario si fonda sul d.lgs. n. 286/1998, cioè il Testo Unico sugli Immigrati (da ora in poi T.U.I.), in cui all'art. 2 si sancisce che «allo straniero [...] sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti». Ciò che però rileva maggiormente sul versante sanitario è il relativo Titolo V, con gli artt. 34, 35 e 36, in quanto si prevede che gli stranieri regolarmente soggiornanti «hanno parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti e doveri rispetto ai cittadini italiani» per le prestazioni sanitarie, con l'obbligo di iscrizione al SSN (art. 34), mentre per i migranti irregolari sono previste «cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia ed infortunio e sono estesi i programmi di medicina preventiva a salvaguardia della salute individuale e collettiva» (art. 35, 3° co.); infine, a favore degli stranieri che abbiano la necessaria capienza economica è prevista la possibilità del permesso di soggiorno per cure mediche (art. 36). Tali disposti trovano il loro ancoraggio costituzionale nell'art. 10, 2° e 3° co., Cost., che – oltre al riconoscimento del diritto di asilo – affida alla legge la regolamentazione della condizione giuridica dello straniero secondo le norme internazionali, o ancora nell'art. 3 Cost., il cui principio di eguaglianza è estensibile a ciascuna persona affinché nessuno possa subire discriminazioni, secondo la lettura della Corte costituzionale italiana<sup>13</sup>, e

---

*Europa*, 4, 2017, 749, tale art. 12 è il riferimento normativo «più forte per affermare l'universalità del diritto alla salute».

<sup>12</sup> Infatti, ai sensi dell'art. 168, par. 1, TFUE, «Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana», cui si aggiunge quanto indicato dall'art. 6, par. 1, TUE, a mente del quale «l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [...], che ha lo stesso valore giuridico dei trattati».

<sup>13</sup> Secondo la Corte cost., *ex multis*, sent. n. 120/1967, punto 2 del *Considerato in diritto*, «se è vero che l'art. 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini, è anche certo che il principio di eguaglianza vale pure per lo straniero quando trattasi di rispettare quei diritti fondamentali». Per tale giurisprudenza costituzionale, cfr. E. Rossi, F. BIONDI DAL MONTE, *Immigrazione e diritto alla salute*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Bioetica pratica e cause di esclusione sociale*, Milano-Udine, 2012, 101 s. G. MOSCHELLA, *La legislazione sull'immigrazione e le prospettive della tutela dei diritti fondamentali: l'ordinamento europeo e l'esperienza italiana*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, 476, partendo dall'analisi degli indirizzi giurisprudenziali della Corte, ritiene che «la fonte di tutti i diritti fondamentali sia la natura umana e non la cittadinanza».

nell'art. 2 Cost. che sancisce il principio personalista quale valore di fondo del nostro ordinamento costituzionale.

Assume un particolare rilievo l'art. 19, 2° co., lett. d-bis, T.U.I. dove è stabilito il divieto di espulsione «degli stranieri [...] [affetti] da patologie di particolare gravità», non curabili adeguatamente nel paese d'origine. Tale disposizione permette di entrare nell'esame della giurisprudenza europea, che in molti casi ha deciso proprio sulla possibilità di allontanamento di un migrante che versa in condizioni critiche di salute, così da offrire un'importante prospettiva di indagine sul grado di tutela del diritto alla salute a favore di questo tipo di stranieri.

## 2. La giurisprudenza della Corte EDU (segue...)

La Corte di Strasburgo nella sua giurisprudenza ha focalizzato l'attenzione soprattutto nei riguardi dei migranti irregolari con a carico un provvedimento di espulsione. Come si è visto, anche per l'ordinamento italiano vale la distinzione tra regolari e irregolari, laddove i primi in materia di salute sono pienamente equiparabili ai cittadini italiani (art. 34 T.U.I.), mentre i secondi possono godere più limitatamente delle cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o essenziali, ancorché continuative, per malattia ed infortunio (art. 35, 3° co., T.U.I.). In questo modo si registra un'evidente differenza tra le due categorie di stranieri, con palesi restrizioni di tutela sanitaria per gli irregolari in quanto non parificabili attraverso il criterio della cittadinanza. La circolare n. 5, 24 marzo 2000, del Ministero della Salute ha poi precisato il significato sia di *cure urgenti*, cioè quelle non procrastinabili se non a danno della salute o della vita delle persone, sia di *cure essenziali*, le quali riguardano «le prestazioni sanitarie, diagnostiche e terapeutiche relative a patologie non pericolose nell'immediato o nel breve termine, ma che nel tempo potrebbero determinare maggior danno alla salute o rischi per la vita»<sup>14</sup>.

Tale indirizzo interpretativo – che collega la necessità di cure tanto ai casi in cui vi sia un pericolo di vita per il migrante, quanto a quelli meno gravi di patologie non essenziali, almeno nell'immediato o nel breve termine – sembra rispondere all'indirizzo della nostra Corte costituzionale, secondo cui deve essere «in ogni caso assicurato a tutti (corsivo nostro) [...] il “nucleo irriducibile” del diritto alla salute garantito dall'art. 32 Cost.», comprendendo dunque nella tutela anche il migrante irregolare<sup>15</sup>.

Tuttavia, la Corte EDU sembra alzare il livello di gravità circa i presupposti necessari per la protezione della salute degli stranieri non regolari. Particolarmente interessante per comprendere gli orientamenti del giudice di Strasburgo è il caso *D. c. Regno Unito (1997)*<sup>16</sup>, in cui il ricorrente era gravemente malato di AIDS, con un'aspettativa di vita limitata ad 8-10 mesi; in ragione di ciò, egli si era opposto al

<sup>14</sup> Cfr. L. MEZZETTI, *I sistemi sanitari alla prova dell'immigrazione. L'esperienza italiana*, in *Rivista AIC*, 1, 2018, 7 ss.; per un'analisi interpretativa circa «l'ambito di estensione di tali cure», v. E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, *Immigrazione e diritto alla salute*, cit., 110 ss. Sul successivo intervento del d.P.C.M. 12 gennaio 2017, art. 63, v. G. COLETTA, *L'accesso alle cure degli immigrati irregolari*, in *BioLaw Journal*, 4, 2021, 142; su questi profili sia, comunque, consentito rinviare anche a V. ZAMBRANO, L. FERRARO, *Migrazioni e diritti. La difficile ricerca di una “valle incantata”*, in *BioLaw Journal*, 4, 2023, 14.

<sup>15</sup> Corte cost., sent. n. 252/2001, punto 4 del *Considerato in diritto*.

<sup>16</sup> Corte EDU, 2 maggio 1997, ric. n. 30240/96, caso *D. c. Regno Unito*. Per una breve illustrazione di questa sentenza v. il sito <https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Giurisprudenza/Corte-Europea-dei-Diritti-dell-Uomo-D.-v.-UK-stranieri-e-diritto-alla-salute> (ultima consultazione 15/06/2024).

decreto di espulsione della Gran Bretagna, poiché nel suo paese d'origine (le isole di S. Kitts) non avrebbe potuto godere delle stesse prestazioni sanitarie garantite dal paese ospitante, il che avrebbe ulteriormente ridotto le sue aspettative di vita, già molto compromesse. Secondo la Corte EDU l'espulsione del ricorrente dal Regno Unito integrava gli estremi di un trattamento inumano o degradante, vietato ai sensi dell'art. 3 CEDU, in forza delle circostanze eccezionali (par. 53) dovute all'avvicinarsi della morte a causa della grave malattia virale, cui si aggiungeva la mancata garanzia nel paese d'origine di una tutela sanitaria pari a quella riconosciuta nel Regno Unito, con il rischio ulteriore di acute sofferenze fisiche e psichiche a danno del migrante, oltre che di una nuova accelerazione dei tempi verso l'esito finale della morte (par. 52)<sup>17</sup>.

In questa fattispecie, dunque, il trattamento disumano si basa sul rischio prossimo e reale a carico dello straniero di morire in circostanze dolorose. La medesima valutazione non viene ribadita dalla Corte di Strasburgo nella pronuncia *N. c. Regno Unito* (2008)<sup>18</sup>, laddove non si presentavano – pur essendo la ricorrente (cittadina ugandese) seriamente malata di AIDS – gli stessi presupposti di eccezionale gravità della precedente decisione, dal momento che l'interessata non era ancora un malato terminale, per cui gli argomenti di ordine umanitario per sostenere la violazione dell'art. 3 CEDU non si presentavano così «gravi e imperativi»<sup>19</sup>. Ciò che però maggiormente rileva in questa decisione è la riflessione della Corte secondo cui uno Stato non può assumersi l'onere di ridurre o, ancor di più, di annullare le differenze – a volte notevoli – nel livello di trattamento sanitario tra lo stesso Stato contraente e il paese d'origine, dovute, tali disparità, ai progressi della scienza medica, oltre che alle differenze economiche e sociali tra i due paesi: «a finding to the contrary would place too great a burden on the Contracting States» (par. 44). Poiché non sussiste l'obbligo di ridurre la disparità tra i due paesi, facendo fronte alle difficoltà sanitarie dello Stato d'origine, non si può allora rinvenire nel provvedimento di espulsione la violazione dell'art. 3 CEDU (trattamento inumano e degradante), per cui, alla fine, nel bilanciamento gli interessi di finanza pubblica dello Stato ospitante sono prevalsi sulla necessità di salute della richiedente asilo ugandese<sup>20</sup>.

Altro caso interessante è la sentenza *Paposhvili c. Belgio* (2016)<sup>21</sup>, in quanto la Corte EDU conferma che vi può essere violazione dell'art. 3 CEDU «nei casi in cui la persona espulsa è prossima alla morte»

<sup>17</sup> Su questa decisione, cfr. F. BIONDI DAL MONTE, E. ROSSI, *Il diritto alla salute come presupposto per l'ingresso dello straniero e come limite al suo allontanamento*, in *BioLaw Journal*, 4, 2023, 67, e C. CORSI, *op. cit.*, 60.

<sup>18</sup> Corte EDU, 27 maggio 2008, ric. n. 26565/05, caso *N. c. Regno Unito*. Anche in questa ipotesi per una breve illustrazione della pronuncia, v. L. BUSATTA, *Corte Europea dei diritti dell'uomo – N. v. Regno Unito: espulsione e diritto a ricevere cure mediche nel Paese ospitante*, 27 maggio 2008, in <https://www.biodiritto.org/Biolaw-pe-dia/Giurisprudenza/Corte-Europea-dei-Diritti-dell-Uomo-N.-v.-Regno-Unito-espulsione-e-diritto-a-ricevere-cure-mediche-nel-Paese-ospitante2> (ultima consultazione 15/06/2024). Del medesimo indirizzo anche l'altra sentenza, Corte EDU, 10 maggio 2012, ric. n. 34724/10, caso *E.O. c. Italia*.

<sup>19</sup> Cfr. F. BIONDI DAL MONTE, E. ROSSI, *Il diritto alla salute come presupposto per l'ingresso dello straniero e come limite al suo allontanamento*, cit., 67. Sulla differenza rispetto al precedente caso, cfr. S. DIFRANCESCO, *La detenzione dello straniero irregolare tra disciplina sovranazionale e giurisprudenza europea*, in A. MASSARO (a cura di), *La tutela della salute nei luoghi di detenzione*, Roma, 2017, 499 s. (nota 87).

<sup>20</sup> Secondo A. ALBANESE, *op. cit.*, 16, la pronuncia richiamata «ha ridimensionato molto la possibilità di applicazione dell'art. 3» CEDU.

<sup>21</sup> Corte EDU, 13 dicembre 2016, ric. n. 41738/10, caso *Paposhvili c. Belgio*. Per un commento a tale decisione cfr. A. ALBANESE, *op. cit.*, 17, nonché F. BIONDI DAL MONTE, E. ROSSI, *Il diritto alla salute come presupposto per l'ingresso dello straniero e come limite al suo allontanamento*, cit., 67 s.

(par. 181). In questa pronuncia, tuttavia, la Corte individua pure «altri casi molto eccezionali» in cui è possibile configurare il trattamento inumano o degradante, come nell'ipotesi di persona gravemente malata – sebbene non in pericolo di vita – che però a seguito di espulsione «correrebbe un rischio reale [...] di essere espost[a] ad un grave, rapido ed irreversibile deterioramento del proprio stato di salute, con conseguente intensa sofferenza» a causa dell'assenza di cure adeguate nel paese d'origine. In questo modo, continua il giudice europeo, valutata anche la significativa riduzione dell'aspettativa di vita, si raggiungerebbe quella «soglia» elevata richiesta ai fini dell'applicazione dell'art. 3 della Convenzione, allo stesso modo della precedente pronuncia *D. c. Regno Unito* (par. 183). Egualmente, ancora nella sentenza *Paposhvili c. Belgio* la Corte ribadisce l'altro suo indirizzo per cui, nel caso delle persone gravemente ammalate ma non in pericolo di vita, «non è la mancanza di infrastrutture mediche nell'ambito dello Stato ricevente» il presupposto utile per il trattamento inumano e degradante, ex art. 3 CEDU (par. 192), poiché non sussiste l'obbligo convenzionale di uno Stato ad accollarsi economicamente le carenze sanitarie altrui.

Al riguardo, appare estremamente significativo il parere del giudice Pinto De Albuquerque, secondo cui – in riferimento al caso *N. c. Regno Unito* – un'eventuale imposizione allo Stato ospitante dell'obbligo di fornire assistenza sanitaria verso gli stranieri privi del diritto di soggiorno «avrebbe comportato un onere di bilancio troppo elevato», il che ha sollecitato l'indirizzo della Corte EDU a «non aprire le porte all'immigrazione medica»<sup>22</sup> e, quindi, a non configurare l'obbligo a carico dello Stato ospitante di ridurre le difficoltà sanitarie di un altro paese.

Nel caso *Khachaturov c. Armenia* (2021)<sup>23</sup> il giudice di Strasburgo definisce con ancora maggiore precisione l'intero perimetro normativo di queste fattispecie. Dopo aver stabilito che l'art. 3 CEDU non prevede eccezioni (par. 81), ribadisce che ai fini della sua violazione è necessario raggiungere un certo livello di gravità, che è relativa, nel senso di dover tenere conto delle circostanze del caso, quali la durata del trattamento sanitario, i suoi effetti fisici e mentali, il sesso, l'età e lo stato di salute del ricorrente (par. 82). In riferimento alla specifica fattispecie, poi, la Corte EDU precisa che l'ordine di espulsione di una persona affetta «da una grave malattia» non viola l'art. 3 CEDU, nella misura in cui «l'interessato sia ritenuto idoneo dal punto di vista medico per il trasferimento» (par. 86), e la valutazione sulla soglia di rischio richiesta deve essere comunque compiuta «su una solida base fattuale» (par. 109). In questo modo la Corte EDU – valutando il rischio di trattamenti inumani o degradanti in relazione a viaggi che mettano in pericolo la vita di una persona in precarie condizioni di salute –

<sup>22</sup> Si tratta del *Partly concurring, partly dissenting opinion* del giudice Pinto De Albuquerque, espresso in Corte EDU, 19 dicembre 2017, ric. n. 56080/10, caso *Lopes De Sousa Fernandes c. Portogallo*, par. 43.

<sup>23</sup> Corte EDU, 24 giugno 2021, ric. n. 59687/17, caso *Khachaturov c. Armenia*. Per un breve richiamo a tale pronuncia, cfr. M. BALBONI, C. DANISI (a cura di), *Rassegna di giurisprudenza europea*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3, 2021 (in <https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/rassegne/rassegna-di-giurisprudenza-europea/245-rassegne-di-giurisprudenza-europea>, ultima consultazione 15/06/2024). Anche Corte EDU, 16 aprile 2016, ric. n. 17299/12, caso *Aswat c. Regno Unito*, in cui il giudice sottolinea il rischio reale che l'estradizione del ricorrente possa comportare un importante deterioramento del suo stato di salute fisica e mentale, capace di raggiungere la soglia di violazione dell'art. 3 CEDU (par. 57), in quanto le sue condizioni di salute non si sarebbero potute adattare al regime carcerario vigente negli Stati Uniti.

conferma il suo rigore di giudizio nel valutare il livello di gravità di una patologia<sup>24</sup>, eventualmente ostativa ad un provvedimento di allontanamento nei riguardi di uno straniero migrante.

Pertanto, alla luce di questo rapido *excursus* nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo emergono taluni precisi indirizzi, tra cui la severa attenzione nel valutare gli stati di malattia dei migranti, insieme ad un bilanciamento che tende a far prevalere, rispetto alla tutela della salute<sup>25</sup>, l'impatto economico di tale protezione sui bilanci statali. Tutto ciò trova, altresì, ulteriore conferma anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE che, come ora si vedrà, sembra muoversi su questo tema in modo sostanzialmente convergente con la Corte EDU.

### 3. (...) e la giurisprudenza della CGUE

In diverse occasioni, infatti, la Corte di Lussemburgo (da ora CGUE), affrontando le questioni relative allo stato patologico dei migranti, si è richiamata alle valutazioni della Corte EDU, favorendo in tal modo non solo il dialogo tra questi due organi di giustizia, ma anche la interazione tra i due modelli ordinamentali dell'UE e della CEDU; del resto, vale al riguardo il disposto dell'art. 52, 3° co., Carta di Nizza, per cui in caso di corrispondenza tra i diritti della Carta UE e quelli garantiti dalla CEDU «il significato e la portata» dei primi «sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione»<sup>26</sup>.

Partendo in questa disamina giurisprudenziale dalla causa C-542/13, la CGUE rinvia alla giurisprudenza della Corte EDU nella parte in cui sancisce *solo in casi eccezionali* la violazione dell'art. 3 CEDU se uno straniero gravemente ammalato viene allontanato verso un paese che offre minori garanzie di tutela sanitaria rispetto a quello ospitante (par. 39)<sup>27</sup>. Oltre al rigore nella valutazione sulla malattia del migrante, la CGUE ritiene che il danno grave, ai fini della concessione della protezione sussidiaria<sup>28</sup>, non possa consistere nell'assenza nel paese d'origine di un sistema sanitario adeguato a fronteggiare la

<sup>24</sup> Ad ulteriore conferma, Corte EDU, 14 aprile 2015, ric. n. 65692/12, caso *Tatar c. Svizzera*, ribadisce che i motivi umanitari contro la decisione di espellere uno straniero devono essere «convincenti», cfr. P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Immigrazione irregolare e diritti umani: la prospettiva della Corte EDU e della Corte UE*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 1, 2020, 66 s.

<sup>25</sup> Sul «diritto alla salute come giustificazione della presenza [del migrante] sul territorio», cfr. F.E. GRISOSTOLO, *La tutela del diritto alla salute dello straniero in Italia e Francia*, in *Rivista AIC*, 2, 2018, 19 ss.

<sup>26</sup> Al riguardo la corrispondenza è tra l'art. 3 CEDU e l'art. 4 Carta dei diritti UE, di cui a breve.

<sup>27</sup> CGUE, causa C-542/13, 18 dicembre 2014, par. 39, laddove si precisa ulteriormente che l'eccezionalità di una questione, sempre sotto il profilo dell'art. 3 CEDU, si deve sostanziare – oltre che nella gravità della malattia fisica o mentale – anche nell'assoluta inoppugnabilità delle considerazioni umanitarie che depongono contro l'allontanamento. Nel caso di specie, in particolare, è stata respinta la domanda di un cittadino mauritano tesa ad ottenere assegni sostitutivi dei redditi e di assegni integrativi, dopo che gli era stata riconosciuta dal Belgio, paese ospitante, una riduzione della capacità di guadagno per motivi di salute.

<sup>28</sup> Per i caratteri della protezione sussidiaria, art. 2, par. 1, lett. f) e lett. g), direttiva 2011/95/UE (ora, nell'ambito del nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo, v. art. 3, punti 2) e 6) del «Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme sull'attribuzione a cittadini di paesi terzi o apolidi della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria e sul contenuto della protezione riconosciuta, che modifica [solo parzialmente] la direttiva 2003/109/CE del Consiglio e che abroga la direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio» - Reg. UE 2024/1347); cfr. B. CATALLO, *Il diritto alla salute nel contesto delle migrazioni e la protezione sussidiaria: l'orientamento della Corte di Giustizia dell'Unione europea nella sentenza c-542/13 del 18 dicembre 2014*, in *DPCE online*, 2, 2015, 171.



grave malattia del ricorrente (par. 41)<sup>29</sup>. Invero, ai sensi dell'art. 15, direttiva 2004/83/CE<sup>30</sup>, il danno grave si realizza soltanto nelle ipotesi di condanna a morte, di tortura o di «minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile». Dunque, se le carenze di un sistema sanitario di un altro Stato non configurano normativamente il danno grave quale presupposto per la protezione sussidiaria, allora ne consegue, in ultima istanza, che le difficoltà sanitarie di un paese non si possono accollare a danno di un altro Stato, per le inevitabili ripercussioni che ciò determinerebbe sulle finanze pubbliche<sup>31</sup>.

Con questa pronuncia la CGUE accoglie sostanzialmente i due orientamenti prima emersi nella giurisprudenza della Corte EDU, cioè l'estremo rigore nel giudicare lo stato patologico del migrante, ma soprattutto la indisponibilità a considerare le difficoltà sistemiche sanitarie dei paesi d'origine dei migranti quali ragioni sufficienti per evitare l'espulsione e garantire loro le prestazioni di salute proprie dello Stato ospitante. Del resto, a ben riflettere, l'indirizzo della Corte di Lussemburgo appare organico ad una dimensione prevalentemente economica del processo europeo di integrazione, soprattutto sotto il versante di una politica economica oltremodo attenta all'equilibrio della finanza pubblica; non a caso, la tutela dei diritti sociali a livello UE è molte volte «indiretta e puramente eventuale», oltre che spesso condizionata dalla realizzazione dei principi «della concorrenza e del mercato»<sup>32</sup>. A ciò si aggiunga poi che il diritto europeo<sup>33</sup> richiede ai migranti anche l'assicurazione sanitaria quale presupposto di base per concedere «quasi tutti i tipi di permesso di soggiorno», proprio al fine di evitare che i migranti «possano costituire un peso economico eccessivo», preservando così i sistemi sanitari dei paesi membri dal gravoso «impatto dell'immigrazione»<sup>34</sup>.

Ad ulteriore dimostrazione della sostanziale uniformità della giurisprudenza UE a quella della Corte EDU si può richiamare la recente pronuncia C-69/21, dove – relativamente ai trattamenti inumani e degradanti, sanzionati nella UE attraverso la Carta dei diritti, all'art. 4 – si sostiene: «dalla giurisprudenza della Corte [di Giustizia] risulta in modo costante che la soglia di gravità richiesta in materia, ai fini dell'applicazione dell'articolo 4 della Carta, equivale alla soglia di gravità richiesta, nelle stesse

<sup>29</sup> CGUE, causa C-542/13, 18 dicembre 2014, par. 41, specifica che, tutt'al più, ai fini della configurabilità del danno grave sarebbe necessaria, oltre all'assenza di terapie adeguate, «una privazione di assistenza sanitaria inflitta intenzionalmente» al ricorrente. Secondo B. CATALLO, *op. cit.*, 175, il mancato riconoscimento della protezione sussidiaria si è anche giustificato in quanto l'assenza delle «terapie – e la conseguente privazione di assistenza sanitaria – non [...] [era] in queste circostanze imputabile ad un'attività volontaria, quindi intenzionale, nei confronti dello straniero da parte del proprio Stato d'origine o di ultima residenza. È l'elemento dell'intenzionalità, secondo la Corte, a differenziare le condizioni per il riconoscimento di una forma di protezione internazionale, quale lo *status* di rifugiato o di protezione sussidiaria, da quello della protezione nazionale [...]».

<sup>30</sup> Tale direttiva è stata abrogata dalla direttiva 2011/95/UE, la quale, a sua volta, è stata recentemente abrogata dal Reg. (UE) 2024/1347. Tuttavia, questi due ultimi atti normativi hanno confermato i contenuti del sopra citato art. 15, direttiva 2004/83/CE.

<sup>31</sup> In tal senso, cfr. S. DIFRANCESCO, *op. cit.*, 501 s.

<sup>32</sup> Così G. MOSCHELLA, *op. cit.*, 478 s.

<sup>33</sup> È il caso della direttiva 2003/109/CE (relativa allo *status* dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo), art. 5, par. 1, lett. b), laddove tra le «condizioni per acquisire lo status di soggiornante di lungo periodo» si richiede «un'assicurazione malattia contro tutti i rischi solitamente coperti per i propri cittadini nello Stato membro interessato».

<sup>34</sup> Cfr. A. ALBANESE, *op. cit.*, 21. Interessanti anche CGUE, causa C-558/14, 21 aprile 2016, e CGUE, causa C-310/08, 23 febbraio 2010.

circostanze, in forza dell'articolo 3 della CEDU»<sup>35</sup> secondo quanto determinato dalla Corte di Strasburgo. In questa pronuncia il giudice di Lussemburgo stabilisce che la normativa europea non consente di adottare «un provvedimento di allontanamento nei confronti di un cittadino [irregolare] di un paese terzo» (par. 76), nel caso in cui egli sia un malato grave e se, allo stesso tempo, sussistano, da un lato «un rischio reale di aumento del suo dolore, a causa del divieto, nel paese di destinazione, dell'unica terapia analgesica efficace» (par. 67), e dall'altro «seri e comprovati motivi per ritenere che il suo rimpatrio possa esporlo, a causa dell'indisponibilità di cure adeguate nel paese di destinazione, a un rischio reale di riduzione significativa dell'aspettativa di vita» (par. 66). Anche in questo caso la serietà della patologia è tale per cui l'eventuale espulsione avvicinerrebbe il migrante alla morte per l'incapienza sanitaria del paese d'arrivo, configurando così gli estremi del trattamento inumano e degradante.

Nella causa C-562/13 la Corte di Giustizia, sempre in riferimento ad un migrante irregolare in attesa di espulsione, statuisce il rinvio del suo allontanamento, poiché in questo caso si sono realizzate quelle condizioni eccezionali ipotizzate dalla Corte EDU per il trattamento *ex art. 3 CEDU*, giacché «le ragioni umanitarie che depongono contro tale allontanamento sono imperative» (par. 47)<sup>36</sup>. L'eccezionalità, in particolare, è caratterizzata «dalla gravità e dall'irreparabilità del pregiudizio derivante dall'allontanamento di un cittadino di paese terzo verso un paese in cui esiste un serio rischio di [...] deterioramento grave e irreversibile delle sue condizioni di salute» (par. 50), in quanto incapace di adottare terapie adeguate a fronteggiare la grave malattia del migrante. Appare allora chiara la valutazione della CGUE, che vede nella irreparabilità del pregiudizio e nel pericolo di irreversibilità dello stato di salute del migrante gli estremi della eccezionalità di questa situazione, in quanto il complesso di tali elementi segnerebbe «un punto di non ritorno» nelle condizioni fisiche del ricorrente, cui poi si sommerebbe l'incapienza sanitaria del paese di destinazione. In questo contesto l'allontanamento dello straniero lo esporrebbe ad un trattamento inumano e degradante riconosciuto nell'ordinamento UE dall'art. 4, Carta di Nizza.

Allo stesso tempo, sempre nella causa C-562/13 la Corte di Lussemburgo ha stabilito che durante il periodo di rinvio dell'allontanamento il paese ospitante deve farsi carico delle necessità primarie di questo tipo di stranieri, cioè quelli con soggiorno irregolare, per cui, ai sensi dell'art. 14, par. 1, lett. b, direttiva 2008/115/CE, bisogna garantire loro, in attesa del rimpatrio, «le prestazioni sanitarie d'urgenza e il trattamento essenziale delle malattie» (parr. 58-59), il che sembra rappresentare uno standard di tutela sanitaria che a questi ultimi deve essere comunque riconosciuta<sup>37</sup>.

Un argomento affine è affrontato nella causa C-578/16, il cui oggetto è il trasferimento di un richiedente asilo con disturbi psichiatrici da un paese membro ad altro Stato membro, perché di primo approdo. Secondo la CGUE tale trasferimento deve essere evitato quando comporta il pericolo di trattamenti inumani o degradanti, *ex art. 4, Carta dei diritti UE*, che si verificherebbero dinanzi ad un «rischio

<sup>35</sup> CGUE, causa C-69/21, 22 novembre 2022, par. 65.

<sup>36</sup> CGUE, causa C-562/13, 18 dicembre 2014.

<sup>37</sup> Cfr. C. GULOTTA, *op. cit.*, 751. In questa fattispecie, secondo P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, 60, a seguito di una malattia grave del migrante irregolare «prevale il suo diritto alla dignità, vale a dire cioè che il diritto alla salute ha la precedenza sul diritto dello Stato al rimpatrio degli immigrati irregolari». Sulla causa C-562/13, v. ancora S. CENTONZE, S. ANASTASIO, *Protezione dei migranti: Corte EDU e Corte di giustizia a confronto*, in F. BUFFA, M.G. CIVININI (a cura di), *La Corte di Strasburgo, Gli Speciali di Questione Giustizia*, aprile 2019, 397.

reale e acclarato di un deterioramento significativo e irrimediabile dello stato di salute dell'interessato»<sup>38</sup>. Il problema era rappresentato dall'ipotesi di un trasferimento verso uno Stato membro in cui vi era il serio timore di «carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo» (par. 60). Tale pronuncia sembra, però, rafforzare, com'è stato sottolineato, la protezione sanitaria nei riguardi dei migranti, in quanto ha chiarito per un verso che la salute deve essere garantita anche «durante la fase del trasferimento», per l'altro che la tutela sanitaria deve essere privilegiata – almeno quando ne ricorrono le condizioni – «sull'esigenza di attuazione della procedura» di allontanamento, che non a caso può essere sospesa<sup>39</sup>.

È utile altresì sottolineare che la fattispecie della suddetta causa C-578/16 nasce dal differente significato che le legislazioni dei diversi Stati membri assegnano alla locuzione «trattamento essenziale delle malattie», ex art. 14, par. 1, lett. b, direttiva 2008/115/CE, con riferimento ai migranti irregolari; ciò naturalmente implementa i c.d. movimenti secondari tra i paesi membri dell'UE, né si è riusciti, al momento, ad adottare soluzioni normative europee in grado di «uniformare le modalità con le quali i migranti potranno avere accesso a tali cure e trattamenti»<sup>40</sup>.

#### 4. Brevi osservazioni a mo' di conclusione (...ma non troppo!)

L'esaminata giurisprudenza della Corte EDU e della CGUE fa emergere una serie di profili problematici che si proverà ora ad illustrare, seppure brevemente. Innanzitutto, gli orientamenti della Corte di Strasburgo – a cui poi si uniforma la Corte di Lussemburgo – evidenziano l'eccezionalità della tutela della salute in materia di immigrazione irregolare, tant'è vero che il suo presupposto è quello di una persona vicina alla morte o, tutt'al più, di un soggetto che potrebbe subire un danno grave e non reversibile nell'ipotesi di un ritorno in Patria, tale da rendere imperative le ragioni umanitarie a tutela della persona. In questo contesto il "semplice", seppure reale, rischio di aggravamento della salute del migrante non integra gli estremi del trattamento inumano e degradante, contrario rispettivamente all'art. 3 CEDU e all'art. 4 della Carta dei diritti di Nizza. D'altronde, come si è già rilevato, tale indirizzo si giustifica, dal lato della Corte EDU, per un debole quadro normativo a tutela della salute dei migranti<sup>41</sup>, e dal lato della CGUE, per un ordinamento europeo che privilegia la dimensione economica e solo occasionalmente tutela i diritti sociali. Tutto ciò, però, ci allontana dall'idea di salute suggerita dalla scienza medica come completo benessere psico-fisico della persona, mentre ci avvicina all'idea di salute «come stato o rischio di malattia o infermità»<sup>42</sup>.

La naturale conseguenza di quest'orientamento giurisprudenziale, nelle ipotesi di conflitto tra il dato assiologico della salute e i costi della spesa sanitaria a favore dei migranti, è quello di ritenere prevalenti nel bilanciamento gli interessi della finanza pubblica a danno dell'universalità del diritto. Se poi

<sup>38</sup> CGUE, causa C-578/16, 16 febbraio 2017, dispositivo della sentenza.

<sup>39</sup> Così si esprime C. GULOTTA, *op. cit.*, 758 s.

<sup>40</sup> Ancora C. GULOTTA, *op. cit.*, 743 s.

<sup>41</sup> Cfr. A. ALBANESE, *op. cit.*, 14, la quale opportunamente sottolinea che «i diritti sociali sono [...] tutelati di riflesso rispetto ai diritti sanciti nella Convenzione».

<sup>42</sup> In tal senso, cfr. F. BIONDI DAL MONTE, E. ROSSI, *Il diritto alla salute come presupposto per l'ingresso dello straniero e come limite al suo allontanamento*, cit., 70.

alle esigenze finanziarie si aggiungono quelle della sicurezza<sup>43</sup>, nel senso del potere dello Stato di controllare i propri confini nazionali, allora l'istanza umanitaria, quale elemento del rapporto conflittuale, assume quasi sempre un carattere recessivo all'esito della ponderazione<sup>44</sup>.

Tuttavia, se è vero che i poteri di confine dello Stato risultano spesso prevalenti, è altrettanto vero, però, che esistono «standard “minimi” dei diritti degli stranieri», tra cui quello alla salute, che «coincidono con il nucleo irriducibile dei diritti umani [...] riconosciuti dall'art. 15 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo»<sup>45</sup>. Pertanto, anche a livello europeo, pur nella carenza normativa che al riguardo contraddistingue tale ordinamento, è configurabile comunque un contenuto essenziale del diritto alla salute applicabile qualunque sia la condizione del migrante, regolare o irregolare; a ciò si aggiunga l'esistenza della clausola della dignità umana che ancor di più supporta l'esistenza di un nucleo irriducibile dei diritti fondamentali, dal momento che il valore della dignità, com'è noto, non è mai parte del rapporto conflittuale tra diritti (prevalente e recessivo), quanto invece punta ad essere il vero criterio di ponderazione di quel conflitto.

Proprio sul tema del nucleo essenziale del diritto alla salute a livello UE, è interessante quella giurisprudenza della CGUE che impone agli Stati di applicare, ai sensi dell'art. 14, par. 1, lett. b, direttiva 2008/115/CE, «le prestazioni sanitarie d'urgenza e il trattamento essenziale delle malattie» in favore dei migranti prima del rimpatrio. Ciò sembrerebbe avvicinarsi a quanto stabilito in Italia dall'art. 35, 3° co., T.U.I. quando garantisce le «cure ambulatoriali ed ospedaliere *urgenti o comunque essenziali* (corsivo nostro), ancorché continuative» per gli stranieri irregolari, il che, sotto il profilo del diritto interno, integra gli estremi di quel «nucleo irriducibile» del diritto alla salute riconosciuto dall'art. 32 Cost., come sottolineano i giudici della Consulta. In sede europea, però, non si è ancora precisato il contenuto della formula normativa *prestazioni sanitarie d'urgenza e trattamento essenziale delle malattie*, come al contrario è accaduto nell'ordinamento italiano con la già menzionata Circolare del Ministero della Salute n. 5/2000.

Tuttavia, il costante richiamo, come è emerso in questo contributo, della Corte di Giustizia UE alla giurisprudenza della Corte EDU – particolarmente rigorosa nel riconoscere la tutela della salute a favore dei migranti irregolari – pare in realtà contraddire gli orientamenti della CGUE rispetto agli indirizzi dell'ordinamento italiano e della nostra Corte costituzionale<sup>46</sup>. Difatti, il riferimento delle cure essenziali – da parte della Circolare ministeriale – anche «a patologie non pericolose nell'immediato o nel breve termine» rappresenta sicuramente una soglia più garantista nella tutela della salute rispetto a

<sup>43</sup> Le istanze di sicurezza, com'è ovvio, si collegano soprattutto al fenomeno della migrazione irregolare.

<sup>44</sup> Cfr. G. MOSCHELLA, *op. cit.*, 474 s., che evidenzia come il problema dell'immigrazione sia divenuto «un problema di ordine pubblico», a causa dell'insicurezza sociale ed economica. Sul tema del bilanciamento, cfr. A. ALBANESE, *op. cit.*, 21, nonché F. BIONDI DAL MONTE, E. ROSSI, *Il diritto alla salute come presupposto per l'ingresso dello straniero e come limite al suo allontanamento*, cit., 66, i quali richiamano la giurisprudenza della Cassazione sul «bilanciamento tra le esigenze di ordine pubblico e la tutela del diritto alla salute dello straniero».

<sup>45</sup> Cfr. P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, 72, mentre sui poteri di confine, per una definizione, cfr. F. OLIVIERI, *I “poteri di confine” e i loro limiti. Per una genealogia del diritto italiano dell'immigrazione*, in F. BIONDI DAL MONTE, E. ROSSI (a cura di), *Diritti oltre frontiera*, Pisa, 2020, 117.

<sup>46</sup> Difatti, secondo C. CORSI, *op. cit.*, 62, rispetto ai giudici della Consulta «la Corte di Strasburgo [...] [cui si richiama la CGUE] accede ad una interpretazione più restrittiva [...] dei motivi di salute che possono non consentire un'espulsione». Cfr. L. MEZZETTI, *op. cit.*, 16, il quale cita anche la giurisprudenza della Corte di cassazione in Italia sul diritto alla salute dello straniero in caso di espulsione.

quanto richiesto dalla Corte EDU, che riconosce la necessità di proteggere la salute del migrante, vicino all'espulsione, soltanto nei casi eccezionali di deterioramento irreversibile dello stato di salute, se non addirittura nei casi di prossimità alla morte del paziente.

Ancora una volta emerge un grado di tutela della salute per nulla conforme all'ampia definizione che di essa dà l'OMS. Ciò vale maggiormente nel fenomeno migratorio, dove, oltre all'aspetto fisico e psicologico, rilevano anche gli aspetti culturali del migrante, come sottolinea la medicina delle migrazioni. È necessario, per rendere effettiva la tutela, superare le barriere linguistiche, come anche le barriere organizzative, nel caso, ad esempio, di donne migranti che vogliono essere visitate solo da medici dello stesso genere<sup>47</sup>. Tutto quest'ambito disegna, allora, una dimensione molto più ampia della salute rispetto a quella, purtroppo, estremamente ristretta e rigorosa che emerge dalla giurisprudenza europea.

---

<sup>47</sup> Cfr. S. GERACI, I. EL HAMAD, *Migranti e accessibilità ai servizi sanitari: luci e ombre*, in *Italian Journal of Public Health*, 3, 2011, 17, che illustrano le diverse barriere ai fini delle prestazioni socio-sanitarie: «barriere linguistiche; barriere comunicative; barriere interpretative; barriere comportamentali». Opportunamente C. CAVALLARI, I. RUGGIU, *op. cit.*, 43, sottolineano come in un prossimo futuro le tematiche del multiculturalismo richiederanno un sempre maggiore e «attento bilanciamento tra diritti culturali e diritto alla salute».



## Dal divieto alla regolamentazione “a contratto” della gestazione per altri. Ragioni normative a confronto

Silvia Zullo \*

FROM PROHIBITION TO PERMISSION OF SURROGACY AGREEMENTS. COMPARING NORMATIVE REASONS  
ABSTRACT: In this analysis I consider the question of surrogacy contracts, adopting a critical perspective in order to assess whether it is possible to legitimize surrogacy as a contractual right. The current scenario needs regulation beyond prohibition. The normative claim regarding these contractual problems has not been properly addressed by current standard contracts. Here it is intended to consider how defensible is to support some of the main normative reasons aiming at justifying, in contemporary bioethical–legal debate, the prospect of a national system of pre–conception authorization of surrogacy agreements. I explore the various contractual problems of surrogacy contracts: the problem of unequal power of the contracting parties, the vulnerability of the contracting parties and the problem of autonomy of the surrogate mother. In conclusion, I agree that surrogacy contracts should be carefully regulated under an administrative–legal mechanisms for accomplishing their legal and social recognition.

KEYWORDS: surrogacy as contractual right; autonomy; vulnerability; assisted reproductive technology; asymmetric Enforceability

ABSTRACT: In questa analisi si prende in esame la questione dei contratti di maternità surrogata ipotizzandone la regolazione su base statale e adottando una prospettiva critica per valutare la legittimità di un diritto alla libertà di stipulare contratti di surrogacy. La giustificazione normativa, sul piano bioetico e giusfilosofico, relativa alla regolamentazione contrattuale della surrogacy necessita di essere adeguatamente esplorata per comprenderne criticità e potenzialità. In questa direzione si considerano alcune delle principali posizioni normative volte a giustificare la prospettiva di un sistema statale di autorizzazione degli accordi di maternità surrogata. Il tema viene affrontato con una privilegiata attenzione alla condizione della gestante, attorno alla quale vertono molte delle criticità che animano il dibattito contemporaneo, a partire dalla questione del potere contrattuale, della tutela dell'autonomia e della vulnerabilità delle donne gestanti. In conclusione, si riconosce l'importanza del ruolo dello Stato liberaldemocratico nel regolare l'accordo di GPA e nel co–progettare una politica riproduttiva con i suoi cittadini.

---

\* Professoressa associata di Filosofia del diritto, Università di Bologna. Mail: [silvia.zullo@unibo.it](mailto:silvia.zullo@unibo.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

PAROLE CHIAVE: Gestazione per altri; diritto alla libertà contrattuale; autonomia; vulnerabilità; contratti ad esecuzione asimmetrica

SOMMARIO: 1. La pratica della gestazione per altri nel complicato groviglio di ragioni scientifiche, etiche e giuridiche – 2. Normare la gravidanza a contratto. Questioni aperte – 2.1. Interessi e tutele nella libertà di “accordarsi” – 3. Osservazioni conclusive.

## 1. La pratica della gestazione per altri nel complicato groviglio di ragioni scientifiche, etiche e giuridiche

**R**golamentare la pratica della gestazione per altri (d’ora in poi GPA) rappresenta un nodo problematico tuttora al centro della letteratura bioetico-giuridica e giurisprudenziale, soprattutto se lo si indaga dalla prospettiva dei fondamenti normativi che possono legittimare la scelta della donna di accettare l’impianto di un ovulo già fecondato in vitro il cui materiale genetico le può essere totalmente estraneo, o di impegnarsi in una gravidanza in cui sussiste il legame genetico con almeno uno dei membri della cosiddetta coppia committente.

Si comprende come rispetto alle tecniche di fecondazione assistita la GPA risulti essere differente in quanto comporta il coinvolgimento di una donna esterna alla coppia per portare a compimento il progetto genitoriale tramite gestazione e parto, determinando così la frammentazione della figura materna. Se in altre situazioni di procreazione medicalmente assistita, come ad esempio nella fecondazione eterologa, si ha uno sdoppiamento di figure che è circoscritto alla donatrice di ovuli, denominata anche madre genetica, e alla madre biologica, che porta avanti la gravidanza, nella GPA si aggiunge anche la madre sociale/committente. Si tratta di una peculiarità dirompente perché la «ha notevoli ripercussioni sull’individuazione giuridica della figura materna che, ai sensi dell’art. 269, co. 3 c.c., è colei che partorisce. Tale disposizione, infatti, costituisce il caposaldo dell’istituto della filiazione naturale, espressione di un principio fondamentale e di ordine pubblico che disciplina un diritto inviolabile della persona a tutela della sua dignità»<sup>1</sup>. Qui è in gioco la garanzia di certezza espressa dal noto principio *mater semper certa est*, che reca con sé la messa in discussione del concetto stesso di genitorialità a differenza di quanto non avviene nell’ipotesi di fecondazione eterologa. Tuttavia, volendo richiamare i diritti fondamentali espressi nella nostra Carta costituzionale, va rilevato che il progetto di genitorialità viene inquadrato entro il perimetro della libertà di autodeterminazione ai sensi degli artt. 2, 3 e 31 della Costituzione, laddove la Corte costituzionale nella sentenza n.162/2014 ha affermato che «la determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concerne la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile», intervenendo proprio per smantellare il divieto di eterologa previsto nella rigida formulazione originaria della Legge 40/2004 che, in una travagliata storia di venti anni di vicende giudiziarie e di divieti aboliti, continua a fare discutere le corti su diversi fronti tra cui quello della GPA espressamente vietata all’art. 12, co. 6<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. S. CECCHINI, *Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, 329–349, cit. 336.

<sup>2</sup> Cfr. C. TRIPODINA, *Il “diritto” a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2014, 81 ss.; I. RIVERA, *Quando il desiderio di avere un figlio*



A fronte degli argomenti utilizzati sino ad oggi dalla Corte costituzionale per abolire i divieti previsti originariamente dalla Legge 40, e in particolare considerato l'argomento per cui si riconosce un “incoercibile diritto di diventare genitori”, diviene sempre più complesso in uno Stato liberaldemocratico giustificare normativamente, ovvero sulla base di ragioni eticamente accettabili, limiti e restrizioni alla libertà procreativa e ai diritti riproduttivi<sup>3</sup>.

Ferma restando l'attuale impossibilità di contemplare nel nostro sistema giuridico accordi di GPA, proibita dall'art. 12, co. 6, della Legge 40 con tanto di sanzione penale posta a presidio di beni giuridici fondamentali, tra i quali è da considerare in primis la dignità umana, costituzionalmente tutelata, della gestante, e di recente “delegittimata” anche dalla sentenza n. 33/2021 della Corte Costituzionale, che qui riconosce la liceità dello scopo di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità da parte del nostro ordinamento non solo mediante l'utilizzo della sanzione penale ma anche tramite la negata trascrivibilità del provvedimento straniero che riconosca lo status di genitore<sup>4</sup>, si intende considerare in questa analisi quanto sia difendibile la linea assunta da alcune tra le principali posizioni normative, del dibattito bioetico-giuriosofico contemporaneo, a favore della giustificazione di una disciplina contrattuale finalizzata a regolamentare la GPA<sup>5</sup>.

La Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) di recente si è misurata con casi di GPA (K.K. e altri v. Danimarca del 2022)<sup>6</sup> dove, come in passato, ha applicato il concetto di margine di apprezzamento nazionale per bilanciare la libertà di movimento delle persone e le opzioni morali nazionali, e si è pronunciata in materia di riconoscimento giuridico della nazionalità e dello *status filiationis* del bambino concepito attraverso GPA internazionale, sulla base della tutela del diritto del bambino al rispetto della

---

*diventa un diritto: il caso della legge n. 40 del 2004 e della sua (recente) incostituzionalità*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2014, 37-65; B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dell'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017, 183-245.

<sup>3</sup> Cfr. S. POZZOLO, *Nuove tecnologie riproduttive: fra liberazione e nuove forme di patriarcato*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 1672, 2016, 53-65.

<sup>4</sup> Sent. n. 33/2021, punti 5.5, 5.6 e 5.7. del Considerato in diritto.

<sup>5</sup> In questa analisi non si intende discutere dello *status filiationis* e del *best interest of the child* in relazione alla situazione giuridica italiana, dove molti giudici sono già stati chiamati a decidere del rapporto di filiazione instauratosi tra il minore nato all'estero tramite surrogazione di maternità e la coppia committente, e se in forza delle regole dell'ordinamento estero tale rapporto possa assumere rilevanza giuridica nel nostro paese, ovvero se, al contrario, tale riconoscimento sia impedito dal limite generale dell'ordine pubblico internazionale, pur mantenendo il riferimento a tali questioni sullo sfondo. La prevalente giurisprudenza di merito si sta orientando nel riconoscere il rapporto di filiazione in forza dell'assoluta prevalenza del “superiore” interesse del minore rispetto agli altri interessi in gioco e, soprattutto, nonostante il divieto posto dall'art. 12, co. 6 l. n. 40/2004, che viene sempre più frequentemente aggirato attraverso un'interpretazione estensiva del limite dell'ordine pubblico. In particolare, con riferimento alla trascrizione degli atti di nascita formati all'estero, e di adozione di minori da parte di coppie omosessuali, si vedano: Cassazione nn. 12962 del 2016; 14878 del 2017; Corte d'Appello di Milano n. 16 ottobre 2015; Corte d'Appello di Napoli, 30 marzo 2016; Tribunale di Firenze, 7 marzo 2017; Tribunale di Firenze, 8 marzo 2017. Si veda inoltre: C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di “ordine pubblico internazionale” come varco per la realizzazione dell’“incoercibile diritto” di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, 119-141.

<sup>6</sup> La Corte ha riconosciuto qui la violazione dell'art. 8 CEDU da parte della Danimarca affermando che l'ordinamento nazionale non ha garantito il riconoscimento effettivo del rapporto di filiazione tra i minori nati mediante GPA e i genitori committenti. Cfr. <https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Giurisprudenza/Corte-Europea-dei-Diritti-dell-Uomo-K.K.-e-altri-v.-Danimarca-adozione-del-minore-nato-mediante-maternita-surrogata>.

vita privata e familiare, richiamando l'articolo 8 CEDU in tema di autodeterminazione della coppia o del singolo nella sfera privata e familiare. I giudici di Strasburgo ricordano che gli Stati devono sempre assicurare la tutela effettiva degli interessi primari del minore. Come già ribadito nella decisione *Menesson e Labassee v. Francia* (2014), proprio tale principio costituisce il limite alla discrezionalità del legislatore nazionale.

Ciononostante, mancando una regolamentazione internazionale, sul piano normativo ci si interroga sulla pratica della GPA allo stesso modo in cui si è fatto in passato per la procreazione medicalmente assistita eterologa, ovvero in relazione al grado di ragionevolezza connesso alla rivendicazione di un diritto al progetto genitoriale. Il diritto, nel senso morale del termine, ad avere una famiglia e dei figli biologici (e non) è sembrato a molte coppie infertili un diritto inafferrabile fino all'avvento delle tecnologie riproduttive artificiali, tuttavia ci sono coppie o individui per i quali tali tecnologie non aiutano a realizzare l'obiettivo di avere figli<sup>7</sup>.

## 2. Normare la gravidanza a contratto. Questioni aperte

Sulla base di quanto detto si vuole prendere in esame la possibilità di regolamentare il fenomeno della GPA da una prospettiva *ex ante*, ossia quale modalità procreativa della cui ammissibilità si ragiona *de jure condendo*. In questione non vi è tanto possibilità la di regolamentare la pratica sulla base del discrimine tra GPA altruistica e commerciale, al fine di ammettere la prima e continuare a vietare soltanto la seconda<sup>8</sup>, quanto l'idea di individuare ragioni normative sostenibili per un modello contrattuale a tutela del migliore interesse di tutte le parti coinvolte, in particolare qui si intende evidenziare lo *status* della gestante nella relazione con le altre parti, come si vedrà più avanti. In altre parole, se non è possibile riconoscere un diritto alla GPA come diritto all'accesso alle tecniche procreazione assistita, poiché in tal caso si tratterebbe di garantire necessariamente la disposizione di *corpi terzi* per rendere esigibile un diritto alla GPA, allora ci si chiede se sia possibile garantire un diritto alla libertà di stipulare accordi per realizzare il progetto procreativo. Sulla scia delle argomentazioni di Christine Straehle, qui si nota un'analogia con il diritto a ricevere un organo compromesso mediante donazione, diritto che di per sé non può sussistere anche se è riconosciuto il diritto alla salute e alle cure, allo stesso modo in cui non può sussistere il diritto alla GPA, in quanto lo Stato liberaldemocratico non può obbligare né le donne a impiegare i loro corpi per tale pratica né i cittadini a donare i propri organi per soddisfare il bisogno di organi trapiantabili, nell'ottica di perseguire un ideale politico di giustizia redistributiva per compensare ai bisogni emergenti. In entrambi i casi ciò deve avvenire su base

<sup>7</sup> La Corte Edu ha elaborato una nozione di "vita familiare" più ampia di quella tradizionale, attribuendo agli Stati contraenti la facoltà di differenziare, in relazione ai diversi modelli della stessa, le varie forme di tutela.

<sup>8</sup> Si ritiene, infatti, che il contratto abbia natura altruistica quando la "madre gestazionale" non percepisce alcun corrispettivo e si limita a ricevere un rimborso spese; al contrario, si considera oneroso l'accordo che prevede espressamente un corrispettivo per la prestazione d'opera. A ben guardare, tuttavia, le ragioni che supportano la distinzione tra le due ipotesi è davvero poco convincente, poiché anche nei casi in cui la prestazione della donna si considera gratuita, tuttavia attorno alla pratica si prevedono costi e spese. Inoltre, come nella forma commerciale, i genitori intenzionali garantiscono rimborsi alla gestante, che si traducono in un vero e proprio corrispettivo.

consensuale<sup>9</sup>. Secondo Straehle un diritto alla GPA per i genitori committenti non può assumere una forma positiva, ciò significa che un diritto alla GPA non può essere plausibilmente inteso come una pretesa nei confronti dello Stato per realizzare o tutelare l'interesse ad avere figli biologici. Un tale diritto può solo assumere la forma negativa secondo cui, in linea di principio, i contraenti sono liberi di stipulare un accordo contrattuale per il lavoro riproduttivo sulla base di un diritto generale alla libertà contrattuale. Ragionando altresì in questa direzione si assume l'idea che la scelta di portare avanti una gravidanza per altre persone può essere rappresentata come un legittimo uso libero del proprio corpo da parte di un individuo *proprietario di sé*<sup>10</sup>, e che tutt'al più si debba vigilare, a livello statale, sulle circostanze sociali entro cui tale decisione avviene dal momento che la questione dirimente, da rintracciare nella valutazione morale della GPA, riguarda la tutela della libertà e degli interessi di tutte le persone coinvolte. Questo implicherebbe, ad esempio, che «ad ogni donna che pensi di potersi impegnare in una GPA venga riconosciuto il diritto di cambiare idea mentre *fa quell'esperienza*»<sup>11</sup>.

Come ha rilevato nel suo lavoro Suki Finn<sup>12</sup>, si possono considerare diversi modelli “metafisici” di narrazione di gravidanza che offrono interpretazioni diverse dell'accordo di GPA, e il modo in cui questa viene concettualizzata nelle politiche pubbliche rivela un modello metafisico di gravidanza presupposto. In generale, sostiene Finn, è interessante osservare come le comuni concettualizzazioni legate alla gravidanza non corrispondano al modo in cui viene concettualizzata la gravidanza nella GPA. Questo è un dato culturalmente e antropologicamente *rilevante* poiché la GPA è connessa alla gravidanza in quanto è un modo specifico di diventare madre. Pertanto, non si può negare che la gestante impegnata in un accordo di questo tipo non sia equiparabile, almeno dalla prospettiva fisica, allo *status* di una madre che è incinta con altri mezzi. Nonostante le implicazioni nella parola “surrogata”, come comunemente viene denominata tale partica, Finn dichiara che la GPA è un caso di gravidanza reale, ovvero non si tratta di una relazione “surrogata”, ma di una relazione realmente “vissuta”, in quanto «non si è in una relazione sostitutiva»<sup>13</sup>. Si tratta di una gravidanza seppure sia una gravidanza contrattuale. Tali elementi inducono a interrogarsi sul modo in cui la nostra comprensione metafisica della gravidanza impatta sull'etica e sulle politiche pubbliche relative alla gravidanza contrattuale. Certamente non tutte, ma alcune delle molteplici ragioni che adduciamo a sostegno delle nostre politiche sulle questioni riproduttive si basano su presupposti metafisici che, forse, meritano di essere discussi criticamente prima di stabilire quale sia il modello corretto di regolamentazione su cui fondare la nostra politica sulla gravidanza a contratto. Ciò consente di richiamare qui anche agli studi dell'antropologa

<sup>9</sup> C. STRAEHLE, *Is There a Right to Surrogacy?*, in *Journal of Applied Philosophy*, 33, 2, 2016, 146-159. Si veda inoltre, A. GHEAUS, C. STRAEHLE, *Debating Surrogacy*, Oxford, 2024.

<sup>10</sup> C. BOTTI, *La gravidanza per altre o altri: soggetti, esperienze e corpi*, in *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, 2-3, 2020, 467-479.

<sup>11</sup> *Ivi*, 475.

<sup>12</sup> Cfr. S. FINN, *The Metaphysics of Surrogacy*, in DAVID BOONIN (a cura di) *The Palgrave Handbook of Philosophy and Public Policy*, Boulder, 2018, 649-659.

<sup>13</sup> «In prospettiva critica, mi pare inoltre piuttosto fondata l'obiezione di chi, come Barbara Katz Rothman, rigetta l'idea stessa di “surrogazione”, di “sostituzione”, perché in una gravidanza non c'è una donna che ne sostituisce un'altra, ma c'è solo una donna gravida», in S. POZZOLO, *Nuove tecnologie riproduttive: fra liberazione e nuove forme di patriarcato*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 60.

Fançoise Héritier, la quale ha riportato efficaci esempi e casi significativi legati a spiegare come in tutte le culture sia la maternità sia la paternità rappresentino dei ruoli sociali e dei costrutti culturali<sup>14</sup>.

### 2.1. Interessi e tutele connesse alla libertà di “accordarsi”

Concepire la GPA nei termini di un diritto contrattuale implica orientarsi alla tutela di una serie di interessi diversi da quelli discussi finora nel dibattito bioetico–giuridico, infatti un diritto alla GPA come diritto contrattuale mira a tutela semplicemente dell’interesse delle parti contrattuali coinvolte nella stipula dell’accordo. Il presupposto da cui si muove è il riconoscimento della libertà contrattuale quale interesse prevalente che deve essere protetto dallo Stato liberaldemocratico<sup>15</sup>. Tuttavia, non è possibile valutare la portata del diritto alla libertà contrattuale indipendentemente dagli interessi sostanziali che tale diritto mira a proteggere, considerando altresì il rapporto tra interesse in gioco e necessità di protezione di quell’interesse mediante la libertà contrattuale. Nel caso della GPA tale rapporto poggia sul fatto che in mancanza di un diritto alla libertà di stipulare accordi tra parti alcune coppie/ individui, eterosessuali e non, saranno impossibilitati a realizzare i loro “interessi” nei confronti del progetto di genitorialità. Se la questione dirimente nella valutazione morale della GPA e della garanzia giuridica ad essa connessa risiede nella tutela della libertà di tutte le persone coinvolte, e in particolare della soggettività e libertà femminile, occorre partire dal riconoscere alcune asimmetrie tra le parti coinvolte nell’accordo. Tali asimmetrie sono rilevanti poiché il non considerarle espone le donne al rischio di una minore possibilità di esprimere la propria soggettività e libertà<sup>16</sup>. Ciò che qui rileva in tutta la sua problematicità è la scollatura tra il valore attribuito all’autodeterminazione corporea delle donne, da un lato, per cui lo Stato non può *imporre* a queste ultime di candidarsi come gestanti, e il paternalismo morale, dall’altro lato, per cui il medesimo Stato per tutelare l’autonomia della donna vieta la maternità a contratto e quindi la possibilità di disporre pienamente del proprio corpo<sup>17</sup>. Sono molteplici e variegati i resoconti sul tipo di motivazioni che inducono le donne a impegnarsi nell’accordo di *lavoro riproduttivo* e che animano il dibattito normativo attorno alla controversa idea di tutelare l’autonomia della donna nel disporre del proprio corpo. Qui infatti risiede il controverso profilo del concetto di autonomia quando lo si invoca sia per sostenere politiche tese a legittimare un diritto alla GPA, alla stregua del diritto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, dal momento che lo Stato non ha alcuna giurisdizione sul corpo delle donne e su come impiegarlo, in quanto tali decisioni spettano a ciascun individuo purché non arrechino danno ad altri, sia per sostenere il divieto delle donne di scegliere il lavoro riproduttivo, ovvero la gravidanza a contratto, in nome di una interpretazione non autentica del diritto all’autodeterminazione sulle scelte che le riguardano<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Cfr. F. HÉRITIER, *Maschile e femminile. Il pensiero della differenza sessuale*, Roma-Bari, 2000.

<sup>15</sup> Cfr. C. STRAEHLE, *Is There a Right to Surrogacy?*, cit.

<sup>16</sup> Cfr. C. SHALEV, *Nascere per contratto*, Giuffrè, Milano, 1992. La riflessione di Shalev sul punto merita di essere richiamata in quanto la studiosa rileva come in questa ottica non è necessario sottrarre la GPA al mercato, ma è urgente garantire il fatto che siano le donne a dettare le “regole” circa la loro “prestazione”, in quanto soggetti liberi di autodeterminarsi.

<sup>17</sup> S. POZZOLO, *Nuove tecnologie riproduttive: fra liberazione e nuove forme di patriarcato*, in *Diritto e questioni pubbliche*, cit., 58-59.

<sup>18</sup> *Ivi*.

Le ragioni normative contrarie all'inquadramento della GPA nell'ambito della disciplina contrattuale il più delle volte muovono dai potenziali danni che da tali contratti potrebbero derivare in virtù dell'esercizio del diritto della donna di disporre del proprio corpo. A titolo esemplificativo se ne posso citare almeno due tipologie. La prima fa leva sui danni alle donne nel contesto della disuguaglianza di genere, la seconda riguarda i danni che si presume la GPA possa causare al “senso di sé” di una donna gestante. La lente più accurata attraverso cui sono stati qualificati tali potenziali danni relativi ai contratti di GPA è quella che passa per la nozione di vulnerabilità, dal momento che dirimente qui è la tutela delle persone vulnerabili o rese potenzialmente vulnerabili dalla condizione di accettare il lavoro riproduttivo. I noti studi di Robert Goodin sulla vulnerabilità quale nozione relazionale, che assume rilievo nei rapporti di dipendenza, convergono sulla necessità di proteggere coloro i cui interessi di vita fondamentali possono essere compromessi e resi particolarmente vulnerabili dalle conseguenze delle nostre azioni e dalle nostre scelte<sup>19</sup>. La vulnerabilità, scrive Goodin, genera obblighi morali in coloro che si trovano in una posizione di potere e condizionano con le loro azioni la vita degli altri. Applicando tale chiave di lettura all'esame dei rapporti di dipendenza messi in essere dall'accordo di GPA si può, in altri termini, valutare se e in che misura i contratti standard di GPA creano danni nei termini di generare vulnerabilità, in particolare vulnerabilità delle gestanti. A riguardo sono rilevanti le analisi di Debra Satz che definisce il contesto di genere in cui si realizza la GPA come condizione determinante per la valutazione dell'accordo contrattuale, dal momento che accettando un contratto la madre-gestante cede a qualcun altro il controllo del proprio corpo, in un arco temporale in cui *deve* rispettare un regime di controlli e di prescrizioni mediche. Al di là delle specifiche clausole contrattuali previste da ciascun accordo, ciò che rende il caso della GPA moralmente problematico secondo Satz è il fatto che le donne *cedono* l'autorità sul proprio corpo all'interno di un contesto sociale che tradizionalmente non tutela gli interessi delle donne, e dove il lavoro di cura delle donne non è valutato come tale, e non è equiparabile al lavoro svolto dagli uomini<sup>20</sup>. Satz sembra suggerire che i contratti di GPA non siano intrinsecamente problematici, ma che lo diventano nel contesto dell'attuale divisione del lavoro tra i sessi, a cui sul piano internazionale si aggiungono le differenze e disuguaglianze socio-economiche. Se da un lato la preoccupazione di Satz è condivisibile e fondata su dati empirici, dall'altro occorre domandarsi, richiamando la lente analitica della vulnerabilità, se il divieto di stipulare contratti di GPA sia servito a contrastare il tipo di vulnerabilità individuato dalla stessa Satz, ovvero la mancanza di rappresentazione degli interessi delle donne e la loro violazione negli accordi contrattuali specifici.

In altre parole qui si ritiene che sia necessario interrogarsi su come un nuovo strumento contrattuale possa svolgere un cambiamento socio-culturale in tale direzione, ovvero se il lavoro riproduttivo, adeguatamente tutelato, non possa contribuire ad assegnare il giusto peso alle soggettività femminili (matri-gestanti) e alle relazioni umane coinvolte nella GPA. Ciò implicherebbe che le rivendicazioni derivanti da un diritto alla GPA come diritto contrattuale includano una protezione contrattuale a favore delle donne-matri-gestanti, trascurando il fatto che gli interessi delle parti contraenti possano dare origine a rivendicazioni specifiche. Ad esempio, Straehle sostiene che sia legittimo prevedere obblighi specifici per i genitori committenti nel soddisfare certi requisiti al fine di qualificarsi come “partners contrattuali” all'interno di accordi di GPA, questo perché gli attuali contratti standard sono più

<sup>19</sup> Cfr. R. GOODIN, *Protecting the Vulnerable: Reassessing Our Social Responsibilities*, Chicago, 1985.

<sup>20</sup> Cfr. D. SATZ, *Why Some Things Should Not be For Sale. The Moral Limits of Markets*, Oxford, 2010.

strutturati per favorire il soddisfacimento delle esigenze e delle richieste dei genitori committenti che per quello delle gestanti. Ne è prova il fatto che i parti cesarei sono spesso imposti alle gestanti per permettere alle coppie, spesso situati in diversi continenti, di organizzare il viaggio e di essere presenti alla nascita del bambino. A sua volta, la gestante dovrà certamente avere l'obbligo di tutelare il benessere del feto, ferma restando la possibilità di negare il consenso a interventi considerati quale indebita violazione della intimità e sfera personale durante la gravidanza. Entrambe le parti presentano rivendicazioni reciproche ed è plausibile ritenere che lo Stato liberaldemocratico garantisca la codifica e l'attuazione di tali accordi al fine di rivedere una disciplina contrattuale che, sul piano internazionale, almeno fino ad oggi, si è dimostrata essere uno strumento troppo blando per tutelare la vulnerabilità degli interessi delle donne nella società. Allo stesso modo, sarebbe incoerente impiegare il principio di autonomia per creare condizioni che minano i requisiti di fondo per l'esercizio dell'autonomia. Non vi è dubbio che occorra interrogarsi sulla proprietà e il senso di sé delle gestanti, in rapporto all'accordo contrattuale e alle disuguaglianze sociali di genere, per valutare se il diritto alla GPA può essere difeso come diritto alla libertà di stipulare contratti. Nella trattazione del tema Cécile Fabre arriva a sostenere la legittimità dello strumento contrattuale a condizione che tali accordi siano legalmente validi, ma annullabili<sup>21</sup>. Secondo Fabre, un contratto annullabile sarebbe quello in cui entrambe le parti contraenti sono ugualmente obbligate a rispettare le "disposizioni ragionevoli" del contratto, tra cui garantire alla gestante il diritto di ripensamento e di decidere se abortire. Fabre osserva che, al fine di proteggere il diritto dei genitori intenzionali di promuovere la propria autonomia diventando genitori, la gestante dovrebbe conferire loro alcuni diritti sul suo corpo (richiedendo un compenso), in modo che essi possano imporre restrizioni "ragionevoli" sul suo corpo per il benessere del feto. Tuttavia, proprio per ovviare a questo tipo di interferenza e all'onere di definire che cosa rappresenti "comportamento ragionevole" (e non ragionevole), in relazione alla gravidanza e sulla base delle evidenti condizioni di profonda disuguaglianza economica e di genere, si è avanzata l'idea di strutturare accordi ad *esecutività asimmetrica* in cui l'adempimento specifico sarebbe opponibile ai genitori committenti, ma non alla gestante<sup>22</sup>.

### 3. Osservazioni conclusive

Lo scenario attuale è rappresentato da una adesione inevitabile, quasi obbligata, a quella che i giudici chiamano *logique du fait accompli* (logica del fatto compiuto), per cui le autorità nazionali di molti paesi europei si trovano a dover facilitare le richieste degli aspiranti genitori che hanno violato le leggi sulla GPA, o le hanno evitate recandosi all'estero. Dinanzi alla nascita del bambino quale *fatto compiuto*, si ritiene che sia nel migliore interesse del bambino stesso accogliere le richieste dei futuri genitori, anche se si contesta il fatto che la nascita del bambino sia stata preceduta, per esempio, da acquisto di gameti da donatori anonimi o da possibile condizione di sfruttamento della gestante. Ragionando in modo proattivo, e alla luce di quanto delineato sin qui, la proposta di considerare quale strumento di regolamentazione della GPA la governance di un sistema nazionale di autorizzazione degli

<sup>21</sup> C. FABRE, *Whose Body is it Anyway? Justice and the Integrity of the Person*, Oxford, 2006, 16-23.

<sup>22</sup> M. J. PETRINI-SANCHEZ, *A Case for the Asymmetric Enforceability of Surrogacy Contracts*, in *The Journal of Political Philosophy*, 28, 4, 2020, 438-454.

accordi pre-concepimento sembra plausibile, sebbene non priva di ostacoli che al momento paiono difficilmente superabili. Infatti, l'approccio *ex ante* di tali accordi, già in discussione attualmente nel Regno Unito e in Olanda<sup>23</sup>, richiederebbe che il principio cardine del diritto di famiglia, *mater semper certa est*, fino ad oggi garanzia giuridica di contrasto agli accordi di GPA, laddove la gestante è considerata anche la madre legale perché è lei che dà alla luce il bambino, potrebbe cedere gradualmente il posto ad una procedura contrattuale istituzionalizzata, dove gli aspiranti genitori diventano automaticamente i genitori legali alla nascita del bambino. In una tale prospettiva la gestante sarebbe qualificata quale “portatrice gestazionale”, venendo a meno la tutela del diritto della *madre-gestante* alla vita familiare tra lei e il bambino che dà alla luce e viceversa. In diversi Stati, come Grecia, Israele e Sud Africa, è in vigore da tempo un sistema di autorizzazione pre-concepimento degli accordi di GPA in relazione ai quali i dati empirici a disposizione mostrano che la procedura gestita dai tribunali si configura più come una serie di passaggi burocratici formali, piuttosto che una valutazione discrezionale delle motivazioni alla base dell'accordo di GPA<sup>24</sup>. Tuttavia, in prospettiva critica, occorre tenere presente che un approccio di questo tipo si espone al rischio di impoverire le funzioni del diritto di famiglia. Il (bio)diritto ha importanti effetti istituzionali e simbolici, ma in quest'ottica sarebbe tradotto in un rigoroso processo amministrativo, configurandosi come un ibrido tra diritto di famiglia e diritto contrattuale.

Si ritiene che le ragioni normative che potrebbero legittimare una presa in carico istituzionalizzata degli accordi di GPA dovrebbero garantire almeno tre aspetti fondamentali: l'accordo di GPA deve essere annullabile, la gestante conserva tutti i diritti decisionali sul proprio corpo durante la gravidanza, lo Stato è coinvolto in una politica riproduttiva di primo ordine co-progettando gli accordi riproduttivi dei suoi cittadini.

---

<sup>23</sup> Law Commission of England and Wales and the Scottish Law Commission (UK Law Commissions), *Building families through surrogacy: a new law. Summary of consultation paper*, 2019, [https://cloud-platform-e218f50a4812967ba1215eaecede923f.s3.amazonaws.com/uploads/sites/30/2023/03/LC\\_Surrogacy\\_Summary\\_of\\_Report\\_2023.pdf](https://cloud-platform-e218f50a4812967ba1215eaecede923f.s3.amazonaws.com/uploads/sites/30/2023/03/LC_Surrogacy_Summary_of_Report_2023.pdf).

<sup>24</sup> B. VAN BEERS, L. BOSCH, *A Revolution by Stealth: A Legal-Ethical Analysis of the Rise of Pre-Conception Authorization of Surrogacy Agreements*, in *The New Bioethics*, 26, 4, 2020, 351-371.





## La Corte costituzionale e la scienza: alcune tendenze e punti fermi

Paolo Veronesi\*

THE CONSTITUTIONAL COURT AND SCIENCE: SOME TRENDS AND MILESTONES

ABSTRACT: What novelties are emerging in the Court's attitude to judging science-based laws? Are there similarities with other trends taking place even in different areas of the legal system? The essay identifies some obvious constants in the constitutional jurisprudence on the subject, while pointing out the contrasts with the different options put forward in the resolution of some discussed and "sensitive" cases. In particular, there emerges an attitude of the Court somewhat in favor of solutions calibrated to the cases and persons involved, as opposed to solutions of quite a different nature (which, however, continue to emerge mainly in legislation and, albeit sporadically, also in constitutional jurisprudence).

KEYWORDS: Constitutional Court; legislature; scientific data; reasonableness; balancing

ABSTRACT: Quali novità emergono nell'atteggiamento che la Corte adotta per giudicare le leggi scientificamente fondate? Ci sono somiglianze con altre tendenze in atto anche in ambiti diversi dell'ordinamento? Il saggio individua alcune evidenti costanti della giurisprudenza costituzionale in materia, sottolineando tuttavia i contrasti con le diverse opzioni messe in campo nella soluzione di alcuni casi discussi e "sensibili". In particolare, affiora un atteggiamento della Corte alquanto favorevole a soluzioni calibrate sui casi e sulle persone coinvolte, di contro a soluzioni di ben altra natura (che comunque continuano a emergere soprattutto nella legislazione e, sia pur sporadicamente, anche nella giurisprudenza costituzionale).

PAROLE CHIAVE: Corte costituzionale; legislatura; dati scientifici; ragionevolezza; bilanciamento

SOMMARIO: 1. Una tendenza "trasversale" – 2. Una parentesi e una digressione (solo apparente) – 3. "Oscillazioni" della Corte – 4. La scienza, il legislatore e (di risulta) la Corte costituzionale – 5. Il "caso Stamina" e i monitoraggi sulle leggi scientificamente fondate – 6. Un sindacato "esterno" sull'operato del legislatore in materia scientifica? – 7. Scienza e diritto "durante" e "dopo" la pandemia.

---

\* *Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Ferrara. Mail: [vrp@unife.it](mailto:vrp@unife.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

## 1. Una tendenza “trasversale”

**E** sistono spiccate similitudini tra alcuni orientamenti/approdi della farmacologia o della scienza applicata alla medicina, e tendenze attive ormai da anni anche nella giurisprudenza costituzionale. Più di preciso, in entrambi i casi si tratta di atteggiamenti leggibili in una prospettiva personalistica sempre più raffinata, proprio per questo attenta alla specificità dei “casi” da affrontare e risolvere con oculatezza, saggiandone tutte le pieghe.

Da un lato, abbiamo pertanto terapie che vanno oculatamente calibrandosi sulle caratteristiche biologiche e genetiche dei singoli pazienti o sulla peculiare “fisionomia” della patologia da aggredire: di risulta, è emersa così l’esigenza che la medicina mostri sensibilità (anche) verso le peculiari differenze tra i generi, nonché perfezioni terapie geniche o mirate alla specifica patologia di un altrettanto particolare paziente ecc<sup>1</sup>. Sul fronte giuridico, analogamente si assiste a decisioni della Corte costituzionale marcatamente avverse a prescrizioni normative troppo rigide o cieche ai particolari, perciò refrattarie ad adattarsi alle varieguate tipologie delle singole fattispecie e alla concreta realtà dei soggetti in esse coinvolti<sup>2</sup>.

In questa prospettiva – invocate dai giudici *a quibus* – si assiste così alle ormai costanti dichiarazioni di illegittimità degli “automatismi legislativi” (specialmente in materia penale)<sup>3</sup>, oltre a uno smaccato favore della Corte verso le c.d. “deleghe di bilanciamento in concreto”<sup>4</sup>, assegnate senz’altro ai giudici ma anche (e sempre più spesso) al personale medico<sup>5</sup>: una prospettiva che potremmo definire “sussidiaria”, in quanto sempre più “a misura d’uomo” o “di donna”, dunque vicina al luogo in cui i problemi sorgono e chiedono soluzione.

Già la famosa sent. n. 282/2003 – un vero “architrova” del settore<sup>6</sup> – pronunciandosi su pratiche di neurochirurgia – e affossando un radicale divieto contenuto in una legge regionale – era stata alquanto netta in tal senso. Ancora più chiara (tra le tante) risultò poi la notissima sent. n. 151/2009, la quale diede il via alla sequenza di pronunce che hanno profondamente (e opportunamente) trasformato la legge n. 40/2004, in materia di procreazione assistita. Questa pronuncia annullava il ferreo obbligo di non produrre più di tre embrioni a ciclo, da inoculare, in aggiunta, in un unico impianto e senza alcuna possibilità di accedere alla crioconservazione di quelli eventualmente prodotti in sovrannumero, per destinarli a eventuali trattamenti futuri (tenendo conto della gravità delle patologie riproduttive dei

<sup>1</sup> Si v., ad esempio, N. LUCCHI, *Privative intellettuali, risorse genetiche e diritti della persona*, in C. CASONATO - L. BUSATTA - S. PENASA - C. PICCIOCCI - M. TOMASI (a cura di), *Il biodiritto e i suoi confini: definizioni, dialoghi, interazioni*, Univ. di Trento, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza, 2014, 307 ss. e F. XOMPERO, *La medicina personalizzata: gli attori, le criticità e il modello Genesy Project*, in *Trento Biolaw Selected Papers*, 35, A.A. 2018-2019.

<sup>2</sup> Per un saggio di tale variegata giurisprudenza si rinvia a quanto già illustrato in P. VERONESI, *All’incrocio tra “revisione”, “applicazione” e “attuazione” costituzionale: verso un diritto sempre più “a misura d’uomo”?*, in G. BRUNELLI - G. CAZZETTA (a cura di), *Dalla Costituzione “inattuata” alla Costituzione “inattuale”? Potere costituente e riforme costituzionali nell’Italia repubblicana*, Milano, 2013, 297 ss.

<sup>3</sup> Una recente (rara) eccezione a questo pur consolidato orientamento è stata individuata nella sent. n. 66/2023: erano impuginate norme del c.p. che stabiliscono l’obbligatoria applicazione della misura della libertà vigilata al condannato alla pena dell’ergastolo ammesso alla liberazione condizionale e la durata (predeterminata e fissa) della stessa libertà vigilata.

<sup>4</sup> R. BIN, *Giudizio “in astratto” e delega di bilanciamento “in concreto”*, in *Giur. cost.*, 1991, 3575 ss.

<sup>5</sup> Si v. gli esempi di cui si dirà più oltre nel testo.

<sup>6</sup> Poi confermata dalle sentt. n. 338/2003 e n. 116/2006.

pazienti e senza costringere la donna a sottoporsi a nuove, gravose pratiche di stimolazione ovarica con prelievo di gameti). Precisando a chiare lettere la sua “filosofia” di riferimento, in tale sentenza la Corte stigmatizzava il fatto che la legge delineasse «un protocollo sanitario unico, non configurato sulle necessità di cura della singola persona e di adesione allo stesso e che comporta[va] la sottoposizione della persona a un trattamento sanitario non voluto e non finalizzato alla tutela della salute sua propria e della collettività». Non poteva essere più esplicita.

Sulla stessa linea, in ambito penale, si veda poi – a conferma di un filone assai solido – la recentissima sent. n. 197/2023 (in materia di “Codice Rosso”). Essa dichiara l’illegittimità dell’art. 577 c.p., nella parte in cui vietava (in ogni caso) al giudice di ritenere prevalenti le circostanze attenuanti generiche o della provocazione, le quali consentono invece – osserva la Corte – di adeguare la misura della pena alla concreta gravità del singolo fatto di omicidio in famiglia. Il divieto – introdotto senza riflettere sulle sue possibili applicazioni – costringeva infatti ad assimilare (irragionevolmente) situazioni tra loro alquanto dissimili, punendo oltre misura anche i casi in cui l’omicida incarnava il soggetto più debole e vulnerabile, il quale reagiva infine a soprusi e violenze reiterate: una scelta poco meditata (o, forse troppo impulsiva) che finiva per dare luogo a una tipica eterogenesi dei fini (proprio come accadeva nel giudizio *a quo* da cui era “partita” la *quaestio*).

Anche l’altrettanto recente sent. n. 201/2023, colpendo l’inflessibile divieto di applicare una circostanza attenuante a favore del recidivo condannato per la sua partecipazione ad associazioni finalizzate al traffico di sostanze stupefacenti, che si fosse però «efficacemente adoperato per assicurare le prove del reato o per sottrarre all’associazione risorse decisive per la commissione dei delitti», si è dunque inserita in questa stessa orbita<sup>7</sup>.

E sulla stessa lunghezza d’onda – per analoghi obiettivi – si collocano poi le sentenze additive in cui la Corte applica la più recente idea delle “rime possibili”, abbandonando l’eccessiva rigidità della teoria delle “rime obbligate”<sup>8</sup>. Una soluzione che le consente di dare la priorità ai diritti fondamentali conculcati e non protetti da un legislatore ormai tradizionalmente assente, senza con ciò pregiudicare le sue attribuzioni tipiche (se si decidesse poi di utilizzarle).

Queste e molte altre pronunce (qui non riassumibili per ragioni spazio)<sup>9</sup>, costituiscono dunque una reazione sempre più netta della Corte costituzionale di fronte a leggi e a norme non declinate adottando una prospettiva personalizzata, attenta ai dettagli e ai contesti, opportunamente flessibile, funzionale alla tutela dei diritti fondamentali altrimenti soccombenti. Normative, dunque, inutilmente massificanti e generalizzanti. In una parola: grossolane, e per questo inidonee ad adeguarsi alla variabile realtà dei casi.

## 2. Una parentesi e una digressione (solo apparente)

Potrebbe apparire un’osservazione fuori-tema, ma, in realtà, non lo è affatto.

<sup>7</sup> Per un caso simile si v. la sent. n. 188/2023.

<sup>8</sup> A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2, 2019, 785 ss. Critico A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2, 2019, 251 ss.

<sup>9</sup> Si v., *ex multis*, le sentt. nn. 222 e 233/2018, n. 242/2019, n. 113/ 2020, n. 62/2022, n. 131/2022.

Alla luce di quanto appena sottolineato, appare di tutt'altro tenore (e, dunque, mal si comprende) la proposta di riforma costituzionale oggi ai nastri di partenza (con il d.d.l. costituzionale teso a modificare gli artt. 59, 88, 92 e 94 Cost.). Essa pare infatti orientata in una direzione "ideologica" esattamente opposta rispetto a quella sin qui illustrata. Il suo fine è infatti d'irrigidire la forma di governo parlamentare, anziché ripararne e oliarne i meccanismi naturalmente (e opportunamente) flessibili, al fine di renderli performanti e meno aleatori. Elementi (sin qui) dinamici, la cui utilità in situazioni di crisi – come testimoniato da non poche vicende del recente passato – è stata più che collaudata (e spesso provvidenziale): se la Costituzione venisse modificata nel senso inteso dalla riforma di cui si discute, molti di quei "salvagenti" verrebbero addirittura "vietati", anche quando risultassero opportuni<sup>10</sup>. Un autentico *nonsense*, se, in realtà, il senso di tutto ciò non lo si comprendesse fin troppo bene.

La parentesi appena aperta andrebbe forse chiusa in fretta, ma non troppo. Perché questa proposta di riforma è il frutto di un atteggiamento in linea con uno spirito dei tempi esattamente antitetico a quello appena illustrato e che, perciò, gli contende il campo: un atteggiamento ostile a sottilizzare, a personalizzare e, non a caso, spesso combattivo verso la scienza, le politiche pro-vax, le cautele antiCovid, le scelte autonome in materia di fine-vita, le attenzioni dedicate alle minoranze (e non solo)<sup>11</sup>. In breve, si tratta di un'altra delle tante facce oscure del populismo oggi in voga<sup>12</sup>.

È un fenomeno che, non a caso, trova i suoi naturali sbocchi proprio nell'ambito penale e nel settore medico-scientifico, ossia in territori nei quali, più che in altri, le differenze contano e andrebbero soppesate con cura, misurando/dosando le relative risposte<sup>13</sup>. Di contro a meditati distinguo, l'approccio populista è avvezzo così a ragionare per "blocchi", non ama gli "sforzi ermeneutici", considera il popolo una sorta di monolite privo di sfumature, scova ovunque complotti, atteggiandosi in modo ostile alle *elites* vere o presunte e, di conseguenza, alle prove scientifiche che da una di esse inevitabilmente provengono. Un atteggiamento che non ama perciò le complicazioni e pretende di procedere a marce forzate: non importa se verso un dirupo.

<sup>10</sup> *In primis*: la Presidenza della Repubblica, spesso protagonista di simili flessibilità (al bisogno), sarebbe destinata a un impoverimento di poteri e funzioni, oltre che a un esercizio meccanico e meramente notarile di alcune sue attuali prerogative. Lo stesso dicasi per un Parlamento che avrebbe sempre più le mani legate, riducendosi a un ruolo (di fatto) ancillare. Per non dire degli effetti che scaturirebbero da un pasticciato richiamo, in Costituzione, a un premio di maggioranza che, senza soglie d'accesso, corre il serio rischio di diventare abnorme (a favore della minoranza solo meglio classificata nella competizione elettorale).

<sup>11</sup> Si pensi all'idea di "famiglia", che si vorrebbe declinare in un unico modo, alla crociata contro una fantomatica "teoria gender" e all'ostilità verso le minoranze in genere ecc.

<sup>12</sup> Si rinvia a P. VERONESI, "Farmaco" e "veleno": il populismo tra fisiologia e patologia, in *Genlus*, 2022, n. 2, p. 50 ss.

<sup>13</sup> Un eclatante esempio di tale modo di procedere si è avuto con l'approvazione della legge n. 40/2004, in materia di procreazione assistita: G. D'AMICO, *Le vicende della legge n. 40 del 2004 come esperienza paradigmatica del costituzionalismo contemporaneo*, in S. AGOSTA - G. D'AMICO - L. D'ANDREA (a cura di), *La Procreazione Medicalmente Assistita. Bilancio di un'esperienza. Problemi e prospettive*, Napoli, 2017, 42. Sul populismo penale si v. M.L. Ferrante, *Il pericolo del populismo penale nelle sue varie forme*, in *dirittifondamentali.it*, 2017, n. 1 (13 giugno 2017).

### 3. “Oscillazioni” della Corte

L’orientamento fedele al principio personalista e attento ai dettagli delle fattispecie di volta in volta da affrontare non ha quindi (e certo) vita facile: c’è chi gli contende il campo e ha dalla sua la facilità di trasmettere messaggi a dir poco semplicistici, i quali fanno presa su una credulità popolare che meriterebbe approfondimenti sociologici e politologici<sup>14</sup>. Esso ha così conosciuto qualche appannamento nella stessa giurisprudenza della Corte costituzionale in materia biogiuridica: è il caso della discussa sent. n. 84/2016<sup>15</sup>, e della risposta che la Consulta ha riservato all’inflexibile (e, per certi versi, incomprendibile) divieto di svolgere ricerche cliniche e sperimentali sugli embrioni che non siano dirette esclusivamente alla loro tutela (come prescritto dalla legge n. 40/2004). La Corte dichiarò inammissibili le *quaestiones* in quel caso proposte, sottolineando, tra l’altro, l’esistenza di un conflitto tra il diritto alla scienza e alla salute della collettività, di contro ai diritti dell’embrione. Nella sua motivazione non si soffermava tuttavia a distinguere le varie situazioni ipotizzabili e valutabili al fine di stabilire la ragionevolezza del divieto e la sua proporzionalità. Ad esempio, considerando la congruità di proibire la formazione di embrioni a mero scopo di ricerca, di contro all’eventuale utilizzo solo residuale di quelli creati a fini procreativi ma non più idonei allo scopo. Non entrava perciò a discernere ipotesi da ipotesi, conservando quanto di buono potesse pur sempre ricavarsi da una normativa che ne presentava certamente poco, liberando invece quanto era stato inopportuno (e illegittimamente) compresso. Non adottava, cioè, il *modus operandi* che ha invece virtuosamente messo in campo nel risolvere – giusto per proporre un altro esempio su un tema a dir poco “sensibile – il “caso dj Fabo-Cappato”<sup>16</sup>. La Corte ha finito così per avallare, di fatto, la drasticità della soluzione legislativa, appoggiandosi (parrebbe) a una versione assai restrittiva di “precauzione”<sup>17</sup>, di contro a un’idea opportunamente più elastica del principio, emergente, ad esempio – e forse sin troppo – dalla sentenza sul caso ILVA<sup>18</sup>. Essa ha perciò denunciato l’assenza di rime obbligate quando invece, in altri contesti – come già rammentato – non esita a teorizzare e praticare (opportunamente) la diversa teoria delle “rime possibili”. Nel caso, poi, una rima era pur sempre rinvenibile nell’ordinamento, se solo si fosse valorizzata l’analogia tra gli embrioni crioconservati in attesa di spegnersi e il paziente in morte cerebrale suscettibile di donare i suoi organi a fini di trapianto<sup>19</sup>.

Non è tuttavia il caso di stracciarsi le vesti: quel che decise la Corte non parve certo coerente con altri suoi filoni giurisprudenziali molto più accorti e corposi, ma è dopotutto fisiologico, specie a fronte di

<sup>14</sup> Si v., solo ad esempio (tra i tanti), Y. MENY - Y. SUREL, *Populismo e democrazia*, Bologna, 2004; M. REVELLI, *Populismo 2.0*, Torino, 2017; N. URBINATI, *Io, il popolo. Come il populismo trasforma la democrazia*, Bologna, 2020; G. MARTINICO, *Filtering Populist Claims To Fight Populism*, Cambridge, 2022.

<sup>15</sup> Si v. C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche sulla sent. n. 84 del 2016*, in *BioLaw Journal*, 2, 2016, 162 ss. e A. RUGGERI, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati, (a margine di C. cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, in *BioLaw Journal*, 2, 2016, 247.

<sup>16</sup> Si v. la citata sent. n. 242/2019, in materia di aiuto al suicidio del paziente in grave stato di sofferenza.

<sup>17</sup> L. DEL CORONA, *Libertà della scienza e politica. Riflessioni sulle valutazioni scientifiche nella prospettiva del diritto costituzionale*, Torino, 2022, 128.

<sup>18</sup> Sent. n. 85/2013.

<sup>19</sup> C. TRIPODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 521 s.

fattispecie particolarmente delicate, e in contesti politici in cui tale loro caratteristica appare (o è strumentalmente resa) lacerante, assistere a simili, sporadici dietrofront. Verrebbe da dire: la classica eccezione che conferma la regola.

#### 4. La scienza, il legislatore e (di risulta) la Corte costituzionale

L'orientamento adottato dalla Corte costituzionale parrebbe dunque tracciato. Sul fronte dei rapporti tra diritto e scienza, risulta insomma sempre più nitido che gli art. 9 e 33 Cost. sorreggono a piè pari l'esigenza che gli interessi tutelati dalla scienza (e i suoi risultati) configurino i parametri di riferimento per il legislatore e poi per la Corte (chiamata, in seconda istanza, a sindacarne eventualmente l'operato). Anche quando tali norme non vengono specificamente evocate nel *thema decidendum*, sempre più spesso il riferimento alla scienza quale metro di giudizio per talune scelte legislative ha acquistato via via spazio nella trama della più recente giurisprudenza costituzionale<sup>20</sup>.

È un approccio essenziale, il quale mette a disposizione della Corte una sorta di parametro (e metro di misura) implicito, il quale colora di sé gli altri parametri squisitamente giuridici coinvolti nei casi, con lo scopo di calibrare un completo (e corretto) giudizio di ragionevolezza e proporzionalità. Tra l'altro, è dalla percezione di questi assunti che ha preso corpo l'idea che la scienza configuri ormai una "norma interposta" del giudizio di costituzionalità<sup>21</sup>, o assurga a riferimento per stabilire la "ragionevolezza scientifica" delle leggi in esame<sup>22</sup>.

Sembra insomma ormai definitivamente superato l'iniziale atteggiamento di "presunzione favorevole" alle scelte legislative in materie che coinvolgessero l'assunzione e l'utilizzo di dati scientifici. Sin troppo chiara, in questo senso filogovernativo e filoparlamentare a oltranza, è stata, ad esempio, la sent. n. 188/1982. Era impugnata la sanzione penale stabilita per due diverse tipologie di sofisticazione dei vini e la Corte concluse che "non poteva non ritenersi" che il legislatore delegato non avesse ponderato tutti i profili (anche tecnico-scientifici) della questione. Una sorta di professione di fede – e di chiusura del discorso – senza il beneficio della prova contraria.

Va probabilmente collocata in questa medesima famiglia di decisioni anche la sent. n. 185/1998, sul c.d. multitrattamento Di Bella: senza svolgere o richiamare gli accertamenti sull'efficacia terapeutica del trattamento – e affermando, anzi, che ciò era di esclusiva competenza altrui – la Corte affermò infatti che la sola decisione di avviare la sperimentazione era da ritenersi un "fatto legislativo" in sé stesso foriero di conseguenze (e aspettative) per l'ordinamento (e i diritti dei malati)<sup>23</sup>. Escluse perciò di poter verificare se il legislatore avesse anche solo verificato l'efficacia della presunta terapia tramite l'ausilio degli organi tecnici (come fece poi nelle sentt. n. 282/2002 e 338/2003), né diede peso al fatto che la sperimentazione fosse già in corso e affiorassero i primi dati negativi circa la sua efficacia. Non svolse neppure questo semplice sindacato "esterno", arrendendosi a una soglia anteriore ed

<sup>20</sup> L. DEL CORONA, *Libertà della scienza e politica*, cit., 61 ss.

<sup>21</sup> C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, 177 s.

<sup>22</sup> S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Pol. dir.*, 2, 2015, 295 ss.,

<sup>23</sup> L. DEL CORONA, *Libertà della scienza e politica*, cit., 69.

estendendo invece il diritto a usufruire dei farmaci in questione anche a chi non era stato ammesso alla sperimentazione, per il solo fatto (legislativo) che quest'ultima era stata avviata.

Una prima novità nell'approccio della Corte si rinvenne però nella coeva sent. n. 114/1998. Il richiedente contestava il fondamento scientifico della diversità di disciplina tra l'aggravante dell'abitudine dell'ubriacatezza e dell'uso di sostanze stupefacenti, da un lato, e la cronica intossicazione da alcool e droghe (causa di non imputabilità), dall'altro. Qui la Corte finalmente non esclude il suo sindacato sulla ragionevolezza di scelte legislative che si pongano «in contrasto con i... sicuri riferimenti scientifici e la forte rispondenza alla realtà delle situazioni che il legislatore ha inteso definire». Precisò inoltre che «perché si possa pervenire ad una declaratoria di illegittimità costituzionale occorre che i dati sui quali la legge riposa siano incontrovertibilmente erronei o raggiungano un tale livello di indeterminazione da non consentire in alcun modo un'interpretazione e un'applicazione razionali da parte del giudice». A ben vedere, si trattava delle stesse cautele che la Corte aveva adottato nel giudicare la legittimità dei decreti-legge, ove ha via via puntualizzato le modalità delle sue indagini sull'evidente mancanza dei loro presupposti costituzionali<sup>24</sup>.

Nella pronuncia, La Consulta accertava poi che la distinzione non trovava nella dottrina psichiatrica e medico-legale una sicura legittimazione – e sembrò quindi verificare direttamente lo stesso fondamento scientifico delle fattispecie – ma ritenne che la diversa scelta normativa non fosse del tutto irragionevole, come comprovavano i criteri individuati dalla giurisprudenza per distinguere le due condizioni. La Corte “salvò” dunque la decisione del legislatore, sia pur avvertendo il dovere di giustificare razionalmente il suo responso, e ciò non fu certo privo di senso per il futuro.

Ma era ancora e soltanto un “abbozzo”.

La pronuncia di autentica “svolta” è stata infatti la citatissima sent. n. 282/2002 (della quale è stato perciò detto che contiene una “riserva di scienza”)<sup>25</sup>, poco dopo confermata dalla sent. n. 338/2003. Ma l'approdo già affiorava tra le righe della sent. n. 414/1995, sulla definizione della morte cerebrale, laddove la Corte affermava che la scelta legislativa era senz'altro giustificata «allo stato attuale della scienza e del prevalente pensiero» (alludendo, dunque, a possibili sviluppi suffragati da nuove ricerche).

Vale tuttavia la pena soppesare alcune delle espressioni ospitate nella sent. n. 282/2002 per meglio inquadrarle e non trarne conclusioni affrettate. Vi si legge infatti che, «salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda su acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo, in questa materia è costituita dall'autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione». “Autonomia del medico nelle scelte professionali” e suo “obbligo di tener conto dello stato d'aggiornamento delle evidenze scientifiche e sperimentali”, configurano dunque un altro punto d'incrocio dei principi vigenti di questa materia. Si tratta certo di due parametri validi, in primo luogo, per il legislatore, nell'atto in cui si appresti a fornire le discipline che abbiano simili attinenze. Essi risultano peraltro funzionali anche al giudizio di chi è chiamato a giudicarne l'operato. A

<sup>24</sup> Sent. n. 29/1995, poi “messa in pratica” dalle sentt. nn. 171/2007 e 128/2008.

<sup>25</sup> L. DEL CORONA, *Libertà della scienza e politica*, cit., p. 61.

questi criteri ha dunque attinto la giurisprudenza costituzionale all'atto di pronunciare la già citata sent. n. 151/2009, oppure la sentenza sulla fecondazione eterologa (n. 162/2014) e sul divieto di diagnosi preimpianto (sent. n. 96/2015): pronunce in cui la "delega" a favore delle opportune valutazioni mediche risulta assai chiara.

Ciò detto, non va neppure sottovalutato che la Corte, nella stessa sent. n. 282, non esclude affatto il recupero (più o meno residuale) della dimensione giuridica ove siano in gioco più diritti e doveri confluenti nella medesima fattispecie. "Di norma", non è il legislatore a doversi esprimere sulle pratiche terapeutiche ammesse o su quant'altro abbia come riferimento la scienza: "di norma", appunto. Se ne trae conferma da una sequela di pronunce già ampiamente illustrate dalla dottrina: si pensi alla sentenza con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità della legge sulla sperimentazione animale adottata dall'Emilia-Romagna (in cui venne operato un bilanciamento tra i diritti della scienza, l'interesse collettivo a usarne i risultati, i diritti degli animali)<sup>26</sup>, o alla (già criticata) sentenza sul divieto di utilizzo di embrioni a scopi scientifici<sup>27</sup>, in cui il bilanciamento pare non abbia tuttavia fornito i risultati più consoni. In tempi non sospetti – in cui il legame tra diritto e scienza non era stato certo ancora messo a fuoco – già la sent. n. 20/1980, pronunciandosi sul divieto di produzione e messa in commercio di paste alimentari di farina integrale di grano duro, evidenziava peraltro come il legislatore potesse talvolta disattendere la scienza (pur dando prova di conoscerla e tenerla in considerazione). Si attestava quindi che il divieto *de quo* non possedeva alcun fondamento scientifico, essendo però giustificato dalla necessità di proteggere e valorizzare la cultura tipicamente italiana del grano duro (un bilanciamento tra dato scientifico e altri legittimi interessi che legittimava il "silenziamento" del primo).

Quanto appena (molto sommariamente) sintetizzato disegna, a ben vedere, una sorta di movimento "a ventaglio": emergono situazioni in cui l'ancoraggio a parametri scientifici è (e dev'essere) assoluto, di contro ai casi in cui – per la stessa natura di alcuni loro tratti o per la materia disciplinata – si ampliano i margini di manovra riservati al legislatore. In ogni modo, questi deve comunque dar prova di aver preso atto dei responsi della scienza ed essersi mosso nel «perimetro del possibile» da essi tracciato, tenendo conto degli ulteriori interessi coinvolti nel (più o meno complesso) bilanciamento rilevante nel caso<sup>28</sup>. In perfetta linea con quanto si sarebbe poi stabilito nella stessa sent. n. 282/2002: «salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è, di norma, il legislatore a poter stabilire» ecc. ecc<sup>29</sup>.

## 5. Il "caso Stamina" e i monitoraggi sulle leggi scientificamente fondate

La soluzione offerta al "caso Stamina" consente di evidenziare la diversità della soluzione adottata in questo caso dalla Corte rispetto a quanto deciso nel precedente (e analogo) caso Di Bella<sup>30</sup>. Si è data

<sup>26</sup> Sent. n. 166/2004.

<sup>27</sup> Sent. n. 84/2016.

<sup>28</sup> L. BUSATTA, *Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento e soggetto della regolazione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2021, 143 ss.

<sup>29</sup> G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008, 97 ss., sottolinea come sia dalla presa d'atto di tale "contesto" che andrà formandosi la regola che costituirà poi il parametro del giudizio.

<sup>30</sup> Ci si riferisce alla sent. n. 274/2014.



così prova di un chiaro affinamento dell'approccio della giurisprudenza costituzionale ai casi scientifici controversi (che poi tanto tali non apparivano affatto)

La normativa adottata nel caso limitava e garantiva infatti (e infine) la continuazione di tali terapie compassionevoli solo ai pazienti senza speranze che le avessero già iniziate senza effetti negativi. La Corte non rinvenne in ciò alcuna discriminazione sfavorevole ai danni dei soggetti esclusi, anche perché poggiava esplicitamente il proprio responso a quanto riferito dalla Commissione ministeriale di esperti al lavoro sulla sedicente terapia in questione, la quale aveva già concluso nel senso che non vi fossero le condizioni minime per proseguire la sperimentazione<sup>31</sup>. Anche l'AIFA si era espressa vietando la somministrazione (e le relative attività strumentali), evidenziando – tra gli altri – la mancanza di un requisito essenziale ai fini dell'inserimento del trattamento nel quadro delle terapie compassionevoli: l'assenza di dati scientifici pubblicati su accreditate riviste internazionali<sup>32</sup>.

Nella stessa direzione, va tenuto conto della sempre più insistita enfasi della Corte sul necessario "monitoraggio" e revisione periodica delle leggi che hanno matrice nella scienza. Era un messaggio che già affiorava nel richiamo al necessario aggiornamento dei medici, evocato nella sent. n. 282/2002, ma è ancor più esplicito quanto asserito nella sent. n. 5/2018, in materia di vaccinazioni obbligatorie. La Corte dà prova di apprezzare che il legislatore l'avesse senz'altro previsto, ma auspica un allargamento di tali accorgimenti anche con riguardo alle vaccinazioni per le quali non era contemplata una simile osservazione a oltranza.

## 6. Un sindacato "esterno" sull'operato del legislatore in materia scientifica?

Si ha dunque (ormai) sufficiente materiale per meglio definire la tipologia dei controlli operati dalla Corte sull'adeguatezza scientifica delle leggi. A conti fatti, si tratta di un sindacato che può definirsi "esterno": destinato, cioè, a rivelare la palese irragionevolezza delle leggi e poggiante su indici che attestino l'evidente mancanza dei presupposti scientifici o un errato bilanciamento con altri interessi pur costituzionalmente protetti<sup>33</sup>. In altro contesto, si è definito ciò un "sindacato di pertinenza" sul modo di esercizio del potere (in relazione a questioni che, nei casi ora in esame, coinvolgono profili scientifici)<sup>34</sup>.

Un simile approdo consente alla Corte di depotenziare il protagonismo che potrebbe altrimenti assumere l'istruttoria scientifica nel processo costituzionale, evitando un suo uso "a tappeto" – peraltro mai esperito – e colpendo solo le più "evidenti incongruenze" scientifiche delle leggi, ossia la loro non rispondenza ai risultati verificati e ricavabili da documenti di organismi nazionali e sovranazionali dotati del crisma dell'ufficialità.

Gli esempi non mancano. In materia vaccinale, si veda la già citata sent. n. 5/2018: nella sua motivazione sono opportunamente valorizzati gli approdi degli organismi specializzati (nazionali e internazionali) chiamati a esprimersi (OMS, AIFA, ISS, CNB per i profili etici). La Corte procede forse in modo non

<sup>31</sup> L. DEL CORONA, *Libertà della scienza e politica*, cit., 71 ss.

<sup>32</sup> Sul "caso Stamina" si rinvia a P. VERONESI, *Al crocevia del "caso Stamina" e dei suoi "problemi costituzionali"*, in *BioLaw Journal*, 1, 2015, 91 ss.

<sup>33</sup> L. BUSATTA, *Tra scienza e norma*, cit., 150.

<sup>34</sup> Rinvio a P. VERONESI, *I poteri davanti alla Corte. "Cattivo uso" del potere e sindacato costituzionale*, Milano, 1999, 105 ss.

ancora adeguatamente codificato e ordinato – con toni, cioè, troppo estemporanei<sup>35</sup> – ma il “segnale” è comunque forte. Per il caso della PMA si pensi alla sent. n. 162/2014, con la quale la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: vi si sottolinea (non casualmente) che la scienza non ha evidenziato alcun influsso negativo tra l’accesso a tali pratiche e la salute di tutti i soggetti coinvolti. Da ultimo, può farsi rientrare in questo “capitolo” anche la sent. n. 15/2023: la Corte riscontra la ragionevolezza della decisione di rendere progressivamente obbligatoria la vaccinazione anti-Covid, affermando che ciò trova fondamento nelle determinazioni dei competenti organismi nazionali e sovranazionali (OMS, AIFA, ISS, EMA...)

Pur prendendo atto di ciò, va peraltro segnalato che, ancora una volta, l’eccezione ha trovato l’occasione di affacciarsi proprio dietro l’angolo: l’atteggiamento adottato dalla Consulta negli esempi appena richiamati risulta sensibilmente diverso da quello esperito nella sent. n. 221/2019, in cui era chiamato in causa il divieto di PMA di tipo eterologo a vantaggio di coppie formate da sole donne (e, dunque, non implicanti il ricorso alla “Gestazione Per Altri”). In tal caso, la Corte rigetta infatti la questione senza alcuna verifica circa la fondatezza scientifica del divieto<sup>36</sup>, e degli interessi sottesi alla pratica nella specifica circostanza. A nulla è rilevato dunque il fatto che proprio la fondatezza scientifica dell’assunto plasmato dalla legge fosse messo in discussione dalla Cassazione. Quest’ultima, in base a solidi riferimenti, escludeva che l’inserimento di un figlio in una coppia di tale natura produca ripercussioni negative sul suo sviluppo della personalità. In aggiunta – come si è appena sottolineato – nel caso non erano spendibili le critiche che la Corte ha in più occasioni manifestato nei confronti della GPA<sup>37</sup>. Di contro, la Consulta dà invece per buona l’idea (e senz’altro l’ideologia) sottesa alla proibizione normativa: la coppia eterosessuale sarebbe dunque il luogo più idoneo per la crescita del minore, senza fornire spazio, e neppure accennare, all’incertezza scientifica in materia (che poi tanto tale non parrebbe nemmeno). È parsa così appoggiare il suo responso neppure sul favore dell’opinione pubblica nel suo complesso, bensì sul gradimento del ceto politico, riducendo la questione – in definitiva – a un mero problema di discrezionalità del legislatore.

## 7. Scienza e diritto “durante” e “dopo” la pandemia

La tendenza a valorizzare la scienza nei giudizi di legittimità costituzionale è dunque già in atto da tempo (sia pur tra qualche eccezione e comprensibili retromarcie), ed è probabilmente destinata ad accentuarsi dopo la tragica esperienza della pandemia. Ciò sia per la prova offerta dalla scienza in questo frangente drammatico e stordente (con gli organi di governo sostanzialmente pronti alle istruzioni e risultanze scientifiche), sia per reagire alla deriva antiscientifica, satura di *fake news*, che si è scatenata in materia (ed è ancora in corso), con atteggiamenti che appaiono contemporaneamente (non di rado, e neppure casualmente) antisistema<sup>38</sup>.

Lo si evince, ad esempio, dalla sent. n. 14/2023, forse la più significativa tra le pronunce adottate dalla Corte con riguardo ad alcune norme legislative introdotte a seguito dell’esplosione di Sars-Cov2. La

<sup>35</sup> Si v. l’illustrazione del caso tedesco illustrato da Davide Paris in questo stesso fascicolo.

<sup>36</sup> L. DEL CORONA, *Libertà della scienza e politica*, cit., 77.

<sup>37</sup> Sent. n. 272/2017, citata poi dalla sent. n. 32/2021.

<sup>38</sup> L. BUSATTA, *Tra scienza e norma*, cit., 163 ss.

Corte vi afferma che «nell'esaminare le leggi impositive di obblighi vaccinali... si è sempre attenuta ai dati scientifici relativi alla sicurezza del vaccino».

In ogni caso, per valutare la ragionevolezza dell'obbligo di vaccinazione introdotto dal legislatore, la Corte ritiene che occorra tenero conto:

1. della situazione di fatto (nel caso: la dinamica della pandemia) e degli «accertamenti delle autorità preposte»;
2. di un'«adeguata considerazione delle risultanze scientifiche disponibili in merito all'efficacia e alla sicurezza dei vaccini», alla luce della quali il legislatore deve decidere. Si fa quindi esplicito riferimento alla «fondamentale sent. n. 282/2002», assieme a opportuni richiami al fatto che un intervento in tali ambiti «non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore». Occorre invece la verifica delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali fornite da istituzioni e organismi nazionali e sovranazionali a ciò deputati;
3. che il sindacato della Corte, in tali casi, si traduce quindi nel verificare la «coerenza della disciplina con il dato scientifico posto a disposizione, oltre che la non irragionevolezza e la proporzionalità della scelta» alla luce delle «migliori conoscenze raggiunte in quel momento storico», e destinate perciò a essere magari superate (da qui, dunque, l'opportunità d'introdurre meccanismi di flessibilizzazione e un consono monitoraggio).

In definitiva, pare insomma di assistere a una riconferma in grande stile della sent. n. 282/2002, con una virata ancora più decisa sul fronte del rispetto delle risultanze scientifiche prodotte da organismi ed enti ufficiali a ciò preposti.

Un simile approdo – se confermato – potrebbe, nel prossimo futuro, richiedere un serio approfondimento degli strumenti a disposizione della Corte per meglio definire il parametro scientifico delle decisioni che le sono richieste, e così pure – ancor prima – per mettere in chiaro come lo stesso legislatore si rapporti al dato scientifico prima di cimentarsi nella produzione di discipline ad esso correlate<sup>39</sup>. Tanti sono dunque i problemi sul tappeto. Tanto per proporre qualche interrogativo: dove attingere il dato scientifico? Qual è la scienza da privilegiare? Come garantire di aver reperito e recepito correttamente i dati più autorevoli? Che fare in caso di contrasto di vedute? Sin dove estendere l'ambito del principio di precauzione? Sono passaggi sui quali il Parlamento e la Corte paiono comunque in ritardo (ancora più il primo rispetto alla seconda), ma che risulta sempre più pressante affrontare, adottando (magari) soluzioni innovative anche (perché no?) tratte da significative esperienze straniere<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Cfr. la rassegna di strumenti (inadatti) ora a disposizione del legislatore e della Corte costituzionale, illustrata da L. DEL CORONA, *Libertà della scienza e politica*, cit., 91 ss., e la proposta di istituire appositi *Organi di consulenza scientifica* (formati da scienziati indipendenti, scelti con oculatezza e non già per ragioni di schieramento).

<sup>40</sup> Si rinvia ancora alla relazione di Davide Paris.



## Riflessioni in tema di disposizione delle parti anatomiche amputate da vivente per fini di studio, formazione e ricerca

Rosalba Potenzano\*

LEGAL PERSPECTIVE ON DONATING AMPUTATED LIMBS TO BIOMEDICAL RESEARCH

ABSTRACT: The paper examines the foundations and limits of the right to donate excised body parts and products for biomedical purposes, exploring, under a comparative law perspective, the donators' right to control their human biological materials. The essay takes a unique approach by investigating the unregulated hypothesis of donation to the science of amputated limbs to assess whether allocating such anatomical body parts to biomedical study and research activities falls within the individual's self-determination or the discretion of medical professionals.

KEYWORDS: Disposal of amputated limbs; research on human biological material; informed consent; donation of body parts; human body

ABSTRACT: Il presente studio si propone di indagare, anche da una prospettiva gius-comparatistica, il fondamento e i limiti del diritto del singolo di disporre, volontariamente e senza trarne profitto, del proprio corpo per fini medico-scientifici, prendendo in esame l'ipotesi – ad oggi, priva di puntuale regolamentazione a livello nazionale – di donazione alla scienza delle cd. parti anatomiche riconoscibili, vale a dire gli arti superiori o inferiori (o parti di essi), amputati da persona vivente. Non è chiaro, infatti, se il paziente possa destinare tali reperti anatomici ad attività di studio e ricerca biomedica, ovvero se una tale facoltà esuli dalla sfera di autodeterminazione del singolo sul proprio sé, ricadendo, eventualmente, nella discrezionalità dei sanitari.

PAROLE CHIAVE: Consenso informato; ricerca su materiale biologico di origine umana; donazione del corpo; solidarietà; atti di disposizione del corpo

SOMMARIO: 1. Introduzione. La donazione del corpo alla scienza tra fattispecie tipiche e vuoti normativi – 2. Il diritto di disporre del corpo e delle sue parti staccate: fondamento e limiti – 3. (Segue) La disposizione del proprio materiale biologico per fini di ricerca – 4. (Segue) Il diritto al controllo delle parti staccate del corpo impiegate in attività di ricerca biomedica. Raffronti comparatistici – 5. La donazione alla scienza di una parte anatomica amputata da vivente – 6. (Segue) La dichiarazione di consenso alla donazione – 7. Conclusioni.

\* *Ricercatrice in Diritto privato comparato, Università degli studi di Palermo e componente del Centro interdipartimentale di ricerca per la valorizzazione del corpo donato alla scienza (CIR-COSCIENZA). Mail: [rosalba.potenzano@unipa.it](mailto:rosalba.potenzano@unipa.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

*Essays*

## 1. Introduzione. La donazione del corpo alla scienza tra fattispecie tipiche e vuoti normativi

**G**li atti di disposizione con cui una persona destina ad attività di formazione e ricerca, senza trarne profitto, il suo corpo o parti e prodotti che da esso originano tendono al perseguimento di un fine solidaristico, consistente nel contribuire, attraverso il libero e consapevole dono<sup>1</sup> del proprio sé fisico, al progresso della scienza biomedica, a indiretto beneficio della salute umana. Tali donazioni sollevano, tuttavia, specifici quesiti etico-giuridici, i quali comportano per il legislatore la necessità di considerare con attenzione il confine di liceità di siffatti atti altruistici, riducendo sensibilmente l'entità dei rischi accettabili dalla persona<sup>2</sup>, la cui tutela assume un valore sempre preminente rispetto all'interesse della società o della scienza<sup>3</sup>.

L'individuo che autorizza la conduzione di studi sul suo materiale biologico acconsente, infatti, a un'altrui intrusione nella propria sfera fisica e psichica senza che da essa derivino (a differenza di quanto accade in una donazione realizzata per precisi ed esclusivi fini di trasfusione o trapianto) potenziali effetti curativi per i consociati<sup>4</sup>. Ogni attività scientifica compiuta sull'organismo umano, inoltre, anche quella apparentemente innocua per l'integrità del disponente (si pensi, ad esempio, alla ricerca su campioni di cellule e tessuti già prelevati per altri fini, ovvero condotta sul cadavere) implica una

<sup>1</sup> Il presente studio utilizzerà i termini dono e donazione riferiti al corpo e alle sue parti come sinonimi, per indicare ogni atto, volontario e gratuito, di destinazione di questi ultimi per fini solidaristici, terapeutici o di ricerca, *inter vivos* o *mortis causa*. Questa è una precisazione terminologica doverosa, dal momento che alcuni studiosi hanno ritenuto più appropriato parlare di "dono", così da ribadire l'estraneità della fattispecie al paradigma codicistico (così, G. RESTA, *La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di) *Il Governo del corpo*, in Id. (dir.) *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2011, 812). Altri, invece, ponendo l'accento sul carattere solidaristico che innerva tali atti dispositivi, i quali sono incompatibili non soltanto con la pattuizione di un corrispettivo, ma anche con impliciti intenti remuneratori o logiche di riconoscenza comunque sottesi a ogni altra attribuzione donativa, hanno proposto l'uso del termine "atto di destinazione" (così, D. MESSINETTI, *Persona e destinazioni solidaristiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, 511.; nello stesso senso G. FERRANDO, *Il principio di gratuità, biotecnologie e atti di disposizione del corpo*, in *Eur. e Dir. Priv.*, 2002, 3, 767; D. CARUSI, *Donazioni e trapianti: allocazione e consenso*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, 1121).

<sup>2</sup> «Where the research does not have the potential to produce results of direct benefit to the health of the research participant, such research may only be undertaken if the research entails no more than acceptable risk and acceptable burden for the research participant» (art. 6, co. 2, Protocollo addizionale alla Convenzione di Oviedo n. 195/2005).

<sup>3</sup> Convenzione di Oviedo per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti dell'applicazione della biologia e della medicina del 1997, art. 2.

<sup>4</sup> Sul diverso esito del bilanciamento tra gli artt. 9, 33 e 32 della Costituzione (volti, rispettivamente, alla promozione della scienza e alla tutela della salute individuale e collettiva) a seconda che l'atto solidaristico di disposizione del corpo abbia finalità scientifiche o terapeutiche v. F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, 113-115. Sul punto, si vedano anche le considerazioni di G. GIAMO, *Il lascito del proprio corpo a fini didattici e di ricerca. Il nobile (ma vano) intento della legge 10/2020*, in *BioLaw Journal*, 2021, 172-173. In particolare, l'autore rileva come la diversa entità del beneficio recato alla vita e alla salute umana da un atto solidaristico di donazione del corpo, a seconda che esso abbia una finalità terapeutica nell'interesse di una persona malata, ovvero soltanto sociale, di promozione della ricerca in ambito medico, si traduca in una differente modalità di manifestazione del consenso informato, ammettendo – solo nell'ipotesi di una donazione utile a consentire la sopravvivenza altrui – anche forme espressive implicite (cfr. art. 23, L. 91/1999 e art. 3 L. 10/2020 in tema di donazione di organi e tessuti prelevati da cadavere, rispettivamente, per scopi di trapianto o di formazione e ricerca).

significativa interferenza nella vita privata del singolo, data la possibilità dei ricercatori di acquisire informazioni sensibili sulla persona (e non sempre note a quest'ultima)<sup>5</sup> inscindibilmente congiunte ai materiali impiegati nella ricerca stessa<sup>6</sup>. La donazione alla scienza del proprio sé fisico favorisce, altresì, un'intensa frammentazione del corpo in singole parti e prodotti che – una volta isolati – possono essere conservati e impiegati per una pluralità di studi che spesso sfuggono al controllo del donante<sup>7</sup>, nonché usati in attività dalle quali è possibile ricavare oltre che nuove conoscenze biomediche, anche invenzioni brevettabili, suscettibili di applicazione industriale<sup>8</sup>. Cellule e tessuti impiegati nella produzione di medicinali, vaccini, dispositivi medici o cosmetici acquistano, così, un preciso valore di mercato, tale da poter aprire nuovi spazi per una commercializzazione del corpo<sup>9</sup> e far sorgere nei donatori il

<sup>5</sup> Il tema è assai ampio e rinvia, per un verso, ai cd. risultati accidentali o “*incidental findings*”, cioè, informazioni relative alla «salute e/o rilevanti per le scelte riproduttive ed esistenziali» dell'individuo, «che emergono nel corso di un progetto di ricerca di ambito biomedico senza essere ricomprese tra gli obiettivi primari o secondari dello stesso» (cfr. COMMISSIONE PER L'ETICA DELLA RICERCA E LA BIOETICA DEL CNR, *Incidental Findings nella ricerca scientifica* (2018) visibile su <https://www.cnr.it>). Per altro verso, occorre considerare, altresì, l'impatto dell'attività di ricerca condotta sul corpo del singolo sulla vita privata di terzi, quali familiari o soggetti appartenenti allo stesso gruppo genotipico o popolazione di riferimento, che potrebbero a loro volta subire trattamenti discriminatori a causa di un uso improprio delle informazioni acquisite grazie allo studio eseguito sul materiale biologico altrui. Su quest'ultimo punto, cfr. *International Declaration on Human Genetic Data* (UNESCO, 16 ottobre 2003), artt. 4, 7; Raccomandazione n. 6/2016 del Comitato dei Ministri sulla Ricerca su materiali biologici umani, Art. 4 e, in dottrina, S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 207 ss.; G. RESTA, *Do we own our bodies? Il problema dell'utilizzazione del materiale biologico umano a scopi di ricerca e brevettazione*, in *Pólemos*, 2, 2008, 115 ss., spec. 135 ss.; L. MARILOTTI, *I dati genetici tra dimensione individuale e collettiva*, in *BioLaw Journal*, 1, 2021, 165 ss.; M.J. TAYLOR, *Data Protection, Shared (Genetic) Data and Genetic Discrimination*, in *MED. L. INT'L*, 8, 2006, 51; L. BONOMI, Y. HUANG, L. OHNO-MACHADO, *Privacy challenges and research opportunities for genomic data sharing*, in *Nat Genet.*, 52, 7, 2020, 646.

<sup>6</sup> Sulla esistenza di una inscindibile connessione tra materiale biologico umano e informazioni personali da esso ricavabili, tali da comporre un “corpo elettronico” oltre che fisico, da quest'ultimo non separabile v. S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, Milano, 2009, 82 ss.; ID., *Trasformazioni del corpo*, in *Politica del diritto*, 2006, 3 ss; Raccomandazione n. 6/2016 del Comitato dei Ministri sulla Ricerca su materiali biologici umani, art. 2(3) («where this recommendation provisions make reference to biological materials of human origin, these extend, where relevant, also to associated personal data»); K.B. BROTHERS, E.W. CLAYTON, *'Human Non-Subjects Research': Privacy and Compliance*, in *AM. J. BIOETHICS*, 10, 2010, 15 (sulla possibilità che anche materiali resi non identificabili consentano la successiva re-identificazione della persona da cui i campioni derivano).

<sup>7</sup> Si allude, in particolare, alla possibilità che il campione donato per una specifica finalità di ricerca sia impiegato per altri scopi o usi cd. secondari, non noti al momento della sua acquisizione, senza ricercare un'ulteriore dichiarazione di consenso da parte dell'interessato. È possibile, tuttavia, fare a meno del consenso dell'interessato, quando sussistono delle ragioni, «considerate del tutto particolari o eccezionali, per le quali informare gli interessati risulta impossibile o implica uno sforzo sproporzionato, oppure rischia di rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento delle finalità della ricerca» (Provvedimento n. 146 del 5 giugno 2019 del Garante Privacy, allegato n. 5 (aut. gen. n. 9/2016), §5.3).

<sup>8</sup> Se, infatti – come chiarisce la Direttiva 98/44/CE sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, all'art. 5 – «il corpo umano, nei vari stadi della sua costituzione e del suo sviluppo, nonché la mera scoperta di uno dei suoi elementi, ivi compresa la sequenza o la sequenza parziale di un gene, non possono costituire invenzioni brevettabili», può ben esserlo, invece, «un elemento isolato dal corpo umano, o diversamente prodotto, mediante un procedimento tecnico, ivi compresa la sequenza o la sequenza parziale di un gene» (*ibidem*).

<sup>9</sup> Sul punto, si vedano le osservazioni di L. RIVA, G. RESTA, A. GAMBINO, C. PETRINI, *Donation of Human Biological Materials in the European Union: Commodifying Solidarity in the Era of the Biotechnological Revolution?*, in *The New Bioethics*, 24, 4, 2019, 349. In particolare, gli autori evidenziano la contraddizione insita nella legislazione

desiderio di opporsi a ogni uso lucrativo del materiale donato<sup>10</sup>, ovvero di partecipare agli utili che da esso derivano<sup>11</sup>.

Il tema degli atti solidaristici di disposizione del corpo e delle sue parti e prodotti per scopi scientifici – come emerge dal quadro sinteticamente sopra tracciato – presenta un elevato grado di complessità, cui contribuisce in maniera notevole l'assenza di una disciplina specifica utile a definire con certezza il perimetro di liceità delle donazioni di materiale biologico prelevato da vivente e i diritti riconosciuti al donante su quest'ultimo (e sui dati a esso associati) dopo il suo eventuale impiego in attività di studio, formazione e ricerca. Il regime giuridico di tali atti dispositivi si inserisce, infatti, entro un contesto normativo parecchio frammentario ed eterogeneo, composto da numerose fonti interne ed estere, europee e internazionali pattizie, nonché dichiarazioni non vincolanti, in tema di studi clinici e protezione dei dati personali<sup>12</sup>. In questo articolato scenario, non si scorge uno statuto legislativo generale applicabile all'individuo che intende far dono alla scienza dei propri reperti anatomici, separati dal suo corpo per cause naturali, accidentali o terapeutiche. Non è chiaro, pertanto, se sia sempre possibile per il singolo decidere in tal senso; ovvero se una tale facoltà esuli dalla sua sfera di autodeterminazione, ricadendo, eventualmente, nella discrezionalità dei sanitari.

---

europea, la quale – così il Regolamento n. 1349/2007 – ammette la commercializzazione, da parte di industrie private, anche a prezzi superiori ai costi di produzione, di medicinali per terapie avanzate che contengono materiali biologici di origine umana, donati volontariamente e senza remunerazione alcuna per fini solidaristici, così perdendo di vista l'obiettivo, insito in una siffatta donazione, di perseguire un interesse pubblico (352-353). In senso analogo già M. TALLACCHINI, *Bodyright*©. *Corpo biotecnologico e diritto*, in *Biblioteca della libertà*, XXXIII, 1998, 147, 21 ss. (la quale rileva l'esistenza di «una forma di commerciabilità dei materiali umani» a livello europeo, «anche laddove una provata trasformazione tecnologica innovativa non sia avvenuta, vale a dire in assenza di brevetto»).

<sup>10</sup> La questione è stata esaminata nel caso statunitense *Greenberg v. Miami Children's Hospital Research Institute*, sul quale v. *infra* par. 4.

<sup>11</sup> Il tema è stato affrontato nel noto caso *Moore v Regents of the University of California*, su cui v. *infra* par. 4.

<sup>12</sup> Per una ricognizione delle principali norme in materia v. G. ALPA, G. RESTA, *Le persone e la famiglia. Vol. 1: Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in R. SACCO (dir.) *Trattato di Diritto Civile*, Torino, 2019, 419 ss. A titolo esemplificativo, è possibile richiamare tra le fonti più rilevanti, seppur non vincolanti, il Codice di Norimberga del 1947, la Dichiarazione di Helsinki sui principi etici per la ricerca biomedica che coinvolge gli esseri umani del 1964 e successivi aggiornamenti, la Dichiarazione UNESCO sul genoma umano del 1997 e sui dati genetici umani del 2003. A queste si aggiungono alcune norme europee (la Carta dei diritti dell'UE e le norme europee di diritto derivato, quali ad esempio, il regolamento in materia di sperimentazioni cliniche di medicinali per uso umano n. 536/2014/UE o con dispositivi medici n. 2017/745/UE, nonché sulla protezione dei dati personali n. 2016/679/UE, ovvero la Direttiva 98/44/CE sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche); internazionali pattizie (la Convenzione di Oviedo e i suoi Protocolli addizionali, tra cui quello sulla ricerca biomedica del 2005, nonché la raccomandazione del Comitato dei Ministri su materiali biologici di origine umana CM/Rec(2016)6); e interne (ad esempio, il decreto legislativo 14 maggio 2019, n. 52, di riassetto della disciplina in materia di sperimentazione clinica o il decreto ministeriale 15 novembre 2015, con riguardo alla donazione del sangue cordonale per scopi di ricerca, ovvero la legge 10/2020 che disciplina il consenso all'uso del cadavere per fini di studio, formazione e ricerca, nonché il codice della privacy e della proprietà industriale o le autorizzazioni generali del Garante Privacy in tema di trattamento di dati genetici e relativi alla salute per scopi di ricerca scientifica).



La disciplina europea volta a definire norme sulla qualità e sicurezza per la donazione di sangue<sup>13</sup>, tessuti e cellule umane<sup>14</sup> non offre alcuna indicazione a riguardo, dal momento che il suo ambito di applicazione è circoscritto soltanto all'uso terapeutico di tali materiali, affinché essi non rechino alcun rischio alla salute della persona ricevente<sup>15</sup>. Al contempo, anche le fonti interne non regolano la fattispecie, limitandosi ad affidare all'Istituto Superiore di Sanità (che non vi ha ancora provveduto) il compito di introdurre dei criteri omogenei per l'impiego in attività di ricerca dei campioni acquisiti nel corso di precedenti attività sanitarie o a qualunque titolo detenuti dalle strutture autorizzate alla conduzione di sperimentazioni di medicinali per uso umano<sup>16</sup>.

Lo scopo del presente lavoro, allora, è quello di approfondire le regole a governo della donazione non terapeutica di parti e prodotti del corpo prelevati da persona vivente, prendendo in esame, in particolare, la possibilità dell'individuo di destinare le cd. parti anatomiche riconoscibili, vale a dire gli arti superiori o inferiori (o parti di essi), amputati per cause accidentali o terapeutiche<sup>17</sup>, all'avanzamento delle conoscenze medico-scientifiche nell'interesse della collettività. L'intensità del rapporto identitario che lega la persona a tali reperti anatomici impedisce, infatti, una piana assimilazione concettuale di questi ultimi a un mero scarto privo di interesse per il paziente e assoggettabile alla comune disciplina in materia di residui post-operatori<sup>18</sup>. Lo stretto rapporto di appartenenza che continua a sussistere tra la persona e queste parti separate del suo organismo emerge, infatti, oltre che da cospicui

<sup>13</sup> Direttiva 2002/98/CE che stabilisce norme di qualità e di sicurezza per la raccolta, il controllo, la lavorazione, la conservazione e la distribuzione del sangue umano e dei suoi componenti e che modifica la direttiva 2001/83/CE.

<sup>14</sup> Direttiva 2004/23/CE 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.

<sup>15</sup> Cfr. Cons. 1 e art. 1, Dir. 2002/98/CE; Cons. 2 e art. 1, Dir. 2004/23/CE. La direttiva da ultimo richiamata precisa espressamente, al considerando 11, che essa «non disciplina la ricerca che fa uso di tessuti e cellule umani, ad esempio per fini diversi dall'applicazione al corpo umano, come la ricerca in vitro o su modelli animali. Solo le cellule e i tessuti che, nel corso di esperimenti clinici, sono applicati al corpo umano dovrebbero corrispondere alle norme di qualità e sicurezza di cui alla presente direttiva». Sul punto, v. G. FERRANDO, *Diritto e scienza della vita. Cellule e tessuti nelle recenti direttive europee*, in *Famiglia*, 6, 2005, 1157 ss.

<sup>16</sup> Art. 3, co. 13-bis, D.lgs. 6 novembre 2007, n. 200, introdotto col D.lgs. 14 maggio 2019, n. 52, ai sensi della Legge 11 gennaio 2018, n. 3, che ha delegato il Governo al riassetto e riforma della normativa in tema di sperimentazione clinica dei medicinali per uso umano nel rispetto del Regolamento (UE) n. 536/2014.

<sup>17</sup> Sulla definizione di parti anatomiche riconoscibili v. art. 3, co. 1, lett. a, D.P.R. 254/2003: «Si definiscono: a) parti anatomiche riconoscibili: gli arti inferiori, superiori, le parti di essi, di persona o di cadavere a cui sono stati amputati».

<sup>18</sup> La gestione dei rifiuti prodotti dal settore sanitario, inclusi parti anatomiche, organi, sacche per il plasma e riserve di sangue legati al trattamento, diagnosi e prevenzione delle malattie umane, così come individuati nell'Elenco Europeo dei Rifiuti (EER) di cui alla decisione della Commissione 2014/955/UE, riportando i codici 180102 e 180103, è regolata a livello comunitario dalla Direttiva 2008/98/CE e successive modifiche. In ambito nazionale, la materia è disciplinata dal D.lgs. 152/2006 (TU Ambiente), parte IV, che qualifica i rifiuti sanitari come speciali (art. 184, co. 3, lett. h), rinviando (v. art. 227) alla disciplina specifica già introdotta dal D.P.R. 254/2003, il quale distingue i suddetti rifiuti in sei tipologie (non pericolosi, assimilati ai rifiuti urbani, non a rischio infettivo, a rischio infettivo, richiedenti particolari modalità di smaltimento e da esumazioni ed estumulazioni), ciascuna con una precisa modalità di gestione e smaltimento.

rilievi di ordine psicologico<sup>19</sup>, proprio dal Regolamento nazionale in materia rifiuti sanitari<sup>20</sup>, il quale non destina alle ordinarie procedure di smaltimento gli arti amputati, ma dispone, invece, che essi siano sepolti o cremati a cura della struttura presso la quale è avvenuto l'intervento chirurgico di asportazione o che ha in cura la persona interessata<sup>21</sup>, salvo che quest'ultima richieda di provvedervi da sé con altre modalità<sup>22</sup>. Il Regolamento stesso nulla dice, tuttavia, in ordine all'eventuale volontà dell'individuo di destinare gli arti amputati ad attività scientifiche di studio e di formazione biomedica, da cui né il donante né altri pazienti trarranno alcun diretto beneficio per la salute. La peculiare fattispecie rimane, dunque, del tutto priva di regolamentazione, nonostante il suo indubbio rilievo al fine di incrementare gli strumenti di cui potrebbe avvalersi la ricerca<sup>23</sup>.

Nelle pagine che seguono ci si propone di esaminare questa ipotesi di donazione solidaristica del proprio sé fisico, verificando – anche attraverso l'ausilio offerto dal raffronto con altri ordinamenti giuridici – se, alla luce dell'attuale normativa interna in materia di atti di disposizione del corpo, vi sia spazio per la destinazione alla scienza degli arti amputati da persona vivente e quali garanzie, in tale ipotesi, tutelino l'autodeterminazione del disponente. A tal fine, la trattazione sarà strutturata secondo il seguente ordine. Nella prima parte dello studio, si indagherà il fondamento e il limite del diritto del singolo di disporre del proprio sé fisico<sup>24</sup>. La ricerca metterà in luce l'esistenza di alcuni saldi principi, costituzionali ed europei, i quali forniscono all'interprete una sicura base normativa di riferimento in tema di donazione del corpo e delle sue parti, per scopi terapeutici di trasfusione e trapianto, ovvero

<sup>19</sup> Numerosi studi (cfr. ad esempio, S. DUNNE, L. COFFEY, P. GALLAGHER, D. DESMOND, N. RYALL, *Beyond function: Using assistive technologies following lower limb loss*, in *Journal of Rehabilitation Medicine*, 47, 6, 2015, 561; C.S. CRAWFORD, 'You don't need a body to feel a body': Phantom limb syndrome and corporeal transgression, in *Sociology of Health and Illness*, 35, 3, 2012, 434) rilevano che coloro i quali subiscono un'amputazione continuano a percepire come proprio l'arto staccato e a usare, per riferirsi a quest'ultimo (e non alla protesi), un pronome possessivo, così estendendo il confine del corpo al di là di ciò che è unito insieme dall'«involucro della pelle» (P. ZATTI, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, *Nuova giur. civ. comm.*, 1, 2007, 6) per includervi anche delle parti ormai materialmente disgiunte.

<sup>20</sup> D.P.R. 15 luglio 2003, n. 254.

<sup>21</sup> Art. 3, comma 3, DPR 15 luglio 2003, n. 254.

<sup>22</sup> Art. 3, comma 4, DPR 15 luglio 2003, n. 254.

<sup>23</sup> Solo una legge regionale della Lombardia, ormai abrogata, riconobbe al cittadino che avesse subito l'amputazione di un arto la facoltà di decidere se donare eventuali parti anatomiche per finalità di studio, ricerca o insegnamento, ovvero richiederne la sepoltura (Art. 71(3), Testo Unico delle leggi regionali in materia di sanità (L. reg. 30 dicembre 2009, n. 33), così come modificato dall'art. 1, Legge regionale Lombardia 4 marzo 2019, n. 4. La disposizione è stata poi abrogata con art. 17, L. reg. 6 agosto 2019, n. 15). Si trattò, ad ogni modo, di una previsione assai sintetica e parecchio ambigua, sulla quale venne sollevata anche una questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost., in quanto ritenuta materia di esclusiva competenza statale. Il Governo ritenne, infatti, che lo Stato avesse già esercitato la propria competenza legislativa nella suddetta materia (attraverso il DPR 10 settembre 1990, n. 285, Regolamento di polizia mortuaria e la legge, allora ancora in fase di approvazione, in materia di disposizione del corpo *post mortem* a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica) disciplinando – tra le ipotesi di atti altruistici di disposizione del corpo per fini scientifici o di insegnamento – il solo consenso all'uso del cadavere e non anche di parti anatomiche amputate da persona vivente (cfr. Corte Cost., sentenza n. 180 del 9/07/2020, par. 2.1, in fatto). La questione non fu esaminata dalla Corte Costituzionale, la quale si limitò a dichiarare estinto il processo con riguardo alla disposizione in oggetto, data la cessazione dell'efficacia di quest'ultima nelle more del giudizio, su iniziativa dello stesso legislatore regionale (cfr. Corte Cost., sentenza n. 180 del 9/07/2020, par. 3.1-3.2, in diritto).

<sup>24</sup> *Infra*, par. 2.

scientifici. L'analisi si soffermerà, inoltre, sulle garanzie poste a salvaguardia della salute e dell'autodeterminazione della persona che fa dono di sé alla scienza<sup>25</sup>, tenendo in considerazione, in particolare, la necessità di bilanciare l'interesse del donatore al controllo delle parti e prodotti che originano dal suo corpo e quello concorrente dei ricercatori a favorire l'uso e la circolazione dei suddetti materiali biologici, per contribuire al progresso della ricerca biomedica<sup>26</sup>. Una volta ricostruita, nelle sue linee essenziali, l'impalcatura concettuale e normativa che fa da sfondo agli atti di disposizione del proprio sé fisico per fini solidaristici di formazione e ricerca, la seconda parte del lavoro argomenterà in favore della liceità della donazione *inter vivos* di parti anatomiche amputate a una struttura beneficiaria<sup>27</sup>, individuando, in via analogica, i requisiti propri del consenso manifestato dal donante<sup>28</sup>.

## 2. Il diritto di disporre del corpo e delle sue parti staccate: fondamento e limiti

L'indagine diretta a verificare la possibilità di donare le proprie parti amputate allo studio e alla ricerca scientifica richiede una necessaria riflessione preliminare in ordine al fondamento, al contenuto e ai limiti della facoltà di ciascuno di disporre del proprio sé fisico. La questione è controversa e la sua soluzione è strettamente intrecciata al modo in cui s'intende il rapporto tra la persona e il proprio corpo. Secondo una risalente linea di pensiero, sarebbe configurabile una proprietà del singolo sul proprio sé<sup>29</sup>, avente a oggetto l'intero suo corpo vivente ovvero – stando a un orientamento a lungo prevalente in dottrina<sup>30</sup> e giurisprudenza<sup>31</sup> – le sole parti anatomiche da esso materialmente disgiunte. Una tale teorica incline all'estensione delle tradizionali categorie civilistiche patrimoniali anche alle

<sup>25</sup> *Infra*, par. 3.

<sup>26</sup> *Infra*, par. 4.

<sup>27</sup> *Infra*, par. 5.

<sup>28</sup> *Infra*, par. 6.

<sup>29</sup> L'antica concezione dello *ius in re ipsum*, secondo cui esiste un diritto sulla propria persona, ha trovato tra i suoi sostenitori Carnelutti, il quale vi aderì convintamente, superando la contraddizione insita nell'impossibilità di considerare l'individuo al contempo persona-soggetto di diritto e cosa-oggetto del diritto medesimo, distinguendo tra persona, quale «spirito considerato in libertà di forma (o dal corpo in altre parole)» e uomo-cosa, cioè un'entità materiale di cui la persona è il titolare (*Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, 206; *Id.*, *Problema giuridico della trasfusione del sangue*, in *Foro It.*, 63, 1938, 89 ss.).

<sup>30</sup> Si è, infatti, autorevolmente sostenuto che la parte staccata del corpo umano fosse qualificabile come cosa da ritenersi presuntivamente abbandonata, la cui proprietà potesse essere acquistata da terzi a titolo originario mediante occupazione (così, C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, Milano, 1978, 163); ovvero che il fatto del distacco determinasse *ex se* un immediato sorgere della proprietà in capo alla persona da cui la parte distaccata deriva (così, A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano, 1982, 178 e anche F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1964, 52, il quale considera il distacco assimilabile alla creazione di un'opera dell'ingegno, da cui consegue l'acquisto a titolo originario del diritto d'autore). Tali tesi sono state ampiamente e puntualmente discusse e criticate da chi ha sostenuto, invece, che la proprietà sulla parte staccata fosse acquistabile a titolo originario dalla persona da cui la parte medesima origina al momento della separazione, secondo la disciplina della fruttificazione (così, G. CRISCUOLI, *L'acquisto delle parti staccate del proprio corpo e gli artt. 820 e 821 c.c.*, in *Dir. Fam. Pers.*, 1985, 266 ss.).

<sup>31</sup> Cfr. Trib. Napoli 14-03-1972, *Dir. e giur.*, 1972, 394 ss. ove il Collegio sostiene che, all'atto del distacco, la persona da cui la parte staccata origina ne acquista la proprietà e possa, dunque, lecitamente disporne, benché non sia ammissibile – trattandosi di parte incommerciabile, alla stregua di quanto previsto dall'art. 8 L. 235/1957 per le parti distaccate da cadavere – un acquisto della proprietà da parte di terzi per occupazione.

vicende che interessano l'uomo e la sua corporeità<sup>32</sup> si fonda sull'alterità tra l'essere umano e la sua dimensione fisica che, lungi dall'identificarsi con la persona stessa fino a confondersi con essa, degrada, piuttosto, a mera cosa. Alla stregua di ogni altra *res* patrimoniale, infatti, anche il corpo (nella sua interezza o con riferimento alle sole parti staccate che dal corpo stesso originano) sarebbe oggetto di un diritto soggettivo suscettibile di circolare sul mercato, a titolo gratuito o oneroso, mediante atti dispositivi, vale a dire negozi giuridici traslativi, modificativi o abdicativi che comportano per il titolare la perdita o la diminuzione della sua proprietà<sup>33</sup>.

I segni inequivoci di una siffatta impalcatura concettuale si scorgono nitidamente nel sottotesto<sup>34</sup> dell'unica norma codicistica vigente che disciplina gli atti di disposizione del corpo, i quali, ai sensi dell'articolo 5 c.c., sono vietati solo quando cagionano una diminuzione permanente dell'integrità fisica, rimanendo pienamente validi, invece (in linea con la prassi e gli orientamenti giurisprudenziali coevi all'adozione del testo<sup>35</sup>), se rispettosi degli ordinari criteri di liceità del contratto di cui all'art.

<sup>32</sup> Le note categorie ottocentesche dell'autonomia privata e della proprietà hanno, infatti, inizialmente assistito i giuristi nell'opera di sistematizzare le situazioni soggettive non patrimoniali che investono la persona umana nella sua dimensione fisica, carenti di una specifica disciplina in seno alle codificazioni del diciannovesimo. Sia consentito, in questa sede, rinviare agli approfonditi studi in materia di P. ZATTI, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, cit.; G. CRICENTI, *I diritti sul corpo*, Napoli, 2008; C. CASTRONOVO, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Eur. e Dir. Priv.*, 2009, 87 ss.; L. NIVARRA, *Autonomia (bio)giuridica e tutela della persona*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2009, 719 ss.; S. RODOTÀ, *Il nuovo Habeas Corpus. La persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di) *Ambito e fonti del biodiritto*, in *Trattato di biodiritto*, cit., 169 ss.

<sup>33</sup> Sul concetto di atto di disposizione nella dottrina tedesca, la quale concepì l'atto in questione come produttivo di effetti modificativi, traslativi o estintivi immediati, e italiana che attribuì, invece, a un atto siffatto effetti obbligatori, si veda L. MENGONI, F. REALMONTE, voce *Atto di disposizione*, in *Enc. Dir.* XIII, Milano, 1964, 189.

<sup>34</sup> È esplicita, in tal senso, la Relazione della Commissione Reale al progetto di riforma del Codice Civile, Libro I (Roma, 1931, 33-34, consultabile sul sito della Biblioteca Centrale Giuridica, al seguente link [https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/CC\\_26\\_Primo\\_Libro\\_progetto\\_relazione\\_Scialoja\\_1931.pdf](https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/CC_26_Primo_Libro_progetto_relazione_Scialoja_1931.pdf)), ove si legge che la norma del progetto che consente gli atti di disposizione del corpo «non s'ispira al rigore di quei principi per i quali dovrebbero ritenersi prive di effetto tutte le disposizioni che toccano l'integrità del proprio corpo, in base a quelle preoccupazioni aprioristiche per le quali si afferma che il corpo non può essere oggetto di alcun diritto di cui la persona è titolare, essendo esso stesso un elemento essenziale della personalità. Il progetto muove invece dalla considerazione che esistono, anche nel campo del diritto privato, numerosi contratti con cui la persona dispone del proprio corpo più o meno direttamente o indirettamente (contratto di baliatico, di locazione d'opere, contratti di circo)».

<sup>35</sup> All'epoca dell'introduzione del codice civile del 1942, infatti – come si desume dalla relazione che accompagnò il progetto della Commissione Reale (*supra*, nota 34) e, altresì, da quella del Guardasigilli (Roma, 1936, 12, consultabile sul sito della Biblioteca Giuridica Centrale al seguente link [https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/CC\\_42\\_Libro\\_primo\\_progetto\\_relazione\\_Solmi\\_1936.pdf](https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/CC_42_Libro_primo_progetto_relazione_Solmi_1936.pdf)) – le stipulazioni contrattuali onerose aventi a oggetto il corpo umano non erano inusuali, né si ritenne di considerarle nulle, allorché non determinassero una lesione permanente dell'integrità fisica. Ne è un'ulteriore conferma la nota vicenda giudiziaria che mise in luce, al tempo della riforma del codice, l'esigenza di predisporre una disciplina codicistica degli atti di disposizione del corpo sino a qual momento carente, relativa a un giovane che vendette una propria ghiandola sessuale a un facoltoso cittadino americano allo scopo di consentire a quest'ultimo di ottenerne il trapianto (cd. innesto Woronoff) per recuperare la perduta virilità. Nel decidere il caso, il 31 gennaio 1934, la Corte di Cassazione del Regno, seconda sezione penale, rilevò come non potesse giudicarsi contrario alla morale sociale un siffatto negozio per la sola pattuizione di un compenso (*Il Foro Italiano*, 59, 1934, 163, con nota di Arangio-Ruiz, *Contro l'innesto Woronoff da uomo a uomo*). L'atto dispositivo fu, dunque, ritenuto idoneo a escludere il reato di lesioni personali imputato ai chirurghi, in quanto validamente manifestato e idoneo ad alterare in maniera

1343 c.c., vale a dire la legge, l'ordine pubblico e il buon costume. Il richiamo alla disciplina contrattuale svela, infatti, un'implicita assimilazione del corpo umano a un bene oggetto di diritti patrimoniali, il cui esercizio è interamente rimesso all'autonomia dei privati<sup>36</sup>, ai quali – come si evince dai lavori preliminari all'adozione del codice civile<sup>37</sup> – è fatto divieto di porre in essere negozi permanentemente lesivi dell'integrità fisica sol perché tali da configurare un abuso del diritto soggettivo vantato da ciascuno sul proprio sé, precludendo all'individuo l'adempimento dei doveri sociali verso la famiglia e lo Stato. Il divieto si pone, dunque, in perfetta continuità con una visione proprietaria del rapporto tra il singolo e il suo corpo, il quale è così definitivamente asservito al perseguimento di una funzione sociale<sup>38</sup>.

L'evidente irriducibilità del corpo umano, nel suo insieme e nelle sue singole parti, a una *res* distinta dalla persona impedirebbe, però, secondo una differente prospettiva<sup>39</sup>, l'adozione del paradigma tradizionale appena descritto: ciascuno ha, infatti, una costante percezione del proprio organismo, che considera una proiezione stessa del suo essere e non altro da sé<sup>40</sup>. Una tale inestricabile immedesimazione tra l'individuo, la sua identità e il suo fisico palesa l'esistenza di una diversa, intensissima relazione di appartenenza tra l'essere umano, il suo corpo e le parti che da esso derivano la quale, per nulla assimilabile alla proprietà sulle altre *res*, è fondata, invece, sulla naturale sovranità<sup>41</sup> che ciascuno sente di avere soltanto su di sé, quale unità inscindibile, psichica e somatica<sup>42</sup>. Sovranità, quest'ultima, che rinviene una sicura base giuridica nel valore assegnato dalla Costituzione alla inviolabilità della persona e della sua libertà, intesa non soltanto in senso "passivo"<sup>43</sup>, come potere del singolo di opporsi a ogni ingerenza esterna di carattere pubblico o privato sulla sua sfera fisica; ma, altresì, in senso "attivo"<sup>44</sup>, come diritto di autodeterminarsi, operando delle scelte sul proprio corpo decisive per lo

---

permanente la funzione sessuale del disponente, impendendogli «l'adempimento dei suoi doveri in rapporto alla famiglia e allo Stato» (Id., 162).

<sup>36</sup> Cfr. G. RESTA, *La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione*, cit., 807; M.C. VENUTI, *Corpo (atti di disposizione del)*, in S. MARTUCCELLI, V. PESCATORE (a cura di), *Diritto Civile*, Milano, 2011, 493; Id., *Atti di disposizione del corpo e principio di gratuità*, in *Dir. Famiglia e delle persone*, 2001, 827 ss.

<sup>37</sup> Così, espressamente, la Relazione del Guardasigilli al progetto definitivo del codice civile, Libro I (cit., 12): «Vietando gli atti di disposizione del corpo che producono una diminuzione permanente dell'integrità fisica si fa in sostanza un'applicazione particolare della norma che vieta l'abuso del diritto, in quanto si considera che la integrità fisica è condizione essenziale perché l'uomo possa adempiere i suoi doveri verso la società e la famiglia».

<sup>38</sup> Cfr. G. RESTA, *op. ult. cit.*, 808.

<sup>39</sup> *Ex multis*, P. PERLINGERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, 183; S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., 179 ss.; P. ZATTI, *op. cit.*

<sup>40</sup> Così, P. ZATTI, *op. cit.*, 6.

<sup>41</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *Il nuovo Habeas Corpus*, cit., 210-217. Nello stesso senso P. ZATTI, *op. cit.*, 12-17. L'Autore precisa, però, che il riconoscimento di una primordiale sovranità dell'individuo sul suo corpo include, altresì, la possibilità dell'individuo stesso di procedere a una disidentificazione di una parte corporale, la quale può divenire una cosa commerciabile, nel limite in cui ciò non sia lesivo della dignità umana: «il governo del corpo può fecondare e comprendere anche le prerogative della commerciabilità di ciò che del corpo è commerciabile; e persino, come si è detto, nello spazio più esterno dell'appartenenza, nell'allontanamento completo della parte staccata dal sé, nel totale estinguersi, per abbandono, di ogni aspetto identitario, assumere le "vesti" – forse non necessarie, ma neppure necessariamente eversive – di una proprietà corporale, in cui il governo si esercita su un singolare oggetto corporeo» (18).

<sup>42</sup> P. ZATTI, *op. cit.*, 9;

<sup>43</sup> Cfr. R. ROMBOLI, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto «attivo» e in quello «passivo»*, in *Foro It.*, 114, 1991, 13 ss.

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

sviluppo della sua personalità<sup>45</sup>, nonché funzionali alla tutela della salute individuale e collettiva, nel rispetto della dignità umana<sup>46</sup>. Nella Carta fondamentale si scorgono, infatti, agli articoli 2, 13 e 32, dei puntuali riferimenti alla libertà di ciascuno di governare il proprio corpo e decidere se autorizzare o meno dei soggetti terzi a oltrepassarne i confini per porre in essere attività tese a favorire il pieno sviluppo della sua persona, sia come individuo sia come membro di una comunità cui è richiesto l'adempimento di reciproci doveri di solidarietà. Da questa prospettiva costituzionalmente orientata, sensibile a guardare alla persona in maniera unitaria, il diritto del singolo sulla propria sfera fisica si inserisce nel novero dei diritti della personalità, incentrati sulla libertà di ogni essere umano di autodeterminarsi rispetto agli attributi connotativi della propria identità, allo scopo di realizzare un assetto di interessi di natura esistenziale, tanto dal carattere autoreferenziale (si pensi, ad esempio, a una modifica dei caratteri sessuali o a una sterilizzazione volontaria) quanto altruistico (come la donazione del proprio materiale biologico per fini di trapianto o di ricerca)<sup>47</sup>.

L'adesione a una siffatta impostazione, oggi prevalente, scardina la portata dell'articolo 5 c.c., il quale appare ormai «una norma “senza diritto” – vale a dire carente di contenuto assiologico, ovvero, più precisamente, governata da valori alieni e incomunicanti con quelli sottesi agli atti che la stessa disposizione è preposta a regolamentare»<sup>48</sup>. L'articolo impone, infatti, un limite anatomico-quantitativo all'autodeterminazione del singolo che – originariamente volto a favorire il perseguimento di superiori

<sup>45</sup> Così, la Corte Costituzionale nella sentenza 22 ottobre 1990, n. 471, la quale, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 696, primo comma, c.p.c., nella parte in cui non consente di disporre accertamento tecnico o ispezione giudiziale sulla persona dell'istante, rileva come una tale limitazione si ponga in contrasto con «il valore costituzionale della inviolabilità della persona costruito, nel precetto di cui all'art. 13, 1° comma, Cost., come “libertà”, nella quale è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo».

<sup>46</sup> Sulla configurazione della dignità umana quale limite ricavato dall'art. 32, secondo comma, Cost., volto non soltanto a proteggere la libertà in senso passivo della persona escludendo ogni ingerenza esterna degradante e inumana sul corpo di quest'ultima contro la sua volontà, ma applicabile, altresì – secondo l'interpretazione fornita dalla Corte Costituzionale nella sentenza 22 ottobre 1990, n. 471 (*supra*) – quale freno alla stessa autodeterminazione della persona e, dunque, alla sua libertà in senso attivo, si vedano le osservazioni di R. ROMBOLI, *op. cit.*, 20-21.

<sup>47</sup> Sulla distinzione tra decisioni che implicano una modificazione della propria sfera corporea in vista della realizzazione di una scelta di tipo autoreferenziale o solidaristico si veda M.C. VENUTI, *Corpo (atti di disposizione del)*, cit., 494. L'autrice esclude dal novero degli atti di disposizione del corpo quelli esclusivamente orientati alla tutela della salute del disponente il quale, nell'ambito di una relazione di cura, acconsente a un trattamento sanitario (in senso conforme, v. G. CRICENTI, *op. cit.*, 169-178). Secondo alcuni autori, però, la categoria degli atti dispositivi della propria sfera fisica potrebbe essere intesa in senso più ampio, includendovi anche il consenso informato ai trattamenti sanitari, nonché il rifiuto dei suddetti trattamenti. Sul punto si vedano le osservazioni di C.M. D'ARRIGO, *Il contratto e il corpo: meritevolezza e liceità degli atti di disposizione dell'integrità fisica*, in *Famiglia*, 2005, 778 ss., 793-795, il quale evidenzia che – in linea con un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 5 c.c. che riduca la portata del divieto di porre in essere atti permanente lesivi dell'integrità fisica – anche il consenso all'atto medico non è lecito sol perché persegue una finalità curativa, ma in quanto effettivamente rispondente alla migliore attuazione della personalità del singolo; nello stesso senso anche S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., 85, il quale chiarisce che «La possibilità di disporre di parti del corpo è divenuta manifestazione specifica di un potere più generale che, per quanto riguarda la salute e gli usi del corpo, ha sottratto la persona al potere del terapeuta, sicché la legittimità di qualsiasi intervento esterno è subordinata al consenso informato dell'interessato che, nella sua manifestazione estrema, può assumere la forma del rifiuto delle cure, anche se ciò può portare alla morte».

<sup>48</sup> C.M. D'ARRIGO, *Trapianto di fegato: una legge inutile e nociva? Alcune riflessioni sulla donazione di organi fra persone viventi*, in *Dir. Fam. Per.*, 3, 2001, 1188 ss., 1196-1997.

interessi statali – mal si adatta a una tavola di valori costituzionali che ruota attorno alla promozione dello sviluppo della persona quale fine prioritario dell’ordinamento. In quest’ottica, anche la scelta di acconsentire a una diminuzione permanente della propria integrità fisica potrebbe essere funzionale alla libera costruzione dell’identità di chi la compie, nonché aderente alla realizzazione di altri interessi statali meritevoli di tutela. D’altro canto, una conclusione siffatta trova riscontro nella stessa legislazione nazionale, la quale ha ripetutamente derogato, in modo esplicito o implicito, al divieto in esame, ammettendo il compimento di atti di disposizione del corpo dagli effetti lesivi irreversibili, allorché strumentali all’affermazione dell’identità sessuale<sup>49</sup> o dell’autodeterminazione procreativa del disponente<sup>50</sup>, ovvero diretti a recare un beneficio immediato alla vita di altri esseri umani<sup>51</sup>. Un’interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione codicistica implica, pertanto, un profondo ridimensionamento dell’operatività del divieto in essa contenuto<sup>52</sup>, il quale – ove non guardato con indifferenza<sup>53</sup>, ovvero declassato a regola di chiusura del sistema operante solo in assenza di ulteriori e più puntuali riferimenti normativi<sup>54</sup> – dovrebbe oggi tendere, piuttosto, a preservare la salute della persona<sup>55</sup>, ampiamente intesa come condizione di completo benessere fisico, mentale e sociale<sup>56</sup>.

L’inadeguatezza dell’articolo 5 c.c. rispetto al rinnovato quadro costituzionale emerge, inoltre, sotto un altro profilo, relativo alla sopravvenuta ambiguità semantica del concetto di disponibilità richiamato dalla regola codicistica. Chi acconsente a una prestazione che coinvolge il proprio corpo esprime, infatti, una volontà tesa alla migliore realizzazione della sua persona, in attuazione di un assetto di interessi stabilito dalla persona medesima e meritevole di tutela in quanto non lesivo della salute e della dignità umana. Valori costituzionali, questi ultimi, che trasmigrano all’interno delle stesse clausole generali dell’ordine pubblico e del buon costume poste dall’art. 5 c.c. come limite all’esercizio

<sup>49</sup> Così, la legge 14 aprile 1982, n. 164, Norme in materia di rettificazione di attribuzioni di sesso.

<sup>50</sup> Il riferimento è alla legge 22 maggio 1978, n. 194, Norme per la tutela sociale della maternità e sull’interruzione volontaria della gravidanza, la quale – come ha chiarito la Cassazione, sezione V penale, nella sentenza 18 marzo 1987 – abrogando espressamente l’art. 522 c.p. che incriminava la procurata impotenza alla procreazione, ha implicitamente riconosciuto la liceità della sterilizzazione volontaria, quale atto dispositivo della funzione procreativa.

<sup>51</sup> Così, la legge 26 giugno 1967, n. 458, Trapianto del rene tra persone viventi, che all’art. 1, ammette, in espressa deroga al divieto di cui all’art. 5, di disporre a titolo gratuito del rene al fine del trapianto tra persone viventi. Negli stessi termini, anche l’art. 1 della legge 16 dicembre 1999, n. 483, Norme per consentire il trapianto parziale di fegato e della legge 19 settembre 2012, n. 167, Norme per consentire il trapianto parziale di polmone, pancreas e intestino tra persone viventi.

<sup>52</sup> Per una approfondita ricostruzione delle diverse proposte interpretative avanzate dalla dottrina cfr. C.M. D’ARRIGO, *op. ult. cit.*; C.M. VENUTI, *Corpo (atti di disposizione del)*, cit.; S. ROSSI, *Corpo umano (atto di disposizione sul)*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile, Appendice di aggiornamento VII*, Torino, 2012, 216 ss.; U. BRECCIA, A. PIZZORUSSO, *Presentazione*, in R. ROMBOLI (a cura di) *Atti di disposizione del proprio corpo*, Pisa, 2007, 9 ss.

<sup>53</sup> G. GEMMA, *Sterilizzazione e diritti di libertà*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1977, 254 ss.; Id., *Costituzione e integrità fisica*, in R. ROMBOLI (a cura di) *Atti di disposizione del proprio corpo*, cit., 55 ss.

<sup>54</sup> C.M. D’ARRIGO, *Autonomia privata e integrità fisica*, Milano, 1999, 333; Id., *Trapianto di fegato*, cit., 1206.

<sup>55</sup> *Ex multis* R. ROMBOLI, *op. cit.*, 16; Id., *Persone fisiche*, in *Commentario Scialoja-Branca, sub art. 5*, Bologna-Roma, 1988, 234 ss.

<sup>56</sup> Così, S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., 85, il quale fa riferimento alla nozione di salute proposta dall’OMS nel preambolo della sua Costituzione, firmata a New York nel 1946, quale «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un’assenza di malattia o infermità».

dell'autonomia negoziale<sup>57</sup>. L'esercizio della libertà dell'individuo di autodeterminarsi rispetto a ciò che inerisce alla sua fisicità ha a oggetto, dunque, degli attributi strettamente inerenti alla personalità del disponente e non comporta alcun trasferimento, modifica o estinzione di un diritto patrimoniale. L'atto di disposizione acquista, così, se riferito al corpo, un nuovo significato, indicando una manifestazione unilaterale<sup>58</sup> di volontà con la quale il disponente acconsente a che egli stesso o terzi possano svolgere talune attività che implicano una qualche ingerenza, diretta o indiretta, nella sua sfera fisica. La permanenza della volontà del dichiarante per tutta l'esecuzione dell'attività autorizzata diviene, inoltre, una condizione necessaria per la validità dell'atto<sup>59</sup>, il quale – espressivo della incomprimibile libertà dell'individuo – è «essenzialmente revocabile dal disponente»<sup>60</sup> che si avveda dell'incapacità dell'atto medesimo di svolgere quella funzione realizzatrice della sua persona che ne costituisce il presupposto di liceità<sup>61</sup>. Il disponente può, dunque, ritirare il consenso prestato senza dover fornire alcuna giustificazione, entro un arco temporale variamente modulabile dalla legge<sup>62</sup> o dal giudice, in considerazione dell'esistenza di altrui interessi meritevoli di tutela coinvolti dalla decisione del singolo<sup>63</sup>. È controverso, tuttavia, se l'atto di disposizione così inteso (vale a dire una dichiarazione di volontà unilaterale, revocabile e priva di contenuto attributivo) possa consentire il valido perfezionamento di contratti di scambio, aventi a oggetto il corpo o le sue parti, quali entità materiali suscettibili di sfruttamento economico<sup>64</sup>. Il coinvolgimento di interessi strettamente inerenti alla sfera personale

<sup>57</sup> Già in questo senso, C.M. BIANCA, *Diritto Civile, I, La norma giuridica - I soggetti*, Milano, 1978, 161.

<sup>58</sup> Alcuni autori rilevano come l'atto di disposizione del corpo possa talvolta perfezionarsi attraverso l'incontro di due volontà. L'ipotesi, in particolare, sarebbe quella della donazione del rene *inter vivos* di cui alla L. 458/1967 nella quale «sembra possibile rinvenire un accordo tra donatore e destinatario. In questa direzione conduce sia la previsione dell'art. 2, c. 1, che parla di atto di disposizione e destinazione a favore di un determinato paziente, sia quella dell'art. 4, ove si subordina l'effettuazione del trapianto al consenso della persona alla quale il rene è stato espressamente destinato dal disponente» (M.C. VENUTI, *Atti di disposizione del corpo e principio di gratuità*, cit., 838). Una ricostruzione siffatta non configura, pertanto, il consenso del ricevente alla stregua di una separata dichiarazione di volontà, espressiva dell'autodeterminazione terapeutica del ricevente medesimo e volta ad autorizzare il trapianto dell'organo prelevato dal donante. Sulla natura unilaterale dell'atto di disposizione del corpo anche nell'ipotesi di donazione del rene *inter vivos*, si rinvia alle convincenti osservazioni di G. FERRANDO, *Il principio di gratuità, biotecnologie e atti di disposizione del corpo*, cit., 771.

<sup>59</sup> A. GALASSO, *Biotecnologie e atti di disposizione del corpo*, in *Famiglia*, 4, 2001, 911 ss., 927.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

<sup>61</sup> G. RESTA, *Autonomia contrattuale e diritti della persona nel diritto dell'UE*, in *Digesto delle discipline privatistiche - sezione civile*, 2013, 92 ss., 100.

<sup>62</sup> Così, ad esempio, nel d.lgs. 24 giugno 2003, n. 211, all'art. 3, lett. e) e nel regolamento (UE) 536/2014 all'art. 28(3) in materia di sperimentazione clinica di medicinali, si prevede che il soggetto possa revocare il proprio consenso informato alla sperimentazione «in qualsiasi momento senza», dunque, anche dopo l'inizio dello studio, senza soffrire alcun pregiudizio. Un limite temporale ragionevolmente più ristretto all'esercizio del diritto di revoca del singolo si trova, invece, nella legge n. 458/1967 in materia di espanto di rene da vivente per fini di trapianto, in cui si prevede, all'art. 2, che esso è revocabile «sino al momento dell'intervento chirurgico», escludendo così l'ipotesi che il donante possa deludere l'aspettativa del ricevente, chiedendo l'autotrapianto del rene espantato.

<sup>63</sup> Così, A. GALASSO (*op. cit.*, 928) il quale chiarisce che i principi della buona fede e dell'affidamento del terzo possono fare da contrappeso alla libera revocabilità del consenso prestato dal disponente. In senso contrario, v. I. RAPISARDA, *Brevi note sullo statuto giuridico del materiale biologico umano*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2017, 2, 625 ss., spec. 640-641.

<sup>64</sup> Sul punto v. M.C. D'ARRIGO, *Il contratto e il corpo: meritevolezza e liceità degli atti di disposizione dell'integrità fisica*, cit.; C.M. VENUTI, *Corpo (atti di disposizione del)*, cit.; G. RESTA, *op. ult. cit.*



dell'individuo, al punto tale da legittimare un'ampia revocabilità della sua promessa, sembrerebbe infatti escludere in radice la possibilità che un istituto volto alla regolazione di rapporti patrimoniali e produttivo di immediati effetti obbligatori tra le parti possa essere usato dal singolo per disporre del suo corpo. La questione pare assumere, tuttavia, una scarsa rilevanza pratica, dal momento che gli spazi per la valida conclusione di accordi che prevedano un uso remunerato della corporeità per soddisfare interessi altrui sono, di fatto, se non del tutto assenti parecchio circoscritti nell'ordinamento interno; e ciò non per ragioni dogmatiche connesse alla assoluta inapplicabilità del contratto nel campo dei diritti della personalità (i quali, com'è noto, possono sviluppare separati profili patrimoniali suscettibili di sfruttamento economico<sup>65</sup> attraverso negozi bilaterali che non privano il disponente di un'ampia facoltà di revoca, salvo eventualmente l'obbligo di risarcire la controparte<sup>66</sup>); né in virtù di una sicura irrilevanza sociale e giuridica delle fattispecie di scambio che coinvolgono il corpo umano o le sue parti: si pensi, ad esempio, agli accordi che prevedono il compimento di attività ludiche o sportive pericolose a pagamento<sup>67</sup>, ovvero il trasferimento dietro corrispettivo di capelli o altro materiale biologico di scarto<sup>68</sup>, della cui liceità non si dubita poiché ritenuti non lesivi della salute e della dignità umana<sup>69</sup>. La ragione alla base della marginalità del contratto in situazioni che implicano una disposizione del corpo da parte del singolo diretta a vantaggio di altri si rinviene, piuttosto, nella vigenza, in Europa, del divieto di fare del corpo stesso e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro<sup>70</sup>; divieto, quest'ultimo che – sancito all'art. 3, comma secondo, lett. c della Carta dei diritti fondamentali

<sup>65</sup> V. ZENO ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, in *Dir. inf.*, 1993, 545 ss.

<sup>66</sup> *Ex multis* Cass. 19 novembre 2008, n. 27506, in *Foro It.*, 132, 10, 2009, 2727 ss.

<sup>67</sup> Così, C.M. D'ARRIGO (*Il contratto e il corpo*, cit., 793-799) il quale evidenzia che anche i contratti che prevedono l'assunzione di un obbligo di *facere* la cui attuazione involge la sfera vitale del soggetto senza determinare una sicura menomazione della sua integrità fisica sono riconducibili alla categoria dei contratti sul corpo in vita: «l'esposizione dell'integrità fisica a un apprezzabile pericolo equivale, in concreto, a disporre della stessa» (798).

<sup>68</sup> La Relazione illustrativa della Convenzione di Oviedo, al paragrafo 133, chiarisce che il divieto di fare del corpo umano in quanto tale una fonte di lucro «does not refer to such products as hair and nails, which are discarded tissues, and the sale of which is not an affront to human dignity». Sulla natura esemplificativa di una tale indicazione, dalla quale sarebbe possibile ricavare una regola generale in base alla quale sono alienabili a titolo oneroso tutti i materiali biologici di scarto, individuabili secondo dei criteri «funzionali o strutturali», volti a evidenziare «l'inutilità del materiale dopo il suo distacco, l'incapacità di incidere negativamente sulla composizione o il funzionamento dell'organismo (anche nelle sue parti), l'irreversibilità dell'operazione di distacco, in certi casi l'utilità o la necessità del distacco medesimo e l'abbandono come sola alternativa all'ipotetica disposizione», v. V. CARREDDA, *Il corpo umano e le sue parti: premesse di una riflessione*, in S. ARU ET AL., (a cura di) *Scritti in onore di Pietro Ciarlo*, Napoli, 2022, 1725 ss., 1734.

<sup>69</sup> S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., 193.

<sup>70</sup> Così, in particolare, G. RESTA, *Autonomia contrattuale e diritti della persona nel diritto dell'UE*, cit.; e più recentemente anche ID., *Personal Identity and European Contract Law*, in *Eur. Rev. Contract Law*, 18, 3, 2022, 205. L'autore rileva, infatti, come il divieto di fare un uso lucrativo del corpo umano e delle sue parti abbia contribuito alla creazione di una pluralità di regimi eterogenei in seno alla categoria dei diritti della personalità. Solo con riguardo ai cd. diritti della personalità «morale», vale a dire relativi agli attributi immateriali tipicamente connotativi dell'identità della persona, come il nome o immagine, infatti, «è il contratto a imporsi quale tecnica dispositiva principale, sia pure con tutte le attenuazioni e le cautele imposte dalla peculiare natura del termine di riferimento oggettivo dell'atto di autonomia» (97). L'operatività del contratto è, invece, esclusa nell'ambito dei cd. diritti della personalità «fisica», vale a dire relativi agli attributi corporei dell'individuo, il cui statuto è incentrato sul principio di gratuità solidaristica e sul consenso revocabile.

dell'Unione europea sulla scia di quanto stabilito dalla Convenzione di Oviedo<sup>71</sup> e presente, altresì, in molte leggi interne in tema di sperimentazioni<sup>72</sup> e trapianti<sup>73</sup> – opera entro un circoscritto ma, al contempo, amplissimo ambito in cui appare assai elevato il rischio di ledere la dignità della persona, qual è quello della medicina e della biologia<sup>74</sup>. Il progresso della scienza e della tecnica in tale settore ha dischiuso, infatti, non soltanto nuove opportunità di cura per l'individuo, ma anche inedite occasioni di uso da parte di terzi (pazienti, ricercatori o industrie) delle singole componenti che formano l'organismo umano, le quali possono essere ora separate, studiate, etichettate, manipolate per fini terapeutici, scientifici o sperimentali<sup>75</sup>. La sottrazione a ogni logica di profitto degli atti con cui il singolo dispone di sé a vantaggio, diretto o indiretto, dell'altrui salute mira a evitare, pertanto, che la scelta di impiegare a tal fine il proprio corpo sia guidata da mere regole di commercio, al punto tale da indurre l'individuo a conferire un valore monetario alla sua stessa persona<sup>76</sup>.

Il divieto adesso esaminato modifica ulteriormente la disciplina interna degli atti di disposizione del corpo, la quale – già ampiamente rivisitata in applicazione dei precetti costituzionali – si presenta ora non più unitaria ma bipartita, prevedendo delle regole speciali applicabili alle sole dichiarazioni di volontà che ricadono nel campo della medicina e della biologia<sup>77</sup>. A prescindere dalla maggiore o minore lesività per l'integrità fisica e psichica del disponente, infatti, tali ultimi atti dispositivi possono lecitamente compiersi solo se – oltre a essere sorretti dal consenso revocabile dell'interessato che, in questo caso, deve essere libero e informato<sup>78</sup> – sono privi di un corrispettivo. La gratuità dell'atto con cui si dispone del proprio corpo non opera, però, quale mera alternativa allo scambio oneroso di un bene

<sup>71</sup> Articolo 21, Convenzione su diritti umani e biomedicina, 1997: «È vietato fare del corpo umano o delle sue parti in quanto tali una fonte di profitto».

<sup>72</sup> Cfr. D. Lgs. 211/2003, art. 1, co. 5: «È fatto divieto di offrire, elargire o richiedere incentivi o benefici finanziari per la partecipazione dei soggetti alla sperimentazione clinica, ad eccezione delle eventuali indennità per il volontario sano».

<sup>73</sup> Cfr. L. 458/1967, art. 6 sul trapianto di rene tra persone viventi; L. 107/1990, art. 1, co. 1 e 4 che disciplina le attività trasfusionali relative al sangue umano ed ai suoi componenti e la produzione di plasmaderivati (la stessa previsione è oggi ribadita dalla L. 219/2005, artt. 2, co. 2 e 4); L. 483/1999, art. 1 sul trapianto parziale di fegato; L. 301/1993, art. 1, in materia di prelievi ed innesti di cornea. Si precisa, inoltre, che il requisito della gratuità è stato previsto dal legislatore nazionale anche in materia di atti di disposizione del cadavere: così, l'art. 6-*bis* della L. 91/1999, che disciplina i prelievi e trapianti di organi e di tessuti *post mortem* e, più di recente, la L. 10/2020, art. 7, il quale prevede che l'uso del corpo umano o parti di esso *post mortem* per fini di studio, formazione o ricerca scientifica non può avere fini di lucro.

<sup>74</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., 179 ss.

<sup>75</sup> Cfr. G. RESTA, *Autonomia contrattuale e diritti della persona nel diritto dell'UE*, cit., 97.

<sup>76</sup> Sul punto si rinvia alle attente riflessioni di M.J. RADIN, *Market-Inalienability*, in *Harv. L. Rev.*, 1987, 100, 8, 1849. L'autrice riflette sul fondamento delle "inalienability rules", vale a dire delle regole che impediscono la vendita di taluni "beni" sul mercato, individuandone la giustificazione non in ragioni di efficienza economica – così come suggerito da Calabresi e Melamed nel noto lavoro *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harv. L. Rev.*, 1972, 85, 6, 1089 – bensì connesse, in ultima analisi, alla necessità di consentire il migliore sviluppo della personalità dell'essere umano (1903).

<sup>77</sup> Cfr. G. FERRANDO, *Il principio di gratuità, biotecnologie e atti di disposizione del corpo*, cit., 767.

<sup>78</sup> Così, l'art. 3, co. 2, lett. a) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, il quale – in linea con quanto previsto dalla Convenzione di Oviedo (artt. 16,(1)v) e 19(2)) – estende anche oltre la relazione terapeutica tra medico e paziente il principio del consenso informato, il quale opera quale requisito necessario in qualsiasi attività interferente con la sfera della corporeità (Sul punto, v. G. ALPA, G. RESTA, *op. cit.*, 405). Sulla non perfetta coincidenza tra atti di disposizione del corpo e consenso informato al trattamento medico, v. *supra* nota 47.

che circola altrimenti nel mercato<sup>79</sup>, ma quale autentica manifestazione di solidarietà del singolo verso l'intero consorzio umano, a cui – in maniera del tutto disinteressata e svincolata da possibili, seppur indirette, prospettive remuneratorie<sup>80</sup> – il disponente stesso decide di fare dono di sé, libero da costrizioni economiche che potrebbero coartarne la volontà e indurlo, altresì, a mettere a repentaglio la salute dei soggetti che ricevono il suo materiale biologico. La donazione avviene, pertanto, attraverso una dichiarazione di volontà unilaterale che può avere come unico ritorno per l'individuo la gratificazione conseguita dal prendere attivamente parte alla realizzazione di un fine solidaristico, in attuazione del programma costituzionale<sup>81</sup>.

In estrema sintesi, dunque, l'attuale disciplina interna in materia di atti di disposizione del corpo ricadenti nel campo della medicina e della biologia si fonda sul principio del consenso informato e sulla regola della revocabilità e gratuità della dichiarazione di assenso con cui l'individuo autorizza altri a porre in essere delle attività sul proprio sé fisico. Requisiti di validità, questi ultimi, che operano a salvaguardia dell'autodeterminazione del singolo e ricavabili dai valori di solidarietà, dignità e tutela della salute umana, contenuti nelle norme costituzionali e sovranazionali e, altresì, nelle leggi statali in materia di sperimentazione e donazione terapeutica di cellule, organi e tessuti, che segnano in profondità il contenuto dell'art. 5 c.c., depurandolo definitivamente da ogni reminiscenza proprietaria.

### 3. (Segue) La disposizione del proprio materiale biologico per fini di ricerca

L'atto di disposizione con cui l'individuo acconsente, volontariamente e senza scopo di lucro, al compimento di attività che, ricadenti nel campo della medicina e della biologia, determinano un'interferenza nella propria dimensione fisica può perseguire delle finalità altruistiche eterogenee – terapeutiche o scientifiche – che chiamano in causa interessi differenti, tali da incidere sull'intensità delle garanzie ritenute dal legislatore idonee a salvaguardare la salute e l'autodeterminazione del disponente. Nell'ambito di una donazione di sangue, cellule, organi e tessuti diretta a beneficio di un altro soggetto malato, che accoglierà in sé una parte prelevata dall'altrui organismo è possibile autorizzare, ad esempio – in considerazione della non minore rilevanza del diritto alla salute del ricevente rispetto a quello del donante – anche il compimento di attività non prive di rischi significativi per quest'ultimo e tali da peggiorarne la condizione clinica<sup>82</sup>. L'ampia libertà dell'individuo di disporre di sé a beneficio di altri per scopi terapeutici anche a discapito della sua integrità fisica non si esplica, tuttavia, in maniera incontrollata, stante la presenza di un articolato sistema di garanzie (variamente modulate in funzione dell'invasività della procedura e volte a verificarne la regolarità<sup>83</sup>) che circoscrive l'oggetto e le

<sup>79</sup> S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., 127.

<sup>80</sup> Sulla ricostruzione giuridica e antropologica del dono come scambio v. S. RODOTÀ, *op. ult. cit.*, 124-128; C.M. MAZZONI, *Liberalità e solidarietà nel dono di organi*, in *Belfagor*, 2000, 517 ss.; R.M. TITMUS, *The gift relationship: from human blood to social policy*, Londra, 1970, 53 ss.; i quali richiamano i celebri studi antropologici di Marcel Mauss sul dono nelle società arcaiche.

<sup>81</sup> D. MESSINETTI, *op.cit.*, 505; S. RODOTÀ, *op. ult. cit.*, 120.

<sup>82</sup> Così, le leggi che consentono il trapianto tra persona viventi del rene (L. 26 giugno 1967, n. 458) e il trapianto parziale del fegato (L. 16 dicembre 1999, n. 483), del polmone, pancreas e intestino (L. 19 settembre 2012, n. 167).

<sup>83</sup> A seconda del tipo di donazione terapeutica di parti e prodotti del corpo prelevati da vivente, infatti, potrebbe essere previsto soltanto un controllo di tipo sanitario (così, ad esempio, nel caso della donazione del sangue)

modalità della donazione limitando, altresì, la facoltà del donante di scegliere il soggetto beneficiario delle parti e dei prodotti prelevati dal suo corpo, in ragione della necessità – talvolta ritenuta prevalente dal legislatore rispetto al favorire il libero esercizio dell'autodeterminazione del singolo<sup>84</sup> – di assicurare che il materiale donato sia destinato, secondo criteri di equità, a chi tra i consociati ne ha maggiore bisogno<sup>85</sup>.

Un differente assetto di garanzie opera, invece, nel caso in cui l'atto con cui la persona fa dono di sé sia indirizzato a promuovere il progresso delle conoscenze biomediche. In tali circostanze, infatti – come si evince chiaramente dai principali documenti internazionali che regolano la conduzione di studi che coinvolgono l'essere umano<sup>86</sup> – il diverso peso degli interessi in gioco, tra loro non equiparabili, non consente alcuna compressione del diritto alla salute del donante, né della sua autodeterminazione, in favore delle ragioni della scienza<sup>87</sup>. Nessuna ricerca può, infatti, essere intrapresa sul corpo altrui se foriera di rischi significativi per l'integrità psichica o fisica di colui che volontariamente vi partecipa consapevole di non poterne trarre effetti curativi<sup>88</sup>. Ogni studio sull'uomo deve essere

---

ovvero giudiziale (come nell'ipotesi della donazione del rene). Com'è stato opportunamente precisato, l'eventuale intervento di un soggetto terzo «non si configura come integrativo della volontà, alla stregua di una potestà codecisionale, ma serve invece a verificare l'esistenza delle condizioni prescritte», senza privare il consenso della sua natura di «atto di autonomia, espressione della libertà della persona nelle scelte di natura esistenziale» (G. FERRANDO, *op. ult. cit.*, 782).

<sup>84</sup> Alcune norme in materia di donazione di cellule, organi e tessuti prelevati da vivente per scopi terapeutici richiedono, infatti, espressamente, che la suddetta donazione sia anonima: così, ad esempio, l'art. 2, comma 2, L. 219/2005 in tema di donazione del sangue e la direttiva 2004/23/CE 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 umane, all'art. 14, comma 3; previsione, quest'ultima, trasposta nella legislazione interna, all'art. 14, comma 3, del D.Lgs. 191/2007. La regola dell'anonimato opera, inoltre – seppur implicitamente – nell'ambito delle donazioni terapeutiche di organi e tessuti *post mortem*, le quali introducono un complesso sistema di allocazione del materiale biologico donato gestito da una rete nazionale, sulla base di criteri imparziali volti ad assicurare pari opportunità di accesso a tutti i pazienti in attesa di trapianto: così, l'art. 8, comma 6, L. 91/1999; Protocollo addizionale alla Convenzione di Oviedo n. 186/2002, art. 3. Sul tema, qui soltanto accennato, si rinvia a G. ALPA, G. RESTA, *op. cit.*, 415-416.

<sup>85</sup> CNB, *Parere in merito alla conservazione dell'anonimato del donatore e del ricevente nel trapianto di organi* (27 settembre 2018) visibile su [https://bioetica.governo.it/media/4297/vr\\_p133\\_2018\\_-\\_conservazione-anonimato-trapianto-organi\\_it.pdf](https://bioetica.governo.it/media/4297/vr_p133_2018_-_conservazione-anonimato-trapianto-organi_it.pdf).

<sup>86</sup> Il riferimento è alla Dichiarazione di Helsinki sui principi etici per la ricerca biomedica che coinvolge gli esseri umani del 1964 e successivi aggiornamenti e alla Convenzione di Oviedo per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti dell'applicazione della biologia e della medicina del 1997 e al relativo Protocollo addizionale n. 195/2005. Entrambi tali documenti, pur non vincolanti, operano indirettamente entro il quadro delle fonti nazionali, tanto per opera dei giudici che ne riconoscono la funzione ausiliaria sul piano interpretativo (cfr. Cass. sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748, con riferimento alla Convenzione di Oviedo) quanto dello stesso legislatore, che li richiama espressamente in seno alle norme interne (cfr. D.Lgs. 200/2007, art. 3, comma 3, ove si legge che «Le sperimentazioni cliniche sono realizzate in conformità alla Dichiarazione di Helsinki sui principi etici per le sperimentazioni mediche sugli esseri umani, adottata dall'Assemblea generale dell'Associazione medica mondiale, (1996) e nel rispetto delle norme di buona pratica clinica e delle disposizioni normative applicabili»).

<sup>87</sup> Cfr. Dichiarazione di Helsinki, par. 8: «While the primary purpose of medical research is to generate new knowledge, this goal can never take precedence over the rights and interests of individual research subjects»; Protocollo addizionale n. 195/2005 alla Convenzione di Oviedo, art. 3: «The interest and welfare of the human being participating in research shall prevail over the sole interest of society of science».

<sup>88</sup> Protocollo addizionale n. 195/2005, art. 6, par. 2.

approvato, pertanto, da un organo terzo e imparziale che accerti oltre alla elevata scientificità del progetto, la proporzione tra sacrifici e benefici attesi da quest'ultimo e la sua accettabilità sul piano etico<sup>89</sup>. Il consenso prestato da chi prende parte a una ricerca così autorizzata deve risultare, inoltre, quanto più possibile, un'estrinsecazione inequivoca di un volere maturato dal disponente senza condizionamenti, avendo piena comprensione dei rischi e dei fini dello studio, nonché dell'ulteriore uso che potrebbe esser fatto dei materiali biologici e dei dati personali raccolti nel corso dello stesso<sup>90</sup>. Non è sufficiente, infatti, che la dichiarazione di assenso sia esplicita, documentata e preceduta da un'accurata informazione: occorre verificare, altresì, da un lato, che la volontà di cui essa è espressione si sia effettivamente formata in maniera tale dal permettere all'interessato di prestare liberamente un consenso volto alla realizzazione di un intento genuinamente solidaristico<sup>91</sup>; e, dall'altro lato, che il disponente sia messo nelle condizioni di manifestare una volontà specifica, vale a dire tesa ad autorizzare un preciso soggetto o ente beneficiario al compimento di talune circoscritte attività sul suo corpo e sulle parti e prodotti che da esso derivano, nonché sui dati a questi ultimi associati, per fini puntuali e predeterminati<sup>92</sup>.

Il nucleo duro di tali garanzie si mantiene inalterato anche in quelle ricerche che non prevedono il diretto compimento di atti sanitari sulla persona del donante (come accade, invece, nel consenso a sperimentazioni farmaceutiche o al prelievo di materiale biologico per il suo impiego in studi specifici) ma si svolgono, piuttosto, su campioni identificabili – vale a dire tali da permettere, direttamente o indirettamente, di risalire all'individuo da cui originano – già prelevati per distinte ragioni terapeutiche o scientifiche, ovvero per essere conservati in biobanche, in vista del loro uso in progetti futuri<sup>93</sup>. Anche in tali ipotesi, infatti, grava sui ricercatori tanto l'obbligo di sottoporre lo studio alla preventiva valutazione di un organo indipendente<sup>94</sup>, quanto di chiedere il consenso libero, informato e specifico

<sup>89</sup> Convenzione di Oviedo, art. 16, (i)-(iii); Protocollo addizionale n. 195/2005, artt. 7 e 8.

<sup>90</sup> Convenzione di Oviedo, art. 16, (iv); Protocollo addizionale n. 195/2005, art. 13.

<sup>91</sup> Cfr. G. ALPA, G. RESTA, *op. cit.*, 423.

<sup>92</sup> Convenzione di Oviedo, art. 16, (v); Protocollo addizionale n. 195/2005, art. 14(1).

<sup>93</sup> La Dichiarazione di Helsinki assimila, infatti, la «research on identifiable human material and data» alla ricerca sull'essere umano (par. 1). Allo stesso modo, anche il protocollo addizionale alla Convenzione di Oviedo sulla ricerca biomedica accoglie una nozione ampia di «research involving interventions on human beings in the field of biomedicine», considerando tale non soltanto uno studio che preveda il compimento di interventi fisici sull'uomo, ma anche «any other intervention in so far as it involves a risk to the psychological health of the person concerned» (art. 2). La Raccomandazione del Comitato dei Ministri CM/Rec (2016)6 sulla ricerca su materiale biologico di origine umana prevede, inoltre, che quest'ultima rechi dei rischi minimi per la persona, la sua famiglia o altri soggetti appartenenti al medesimo gruppo di riferimento dell'interessato (art. 4), sia condotta con il consenso libero, informato, esplicito, documentato e specifico dell'interessato (artt. 11 e 22), previa verifica della scientificità, eticità e proporzionalità tra rischi e benefici attesi dallo studio da parte di un organo indipendente che operi in conformità a quanto disposto dal Protocollo addizionale alla Convenzione di Oviedo sulla ricerca biomedica (art. 22).

<sup>94</sup> Cfr. CM/Rec (2016)6, art. 22. Nell'ordinamento interno, una regola analoga si ricava espressamente dal provvedimento n. 146 del 5 giugno 2019 del Garante Privacy, allegato n. 5 (aut. gen. n. 9/2016), ove si prevede che ogni ricerca condotta «con dati raccolti in precedenza a fini di cura della salute o per l'esecuzione di precedenti progetti di ricerca, ovvero ricavati da campioni biologici prelevati in precedenza per finalità di tutela della salute o per l'esecuzione di precedenti progetti di ricerca (...) deve essere effettuata sulla base di un progetto, oggetto di motivato parere favorevole del competente comitato etico a livello territoriale» (§5.2). Inoltre, la stessa previsione è ribadita all'art. 110, comma 1, cod. privacy, nell'ipotesi di ricerca medica, biomedica ed epidemiologica

dell'interessato in ordine alla possibilità di fare un uso secondario del suo materiale biologico<sup>95</sup> che, nonostante il distacco, mantiene con la persona dei legami identitari inscindibili, tali da non diminuire la rilevanza degli interessi del donatore rispetto alle concorrenti esigenze della società e della scienza<sup>96</sup>. Il riconoscimento al singolo di un pieno controllo sul proprio sé fisico, tale da permettergli non soltanto di scegliere se autorizzare o meno interventi che implicino il prelievo di materiale biologico, ma anche di circoscrivere le finalità (terapeutiche o scientifiche) delle attività autorizzate e decidere, altresì, dell'eventuale ulteriore destinazione di quanto ormai separato con il suo consenso dal proprio organismo, ha, tuttavia, un impatto significativo sulla ricerca biomedica. Una siffatta espansione dell'autodeterminazione dell'individuo in questo peculiare ambito riduce, infatti, sensibilmente, il margine di autonomia dei ricercatori nell'uso di cellule, tessuti e dati già in loro possesso, con l'effetto di poter rallentare (se non anche compromettere del tutto) l'andamento di ogni studio e, altresì, condizionare l'utilizzabilità (anche commerciale<sup>97</sup>) dei risultati che ne derivano a una puntuale manifestazione di consenso informato della persona da cui tali materiali biologici furono prelevati. Il tema possiede una indubbia rilevanza pratica, soprattutto in considerazione dell'esistenza di vaste collezioni di campioni biologici umani (e di dati a essi associati) contenuti in istituti o biobanche, dalla cui ampia accessibilità e circolazione dipende il progresso della ricerca biomedica<sup>98</sup>.

---

in cui risulta impossibile o implica uno sforzo sproporzionato informare gli interessati (oppure rischia di rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento delle finalità della ricerca), richiedendo – in aggiunta al parere motivato del comitato etico territoriale – anche una preventiva consultazione del Garante, ai sensi dell'articolo 36 del GDPR. Sulla necessità di interpellare il comitato etico in ogni studio che implichi l'uso di materiale biologico, v. Comitato nazionale di bioetica (CNB), documento 12/2/2009 (*Raccolta di campioni biologici a fini di ricerca: consenso informato*); Centro di coordinamento nazionale dei comitati etici (CCNCE), documento 26/07/2022 (*Ricerca osservazionale: un pilastro nel processo di produzione di conoscenza*); CCNCE, documento 6/04/2023 (*Criticità etiche e normative nel trattamento dei dati personali sanitari nella ricerca osservazionale*).

<sup>95</sup> Cfr. CM/Rec (2016)6, art. 21. Così, anche la Convenzione di Oviedo, la quale all'art. 22 prevede espressamente che «Allorquando una parte del corpo umano è stata prelevata nel corso di un intervento, questa non può essere conservata e utilizzata per scopo diverso da quello per cui è stata prelevata, se non in conformità alle procedure di informazione e consenso appropriate». Sul consenso informato, quale base di liceità per la conduzione di studi aventi a oggetto materiale biologico residuo da precedenti attività diagnostiche o terapeutiche o a qualunque altro titolo detenuto, si veda l'art. 3, comma 13-bis del D.Lgs. 2007, n. 2, così come modificato dal D.Lgs. 14 maggio 2019, n. 52.

<sup>96</sup> G. FERRANDO, *Diritto e scienze della vita*, cit., 1171.

<sup>97</sup> Anche ai fini della brevettazione delle invenzioni biotecnologiche, infatti, può essere necessario dimostrare l'esistenza del consenso dell'interessato. Il legislatore italiano, ad esempio, ha disposto – in discontinuità rispetto a quanto previsto dalla direttiva europea 98/44/CE in materia di protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, la quale considera brevettabile un'invenzione relativa a un elemento isolato dal corpo, senza prevedere l'obbligo di ottenere il consenso informato della persona da cui tale elemento origina – che la domanda di brevetto relativa a una invenzione che ha per oggetto o utilizza materiale biologico umano debba essere corredata dell'espresso consenso, libero e informato, a un siffatto prelievo e utilizzazione, della persona da cui è stato prelevato (così, art. 170-bis, comma 3, del D.Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30).

<sup>98</sup> L'importanza di favorire la circolazione dei campioni biologici tra i ricercatori, anche fuori dai confini nazionali, in modo da consentire il progredire della ricerca biomedica e salvaguardare, al contempo, l'autodeterminazione e la privacy della persona emerge chiaramente in seno alla Raccomandazione del Comitato dei ministri sulla ricerca su materiali biologici di origine umana (CM/Rec (2016)6, art. 18), nonché in seno al GDPR, considerando 53. Sul punto, si rinvia alle riflessioni di G.M. VERGALLO, *Campioni biologici da vivente capace e biobanche di ricerca: raccolta, utilizzo e circolazione*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 1, 2021, 180; L. EUSEBI,

#### 4. (Segue) Il diritto al controllo delle parti staccate del corpo impiegate in attività di ricerca biomedica. Raffronti comparatistici

La questione adesso richiamata ripropone un tema assai delicato e già affrontato a più riprese dalle corti statunitensi in alcuni noti casi giudiziari: vale a dire se sia possibile riconoscere all'individuo un diritto incondizionato al controllo della propria sfera fisica che includa anche le parti e prodotti derivanti dal suo corpo, sia prima che dopo il loro distacco; e ciò a discapito dell'interesse dei ricercatori ad avere facile accesso al materiale biologico umano e col rischio di ostacolare lo sviluppo dell'innovazione biotecnologica a danno del mercato e dell'intera collettività.

Nel caso *Moore v Regents of the University of California*<sup>99</sup>, la maggioranza dei giudici della Corte Suprema della California fu concorde nel ritenere che non fosse opportuno – in assenza di un'esplicita indicazione legislativa in tal senso – imporre agli scienziati, in via giudiziale, l'obbligo di verificare se alla base di ogni campione di cellule umane utilizzato nella ricerca vi fosse un valido consenso informato della persona da cui il suddetto campione origina<sup>100</sup>. Secondo la Corte, infatti, l'imposizione di un tale obbligo avrebbe avuto delle ripercussioni di non poco conto, tanto per coloro che sono direttamente impegnati in attività di laboratorio – i quali sarebbero stati costantemente esposti al rischio di dover rispondere dell'eventuale uso non autorizzato di materiale biologico umano<sup>101</sup> – quanto per l'allora nascente industria biotecnologica, la quale sarebbe stata scoraggiata dall'investire in invenzioni ottenute a partire da cellule e tessuti, senza la certezza di poter acquistare legittimamente la titolarità del diritto al loro sfruttamento commerciale<sup>102</sup>. L'eventuale previsione di un obbligo dei ricercatori di accertare, per ogni studio che fa uso di materiale biologico umano, che la persona da cui quest'ultimo

---

*Diritti fondamentali, biobanche e gestione dei materiali biologici umani*, in A.M. GAMBINO, C. PETRINI, G. RESTA (a cura di) *La ricerca su materiali biologici di origine umana: giuristi e scienziati a confronto*, Roma, 2018, 41 ss.

<sup>99</sup> [1990], 51 Cal. 3d 120. La vicenda riguardò un paziente, John Moore, il quale – a distanza di anni dall'intervento mediante il quale, con il suo consenso, gli fu asportata la milza per ragioni terapeutiche – venne a conoscenza del fatto che il medico che eseguì l'intervento, insieme a un altro ricercatore e con il supporto dell'ospedale universitario ove Moore fu operato, condusse degli esperimenti sulle cellule prelevate dall'organo asportato (e sugli altri campioni prelevatigli nel corso di visite di controllo successive), riuscendo a isolare una linea cellulare dalla quale furono derivati alcuni medicinali, brevettati in accordo con due case farmaceutiche. Il paziente, una volta appresa la vicenda, convenne in giudizio i soggetti coinvolti tanto nello studio quanto nell'uso commerciale dei suoi risultati, lamentando una pluralità di violazioni, tra cui l'inadempimento dei doveri fiduciari nel rapporto medico-paziente e la commissione di un *tort of conversion*, cioè, di un'interferenza nel godimento di un bene di proprietà altrui, senza il consenso del proprietario e con l'intento di sottrarlo a quest'ultimo. La Corte Suprema della California, ribaltando la decisione della *Court of Appeal*, non accolse la richiesta fondata sulla *conversion* – ritenendo, per le ragioni che si esporranno nel testo, che non fosse opportuno estendere l'ambito di operatività di tale illecito civile, che prevede un regime di responsabilità senza colpa o *strict liability*, anche all'ipotesi in esame – riconoscendo invece la responsabilità del medico per violazione del proprio dovere di informazione nei confronti del paziente.

<sup>100</sup> 51 Cal. 3d 147.

<sup>101</sup> 51 Cal. 3d 143.

<sup>102</sup> *Ibidem*. A riguardo, non pare affatto irrilevante che i fatti alla base del caso giudiziario si siano verificati proprio in concomitanza dell'approvazione del *Bayh-Dole Act* (1980) con cui il Congresso consentì alle università e ai privati di ottenere la titolarità dei brevetti delle invenzioni conseguite in ricerche finanziate con fondi federali (sul punto si rinvia alle interessanti riflessioni di J. ROBERTS, *Commentary on Moore v. Regents of the University of California*, in S. MOHAPATRA, L. WILEY, (eds.) *Feminist Judgments: Health Law Rewritten*, Cambridge, 2022, 118 ss., 125).

origina abbia prestato il consenso informato a un tale impiego (e, quale diretta conseguenza, di risarcire quanti non abbiano autorizzato l'uso delle proprie cellule e tessuti) avrebbe dovuto essere introdotta, pertanto, dall'organo politico, data la rilevanza degli interessi in gioco<sup>103</sup>.

Altre due ragioni militarono a favore della decisione di limitare il controllo del singolo sulla propria sfera fisica in favore delle esigenze della ricerca biomedica. La prima è che il riconoscimento a ciascuno del diritto di autorizzare o meno un uso scientifico (anche per fini commerciali) di parti e prodotti separati dal proprio organismo implicherebbe il palese riconoscimento di una proprietà del singolo sul proprio corpo<sup>104</sup>; circostanza, quest'ultima, che – come chiarisce il giudice Arabian nella sua opinione concorrente – indurrebbe a trattare il corpo stesso, «the human vessel – the single most venerated and protected subject in any civilized society – as equal with the basest commercial commodity»<sup>105</sup>. L'idea di fondo, in buona sostanza, è che il diritto al controllo sul proprio materiale biologico – tale da subordinare l'impiego di quest'ultimo alla volontà dell'individuo dal quale tale materiale deriva – fa parte delle tradizionali prerogative proprietarie<sup>106</sup> e il suo riconoscimento in via giudiziale finirebbe per favorire una progressiva mercificazione della persona che (consapevole del valore che il suo corpo ha per la ricerca stessa, nonché per i titolari dei diritti di esclusiva sulle invenzioni che da essa conseguono) potrebbe negoziare il suo consenso in cambio di denaro o della partecipazione agli utili ricavabili dallo studio<sup>107</sup>.

L'altra ragione alla base della decisione assunta nel caso *Moore* si rinviene, invece, nella convinzione – comune alla maggioranza dei giudici della Corte Suprema californiana – che la scelta di sollevare i ricercatori dal dovere di rispondere dell'uso non autorizzato del materiale biologico impiegato in attività di ricerca non avrebbe lasciato del tutto priva di tutela la persona coinvolta a sua insaputa in uno studio

<sup>103</sup> 51 Cal. 3d 147.

<sup>104</sup> 51 Cal. 3d 139-141. Sul punto si vedano le osservazioni critiche di J. WALL, *The Legal Status of Body Parts: A Framework*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2011, 31, 4, 783, il quale rileva come il riconoscimento di alcune facoltà proprietarie (*ownership entitlements*) quale, in particolare, il diritto al controllo del proprio materiale biologico, non coincida *ex se* con il conferimento all'individuo di una proprietà (*property*) sul corpo, così ricomponendo la dissociazione registrata tra la regola che sottrae il corpo dai beni oggetto di un diritto di proprietà nel diritto anglosassone (*no-property rule in the human body*) e le numerose pronunce giurisprudenziali (tra cui il caso *Moore*) che, nel tempo, hanno finito per riconoscere – pur implicitamente – l'esistenza di diritti proprietari sul corpo (786-789).

<sup>105</sup> 51 Cal. 3d 148.

<sup>106</sup> Sulla configurazione della proprietà come “*bundle of rights*”, in cui si intrecciano il diritto di escludere altri dall'interferire con il godimento di un bene, di usare e controllare quest'ultimo, si vedano le riflessioni critiche di S. DOUGLAS, *Property Rights in Human Biological Materials*, in G. IMOGEN, K. GREASLEY, J. HERRING, L. SKENE (eds.) *Persons, Parts and Property: How Should We Regulate Human Tissue in the 21st Century?*, Londra, 2014, 89 ss.

<sup>107</sup> 51 Cal. 3d 149. In senso contrario, si vedano le considerazioni di G. GIAIMO, *La volontà e il corpo*, Torino, 2022. L'autore sostiene che il riconoscimento di un diritto al compenso, cioè la «possibilità di ottenere una remunerazione in seguito alla cessione – regolamentata dalle norme in tema di proprietà e di circolazione dei beni – di materiale biologico» non determini alcuna mercificazione della persona se riferito a un ambito di applicazione circoscritto (qual è quello dei «residui post-operatori; le cellule la cui asportazione non comporta lesioni significative alla persona; quel materiale che viene prelevato in seguito a terapie alle quali è soggetto l'individuo»): «L'idea di fondo è quella per cui un individuo che destini, in piena coscienza e consapevolezza, una parte di sé a un'attività dalla quale altri conseguiranno un beneficio di natura economica possa ricavare, dalla cessione stessa, un compenso per il contributo dato e, nel caso, ottenere un indennizzo per un possibile uso non autorizzato del bene» (203-204).



volto a indagare le proprietà (magari uniche) delle sue cellule<sup>108</sup>. Il mancato riconoscimento di un diritto al controllo sulle parti staccate del corpo non esclude, infatti, che chi venga a conoscenza dell'impiego di queste ultime in attività di ricerca abbia diritto al risarcimento del danno da parte del medico che ha proposto o eseguito l'intervento che ha permesso l'escissione dei suddetti reperti anatomici. La ragione si rinviene nella sicura esistenza di un diritto del paziente a essere messo a conoscenza della presenza di eventuali interessi di ricerca (e, altresì, economici) nutriti dal medico verso il materiale biologico del proprio assistito, prima che quest'ultimo sia prelevato dal suo organismo. Il rapporto fiduciario che lega il professionista al paziente, del resto, impone al primo di palesare al secondo ogni circostanza che possa mettere in dubbio l'obiettività del parere medico, al fine di consentire al paziente stesso di poter manifestare una volontà consapevole in ordine al trattamento sanitario proposto<sup>109</sup>, nonché dichiarare in modo esplicito la sua eventuale opposizione all'uso per fini di ricerca, con o senza scopi lucrativi, del materiale prelevato nel corso dell'operazione<sup>110</sup>. Come ha osservato il giudice Mosk nella sua opinione dissenziente, una soluzione siffatta rischia, tuttavia, di apparire soltanto illusoria sotto almeno due profili. In primo luogo, infatti, potrebbe essere molto difficile per il paziente dimostrare non soltanto di avere subito un danno a causa della incompleta informazione ricevuta dal medico, ma anche provare che nessuna persona ragionevole, se fosse venuta a conoscenza della circostanza omessa, avrebbe acconsentito al trattamento terapeutico<sup>111</sup>; circostanza, quest'ultima, assai improbabile se l'intervento proposto è in grado di recare dei benefici significativi alla salute del malato e, al contempo, l'uso per fini di ricerca di quanto residuo dall'operazione è privo di rischi per la sua integrità fisica<sup>112</sup>. In secondo luogo, una tutela fondata soltanto sulla violazione dei doveri di informazione del medico lascerebbe del tutto privi di protezione giuridica coloro i quali non sono coinvolti in un rapporto fiduciario, qual è quello tipico della relazione di cura, con alcuno dei soggetti interessati all'impiego scientifico e commerciale di cellule e tessuti, prelevati per altre finalità, terapeutiche o di ricerca, con il consenso degli interessati<sup>113</sup>.

L'ipotesi da ultimo delineata fu posta all'attenzione dei giudici statunitensi in un caso successivo, *Greenberg v. Miami Children's Hospital. Research Institute*<sup>114</sup>, in cui i genitori di alcuni bambini affetti da una rara malattia agirono in giudizio nei confronti di un ricercatore e di un istituto di ricerca per aver brevettato una sequenza genetica ricavata dai campioni biologici prelevati dai loro figli e liberamente donati dagli attori ai convenuti per soli fini scientifici, confidando nell'accessibilità al pubblico dei risultati conseguiti. La Corte distrettuale della Florida non esclude la possibilità che anche i ricercatori, nell'ambito di una relazione diretta coi donatori, avessero l'obbligo di ottenere da questi ultimi il consenso informato all'uso del loro materiale biologico per fini scientifici<sup>115</sup>. Negò, tuttavia, che un obbligo siffatto potesse includere, in maniera automatica, il dovere – tipico del rapporto fiduciario che lega il medico al paziente – di informare i donatori stessi dell'interesse degli scienziati a fare un uso

<sup>108</sup> *Id.*, 133.

<sup>109</sup> *Id.*, 147.

<sup>110</sup> *Id.*, 141.

<sup>111</sup> *Id.*, 179.

<sup>112</sup> *Id.*, 180.

<sup>113</sup> *Id.*, 182.

<sup>114</sup> 264 F.Supp.2d 1064 (2003).

<sup>115</sup> *Id.*, 1070.

commerciale dei risultati dello studio<sup>116</sup>: in quest'ultimo caso, infatti, si sarebbe configurato in capo ai singoli un diritto al controllo sul proprio corpo di portata tale da limitare lo sviluppo della ricerca biomedica<sup>117</sup>. In linea con il ragionamento condotto dalla maggioranza nel caso *Moore*, pertanto, la Corte ritenne di non attribuire ai donatori un diritto siffatto – il cui riconoscimento avrebbe coinciso con l'ammettere l'esistenza di una proprietà di questi ultimi sulle parti staccate del proprio corpo – evidenziando come i ricercatori avessero correttamente impiegato i campioni donati soltanto nell'attività di ricerca concordata. L'ulteriore uso commerciale dei risultati dello studio – a parere dei giudici – avrebbe potuto rilevare tutt'al più ai fini dell'accoglimento della domanda attorea di ingiustificato arricchimento, dimostrando che i donatori non avrebbero accettato di sottoporsi alle numerose attività onerose comunque connesse alla conduzione di uno studio su del materiale biologico umano, allorché avessero saputo dell'intenzione degli scienziati di trarne profitto<sup>118</sup>.

Anche nel caso *Greenberg*, pertanto, alla stregua di quanto già deciso dalla Corte Suprema della California, non si dubitò che i ricercatori potessero legittimamente continuare a impiegare, senza il consenso informato del diretto interessato, le parti e i prodotti prelevati dal suo corpo in attività di ricerca con scopi di lucro. Così facendo, però, i giudici statunitensi finirono per riconoscere a dei soggetti terzi, diversi dai donatori, un certo diritto al controllo del corpo umano, una volta che esso fosse divenuto un'entità del tutto autonoma dalla persona, implicitamente ammettendo – nonostante le dichiarazioni di segno contrario dei giudici medesimi – che sul corpo stesso potesse configurarsi una proprietà<sup>119</sup>. Il sottotesto delle pronunce sembra far emergere, in altri termini, l'adesione della giurisprudenza statunitense a un paradigma proprietario, in base al quale, se non i diretti interessati, quantomeno i ricercatori vantano (sulla base di un titolo di acquisto non meglio precisato)<sup>120</sup> un diritto di esclusiva sul

<sup>116</sup> *Id.*, 1072.

<sup>117</sup> *Id.*, 1070-1071.

<sup>118</sup> *Id.*, 1073. Affinché si possa configurare *enjust enrichment*, infatti, occorre che l'attore dimostri che «under the circumstances it would be inequitable for the defendant to retain the benefit without paying for it» (*Id.*, 1072). La Corte ha accolto tale richiesta attorea, quale ha è stata poi oggetto di separato accordo stragiudiziale. Nell'accogliere la domanda di arricchimento senza causa, ad ogni modo, i giudici sembrano mostrarsi aperti a lasciare spazio, in futuro, alla possibilità che le corti considerino «equitable» che i donatori autorizzino l'uso commerciale dei risultati della ricerca condotta sui loro materiali biologici e, altresì, partecipino ai profitti connessi a un uso siffatto (cfr. A.C. LEPSCH, *Greenberg v. Miami Children's Hospital Research Institute*, 3 *GROVE CITY C. J.L. PUB POL'y* 145 (2012), spec. 155).

<sup>119</sup> Cfr., *ex multis*, S. DOUGLAS, *op. cit.*, 102-106; M. QUIGLEY, *Propertisation and Commercialisation: On Controlling the Uses of Human Biomaterials*, in *Modern L Rev*, 77, 5, 2014, 677, spec. 688; G. GIAIMO, *op. ult. cit.*, 188; G. CRICENTI, *op. cit.*, 143 ss.

<sup>120</sup> Con riferimento al caso *Moore*, G. Giaimo ritiene che la *Supreme Court of California* possa essersi rifatta al principio della *occupatio*, quale modo di acquisto della proprietà a titolo originario di una *res derelicta*, che ha consentito al personale sanitario di destinare alla ricerca la parte del corpo altrui, rilevando come il signor *Moore* non abbia mostrato alcun interesse per il suo materiale biologico una volta conclusa l'operazione (*op. ult. cit.*, 182). Un'opinione parzialmente differente è, invece, quella di G. Cricenti, a parere del quale il criterio guida prescelto dalla Corte statunitense per allocare il diritto di proprietà sul suddetto materiale biologico sia stato di segno meramente economico, attribuendo la titolarità delle cellule a chi fosse capace accrescerne il valore di mercato: «Riconoscere la proprietà delle cellule contenute nella milza (o della milza medesima) a Moore avrebbe significato la conseguenza di uno sfruttamento economico ridotto se non inesistente, non essendo capace il paziente di effettuare alcuna forma di commercializzazione o sfruttamento economico di quella sua parte di corpo» (*op. cit.*, 147).

materiale biologico altrui. L'intuizione è confermata, in maniera inequivoca, in un altro caso di poco successivo (*Washington University v Catalona*<sup>121</sup>) in cui la Corte d'appello federale del Missouri riconobbe al centro di ricerca universitario la proprietà sui campioni di cellule e tessuti destinati da alcuni pazienti a uno studio ivi condotto dal dottor Catalona, escludendo che residuasse in capo ai donatori il diritto di controllare tali materiali, chiedendone la restituzione e il trasferimento presso il diverso istituto scientifico ove in seguito prese servizio il suddetto ricercatore. I giudici ritennero, infatti, che i pazienti – acconsentendo per iscritto a prendere parte alla ricerca, previa lettura di una approfondita documentazione informativa – avessero posto in essere un “*inter vivos gift*”, vale a dire un trasferimento volontario di proprietà da parte del proprietario a un terzo, senza alcun corrispettivo o compenso per la cessione<sup>122</sup>. Una volta intervenuta l'accettazione da parte del soggetto beneficiario, i donatori – in conformità agli effetti propri del negozio patrimoniale da loro posto in essere – avrebbero perduto ogni prerogativa dominicale sulle parti staccate del loro corpo le quali, equiparate a ogni altra *res*, divennero definitivamente dell'Università<sup>123</sup>. Al contempo, però, la Corte riconobbe ai donatori stessi il diritto di revocare in ogni momento la loro partecipazione allo studio clinico, con l'effetto di poter conseguire l'immediata anonimizzazione o distruzione dei rispettivi campioni identificabili. Tali limitate prerogative (riconosciute dai giudici se e in quanto previste nel modulo del consenso informato firmato dai soggetti coinvolti nella ricerca<sup>124</sup>) non possiedono, tuttavia, alcuna natura proprietaria, non estendendosi al punto tale da consentire al donante di pretendere la restituzione del materiale biologico e decidere in favore del suo ulteriore trasferimento ad altro istituto di ricerca<sup>125</sup>.

La soluzione prospettata nel caso *Catalona* sembra distinguere tra consenso all'impiego del materiale biologico in attività di ricerca e consenso alla partecipazione a uno studio che implica il trattamento dei propri dati personali, così riflettendo l'alterità tra «la dimensione materiale e la dimensione informativa»<sup>126</sup>, insite in ogni parte del corpo umano e assoggettate, ciascuna, a un regime giuridico proprio. Se infatti, per un verso, manifestando la volontà di destinare alla scienza cellule e tessuti prelevati nel corso di un intervento chirurgico, l'individuo perde il suo diritto di proprietà su quelle parti staccate del suo corpo, per altro verso egli mantiene un limitato controllo di natura non dominicale su queste ultime, consistente nel poter impedire l'ulteriore utilizzo del campione nell'attività scientifiche, pretenderne la distruzione, ovvero richiederne l'anonimizzazione, affinché non siano ricavabili delle informazioni che consentano l'identificazione del donante<sup>127</sup>. La parte staccata del corpo devoluta alla

<sup>121</sup> *Washington University v. Catalona*, 490 F 3d 667 (2007) 8th Cir. (Mo.).

<sup>122</sup> *Id.*, 9: «In addressing this issue, we look to the substantive law of Missouri, which defines an *inter vivos gift* as a voluntary transfer of property by the owner to another, without any consideration or compensation as an incentive or motive for the transaction».

<sup>123</sup> *Id.*, 10.

<sup>124</sup> *Id.*, 11.

<sup>125</sup> *Id.*, 12. I giudici pongono a sostegno della loro decisione di non restituire tali materiali biologici ai richiedenti, anche il fatto che tali tessuti fossero da considerarsi pericolosi o infettivi ai sensi della normativa statale e federale (*Id.*, 13).

<sup>126</sup> M. MACILLOTTI, *Le biobanche: disciplina e diritti della persona*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, 1205-1206.

<sup>127</sup> «The RP [i.e., research participant] is entitled to request his biological materials no longer be used, and under the terms of the brochures (and some of the consent forms as well), the materials would be identified and

ricerca è, dunque, soggetta alle comuni regole proprietarie, ma se ne riconosce infine (seppur in maniera sfumata) la peculiare natura identitaria, prevedendo che la persona dalla quale tale parte origina possa esercitare alcune prerogative sulla stessa, in quanto vettore di dati personali. Prerogative, queste ultime, riconducibili in definitiva al solo diritto del donante di revocare il proprio consenso alla partecipazione a uno studio biomedico, senza conferirgli la facoltà di pretendere il trasferimento ad altro beneficiario del campione né – come chiarito nei casi *Moore* e *Greenberg* – di impedire lo sfruttamento industriale dei risultati dello studio stesso da parte dei ricercatori in mancanza di un'esplicita autorizzazione dell'interessato<sup>128</sup>.

La giurisprudenza statunitense, nel disciplinare secondo il paradigma proprietario la relazione tra l'individuo e le parti separate del suo corpo, pare allontanarsi dall'approccio personalista (talvolta richiamato dalle stesse corti nordamericane<sup>129</sup>) che connota il modello italiano ed europeo<sup>130</sup>. A livello di regole operazionali, tuttavia, la distanza segnata da una siffatta impostazione dominicale finisce per ridursi<sup>131</sup>, posto che i giudici americani assegnano comunque al singolo delle importanti facoltà di controllo sui materiali prelevati dal suo organismo, le quali – sottratte a ogni logica proprietaria – trovano il loro fondamento giuridico nell'esercizio dell'autodeterminazione individuale attraverso il consenso informato, nonché nella necessità di tutelare la riservatezza della persona. D'altro canto, un certo avvicinarsi tra i diversi approcci considerati si registra anche spostando il fuoco dell'attenzione sul modello personalista, così come declinato in ambito europeo. A ben guardare, infatti, non è del tutto preclusa ai ricercatori la possibilità di fare legittimamente uso del materiale biologico umano per scopi scientifici (anche commerciali) senza il consenso informato della persona<sup>132</sup>, il cui fascio di prerogative di controllo sulle parti staccate del suo corpo destinate alla ricerca non si estende, in ogni caso, oltre

---

destroyed upon request. [...] The RPs' subsequent rights to their biological materials were expressly limited to the option to discontinue participation in the study to avoid answering additional questions, donating more biological materials, or allowing their biological materials to be used for further research. Beyond these particular and limited rights, the RPs retained no greater interest with regard to their biological materials. Such rights cannot be equated with or interpreted to include the broad privileges or proprietary interests advocated by the defendants» (*Id.*, 12).

<sup>128</sup> Occorre precisare, tuttavia, che con riguardo alle ricerche finanziate attraverso fondi pubblici, l'attuale legislazione federale che regola la ricerca biomedica, il *Code of Federal Regulation* (CFR), Title 45, Subtitle A, Subchapter A, Part 46 (Protection of Human Subjects), dal 2018 prevede che il consenso informato includa anche «A statement that the subject's biospecimens (even if identifiers are removed) may be used for commercial profit and whether the subject will or will not share in this commercial profit» (45 CFR § 46.116(c)(7)).

<sup>129</sup> Cfr. *Moore v. Regents of the University of California*, cit., 148 (Arabian J's concurring opinion).

<sup>130</sup> *Supra*, parr. 2 e 3.

<sup>131</sup> Sulla riduzione della distanza operativa tra tesi personalista e proprietaria, quale osservazione dalla validità generale, non, dunque, circoscritta al confronto con il solo approccio dominicale della giurisprudenza statunitense, si vedano le riflessioni di G. ALPA, G. RESTA, *op. cit.*, 433.

<sup>132</sup> È possibile, infatti, fare a meno del consenso dell'interessato nei casi previsti dalla legge e allorché informare la persona «risulta impossibile o implica uno sforzo sproporzionato, oppure rischia di rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento delle finalità della ricerca» (art. 110 cod. privacy). In tal caso, il titolare del trattamento deve adottare misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato e il programma di ricerca deve essere oggetto di motivato parere favorevole del competente comitato etico a livello territoriale e sottoposto a preventiva consultazione del Garante ai sensi dell'articolo 36 del Regolamento (*ibidem*). Nello stesso senso, anche provvedimento n. 146 del 5 giugno 2019 del Garante Privacy, Allegato n. 5 (aut. gen. n. 9/2016, §5.3) e Allegato n. 4 (aut. gen. n. 8/2016, §4.11.3), nonché art. 21, co. 2(b), Rec. CM(2016) 6.

la possibilità di revocare la sua partecipazione a un dato studio e ottenere l'anonimizzazione dei campioni già prelevati (i quali potranno, dunque, continuare a essere impiegati in attività scientifiche a sua insaputa) o la loro distruzione<sup>133</sup>, senza poter pretendere la loro restituzione e trasferimento ad altro ente<sup>134</sup>, né la partecipazione agli utili ricavati dal loro impiego<sup>135</sup>.

## 5. La donazione alla scienza di una parte anatomica amputata da vivente

Una volta rintracciati, almeno per grandi linee, il fondamento, il contenuto e i limiti del diritto di disporre del proprio corpo e delle sue parti staccate, è possibile indagare se l'individuo possa destinare a fini di formazione e ricerca scientifica le parti anatomiche riconoscibili amputategli in vita. A tal fine occorre accertare se, nell'ordinamento italiano, una decisione siffatta – priva di qualsiasi ritorno economico per il disponente e tesa alla promozione della ricerca biomedica – rientri nella sfera di autodeterminazione della persona, ovvero esuli da quest'ultima, ricadendo eventualmente nella discrezionalità dei sanitari.

Il punto da cui avviare il ragionamento è l'esistenza in capo a ogni individuo del diritto di disporre del suo corpo, non soltanto nella sua interezza, ma altresì con riguardo alle sue parti staccate, le quali – disgiunte materialmente ma non idealmente dalla persona – sono costitutive dell'identità (non soltanto genetica) di quest'ultima<sup>136</sup>. La peculiare relazione di appartenenza che lega il singolo al proprio sé fisico può estendersi, infatti, anche a dei materiali biologici autonomi, come cellule, organi o tessuti già prelevati dall'organismo umano vivente. Alla stregua di ogni scelta avente a oggetto la propria fisicità, pertanto, anche le decisioni che interessano dei reperti anatomici come gli arti (o parti di essi) amputati costituiscono esercizio dell'inviolabile libertà del singolo di autodeterminarsi rispetto al suo corpo, manifestando una volontà tesa alla realizzazione di un assetto di interessi di natura esistenziale, decisivo per lo sviluppo della sua personalità.

Seppur in modo indiretto, la normativa nazionale pare confermare tale assunto di partenza, riconoscendo alla persona mutilata degli arti superiori o inferiori la facoltà di deciderne la collocazione ultima. Il Regolamento in materia di rifiuti sanitari, infatti, prevede all'art. 3 che chi subisce l'amputazione di una parte anatomica riconoscibile possa decidere, entro quarantotto ore dall'accaduto, se essa debba essere tumulata, inumata o cremata, comunicando tale sua determinazione all'azienda sanitaria locale competente per territorio, attraverso la struttura di cura o ricovero cui si è rivolto<sup>137</sup>. In mancanza di una tale dichiarazione, l'arto è affidato alla struttura stessa, la quale – in conformità a quanto previsto dal regolamento richiamato – non procede allo smaltimento della parte anatomica riconoscibile

<sup>133</sup> Cfr. Rec. CM(2016) 6, art. 13; Garante Privacy, Provvedimento n. 146 del 5 giugno 2019, Allegato n. 4 (aut. gen. n. 8/2016, §4.11.2, comma 3).

<sup>134</sup> Tale soluzione, desumibile dalla previsione della sola anonimizzazione o distruzione del campione quale conseguenza dell'esercizio del diritto di revocare il proprio consenso al trattamento dei dati personali indissolubilmente associati al campione donato alla ricerca, appare, infatti, quella più congrua rispetto alla necessità di bilanciare lo *ius poenitendi* del disponente con l'esigenza di tutelare l'affidamento riposto dai ricercatori o dalla biobanca nella disponibilità e accessibilità del materiale biologico acquisito. In tema, si vedano anche le riflessioni di A. GALASSO, *op. cit.*, 928; G. ALPA, G. RESTA, *op. cit.*, 418-419, 434-436; I. RAPISARDA, *op. cit.*, 659-664.

<sup>135</sup> Sulla gratuità degli atti solidaristici di disposizione del corpo v. *supra* par. 2.

<sup>136</sup> *Supra*, par. 2.

<sup>137</sup> DPR 15 luglio 2003, n. 254, Art. 3, comma 4.

secondo le modalità proprie dei residui post-operatori, ma avvia la stessa a sepoltura o (più comunemente nella prassi) a cremazione<sup>138</sup>.

La regola, tuttavia, se per un verso sembra attribuire una chiara valenza identitaria ad alcuni reperti anatomici – tale da riservare a questi ultimi un trattamento particolare, volto ad assicurare che gli stessi ricevano una degna cremazione o sepoltura nel rispetto della volontà manifestata dal singolo – per altro verso non pare preoccuparsi che la persona appena amputata non sia immediatamente in grado di autodeterminarsi e di comprendere gli effetti del suo eventuale silenzio. La norma non tiene in debito conto, infatti, che la previsione di un termine così breve per esprimere una preferenza circa la collocazione ultima dell'arto potrebbe non essere compatibile con la condizione di malessere fisico e psichico del paziente, il quale – come si desume dall'assenza di ogni precisazione normativa a riguardo – potrebbe non essere stato neppure informato dai sanitari delle opzioni a sua disposizione<sup>139</sup>. Una tale compressione della libertà del singolo di operare delle scelte consapevoli sul proprio corpo potrebbe forse essere giustificata in ragione della necessità di contemperare l'interesse del soggetto con quello della collettività alla corretta gestione di tale materiale organico (dal quale potrebbero derivare dei rischi per la salute), nonché al buon funzionamento delle strutture di assistenza sanitaria che lo hanno in custodia. Se ciò è vero, occorre tuttavia tener presente che all'interno dell'ente ospedaliero vi è la possibilità sia di preservare la parte anatomica dallo stato di decomposizione per un periodo superiore alle quarantotto ore, sia di interloquire con la persona interessata<sup>140</sup> (anche prima dell'intervento operatorio, nel caso in cui le condizioni lo consentano), invitandola a esprimersi, in maniera chiara e esplicita, sulla destinazione da impartire all'arto amputato e rendendola edotta, altresì, delle conseguenze del suo silenzio. D'altro canto, le ipotesi in cui la dignità del paziente sarebbe irrimediabilmente lesa da una decisione sul destino della propria parte anatomica riconoscibile assunta da terzi, senza che il paziente stesso abbia avuto la possibilità di esprimere un volere informato e consapevole, sono molteplici e hanno natura variegata.

Sul punto occorre soffermarsi, in quanto il tema è particolarmente delicato, anche in ragione della possibilità, non infrequente<sup>141</sup>, che la persona, nell'immediatezza dell'amputazione, non abbia la lucidità adeguata per interrogarsi sulla sorte dell'arto, scoprendo solo a distanza di tempo che esso è stato

<sup>138</sup> DPR 15 luglio 2003, n. 254, Art. 3, comma 3.

<sup>139</sup> L'art. 3 del Regolamento in materia di rifiuti sanitari si limita a disporre, infatti, con riguardo alle parti anatomiche riconoscibili, soltanto quanto segue: «Si definiscono a) parti anatomiche riconoscibili: gli arti inferiori, superiori, le parti di essi, di persona o di cadavere a cui sono stati amputati» (comma primo); «Per la sepoltura in cimitero o la cremazione di parti anatomiche riconoscibili, le autorizzazioni al trasporto, inumazione, tumulazione o cremazione sono rilasciate dalla azienda sanitaria locale competente per territorio» (comma secondo); «In caso di amputazione, le parti anatomiche riconoscibili sono avviate a sepoltura o a cremazione a cura della struttura sanitaria che ha curato la persona amputata» (comma terzo); «La persona amputata può chiedere, espressamente, che la parte anatomica riconoscibile venga tumulata, inumata o cremata con diversa modalità. In tale caso la richiesta deve avvenire e deve essere inoltrata all'ufficio preposto della azienda sanitaria locale competente per territorio, attraverso la struttura sanitaria di cura e ricovero, non oltre le 48 ore dall'amputazione» (comma quarto). Il comma primo lettera b) e i commi quinto e sesto riguardano, invece, i resti mortali resti derivanti da attività di esumazione ed estumulazione.

<sup>140</sup> Ovvero, nell'ipotesi in cui il paziente sia temporaneamente o definitivamente incapace di esprimere una volontà consapevole, con il suo legale rappresentante.

<sup>141</sup> Cfr. E. HANNA, *Morbid curiosity? Discussion of the disposal of amputated limbs on online question and answer sites*, in *Digital Health*, 5, 2019, 1.

avviato a sepoltura o cremazione senza il suo consenso informato. Potrebbe accadere, infatti, che la cremazione dell'arto amputato su iniziativa della struttura sanitaria sia contraria al suo credo religioso<sup>142</sup>, ovvero appaia alla stessa insopportabile, a causa di una profonda avversione, a livello psichico, per il fuoco<sup>143</sup>. Da ultimo, anche in assenza di ragioni di ordine spirituale o legate a fobie, il semplice fatto che il paziente non abbia avuto la possibilità di decidere se e come celebrare le esequie di una parte di sé – la cui perdita potrebbe essere avvertita come quella di un congiunto<sup>144</sup> – rischia di essere foriero di ingiustificate sofferenze psicologiche, arrecate senza che vi sia alcuna valida ragione a sostegno e senza considerare che anche stabilire il destino di quel reperto anatomico (alla pari di qualsiasi altra parte del corpo) è una scelta espressione dello svolgersi della personalità individuale<sup>145</sup>. A questo proposito, in via esemplificativa, è utile richiamare quanto accaduto in Oklahoma a una giovane paziente oncologica (Kristi Loyall), la quale chiese ai sanitari la restituzione dell'arto amputato affinché ne fosse operata la scheletrizzazione<sup>146</sup>: la ragazza ritrasse l'arto in diverse foto e video, allo scopo di pubblicarli in rete<sup>147</sup> con l'intento di infondere fiducia, attraverso la sua testimonianza diretta, nei malati di cancro che quotidianamente affrontano le sofferenze connesse alla patologia<sup>148</sup>.

Tale vicenda, indicativa della intensa relazione di immedesimazione che lega la persona a talune parti del suo corpo anche dopo il distacco, dimostra come le parti stesse possano ancora consentire alla persona medesima di realizzare da vivente interessi di natura esistenziale, finanche con effetti benefici per la collettività. Occorre chiedersi, tuttavia, se in seno all'ordinamento italiano l'individuo abbia un pieno diritto di disporre delle parti anatomiche riconoscibili, tale da permettergli di decidere se e come impiegare queste ultime per scopi autoreferenziali o altruistici, ovvero se un diritto siffatto – in conformità all'art. 3 del Regolamento in materia di rifiuti sanitari – si limiti alla possibilità di operare una

<sup>142</sup> Nella tradizione ebraica ortodossa, ad esempio, non è ammessa la pratica della cremazione, né la sottoposizione a “inutili indignazioni” del corpo o della sue parti, alle quali deve essere garantita una celere sepoltura; precetto, quest'ultimo, che riguarderebbe non soltanto il cadavere ma anche l'ipotesi di amputazione degli arti da vivente (sul punto v. D.A. MAPOW, *Do People have ownership over their body and if so, can the state control their ultimate disposition in the interest of public health and safety?*, in *Rutgers J. L. & Religion*, 16, 2014, 114, spec. 126-127; S.H. RESNICOFF, *Supplying human body parts: jewish law perspective*, in *DePaul Law Review*, 55, 3, 2006, 851, spec. 856-857). La comunità musulmana è, altresì, solita seppellire sia il corpo esanime che le parti amputate da persona vivente (cfr. E. HANNA, *Disposalscapes: 'Estranged' limbs after amputation*, in *Body&Society*, 27, 1, 2021, 27, spec. 36-37).

<sup>143</sup> La fattispecie adesso richiamata è stata esaminata dalla Corte d'appello del Kentucky, nel caso *Browning v. Norton-Children's Hospital*, 504 S.W. 2d 713 (1974). I giudici ritennero, tuttavia, irragionevole condannare l'ospedale a risarcire l'attore, rilevando che quest'ultimo si fosse preoccupato della destinazione dell'arto amputato soltanto quattro mesi dopo l'intervento: «Some four weeks after the operation the appellant, for the first time, showed concern for and inquired respecting his lost leg. Can he now condemn the hospital for his own negligence? We think not. A hospital cannot be expected to retain and preserve an amputated extremity indefinitely it might be diseased, infected, a health hazard».

<sup>144</sup> K. SRIVASTAVA, D. SALDANHA, S. CHAUDHURY, V. RYALI, S. GOYAL, D. BHATTACHARYYA, D. BASANNAR, *A Study of Psychological Correlates after Amputation*, in *Med J Armed Forces India*, 66, 4, 2010, 367, spec. 370.

<sup>145</sup> E. HANNA, *op. cit.*, 29, 43.

<sup>146</sup> K. HUGO, *She took her amputated leg home, and you can too*, PBS NewsHour (January 4, 2017) <https://www.pbs.org/newshour/science/took-amputated-leg-home-can>.

<sup>147</sup> La ragazza ha, infatti, aperto un account Instagram seguito da oltre 24.000 followers, “onefootwander”.

<sup>148</sup> Ciò è quanto dichiarato dalla stessa Loyall nel corso di un'intervista rilasciata a CTV News il 27 gennaio 2017 e visibile su <https://www.youtube.com/watch?v=e9d5IGobQHc>.

scelta (seppur non informata e, anzi, desumibile dall'eventuale silenzio dell'interessato) in ordine alla sepoltura o alla cremazione degli arti amputati da vivente.

In assenza di puntuali riferimenti normativi l'articolo 5 c.c., se opportunamente riletto alla luce dei valori costituzionali, sembra ancora la previsione legislativa più pertinente per rispondere al quesito. La norma codicistica, infatti, interpretata in maniera aderente al dettato della Carta che riconosce e garantisce l'invulnerabilità della persona (salvaguardando tanto la facoltà della stessa di opporsi a indebite interferenze sul suo corpo, quanto di governare quest'ultimo in modo funzionale allo sviluppo della sua personalità), pone quale principale limite alla libertà dell'individuo di autodeterminarsi nelle vicende che interessano il proprio sé fisico il rispetto della dignità e la tutela della salute umana<sup>149</sup>; e ciò a prescindere dalla idoneità dell'atto a ledere in maniera permanente o temporanea l'integrità fisica del disponente, che – com'è ovvio – nel caso di specie non sarebbe in ogni caso lesa, data l'avvenuta amputazione dell'arto. Da ciò discende, quindi, la necessità di valutare con attenzione se la volontà manifestata dal disponente sia tesa alla piena realizzazione della sua persona, senza esporla a dei rischi significativi per la sua salute psichica e se, al contempo, la stessa non appaia altrimenti contraria ai valori dell'ordinamento, ovvero rechi un pregiudizio alla collettività. Con riguardo a questi ultimi due punti, è possibile svolgere alcune considerazioni di ordine generale, che prescindono dal singolo atto dispositivo posto in essere dall'individuo. Ogni disposizione circa l'impiego di una propria parte anatomica riconoscibile pone, infatti, tanto il rischio che l'atto possa favorire un uso remunerato del corpo<sup>150</sup>, in potenziale violazione della dignità della persona, nonché (ove la disposizione ricada nel campo della medicina e della biologia) del principio di gratuità che opera quale ulteriore requisito di validità dell'atto stesso, quanto un rischio per la salute pubblica. Ne consegue, quindi, che consentire al paziente di ottenere la restituzione e conservazione dell'arto amputato<sup>151</sup> per la realizzazione di fini

<sup>149</sup> Sul punto, si rinvia a quanto già osservato *supra*, par. 2.

<sup>150</sup> L'ipotesi non è priva di fondamento concreto, posto che le cronache riportano diverse vicende di persone che hanno tentato di sfruttare parti anatomiche amputate per fini di lucro. In North Carolina, ad esempio, una gamba amputata e successivamente mummificata fu accidentalmente rinvenuta da un tale che acquistò all'asta degli oggetti appartenuti alla persona mutilata e che la sfruttò come attrazione a pagamento (C. METZ, *US men wrangle over three-year-old amputated leg*, in *The Register*, October 3, 2007).

In Olanda, un uomo decise di trasformare la sua gamba amputata, trattata con la formaldeide, in una lampada di design, che tentò in seguito di vendere al fine di acquistare, con il ricavato, una protesi all'avanguardia (<https://www.bbc.co.uk/programmes/p0279fm7>). Il diritto olandese, infatti, pur escludendo – in linea con le norme europee – la mercificazione del corpo e la possibilità che esso divenga fonte di lucro, non vieta espressamente alla persona di disporre dell'arto amputato nel senso di scegliere di conservarlo in autonomia, rimettendo così la decisione in ordine alla restituzione ai singoli ospedali (sulla possibilità di ottenere la restituzione delle parti amputate in Olanda, in ragione del diritto di ciascuno di avere il pieno controllo sul proprio corpo v. B. JANSEN, R.I.C. BAART, *Van wie is mijn geamputeerde been? [Who does my leg belong to after amputation? informed consent on amputation of body parts]*, in *Ned Tijdschr Geneeskd*, 1, 2018, 162). L'annuncio pubblicato su una nota piattaforma di *e-commerce* fu però rimosso, in quanto considerato contrario ai termini e condizioni contrattuali che vietano la vendita di parti del corpo umano, a eccezione di oggetti contenti capelli, come medaglioni o parrucche.

<sup>151</sup> Sul punto, si rileva che talune procedure di conservazione del cadavere (come, ad esempio, l'imbalsamazione, per la quale, ai sensi dell'art. 46 del DPR 285/1990, occorre che il sindaco rilasci un'autorizzazione, previa acquisizione della disponibilità di un medico all'operazione richiesta e di due distinte dichiarazioni dei medici – curante e necroscopo – attestanti che la morte non è dovuta a reato) non sono espressamente previste anche per le parti anatomiche riconoscibili.



non meglio precisati, altruistici o egoistici, non è affatto una questione del tutto priva di significativi dubbi in ordine alla sua liceità<sup>152</sup>.

Ciò che occorre, quindi, è un accurato bilanciamento tra la necessità di salvaguardare l'autonomia volitiva della persona con le precauzioni idonee a evitare i rischi appena descritti. Il punto di equilibrio, con ogni probabilità, potrebbe essere rintracciato nella destinazione del reperto anatomico a fini solidaristici consistenti nel promuovere la formazione e la ricerca in ambito biomedico, ove compatibili sia con la personalità del soggetto amputato, sia con le esigenze di natura collettiva. La destinazione dell'arto alla scienza, infatti, ove rimessa alla libera e consapevole volontà della persona interessata – previa verifica che lo studio non rechi alcun pregiudizio per la sua integrità psichica e che il paziente abbia manifestato un consenso informato, non condizionato da alcuna diretta o indiretta prospettiva remuneratoria – realizza un fine meritevole di tutela per l'ordinamento, senza entrare in contrasto con le esigenze di protezione della dignità umana né di salvaguardia della salute pubblica. In altri termini, l'eventuale donazione dell'arto a un centro di ricerca che si impegna a condurre sullo stesso attività scientifiche utili all'avanzamento delle conoscenze biomediche permetterebbe la realizzazione della volontà del disponente attraverso una rete di enti (la struttura sanitaria ove è in cura il donante e il centro beneficiario) in grado sia di trattare la parte anatomica in maniera sicura, senza rischi per chi vi entra in contatto diretto, sia di assicurarne – una volta eseguite le attività autorizzate – l'avviamento a cremazione o sepoltura, nel rispetto del Regolamento in materia di rifiuti sanitari e in conformità alle eventuali indicazioni fornite dal donante medesimo.

## 6. Segue: La dichiarazione di consenso alla donazione

Occorre verificare adesso quali garanzie debbano tutelare la persona che intende donare alla scienza una parte anatomica riconoscibile amputata da vivente. Un siffatto gesto solidaristico, infatti, privo di effetti curativi diretti per il disponente, può validamente realizzarsi solo se – in linea con i principi internazionali che regolano la ricerca biomedica su materiale biologico umano<sup>153</sup> – è sorretto da un consenso libero e informato del disponente, edotto degli obiettivi dello studio e dei fini specifici per i quali l'arto donato (e i dati personali a esso associati) è utilizzato, senza mettere a rischio la salute e la vita privata del donante, dei suoi familiari o di altri soggetti terzi appartenenti al medesimo gruppo biologico di riferimento<sup>154</sup>. È necessario, inoltre, tener conto della peculiarità del materiale biologico donato, le cui elevata valenza identitaria per la persona fa sì che sussista un interesse – del donatore o, in mancanza, dell'ordinamento – a dare a tali reperti anatomici una degna cremazione o sepoltura, nel rispetto del Regolamento in materia di rifiuti sanitari.

In mancanza di una normativa specifica interna applicabile a questa particolare ipotesi di donazione di una parte staccata del corpo, i requisiti del consenso sottostante alla destinazione delle parti amputate ad attività di formazione, studio e ricerca potrebbero essere rintracciati esclusivamente in via

---

<sup>152</sup> Sulla legittimità o illegittimità di siffatte richieste v. D. MAPOW, *op. cit.*; E. HANNA, *Whose limb is it anyway? On the ethics of body-part disposal*, Aeon (13 March 2020), visibile su <https://aeon.co/ideas/whose-limb-is-it-anyway-on-the-ethics-of-body-part-disposal>; E. HANNA, G. ROBERT, *Ethics of limb disposal: dignity and the medical waste stockpiling scandal*, in *J Med Ethics*, 45, 9, 2019, 575.

<sup>153</sup> *Supra*, par. 3.

<sup>154</sup> *Supra*, par. 1, nota 5.

analogica. In particolare, il riferimento più prossimo è sia alle regole in materia di studi clinici su un volontario sano<sup>155</sup>, sia a quella relative al lascito del corpo alla scienza<sup>156</sup>. Entrambe queste normative riguardano, infatti, un atto di disposizione del corpo a fini non terapeutici, mediante il quale l'individuo fa dono del proprio sé fisico nell'interesse della collettività con effetti, rispettivamente, *inter vivos* ovvero *post mortem*. A partire da queste norme, allora, è possibile tentare di ricostruire una disciplina idonea a regolare anche il consenso informato alla donazione alla scienza di parti anatomiche amputate da vivente, di norma destinate alla cremazione o a sepoltura.

In particolare, la normativa in tema di studi clinici condotti sull'essere umano individua le condizioni affinché una persona possa sottoporsi a diverse indagini diagnostiche, funzionali alla valutazione della sicurezza ed efficacia di farmaci o dispositivi medici dai quali né la persona stessa, né altri individui, trarranno alcun immediato vantaggio<sup>157</sup>. Tale disciplina appare rilevante ai fini della presente indagine per una duplice ragione: in primo luogo, perché il consenso a sottoporsi a una sperimentazione su volontari sani (o su pazienti non portatori della patologia per la quale è condotta la ricerca) risponde perfettamente alla logica del dono solidaristico che caratterizza anche la scelta di destinare ad attività di studio, formazione e ricerca biomedica le parti staccate del corpo; in secondo luogo perché, come

<sup>155</sup> La disciplina italiana in materia di studi clinici su volontario sano rinviene la sua fonte principale in seno alla regolazione delle sperimentazioni cliniche, la quale si compone di numerose norme, anche di fonte internazionale e di diritto europeo, assai cospicue soprattutto con riguardo al settore della sperimentazione farmaceutica. Quest'ultima normativa costituisce, in particolare, la base di riferimento anche per la regolazione di altri tipi di studi clinici, come quelli sui dispositivi medici, del pari regolati dal legislatore europeo e nazionale (così, il regolamento (UE) 2017/745 sui dispositivi medici e il D. Lgs. 5 agosto 2022, n. 137 che ha adeguato a quest'ultimo la normativa nazionale, cioè, il D. Lgs. 46/97 e il D. Lgs. 507/92, così come modificati dal D. Lgs. 37/2010). Tra le fonti interne principali in tema di studi clinici su volontario sano rientrano, pertanto, il D. Lgs. 211/2003, così come aggiornato dalla L. 3/2018 e dal D. Lgs. 52/2019 in attuazione del Regolamento (UE) n. 536/2014 sulla sperimentazione clinica di medicinali per uso umano; il D.M. Salute 12 maggio 2006 che prevede i requisiti minimi per l'istituzione e l'organizzazione e il funzionamento dei Comitati Etici per le sperimentazioni cliniche dei medicinali; il DPR 21 settembre 2001, n. 439 (Regolamento di semplificazione delle procedure per la verifica e il controllo di nuovi sistemi e protocolli terapeutici sperimentali), art. 11. A queste fonti si aggiungono anche le linee guida per la buona pratica clinica elaborate da alcuni enti come l'EMA (Agenzia europea per la valutazione dei medicinali), l'AIFA (Agenzia italiana del farmaco) – si veda, ad esempio, la Determina 19 giugno 2015, n. 809 (Determina inerente i requisiti minimi necessari per le strutture sanitarie, che eseguono sperimentazioni di fase I di cui all'articolo 11 del DPR 349/2001) – o IRCCS (Istituti di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico), nonché gli atti dei Comitati etici, i quali esprimono un parere preventivo vincolante sugli aspetti etici e scientifici delle sperimentazioni cliniche al fine di garantire e tutelare i diritti, la sicurezza e il benessere delle persone coinvolte nello studio. Per un'analisi ragionata delle principali fonti in materia v. E. PALERMO FABRIS, *La sperimentazione clinica: profili giuridici*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di) *I diritti in medicina*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (dir.) *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2011, 659.

<sup>156</sup> La 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.

<sup>157</sup> Occorre precisare, però, che anche in seno alle sperimentazioni cd. terapeutiche – vale a dire, finalizzate a recare un beneficio diretto alle stesse persone coinvolte nello studio – è prevista la partecipazione di volontari sani. La fase uno delle sperimentazioni farmacologiche, ad esempio, prevede il coinvolgimento di alcuni soggetti sani, prima che il prodotto sia assunto da volontari malati (cfr. DPR del 21 settembre 2001, n. 439, art. 2). Anche in questo caso, dunque, il consenso prestato da coloro che sanno di non trarre alcun vantaggio personale dalla sperimentazione configura un atto solidaristico di disposizione del corpo. Sulla difficoltà di tracciare una netta linea di demarcazione tra i due tipi di sperimentazione si vedano le osservazioni di E. PALERMO FABRIS, *op. cit.*, 643 ss.

già rilevato<sup>158</sup>, la disciplina medesima si fonda su un nucleo di principi e garanzie condivisi a livello internazionale, che mantiene la propria validità anche con riguardo alle indagini condotte su materiali biologici già separati dal corpo umano. Ogni attività di ricerca che coinvolga l'essere umano necessita, infatti, il previo espletamento di una serie di controlli preliminari, tra cui l'approvazione del protocollo sperimentale da parte del comitato etico, ovvero l'esecuzione di un colloquio tra lo sperimentatore e la persona interessata, atti ad assicurare che quest'ultima non incorra in alcun rischio significativo per la sua integrità psico-fisica e maturi un volere informato e consapevole<sup>159</sup>.

L'adozione di queste precauzioni, senza dubbio opportuna allorché lo studio clinico preveda la conduzione di attività invasive sul corpo del donante, appare, altresì, assai appropriata anche nell'ipotesi di una donazione alla scienza di un campione biologico o – come nell'ipotesi adesso indagata – di una parte anatomica riconoscibile, in ragione sia degli inscindibili legami identitari che collegano tali materiali alla persona, sia della delicatezza della scelta operata dall'individuo che acconsente all'uso dei propri arti amputati a ridosso della mutilazione subita<sup>160</sup>. In considerazione della situazione di estrema fragilità in cui versa il potenziale donante sarebbe opportuno, tuttavia, che i colloqui preliminari volti a far prendere coscienza all'interessato degli obiettivi e delle finalità del gesto altruistico si svolgessero in presenza anche di un professionista in grado di offrire adeguato supporto psicologico all'individuo e in un tempo sempre successivo all'eventuale asportazione chirurgica dell'arto, al fine di non creare indebite commistioni tra le due dichiarazioni di consenso informato (la prima volta a permettere l'operazione chirurgica; la seconda diretta alla donazione della parte anatomica asportata) cui è chiamato il paziente, insinuando il dubbio che questi abbia acconsentito a una menomazione del proprio corpo sol perché incoraggiato dai sanitari a compiere un gesto di solidarietà sociale.

Un ulteriore richiamo analogico potrebbe avere a oggetto, come sopra anticipato, la legge n. 10/2020, in materia di disposizione del corpo e dei tessuti *post mortem* a fini di studio, formazione e ricerca. Tale normativa individua, infatti, a quali condizioni una persona può manifestare validamente la

<sup>158</sup> *Supra*, par. 3.

<sup>159</sup> Nello specifico, la normativa interna in materia di sperimentazione clinica su volontari sani richiede che lo studio sia condotto presso un centro specializzato autorizzato dal Ministero della Salute (cfr. Art. 11, DPR. 21 settembre 2001, n. 439; AIFA, Determina 19 giugno 2015, n. 809, art. 2), nel rispetto di un protocollo approvato da un comitato etico, il quale accerta che l'indagine – priva di ogni prospettiva curativa per i partecipanti – non comporti dei rischi significativi per l'integrità fisica e psichica di questi ultimi (cfr. Art. 3(1), lett. a) D. Lgs. 211/2003; Art. 4 e 28(1) c, Regolamento (UE) 536/2014): la sperimentazione di prodotti farmaceutici ad elevata tossicità o che presentano rischi non accettabili per la somministrazione nei volontari sani, ad esempio, può essere condotta solo su volontari malati (art. 2, DPR. 21 settembre 2001, n. 439). È necessario, inoltre, che il disponente abbia piena contezza di tutti gli aspetti della sperimentazione e che sia messo nelle condizioni di poter maturare liberamente il suo consenso. Lo sperimentatore ha, quindi, l'obbligo di effettuare dei colloqui preliminari coi potenziali donatori, tesi a verificare sia la loro comprensione delle informazioni ricevute oralmente e per iscritto (cfr. Art. 3(1), lett. b) D. Lgs. 211/2003; Art. 29, parr. 2-5, Regolamento (UE) 536/2014), sia la sussistenza di un reale intento solidaristico. Solo in seguito il dichiarante può manifestare una volontà assertiva a chi ha fornito l'informazione, in forma scritta o orale, ma registrata mediante appositi strumenti alternativi, alla presenza di almeno un testimone imparziale (cfr. Art. 3(1), lett. d) D. Lgs. 211/2003; Art. 29, par. 1, Regolamento (UE) 536/2014). L'impegno assunto dal dichiarante, ad ogni modo, non è vincolante, posto che egli può sempre revocare la sua partecipazione allo studio, anche dopo che la sperimentazione sia iniziata (Art. 3(1), lett. e) D. Lgs. 211/2003; Art. 28 (3), Regolamento (UE) 536/2014).

<sup>160</sup> S. ALI, S. HAIDER, *Life after amputation: facing numerous challenges*, in *Journal of law and society*, 45, 65, 2014, 105.

volontà di far dono alla scienza delle proprie spoglie mortali, le quali – di norma, destinate alle esequie su indicazione del diretto interessato o dei suoi familiari<sup>161</sup> – possono essere affidate a un centro di riferimento autorizzato alla conservazione e all'utilizzazione dei corpi dei defunti per la conduzione di attività di carattere scientifico. Colui che dispone del proprio cadavere autorizzando dei soggetti terzi a farne uso nell'interesse sociale manifesta, tuttavia, una volontà soltanto programmatica, prefigurandosi in via ipotetica una situazione non ancora attuale, al ricorrere della quale l'atto dispositivo produrrà i suoi effetti senza che sia più possibile per il donante rivalutare il proprio intendimento. In considerazione della necessità di prestare particolare attenzione alla tutela dell'autodeterminazione del singolo (oltre che ai sentimenti di pietà verso i defunti), in tale specifica ipotesi di donazione non terapeutica del proprio sé fisico, il legislatore ha predisposto delle regole atte a contemperare la suddetta esigenza con la necessità di stimolare i consociati al compimento volontario e gratuito di tale gesto solidaristico, per far fronte alle richieste di studio e formazione biomedica sui corpi umani. Per un verso, infatti, la legge n. 10/2020 richiede che ogni attività scientifica sul cadavere sia sorretta da una volontà esplicita del donante<sup>162</sup>, la quale deve essere dichiarata nel rispetto di modalità espressive assai rigide<sup>163</sup>, volte ad assicurare la genuinità e ponderazione del consenso prestato dal donante stesso<sup>164</sup>. Per altro verso, la normativa introduce un limite temporale di un anno per l'esecuzione delle attività da parte della struttura beneficiaria, trascorso il quale il corpo dovrà essere restituito alla famiglia o, nell'ipotesi in cui quest'ultima non ne faccia richiesta, sepolto o cremato, a spese del centro di riferimento<sup>165</sup>.

A ben guardare, però, la disciplina in tema di disposizione *post mortem* del corpo e dei tessuti alla scienza non sembra del tutto cogliere nel segno. Il potenziale donatore, infatti, nel rispetto dei numerosi vincoli formali previsti dalla legge, potrebbe anche manifestare il suo consenso alla donazione senza ricevere alcuna specifica informazione preventiva in ordine agli effetti del lascito. Lungi dal porre sui medici che hanno in cura la persona, ovvero su altri professionisti obblighi puntuali in tal senso, il

<sup>161</sup> Come previsto dal Regolamento di polizia mortuaria (dpr 285/1990), le spoglie mortali possono essere destinate a sepoltura (inumazione o tumulazione) (art. 76), cremazione (art. 79) ed eventuale dispersione delle ceneri (art. 2, L. 130/2001) o imbalsamazione (art. 46).

<sup>162</sup> L'articolo 10 della L. 10/2020 abroga, infatti, l'art. 32 del testo unico delle leggi sull'istruzione superiore, di cui al regio decreto 31 agosto 1933, n. 1592, escludendo, così, per la prima volta, che la destinazione a fini scientifici del cadavere potesse avvenire in assenza del consenso della persona interessata.

<sup>163</sup> La dichiarazione di assenso alla donazione deve avere, infatti, la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata, autenticata o personalmente consegnata presso l'ufficio dello stato civile, in linea con i requisiti previsti per le disposizioni anticipate di trattamento, all'art. 4, della L. 219/2017 (cfr. Art. 3(1), L. 10/2020). La medesima dichiarazione deve essere, altresì, sottoscritta da un fiduciario e, infine, trasmessa alla banca dati informatica istituita presso il Ministero della salute per la registrazione delle DAT. Tali rigidi requisiti non operano, però, allorché il donatore voglia revocare la propria volontà, posto che egli potrà procedervi in ogni momento, anche oralmente, in presenza di un medico che la documenti e di due testimoni (cfr. Art. 3(5), L. 10/2020). Tale misura, com'è evidente, è funzionale a garantire che il donante possa mantenere quanto più a lungo possibile il controllo sul proprio corpo, suggerendo, per converso, che ove alcuna revoca sia esercitata, la volontà del *de cuius* coincida davvero con quella di assegnare il corpo ad attività di studio, formazione e ricerca in risposta a un autentico intento solidaristico.

<sup>164</sup> Cfr. G. GIAIMO, *Il lascito del proprio corpo a fini didattici e di ricerca. Il nobile (ma vano) intento della legge 10/2020*, cit., 178.

<sup>165</sup> Art. 6, L. 10/2020; Art. 4(8) DPR 10 febbraio 2023, n. 47 – Regolamento recante norme in materia di disposizione del proprio corpo e dei tessuti *post mortem* a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica.

legislatore rimette all'iniziativa delle regioni e delle strutture sanitarie l'adozione di misure atte a difendere, in maniera indistinta tra tutti i cittadini, la conoscenza dei contenuti della legge e delle conseguenze dell'atto dispositivo<sup>166</sup>. Chi dona le sue spoglie mortali non conosce, inoltre, né il centro di riferimento cui il suo corpo sarà devoluto, né la specifica attività in cui esso verrà utilizzato<sup>167</sup>. Una tale limitazione posta all'autodeterminazione del donante – chiaramente ispirata alla normativa in materia di espianto di organi e tessuti *post mortem* per fini di trapianto<sup>168</sup> – appare del tutto ingiustificata nell'ipotesi regolata dalla legge n. 10/2020, data l'insussistenza di ragioni, di ordine etico e sanitario, che inducono a ritenere opportuno impedire l'instaurazione di un rapporto diretto tra beneficiario e disponente.

Alla luce di queste importanti carenze, non sembra che la legge n. 10/2020 possa costituire nel suo insieme un valido modello per la disciplina della destinazione di una parte anatomica riconoscibile a fini di studio, formazione o ricerca. Occorrerebbe, infatti, potenziare gli obblighi di informazione a favore della persona che dona gli arti amputati alla scienza e alleggerire, altresì, i requisiti di forma imposti al donante per manifestare la sua volontà, i quali appaiono superflui per chi acconsente all'uso, mentre è ancora in vita, di una parte staccata del proprio corpo per fini scientifici, dato che costui si trova già nella condizione di poter valutare, in maniera ponderata e attuale, l'aderenza di una tale decisione alla propria personalità. Perché il consenso alla donazione da vivente di una parte anatomica riconoscibile sia valido non è necessario, pertanto, che esso sia espresso in una delle forme (atto pubblico o scrittura privata autenticata o personalmente consegnata presso l'ufficio dello stato civile) richieste dalla L. 10/2020, la quale prevede anche la nomina di un fiduciario e la trasmissione del documento a una banca dati nazionale. È sufficiente, invece, che la persona manifesti la propria volontà presso la struttura sanitaria ove è in cura e che una volontà siffatta – in linea con quanto previsto per il consenso informato in materia di sperimentazioni cliniche<sup>169</sup> – sia documentata in forma scritta o con altri strumenti idonei a tal fine, in considerazione delle specifiche condizioni di disabilità in cui versa la persona. Colui che dona una propria parte anatomica è nella posizione, tra l'altro, di continuare a poter esercitare un controllo sull'arto donato anche dopo che il centro beneficiario abbia dato inizio alle attività di formazione e ricerca. Ne deriva la possibilità per il donante di revocare il suo consenso, anche dopo che l'atto dispositivo ha prodotto i suoi effetti. Se la revoca della donazione prima dell'espletamento delle operazioni autorizzate potrebbe incontrare dei limiti in ragione dell'esigenza di tutelare l'affidamento dell'ente nella disponibilità dell'arto per la realizzazione di taluni progetti scientifici, così non è per il consenso al trattamento dei dati personali: nel solco di quanto previsto dalla normativa sulla protezione di questi ultimi (oltre che dalla norme internazionali in tema di ricerca su materiale biologico umano)<sup>170</sup>, l'interessato ha diritto a ottenere l'anonimizzazione dei propri campioni e dei dati

<sup>166</sup> Art. 2(2), L. 10/2020; Art. 6, DPR 10 febbraio 2023, n. 47.

<sup>167</sup> Il centro di riferimento è, infatti, individuato dal medico che accerta il decesso del donante, sulla base della prossimità della struttura universitaria, azienda ospedaliera di alta specialità o istituto di ricovero e cura a carattere scientifico (IRCCS) autorizzati alla conservazione e all'utilizzazione dei corpi dei defunti ai fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica, al luogo in cui si verifica la morte (Art. 4, DPR 10 febbraio 2023, n. 47).

<sup>168</sup> Così, G. GAIAMO, *op. ult. cit.*, 181-183.

<sup>169</sup> Cfr. Art. 3(1), lett. d), D. Lgs. 211/2003; Art. 29, par. 1, Regolamento (UE) 536/2014.

<sup>170</sup> Cfr. Rec. CM(2016) 6, art. 13; Garante Privacy, Provvedimento n. 146 del 5 giugno 2019, Allegato n. 4 (aut. gen. n. 8/2016, §4.11.2, comma 3).

questi ultimi associati o, ove ciò non sia possibile, la loro distruzione. Nel caso di un'attività di ricerca biomedica condotta su arti amputati, tuttavia, è ragionevole interpretare tale norma nel senso di garantire al donante il diritto all'anonimizzazione del reperto anatomico o, in sua mancanza, la sua immediata sepoltura o cremazione, in conformità a quanto previsto dall'art. 3 del DPR 15 luglio 2003, n. 254.

Con riguardo al potenziamento degli obblighi informativi, invece, è essenziale che la volontà del donatore si formi previa acquisizione di conoscenze chiare e approfondite, nonché adeguate rispetto alle sue capacità di comprensione circa le possibili differenti destinazioni dell'arto amputato, nel solco di quanto stabilito dalla normativa in materia di sperimentazione clinica. La persona che ha subito una mutilazione dovrebbe, infatti, essere edotta della possibilità di procedere, conformemente al D.P.R. 15 luglio 2003, n. 254, alla sepoltura o alla cremazione della parte anatomica riconoscibile, ovvero lasciare alla struttura sanitaria la scelta di avviare l'arto a una tra tali modalità di dismissione, nonché – quale ulteriore opzione compatibile con ciascuna di quelle adesso richiamate – di donarla a un centro di riferimento da lei prescelto (ovvero identificato sulla base di criteri oggettivi eventualmente stabiliti dal legislatore a livello nazionale). È necessario, inoltre, che il donante abbia contezza di quali siano gli usi specifici, nonché le attività materiali che interesseranno il suo arto ove dovesse scegliere di destinarlo alla scienza, in maniera tale da permettere allo stesso di valutare se acconsentire o meno al suo utilizzo per scopi di formazione e ricerca, ovvero soltanto per alcuni di questi. Occorre, inoltre, fornire all'interessato una puntuale informazione circa il periodo di tempo durante il quale l'arto donato sarà nella disponibilità della struttura beneficiaria e consentirgli, altresì, di poter esprimere la sua preferenza in ordine alla destinazione ultima dell'arto medesimo una volta soddisfatte le esigenze di carattere scientifico, assicurandolo circa il fatto che la parte anatomica sarà avviata a sepoltura o cremazione, ovvero affidato al donante affinché possa provvedervi in proprio, nel rispetto delle norme vigenti.

Nell'ottica di stimolare la donazione di tali parti anatomiche riconoscibili si potrebbe pensare, infine, di porre a carico della struttura beneficiaria ogni spesa connessa al trasporto, sepoltura o cremazione dell'arto donato, in maniera che esse non gravino sul donante. Ciò eviterebbe che ragioni logistiche o di carattere economico possano ostacolare il compimento dell'atto solidaristico. D'altro canto, un tale incentivo alla donazione non determina alcun arricchimento significativo per il donante, avendo il principale scopo di esonerarlo dalle spese di trasporto connesse alla materiale esecuzione della donazione e, altresì, allo smaltimento dell'arto. Così intesa, non pare che una soluzione siffatta – già introdotta dal legislatore nella legge 10/2020, nonché confermata in seno alle relative norme attuative<sup>171</sup> – determini alcuna mercificazione della persona vietata nel nostro ordinamento, sminuendo il valore solidaristico dell'atto del donante.

<sup>171</sup> Cfr. L 10/2020 Art. 6, comma 2: «Gli oneri per il trasporto del corpo dal momento del decesso fino alla sua restituzione, le spese relative alla tumulazione, nonché le spese per l'eventuale cremazione sono a carico dei centri di riferimento individuati ai sensi dell'articolo 4, che provvedono nell'ambito delle risorse destinate ai progetti di ricerca». Art. 4(8) del DPR n. 47/2023, Regolamento recante norme in materia di disposizione del proprio corpo e dei tessuti *post mortem* a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica.

## 7. Conclusioni

Il presente studio, attingendo ai principi e alle regole nazionali, europee e internazionali che disciplinano gli atti di disposizione del corpo umano<sup>172</sup>, ha inteso indagare il tema della donazione delle parti anatomiche riconoscibili alla scienza, quale atto di disposizione solidaristico del proprio sé fisico, privo di una specifica disciplina in seno all'ordinamento italiano. L'indagine ha messo in luce come una tale donazione non terapeutica, gratuita e funzionale alla realizzazione di rilevanti interessi costituzionali (la promozione della scienza, la tutela della salute pubblica e l'irrobustimento dei legami di solidarietà), non sia contraria alla legge né lesiva dell'integrità della persona<sup>173</sup>. La destinazione di una parte anatomica amputata ad attività di formazione, studio e ricerca, infatti, se sorretta da una piena consapevolezza del donante – maturata grazie all'informazione ricevuta dai sanitari che operano presso la struttura ove quest'ultimo è in cura – si pone perfettamente in linea con l'interesse prioritario dell'ordinamento alla tutela dell'autodeterminazione della persona, consentendole di scegliere in che modo cederle da quelle parti ormai disgiunte del suo corpo, che continuano a costituire una proiezione del proprio sé. L'ulteriore, concorrente esigenza dello Stato di assicurare un sicuro e celere trattamento delle parti anatomiche riconoscibili attraverso la loro cremazione o sepoltura, allo scopo di preservare la salute pubblica e l'ambiente, può essere, inoltre, pienamente soddisfatta affidando al centro beneficiario della donazione il compito di provvedere alla dismissione degli arti donati, una volta terminate le attività autorizzate, secondo le modalità prevista dal D.P.R. 254/2003, ovvero quelle indicate dal donante medesimo all'atto della donazione.

Riconosciuta la possibilità del singolo di autodeterminarsi in ordine alle parti amputate per donarle alla scienza, una questione rimane irrisolta: vale a dire come poter accertare, in concreto, che il volere manifestato dal paziente corrisponda a un reale intento solidaristico di quest'ultimo, maturato al riparo da pressioni esterne e con piena consapevolezza circa gli effetti della sua scelta. Da un lato, come osservato<sup>174</sup>, una soluzione adeguata potrebbe essere quella di adottare delle precise garanzie formali e sostanziali per la valida dichiarazione di consenso alla donazione, che tengano conto dell'immediata efficacia della dichiarazione di volontà del disponente, il quale – a differenza di quanto accade nella diversa fattispecie disciplinata dalla L. 10/2020 – non si prefigura una situazione futura, ma autorizza terzi a compiere sul suo corpo (più esattamente, su delle parti già materialmente disgiunte da quest'ultimo ma che egli identifica con esso e, dunque, con il proprio sé) delle attività variamente intrusive e idonee a oggettivizzare il corpo stesso. Dall'altro lato, però, occorrerebbe concedere al donante uno spazio di tempo adeguato a riflettere sulla sua mutata condizione fisica e realizzarne appieno il cambiamento, prima di determinarsi in ordine alla destinazione da impartire agli arti amputati. Non può ignorarsi, infatti, che – ai sensi dall'art. 3 del Regolamento in materia di rifiuti sanitari – la volontà del paziente circa la destinazione delle sue parti anatomiche riconoscibili debba formarsi in appena quarantotto ore dall'amputazione e che lo stesso si trovi in una condizione di estrema fragilità a causa della recente perdita subita. Sarebbe opportuno ripensare a questo limite temporale, il quale pone una certa pressione sul paziente, rischiando di compromettere la genuinità del suo volere, per esigenze

<sup>172</sup> *Supra*, parr. 2, 3, 4.

<sup>173</sup> *Supra*, par. 5.

<sup>174</sup> *Supra*, par. 6.

connesse alla tutela dell'ambiente e della salute pubblica che sono agilmente appagabili, affidando alla struttura sanitaria che ha in cura il paziente, per un dato arco di tempo superiore a quello indicato dalla norma richiamata, la conservazione del materiale biologico. Recentemente nel Regno Unito, ad esempio, uno dei più grandi ospedali universitari del sistema sanitario nazionale inglese (*The Leeds Teaching Hospitals*) ha elaborato delle linee guida volte a informare i pazienti della facoltà di disporre dei loro arti amputati, chiarendo che questi ultimi verranno conservati in obitorio per ventotto giorni, in attesa di una precisa determinazione da parte dei pazienti stessi<sup>175</sup>. Un periodo siffatto è stato ritenuto sufficiente a consentire alla persona di ponderare la sua condizione (anche grazie all'aiuto dei sanitari coi quali potrà sempre interloquire) e interrogarsi su quale sia la destinazione più opportuna per la parte anatomica amputata, organizzando ogni attività necessaria a realizzare il suo volere. Nel caso in cui il paziente non manifesti direttamente, ovvero per il tramite di un fiduciario da lui nominato, alcuna volontà entro i termini previsti, l'arto amputato sarà incenerito. Il documento intende assicurare al paziente la possibilità di celebrare, nella maniera che egli ritiene più aderente alla sua persona, le esequie di tali parti anatomiche, che – in assenza di una esplicita manifestazione di interesse da parte del paziente stesso, il quale è sollecitato a più riprese dall'ospedale a pronunciarsi circa la loro destinazione entro i termini assegnati – sono trattate alla stregua di meri rifiuti sanitari.

Nel documento adesso richiamato non si fa menzione, tuttavia, di una possibile donazione dell'arto amputato alla struttura sanitaria o altro centro specializzato per finalità scientifiche. Una tale opzione, però – come si è cercato di dimostrare in questo studio – oltre a essere compatibile con l'esigenza di provvedere, in maniera sicura, al trattamento dei materiali biologici prodotti nelle strutture sanitarie, non frustra ma esalta l'autodeterminazione della persona. Quest'ultima, infatti, se lo desidera, può far dono di sé alla scienza senza rinunciare a celebrare in seguito le esequie dell'arto donato e nella consapevolezza che, in ogni caso – almeno in seno a un ordinamento, come quello nazionale, particolarmente attento a riconoscere il valore identitario di tali parti anatomiche riconoscibili, tanto da non assimilarle a dei rifiuti sanitari – le stesse saranno cremate o seppellite dall'ente beneficiario.

---

<sup>175</sup> The Leeds Teaching Hospitals (NHS Trust), *Keeping your amputated limb Information for patients*, 2023, <http://flipbooks.leedsth.nhs.uk/LN004531.pdf>.



## Il dilemma del *triage*: quali criteri allocativi adottare in caso di risorse sanitarie limitate?

Leonardo Mellace\*

THE TRIAGE DILEMMA: WHAT ALLOCATION CRITERIA SHOULD BE ADOPTED IN CASE OF LIMITED HEALTHCARE RESOURCES?

ABSTRACT: Triage, i.e. the method of setting priorities for the selection of patients for treatment, from a larger group of needy people, has always raised several moral dilemmas. However, the issue has returned to the center of bioethics debate, because of the problems which have arisen out of the Covid-19 pandemic. After a quick historical introduction, this article will address the topic of *triage* starting from the SIAARTI Recommendations of 6 March 2020, which animated the debate on the different ethical perspectives related to scarce resources allocation. Furthermore, it will focus on the Opinion of the Italian Committee for Bioethics released on 8 April 2020 on the issue of the barriers to healthcare access encountered by patients in conditions of resource shortage, and on the Recommendations jointly issued by SIAARTI and SIMLA on 13 January 2021. Finally, the article will put forward some proposals on the criteria for allocating scarce resources.

KEYWORDS: Triage; tragic choices; covid-19; allocation criteria; limited healthcare resources

ABSTRACT: Il *triage*, cioè le procedure di selezione utilizzate dai medici per accordare priorità di accesso al trattamento sanitario in presenza di più soggetti bisognosi di assistenza, ha da sempre sollevato dilemmi morali. La questione è però tornata al centro della discussione bioetica a causa dei problemi sollevati dalla pandemia di Covid-19. L'articolo, dopo brevi cenni storici, affronterà il tema del *triage* a partire dalle Raccomandazioni della SIAARTI del 6 marzo 2020, che hanno animato il dibattito intorno alle diverse prospettive etiche sull'allocazione delle risorse scarse. L'analisi si concentrerà, inoltre, sul Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica dell'8 aprile 2020, che è pure intervenuto sulla questione dell'accesso dei pazienti alle cure in condizioni di risorse sanitarie limitate, e sulle linee guida del 13 gennaio 2021, adottate di concerto dalla SIAARTI e dalla SIMLA. Il contributo avanzerà, infine, alcune proposte sui criteri allocativi in caso di risorse scarse.

---

\* Professore di Diritti umani, integrazione e cittadinanza europea presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Sociologia dell'Università "Magna Graecia" di Catanzaro. Mail: [lmellace@unicz.it](mailto:lmellace@unicz.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

PAROLE CHIAVE: *Triage*; scelte tragiche; covid-19; criteri di allocazione delle risorse; risorse sanitarie scarse

SOMMARIO: 1. Situazioni emergenziali e scelte tragiche – 2. Problemi etici del *triage* – 3. Chi curare in caso di risorse insufficienti? Modelli di risposta a confronto – 4. Alla ricerca di un criterio ragionevole. Una proposta pratica.

## 1. Situazioni emergenziali e scelte tragiche

Il Covid-19 ci ha drammaticamente messo di fronte ad una nuova realtà; una realtà che per quasi due anni ha radicalmente cambiato le abitudini del nostro vivere in società. Il difficile tracciamento dei primi contagiati, la quarantena, l'incertezza sulle cause della malattia, il contagio che si è propagato a macchia d'olio, l'assenza di una iniziale terapia e di una cura, cinema e teatri chiusi, hanno segnalato la gravità di un virus che ha scosso gli abitanti del pianeta come non accadeva da molti anni. Una pandemia che ha cambiato il volto delle città, improvvisamente soggette a nuove regole, addirittura – si fa qui riferimento al caso italiano – differenziate per colore a seconda del rischio di contagio della malattia, regole che – ed è ciò che più colpisce – le hanno rese silenziose, eliminando quel brusio dovuto ai continui spostamenti, d'un tratto consentiti solo per comprovati e giustificati motivi<sup>1</sup>, laddove gli altri, vicini di casa, amici, parenti e conoscenti, di colpo si sono trasformati in potenziali *untori*<sup>2</sup>.

Prima di entrare nel vivo dell'analisi si intende precisare, a scanso di equivoci, che in questo articolo si limiterà la riflessione solamente al dibattito sui criteri allocativi in caso di risorse scarse, dibattito che ha trovato nuova linfa nella situazione di emergenza pandemica da Covid-19. Non ci si addentererà, pertanto, nei meandri di molti degli aspetti problematici che involgono il *triage*, per i quali servirebbe un livello di approfondimento, storico oltre che teorico, non consentito in questa sede. Nello specifico, subito dopo una breve introduzione storica, si richiamerà, seppur brevemente, la quotidiana applicazione del *triage* all'interno dei Pronto Soccorsi, laddove, com'è noto, è prevista l'assegnazione di un codice di priorità come esito di una decisione basata sugli elementi rilevati nelle fasi di valutazione, elementi che permettono di definire la priorità dell'accesso alle cure da attribuire al paziente. Si sposterà, poi, la lente dell'indagine dapprima sulle *Raccomandazioni* del 6 marzo 2020 della Società Italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia Intensiva (SIAARTI), pubblicate in un momento in cui già si paventava un problema di scarsità di risorse sanitarie, e più in particolare di posti in terapia intensiva e di ventilatori meccanici. Successivamente si guarderà invece al *Parere* del Comitato

<sup>1</sup> Per la classificazione di rischio delle regioni e le misure restrittive da mettere in atto in base al colore: [https://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1203754.pdf?\\_1588279335853](https://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1203754.pdf?_1588279335853). Si tenga però conto che dal 1° aprile 2022 non è più in vigore il sistema delle zone colorate (rossa, arancione, gialla, bianca). A proposito del Coronavirus, Antonio D'Aloia ne parla come di «uno spartiacque storico», di «una di quelle esperienze che «interrompono la storia, e tracciano un solco profondo tra un «prima» e un «dopo»». A. D'ALOIA, *Il parere del CNB su CoViD-19: salute pubblica, libertà individuale, solidarietà sociale: osservazioni a margine*, in *BioLaw Journal*, 2, 2020, 1.

<sup>2</sup> Cfr. M. LA TORRE, *Bioetica in tempi di pandemia. Morale, diritto e libertà*, Bologna, 2022; M. LA TORRE, *Il grande smottamento. La fine della storia è finita*, Bologna, 2023.

Nazionale per la Bioetica dell'8 aprile 2020, che è intervenuto sulla questione dell'accesso dei pazienti alle cure in condizioni di risorse sanitarie limitate, e alle *Raccomandazioni* del 13 gennaio 2021 adottate di concerto dalla Società italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia Intensiva (SIAARTI) e dalla Società Italiana di Medicina Legale e delle Assicurazioni (SIMLA). Si chiuderà, infine, il contributo con una riflessione critica che permetta di tirare le fila del discorso e di avanzare alcune proposte sui criteri allocativi in caso di risorse scarse, pur nella consapevolezza che si tratta di una questione a tal punto "spinosa" che raggiungere un accordo ragionevole è molto difficile.

## 2. Problemi etici del *triage*

Il *triage* è una scelta tragica, paradigmaticamente *la* scelta tragica. Lo sanno assai bene i medici: si tratta, infatti, di una problematica assai antica, che esiste, in fondo, da quando esiste la medicina stessa. Basta compulsare la letteratura ante-Covid-19 per rendersi conto della cospicua mole di contributi e riflessioni, soprattutto nell'alveo del dibattito bioetico-medico<sup>3</sup>. In quell'ambito di speculazione s'è sempre avuta chiara la possibilità di dover fronteggiare, prima o poi, situazioni imprevedibili in presenza di risorse insufficienti per tutti i richiedenti. Questa, a ben vedere, è domanda deontologica chiave per l'attività del medico<sup>4</sup>. Il *triage*, però, è da sempre un problema anche bellico, o per meglio dire di medicina di campo, laddove "campo" sta per campo di battaglia, s'intende. Ed è proprio nel contesto della guerra che le problematiche legate al *triage* sono state fatte proprie dal discorso prettamente utilitaristico. In battaglia, infatti, perlomeno secondo un antico insegnamento d'arte bellica, le risorse devono essere dapprima impiegate per potere guarire quei soldati che mostrino maggiori *chances* di tornare utili sul terreno di battaglia. Si tratta, né più né meno, di massimizzare l'utilità generale (qui la vittoria sul nemico) secondo il principio archimedeo dell'etica utilitarista<sup>5</sup>. Albert Jonsen, nella sua attenta analisi, sottolinea come alcune fonti storiche affermino che sia stato il barone Dominique Jean Larrey, chirurgo generale degli eserciti di Napoleone, ad aver utilizzato il termine per designare la pratica della medicina sul campo di battaglia<sup>6</sup>. «Come un flusso continuo» – scrive – «i feriti vengono portati verso una tenda del chirurgo e sono disposti in ordine di arrivo. Un chirurgo cammina

<sup>3</sup> Si vedano, nel solco di una letteratura ormai sterminata, e senza pretesa alcuna d'eshaustività: J. TRONTO, *Moral Boundaries, a Political Argument for an Ethic of Care*, New York, 1993; R.G. HARTMAN, *Tripartite triage concerns: issues for law and ethics*, in *Crit. Care Med.*, 31, 2003, 358-361; N.K. BELL, *Triage in medical practices: an unacceptable model?*, in *Soc. Sci. Med. F.*, 15, 4, 1981, 151-156; I. ROBERTSON-STEEL, *Evolution of triage systems*, in *Emerg. Med. J.*, 32, 2, 2006, 154-165; D.M.S. BODANSKY, *Ethical dilemmas in triage: a perspective from the Jewish philosophical tradition*, in *Ethics&Medicine: an international journal of Bioethics*, 25, 1, 2009, 49-56; M. VERWEIJ, *Moral principles for allocating scarce medical resources in an influenza pandemic*, in *Bioethical Inquiry*, 6, 2009, 159-169; V. HELD, *The ethics of care: personal, political and global*, Oxford, 2006; D. STERNBELIEBEN, *Rationierung im Gesundheitswesen. Gedanken aus (straf)rechtlicher Sicht*, in *FS Ulrich Weber*, Bielefeld, 2004; S. HERB, *Die Verteilungsgerechtigkeit in der Medizin. Die Allokation knapper medizinischer Ressourcen als Rechtsproblem*, Hamburg, 2002; S. SCHÜRCH, *Rationierung in der Medizin als Straftat*, Basel, 2000.

<sup>4</sup> Cfr. N. BERLINGER ET AL., *Ethical Framework for Health Care Institutions Responding to Novel Coronavirus SARS-CoV-2 (COVID-19). Guidelines for Institutional Ethics Services Responding to COVID-19*, in *The Hastings Center*, 16 marzo 2020, 2.

<sup>5</sup> Cfr. R. BAKER, M. STROSBURG, *Triage and equality: an historical reassessment of utilitarian analyses of triage*, in *Kennedy Inst Ethics J.*, 2, 2, 103-123, 1992.

<sup>6</sup> A.R. JONSEN, *The New Medicine and the Old Ethics*, Harvard, 1992.

in mezzo a loro e sceglie quelli che possono essere più rapidamente trattati e rimessi in piedi per il fronte»<sup>7</sup>. Ripristino rapido dei combattenti: questo è l'obiettivo della funzione medica. I casi più difficili, quindi, avrebbero dovuto aspettare, indipendentemente dalla gravità del loro bisogno<sup>8</sup>. Il *triage*, allora, ai suoi albori non era altro che una operazione di selezione che obbediva ad una teleologia specifica, diremmo "scandalosamente cruda": «salvare il più salvabile, in modo che ciò possa contribuire al bene comune – che, in battaglia, è la vittoria; nel terremoto o nell'incendio, è la sicurezza pubblica. Il bene comune fornisce il criterio di selezione»<sup>9</sup>. Secondo questa testimonianza, dunque, il *triage* sarebbe nato come una tecnica di cernita in vista d'uno specifico valore archimedeo da massimizzare, ossia il bene comune (da declinarsi, poi, a seconda delle diverse situazioni di contesto)<sup>10</sup>.

Il *triage* non è nato, allora, con la pandemia da Covid-19, ma ben prima, e, al di là della sua storia, qui solo succintamente richiamata, da sempre trova quotidiana applicazione all'interno dei Pronto Soccorsi, laddove, secondo le linee di indirizzo nazionali sul *triage* intraospedaliero, pubblicate dal Ministero della Salute e recepite dalla Conferenza Stato Regioni nel 2019, è prevista l'assegnazione di un codice di priorità (identificato da un colore) come esito di una decisione infermieristica basata sugli elementi rilevati nelle fasi di valutazione che permettono di definire la priorità dell'accesso alle cure da attribuire al paziente in modo che non si possa creare confusione sulla scelta di chi far accedere prioritariamente ai trattamenti e alle cure. Il *triage* è, allora, una tecnica di razionalizzazione dell'assistenza sanitaria, finalizzata appunto a conciliare la tutela del diritto alla salute con l'utilizzo delle risorse disponibili. Con l'emergenza pandemica tale tecnica di razionalizzazione si è però presentata in modo diverso, dovendo essa fare i conti con una enorme scarsità delle risorse mediche a disposizione a fronte di un numero sempre crescente di pazienti da far accedere ai trattamenti di terapia intensiva. In tale situazione, il *triage* ha mostrato tutta la sua debolezza, caricandosi di un *surplus* di problematicità etica rispetto alle conseguenze che ne sono derivate per le persone escluse dai trattamenti<sup>11</sup>. Ci si è trovati

<sup>7</sup> *Ivi*, 45.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> A.R. BAKER, M. STROSBURG, *Triage and equality: an historical reassessment of utilitarian analyses of triage*, cit., 104. Un altro esempio "storico" di applicazione di questa logica è rappresentato dal vivido resoconto del triage della penicillina, riportato dal medico Henry Beecher in H. BEECHER, *Research and the Individual*, Boston, 1970, 209-210.

<sup>11</sup> Cfr. L. PALAZZANI, *La pandemia CoViD-19 e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate: chi curare?*, in *BioLaw Journal*, Special Issue, 1, 2020, 359-370; L. PALAZZANI, *La pandemia da Covid-19 e il dilemma etico: chi curare?*, in C. CAPORALE, A. PIRNI (a cura di), *Pandemia e resilienza. Persona, comunità e modelli di sviluppo dopo la Covid-19*, Roma, 2020; G.R. GRISTINA, L. ORSI, M. VERGANO, *Pandemia da CoViD-19 e triage: la filosofia e il diritto talvolta guardano l'albero mentre la medicina prova a spegnere l'incendio della foresta*, in *BioLaw Journal*, Special Issue, 1, 2020, 379-397; L. PALAZZANI, *The Pandemic and the Ethical Dilemma of Limited Resources: Who to Treat?*, in P. CZECH, L. HESCHL, K. LUKAS, M. NOWAK, G. OBERLEITNER (eds.), *European Yearbook on Human Rights*, Cambridge, 2021, 9-26; A. PISU, *Diritto alla salute e responsabilità medica alla prova del CoViD-19*, in *BioLaw Journal*, Special Issue, 1, 2020, 399-414; C. DI COSTANZO, V. ZAGREBELSKY, *L'accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative*, in *BioLaw Journal*, Special Issue, 1, 2020, 441-446; L. DE PANFILIS, S. TANZI, M. COSTANTINI, *Il processo decisionale per le cure intensive in situazioni di emergenza: l'etica medica e le cure palliative ai tempi del CoViD-19*, in *BioLaw Journal*, Special Issue, 1, 2020, 447-451; A. FERRARA, *The Ethical Triage Dilemma: Who Should Receive Medical Care First; Is This the Right Question?*, in *Ratio Juris*, 36, 2, 2023, 178.190; TH. GUTMANN, *Tragic Choices. Criteria for "triage" of Covid-19 patients in need for intensive care*, in *Ordines*, 2, 2020, 21-32; G. RAZZANO, *Riflessioni a margine delle raccomandazioni Siaarti per l'emergenza covid-19, fra triage, possibili*

difatti in una situazione che è fuori dal perimetro dell'ordinario sistema di gestione del *triage*, in uno scenario assimilabile all'ambito della "medicina delle catastrofi"<sup>12</sup> in cui le risorse disponibili sono insufficienti rispetto al numero dei pazienti bisognosi delle stesse, laddove è stato il personale sanitario a scegliere, di volta in volta, e senza criteri univoci, i parametri di scelta circa l'accesso alle cure. Non è appunto un caso che in Italia, ma anche in Germania<sup>13</sup>, Regno Unito<sup>14</sup> e Svizzera<sup>15</sup>, associazioni scientifiche, società mediche e comitati etici abbiano stilato documenti con l'intenzione di offrire al personale sanitario linee guida di comportamento in situazioni di squilibrio fra risorse e richieste in corso di pandemia. Com'è noto, tali documenti, pur non giuridicamente vincolanti, hanno orientato la condotta del personale sanitario di terapia intensiva ed aperto un vivace dibattito in merito al loro contenuto, che, secondo una parte della dottrina giuridica, avrebbe generato una discriminazione dei soggetti più vulnerabili: persone anziane, persone con disabilità e soggetti con comorbidità, di fatto tradendo il principio secondo il quale tutti gli esseri umani hanno la stessa dignità e lo stesso diritto di vivere. Si è certamente d'accordo sul fatto che, perlomeno in linea di principio, non si può assegnare un "peso specifico" a ciascuna esistenza, stabilendo che qualcuno ha più diritto di vivere di altri o, meglio, che la dignità di un soggetto ha più valore di quella di un altro. Tuttavia, va considerato che la discussione

---

*discriminazioni e vecchie DAT: verso una rinnovata sensibilità per il diritto alla vita?*, in *Rivista AIC*, 3, 2020; A. RIMEDIO, *Criteri di priorità per l'allocazione di risorse sanitarie scarse nel corso della pandemia da CoViD-19*, in *BioLaw Journal*, 1, 2021; P. SOMMAGGIO, S. MARCHIORI, *Tragic Choices in the time of pandemics*, in *BioLaw Journal*, Special Issue, 1, 2020, 453-458. Sulla diversità che ha contraddistinto la pandemia da Covid-19 rispetto alle ordinarie emergenze, si vedano J.L. ZIMMERMAN, C.L. SPRUNG, *Medical procedures. Recommendations and standard operating procedures for intensive care unit and hospital preparations for an influenza epidemic or mass disaster. European Society of Intensive Care Medicine's Task Force for intensive care unit triage during an influenza epidemic or mass disaster*, in *Intensive Care Medicine*, 36, 1, 2010, 65-69; M.D. CHRISTIAN, G.M. JOYNT, J.L. HICK, J. COLVIN, M. DANIS, C.L. SPRUNG ET AL., *Critical care triage. Recommendations and standard operating procedures for intensive care unit and hospital preparations for an influenza epidemic or mass disaster. European Society of Intensive Care Medicine's Task Force for intensive care unit triage during an influenza epidemic or mass disaster*, in *Intensive Care Medicine*, 36, 1, 2010, 55-64; C. SANDROCK, *Manpower. Recommendations and standard operating procedures for intensive care unit and hospital preparations for an influenza epidemic or mass disaster. European Society of Intensive Care Medicine's Task Force for intensive care unit triage during an influenza epidemic or mass disaster*, in *Intensive Care Medicine*, 36, 1, 2010, 32-37.

<sup>12</sup> Nondimeno, occorre qui precisare che con il Covid-19, differentemente dalle "classiche" maxi-emergenze, come terremoti e incendi – che hanno una durata limitata e permettono, per tal motivo, di avere un quadro più o meno chiaro circa il numero dei pazienti e delle risorse mediche necessarie – non si è potuta fare una stima precisa circa la durata dello stato di emergenza. Cfr. M.P. FAGGIONI, F.J. GONZÁLEZ-MELADO, M.L. DI PIETRO, *National health system cuts and triage decisions during the COVID-19 pandemic in Italy and Spain: ethical implication*, in *Journal of Medical Ethics*, 29 gennaio 2021; C. DELLA GIUSTINA, P. DE GIOIA CARABELLESE, *Le scelte tragiche durante l'emergenza sanitaria: quando le risorse sono scarse, chi curare? Una riflessione comparatistica*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2, 2023, 62; F. FERRARO, *Utilitarismo e medicina delle catastrofi. Alcuni fraintendimenti delle raccomandazioni Siaarti ai tempi del Covid-19*, in *il Mulino on line*, 6 maggio 2020.

<sup>13</sup> Si vedano le *Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin, Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall und der Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie*, <https://www.divi.de/joomlatools-files/docman-files/publikationen/covid-19-dokumente/200325-covid-19-ethik-empfehlung-v1.pdf>.

<sup>14</sup> Cfr. *National Institute for Health and Care Excellence, NICE Guideline NG159: COVID-19 Rapid Guideline: Critical care in adults*, <https://www.nice.org.uk/guidance/ng159>.

<sup>15</sup> Cfr. *Pandemia Covid-19: triage dei trattamenti di medicina intensiva in caso di scarsità di risorse*, [https://www.assm.ch/fr/Ethique/Apercu-des-themes/Medecine-intensive/Triage\\_soins-intensifs.html](https://www.assm.ch/fr/Ethique/Apercu-des-themes/Medecine-intensive/Triage_soins-intensifs.html).

non verte qui sul valore del bene-vita in sé considerato, ma su una situazione emergenziale che impone necessariamente una *scelta tragica*, una scelta che richiede il sacrificio di qualcuno e che deve essere presa *qui e ora*. Ed è in un tale contesto che qualcuno potrebbe sostenere, per esempio, che lo spreco di risorse per salvare la vita di soggetti molto anziani, con aspettative di vita ridotte, a discapito di quelli giovani, che hanno un'aspettativa di vita maggiore, sia contrario al principio di massimizzazione dell'utilità generale, o, ancora, che sarebbe meglio privilegiare l'utilità sociale dei soggetti in "competizione", a prescindere da quale sia la loro età. La condizione di eccezionale pressione che le strutture sanitarie si sono trovate a dover fronteggiare – non tutte sia chiaro – ha imposto allora di ragionare sulla scelta di criteri che potessero permettere in modo equo e giusto di salvaguardare la salute di tutti, specialmente dei soggetti più fragili. È su tale sfondo che la SIAARTI – volendo qui rimanere nel contesto italiano<sup>16</sup> – con le sue *Raccomandazioni*, a cui nel prossimo paragrafo si guarderà, ha tentato di dare risposta ad alcuni interrogativi circa la scelta dei principi e dei criteri da seguire per decidere chi curare e chi no in caso di sproporzione tra necessità assistenziali e risorse disponibili<sup>17</sup>. Una volta analizzato il contenuto di queste Raccomandazioni, si sposterà la lente dell'indagine sul Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica e sulle Raccomandazioni SIAARTI-SIMLA, prima di chiudere il contributo con una riflessione che permetta di evidenziare gli elementi critici che rendono difficile trovare un accordo ragionevole e condiviso in tema di *triage*.

### 3. Chi curare in caso di risorse insufficienti? Modelli di risposta a confronto

Quando è scoppiata la pandemia da Covid-19, probabilmente nessuno si sarebbe aspettato di trovarsi di fronte ad una emergenza sanitaria ancora più devastante e virulenta della c.d. influenza *spagnola* del 1918<sup>18</sup>. La fiducia nella medicina e la speranza di arginare i contagi in modo rapido avevano difatti generato un diffuso ottimismo, tanto che, perlomeno all'inizio, il virus era stato considerato un fenomeno esclusivamente cinese. Solo una volta arrivato in Italia e in Europa, e infine anche negli Stati Uniti d'America, ci si è resi conto di come le speranze iniziali fossero state tradite<sup>19</sup>.

L'Italia è stata uno dei primi Stati al mondo a dover fronteggiare la situazione di emergenza<sup>20</sup>, tanto che già il 21 marzo 2020, dopo appena dieci giorni dalla dichiarazione dello stato di pandemia, un gruppo di medici dell'Ospedale Papa Giovanni XXIII di Bergamo ha scritto una lettera, apparsa sulla

<sup>16</sup> Per il dibattito internazionale che ha coinvolto altre società scientifiche, comitati etici ed esperti: [https://www.biodiritto.org/content/download/4012/47178/file/i\\_documenti\\_del\\_CNB\\_sul\\_covid\\_19\\_-\\_marzo\\_2021.pdf](https://www.biodiritto.org/content/download/4012/47178/file/i_documenti_del_CNB_sul_covid_19_-_marzo_2021.pdf), 10, nota 3.

<sup>17</sup> Più in generale, sul tema della "giustizia distributiva", si vedano L. FORNI, *La sfida della giustizia in sanità. Salute, equità, risorse*, Torino, 2016; L. PALAZZANI, *La filosofia per il diritto. Teorie, concetti, applicazioni*, Torino, 2014, 177 ss.

<sup>18</sup> Su questa, si vedano L. SPINNEY, *1918. L'influenza spagnola. La pandemia che cambiò il mondo*, Venezia, 2019; E. TOGNOTTI, *La "Spagnola" in Italia. Storia dell'influenza che fece temere la fine del mondo*, Milano, 2015.

<sup>19</sup> L'11 marzo 2020 l'OMS (Organizzazione Mondiale della Sanità) dichiara il Coronavirus *pandemia*. Il 5 maggio 2023, invece, l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha ufficialmente dichiarato la fine dell'emergenza sanitaria.

<sup>20</sup> L'Italia, ma invero un po' tutti i paesi europei, ha iniziato a adottare misure sempre più restrittive al fine di contenere l'aumento dei contagi. Il primo intervento italiano in tal senso è stata la delibera del 31 gennaio 2020 con cui il Consiglio dei ministri ha deliberato "lo stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili". Sul punto, vedi <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/02/01/20A00737/sq>.

rivista del gruppo *New England Journal of Medicine*, in cui denunciava l'insufficienza delle risorse sanitarie disponibili<sup>21</sup>. Nel frattempo, la Società Italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia Intensiva (SIAARTI), il 6 marzo 2020 – in un momento in cui già si paventava un problema di scarsità di risorse sanitarie, e più in particolare di posti in terapia intensiva e di ventilatori meccanici<sup>22</sup> –, aveva pubblicato un documento intitolato «Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili», con l'intento di rintracciare i criteri da utilizzare nel caso di *scelte tragiche*<sup>23</sup> ed allo scopo di

<sup>21</sup> Di seguito una parte della lettera, così per come tradotta da Fabio Sabatini, Professore di Politica economica dell'Università Sapienza di Roma: «Il nostro ospedale è altamente contaminato e siamo già oltre il punto del collasso: 300 letti su 900 sono occupati da malati di Covid-19. Più del 70% dei posti in terapia intensiva sono riservati ai malati gravi di Covid-19 che abbiano una ragionevole speranza di sopravvivere. La situazione è così grave che siamo costretti a operare ben al di sotto dei nostri standard di cura. I tempi di attesa per un posto in terapia intensiva durano ore. I pazienti più anziani non vengono rianimati e muoiono in solitudine senza neanche il conforto di appropriate cure palliative. Le famiglie non possono avere alcun contatto coi malati terminali e sono avvisate del decesso dei loro cari per telefono, da medici benintenzionati ma esausti ed emotivamente distrutti. Nelle zone circostanti la situazione è anche peggiore. Gli ospedali sono sovraffollati e prossimi al collasso, e mancano le medicazioni, i ventilatori meccanici, l'ossigeno e le mascherine e le tute protettive per il personale sanitario. I pazienti giacciono su materassi appoggiati sul pavimento. Il sistema sanitario fatica a fornire i servizi essenziali come l'ostetricia, mentre i cimiteri sono saturi e (l'accumulazione dei cadaveri) crea un ulteriore problema di salute pubblica». Sul punto, cfr. A. FERRARA, *Considerazioni per un'etica del triage. Dall'analisi dei casi di Brasile, Stati Uniti e Italia alla giustificazione dell'utilitarismo*, in *Ragion Pratica*, 57, 2021, 543-544; M. NACOTI ET AL., *At the Epicenter of the Covid-19 Pandemic and Humanitarian Crises in Italy: Changing Perspectives on Preparation and Mitigation*, in *The New England Journal of Medicine, NEJM Catalyst Innovation in Care Delivery*, 1, 2, 2020.

<sup>22</sup> Cfr. C. DEL BÒ, *Covid-19 e criteri di ammissione alla terapia intensiva. Uno sguardo filosofico sulle Raccomandazioni Siaarti*, in *Notizie di Politeia*, XXXVII, 141, 2021, 11.

<sup>23</sup> <https://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato2675063.pdf>. Su tali *Raccomandazioni* si è scritto tantissimo. Si segnalano qui P. BORSELLINO, *Covid-19: Quali criteri per l'accesso alle cure e la limitazione terapeutica in tempo di emergenza sanitaria?*, in *Notizie di Politeia*, XXXVI, 138, 2020, 5-25; M.G. BERNARDINI, *Una questione di interpretazione? Note critiche su Raccomandazioni SIAARTI, discriminazione in base all'età ed emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal*, 3, 2020; C. INGENITO, *Le raccomandazioni SIAARTI del 6 marzo 2020: una nuova occasione per riflettere sul rapporto tra scienza e diritto*, in *Rivista trimestrale di Scienza dell'Amministrazione. Studi di teoria e ricerca sociale*, 2, 2020. Cfr. anche N. BERLINGER, M. WYNIA, T. POWELL ET AL., *Ethical framework for health care institutions responding to novel Coronavirus SARS-CoV-2 (COVID-19). Guidelines for institutional ethics services responding to COVID-19. Managing uncertainty, safeguarding communities, guiding practice*, The Hastings Center (16 marzo 2020); D. SACCHINI, *La gestione delle risorse in medicina tra etica e discriminazioni*, in *Giornale di Gerontologia*, 54, 2006, suppl. 2; G. BATTIMELLI, *La tutela della salute nell'emergenza pandemica: tra diritti e criticità*, in *Civitas Hippocratica*, 5-6, 2020; G. DEL VECCHIO, *Etica e scelte di fine vita in epoca di COVID-19*, in *Quotidianosanità.it*, 2 aprile 2020; P.E. BORESKIE, *Age is just a number – and so is frailty: Strategies to inform resource allocation during the Covid-19 pandemic*, in *Canadian Journal of Emergency Medicine*, aprile 2020; M. PICCINI, A. APRILE, P. BENCIOINI, L. BUSATTA, E. CADAMURO, P. MALACARNE, F. MARINI, L. ORSI, E. PALERMO FABRIS, A. PISU, D. PROVOLO, A. SCALERA, M. TOMASI, N. ZAMPERETTI, D. RODRIGUEZ, *Considerazioni etiche, deontologiche e giuridiche sul Documento SIAARTI "Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione ai trattamenti intensivi per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili"*, in *Il Pensiero Scientifico*, 4, 2020; M. BOLLATO, C. TETTAMANTI, A. FEOLA, *L'epidemia, la cura, la responsabilità e le scelte che non avremmo mai voluto fare*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 2, 2020, 1043-1053. Vedi anche TH. GUTMANN, *Scelte tragiche. Criteri per il "triage" di pazienti affetti da Covid-19 con necessità di terapie intensive*, in *Pandemia e diritti. La società civile in condizioni d'emergenza*, F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, TH. GUTMANN, D. INNERARITY, M. LA TORRE (a cura di), Napoli, 2022, 7 ss.

«sollevare i clinici da una parte delle responsabilità nelle scelte [...] compiute nei singoli casi»<sup>24</sup>, poi in parte “corretto” da un documento congiunto, del 13 gennaio 2021, della Società italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia Intensiva (SIAARTI) e della Società Italiana di Medicina Legale e delle Assicurazioni (SIMLA), intitolato «Decisioni per le cure intensive in caso di sproporzione tra necessità assistenziali e risorse disponibili in corso di pandemia di Covid-19»<sup>25</sup>.

Nonostante siano stati compiuti enormi sforzi per arginare il crescente numero di casi, l’aumento costante delle ammissioni in Terapia Intensiva ha drammaticamente posto l’attenzione sulle capacità di erogare cure intensive per saturazione dei posti-letto disponibili, dapprima in Lombardia e poi in gran parte delle altre Regioni del Nord Italia<sup>26</sup>. Sin da subito, dunque, è stata messa in discussione la possibilità di curare tutti, pur consci che ciò avrebbe aperto un ampio e controverso dibattito sui criteri di selezione adottati. Partendo dalla constatazione che «l’allocazione è una scelta complessa e molto delicata, anche per il fatto che un eccessivo aumento straordinario dei letti intensivi non garantirebbe cure adeguate ai singoli pazienti e distoglierebbe risorse, attenzione ed energie ai restanti pazienti ricoverati nelle Terapie Intensive»<sup>27</sup>, la SIAARTI ha affermato che potrebbe essere necessario porre un “limite di età”<sup>28</sup> all’ingresso in terapia intensiva, sostenendo, nello specifico, che «non si tratta di compiere scelte meramente di valore, ma di riservare risorse che potrebbero essere scarsissime a chi ha *in primis* più probabilità di sopravvivenza e secondariamente a chi può avere più anni di vita salvata, in un’ottica di massimizzazione dei benefici per il maggior numero di persone»<sup>29</sup>, per poi concludere che «in uno scenario di saturazione totale delle risorse intensive, decidere di mantenere un criterio di “*first come, first served*” equivarrebbe comunque a scegliere di non curare gli eventuali pazienti successivi che rimarrebbero esclusi dalla Terapia Intensiva»<sup>30</sup>. La soluzione che si è proposta, quindi, è quella di dare preferenza prioritariamente a chi avrebbe avuto più possibilità di sopravvivenza e, secondariamente, a chi avrebbe avuto più anni di vita salvata in caso di parità di *chances*; un criterio in linea con il modello sostanzialmente utilitarista di ispirazione anglosassone del *Quality adjusted life years* (c.d.

<sup>24</sup> <https://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato2675063.pdf>. Si vedano anche le precedenti Raccomandazioni della stessa SIAARTI e, in particolare, quella del 2003, «Raccomandazioni SIAARTI per l’ammissione e la dimissione dalla terapia intensiva e per la limitazione dei trattamenti in terapia intensiva», e quella del 2013, «Grandi insufficienze d’organo “end stage”: cure intensive o cure palliative? “Documento condiviso” per una pianificazione delle scelte di cura».

<sup>25</sup> [https://snlg.iss.it/wp-content/uploads/2021/01/2021\\_01\\_13\\_LINEE-GUIDA\\_DECISIONI-CURE-INTENSIVE\\_Def.pdf](https://snlg.iss.it/wp-content/uploads/2021/01/2021_01_13_LINEE-GUIDA_DECISIONI-CURE-INTENSIVE_Def.pdf).

<sup>26</sup> Cfr. L. BUSATTA, I. DOMENICI, *Criteri allocativi e scelte tragiche in sanità: quale lezione dalla pandemia?*, in *Rivista italiana di cure palliative*, 25, 2023, 234.

<sup>27</sup> *Raccomandazioni di etica clinica per l’ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*, punto 2, 5.

<sup>28</sup> Si veda la Raccomandazione n. 3: “Può rendersi necessario porre un limite di età all’ingresso in TI”. Sul punto, I. CAVICCHI, *Gli anestesisti-rianimatori alla prova, fallita, con l’etica medica*, in *Quotidiano sanità*, 9 marzo 2020.

<sup>29</sup> *Raccomandazioni di etica clinica per l’ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*, punto 3, 5.

<sup>30</sup> *Ibidem*. Per una difesa del criterio “*first come, first served*” si veda: M. BALISTRERI, *Post-coronial Studies. Salviamo chi arriva prima in ospedale! Una difesa del criterio ‘first come, first served’*, in *Labont – Center for Ontology*, 22 luglio 2020, <https://labonton.wordpress.com/2020/07/22/post-coronial-studies-salviamo-chi-arriva-prima-in-ospedale-una-difesa-del-criterio-first-come-first-served/>.



*Qaly*)<sup>31</sup>. Secondo questo, in condizione di scarsità di risorse, per stabilire quali persone curare, si «dovrà stabilire un ordine di priorità [...] sulla base di un indice che tiene conto da una parte dell'età della persona (criterio oggettivo), del numero di anni di vita attesa e della presumibile qualità di vita futura dell'individuo (criterio statistico) e dall'altra la presenza di comorbidità e dello stato di salute complessivo che si aggiunge all'età anagrafica. In pratica, il bene sanitario in questione verrà distribuito a coloro che maggiormente se ne potranno avvantaggiare, nel senso di conseguire, sulla base di questo intervento, un maggior numero di anni di vita in condizioni di salute migliore»<sup>32</sup>. Il bene oggetto di massimizzazione, in questo criterio pratico, è semplicemente la quantità di vita, senza che ciò rilevi su un concetto comunitario di bene pubblico. Nondimeno, il punto su cui maggiormente si è concentrato il dibattito è stata l'ipotesi di introdurre una soglia di età per l'accesso ai trattamenti di terapia intensiva. Si è infatti sostenuto che, nel caso in cui ciò fosse avvenuto, l'adozione d'una tale soglia avrebbe inevitabilmente condotto ad una discriminazione degli anziani rispetto ai giovani e, in aggiunta, avrebbe affidato la scelta non a parametri clinico-sanitari ma alla mera appartenenza ad una certa categoria di soggetti in ragione della loro età.

In relazione alle *Raccomandazioni* SIAARTI del 6 marzo 2020 si è pronunciato, l'8 aprile 2020, il Comitato Nazionale per la Bioetica, che è intervenuto con un apposito *Parere* sulla questione dell'accesso dei pazienti alle cure in condizioni di risorse sanitarie limitate<sup>33</sup>. Nello specifico, prendendo in esame un problema etico di così grande complessità, anche alla luce di alcuni principi fondamentali contenuti nella nostra Carta Costituzionale<sup>34</sup>, il CNB ha, infatti, affermato che, in una situazione di grave carenza di risorse, l'unico criterio eticamente accettabile nell'allocazione delle risorse sanitarie, sia quello *clinico*, dovendosi considerare eticamente inaccettabile ogni altro criterio di selezione, quale ad esempio l'età anagrafica, il sesso, la condizione e il ruolo sociale, l'appartenenza etnica e la disabilità. In tal senso – si legge nel parere –, «[l]a priorità andrebbe stabilita valutando [...] i pazienti per cui ragionevolmente il trattamento può risultare maggiormente efficace, nel senso di garantire la maggiore possibilità di sopravvivenza. Non si deve cioè adottare un criterio in base al quale la persona malata verrebbe esclusa perché appartenente a una categoria stabilita aprioristicamente»<sup>35</sup>. Relativamente a tale parere, merita però di essere qui segnalata la *dissenting opinion* del prof. Maurizio Mori<sup>36</sup>, secondo il quale il parere del CNB, che, come detto, afferma che l'unico criterio adeguato per l'allocazione delle risorse è "il criterio clinico" e che "ogni altro criterio di selezione è eticamente inaccettabile", non può

<sup>31</sup> Su questo modello, vedi P. SINGER, *Etica pratica*, Napoli, 1991; J. HARRIS, *The Value of Life. An Introduction to Medical Ethics*, Londra, 1985; J. HARRIS, *QALYfyng the value of life*, in *Journal of Medical Ethics*, 13, 1987, 117-123; D. SACCHINI, *La gestione delle risorse in medicina tra etica e discriminazioni*, cit., 81;

<sup>32</sup> L. D'AVACK, *Covid-19: criteri etici*, in *BioLaw Journal*, Special Issue, 1, 2020, 373-374.

<sup>33</sup> [https://www.biodiritto.org/content/download/4012/47178/file/i\\_documenti\\_del\\_CNB\\_sul\\_covid\\_19\\_-\\_marzo\\_2021.pdf](https://www.biodiritto.org/content/download/4012/47178/file/i_documenti_del_CNB_sul_covid_19_-_marzo_2021.pdf).

<sup>34</sup> Il CNB ha fatto esplicito riferimento ad alcuni articoli della Costituzione, nello specifico all'articolo 32, ove si parla della salute come fondamentale diritto dell'individuo, all'articolo 2, che riconosce e garantisce il principio personalista e il dovere di solidarietà, e all'articolo 3, ove si riconosce il principio di uguaglianza. Il CNB ha, inoltre, fatto riferimento anche alla Legge n. 833/1978 – che ha istituito il Servizio Sanitario Nazionale – secondo la quale la cura deve essere assicurata secondo un criterio universalistico ed egualitario.

<sup>35</sup> *Parere* del Comitato Nazionale per la Bioetica dell'8 aprile 2020, 12.

<sup>36</sup> *Ivi*, 16 ss.

essere ritenuto valido. Per chiarire la natura del problema ed il disaccordo, Mori pone un esempio concreto.

«Immaginiamo» – sostiene – «che Tizio (70 anni) e Caio (60 anni) necessitino di accedere alle Terapie Intensive e che, in situazioni normali con due letti disponibili, entrambi siano giudicati clinicamente idonei alle cure, avendo tutt'e due ragionevoli opportunità di ripristino della salute. Supponiamo ora che, improvvisamente, la situazione cambi e che resti un unico letto disponibile, così che è necessario scegliere se ammettere Tizio o Caio. Poiché dal punto di vista clinico entrambi erano già stati giudicati idonei, si deve riconoscere che la scelta è fatta sulla scorta di un criterio extra-clinico, in quanto la valutazione clinica non cambia col mutare delle opportunità di cura»<sup>37</sup>.

Seguendo il ragionamento di Mori, il parere del CNB non darebbe allora indicazioni precise su come affrontare il problema del *triage* in condizioni d'emergenza o della scelta dei pazienti da sottoporre a trattamenti intensivi, lasciando alla discrezionalità del medico la decisione da prendere.

Per rispondere alle critiche ricevute<sup>38</sup> – non solo a quelle provenienti dal Comitato Nazionale per la Bioetica – la Società italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia intensiva (SIAARTI), nel documento del 13 gennaio 2021, redatto, per come detto, insieme alla Società Italiana di Medicina Legale e delle Assicurazioni (SIMLA) e intitolato «Decisioni per le cure intensive in caso di sproporzione tra necessità assistenziali e risorse disponibili in corso di pandemia di Covid-19»<sup>39</sup>, precisa che «l'età non è di per sé un criterio per stabilire quali pazienti possono maggiormente beneficiare delle cure intensive e pertanto non è possibile farvi ricorso in fase di triage stabilendo dei *cut-off* (soglie di età). Solo a parità di altre condizioni, il mero dato anagrafico (età in anni) può avere un ruolo nella valutazione globale della persona malata in quanto con l'aumentare dell'età si riducono le probabilità di risposta alle cure intensive»<sup>40</sup>. Tale specificazione è stata certamente importante per sfrondare il campo da una serie di equivoci che inevitabilmente si erano creati, anche se occorre dire che, leggendo bene il testo delle prime *Raccomandazioni* SIAARTI, non era il limite di età ad essere stato scelto come criterio di selezione, ma la preferenza era stata assegnata prioritariamente a chi aveva più probabilità di sopravvivenza e solo secondariamente a chi poteva avere più anni di vita salvata, criterio quest'ultimo poi superato dal documento congiunto SIAARTI-SIMLA, che ad esso ha preferito il criterio utilitaristico del «maggior numero di vite salvate»<sup>41</sup>, di fatto preferendo un criterio che intende massimizzare la sopravvivenza nel breve termine. Ciò che tuttavia appare chiaro da questi documenti è che qualsiasi tipo di scelta su chi curare è discutibile, assumendo le fattezze di una decisione su cui – potremmo dire – si genera «un disaccordo ragionevole»<sup>42</sup>.

<sup>37</sup> *Ivi*, 17.

<sup>38</sup> Vedi *supra*.

<sup>39</sup> [https://assets.univadis.com/content\\_media/prod/guidelines\\_it\\_vda-net/265cd1c95065d51b08615e761c216eb5.pdf?qa=2.37493411.2037525654.1686150984-1287615008.1686150980](https://assets.univadis.com/content_media/prod/guidelines_it_vda-net/265cd1c95065d51b08615e761c216eb5.pdf?qa=2.37493411.2037525654.1686150984-1287615008.1686150980).

<sup>40</sup> *Ivi*, 11.

<sup>41</sup> Cfr. *Ivi*, 10.

<sup>42</sup> Su tale concetto, si veda J. RAWLS, *Liberalismo politico*, trad. it. a cura di S. Veca, Milano, 1994.

#### 4. Alla ricerca di un criterio ragionevole. Una proposta pratica

Alla luce di quanto sino ad ora detto, è allora necessario interrogarsi su *come* scegliere, quali cioè debbano essere i criteri che dovranno orientare la condotta degli operatori sanitari allorché le scelte allocative siano operate in condizioni di rilevante e drammatico squilibrio tra i bisogni di cura e i mezzi a disposizione per soddisfarli, ogniqualvolta cioè il personale sanitario si troverà costretto a dover operare una *scelta tragica*<sup>43</sup>. Se in condizioni di normalità il *triage* – lo si è detto – si presenta come una modalità di razionalizzazione dell’assistenza, finalizzata a conciliare la tutela del diritto alla salute con l’utilizzo delle risorse disponibili, che comunque non sono infinite, nelle situazioni di emergenza le cose cambiano. Non è mancato, per tale ragione, chi ha sostenuto che i criteri di scelta o, meglio, *il* criterio di scelta dovrebbe essere individuato dal legislatore, unico in grado di garantire la neutralità della decisione, che il personale sanitario non sarebbe in grado di assicurare<sup>44</sup>. Nondimeno, tale assunto soffre da due punti di vista: primo, assume che il personale sanitario non sia in grado di operare scelte eticamente argomentate, cosa tutt’altro che scontata; secondo, per quanto il legislatore possa essere neutrale, appare inverosimile che sia in grado di prevedere in anticipo tutte le *scelte tragiche* che i medici sul campo potrebbero essere costretti a prendere; si tratta, d’altronde, di una variabile troppo ampia per essere ricondotta nell’ambito di una norma giuridica. Rimarrebbe, infatti, pur sempre una zona d’ombra, e cioè uno o più casi pratici non ricompresi nella fattispecie giuridica, che, dunque, riporterebbero nuovamente a galla il problema su *come* decidere.

Un criterio adatto potrebbe allora essere quello dell’*urgenza*, che dà la priorità di accesso alle cure a tutti coloro i quali hanno un bisogno vitale di queste. Esso permetterebbe – detto rawlsianamente – di limitare l’influenza degli interessi individuali. Se, infatti, prendessimo spunto proprio dall’esperienza mentale del “velo di ignoranza” di John Rawls<sup>45</sup> – che immagina che i soggetti nella loro “posizione originaria” non sappiano nulla circa le loro caratteristiche personali – e lo adattassimo, piegandolo alle nostre esigenze di ricerca, alla questione del *triage* in condizioni di emergenza, per garantire l’imparzialità e la razionalità delle nostre scelte, sceglieremmo criteri razionali che non svantaggiano nessuna categoria specifica proprio perché ignoriamo quale possa essere la nostra categoria di appartenenza,

<sup>43</sup> Cfr. G. CALABRESI, P. BOBBIT, *Tragic Choices*, New York, 1978; TH. GUTMANN, *Scelte tragiche. Criteri per il “triage” di pazienti affetti da Covid-19 con necessità di terapie intensive*, cit.

<sup>44</sup> Non è mancato, infatti, chi ha sostenuto che il *triage* è una questione puramente giuridica e come tale non dovrebbero essere i medici a scegliere i criteri in base ai quali determinare chi vivrà e chi morirà. Tra questi, Thomas Gutmann. Vedi TH. GUTMANN, *Scelte tragiche. Criteri per il “triage” di pazienti affetti da Covid-19 con necessità di terapie intensive*, cit., 5-6.

<sup>45</sup> J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge (Massachusetts), 1971, trad. Italiana, *Una teoria della giustizia*, a cura di S. MAFFETTONE, Milano, 2017. Cfr. CH. LARMORE, *Patterns of Moral Complexity*, 1987, trad. it. *Le strutture della complessità morale*, Milano, 1990, 139-40; V. OTTONELLI, *Leggere Rawls*, Bologna, 2010; C. KUKATHAS, *Rawls: a theory of justice and its critics*, Cambridge, 1990; S. MAFFETTONE, *All’ultimo Rawls*, in *il Mulino*, 5, 1988, 748-767; S. MAFFETTONE, *Introduzione a Rawls*, Roma-Bari, 2010; F. SCIACCA (a cura di), *Libertà fondamentali in John Rawls*, Milano, 2002; R.P. WOLFF, *Understanding Rawls: a reconstruction and critique of a theory of justice*, Princeton, 1977; A. PORCIELLO, *Diritto decisione giustificazione. Tra etiche procedurali e valori sostanziali*, Torino, 2005, 63 ss.; P. MARRONE, *Un’introduzione alle teorie della giustizia*, Milano, 2003; T. NAGEL, *Rawls on justice*, in *Other Minds. Critical Essays*, Oxford, 1985, 121-136.

facendo così applicazione del “principio prudenziale del *maximin*”<sup>46</sup>, in base al quale se ci trovassimo, per esempio, a valutare quale scelta è più giusta ed equa dovremmo scegliere «il modello sociale la cui situazione più svantaggiata ipotizzabile è comunque migliore rispetto alla peggiore situazione svantaggiata del modello alternativo»<sup>47</sup>. E allora è proprio in tal senso che il criterio dell’urgenza, che non reca vantaggio ad una specifica categoria di persona, potrebbe ritenersi un criterio giusto ed equo, perché rappresenta una scelta razionale di stampo egualitario e, dunque, una scelta in grado di ottenere soluzioni che possano dirsi giuste ed eque per tutti. Tale criterio non è però scevro da aspetti problematici, nel senso che esso non supera il problema posto dalla pandemia da Covid-19 e cioè non trova una risposta per quei casi in cui ci si trovi improvvisamente dinanzi a soggetti giudicati “parimenti urgenti” che necessitano cioè di un urgente intervento medico, intervento possibile però solo per un numero limitato di essi. In tali casi, questo criterio non sarà risolutivo del problema che ci si è proposti di risolvere.

Un criterio adeguato a risolvere l’impasse potrebbe allora essere quello *clinico*, in base al quale l’accesso alle risorse sanitarie limitate sarebbe garantito prioritariamente a chi potrebbe maggiormente giovare del trattamento medico in termini di maggiore possibilità di sopravvivenza. Tale criterio limiterebbe la discrezionalità del personale sanitario unicamente alle condizioni di salute dei pazienti e, al contempo, risolverebbe il problema sul quale il criterio dell’urgenza si era bloccato, ovvero sia quello di trovarsi dinanzi a soggetti parimenti urgenti. Nondimeno, potrebbe prestare il fianco ad un’altra critica: come comportarsi, per esempio, di fronte a due soggetti che abbiano lo stesso quadro clinico quando la risorsa disponibile è una sola? In tal caso, per eludere il ricorso all’età anagrafica, al sesso, alla condizione sociale o all’etnia come criterio di scelta, si potrebbe affiancare al criterio *clinico* quello del *first come, first served*, di modo che questi, insieme, risolverebbero le obiezioni sovente poste su *cosa fare* nel caso in cui ci si dovesse trovare dinanzi a due soggetti parimenti urgenti e parimenti gravi. In tal modo, in una situazione di estrema gravità, laddove, dunque, le risorse sanitarie fossero tanto scarse da non bastare per tutti, mescolando un criterio *clinico* con uno *extra-clinico*, nessuno verrebbe escluso perché appartenente a una categoria stabilita aprioristicamente; la scelta verrebbe, infatti, affidata a parametri clinico-sanitari, e, solo in ultima ipotesi, all’ordine di arrivo. Certo, anche contro tale scelta alcune obiezioni potrebbero essere poste, ma – lo si è detto in apertura – rintracciare un criterio allocativo su cui si possa trovare un accordo ragionevole è molto difficile. Tuttavia, ragionare dei diversi criteri allocativi, magari anche in combinazione tra loro, può certamente essere utile, specialmente alla luce di quanto successo con la pandemia da Covid-19, laddove il mondo intero si è trovato a fronteggiare una situazione analoga a quella della medicina delle catastrofi, anzi, ben più grave se si guarda alla sua durata nel tempo e alla sua diffusione su scala globale.

<sup>46</sup> Il termine *maximin* è una contrazione della locuzione Latina *maximun minorum*. Cfr. J. RAWLS, *A Theory of Justice*, trad. it., *Una teoria della giustizia*, cit.; Id., *Justice as Fairness. A Restatement*, trad. it., *Giustizia come equità. Una riformulazione*, Milano, 2002. Cfr. L. BACCELLI, *Disuguaglianza e differenza: avventure moderne e contemporanee*, in *Filosofia politica*, XXIV, 1, 2020, 43-60; S.M. GARDINER, *A Core Precautionary Principle*, in *J. Pol. Phil.*, 14, 2006. In una versione critica: J.C. HARSANYI, *Can the Maximin Principle Serve as a Basis for Morality? A Critique of John Rawls Theory*, in *The American Political Science Review*, 69, 2, 1975.

<sup>47</sup> A. PORCIELLO, *Diritto decisione giustificazione. Tra etiche procedurali e valori sostanziali*, cit., 72.

## Forme possibili di genitorialità nella retorica del silenzio

Serena Tomasi \*

POSSIBLE FORMS OF PARENTHOOD IN THE RHETORIC OF SILENCE

ABSTRACT: The paper examines the Italian Constitutional Court's decision of January 28, 2021, no. 32, from a rhetorical perspective, focusing on textuality, syntax, lexicon, and argumentation. The study operates on three levels: first, it addresses legal language and the relationship between language and law; second, it explores the rhetorical perspective, defining rhetoric and its techniques within the contemporary debate; third, it analyzes the rhetorical concept of *kairòs* in the judgment. This approach highlights the interplay between rhetoric and legal decision-making, offering a comprehensive understanding of the court's reasoning.

KEYWORDS: Rhetoric; Argumentation; Legal Language; Medically Assisted Procreation; Genitorality

ABSTRACT: Il paper propone una rivisitazione retorica, secondo un approccio retorico, della sentenza della Corte Costituzionale del 28 gennaio 2021, n. 32, analizzando testualità, sintassi, lessico e argomentazione. Lo studio si sviluppa su tre livelli: il primo tratta il linguaggio giuridico e il rapporto tra lingua e diritto; il secondo esplora la prospettiva retorica, definendo la concezione e la tecnica retorica nel contesto del dibattito contemporaneo; il terzo analizza il concetto retorico di *kairòs* nella sentenza. Questo approccio evidenzia l'interazione tra retorica e diritto, offrendo una comprensione approfondita del ragionamento della Corte.

PAROLE CHIAVE: Retorica; argomentazione; linguaggio giuridico; PMA; genitorialità

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Lingua e diritto – 3. Quale retorica? – 4. La sentenza: tra detto e non-detto – 5. Conclusioni.

### 1. Introduzione

Lingua del diritto e lingua della vita si incontrano o dovrebbero incontrarsi: le pronunce della Corte Costituzionale, che tecnicamente non risolvono un caso e non hanno per oggetto diretto fatti concreti, bensì le leggi, sono espressione vivida del punto di incontro o di mancato incontro tra la lingua della società e quella del diritto<sup>1</sup>. La Corte, nel far parlare la Costituzione tutte le volte

\* Ricercatrice RTDB in Filosofia del Diritto, presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento. Mail: [serena.tomasi-1@unitn.it](mailto:serena.tomasi-1@unitn.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

<sup>1</sup> Il contributo è dedicato al tema di lingua e diritto e alle loro interazioni, quali elementi non statici, ma dinamici, che evolvono nel tempo. La prospettiva di studio è quella della filosofia linguistica di Aristotele, secondo la sintesi più incisiva offerta da Franco Lo Piparo per cui «gli uomini *non usano* il linguaggio, *vivono* il linguaggio»: il

che la applica, parla a tutti i suoi destinatari: come, infatti, la Costituzione prende vita quotidianamente e parla non solo agli esperti, ma a tutti gli uomini e le donne viventi in un certo periodo, così, chi interpreta ed applica la Costituzione trasferisce il senso della Costituzione nelle diverse circostanze concrete, traducendo i principi in conseguenze pratiche<sup>2</sup>. In uno studio sul legame tra le parole della Carta e quelle della Corte Costituzionale, Valerio Onida, usando i termini del linguista De Mauro<sup>3</sup>, osservava che le pronunce giudiziali, ed anche le sentenze della Corte Costituzionale, sono necessariamente più «suasive» che «iussive»<sup>4</sup>, riportando l'attenzione sulla retorica dell'attività giudiziaria e sui suoi destinatari. Il giudice, consapevole della persuasività del suo prodotto, è chiamato non solo a scrivere sentenze chiare e corrette, ma anche ad attuare delle strategie per il suo uditorio, per far sì che i suoi indefiniti lettori empirici coincidano quanto più possibile con il lettore modello. Quello che lega il giudice-scrittore al cittadino-lettore non è dissimile da quel meccanismo che, in letteratura, Umberto Eco indicava come *lector in fabula*<sup>5</sup>: ripensando la scrittura della sentenza come un atto comunicativo, ciò consente di valorizzare tutti gli aspetti di un'iterazione complessa, per inferenze o per quegli elementi sottesi che inducono a riconoscere e comprendere «implicature conversazionali»<sup>6</sup>. Per quanto l'autore sia dettagliato nelle sue descrizioni e nei passaggi inferenziali, non potrà mai arrivare ad un tale grado di precisione da sciogliere qualsiasi ambiguità. A questo proposito, secondo Eco, l'autore esaurisce il suo ruolo nel momento in cui completa il testo che si apre ad una nuova relazione interpretativa con il lettore, anche in forme non previste dall'autore. Umberto Eco parla di «apertura» di un'opera per evidenziare la sua minore o maggiore capacità di supportare diverse interpretazioni, e il maggiore o minore grado di inferenza richiesto dal lettore. Così ogni sentenza esiste non solo come oggetto fisico,

---

linguaggio ed il diritto sono intrecciati non nel senso che il linguaggio ne è strumento, ma che il linguaggio lo innerva. «Il parlare non è tanto attività bio-cognitiva unica e specie-specifica che si aggiunge ad altre attività che l'uomo ha in comune con altri viventi quanto, piuttosto, attività che a partire dal momento in cui sorge, riorganizza e rende specifiche tutte le attività cognitive umane, comprese quelle che l'uomo mostra di avere in comune con altri animali non umani: percezione, immaginazione, memoria, desiderio, socialità»: così, F. LO PIPARO, *Aristotele e il linguaggio. Cosa fa di una lingua una lingua*, Roma-Bari, 2003, 1, 5. Sui risvolti della riflessione aristotelica sul linguaggio, in ambito giuridico, richiamiamo F. PUPPO, *Diritto e retorica*, Torino, 2023.

<sup>2</sup> La Corte fa parlare la Costituzione, interpretandola in modo evolutivo e talvolta aggiungendo nel lessico costituzionale parole nuove, non coniate dai costituenti: sul tema, rinviamo alla rielaborazione di M. AINIS, *Le parole della Costituzione*, Napoli, 2014.

<sup>3</sup> Il riferimento è all'introduzione curata dal linguista Tullio De Mauro per il testo originario della Costituzione, pubblicato nel 2006, cui fu assegnato uno speciale premio Strega: T. DE MAURO, *Il linguaggio della Costituzione. Introduzione al vol. Costituzione della Repubblica Italiana (1947)*, Torino, 2006, vii-xxxii.

<sup>4</sup> V. ONIDA, *Le parole della Carta, le parole della Corte*, in F. BAMBI (a cura di), *Lingua e processo. Le parole del diritto di fronte al giudice. Atti del Convegno. Firenze, 4 aprile 2014*, Firenze, 2016, 43-49, spc. 46.

<sup>5</sup> Si tratta di riflettere sulla sentenza nella forma della sua rilettura; poiché la scrittura si rivela nella lettura, occorre interrogarsi sulle modalità di lettura del testo e sulle modalità in cui il non-detto partecipi al processo di significazione del testo. Un modo di lettura è quello della cooperazione interpretativa, oggetto di studio in *Lector in fabula*: U. Eco, *Lector in fabula. La cooperazione interpretativa nei testi narrativi*, Milano, 1979. Sulla questione della lacuna a livello di narrazione, vedi: N. GARDINI, *Lacuna. Saggio sul non detto*, Torino, 2014.

<sup>6</sup> Il riferimento è alla definizione fornita da P. GRICE, *Logica e conversazione. Saggi su intenzione, significato e comunicazione*, Bologna, 1955. Sulla comprensione del contesto comunicativo nel diritto, v. M.V. DELL'ANNA, *In nome del popolo italiano. Linguaggio giuridico e lingua della sentenza in Italia*, Firenze, 2017; M.V. DELL'ANNA, *Profili discorsivi e argomentazione nel linguaggio del giudice*, in A. MARIANI MARINI, F. BAMBI (a cura di), *Lingua e diritto. Scritto e parlato nelle professioni legali*, Pisa, 2013, 149-175.

ma in quanto storia: la sua apertura ai diversi casi concreti dipende anche dalle scelte persuasive dell'estensore.

Una prospettiva, a nostro avviso, feconda di valutazione delle peculiarità del linguaggio del diritto e della comunicazione giuridica è quella che proporremo di applicare in questo contributo, fondata sulla retorica.

La nostra proposta è una rivisitazione, secondo un approccio retorico, della pronuncia della Corte Costituzionale 28 Gennaio 2021, n. 32<sup>7</sup>, analizzando i principali fenomeni di testualità, sintassi, lessico ed argomentazione, alla ricerca di elementi di contatto o divergenza rispetto alla lingua comune o a modalità diverse di realizzazione della lingua nel dominio giuridico. Lo studio retorico mostra la regia del discorso e mette in evidenza particolari espressivi che sono tutt'altro che ininfluenti nella comunicazione: è proprio l'analisi fine della interazione persuasiva che ne svela i meccanismi di funzionamento ed i risultati voluti. In una prospettiva di persuasività, avremo modo di mostrare che le sequenze argomentative della motivazione sono strutturate, dal punto di vista testuale e linguistico, come mosse interazionali strategiche, con l'obiettivo non solo di presentare la propria ricostruzione argomentativa, ma anche di definire uno spazio linguistico nuovo per il diritto dei minori e della famiglia, sino a creare una "pista" di azione di pertinenza esclusiva del legislatore.

Allo stato, chiarita la finalità di analisi di questa pronuncia come espressione dell'interazione e, finanche, della mutua trasformazione di lingua e diritto, ci pare opportuno rilevare ed approfondire tre diversi livelli del tema di studio di questo contributo che costituiranno gli snodi concettuali dello studio: il primo livello inerisce al tema generale del linguaggio giuridico e del rapporto fra lingua e diritto; il secondo livello attiene alla specificità della prospettiva retorica, definendo la concezione di retorica e della sua tecnica, in un quadro ricostruttivo che intende dare conto del dibattito contemporaneo e delle diverse accezioni d'uso del termine; il terzo livello attiene all'analisi retorica della sentenza n. 32/2021 con cui la Corte fu chiamata a pronunciarsi su ricorso per legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9 della legge n. 40/2004 e dell'art. 250 c.c., in quanto tali disposizioni non consentirebbero al figlio nato nell'ambito di un progetto di PMA (procreazione medicalmente assistita), praticata da una coppia dello stesso sesso, l'attribuzione dello status di figlio.

---

<sup>7</sup> Si vedano in argomento, in particolare: A. D'ALOIA, *Essere genitori. Tra limiti legislativi e interessi (fondamentali) del minore*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, 73-91; V. BARBA, *Procreazione medicalmente assistita eterologa omosessuale: c'è differenza se il figlio nasce in Italia o all'estero. Intorno a tre recenti sentenze della Cassazione*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 3, 2021, 819-834; A. GUIDO GRASSO, *Oltre l'adozione in casi particolari, dopo il monito al legislatore. Quali regole per i nati da PMA omosex e surrogazione?* In *Le Nuove leggi civili commentate*, 3, 2021, 466-500; C. INGENITO, *Il diritto all'identità dei figli in due recenti pronunce della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2021, 337-358; F. RIMOLI, *Diritto all'omogenitorialità, "best interests of the child" e famiglia "naturale": un problema ancora irrisolto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2021, 339-357; 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.

## 2. Lingua e diritto

Il tema del contributo, inteso in senso lato, è quello della parola come azione, come strumento da adoperare con cautela perché attorno alla stessa gravita l'organizzazione delle istituzioni, ma anche il senso delle mutue trasformazioni della vita civile e del diritto<sup>8</sup>.

Diritto e linguaggio hanno molto in comune: sulla lingua del diritto si intrecciano e si sovrappongono saperi disciplinari diversi, dei linguisti e dei giuristi. In particolare, gli studi linguistici sul linguaggio sono sempre più numerosi e negli ultimi anni si muovono in diverse direzioni di ricerca che, secondo la più recente panoramica tracciata dal linguista Sergio Lubello<sup>9</sup>, possono essere ricomposte secondo queste linee di approfondimento. Un filone di ricerca è quello degli studi del diritto come linguaggio specialistico e sui vari ambiti della lingua speciale (lessico, sintassi, testualità, pragmatica, come Federigo Bambi, 2012, 2015)<sup>10</sup>; vi sono studi dedicati alla linguistica forense o giudiziaria che si occupano della lingua del processo nelle sue varie fasi, prodotta dai diversi attori, dagli atti preparatori, all'istruttoria fino alla sentenza<sup>11</sup>. Innovativi sono gli studi di fonetica giudiziaria o forense che si occupano della lingua parlata e del complesso apparato della comunicazione paraverbale che influenza il modo in cui le parole vengono percepite<sup>12</sup>. Prospettive interessanti dell'italiano giuridico sono quelle rivolte alla linguistica dei corpora elettronici e del trattamento informatico in rete<sup>13</sup>, nonché gli studi di legistica e legimatica<sup>14</sup>. Un filone corposo è quello dedicato alla semplificazione della lingua attraverso regole e

<sup>8</sup> Va premesso, per onestà metodologica, che lo studio dell'italiano giuridico in questo paragrafo viene presentato come studio di linguaggio specialistico, con riferimento prevalente alla letteratura linguistica. È importante fare cenno, nel quadro definitorio, all'ampio dibattito interno alla cultura giuridica e agli studi di filosofia del diritto analitica, che condividono il metodo dell'analisi del linguaggio, nonché alle tendenze della filosofia post-analitica, determinate dalla svolta pragmatica dell'analisi linguistica e dalla diversa concezione del linguaggio. Non possiamo qui avanzare alcuna pretesa di stilare una lista completa di filosofi del diritto che, nel solco della scuola analitica, continuano a praticare l'analisi del linguaggio: mi limito a citare alcuni riferimenti che ritengo essenziali. Per gli opportuni approfondimenti e riferimenti bibliografici si rinvia a: V. VILLA, *Storia della filosofia del diritto analitica*, Bologna, 2003; P. COMANDUCCI-R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2004. Sui caratteri del linguaggio giuridico: U. SCARPELLI (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976; P. BORSELLINO, S. SALARDI, M. SAPORITI (a cura di), *L'eredità di U. Scarpelli*, Torino, 2014; R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio*, Torino, 2006; C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990; L. GIANFORMAGGIO, M. IORI (a cura di), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Giuffrè, 1997; U. SCARPELLI, P. DI LUCIA (a cura di), *Il Linguaggio del diritto*, Milano, 1994. Per un approfondimento del tema dei rapporti semiotici tra linguaggio ordinario e linguaggio giuridico, nella prospettiva filosofico-giuridica ed informatico-giuridica, v. P. PERRI, S. ZORZETTO (a cura di), *Diritto e linguaggio. Il prestito semantico tra le lingue naturali e i diritti vigenti in una prospettiva filosofico e informatico-giuridica*, Milano, 2014. Sui limiti dell'analisi del linguaggio giuridico a favore di una prospettiva evolutiva del diritto, v. M. BARBERIS, *Diritto in evoluzione. Un manuale?*, Torino, 2022.

<sup>9</sup> S. LUBELLO, *L'Italiano del diritto*, Roma, 2021, 10.

<sup>10</sup> F. BAMBI (a cura di), *L'italiano giuridico che cambia*, Firenze, 2012; F. BAMBI, *La lingua delle Aule parlamentari. La lingua della Costituzione e la lingua della legge*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 3, 2015, 1-10.

<sup>11</sup> Tra cui P. BELLUCCI, *A onore del vero. Fondamenti di linguistica giudiziaria*, Torino 2002; M.V. DELL'ANNA, *op. cit.*

<sup>12</sup> M. GRIMALDI, *Al di là di ogni ragionevole dubbio: voce, scienza e legge nella fonetica forense*, in *Questione Giustizia*, 2015.

<sup>13</sup> G. ROVERE, *Capitoli di linguistica giuridica. Ricerche sui corpora elettronici*, Alessandria, 2005.

<sup>14</sup> A. ARTOSI, G. BONGIOVANNI, S. VIDA, *Problemi della produzione e dell'attuazione normativa: 3: Analisi del linguaggio giuridico, legistica e legimatica*, Bologna, 2001.



proposte di redazione e riscrittura dei testi: accanto agli studi che interessano gli usi pubblici e istituzionali della lingua amministrativa, di recente l'analisi descrittiva e i suggerimenti di miglioramento hanno riguardato anche gli atti di parte della scrittura forense<sup>15</sup>. È sempre più studiato l'uso comunitario e transazionale della lingua, e gli aspetti legati alla traduzione tra le diverse lingue dell'UE<sup>16</sup>. Infine, va fatto cenno agli studi sul linguaggio giuridico nei media<sup>17</sup> poiché il diritto ha, sempre più, anche una dimensione divulgativa e conosce declinazioni diverse attraverso media diversi.

Questo ricco quadro delle forme di connubio tra lingua e diritto dimostra, a nostro modo di vedere, che quello del linguaggio giuridico è un fenomeno complesso, variamente stratificato ed eterogeneo e che richiede, anche da parte dei giuristi, un continuo interrogarsi metalinguistico, per comprendere quella tecnica di comunicazione, naturalmente alla nostra portata, eppure così complessa da apparire caleidoscopica.

Nel prosieguo ci limiteremo a considerazioni sulla scrittura del diritto e sulla lingua della sentenza in commento: a tal fine il riferimento di base sarà ad alcuni aspetti propri del nesso lingua-diritto, che intendiamo esplicitare come premessa delle successive riflessioni.

Secondo il linguista Lubello, il nesso lingua-diritto può essere interpretato in senso identitario, secondo cui il diritto è lingua, atteso che tutto il diritto è fatto di parole e che non esiste un'attività giuridica che non sia anche attività di lingua, di comunicazione, scritta o parlata. Che il diritto si costruisce grazie alla lingua è un dato di fatto facilmente riscontrabile: basti pensare che «un reato è tale solo se lo instaura la legge, che è un prodotto linguistico»<sup>18</sup>.

La peculiarità del linguaggio giuridico è la sua natura bifronte: «è il linguaggio specialistico che più si sporca con la lingua comune, capace come una spugna di assorbire linfa da ogni fonte terminologica»<sup>19</sup>. Il linguaggio giuridico è fatto delle parole di tutti i giorni e di parole tecniche, si compone di parole della lingua d'uso e di tecnicismi che, nella pratica, sono poi diventati d'uso comune. Paolo Grossi evocava con l'espressione «carnalità dello spazio giuridico»<sup>20</sup> la costitutiva dimensione intersoggettiva del diritto, quale sapere che riguarda la vita quotidiana delle persone. L'accento sulla natura anfibia della lingua giuridica vale a mettere in risalto il meccanismo di creazione della lingua del diritto: è una lingua fatta di parole che subiscono aggiustamenti poiché nascono nella vita delle persone, transitano nel linguaggio specialistico delle corti e, superstiti al processo, tornano di pertinenza delle persone.

I flussi di trasformazione della lingua del diritto sono trasversali: come il diritto è in continua trasformazione, così anche la lingua si evolve nel tempo. Lingua e diritto si evolvono e si trasformano vicendevolmente: l'evoluzione dell'uno influenza l'altro e viceversa.

<sup>15</sup> J. VISCONTI (a cura di), *Parole nostre. Le diverse voci dell'italiano specialistico e settoriale*, Bologna, 2019; R. GUALDO, L. CLEMENZI, *Atti Chiari. Chiarezza e concisione nella scrittura forense*, Viterbo, 2021.

<sup>16</sup> S. ONDELLI, *L'italiano delle traduzioni*, Roma, 2020.

<sup>17</sup> S. LUBELLO, C. NOBILI, *L'italiano e le sue varietà*, Firenze, 2018.

<sup>18</sup> M. CORTELLAZZO, *Giuridico-amministrativo, linguaggio*, in *Enciclopedia dell'italiano*, I, 2010, 588-590.

<sup>19</sup> R. GUALDO, *Il linguaggio del diritto*, in R. GUALDO, S. TELVE (a cura di), *Linguaggi specialistici dell'italiano*, Roma, 2011, 411-477.

<sup>20</sup> P. GROSSI, *Carnalità dello spazio giuridico*, in *Settimane di studio / Centro Italiano di studi sull'Alto Medioevo*, 50, 1, 2003, 537-550.

Come ha osservato Biffi<sup>21</sup>, studiare il lessico del diritto consente di mettere a fuoco linguisticamente i rapporti e le relazioni tra gli individui di una società e porre attenzione su alcuni eventi che li riguardano. L'assenza di una parola nel diritto dà, in particolare, delle indicazioni importanti: a volte succede che la lingua del diritto solleciti la formazione o riflessione su parole nuove della lingua comune che sappiano descrivere mondi e strutture sociali nuove, come accade nella sentenza in commento con riferimento alla diffusione di tecniche di procreazione medicalmente assistita che consentono di essere genitore senza aver generato o contribuito a generare un figlio. La lingua della giurisprudenza delle corti (nazionali ed europee) attesta l'evoluzione del concetto genitoriale e l'emersione di nuovi modelli di formazione sociale riconosciuti fondati su una genitorialità sociale: la trasformazione della lingua comune avviene attraverso nuove espressioni linguistiche giuridiche, che risultano dirompenti, come «figlio di due madri», anziché figlio di due donne, o «genitore d'intenzione» (Cass. n. 19599/2016). Queste osservazioni su lingua e diritto inducono a ripensare al confine tra lingua e lingua del diritto nel senso letterale di *finis*, «luogo dove si finisce insieme», «che implica sempre un'apertura all'altro, un "finire insieme"»<sup>22</sup>: il rischio di confinare la lingua del diritto in un ambito specialistico e diviso è quello di accrescere i momenti di incomunicabilità, tra i giuristi e i cittadini comuni. Riflettere sul nesso tra lingua e diritto, come cercheremo di mostrare nel prosieguo, permette di rivedere il confine tra lingua e lingua giuridica non più come un limite, ma come un'apertura, dando senso al patto comunicativo tra la società e le istituzioni che la scrittura della sentenza veicola.

### 3. Quale retorica?

Dal punto di vista metodologico, questo contributo si caratterizza per un approccio retorico al diritto, fondato cioè sulla premessa che la razionalità giuridica non possa essere distinta da quella del linguaggio: secondo Puppo<sup>23</sup>, quella retorica non è solo una possibile teoria di diritto, ma è costitutiva per il diritto nella misura in cui sta al fondamento dell'esperienza giuridica. Nella prospettiva per cui il diritto è fondato sulla retorica, alla base della normatività vi è la relazione: la parola serve, in questo senso, non solo ad esprimere la propria posizione, ma ad esprimersi con l'altro e a prendersi cura del rapporto con l'altro. Questa prospettiva di retorica giuridica critica come astratto quel modello di diritto, di tradizione analitica, che considera il messaggio giuridico come un messaggio oggettivo, che esiste e viene trasmesso in modo neutrale, poiché omette di cogliere le relazioni tra ciò di cui si parla e chi parla, cioè tra parlanti ed ascoltatori.

Una prospettiva retorica per il diritto implica anche un approccio retorico ai fatti di linguaggio: guardare all'attività verbale dal punto di vista della persuasione nei confronti dell'altro significa dover fare i conti anche con tutto ciò che linguistico non è (o sembra non esserlo), ed assumere uno sguardo "impuro" considerando il linguaggio non come un oggetto indipendente o come un sistema autonomo, ma come una concreta pratica che si intreccia con altre pratiche umane.

<sup>21</sup> M. BIFFI, *Il morire e l'ordinamento giuridico. Riflessioni linguistiche sulle parole della scelta*, in *Italiano digitale*, 3, 2019, 86-91.

<sup>22</sup> M. BALZANO, *Le parole sono importanti. Dove nascono e cosa raccontano*, Torino, 2019, 13.

<sup>23</sup> F. PUPPO, *Diritto e retorica*, cit., spc. xii ss.

Secondo Francesca Piazza, filosofa del linguaggio, assumere un approccio retorico ai fatti del linguaggio implica assegnare alla persuasività del linguaggio un ruolo non accessorio ed eventuale, ma costitutivo:

«Parlare per persuadere (gli altri, ma anche noi stessi) è un'attività naturale e spontanea. Cercare di modificare desideri, pensieri, comportamenti *per mezzo delle parole* è un'esperienza comune, un'abilità che si sviluppa insieme all'acquisizione del linguaggio. Imparare a parlare significa ad un tempo imparare che le parole hanno un potere, che è possibile, grazie ad esse, fare (e ottenere) delle cose. Una tradizione plurisecolare ci ha invece abituati a pensare al linguaggio come ad un veicolo per trasmettere pensieri da una mente all'altra e a considerare la comunicazione (intesa come trasferimento di informazioni) l'obiettivo primario, se non l'unico, dell'attività verbale<sup>24</sup>».

La separazione tra scopi informativi e scopi persuasivi del linguaggio è all'origine di una pericolosa opposizione valutativa alla stregua della quale il discorso informativo viene inteso come un discorso oggettivo, razionale, neutro, impersonale; mentre il discorso persuasivo viene degradato a prodotto soggettivo, irrazionale, emotivo e per lo più fazioso. In verità, questa divisione semplifica il fenomeno linguistico nel quale gli usi strettamente informativi del linguaggio sono un fenomeno marginale, quasi «un caso limite nell'interazione tra parlanti»<sup>25</sup>, in quanto è naturale in ogni tipo di interlocuzione cercare di ottenere l'adesione di chi ascolta. Se questo è vero, allora la persuasione non è una delle tante possibilità che il linguaggio ci offre, ma è qualcosa di pervasivo.

Secondo Francesca Piazza, questa accezione di retorica è quella risalente al modello classico aristotelico: nel frammento 1335b della *Retorica*, Aristotele afferma che «la sua funzione specifica non è persuadere, ma scoprire che cosa ci può essere di persuasivo in ogni argomento»<sup>26</sup>, identificando la retorica non come scienza, ma come un'arte (*techne*). Nella visione aristotelica, la retorica non è un manuale per diventare bravi retori, ma una teoria integrata della persuasione: le emozioni non sono antagoniste della ragione, ma un fattore essenziale del processo persuasivo che l'oratore non può ignorare. Assumere un approccio retorico al linguaggio significa, nello spirito aristotelico, guardare alla retorica come un meccanismo unitario, considerando il potenziale persuasivo radicato nella personalità dell'oratore, nella psicologia del suo uditorio e nella logica degli argomenti.

Il perimetro della retorica tracciato dal canone aristotelico si è ristretto sino a diventare, in tempi recenti, solo retorica letteraria: come scrive Mortara Garavelli riprendendo il saggio di Genette dal titolo «retorica ristretta»<sup>27</sup>, l'uso attuale del termine retorica nomina solo una parte, cioè l'*ornatus*, la teoria dell'elocuzione e delle figure. La deriva letteraria tradisce lo spirito della retorica classica e condiziona la percezione della retorica che, nel sentimento comune, è segnata dal discredito della pratica verbale puramente estetica, fatta di parole che coprono, occultano e persino manipolano i contenuti, presupposti come entità oggettive.

Nel Novecento, l'opera di Perelman e Olbrechts Tyteca ha contribuito a ricostruire un'immagine positiva della retorica riconoscendo alla disciplina nuovo spazio all'interno della teoria

<sup>24</sup> F. PIAZZA, *Linguaggio persuasione e verità. La retorica nel Novecento*, Roma, 2015, 9.

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> La traduzione è quella di FRANCESCA PIAZZA in *Retorica Vivente. Un approccio retorico alla filosofia del linguaggio*, in *Rivista Italiana di Filosofia del Linguaggio*, 1, 2015, 232-250.

<sup>27</sup> B. MORTARA GARAVELLI, *Manuale di retorica*, Milano, 1988.

dell'argomentazione<sup>28</sup>: tuttavia, il successo del progetto di riabilitazione è stato condizionato dalla mancata ripresa delle strutture portanti del modello classico, reiterando le interdipendenze e le gerarchie tra le parti costituenti. Nella teoria dell'argomentazione, la retorica, ove prevista, rivive nella sua accezione ristretta, strumentale alla logica degli argomenti: un argomento è persuasivo in quanto valido e corretto, cioè rispetta le regole logiche e valuta la verità delle sue premesse dialogicamente. La retorica è confinata allo studio di mosse strategiche e tecniche presentazionali per veicolare l'argomento ragionevole, come se la ragionevolezza fosse indipendente dalla retorica. La persuasività è, cioè, intesa come una componente non interna al ragionamento, ma uno strumento da adoperare per veicolare il prodotto logico o argomentativo.

Nel momento in cui la retorica diventa, invece, interna al ragionamento, lo studio del linguaggio subisce un mutamento di prospettiva: la descrizione delle espressioni linguistiche e del loro significato si libera del pregiudizio strumentale e assume un ruolo essenziale per comprendere la relazione specifica tra l'oratore ed il suo pubblico. La retorica cessa di avere un ruolo subalterno al servizio della ragione: si allarga l'accezione di ragionevolezza retorica come un iperonimo che include in unità l'argomento, il mezzo di presentazione e la relazione tra interlocutori.

Il nostro progetto di studio della sentenza propone, quindi, la valorizzazione delle risorse linguistiche ai diversi piani e livelli di interazione, in una visione retorica, in senso classico, nella quale le espressioni linguistiche non sono ridotte a estensioni lessicali isolate ornamentali, ma ripensate come strutture concettuali pervasive, strumenti non dispensabili del pensiero e dell'azione linguistica. L'accezione retorica, qui accolta, è quella esplicitata da Francesca Piazza come «un modo di fare filosofia e, più esattamente, un modo produttivo di fare filosofia del linguaggio», ovvero, richiamando Bottirotoli, «la retorica non è solo un modo di parlare: è un modo di pensare. Non è soltanto arte del persuadere, ma uno stile di conoscenza»<sup>29</sup>.

Proveremo, dunque, a mostrare in cosa consiste questo modo di pensare, quali sono i suoi vantaggi teorici e per quali aspetti esso può essere considerato una tecnica di rilettura delle sentenze.

#### 4. La sentenza: tra detto e non-detto

Con la sentenza n. 32/2021 Corte Costituzionale fu chiamata a pronunciarsi su ricorso per legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9 della legge n. 40/2004 e dell'art. 250 c.c.: secondo il giudice rimettente, tali disposizioni non consentirebbero al figlio nato nell'ambito di un progetto di PMA (procreazione medicalmente assistita), praticata da una coppia dello stesso sesso, l'attribuzione dello status di figlio. Stando al tenore letterale delle norme e all'interpretazione sistematica della legge n. 40/2004, tuttavia, solo le coppie di sesso diverso possono legittimamente accedere alle pratiche di PMA e solo queste, dunque, possono beneficiare delle previsioni di cui agli artt. 8 e 9 in materia di riconoscimento dei figli.

<sup>28</sup> Per una ricostruzione della retorica nei secoli, rimandiamo a M. PRANDI, *Retorica*, Bologna, 2023; sulla teoria dell'argomentazione e sulle applicazioni in filosofia morale e filosofia del diritto, S. TOMASI, *L'argomentazione giuridica dopo Perelman*, Roma, 2020.

<sup>29</sup> G. BOTTIROLI, *Le possibilità dell'argomentazione*, in A. PENNACINI (a cura di), *Retorica e comunicazione. Teoria e pratica della persuasione nella società contemporanea*, Alessandria, 1993, 49-75.

Abbiamo scelto questa sentenza perché esemplifica in modo significativo il legame tra diritto e retorica attraverso tre aspetti fondamentali:

- a) la componente *doxastica*, cioè il riferimento a valori e ad un'aspettativa generale rispetto alla quale valutare l'adeguamento, in assenza di una norma rigidamente codificata;
- b) la componente comunicativa, cioè l'adeguamento del discorso a tutti i suoi destinatari, sul piano giuridico, politico ed istituzione, manifestando così la funzione conoscitiva e sociale della retorica;
- c) la componente argomentativa delle scelte di stile espressive, come aspetto della presentazione di dati in forme adatte ad attirare e concentrare l'attenzione dell'uditorio su determinati argomenti.

La Corte sviluppa, anzitutto, un pre-argomento di carattere normativo-sistematico, fondato sulla normativa comunitaria ed internazionale, che valorizza il legame di fatto tra figlio nato da PMA e genitore intenzionale, a tutela del diritto del minore all'identità personale, affettiva e relazionale e alla stabilità familiare e della cura.

Tale inquadramento precede l'argomento retorico cd. *kairotico*<sup>30</sup>: la Corte coglie il silenzio disponibile e lo usa come strumento retorico. La Corte, infatti, nel giustificare le ragioni di tutela dei diritti dei minori delimita il *gap* e definisce il vuoto di tutela esistente nei confronti dei figli nati all'estero, in Stati in cui la PMA è permessa alle coppie dello stesso sesso. Secondo la Corte, «i nati a seguito di PMA eterologa praticata da due donne versano in una condizione peggiore rispetto a quella di tutti gli altri nati, solo in ragione dell'orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo. Essi, destinati a restare incardinati nel rapporto con un solo genitore, proprio perché non riconoscibili dall'altra persona che ha costruito il progetto procreativo, vedono gravemente compromessa la tutela dei loro preminenti interessi».

La lacuna normativa è un silenzio retorico, che invita la Corte a soffermarsi e a considerare ciò che non è stato ancora detto. Il «divario tra realtà fattuale e realtà legale» è colto come un invito a entrare nel vuoto e a procedere su un percorso alternativo. Questa operazione è tipicamente retorica: il *kairòs* è un tratto specifico della tecnica retorica nel senso che cogliere il momento significa raccogliere un'opportunità di approfondimento, una possibilità di intuizione.

«Quando questa attività coglie nel segno diventa *eustochia*, ovvero la capacità di portare a buon (eu) fine l'attività di *stochazesthai*. Si tratta di un'abilità particolare, in parte innata e in parte affinata dalla pratica e dall'esperienza, che si intreccia con la capacità di cogliere il *kairos*, (momento/ circostanza opportuna). Sapere cogliere il *kairos* significa sostanzialmente sapersi adattare alle circostanze, ed è un'abilità essenziale sia al retore sia al medico, e più in generale al *technites*. La necessità di ricorrere al *kairos* è la conseguenza diretta del fatto che la conoscenza del caso particolare, che pure è essenziale per il *technites*, non

<sup>30</sup> Sul concetto di *kairos* come elemento costitutivo della tecnica retorica, si rimanda allo studio di S. DI PIAZZA, F. PIAZZA, *La retorica che cura. Per un approccio retorico alla psicoanalisi*, in *Lo Sguardo – Rivista di filosofia*, 17, 2015, 255-264, 260; sul *kairos* in rapporto al non-detto, il riferimento è a C.W., TINDALE, *Mind the Gap: Kairos in the Spaces of Silence*, in *Philosophy & Rhetoric*, 55, 1, 2022, 66-70; per un'analisi semantica, G. SEMERANO, *Le origini della cultura europea. Dizionari etimologici. Basi semiotiche delle lingue indeuropee*, Tomo 1: *Dizionario della lingua greca*, Biblioteca dell'Archivium romanicum, Firenze, 1994; S. MASO, *Il Kairos come occasione di mettersi alla prova*, in *Thaumazein*, 10, 1, 2022, 22-44

rientra a rigore nella *techne*, nel senso che, come detto, non è gestibile né prevedibile a priori attraverso la teoria»<sup>31</sup>.

Secondo la tecnica retorica, gli spazi permettono un altro tipo di esperienza. Tindale, studioso di logica informale, assegna agli spazi un ruolo straordinario, per essere strumenti di interazione con l'uditorio, interlocutore o uditore, in quanto facilitano un uso diverso del discorso da parte di ogni tipo di pubblico. Con gli spazi gli autori trovano altri modi (che possono essere sempre stati disponibili e presenti) per interagire con un pubblico, invitando il pensiero nei vuoti creati.

In questo senso, il *kairos* rivela opportunità di scoperta nelle lacune del discorso: coglie il vuoto ed infonde il significato.

Il *kairos* implica la capacità di badare agli spazi vuoti: «mind the gaps»<sup>32</sup> è la tecnica retorica a cogliere quello che c'è tra le parole e ad essere attratti da quello spazio per la riflessione che si apre e che può divenire un momento di opportunità.

La tecnica retorica si affina nella capacità di riconoscere il momento giusto e quello sbagliato (*eukairos* e *akairos*), quello per parlare e per trattarsi. Il silenzio ha due lati: *kairotico*, cioè la capacità di intervenire e colmare il vuoto, e *akairotico*, cioè la capacità di stare in silenzio al momento giusto.

La Corte, in questa sentenza, sviluppa un'ampia argomentazione *kairotica*, cogliendo l'allontanamento tra realtà fattuale e realtà legale ed infondendo senso al non detto.

La lingua della Corte attesta, con cura, l'evoluzione dei rapporti di filiazione a favore di una genitorialità sociale, scegliendo espressioni qualificative come «comunità di affetti e di cure», «funzioni genitoriali», «rapporto di filiazione effettivo con la madre intenzionale» o impiegando la formula «genitore d'intenzione», che corregge la prerogativa generatrice insita nell'etimo della parola genitore.

La Corte ritiene di non poter porre rimedio al riscontrato vuoto di tutela normativa ed esorta il legislatore ad intervenire. Sono numerose le espressioni temporali rimarcate dalla Consulta per connotare l'opportunità dell'azione rispetto alla lacuna presente: la Corte ritiene «di non poter ora porre rimedio»; richiede al legislatore di intervenire «al più presto», poiché «non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore, riscontrato in questa pronuncia».

La strategia retorico-argomentativa della Corte è chiara: dopo aver precisato il contenuto normativo positivo, svela, come preoccupante, lo spazio normativo lasciato aperto ed assume il tempo come misura della buona azione. Conclude il suo ragionamento rivolgendosi direttamente al legislatore: «risulta evidente che i nati a seguito di PMA eterologa praticata da due donne versano in una condizione deteriore rispetto a quella di tutti gli altri nati, solo in ragione dell'orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo».

L'articolazione del testo e la sua struttura organizzativa mettono in evidenza l'orizzonte della Corte che guarda ai valori, al terreno dei fatti sociali e alla linea costituita dalle norme: è nello spazio rivelato dalla mancanza della norma che si apre il discorso critico ed il ragionamento *de iure condendo*, mettendo in atto un'operazione di disvelamento e portando in luce le sfide giuridiche, politiche e istituzionali.

<sup>31</sup> S. Di PIAZZA, F. PIAZZA, *La retorica che cura*, cit., 260-261.

<sup>32</sup> C.W. TINDALE, *Mind the Gap*, cit.



La sentenza si diffonde sul silenzio del legislatore: benché tali passaggi siano contenuti in una sentenza di inammissibilità, con tutti i limiti che questo tipo di decisione comporta, il discorso è un'argomentazione *eukairotica*, un'ingiunzione al dovere, affinché il legislatore nazionale prenda sul serio il diritto alla genitorialità delle coppie dello stesso sesso, dando loro garanzia giuridica.

In altre parole, la sentenza si fa strumento dei rapporti di forza vigenti in una determinata congiuntura storica-politica, opponendosi alla visione di un sistema normativo differenziato<sup>33</sup> rispetto a ciò che gli sta intorno e valorizzando l'atteggiamento critico del giurista che sappia cogliere le differenze.

## 5. Conclusioni

Questa sentenza, assai ben congegnata dal punto di vista argomentativo, è notoriamente molto importante per la forza interlocutoria, *rectius* monitoria, che le è stata riconosciuta.

La prospettiva di studio retorico ha restituito evidenza alla persuasività della pronuncia su più livelli. Anzitutto, sul piano lessicale, poiché ricorrono nel linguaggio della Corte parole che non sono nella Costituzione, ma che caratterizzano la giustizia costituzionale. La lingua del giudizio Costituzionale sviluppa la lingua della Costituzione nel suo aspetto normativo garantendo alla lingua della Carta di evolversi nel tempo; questa evoluzione nel linguaggio della Corte sembra da ricondursi, come scrive Michele Ainis nel suo studio sulle parole della Costituzione, non allo stile dei redattori, ma all'esperienza del diritto come esperienza linguistica: In ogni modo al fondo di qualsiasi atto (e fatto) normativo alligna una sostanza di parole: ma di parole che s'incidono nel solco della storia, plasmandola e venendo plasmate a loro volta; che rimbalzano tra studi professionali, aule giudiziarie, uffici di enti e istituzioni, caricandosi di nuove assonanze man mano che sono ripetute o per meglio dire applicate ai casi della vita, e subendo insomma continui aggiustamenti di senso durante il tempo della propria vigenza<sup>34</sup>.

In particolare, nella sentenza si osserva l'uso di termini che non hanno un valore denotativo proprio, ma mantengono un valore evocativo, tutt'altro che marginale. Si tratta di termini legati ad una tradizione culturale, che vengono utilizzati come se abbiano un significato univoco e coerente, e quindi un valore giuridico preciso, o per lo meno condiviso. L'argomentazione lessicale della Corte sulla genitorialità ci induce a riflettere sulla struttura del rapporto di filiazione e sulla primaria funzione genitoriale di cura ed affettività: il termine genitore mantiene, così, intatto il suo valore evocativo di fondamento dei legami familiari, sino a designare nuovi assetti del rapporto familiare. Dunque, non si tratta di una scelta meramente lessicale, ma di una scelta che esprime consapevolmente la volontà di assicurare una piena adesione della giustizia costituzionale ai profili delle famiglie possibili, anche a tutela di figli nati da procreazione medicalmente assistita praticata da coppie dello stesso sesso.

Sul piano del rapporto tra lingua della sentenza e contesto comunicativo, la persuasività è legata non solo alla capacità della sentenza di suscitare condivisione, ma soprattutto di ridurre quello che la Corte chiama distanziamento tra «realtà fattuale e realtà legale»: il linguaggio della Corte sollecita una sorta di uniformazione lessicale come condizione essenziale per il confronto con le domande di giustizia costituzionale. La Corte deve difendere i principi della Carta non solo dalle devianze di applicazione delle

<sup>33</sup> Sul ruolo del giurista tra autonomia ed eteronomia, v. T. GRECO, *L'orizzonte del giurista. Saggi per una filosofia del diritto 'aperta'*, Torino, 2023.

<sup>34</sup> M. AINIS, *Le parole della Costituzione*, cit., 12-13.

leggi, ma anche dalle contropunte che il sistema istituzionale esercita sui nuovi concetti immessi e che appartengono alla fisiologia del diritto.

Infine, abbiamo apprezzato la tecnica retorica della Corte come capacità di leggere l'evoluzione continua del contesto in cui ci si muove ed individuare la cosa giusta da fare, intendendo i diritti in una dimensione anche sociale e guardando ad un'integrazione dei vuoti legislativi secondo questa direttrice *eukairotica*. Questa sentenza celebra l'ideale di un sistema giuridico nel quale al giurista non è richiesto semplicemente di aderire alla lettera della legge: nell'ordine dispositivo, la prima premessa argomentativa della Corte è costituita dal sistema sociale complessivo e dai principi giuridici comunitari e vale a sollecitare sin da subito l'assunzione di un orizzonte più ampio per il diritto. La farraginosità del sistema legislativo e il caos normativo sono buone ragioni per sostenere un processo di formazione del diritto che sappia adeguarsi a tutti i valori che compongono il piano della decisione: non si tratta di rimettere la cultura o l'antropologia a fianco del diritto, ma di avere consapevolezza della natura pratica e sociale del diritto e del suo essere anche prodotto culturale<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> Sulla dimensione della cultura e sul suo controverso rapporto con il diritto, v. T. GRECO, *L'orizzonte del giurista*, cit., spc. cap. III.



# Parenthood standards underlying medically assisted reproduction regulation in France in the wake of 2021 Bioethics law

Guillemette Préveraud de Vaumas\*

**ABSTRACT:** This inquiry aims to disclose and describe parenthood standards underlying – and perpetuated by – legal regulation of medically assisted reproduction in France. To what extent did MAR French law detach the right to medical support to fulfil a desire for a child from traditional, biogenetically grounded, couple-centred, and gendered conceptions of parenthood? Do some parental projects remain explicitly or implicitly excluded by the rules regarding access to MAR and MAR procedures? This article provides a few answers through an analytical and socio-legal approach to MAR regulation in France in its recent developments.

**KEYWORDS:** Medically Assisted Reproduction; bioethics; parenthood; gender; ART

**SUMMARY:** 1. Introduction – 2. Access to MAR and non-straight and non-couple-based parenthood – 2.1. From MAR for infertile straight couples to the “PMA pour toutes” – 2.2. Enduring restrictions on access to MAR based on age and “couple stability” – 2.3. Double-edged enhancement of doctors’ discretion and decision-making power – 3. MAR procedures regulation between biology and gender – 3.1. The erosion of legal primacy of intra-couple reproductive technologies – 3.2. Non-cisgender procreation: a touchstone for the gender-differentiated parenthood models underlying MAR law – 3.2.1. Prohibition of ROPA or reluctance to shared biological maternity – 3.2.2. MAR regulation coping with transgender parental projects – 4. Conclusion.

## 1. Introduction

**M**edically assisted reproduction (MAR)<sup>1</sup> is a distinctive field of medicine, since it operates not only to restore bodies to their normal, even vital functions, but also to fulfil a desire, the desire for a child. Because it sometimes entails intensive operations on the bodies and raises multiple issues regarding parenthood, MAR activities were gradually endowed with

\* PhD Candidate, Sciences Po Law School. Mail: [guillemette.preverauddevaumas@sciencespo.fr](mailto:guillemette.preverauddevaumas@sciencespo.fr). The article was subject to a double-bind peer review process.

<sup>1</sup> The term *Medically assisted reproduction* (MAR) seems preferable here to *assisted reproduction technologies* (ART), given the definitions offered by the 2009 International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) revised glossary. According to this terminology ART refers to “all treatments or procedures that include the in vitro handling of both human oocytes and sperm or of embryos for the purpose of establishing a pregnancy. This includes, but is not limited to, in vitro fertilization and embryo transfer, gamete intrafallopian transfer, zygote intrafallopian transfer, tubal embryo transfer, gamete and embryo cryopreservation, oocyte and embryo donation, and gestational surrogacy”, but it does not include assisted insemination using sperm from either a woman’s partner or a sperm donor. ICMART’s definition of MAR is broader and closer to the existing practices in France: “reproduction brought about through ovulation induction, controlled ovarian stimulation, ovulation triggering, ART procedures, and intrauterine, intracervical, and intravaginal insemination with semen of husband/partner or donor”.

elaborate normative frameworks. Therefore, 1994 French Bioethics Law laid down rules for existing biomedical practices. It was followed by three revisions in 2004, 2011 and 2021 to adapt it to scientific progress and meet increasing demands for justice and equality in access to reproductive technologies. MAR French authorizes a wide range of techniques and welcomes multiple parental configurations. The latest revision of Bioethics law extended the practice of insemination with third-party donor and opened MAR to female couples and single, that is to say, unmarried women. MAR is also thought in France as a matter of national solidarity, since Health Insurance now covers for six inseminations, and for four attempts of in vitro fertilization (IVF) to obtain pregnancy. Is this to say that French MAR law does not produce, and perhaps most acutely, “good parenthood” standards, themselves based on normative conceptions of kinship and family?

While law authorizes, prohibits, and governs practices, it undoubtedly shapes ideal types that orient or are imposed on individual choices and collective behaviours. In this respect, MAR law is normalizing, in that it defines legal and illegal practices and outlines legitimate, socially acceptable parental projects.<sup>2</sup> This work aims to disclose and describe parenthood models underlying – and perpetuated by – French MAR law and to highlight changes and persistence of parenthood traditional standards along its evolution up to its most recent developments. To do so, it tackles the two following questions: which desires for a child does MAR law satisfy, in other words which parental projects does society allow the resources of medicine and national solidarity to be devoted to? (1) Secondly, through which technical means does it appear in the eyes of law legitimate, or illegitimate, to seek to fulfil those desires? (2).

Before going any further, a few clarifications are in order. This research does not target civil law rules governing the establishment and recognition of kinship in the specific case of births made possible by MAR. Those are undoubtedly highly problematic and duly addressed by numerous legal scholars.<sup>3</sup> But this study reflects on MAR law, not as if it were independent from civil law – that would be absurd – but by assuming its specificity, considering to the fact that MAR involves medical administration of procreation. Consequently, it focuses on what happens when individuals *embark* into MAR to become parents. For that very reason it does not focus either on the norms regarding educational behaviours, familial solidarity, or child-parent relationships in general. The term *parenthood* must be understood in the following pages as the conjunction of three dimensions which legal normativity could engage with: i) the nature of the bond between the parent and the future child, which can be biological – genetic or physiological – or grounded on an emotional bond; ii) the family structure, which can be (in broad outline) couple-based or single-parent, straight or same-sex; iii) the distribution of the roles in the procreative process, understood as the material, physical, and emotional investment which contributes to define individuals as parents or future parents. With those precisions in mind, this paper tries to assess the grounding of MAR French law on a typical parenthood model, whose foundation is a biogenetic bond, whose configuration is couple-based, and whose mode of distribution of procreative tasks is heteronormative. It argues that even where procreation seems to be detached from

<sup>2</sup> L. MARGUET, *La construction genrée de la parenté par le droit de la procréation en France et en Allemagne*, in *Enfances, Familles, Générations*, 38, 2021, 1.

<sup>3</sup> For a sum of legal analysis of this issue see M.-X. CATTO, K. MARTIN-CHENUT (eds.), *Procréation assistée et filiation. AMP et GPA au prisme du droit, des sciences sociales et de la philosophie*, Paris, 2019.

sexuality and even couple life, a biological-grounded, heteronormative, and gendered conception of parenthood remains, which excludes some individuals and shapes the way individuals undergoing MAR procedures are treated. The method combines analysis of positive law and socio-legal approach consisting in examining the way recipients of regulation understand and implement it on the job. A such, close attention is paid to potential discrepancies between positive rules, and actual conditions under which they are implemented by the actors, especially health care professionals, given their own culture and norms, and considering the severe constraints faced today by French healthcare institutions.

## 2. Access to MAR and non-straight and non-couple-based parenthood

### 2.1. From MAR for infertile straight couples to the “PMA pour toutes”

The legal framework drawn by 1994 French Bioethics Law intended MAR to provide care to straight couples doomed with pathological infertility or serious transmissible disease. In its first version, article L. 151-2 of French Public Health Code stipulated that: “Medically assisted procreation is intended to meet a couple’s parental request. Its purpose is to remedy infertility whose pathological nature has been medically diagnosed. It can also be used to prevent the transmission of a particularly serious disease to the child”.<sup>4</sup> MAR was thus conceived as a technique to counter-act a flaw in human nature, since fulfilling medically a desire for a child was justified only for couples who could at least try to procreate carnally. In this paradigm, MAR was envisaged basically as conventional medicine, even though infertility often remained unexplained, and was certainly never treated and healed as such. This pseudo-therapy led to the establishment of a “pseudo-biological filiation”,<sup>5</sup> which consisted in pretending that the child could have been the fruit of a carnal conception and in hiding the specificity of this mode of procreation, even when it involved recourse to a third-party donor. This legal framework, based on mimicry with the laws of nature *de facto* excluded non-traditional family patterns<sup>6</sup> and confined family structures eligible for MAR to those with a father and mother dividing up naturalized gendered parental roles.

Developments in civil law, especially the opening of marriage and adoption to same-sex couples in 2013 fuelled demands for equal access to MAR regardless of family type. Increasing transnational competition for access to MAR<sup>7</sup> also contributed to growing economic injustice in access to parenthood, distress for some families, and threat to children’s rights. Therefore, French Parliament adopted a new act in 2021, the main contribution of which was to open MAR to female couples and to single unmarried women. This revision was a watershed regarding legitimate parenthood in the eyes of the law in two ways. Firstly, it de-pathologized infertility, by asserting the primacy of a “parental project” over

<sup>4</sup> My translation. Original text: “L’assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d’un couple. Elle a pour objet de remédier à l’infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué. Elle peut aussi avoir pour objet d’éviter la transmission à l’enfant d’une maladie d’une particulière gravité”, Code de la santé publique, art. L. 151-2 (version en vigueur du 30 juillet 1994 au 22 juin 2000). In 2000, it became art. L. 2141-2, but the wording remained the same until 2021.

<sup>5</sup> I. THÉRY, *Mariage et filiation pour tous. Une métamorphose inachevée*, Paris, 2016, 99-100.

<sup>6</sup> D. MEHL, *Les lois de l’enfantement. Procréation et politique en France (1982-2011)*, Paris, 2011, 120-131.

<sup>7</sup> E. DE LA ROCHEBROCHARD, V. ROZEE, *L’aide à la procréation en dehors du cadre légal et médical français: quels enjeux aujourd’hui ?* in *Populations et sociétés*, 593, 2021.

the physical impossibility of procreation, so far as to admit same-sex and non-couple-based parental projects.<sup>8</sup> Secondly, it stated equality between parental projects thanks to a non-discrimination clause worded as follows: “This access may not be subject to any difference in treatment, particularly with regard to the marital status or sexual orientation of applicants”.<sup>9</sup> Nonetheless legal scholars were quick to point out the revision’s flaws, especially its stigma on the filiation of children born to lesbian couples, who are required to undergo early joint recognition,<sup>10</sup> the effect of which is to make the achievement of insemination visible, precisely where there is no doubt about it.<sup>11</sup> But what about *access* to MAR as such? Does law explicitly or implicitly, hold conditions or obstacles to have medical assistance in the realization of certain parental projects?

## 2.2. Enduring restrictions on access to MAR based on age and “couple stability”

The first set of explicit exclusion criteria of specific parental projects is made up of rules regarding the age of access to MAR. September 28, 2021 Conseil d’État decree sets the following limits: i) may have their gametes removed or collected with a view to MAR women up to their 43rd birthday, and men up to their 60th birthday; ii) gamete self-preservation with a view to subsequent MAR is open to women aged between 29 and 37, and men aged between 29 and 45; iii) artificial insemination, use of gametes or germ tissue collected, retrieved or preserved for the purposes of MAR, and embryo transfer may be carried out up to the woman’s 45th birthday, and up to the 60th birthday of the member of the couple who is not intended to carry the child.<sup>12</sup> These *règlements* set lower and upper limits for access to certain technologies, but do not create a right to benefit from any of them, since medical decision will

<sup>8</sup> Art. L. 2141-2-1 was reworded as follows: “Medically assisted procreation is intended to respond to a parental project. Any couple consisting of a man and a woman or two women, or any unmarried woman, has access to medically assisted procreation (...)”. My translation. Original text: “L’assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à un projet parental. Tout couple formé d’un homme et d’une femme ou de deux femmes ou toute femme non mariée ont accès à l’assistance médicale à la procréation [...]”.

<sup>9</sup> My translation. Original text: “Cet accès ne peut faire l’objet d’aucune différence de traitement, notamment au regard du statut matrimonial ou de l’orientation sexuelle des demandeurs”, Code de la santé publique, art. L. 2141-2-2.

<sup>10</sup> “Couples or unmarried women who, in order to procreate, have recourse to medical assistance requiring the intervention of a third-party donor must give their consent in advance to a notary, who will inform them of the consequences of their act with regard to filiation and of the conditions under which the child may, if he or she so wishes, have access at the age of majority to the non-identifying data and identity of the third-party donor”. My translation. Original text: “Les couples ou la femme non mariée qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l’intervention d’un tiers donneur doivent donner préalablement leur consentement à un notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation ainsi que des conditions dans lesquelles l’enfant pourra, s’il le souhaite, accéder à sa majorité aux données non identifiantes et à l’identité de ce tiers donneur”, Code civil, art. 342-10-1.

<sup>11</sup> L. BRUNET, *L’ouverture de l’AMP à toutes: enjeux et scories du débat sur l’établissement de la filiation homoparentale*, in *Journal du Droit de la Santé et de l’Assurance-Maladie*, 25, 2020, 11-18; M. MESNIL, *La loi de bioéthique, une grande loi famille ?* in *Journal du Droit de la Santé et de l’Assurance-Maladie*, 9, 2021, 83-91; L. MARGUET, *Chapitre 14. Le nouveau droit de l’assistance médicale à la procréation. Entre démedicalisation et stigmatisation: les tâtonnements du principe d’égalité*, in *Journal international de bioéthique et d’éthique des sciences*, 2, 2023, 187-200.

<sup>12</sup> *Décret n° 2021-1243 du 28 septembre 2021 fixant les conditions d’organisation et de prise en charge des parcours d’assistance médicale à la procréation*, art. R. 2141-36, 37, 38.

always take precedence over the possibilities opened by the law, as I shall come back to. Those age limits mostly signal the law's control over the generational coherence of parental projects.

Public Health Code also sets out a series of negative criteria related to the situation of couples. It prohibits insemination or embryo transfer in the event of death of one of the couple's members or filing of an application for divorce or legal separation by mutual consent, the cessation of cohabitation, or the written revocation of consent by either member of the couple.<sup>13</sup> The first provision points out the law's attention to prohibiting post-mortem filiation,<sup>14</sup> which is not unrelated to the question at stake here, since the desire to have a child with a deceased spouse could be considered as a potentially valid parental project, especially since French law now allows a woman to receive sperm donation on her own.<sup>15</sup> However, it raises too many legal issues such as the possibility of disposing of materials derived from a person's body after death, the legitimacy of pursuing a design formed by the person during his or her lifetime, or the interest of the unborn child in a family marked by mourning, of a richness and complexity that unfortunately could not be addressed in the present analytical framework.<sup>16</sup> The other

<sup>13</sup> "The man and woman forming the couple must be alive, of childbearing age and consent to the embryo transfer or insemination beforehand. The death of one of the members of the couple, the filing of an application for divorce or legal separation or the cessation of cohabitation, as well as the written revocation of consent by the man or woman to the doctor responsible for implementing medically assisted procreation, are obstacles to the insemination or transfer of embryos". My translation. Original text: "L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, l'introduction d'une demande en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation", Code de la santé publique, art. L. 2141-2-2.

<sup>14</sup> L. BRUNET, *Quelles limites temporelles au désir de devenir père par assistance médicale à la procréation? Les incertitudes du droit français*, in *Dialogues*, 219, 2018, 37-50.

<sup>15</sup> ECtHR recently highlighted the inconsistency of French legal framework and case law regarding the ban on *post mortem* insemination and its corollary, the refusal by medical authorities to reconstitute genetic material of a deceased man to his former spouse or partner in order for her to proceed to an insemination in a country which allows it. In the *Baret and Caballero v. France* case, the Court vindicated French authorities' refusal to reconstitute gametes and embryos destined to post mortem procreation, considering "the domestic authorities had struck a fair balance between the competing interests at stake and the respondent State had not overstepped its margin of appreciation", but added that "nevertheless, the Court acknowledged that the legislature's decision to extend the right to MAR to female couples and single women since 2021 reopened the debate as to the relevance of the justification for maintaining the prohibition complained of by the applicants. The Court reiterated that, while the States enjoyed a wide discretion in the bioethical sphere, the legislative framework put in place by them had to be coherent" (ECtHR, *Baret and Caballero v. France*, 22296/20 and 37138/20). Such an *obiter dictum* could challenge the ban on postmortem insemination in France and draws obvious conclusions regarding differentiated parenthood situations in French law. See J.-L. MARGUENAUD, *L'interdiction de la procréation post-mortem entre sursaut et sursis*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 4, 2023, 841; M. SAULIER, *L'interdiction vacillante de l'AMP post mortem?*, in *Actualité juridique Famille*, 12, 2023, 585; M. MESNIL, *La CEDH sonne le glas de l'interdiction de la procréation post mortem*, in *Dalloz actualités*, 29 septembre 2023, <https://bit.ly/3VHAGRr>, last visited on 2024 June 12<sup>th</sup>.

<sup>16</sup> Suffice it to highlight a startling twist in the relationship between reproduction and death in French civil and health law. Today's techniques for freezing gametes enable their quality to be preserved for very long spans of time, and there is no regulation governing the maximum storage period for donated gametes. Thus, it is possible to carry out an insemination with gametes from a deceased donor, and, if successful, to give birth to children genetically derived from a deceased individual. As gamete donation implies complete renunciation of any future link with the child or children conceived thanks to it, legal parentage resulting from a *post-mortem*

provisions reflect a concern for the situation of couples undergoing MAR procedures. *Prima facie*, this control is slight. Indeed, the “stability condition” for access to MAR guaranteed by marriage or proof of at least two years’ cohabitation<sup>17</sup> was abolished by 2011 revision. Today, any couple, whether married, in a civil union or not, has access to MAR. MAR must only cease as soon as the couple is in the process of legal separation, whether by divorce, legal separation or cessation of cohabitation. The spirit of this provision is not to exclude specific family or couple configurations, but rather to ensure that parental projects are rooted in a peaceful couple life and will provide a favourable environment for the development of the future child. In other words, law controls *instability*, with minimal tools, rather than it imposes a positive conception of couple life. However, this tolerance is perhaps only apparent. In fact, the *Agence de la biomédecine* website reminds that the “reality of the couple” is an “obligation” for access to MAR as a couple.<sup>18</sup> However, nothing else in the texts qualifies what makes a couple “real”: assessment is left to the doctors, paving the way for variability in the intensity of control and in the criteria for admissibility of parental projects. This delegation of assessment of the quality of the couple’s life makes it difficult to predict the effectiveness of opening of MAR to other family configurations and makes it plausible that parental projects will be selected according to heteronormative norms on which MAR centres were historically built since 1994.

### 2.3. Double-edged enhancement of doctors’ discretion and decision-making power

Apart from, and maybe above those remaining criteria, law gives doctors a wide – and widening – margin of discretion when it comes to deciding whether people can access to MAR. This decision-making power is enshrined in the mandatory interviews prior to entry into MAR procedure: “Any couple made up of a man and a woman or two women, or any unmarried woman, have access to medically assisted procreation *after individual interviews with members of the multidisciplinary clinico-biological medical team* carried out in accordance with the procedures set out in article L. 2141-10”.<sup>19</sup> This requirement supersedes the previous mandatory medical diagnosis of pathological infertility. In this respect, it results from the access to MAR now being based on mere the existence of a parental project. However, article L. 2141-10 expounds and emphasizes the purpose of these interviews: not only are

---

conception remains impossible (Code civil, art. 342-9). However, 2021 Law lifted donor anonymity: adults born through gamete donation can now request the donor's identity or some non-identifying data, even in case of the latter’s death (Code de la santé publique, art. L. 2143-2). Therefore, they could find out they are descended from a deceased person, or even from two, in the (very) hypothetical case of double gamete donation. While filiation with a deceased person remains taboo, one could see here a spectral form of legal posthumous parenthood.

<sup>17</sup> This condition was enshrined in law as soon as 1994 Law. Former article 152-2 specified: “The man and woman forming the couple must be alive, of childbearing age, married or able to provide proof of at least two years’ cohabitation, and consenting prior to embryo transfer or insemination”. My translation. Original text: “L’homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d’apporter la preuve d’une vie commune d’au moins deux ans et consentants préalablement au transfert des embryons ou à l’insémination”.

<sup>18</sup> Agence de la Biomédecine website, <https://www.procreation-medicale.fr/vos-questions/est-il-necessaire-de-prouver-la-vie-commune-et-sa-duree/>, last visited on 2024 January 1st.

<sup>19</sup> My translation. Original text: “Tout couple formé d’un homme et d’une femme ou de deux femmes ou toute femme non mariée ont accès à l’assistance médicale à la procréation après les entretiens particuliers des demandeurs avec les membres de l’équipe médicale clinicobiologique pluridisciplinaire effectués selon les modalités prévues à l’article L. 2141-10”, Code de la santé publique, art. L. 2141-2.

they the starting point of the procedure, but also a means for professionals to assess the parental projects themselves. Indeed, the article specifies that team doctors must first and foremost “verify the motivation of both members of the couple or of the unmarried woman”.<sup>20</sup> Moreover, doctors can postpone or suspend entry into MAR procedure, when they estimate it is contrary to the “future child interest”, without any explicit definition or criteria of the latter.<sup>21</sup>

The social competence of professionals is consequently extended by the opening of MAR to single women and female couples. One could read this development as a follow-up of the phenomenon of “medicalization” described by the sociologist Dominique Memmi as that by which “the judge tends to leave his place to the doctor, and the State delegates its supervisory power to liberal professions often associated with public service”.<sup>22</sup> The weight given to the interviews may reinforce what Memmi called “government by speech”,<sup>23</sup> i.e. the control of individual conducts by medical profession through the implicit injunction of health service users to produce plausible reasons for receiving care. And while law defines these reasons in terms that leave the protagonists considerable room for interpretation, individuals who do not present the appropriate biographical or parental identity expected by professionals, may be refused, or delayed, medical care. The paradox is as follows: while the law “de-pathologized” infertility, it keeps entrusting doctors alone the task of verifying the motivation of female couples or single women whose infertility is not medical to become parents. Arrangements seem to have been made to mitigate this increasing responsibility given to doctors in the assessment of parental projects: decree no. 2021-1243 issued by the Conseil d’État on September 28, 2021 and the ministerial order of October 5, 2023 added “social service” to the list of professionals who may be consulted during the prior investigation.<sup>24</sup> However, such consultation is not compulsory, and the decision to postpone or refuse MAR rests with the doctor, so that the possibility of legal recourse against a doctor’s refusal to allow a couple or a woman to undergo MAR is virtually non-existent.

<sup>20</sup> My translation. Original text: “Les médecins de l’équipe mentionnée au premier alinéa du présent article doivent: 1° Vérifier la motivation des deux membres du couple ou de la femme non mariée”, Code de la santé publique, art. 2141-10-2.

<sup>21</sup> “Medically assisted procreation cannot be implemented by the doctor who has also participated in the interviews provided for in the first paragraph [...] when this doctor, after consultation within the multidisciplinary clinicobiological team, considers that an additional period of reflection is necessary for the unmarried woman or the applicant couple, in the interest of the unborn child”. My translation, original text: “Elle ne peut être mise en œuvre par le médecin ayant par ailleurs participé aux entretiens prévus au premier alinéa [...] lorsque ce médecin, après concertation au sein de l’équipe clinicobiologique pluridisciplinaire, estime qu’un délai de réflexion supplémentaire est nécessaire à la femme non mariée ou au couple demandeur, dans l’intérêt de l’enfant à naître”, Code de la santé publique, art. L. 2141-10, al. 15.

<sup>22</sup> My translation. Original quote: “Le juge tend à laisser sa place au médecin et l’État délègue son pouvoir de surveillance à des professions libérales souvent associées au service public”, D. MEMMI, *Faire vivre et laisser mourir. Le gouvernement contemporain de la naissance et de la mort*, Paris, 2003, 26.

<sup>23</sup> My translation. Original quote: “Gouvernement par la parole”, D. MEMMI, *ibid.*, 11.

<sup>24</sup> Décret n° 2021-1243 du 28 septembre 2021 fixant les conditions d’organisation et de prise en charge des parcours d’assistance médicale à la procréation, art. R. 2142-18; Arrêté du 5 octobre 2023 modifiant l’arrêté du 11 avril 2008 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d’assistance médicale à la procréation et abrogeant l’arrêté du 30 juin 2017 modifiant l’arrêté du 11 avril 2008, IV-2.1, “Parcours des personnes réalisant une AMP avec don de gamètes ou d’embryons”.

What are the impacts of this growing power to assess parental projects regarding entry into MAR given to professionals? Does it alter some couple or individuals' chances of becoming parent? At present, going beyond surmise on these matters is highly dubious. A few field studies have been carried out by sociologists and some are in progress.<sup>25</sup> Their observations tend to underline the difficulties encountered by medical profession in making decisions concerning MAR for single women, and the discomfort they face regarding the obligation to assess these parental projects according to non-medical criteria. The balance between legal norms of equality and non-discrimination, professional ethical standards and the pursuit of the future child interest could be achieved in multiple ways. One could assume that professionals will stress more rigorously on medical obstacles such as age or ovarian reserve to account for decisions which can decently not reflect social arbitrariness. They may even use these criteria as "proxies" to justify refusals or delays, in situations where the social conditions for parenthood do not seem to them to have been met. In addition, the sector's extremely tense context could accentuate competition between demands and pave the way for non-effectiveness of rights.<sup>26</sup> The inevitable sorting of parental projects may benefit projects corresponding to the traditional frameworks MAR centres have historically been built on. It is also worth noting the development of committees aimed at collectively reflecting on the responses to be given to thorny requests and grounding them on general principles of justice, or even norms of international law,<sup>27</sup> which helps counterbalance higher risk of medical power reinforcement on people's procreative future. In any case, it seems that opening MAR to all women has the paradoxical effect of reinforcing medical professions' normative activity regarding parenthood and compels them to integrate into their reasoning some considerations reaching far beyond parenthood's physiological or psychological possibility conditions.

### 3. MAR procedures regulation between biology and gender

Law's normalizing effect on socially accepted parental projects are not only at play at the entry into MAR, but also in the regulation of MAR procedures. It diffracts in several modes: that of authorizing or proscribing certain medical techniques, and that of explicitly or implicitly ranking and prioritizing these techniques in order of relevance. Indeed, MAR techniques are not neutral: they also prescribe *who* may or may not be a parent, and *how*. Anthropology enlightens the diversity of ways in which human

<sup>25</sup> I rely here on observations made by V. VILLARD (Université Paris Cité, Cermes3-INSERM) during field research in MAR centers in Rhône-Alpes region in 2022. Her work remained unpublished due to respect of the will of observed actors and sensitivity of the topic. Another field research in MAR centers in Paris region is currently conducted by S. MATTHIEU (École pratique des hautes études).

<sup>26</sup> "The time between making an appointment and the first attempt at MAP with sperm donation had risen to 14.4 months nationally by the end of December 2022 (compared with 12 months a year earlier), and 23 months for oocyte donation. Nearly 6,200 people are waiting for MAP with sperm donation, 40% of whom are single women. Although the number of candidates for sperm donation has risen from 600 to 764 between 2021 and 2022, and the number of candidates for oocyte donation from 900 to 990 over the same period, this is not enough to meet the societal demand that is now enshrined in law". My translation of V. LEFEBVRE DES NOETTES, *PMA, FIV... La « fabrique de l'humain » face aux enjeux biologiques, sociétaux et éthiques*, in *The Conversation*, 29/11/2023, <https://theconversation.com/pma-fiv-la-fabrique-de-lhumain-face-aux-enjeux-biologiques-societaux-et-ethiques-218548>, last visited 11/04/2024.

<sup>27</sup> M. IACUB, P. JOUANNET (ED.), *Juger la vie: les choix médicaux en matière de procréation*, Paris, 2001, 7 (intro).



societies understand and interpret procreation. The roles of father and mother can be alternatively that of genitor, conceiver, or nurturer of the child.<sup>28</sup> This diversity leads to different visions of the link each has with the child resulting from procreation, and of their duties, rights and expected behaviours. Contemporary development of MAR techniques led to unprecedented separation of those roles in procreation. Gamete retrieval and storage makes it possible to isolate cells needed for procreation, to manage fertilization's temporality, but also, and above all, to make radical distinction between those individuals who will have a genetic link with the child, and those who will be the child's social parents. IVF, embryo storage and transfer techniques also make it possible to carry out fertilizations that would otherwise be difficult or improbable, as well as potentially separating the embryo's genetic origins from its place of gestation. The combination of gamete retrieval, IVF, and embryo transfer techniques can lead to configurations where a child has social parents, whose genetic material it neither shares, nor who carried it during pregnancy. What possibilities does French law open in this dizzying field of possibilities? What do the choices made by French legislator reveal about its underlying conception of parenthood?

### 3.1. The erosion of legal primacy of intra-couple reproductive technologies

At first, French MAR law noticeably fostered the maintenance of the genetic link. 1994 Bioethics law favoured from the outset autologous procedure, meaning intra-couple procedures, when gametes come from the parents. It authorized exceptionally a couple "for whom medically assisted procreation without recourse to a third-party donor is unsuccessful" to receive an embryo.<sup>29</sup> Embryo reception depended then on a judicial decision. Techniques with a third-party donor could only be used "as a last resort" when medically assisted procreation within the couple had failed.<sup>30</sup> Law explicitly promoted autologous methods over resorting to donation, and thus favoured recourse to IVF when *in utero* fertilization on medical grounds was impossible, which is the case most of the time. However, insemination with third-party and *a fortiori* IVF, are more demanding and considerably riskier for the woman carrying the child. She must have hormonal ovarian stimulation, undergo oocyte puncture, with or without general anaesthetic, before embryo transfer. Procedure involves extensive monitoring, daily injections and medication for several cycles, several ultrasound scans, and its side effects are notoriously frequent and heavy (weight gain, dermatological problems, moodiness, fatigue, etc.). This state of the law thus ratified unequal distribution of procreative burdens to the detriment of women, their

<sup>28</sup> M. GODELIER, *Métamorphoses de la parenté*, Paris, 2004, 242-243.

<sup>29</sup> My translation. Original text: "A titre exceptionnel, un couple répondant aux conditions prévues à l'article L. 152-2 et pour lequel une assistance médicale à la procréation sans recours à un tiers donneur ne peut aboutir peut accueillir un embryon", Code de la santé publique, art. L. 152-5. Embryo reception allows a couple or a single unmarried woman to anonymously receive one or more embryos originally conceived and frozen in anticipation of later use during an MAR carried out by another couple or another single woman, who no longer have a parental plan, and who agree to give their surplus embryos to people who need them in a new procedure.

<sup>30</sup> My translation. Original text: "L'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur ne peut être pratiquée que comme ultime indication lorsque la procréation médicalement assistée à l'intérieur du couple ne peut aboutir", Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 (...), art. L. 152-6

extreme dedication to the implementation of the MAR course, and the intensive mobilization of their “reproductive workforce”<sup>31</sup>.

2004 revision partially broke away with this explicit prioritization of intra-couple methods, and thus of a biogenetic basis for parenthood. New article L. 2141-7 abolished the subsidiary nature of artificial insemination and gave three reasons for recourse to third-party donor insemination: 1) when there was a risk of transmitting a particularly serious disease to the child or to a member of the couple, 2) when techniques of medically assisted procreation within the couple were unsuccessful, 3) when the couple, duly informed, renounced an intra-couple method.<sup>32</sup> Economics of this new legislation remained ambiguous, however, and undoubtedly reflected the fact that couples will first be advised to try intra-couple methods. Moreover, law maintained the ban on double donation, as embryos conceived by IVF must be created with the gametes of at least one member of the couple.<sup>33</sup> Law not only suggested it was preferable for there to be a genetic link between the parents and the child, but it also made mandatory this link with one of the two. As such, it set in stone the biological conception of parenthood. MAR law, even though it recognized the legitimacy of emotional parenthood, could not as far as detaching it from a genetic component. One could be surprised, however, that as early as 1994, embryo reception was authorized, and even preferred to insemination with donor, even though it implies a total absence of genetic link. However, this anomaly should no doubt be seen as a solution found by the legislator to the problem posed by the legal status of IVF-conceived embryo as “potential person”<sup>34</sup>: given the ethical value given to embryos, and the technical investment involved in their manufacture, the law has found this solution so as not to “squander” them, once the parental project that motivated their conception has been realized or stopped. It should be noted that today embryo reception remains possible on a subsidiary basis, and subject to a specific judicial procedure.

Following the removal of the precondition of pathological infertility for access to MAR, the latest revision in 2021 repealed article 2141-7. French MAR law no longer seems now to bear any trace of prioritizing a genetic basis for parenthood. On the contrary, it puts all techniques on the same level, and tends to conceal medical and social implications of the different techniques especially in terms of the distribution of the procreative burden. The 2021 revision also opened the possibility of double gamete donation, and thus accepted forms of parenthood that could be solely physiological and emotionally

<sup>31</sup> I.-L. HERTZOG, *Le travail re-productif des femmes: le cas de l'assistance médicale à la procréation (AMP) en France*, in *Tracés*, 32, 2017, 111-132.

<sup>32</sup> My translation. Original text: “L'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur peut être mise en œuvre lorsqu'il existe un risque de transmission d'une maladie d'une particulière gravité à l'enfant ou à un membre du couple, lorsque les techniques d'assistance médicale à la procréation au sein du couple ne peuvent aboutir ou lorsque le couple, dûment informé dans les conditions prévues à l'article L. 2141-10, renonce à une assistance médicale à la procréation au sein du couple”, Code de la santé publique, art. L. 2141-7 (abrogé).

<sup>33</sup> “Un embryon [...] ne peut être conçu avec des gamètes ne provenant pas d'un au moins des membres du couple”, Code de la santé publique, art. 2141-3 (version en vigueur du 09 juillet 2011 au 04 août 2021).

<sup>34</sup> In its very first opinion, published in 1984, the French *Comité consultatif national d'éthique* stated: “The embryo or fetus must be recognized as a potential human person who is, or has been, alive, and whose respect is incumbent on everyone”. My translation. Original text: “L'embryon ou le fœtus doit être reconnu comme une personne humaine potentielle qui est, ou a été vivante et dont le respect s'impose à tous”, *Avis sur les prélèvements de tissus d'embryons et de fœtus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques*, 22/05/1984, online: <https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/2021-02/avis001.pdf>.

grounded for a couple, or purely physiologically grounded, for a single woman. Donation has also been encouraged by the lifting of the condition of having already procreated to be able to donate. However, while Public Health Code no longer seems to bear any trace of an absolute attachment to the genetic parental link, ministerial decree of 2023 does bear some slight traces of it: MAR with a third-party donor, embryo reception or adoption are presented in it as “alternatives” that doctors must present to the patients as part of their right to information, implying that the main modality is intra-couple.<sup>35</sup> However, it would be unfair to draw from these provisions that the law itself maintains a necessarily genetic conception of parentage. It persists in practice (in 2021, 95% of MAR attempts were intra-couple) for other reasons: gamete stocks available for donation are too low to meet demand, and waiting times are notoriously long. Mostly, patients themselves wish to use their own gametes as much as possible, and to come as close as possible to procreation by “natural” means, sometimes at the cost of an extremely heavy medicalization of the woman’s body.

Parenthood exclusive of the physiological bond with the future child, ie. pregnancy by one of the future parents, remains impossible through MAR legal services in France.<sup>36</sup> Surrogacy, whatever its modalities remains prohibited, and current state of debate does not suggest any medium-term evolution on this point.<sup>37</sup> MAR necessarily rhymes with gestation by the future legal mother of the child, whether it comes from the fertilization of gametes from one, both, or neither of its parents. However, other configurations, which do not involve gestation by a third party, are also implicitly prohibited by French MAR law. These are procreation projects that do not meet heteronormative distribution of parental roles, or rather a cisgendered distribution of parental roles. These implicit prohibitions in MAR law also reveal its underlying conception of parenthood that distributes parental roles according to traditional gender criteria.

### 3.2. Non-cisgender procreation: a touchstone for the gender-differentiated parenthood models underlying MAR law

Recent work in sociology of health documented the strong gender differentiation in conceptions of parenthood, understood as the right way to become a parent, in discourses and practices in MAR centres. In her 2013 survey,<sup>38</sup> the sociologist Séverine Mathieu describes the way doctors present the

<sup>35</sup> *Arrêté du 5 octobre 2023 modifiant l’arrêté du 11 avril 2008 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d’assistance médicale à la procréation et abrogeant l’arrêté du 30 juin 2017 modifiant l’arrêté du 11 avril 2008*, “Titre II. Dispositions communes à la prise en charge des personnes en AMP”.

<sup>36</sup> In 1989, the French *Cour de Cassation* invalidated surrogacy agreements in application of Civil code, article 1128 according to which “only things which are in commerce can be the object conventions”, and non-compliance of these conventions with the principle of public order of the unavailability of the state of persons. It was then prohibited by 1994 Law which introduced in the Civil code a new article 16-7 according to which “any agreement relating to procreation or gestation on behalf of others is void”. French Penal Code, article 227-12 also provides for criminal sanctions, on the grounds that surrogacy is provocation of child abandonment.

<sup>37</sup> For a synthesis of cases against legalization of surrogacy in French context see S. EPELBOIN, *Un utérus en prêt: pour qui, pourquoi et comment?*, in C. PONCELET, C. SIFER, S. EPELBOIN (ED.), *Physiologie, pathologie et thérapie de la reproduction chez l’humain*, Paris, 2011, 677-689. For a more recent, legal, and pro-legalization of surrogacy cases see D. BORRILLO, T. PERROUD (ED.), *Penser la GPA*, Paris, 2021.

<sup>38</sup> S. MATHIEU, *L’enfant des possibles. Assistance médicale à la procréation, éthique, religion et filiation*, Paris, 2013.

stakes of using a third-party donor in cases where procreation with the couple's own gametes was impossible. Professionals explain to couples requesting sperm donations, and in particular to men, that "parenthood is not only biological, it's a human adventure", that "the father is the one who raises the child". But in the consultations where the possibility of egg donation is discussed, doctors are less insistent on the social aspect of parenthood and overemphasize the pregnancy period. Being a gestator trumps being a parent. As Séverine Mathieu concludes: "For mothers, biologization of kinship, for fathers, its socialization".<sup>39</sup> What about the law itself? Does it uphold such differentiated conceptions of parenthood? And how? It does through two obstructions: the prohibition of ROPA method, and the exclusion of non-cisgender parental configurations from MAR procedures.

### 3.2.1. Prohibition of ROPA or reluctance to shared biological maternity

Reception of oocytes from partner (ROPA), also known as "partner-assisted reproduction" or "reciprocal IVF" is a method of procreation used by couples who both possess female reproductive organs. In this procedure, one of the partners provides an egg, which is fertilized by IVF with gametes from a third-party donor, and the embryo is then transferred to the second woman's uterus. This method has been tested in Spain since 2007, and is now allowed in several European countries, such as Cyprus, Ukraine, Belgium and the United Kingdom. It does not present any technical issues, as it is a combination of techniques already authorized under French law. It enables a lesbian couple to conceive a child who will have a biological link with both mothers, genetic for one and physiological, ie. made by pregnancy, for the other. Mostly, it offers a chance to share procreative burden. ROPA arose during the debates on the latest revision of the Bioethics laws, but its ban was ultimately maintained. A group of Socialist *députés* indeed proposed an amendment worded as follows: "Any person or couple undergoing medically assisted reproduction must be able to use their gametes"<sup>40</sup>. The explicit aim of this amendment was to allow ROPA method, without imposing it on female couples. Two reasons were then provided for its rejecting.<sup>41</sup> Firstly, ROPA would add unnecessary burden to the treatment of female couples. Instead of a simple insemination with a third-party donor, patients would have to undergo ovarian puncture, IVF, and embryo transfer. This would be contrary to the medical deontology principle of economy of means, i.e. minimizing interventions on bodies. Secondly, ROPA has been dismissed as a directed donation incompatible with the relatively strict legal framework for gamete donation, and with the French conception of gamete donation.<sup>42</sup>

<sup>39</sup> My translation. Original quote: "Aux mères la biologisation de la parenté, aux pères sa socialisation", S. MATHIEU, *ibid.*, 108.

<sup>40</sup> My translation. Original text: "Toute personne ou couple pris en charge dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation doit pouvoir recourir à ses propres gamètes", Assemblée nationale, 3/07/2020, <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/amendements/3181/AN/492.pdf>.

<sup>41</sup> "Bioéthique: l'Assemblée rejette la Ropa et la PMA post mortem", *LCP*, 2020 July 20th, last visited on 2024 June 14th, <https://lcp.fr/actualites/bioethique-l-assemblee-rejette-la-ropa-et-la-pma-post-mortem-31684>. G. Giovannini also identified in media statements at the time of this bill a "slippery slope argument", according to which ROPA would be a prelude to a form of legal surrogacy, in G. GIOVANNINI, *The French Law on Bioethics and its Limitations: Challenges for the Future from a Comparative Perspective*, in *International Journal of Law, Policy and The Family*, 2022, 1-22, <https://doi.org/10.1093/lawfam/ebac011>.

<sup>42</sup> The debate seemed noteworthy to elude the question of egalitarian consequences regarding reproductive rights of the ban in France of ROPA while a lot of European countries allow it, resulting in the building of a market

Both arguments are questionable. The first one does not stand up to the demand for equal access to MAR for people of all sexualities, in cases where the woman who is going to carry the child cannot provide an oocyte. In this case, the woman carrying the child would be forced to resort to a double donation or embryo reception, with the waiting times implied. It would also make no difference to the number of technical procedures required for MAR, since a donor would have to suffer it for the couple. The second argument is more interesting for the question at hand: if the woman who provides the egg is really going to become the child's mother, is this really a donation or simply a gamete transfer? What is the difference between receiving a partner's oocyte and intrauterine insemination in a straight couple, which is carried out because of an obstacle to sexual intercourse, quality of the cervix, sperm mobility or else? Isn't it just as much a case of directed donation? Why is it so difficult for MAR law to envisage such a procedure?

This resistance to legalizing ROPA reveals differentiated conceptions of parenthood between men and women underlying MAR law, which implies differentiated treatments of female and male gametes, more precisely a restriction of the technical possibilities for manipulating and transferring female gametes. Male gametes seem indeed automatically detached from the man's body and become genetic material that will fertilize an egg. Consequently, the representation of paternity is originally built on the assumed genetic link, and on the emotional link as a substitute of the latter. But in both cases, the conception of paternity is based on a separation between the man and his gametes, and on the social grounding of paternity. On the other hand, in the case of women, the conception of maternity is on the one hand based on the genetic link, i.e. the use of oocytes, but this genetic link is seen as secondary, or at any rate less necessary than that which results from gestation. A more classical way to express this idea is the *mater semper certa est* principle on which maternal filiation in French civil law is built. Above all, these two roles are conceived as complementary, and therefore watertight: only the genetic mother can carry the child, and only the one who carries the child can be the genetic mother. The father has the choice (free or not) between genetically or emotionally grounded parenthood. Consequently, in a female couple, the woman who carries the child is the child's "actual" mother, and her partner can only endorse the symbolic role of father. In other words, her parenthood can only be social, yet never biological. Even though she could have a genetic link with the child, she is forbidden to do so. It should be noted, however, that under current law, a lesbian couple can resort to double-donation or embryo reception. Thus, the only case in which a woman can carry an oocyte she has not produced herself is when this oocyte is an anonymized donation, producing an affective filiation based on the male model, and compensated by the pregnancy which allows again a "pseudo-biological filiation".<sup>43</sup>

---

excluding *de facto* some parental projects on socio-economic grounds. See F.R. ACOCELLA, *Love is love: Why intentional Parenting should be the Standard for Two-Mother Families Created through Egg-Sharing*, in *Cardozo Public Law, Policy and Ethics Journal*, 487, 14, 2016. Choice was made here to focus on the expressed cases made in the French debate against ROPA from a domestic point of view, however, the analysis could be completed with such a transnational perspective.

<sup>43</sup> Cf. note 5.

### 3.2.2. MAR regulation coping with transgender parental projects

MAR law parenthood standards also show through legal possibilities of using MAR given to transgender people.<sup>44</sup> Transgender people can request MAR, but the possibilities open to them are limited, uncertain or complicated by the bicategorization of the sexes in civil status. French law indeed allows people to have both a male civil *status* gender and a functional female reproductive system, or to have a female civil status and a functional male reproductive system. Since 2016, transgender people are no longer required to be sterilized<sup>45</sup> to obtain a change in their civil status sex, so that (trans) men can have a uterus and ovaries, and (trans) women can still produce sperm if they have not undergone surgery. Furthermore, fertility preservation has been in 2021 permitted for any person, on medical grounds (due to potentially sterilizing treatment) or without medical grounds.<sup>46</sup> People undergoing transition can therefore preserve their gametes before their transition is finalized and their gender change registered.

However, transgender people are almost systematically blocked or hindered in their family projects if they need help of MAR to realize them.<sup>47</sup> A trans man who has kept his uterus in a couple with a cisgender man, has no access to it at all, because even if their reproductive organs correspond to a straight couple, they are from the point of view of civil status two men. If he is single, the same problem arises. Though he could be pregnant, he cannot receive sperm donation, since it is reserved to women. The only solution open to them is to apply for adoption, or, if this is still possible, to postpone the change of gender on their civil status, in order impersonate a single unmarried woman or a straight couple for the time needed to benefit from MAR. The situation for trans women in a couple is more favourable, but unsettled. Nothing explicitly prohibits the use of a transgender woman's (male) gametes: it is possible for a couple made up of a transgender woman and a cisgender woman to access

<sup>44</sup> Literature about the establishment of legal parenthood for trans persons, and the challenges it poses to legal conceptions of gender identity is quite abundant both in French and other national contexts. See for the specific question of the motherhood of trans men in German and English contexts A. MARGARIA, *Trans Men Giving Birth and Reflections on Fatherhood: What to Expect*, in *International Journal of Law, Policy, and The Family*, 2020, 24, 225-246. The present argument focuses on MAR procedures and leaves aside civil law rules regarding the establishment of parenthood, with or without recourse to MAR.

<sup>45</sup> November 2016 reform amended the Civil Code, article 61-6, adding to it a paragraph 3: "The fact of not having undergone medical treatment, surgery or sterilization cannot be a reason for refusing to grant the request to change the gender mention in civil status". My translation. Original text: "Le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande de changement de la mention du sexe à l'état civil".

<sup>46</sup> "Any person whose medical care is likely to impair fertility or whose fertility is at risk of being prematurely impaired may benefit from the collection or retrieval and preservation of his or her gametes or germ tissue with a view to the subsequent performance, for his or her benefit, of medically assisted procreation, with a view to preserving or restoring his or her fertility or with a view to restoring hormonal function". My translation. Original text: "Toute personne dont la prise en charge médicale est susceptible d'altérer la fertilité ou dont la fertilité risque d'être prématurément altérée peut bénéficier du recueil ou du prélèvement et de la conservation de ses gamètes ou de ses tissus germinaux en vue de la réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation, en vue de la préservation ou de la restauration de sa fertilité ou en vue du rétablissement d'une fonction hormonale", Code de la santé publique, art. 2141-11.

<sup>47</sup> L. CARAYON, *Personnes trans et loi de bioéthique: histoire d'un silence*, in *Actualité juridique famille*, 10, 2021, 543

MAR, if the gametes used are those of the transgender woman or from a sperm donation from a third-party donor. However, the use of such inseminations is still limited, and CECOS (*Centres d'étude et de conservation des ovocytes et des spermatozoïdes*) remain reluctant to accept them, as well as they can fear gamete conservation process in the first place, which depends on the good will of the centres.<sup>48</sup> The most problematic cases are undoubtedly those of transgender men who have kept their uterus and in a couple with a cisgender woman. In such cases, the use of a third-party donor for the male gametes is necessary. The woman then is allowed to get an insemination with third donor, and carry the child, as in the case of cisgender straight couples with an infertile man. However, other choices are open: her partner could carry the child, after having received an insemination, or after an IVF with an egg from her partner and a donation, or even an IVF made with one of his eggs (retrieved or preserved) and a spermatozoid donation. However, in the texts, especially in the 2023 decree which supervises MAR processes, only a *woman* can become pregnant, and it is always the woman in the couple who is intended to carry the child.<sup>49</sup> The only option open to this type of couple is therefore third-party donor insemination, and if insemination is not possible or fails, adoption, though pregnancy again could be performed by the man. These cases show that in the current state of MAR law, despite the absence of any true technical obstacle,<sup>50</sup> it is still necessary for: 1) the role of gestation to be performed by a woman; 2) the gametes to correspond to the legal gender of the person providing them. MAR regulation thus acknowledges quite consistently the separation between sexuality and procreation, but not yet the potential discrepancy between procreation and gender. Its binarity and mimicry of the “laws of nature” that support a heteronormative model of parenthood locks people into their gender roles and reduces their possibilities to make a family.

#### 4. Conclusion

Which parenthood standards underly French law regarding MAR? To what extent 2021 Bioethics Law' opening of MAR to lesbian couples and single unmarried women entailed a “rupture anthropologique majeure”<sup>51</sup> in what law and society consider as a legitimate family? Legal access to MAR, while being decorrelated from pathological infertility and welcoming non-traditional parental projects, does not yet guarantee equality of treatment and equal consideration of those, since responsibility of the assessment of the legitimacy of parental projects was transferred to MAR professionals in a context of competition between growing numbers of patients. MAR regulation also bears traces of a biologically based on the one hand, and gendered conception of parenthood on the other hand, burdening

<sup>48</sup> S. GOUILHERS, D. GARDEY, R. ALBOSPEYRE-THIBEAU, *De la stérilisation imposée à la préservation de la fertilité des personnes trans: les médecins au travail*, in *Travail, genre et sociétés*, 50, 2023, 61-78.

<sup>49</sup> “A clinico-biological investigation is carried out prior to the medically assisted procreation. It aims to: [...] at least a clinical evaluation of the *woman* who will carry the child”. My translation and underlining. Original text: “Une investigation clinico-biologique est réalisée préalablement à l'APM. Elle vise à: [...] l'évaluation clinique au minimum de la *femme* qui portera l'enfant», Arrêté du 5 octobre 2023, Titre II-3.

<sup>50</sup> L. HERAULT, *La gestion médicale de la parenté trans en France*, in *Enfances Familles Générations*, 23, 2015, online.

<sup>51</sup> “PMA pour toutes : les ‘réserves’ de l'Académie de médecine sur ‘une rupture anthropologique majeure’”, *Le Monde*, 22 septembre 2019, [https://www.lemonde.fr/societe/article/2019/09/22/pma-pour-toutes-les-femmes-l-academie-de-medecine-exprime-des-reserves\\_6012591\\_3224.html](https://www.lemonde.fr/societe/article/2019/09/22/pma-pour-toutes-les-femmes-l-academie-de-medecine-exprime-des-reserves_6012591_3224.html), last visited 2024 June 14<sup>th</sup>.

individuals, and especially women embarking into MAR, and producing legal uncertainty if not exclusionary effects of non-cisgender individuals or couples wishing to conceive thanks to MAR.





## Il prisma del *senior co-housing*: prospettive multiple sulla pratica, con uno sguardo all'esperienza spagnola

Giovanna Spanò\*

THE SENIOR CO-HOUSING PRISM: MULTIPLE PERSPECTIVES ABOUT THE PRACTICE, WITH AN INSIGHT ON THE SPANISH EXPERIENCE

ABSTRACT: This contribution aims at assessing the topic of senior co-housing through four main points: an intergenerational perspective in reverse; the picture concerning the rights involved, from traditional 'guarantees', to new emerging claims; a comparative analysis of the Spanish system, vis-à-vis responses compliant with the Italian context, and its ongoing transformations; an intersectional approach, since the multiple sources and forms of discrimination stemming from identity. In addition, collaborative living implications on elderly people's health will be addressed, as an innovative (and holistic) health ecosystem, at the same time analysing its benefits and shortcomings.

KEYWORDS: Senior co-housing; longevity policies; right to health; active aging; aging in place

ABSTRACT: Il presente contributo propone un tentativo di lettura del tema del *senior co-housing* mediante quattro assi principali: una prospettiva intergenerazionale rovesciata; una ricostruzione dei diritti coinvolti, dalle tradizionali "garanzie", all'emersione di ulteriori istanze; una ricostruzione in chiave comparata dell'ordinamento spagnolo, rispetto a soluzioni "adattabili" al contesto italiano, nelle more delle sue evoluzioni; un approccio intersezionale, là dove l'identità possa scomporsi in molteplici fonti e forme di discriminazione. In aggiunta, verranno valutate le implicazioni dell'abitare collaborativo sulla salute delle persone anziane, nell'ottica di un ecosistema innovativo (e olistico) della salute, senza, per ciò, rinunciare a soppesarne benefici e risvolti critici.

PAROLE CHIAVE: *Senior co-housing*; politiche sulla longevità; diritto alla salute; invecchiamento attivo; *aging in place*

SOMMARIO: 1. Introduzione e metodo – 2. Una prospettiva (intra- e) intergenerazionale: rivalutare il presente della longevità, ripensando (la tensione verso) il futuro – 3. Una prospettiva costituzionale: individui, comunità e solidarietà. "Spazi" dell'abitare, di azione, di inclusione – 3.1. Una prospettiva comparata: l'esperienza spagnola, quale modello (tra modelli) cui guardare? – 3.1.1. Una prospettiva "cooperativa": le *viviendas colaborativas para mayores* – 3.2. *Quo vadis*, Italia? – 4. Una prospettiva intersezionale: quali (fonti) e quante (forme di) discriminazioni? – 4.1. Affinità (s)elettive: pratiche esclusive o strumenti di esclusione? – 5. Una prospettiva sulla salute:

\* *Assegnista di Ricerca in Diritto Pubblico Comparato presso l'Università di Pisa. Mail: [giovanna.spano@jus.unipi.it](mailto:giovanna.spano@jus.unipi.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

àmbiti (ambienti) e livelli del *senior co-housing* quale “ecosistema” innovativo – 6. Alcune riflessioni conclusive per un “patto” tra presente e futuro.

«To return then to whose rights are our concern, the demand is of those who are excluded [...] the *demand* is for the material necessities of life, the *aspiration* is for a broader right to what is necessary beyond the material to lead a satisfying life»<sup>1</sup>

## 1. Introduzione e metodo

**D**a tempo, si discute dell’aumento progressivo – inarrestabile e inesorabile – dell’età media della popolazione italiana, tendenza confermata, secondo stime e statistiche, anche a livello (almeno) europeo<sup>2</sup>. I progressi in àmbito medico e scientifico, gli strumenti per promuovere una maggiore aspettativa, nonché una migliore qualità di vita, uniti alla circolazione di buone pratiche, prassi e *policies* per un invecchiamento attivo – sollecitato negli anni a livello inter- e sovranazionale<sup>3</sup> – hanno considerevolmente aumentato le prospettive, analitiche e operative, sulla cosiddetta terza età. Dapprima fase residuale in cui intervenire in senso protettivo e conservativo, l’espansione di filoni di azione (e di ricerca) in materia ha comportato un’evoluzione – e una trasformazione – tanto degli approcci nei confronti della popolazione anziana, quanto della visione stessa che accompagna una tappa, ora centrale, dello *sviluppo* della vita umana. E questo, come la suggestione in apertura

<sup>1</sup> P. MARCUSE, *From critical urban theory to the right to the city*, in *City*, 13, 2009, 190, enfasi aggiunte.

<sup>2</sup> Cfr., per statistiche, percentuali, *reports* e aggiornamenti European Aging Network, <https://www.ean.care/en> (ultima consultazione 06/03/2024); *Ageing Europe – Looking at the lives of older people in the EU*, EUROSTAT, 2020. Si vedano anche *Invecchiamento attivo e condizioni di vita degli anziani in Italia*, ISTAT, Agosto 2020, <https://www.istat.it/it/files/2020/08/Invecchiamento-attivo-e-condizioni-di-vita-degli-anziani-in-Italia.pdf>, nonché per quel che rileva rispetto all’analisi proposta, *Gli anziani nelle città metropolitane. Profilo sociodemografico e analisi comparativa fra i contesti urbani*, ISTAT, agosto 2023, <https://www.istat.it/it/files/2023/08/Focus-Città-Metropolitane-Anziani-28-07-2023.pdf>.

<sup>3</sup> Tra gli altri, per una ricostruzione di massima, in relazione alla promozione dei diritti delle persone anziane, in generale, e dell’invecchiamento attivo, in particolare, si richiamano, a tutti i livelli: i principi delle Nazioni Unite per gli anziani (1991), il Piano d’azione internazionale di Madrid sull’invecchiamento (2002), il Gruppo di lavoro sull’invecchiamento, Assemblea generale delle Nazioni Unite (2010), la Strategia globale e il piano d’azione su invecchiamento e salute dell’OMS per il periodo 2016-2020, la proclamazione, da parte dell’OMS, del periodo 2020-2030 come “Decennio dell’invecchiamento in buona salute”, Comunicazione della Commissione “Europa 2020: Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva”, Decisione n. 940/2011/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 settembre 2011, che istituisce il 2012 quale Anno europeo dell’invecchiamento attivo e della solidarietà tra le generazioni, Raccomandazione del Consiglio, del 19 dicembre 2016, sui “percorsi di miglioramento del livello delle competenze: nuove opportunità per gli adulti”, Relazione della Commissione del 24 novembre 2017 dal titolo “The 2018 Ageing Report: Underlying Assumptions & Projection Methodologies”, la *UNECE Ministerial Conference on Ageing: A Sustainable Society for All Ages: Realizing the potential of living longer* del 2017, tenutasi a Lisbona, Conclusioni del Consiglio “Diritti umani, partecipazione e benessere degli anziani nell’era della digitalizzazione” del 9 ottobre 2020, Libro Verde sull’invecchiamento demografico – Promuovere la solidarietà e la responsabilità fra le generazioni, del 27 gennaio 2021, Risoluzione del Parlamento europeo del 7 luglio 2021 sul tema “Il Vecchio continente diventa più vecchio – Possibilità e sfide della politica sull’invecchiamento post 2020”. Sul tema, in generale, si veda P. ADDIS, M. AQUILANO, F. CAVALLO, E. STRADILLA (a cura di), *Invecchiamento, disabilità e diritti*, Pisa, 2013; A.J. LASSEN, T. MOREIRA, *Unmaking old age: Political and cognitive formats of active ageing*, in *Journal of Aging Studies*, 30, 2014.

richiama, con il corollario, di nuovo adesso essenziale, che essa sia *anche* una vita *soddisfacente*. Con la premessa, cioè, che il diritto alla salute, di tutti e tutte, ma delle persone anziane in particolar modo, venga accompagnato dal contraltare di un tacito «diritto alla felicità»<sup>4</sup> sovente negletto. Prospettiva non secondaria, qualora si ponga (inevitabilmente?) l'accento sulla “medicalizzazione” della longevità, quale *range* temporale che coincide con cure, assistenza, diminuzione dell'autosufficienza e, *quindi*, con un incremento anche di relazioni (sovente, asimmetriche) di *dipendenza*, fisica, mentale e, *finanche*, emotiva.

Partendo da simile quadro, e per tornare alla citazione offerta come introduzione al tema, non si tratta, allora, solo di sottolineare la promozione di diritti per soggetti per lo più “esclusi” dalla categoria – e da una concezione ristretta – di cittadinanza *attiva*. Tantomeno, di accertarsi che quegli interessi meritevoli di tutela incontrino adeguata copertura politica, sociale, economica e normativa in base alle *necessità* materiali della vita quotidiana. Anzi, tale *bisogno* non soggiace semplicemente a logiche passive, collettrici di prestazioni e/o di perdita di autodeterminazione nelle questioni legate a scelte personali o sanitarie, ma inaugura un'aspirazione a un diritto più ampio, sia nella formulazione, sia nella promozione. Un ideale, quindi, che si traduce in un *insieme* di diritti, tutti parimenti fondamentali e ciascuno, ogni volta, da bilanciare, ben *al di là* di ciò che pare necessario affinché la vita si svolga *pienamente* e con dignità. Ovviamente, la citazione in apertura non riguarda strettamente la popolazione anziana, né volge il proprio sguardo alla tematica in oggetto: eppure, appare calzante, sebbene – o proprio perché – *riguarda* gli spazi, di appropriazione e promozione dei diritti: centri urbani in generale, così come luoghi e modi del vivere, dell'abitare, in particolare. E, di fatto, qui entrano coerentemente in gioco gli aspetti complessi e poliedrici della pratica, plurale, del *co-housing*, fenomeno in espansione anche in Italia – sebbene sfuggente e, forse, “esclusivo” – decisamente rodato in taluni sistemi, in via di affermazione in talaltri. Ancora, l'abitare collaborativo, come scelta “di vita”, coinvolge interessi individuali e supporto solidaristico, progetti e partecipazione e, non da ultimo, diritti e autodeterminazione, a maggior ragione se inserito nel contesto della terza età. Tale pratica, che aspira a diventare modello abitativo (e assistenziale?) alternativo e consolidato, si mostra variegata in contenuti e finalità, nonché nelle modalità con cui viene esercitata. Sarebbe forse più semplice definirla in negativo – ovvero, ciò che *non* è – nondimeno tenendo a mente eventuali zone grigie di sovrapposizione e di osmosi. Due le tipologie più diffuse: quello intergenerazionale, in cui l'abitare è condiviso tra giovani e persone anziane, e la declinazione *senior* pensata appositamente per una condivisione solo tra le seconde. Da qui in avanti, poi, verrà utilizzata la categoria del *co-housing* qualora ci si soffermi su tratti generali della pratica, mentre se i risvolti (e le particolarità) dell'abitare collaborativo siano inseriti nel contesto della terza età, ne verrà specificata la qualità “senior”. La scelta è, dunque, ricaduta su questa ultima tipologia per l'importante ruolo delineatosi nel dibattito sulla longevità, nonché per la cruciale funzione che ha assunto nell'ambito delle riforme dell'attuale quadro italiano sulla *governance* della “terza età”.

Il *co-housing* presenta, in ogni caso, quale nucleo centrale identificativo, l'intenzione e la spontaneità di condividere degli spazi abitativi, pur preservando la possibilità di mantenere la riservatezza di una dimora privata, la quale, in genere, non presenta dimensioni particolarmente ampie, a favore dello

<sup>4</sup> Su questi aspetti, cfr. M. ROSPI, *L'invecchiamento attivo della popolazione all'interno della coesione sociale tra generazioni: gli strumenti della multilevel governance per nuovi sistemi di welfare*, in *Rivista AIC*, 3, 2018.

sviluppo *spaziale* dei luoghi condivisi. Questi ultimi, per lo più, constano di spazi verdi – giardini, orti – di punti di incontro (anche non) volontari, quali sale comuni, non solo per condividere i pasti, cucine, lavanderie e, perfino, di una precisa architettura e planimetria, sì che, ad esempio, i vialetti attorno alle abitazioni individuali siano “disegnati” in modo da permettere e favorire gli scambi. Nella variante *senior* possono anche essere presenti luoghi di assistenza in senso più stretto, quali infermerie, palestre per l’attività fisica adattata o per la fisioterapia, nonché apposite *guest rooms* per *caregivers* o eventuali ospiti avventori (familiari, tra gli altri, o amici). In aggiunta, sovente, i progetti di *co-housing* combinano solidarietà e sostenibilità, prevedendo l’uso di precisi materiali ai fini di abbattere lo spreco – e favorire il riciclo – energetico o di risorse; si pensi ai pannelli solari, o all’impiego di specifiche materie prime per la costruzione, nonché di soluzioni a basso impatto ambientale. La vocazione eco-sostenibile, seppur presente, può apparire più o meno pronunciata, fino a sovrapporsi alla *ratio* stessa della scelta collaborativa, come idea – *rectius*, filosofia – che informa l’adesione spontanea e intenzionale al progetto. Ma, in questa ultima eventualità, si tratterebbe più di eco-villaggi, i quali possono *anche* essere implementati come pratiche di *co-housing*, mentre non è sempre vero l’inverso. La combinazione di abitazioni individuali con spazi condivisi, al fine di instaurare dei processi di mutua collaborazione e solidarietà, non rende il *co-housing* del tutto equiparabile ai condomini solidali (né a un insieme di condomini) – da un punto di vista “architettonico” – e neanche all’*housing* sociale, se si guardi alla finalità di base. Poi, la presenza di supporto assistenziale, anche con figure professionali, oppure di un *design* votato all’accessibilità e all’eliminazione di barriere, insieme con spazi o elementi di “facilitazione” fisica, non lo rende coincidente neanche, per esempio, con gli alloggi assistiti.

Per proporre una sintesi definitoria, allora, può intendersi il *co-housing* in generale, e quello *senior* in particolare «come comunità di coabitazione per anziani in cui le persone condividono una serie di strutture e servizi, potendo in questo modo contrastare le difficoltà economiche legate all’invecchiamento e allo stesso tempo favorire condizioni di socialità e di vita attiva funzionali alla preservazione delle condizioni di salute sia fisica che psicologica»<sup>5</sup>.

Il presente contributo propone un tentativo di lettura del tema del *senior co-housing* mediante quattro assi principali: una prospettiva intergenerazionale rovesciata, ovvero, all’inverso, dal futuro a un “presente” solidale (e sostenibile), superando la sua necessaria prominenza “in avanti”; una ricostruzione dei diritti coinvolti, dalle tradizionali “garanzie” della dignità e dell’eguaglianza, all’emersione di ulteriori istanze; una ricostruzione in chiave comparata dell’ordinamento spagnolo, per ciò che concerne soluzioni “adattabili” al contesto italiano, nelle more delle sue evoluzioni; un approccio intersezionale, là dove il “prisma” dell’identità possa scomporsi in molteplici fonti e forme di discriminazione (o rivendicazione). In aggiunta, verranno valutate le implicazioni dell’abitare collaborativo sulla salute delle persone anziane, nell’ottica di un ecosistema innovativo (e olistico) della salute, senza, per ciò, rinunciare a soppesarne benefici e risvolti critici. Nelle riflessioni conclusive, infine, si richiamerà lo stato dell’arte, nonché il presente e il futuro degli interventi previsti dalla e nella *governance* della terza età.

<sup>5</sup> Associazione AeA, *Abitare e Anziani, Ripensare le politiche abitative. Quale modello di Senior Cohousing per la popolazione delle aree interne*, in *Rivista periodica di informazione*, 3, 2022, 12. Cfr., M. ZALLIO, O. ZANUTTO, *Housing a misura di senior. Progettare abitazioni age-friendly*, Rimini, 2022; S. POLCI, *Condivisione residenziale. Il ‘silver cohousing’ per la qualità urbana e sociale in terza età*, Roma, 2013; L. ROGEL, M. CORUBOLO, C. GAMBARANA, E. OMEGNA, HOUSINGLAB (a cura di), *Cohousing l’arte di vivere insieme. Principi, esperienze e numeri dell’abitare collaborativo*, Milano, 2018.

## 2. Una prospettiva (intra- e) intergenerazionale: rivalutare il presente della longevità, ripensando (la tensione verso) il futuro

«La società è morta. Viva la società». Con queste parole si apre il primo capitolo di un recente lavoro di Giorgia Serughetti, semplice e potentissimo, nel messaggio che veicola: «la società esiste»<sup>6</sup>. Questo, recuperando – e capovolgendo – il monito thatcheriano, a metà tra il cinismo e il nichilismo, che, anziché asserirne l'esistenza, la confutava con una domanda: «e chi è la società? Non esiste! Ci sono gli individui, uomini e donne, e ci sono famiglie, e nessun governo può fare nulla se non attraverso le persone e le persone guardano prima di tutto a sé stesse»<sup>7</sup>. Non solo la società *persiste*, ma si organizza, coopera, condivide, (si) *ri-compone*. Non solo è *ancora* esistente, ma lo è pure «il conflitto sociale»<sup>8</sup>, come fisiologica mediazione tra istanze diverse, cifra della partecipazione, passaggio antitetico ma necessario, proprio per una *coesione* sociale<sup>9</sup>. Queste analisi dimostrano, tra molte altre attuali, come la società sia, più che altro, «vivissima», presente e «creativa»<sup>10</sup>, al netto, o a dispetto, dell'individualismo imperante ed escludente.

Non è un caso, in aggiunta, che queste riflessioni «insistano» su un periodo di tempo preciso, coincidente con l'affievolimento dell'emergenza dovuta all'irrompere della pandemia da Covid-19, la quale ha, da una parte, esacerbato le distanze – e le disuguaglianze – dall'altra, paradigmaticamente come antitesi, appunto, fatto affiorare con forza quella società composta da reti solidaristiche più o meno evidenti, dinamiche mutuali orizzontali e/o informali, dalla necessaria con-divisione degli effetti centrifughi dell'isolamento.

La società è riemersa.

Se, infatti, proprio l'individualismo è stato la cifra della modernità (e della contemporaneità), il «soggettivismo» (e l'incertezza) di Bauman<sup>11</sup>, o l'alienazione e la unidimensionalità (dell'uomo e) delle vite secondo (questa volta, Herbert) Marcuse<sup>12</sup>, per citare le teorie più note, il distanziamento sociale ha dato linfa al rafforzamento di pratiche di «condivisione, sostenibilità, innovazione»<sup>13</sup>. Ciò, in un contesto in cui l'inafferrabilità della società aveva, in un certo senso, già lasciato il posto al «logoramento dei legami sociali», a una pregressa e ben più strutturale «epidemia della solitudine» e dell'isolamento<sup>14</sup>:

<sup>6</sup> G. SERUGHETTI, *La società esiste*, Bari, 2023.

<sup>7</sup> Richiamato testualmente *ivi*, pos. 186, Ed. Kindle.

<sup>8</sup> Cfr., L. BACCELLI, *Il conflitto sociale*, Roma, 2023.

<sup>9</sup> «Attraverso il conflitto sociale, d'altra parte, i soggetti discriminati e subalterni hanno espresso i propri bisogni e le proprie istanze, rivendicando libertà, inclusione, uguaglianza, riconoscimento delle proprie identità. E c'è anche un filone della filosofia, della sociologia e della teoria politica e giuridica che ha considerato il conflitto un dato di fatto della storia e della società e indagato le circostanze in cui può produrre esiti positivi», *ivi*, pos. 112, Ed. Kindle.

<sup>10</sup> Cfr., L. BOVONE, C. LUNGI (a cura di), *Italia creativa. Condivisione, sostenibilità, innovazione*, Roma, 2020.

<sup>11</sup> Il richiamo va, chiaramente, a Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, (ed.) Bari, 2011.

<sup>12</sup> Ci si riferisce a H. MARCUSE, *L'uomo a una dimensione*, (ed.) Torino, 1999.

<sup>13</sup> L. BOVONE, C. LUNGI, *op. cit.*

<sup>14</sup> «L'ultimo tassello di questa ricostruzione delle cause del logoramento dei legami sociali riguarda il tema della solitudine – l'epidemia della solitudine come scrive Laurent – e dell'isolamento. Termini non equivalenti, va da sé: subita la prima, soggettiva e forse cercata l'altra», U. ASCOLI, G.B. SGRITTA, *Logoramento dei legami sociali, sistemi di welfare e solidarietà di base*, in U. ASCOLI, F. DERIU (a cura di), *Povertà, rapporti tra le generazioni e*

una sorta di società «porosa»<sup>15</sup>. E, ovviamente, restringendo lo sguardo al *focus* qui in esame, si tratta di «una questione intricata; complicata da tutta una serie di concause che hanno a che vedere con il forte invecchiamento e la vulnerabilità della parte più anziana della popolazione, [...] e le condizioni di isolamento riconducibili all'individualismo, alla frammentazione degli interessi e alla variabilità degli stili di vita»<sup>16</sup>.

E qui si colloca, forse intuitivamente, il potenziale (e le potenzialità) del fenomeno del *co-housing*, soprattutto qualora trovi protagonisti i soggetti che più rappresentano una fascia di società, in un certo senso, distaccata dal “centro” nevralgico dell'attività (con tutte le sfumature semantiche del caso), del fermento civile, della partecipazione dinamica ai processi (anche decisionali), della costruzione del futuro. Spettante, questo, in un'ottica intergenerazionale, al nuovo, al giovane, al divenire, anche se non “presente” (anzi, proprio per ciò). Eppure, la pratica dell'abitare collaborativo sconfessa e ribalta molti assunti. In primo luogo, la presunta staticità e “omologazione”, che vorrebbe la popolazione anziana esclusa, sola, fragile, inattiva e marginale (nonché marginalizzata); considerazioni che verranno riprese qui in conclusione, nonché nei successivi paragrafi. Secondariamente, il *senior co-housing* mette in discussione anche una nozione – *rectius* concezione – dei rapporti tra il presente e il futuro, altresì nell'ottica della sua sostenibilità, nonché della solidarietà che dovrebbe instaurarsi tra ciò che è presente *adesso*, e il lascito che ne deriverà alle generazioni successive<sup>17</sup>. Da ultimo, poi, anche l'orizzonte temporale del futuro stesso si accorcia nell'ottica della “prossimità” – di nuovo, con la sua sfaccettata semantica – e della costruzione di una sostenibilità che si “accontenta”, per così dire, del breve termine. È indicativo che il *co-housing*, in generale, sia stato valorizzato quale modalità di condivisione di spazi, relazioni, interazioni tanto innovativo quanto antico; tanto tradizionale, quanto moderno. «An old idea – a contemporary approach»<sup>18</sup>.

Partendo, allora, proprio da questa prospettiva allargata, circa gli elementi di ibridazione della pratica tra passato e presente, in effetti, il *co-housing* ricrea proprio quei legami di vicinanza (e vicinato), che la “porosità” della contemporanea società avrebbe via via diluito, degradato, disgregato. Peraltro, come si proverà a ricostruire, questa caratteristica è in sintonia con una prospettiva costituzionale, che vedrebbe la pratica garantita dal quadro tradizionale dei diritti, della dignità e dell'eguaglianza, al contempo richiamando nuove “aspirazioni” e rivendicazioni, come, ad esempio, il «diritto alla città».

Al riguardo, è stato sottolineato come il *co-housing* non solo riadatti sostanzialmente «the social and practical advantages of a closely-knit neighborhood consistent with the realities of 21st-century»<sup>19</sup>, ma, elemento certamente fondamentale, se calato *anche*, ma non solo, nel contesto della terza età «takes the loneliness out of being alone»<sup>20</sup>. Un luogo privilegiato, pure spazio fisico, talvolta anche

---

welfare, in *La Rivista delle Politiche Sociali, Italian Journal of Social Policy, Special Issue In ricordo di Giovanni Battista Sgritta*, Roma, 2022, p. 187.

<sup>15</sup> *Ivi.*

<sup>16</sup> *Ivi.*

<sup>17</sup> Si richiamano, per un inquadramento, la Carta delle Nazioni Unite, in particolare il Preambolo (1945), il c.d. Rapporto Brundtland del 1983, il rapporto UNESCO, Dichiarazione sulle responsabilità delle generazioni presenti verso le generazioni future (1997), nonché l'Agenda per lo Sviluppo Sostenibile 2030 (2015).

<sup>18</sup> E, anche «a proven approach – anew application», C. DURRETT, *The Senior Cohousing Handbook: A Community Approach to Independent Living*, Gabriola Island, Canada, 2009, 17 e 33.

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

<sup>20</sup> *Ibidem*, 18.

“urbano”, che rimettendo al centro la condivisione potrebbe non soltanto, in quest’ottica, essere in grado di rilanciare meccanismi di “partecipazione e socialità”, ma di creare un «dispositivo di *welfare* informale»<sup>21</sup>, oltreché, appunto, “di prossimità”. Ciò favorirebbe anche una «trasversalità della cura» e ingenererebbe *naturalmente* una forma di «assistenza intergenerazionale»<sup>22</sup>, nonché, *a fortiori*, intra-generazionale. Tale mutualità e il recupero della solidarietà (e della compartecipazione) in una società che si vuole, ormai, irrimediabilmente “atomizzata”, sono emersi come «priorità», giacché «nel generale sovvertimento causato dall’emergenza sanitaria, nel prorompere dei bisogni universali di cura dei corpi, l’ordine assiologico che colloca l’individuale sopra il collettivo si è rivelato come l’effetto di una potente distorsione ideologica [...] è entrata in crisi anche la visione imperniata primariamente sull’individuo e la sua propensione acquisitiva e competitiva, e sulle famiglie come erogatrici di *welfare sostitutivo*»<sup>23</sup>.

Dunque, tra reti riscoperte, rafforzate e riproposte, con il recupero di paradigmi attuali, ma antichissimi, si rinnova e si rivaluta anche il rapporto tra passato, presente e futuro. In tale quadro, quest’ultimo viene ripensato nell’ottica di “prossimità”, più che di eredità (contesa o “svuotata” perché sovra-sfruttata). Rimettendo al centro il presente (della popolazione anziana) non viene meno, in ogni caso, la componente di solidarietà *pro futuro* delle generazioni a venire, intesa «almeno come dovere di giustizia»<sup>24</sup>. Tale prospettiva appare, anzi, “ragionevole”, nonché compatibile con la solidarietà inter-generazionale, rispetto «all’uso dei diritti e delle risorse (naturali, ambientali, economiche)»<sup>25</sup>. Ciò, se per (principio di) ragionevolezza si intende, acutamente «la relazione con gli altri, con i loro

<sup>21</sup> F. BIANCHI, *Alla ricerca della socialità perduta? Prove generali di cohousing in Toscana*, in *Cambio*, 6, III, 2013, 102 e 113.

<sup>22</sup> Questo, però, appare pertinente al *co-housing* intergenerazionale, più che al *senior co-housing*. Inoltre, «il cohousing diventerebbe un dispositivo di *welfare* “informale” perché, prevedendo modalità di co-residenza tra adulti, bambini e anziani, finirebbe con lo sviluppare forme trasversali di cura e sostegno dando vita ad una sorta di processo assistenziale intergenerazionale», *ivi*.

<sup>23</sup> G. SERUGHETTI, *op. cit.*, Pos. 99, enfasi aggiunta, «non solo la condizione pandemica ha stimolato la consapevolezza dell’interdipendenza tra tutti gli esseri umani, [...] ma la risposta collettiva ha mostrato la forza che gli obblighi di reciprocità possono esercitare, mentre le molteplici forme spontanee di mutuo-aiuto e cura di prossimità hanno manifestato la vitalità del principio di solidarietà anche al di fuori del circolo ristretto degli affetti».

<sup>24</sup> A. D’ALOIA, *Costituzione e protezione delle generazioni future*, in *Generazioni future (dir. cost.)*, *Enciclopedia del Diritto* – Annali, IX, Milano, 2016, 317. Inoltre, secondo altra prospettiva «c’è da chiedersi se l’inquadramento della questione generazionale nelle formule in cui è stata in questi anni confezionata, principalmente come una tensione limitata alla distribuzione di risorse sempre più scarse tra giovani e anziani, non sia che un modo per mettere la testa sotto la sabbia e non vedere i veri problemi. Primo fra tutti quello dell’incapacità di allungare gli orizzonti temporali delle scelte politiche che contano, di scrivere un futuro che consenta di superare scompensi e squilibri che vanno molto al di là dell’equità tra contemporanei, tra soggetti sociali che si trovano ad attraversare stazioni diverse del loro ciclo di vita o generazioni tra loro prossime; di un futuro che più che ai diritti acquisiti di chi c’è si faccia carico anche del dovere (morale) delle generazioni attuali alla conservazione dei patrimoni di risorse nell’interesse necessariamente indistinto di chi non c’è e non ha rappresentanti in grado di farli valere», G.B. SGRIITA, M. RAITANO, *Generazioni: dal conflitto alla sostenibilità*, in U. ASCOLI, F. DERIU, *op. cit.*, 108-109. Cfr., A. D’ALOIA, *Bioetica ambientale, sostenibilità, teoria intergenerazionale della Costituzione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue n. 2/2019; R. BIFULCO, A. D’ALOIA, *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008; R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008; T. GROPPA, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, DPCE online, 1, 2016.

<sup>25</sup> A. D’ALOIA, *Costituzione e protezione delle generazioni future*, *cit.*, 308.

diritti/aspettative/interessi, [la] consapevolezza delle implicazioni (anche per gli altri) di ciò che si fa o si rivendica»<sup>26</sup>. Ancora, non si tratta di «presentismo»<sup>27</sup>, quale scaturigine di una società senza visione, che vive dell'attimo, della soddisfazione contingente, dell'immediatezza dei bisogni. Diversamente, si sostanzia nel restituire «respiro temporale alla quotidianità, inserendola in un'articolazione che proietta il presente in un futuro *ragionevolmente* delineabile»<sup>28</sup>, riguardando non soltanto una indistinta tensione verso un "futuro migliore", ma la valorizzazione di «ciò che gli individui cercano di realizzare qui e ora»<sup>29</sup>: una «comunità transgenerazionale»<sup>30</sup>.

Si pensi, poi, nell'ottica anche della *sostenibilità*, la (potenziale) vocazione dell'abitare collaborativo *fondata* su scelte ecologiche, rispettose dell'ambiente e degli "ecosistemi" in generale; un ritrovato contatto con la natura, con la "terra", oltreché con gli "altri", un progetto di "vita" condivisa e responsabile (nonché *responsabilizzata*). In questo sentire, il *senior co-housing*, lungi dal rappresentare una forma di egoismo "generazionale" con radici nel passato, nonché venato dal privilegio dell'appropriazione delle risorse "qui e ora", appare centro di esplicazione (e di imputazione) di impegno e responsabilità, nella declinazione in *commitment* e *accountability*, verso il futuro dei diritti e i diritti altrui (anche futuri). Responsabilità, allora, quale «orientamento a monte delle scelte di azione, a prendere sul serio i propri doveri, primo fra tutti quello del *neminem laedere*: una responsabilità "prospettica", che non è solo "risposta" ma "iniziativa", "compito", un prendersi cura in anticipo»<sup>31</sup>. E potremmo aggiungere, prendersi cura anche in ottica *intragenerazionale*.

Proprio l'aspetto della condivisione, poi, è stato sottolineato come la cifra delle attività collaborative alla base dello *sharing*, tra le quali il *co-housing* è stato esplicitamente inserito<sup>32</sup>. E, di nuovo non a caso, nel medesimo *framework* concettuale si inaugura, quale filo conduttore del discorso, un'idea di «memorie del futuro»<sup>33</sup>, per richiamare l'analisi condotta alcune righe addietro sul superamento della "prominenza" in avanti, a scapito del presente, e la connotazione ibrida del *co-housing* quale fenomeno innovativo e insieme "tradizionale". Un futuro in cui, infatti, le «memorie vengono lette come serbatoio di *possibilità*»<sup>34</sup>, una pratica che «pur immersa nel presente, non è immemore del passato e impone di contemplare il futuro»<sup>35</sup>. Una sorta di futuro "anteriore", se può passarsi l'espressione. Alla luce della contestualizzazione presentata, appare ancor più chiaro il profilo "trasformativo" del tema,

<sup>26</sup> *Ivi*.

<sup>27</sup> «Il presentismo è una versione (più pericolosa e subdola perché manca la voce diretta degli interessi contrapposti) dell'individualismo. Entrambi sono una degenerazione del personalismo costituzionale e del principio di dignità dell'uomo. Come ho scritto altrove, "dimenticando gli altri di oggi e rimuovendo gli altri che verranno, i diritti espungono da sé la solidarietà e la responsabilità, allontanandosi così dal loro significato costituzionale più autentico"», *Ibidem*, 332.

<sup>28</sup> F. BIANCHI, *Ri-abitare gli spazi: immaginari, utopie e pratiche in trasformazione*, in *Cambio*, 12, 24, 2022, 52.

<sup>29</sup> *Ivi*.

<sup>30</sup> A. D'ALOIA, *Costituzione e protezione delle generazioni future*, cit., 322, il quale cita, a sua volta, A. DE-SHALIT, *Why Posterity matters: Environmental policies and future generations*, London, 1995.

<sup>31</sup> A. D'ALOIA, *Costituzione e protezione delle generazioni future*, cit., 328.

<sup>32</sup> Quale utilizzo condiviso, appunto, di «risorse percepite primariamente come comuni [...] in una logica in cui si armonizzano progetti personali, di gruppo, di cambiamento sociale», L. BOVONE, C. LUNGHI, *op. cit.*, x. Non a caso, questo volume pone al centro del discorso le nuove generazioni e, in particolare, i c.dd *Millenials*.

<sup>33</sup> I. PAIS, *Alle origini dell'economia collaborativa: memorie del futuro*, in L. BOVONE, C. LUNGHI, *op. cit.*, 67 ss.

<sup>34</sup> *Ibidem*, xi.

<sup>35</sup> A. D'ALOIA, *Costituzione e protezione delle generazioni future*, cit., 3, il quale, a sua volta cita Stefano Rodotà.



se adattato all'ambito della terza età, non soltanto per affrontare isolamento e solitudine – con la sua potenzialità di *social bonding* e *social bridging*<sup>36</sup> – ma per riconquistare spazi di azione, di attività e, poi, di *agency*. Peraltro, la sua esplicazione nella sfera dei benefici per la popolazione anziana si apprezza sotto un duplice profilo: nella declinazione intergenerazionale, che vede, alla base, una condivisione tra nuove e “vecchie” generazioni, in cui quindi i rapporti tra passato, presente e futuro si fondono, per così dire, nel contesto di un progetto comune e mutuale<sup>37</sup>. In quella *intragenerazionale*, qual è, invece, il *senior co-housing*, per le interazioni tra soggetti che instaurano una rete solidaristica alla luce di bisogni, necessità, *backgrounds* specifici e al contempo comuni, nell'ottica di migliorare l'*attuale* qualità di “vita”. Insomma, nella quale «seniors are the *agenda*»<sup>38</sup>.

Rispetto a questo ultimo punto, vale la pena richiamare le note tappe elaborate da Durrett, che costituiscono le fasi essenziali della progettazione di un *co-housing* in generale, *senior* in particolare. Esse, infatti, consentono una sintesi degli aspetti fin qui descritti, riguardando, da una parte, proprio l'importanza della collaborazione e della com-partecipazione attiva, e dall'altra – in fondo ricompresa nella prima – l'essenzialità dell'effettiva autodeterminazione e azione delle persone coinvolte. Non meno fondamentale, infine, la possibilità di collocare il *senior co-housing* all'interno di una prospettiva di capacitazione – e di *empowerment* – della e nella terza età, oltreché in una più ampia prospettiva “olistica” sulla salute.

Le sei componenti essenziali constano: di un processo partecipativo, di *planning* e *design*; di una progettazione deliberata della “comunità”, intesa anche come «quartiere»; dell'ideazione delle aree comuni e condivise; di una gestione completamente affidata ai residenti; di strutture e relazioni non gerarchiche, nonché dell'assenza di una *leadership* in senso proprio; separazione delle fonti di reddito (e assenza di produzione di reddito, di nuovo, in senso proprio)<sup>39</sup>. Evidentemente, a parte considerazioni relative al *management* e all'“economia” della condivisione, dirimenti appaiono la prima, la quarta e la quinta fase: ovvero, come sommatoria, quelle che conferiscono al (*senior*) *co-housing* il connotato della partecipazione e progettualità, autonomia e autodeterminazione nelle scelte, dell'orizzontalità, dell'eguaglianza e della mutualità tra i/le residenti. Una sorta di *triangolo delle tre C*: consenso (per aderire al “progetto”), consapevolezza (delle relazioni e interazioni che si creano nel parteciparvi), condivisione (di interessi, mezzi, finalità e, soprattutto, “spazi”). Se si volesse aggiungere un altro (affatto marginale) elemento, l'importanza della comunità che ne scaturisce. Tutte fasi, peraltro, finalizzate a *decidere* e a realizzare il proprio «*aging scenario*»<sup>40</sup>, in consonanza con le aspirazioni (le aspettative) e le scelte autonome di ciascun/a partecipante. Come sottolineato, infatti: «si tratta di un “progetto di

<sup>36</sup> F. BIANCHI, *Ri-abitare gli spazi: immaginari, utopie e pratiche in trasformazione*, cit., 54.

<sup>37</sup> In cui, infatti, «kids are the agenda» secondo C. DURRETT, *op. cit.*, 25. Si veda anche L. DORATO, M. ROSPI, *Per un nuovo patto intergenerazionale: spunti per una proposta di legge-quadro per l'invecchiamento attivo*, in [federallismi.it](http://federallismi.it), 18, 2021.

<sup>38</sup> C. DURRETT, *op. cit.*, 25.

<sup>39</sup> *Ivi*, 19. Durrett cita anche il c.d. *Nielsen's Model*, ovvero «based on the participatory process, and it neatly incorporates issues of co-care, design considerations, community size, and the group formation processes, among many other things», 37.

<sup>40</sup> Infatti, nel modello proposto da Durrett fondamentale ruolo è svolto dai *focus groups* che si inseriscono tra le tappe atte a comporre, e finalizzare, il progetto di *co-housing*, *Ivi*, 48.

vita”, volontariamente assunto da chi lo promuove», anziché di una mera «soluzione architettonica o urbanistica»<sup>41</sup>.

Di conseguenza, per richiamare anche la citazione di apertura, oltre a instaurarsi una tensione verso una vita in salute e soddisfacente, un progetto di *senior-cohousing* ben si inserisce in una prospettiva olistica circa la salute – più lata rispetto all’approccio *One Health* in senso proprio – che riguarda un generale *benessere* della persona, unitamente al soddisfacimento di bisogni ordinari, necessari, della quotidianità e del “presente”<sup>42</sup>.

In tal senso, il *senior co-housing* supera anche la “burocratizzazione dei bisogni”, valorizzando, tanto l’*agency* individuale, quanto il *community empowerment*, qui inteso in senso restrittivo (e improprio) dell’insieme dei residenti; la comunità, insomma «right outside the front door»<sup>43</sup>. Questo passaggio consente di affrontare l’ultimo punto menzionato all’inizio del presente paragrafo: il superamento dello stigma nei confronti della longevità, come una fase statica (e finale) della vita, in cui le persone anziane sono relegate nelle categorie – non esenti da critiche – della vulnerabilità e della fragilità *per definizione*. Al contrario, sovvertendo simili narrazioni – le quali possono tradursi in altrettante fonti di pregiudizio e stereotipizzazione, per esempio l’ageismo, l’abilismo o l’infantilizzazione – ben potrebbe scorgersi una riappropriazione di spazi e di azione. Una sorta di «poder gris»<sup>44</sup>, come efficacemente formulato, che conferisce a quell’insistenza sul “grigio(re)” o sull’argenteo, tipico dei soggetti anziani – non sempre scevro, appunto, da tratti esteriori *troppo* pronunciati – *almeno* una componente di “potenziale” (e di potere). La nota formula del “non posso aiutarti senza di te”<sup>45</sup> si colora dunque di una sfumatura più marcata di partecipazione, che nel *senior co-housing*, per i profili orizzontali della cura, della solidarietà e del supporto, si concretizza, in primo luogo, nell’autonoma “presa in carico” dell’aiuto di cui le persone anziane necessitano, le quali si aiutano da sé e tra loro. Nella progettualità di una vita condivisa si aprono quei già citati scenari di *welfare* di prossimità, in grado di rafforzare il modello “generativo” con medesima capacità moltiplicatrice. Ed emblematicamente di nuovo Durrett sottolinea come i processi di costruzione – in senso spaziale e relazionale – dei progetti di abitare collaborativo, siano forme di *housing* «with senior» e non «for senior»<sup>46</sup>. Ciò richiama molto da vicino, non per coincidenza, la rivendicazione dell’*agency* per le soggettività (e delle identità) che *si vogliono*

<sup>41</sup> A. D’INNOCENZO, *Abitare, abitare integrato, cohousing: come cambia la casa degli anziani. Tipologie abitative diversificate per rispondere agli stili di vita degli over 65*, in *Associazione AeA, Abitare e Anziani, Rivista periodica di informazione, Approfondimenti/Focus*, 2, 2011, 5.

<sup>42</sup> «A more important concern for senior housing should be the people themselves and the quality of their lives [...] there’s something more than just things, there’s a shared sense of values and purpose», C. DURRETT, *op. cit.*, 16 e 221.

<sup>43</sup> *Ibidem*, 12.

<sup>44</sup> M.A. TORTOSA, G. SUNDSTRÖM, *El cohousing senior en España. Cambios desde la economía social en los alojamientos y en la economía de los cuidados para personas mayores*, in *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 104, 2022, 325; Z. TZIKA, C. SENTIERI-OMARREMENTERIA, A. MARTÍNEZ-DURAN, *Towards Collective Forms of Dwelling: Analysis of the Characteristics of the Emerging Grant-of-Use Housing Cooperatives in Catalonia*, in *Revista de Arquitectura*, 28, 45, 2023.

<sup>45</sup> Cfr., E. ROSSI, E. VIVALDI, E. INNOCENTI (a cura di), *Non posso aiutarti senza di te*, Livorno, 2016.

<sup>46</sup> C. DURRETT, *op. cit.*, passim.

necessariamente “vulnerabili”: «niente su di noi, senza di noi», slogan del movimento mondiale delle persone con disabilità<sup>47</sup>.

In sintesi, quale “*syllabus*”, a partire da parole e concetti chiave:

«le forme di abitare collaborativo possono allora essere considerate un effettivo strumento [...] per la partecipazione *responsabile* degli attori coinvolti, il senso di appartenenza allo spazio *urbano* e/o alla *comunità* e i processi di inclusione sociale che ne derivano. Gli abitanti appaiono più autonomi e allo stesso tempo responsabili verso gli altri (oltre che verso sé stessi), mentre sono evidenti gli effetti *moltiplicatori* [...] se consideriamo che cura, relazione tra le persone e tensione verso il futuro *oggi* ibridano e definiscono le nuove centralità urbane. La stessa promozione di modelli di sviluppo sostenibili [...] capaci di attivare meccanismi *generativi* di relazioni solidaristiche, *capabilities* e *welfare* rappresenta un avanzamento non di poco conto»<sup>48</sup>.

### 3. Una prospettiva costituzionale: individui, comunità e solidarietà. “Spazi” dell’abitare, di azione, di inclusione

Come accennato, la tematica del *senior co-housing* sollecita riflessioni sulla tradizione, un presente solidale e “sostenibile” – soddisfacente e felice – al pari di progetti innovativi che guardano agli scenari futuri come proposte efficaci per la longevità. In questa sezione, il medesimo approccio di metodo verrà traslato sul campo dei diritti fondamentali, attraverso una prospettiva costituzionale sul tema<sup>49</sup>, la quale coinvolge tanto la “pietra angolare” delle garanzie della persona, quale singolo, *uti socius* e parte della collettività, quanto rivendicazioni (più o meno nuove) che guardano – in senso quasi letterale – a nuovi “spazi”, di promozione, di rivendicazione, di appropriazione. Rispetto al primo punto, anzitutto, l’analisi non potrebbe che essere inaugurata dall’articolo 2 della Costituzione, soprattutto attraverso la lettura del principio personalista che “riconosce” e garantisce i diritti inviolabili degli individui, come singoli e nelle formazioni sociali in cui si svolge la personalità. E, per ritrovare un collegamento con il paragrafo precedente, d’altro canto, «l’invulnerabilità dei diritti è un primo esempio di qualità transgenerazionale delle risorse più importanti del discorso normativo costituzionale»<sup>50</sup>.

Al di là, intuitivamente, della pregnanza (e dell’“universalità”) della titolarità di diritti per ciascuno/a, della “pari dignità” e dell’uguaglianza (art. 3 Cost.), appare interessante leggere la pratica dell’abitare collaborativo – e della comunità che ne discende – alla luce del pluralismo sociale e, perciò, delle «possibili estensioni» della formula “formazioni sociali”. Autorevole dottrina ha, al riguardo, richiamato come, essendo «impossibile» da costruire una volta per tutte, è proprio «il contesto che governa l’ambito del concetto»<sup>51</sup>. In simile contesto, inoltre, sembra utile anche ricordare la ricostruzione che lo stesso Autore propone a partire dal dibattito in Assemblea costituente<sup>52</sup>. Ci si riferisce, segnatamente, alla formula avanzata da La Pira – poi, evidentemente, accantonata – di declinare la categoria in termini

<sup>47</sup> Cfr., J. CHARLTON, *Nothing about us without us: disability oppression and empowerment*, Berkeley, 2000.

<sup>48</sup> F. BIANCHI, *Ri-abitare gli spazi: immaginari, utopie e pratiche in trasformazione*, cit., 54, enfasi aggiunte.

<sup>49</sup> Si ricordino, inoltre, l’artt. 2 e 3 del TUE, nonché gli artt. 21, 25, 34, 35 della Carta dei diritti dell’UE.

<sup>50</sup> A. D’ALOIA, *Costituzione e protezione delle generazioni future*, cit., 294.

<sup>51</sup> E. ROSSI, *L’art. 2 della Costituzione italiana*, in E. ROSSI (a cura di), *Problemi attuali delle libertà costituzionali*, Pisa, 2009, 27, che richiama a sua volta Nigro.

<sup>52</sup> *Ivi*.

di “comunità naturali”, ovvero «accogliendo la concezione organica della società che vede frapposte progressivamente fra i singoli e lo Stato le *comunità naturali* attraverso le quali la personalità umana ordinatamente si svolge»<sup>53</sup>. Suggestivo, se si pensa all’accento posto proprio su una «concezione atomistica che contrappone disorganicamente i singoli allo Stato, senza tener conto delle comunità naturali che sono la inevitabile e provvida mediazione fra lo Stato ed i singoli». Tale *excursus*, sebbene superato dalla storia “costituzionale”, ma anche dalla dottrina, sì che il riferimento a qualsivoglia carattere “naturale”, soprattutto dei diritti, sia ormai considerato pure «obsoleto»<sup>54</sup>, talvolta perfino scivoloso (o “pericoloso”), fa nondimeno residuare l’elemento della comunità, rispetto alle formazioni sociali in generale. Proprio l’accento su di essa domina il dibattito – in realtà, a tutti i livelli, si pensi all’infermiere e alle case “di comunità” – in tema di abitare collaborativo, in particolare in termini di comunità *intenzionali*, più che naturali, se non addirittura *contrattuali* (il contrario della naturalità), con potenziali risvolti esclusivi, come si avrà modo di precisare più avanti. Nel delimitare l’ambito dell’abitare collaborativo quali formazioni sociali – al di là, questa volta, di un elemento teleologico<sup>55</sup> – è essenziale la ricostruzione che fa leva, precipuamente, su un elemento materiale – «un insieme di soggetti persone fisiche» – e un *requisito* psicologico – «volontarietà, o perlomeno, consapevolezza degli stessi di farne parte»<sup>56</sup>. Come si noterà, infatti, proprio il triangolo delle tre C, proposto qualche rigo addietro, replicherebbe questi elementi all’interno del *contesto* particolare che “governa” l’ambito del concetto. Nel precedente paragrafo, infatti, è stato posto l’accento su Consenso (volontarietà), Consapevolezza, Condivisione (più idonea, però, a inserirsi nell’ottica del principio solidarista, sempre *ex art. 2 Cost.*) e, non da ultimo, Comunità. La possibile convergenza tra le finalità di garanzia costituzionale “nelle e delle” formazioni sociali e gli aspetti “materiali” relativi a persone fisiche che si organizzano, anche, ma non necessariamente, per un qualche *fine* comune (di natura ideale o ideologica), si rafforza alla luce del pluralismo sociale. Questo, infatti, «consiste nella *finalità* riconosciuta alle formazioni sociali di favorire la *socialità* della persona, il suo inserimento nel *contesto* sociale mediante una *rete di relazioni* che ne consenta la *partecipazione* alla vita collettiva e quindi la sua *piena realizzazione*: per dirlo con le parole di Rescigno, il riconoscimento delle formazioni sociali tende a offrire una risposta alle “ragioni opposte di angoscia in cui si muove la condizione umana, sospesa tra la paura dello Stato e il deserto della *solitudine*”»<sup>57</sup>.

Per contrastare le derive “centrifughe” dell’isolamento, i meccanismi di segmentazione di una società atomizzata – o di una concezione atomistica, diceva La Pira – il *senior co-housing* rappresenta quella «voglia di comunità», come scriveva Bauman<sup>58</sup>, che favorisce la socialità e la partecipazione, in cui dirimente appare, in questo caso, il requisito psicologico della volontarietà e dell’intenzionalità di simile condivisione. Non per coincidenza, nel 2020 è stata avanzata una proposta di legge per normare

<sup>53</sup> Relazione Giorgio La Pira sui principi relativi ai rapporti civili, pt. 2.

<sup>54</sup> E. Rossi, *L’art. 2 della Costituzione italiana*, cit., 19, nota 38.

<sup>55</sup> Cioè, in base alla precisazione dell’on Moro in sede costituente, a proposito delle difficoltà interpretative potenzialmente ingenerate dalle “formazioni sociali”, «presentandole come quelle nelle quali si esprime e si svolge la dignità e la libertà dell’uomo», *Ibidem*, 27.

<sup>56</sup> *Ibidem*, 30.

<sup>57</sup> *Ibidem*, 32, enfasi aggiunte.

<sup>58</sup> Z. BAUMAN, *Voglia di comunità*, Bari, 2007.

le “comunità intenzionali”<sup>59</sup>, nella quale, in particolare all’art. 17, trova esplicito riconoscimento proprio l’abitare collaborativo. Vale la pena richiamarne alcuni punti, giacché costituiscono una sorta di “tavola sinottica” degli argomenti sin qui esposti. In primo luogo, esse vengono presentate come “comunità di *vita*”, oltretutto rappresentando «una delle forme più *antiche* di aggregazione umana, che possono costituire importanti laboratori di *sperimentazione sociale* nel mondo *attuale*». Risulta immediato il richiamo a quell’ibridazione tra passato e innovazione, tra tradizione – quale reiterazione di *pratiche* – e trasformazione sociale, tracciando quella linea (temporale) immaginaria tra passato, presente e futuro. Un *continuum*, quindi<sup>60</sup>. In secondo luogo, già nelle “intenzioni” della proposta, la riconducibilità del tema a quello della tutela più ampia della terza età viene espressamente enunciato, giacché le comunità intenzionali quali «sensori dei *bisogni* del territorio mostrano una particolare attenzione al fondamentale ruolo degli anziani, valorizzandone l’esperienza». Immediatamente successivo il riferimento al *co-housing*, quale pratica riconducibile a comunità intenzionali – più propriamente, ma non esclusivamente – “urbane”, le quali «sopperiscono alla riduzione della quantità e della qualità delle relazioni interpersonali», tra le altre finalità. Nella proposta, come anticipato, l’abitare collaborativo trova sede dedicata nell’articolo 17, quale comunità intenzionale caratterizzata da un progetto “abitativo” da attuare, per ciò che qui rileva, mediante: b) la collaborazione reciproca per la prestazione di servizi in favore della comunità, non ignorandone i profili economici e gestionali – ad esempio, i redditi separati al comma 4, come d’altronde suggeriva Durrett. Non da ultimo, poi, come una sorta di chiusura del cerchio, già nell’art. 1 l’inquadramento prospettato, ai fini di una tutela costituzionale, è proprio *sub specie* di formazioni sociali, chiedendone il riconoscimento in virtù del «valore civile e la funzione di utilità sociale delle comunità intenzionali [quali formazioni sociali] nelle quali si esprime la personalità dell’individuo ai sensi degli articoli 2 e 3, secondo comma, della Costituzione» (comma 1). Segue, infatti, ai fini definitivi (comma 2), la loro caratteristica di «aggregazioni di persone fisiche» – elemento materiale – e «un progetto di vita comunitaria ispirato alla collaborazione, alla coesione e alla solidarietà sociale, economica e culturale tra i suoi aderenti» – requisito psicologico – insieme con una “funzione” – «*ratio* alla base del pluralismo sociale»<sup>61</sup> – che si esprime attraverso lo «svolgimento di attività in favore della collettività, [...] nonché la ricerca etica interiore e spirituale, allo scopo di favorire il benessere della comunità» (comma 3).

Spunti interessanti, che non sono stati “discussi” né approvati, rappresentando, forse, un’occasione mancata per assicurare copertura normativa a pratiche già anticipate da una forma di “sensibilità” sociale, o, magari, una buona occasione per non imbrigliare proprio il fermento sociale in rigidi schemi, o in sensibilità “individuali” del legislatore. In effetti, a questo riguardo, la proposta di legge conferiva alle comunità intenzionali la natura di persone giuridiche (art. 3), da costituirsi con atto pubblico, con scrittura privata autenticata o registrata (art. 4, comma 1) insieme con la redazione del relativo atto

<sup>59</sup> A.C. n. 2730, XVIII Legislatura, Riconoscimento e disciplina delle comunità intenzionali, presentata il 22 ottobre 2020, <https://documenti.camera.it/leq18/pdl/pdf/leq.18.pdl.camera.2730.18PDL0120570.pdf> (ultima consultazione 06/03/2024).

<sup>60</sup> «Nuove parole, o forse meglio dire parole di sempre, con una visione dell’esistenza umana non spezzata in una schematica divisione di successive fasi», Associazione AeA, Abitare e Anziani, *Invecchiamento Attivo. Delega al Governo: una occasione da non perdere*, in *Rivista periodica di informazione*, 1, 2023, 4-5.

<sup>61</sup> E. Rossi, *L’art. 2 della Costituzione italiana*, cit., 32.

costitutivo (art. 4, comma 2)<sup>62</sup>. A proposito di una riflessione più generale, però, «la comunità non è nemmeno una sovrapposizione di soggetti, ma qualcosa di diverso»; sono, cioè, «entità distinte da quelle dei singoli appartenenti ma diverse anche da quelle che noi chiamiamo in senso lato persone giuridiche [...]. Sono entità che, una volta tanto, si sono sottratte a una precisa qualificazione giuridica»<sup>63</sup>.

Si apprezza, dunque, la piena riconducibilità dell'abitare collaborativo alle garanzie e alla promozione offerta dalla "pietra angolare" della Costituzione, specialmente nell'ottica, richiamata d'altronde e necessariamente anche dalla proposta di legge, del combinato disposto con l'art. 3, comma 2 della Carta. Proprio la "funzionalità" – *rectius*, la "dimensione funzionale" – che tali comunità (intenzionali) abitative e collaborative integrano, promuovendo lo svolgimento (e lo sviluppo) della personalità, e al contempo «garantendo anche la possibilità di essere parte attiva della società»<sup>64</sup>, rappresentano *quel* pluralismo sociale che «contribuisce a sviluppare la società nel suo complesso e a consentire a essa di realizzare le *finalità* che la Costituzione le assegna»<sup>65</sup>. Per ciò che concerne le garanzie costituzionali "tradizionali", non può restare ai margini – costituendone, anzi, il nucleo centrale – la dimensione solidaristica, *in re ipsa* nella scelta di abitare all'insegna della "collaborazione" e altro principio desumibile dall'art. 2 della Costituzione. Ovviamente, esso viene qui in rilievo non solo, o, almeno, non esclusivamente nel suo senso più lato di «sbarramento all'individualismo esasperato»<sup>66</sup> – che rappresenta una sorta di *prìus* logico all'adesione stessa al "progetto di vita", oppure, da diversa prospettiva, l'effetto che si vuole produrre affrontando materialmente «il deserto della solitudine» – ma come esempio paradigmatico di solidarietà «oltre l'ambito della doverosità (giuridica)»<sup>67</sup>. Quindi, più precisamente, quale «espressione libera e non normativamente imposta della socialità umana [...] quell'insieme di comportamenti che ogni soggetto pone in essere per la realizzazione dell'interesse alieno e perciò del bene comune»<sup>68</sup>. Questa forma di solidarietà "fraterna" o "sociale", che opera sul piano dell'orizzontalità e della mutualità si apprezza anche in ottica futura e *intergenerazionale*, ma per quanto riguarda

<sup>62</sup> Che dovrebbe contenere, tra gli altri, elementi, anche «il progetto di vita comunitaria con individuazione delle finalità e delle forme e delle modalità di convivenza nonché di condivisione degli spazi, dei beni e dei servizi costituenti le dotazioni abitative e funzionali della comunità intenzionale» (art. 4, comma 2, lett. a), «gli accordi che regolano i rapporti tra gli aderenti e tra gli aderenti e la comunità intenzionale» (lett. c), «i criteri di ammissione, di recesso e di esclusione dalla comunità intenzionale (lett. e), le forme di rappresentanza della comunità intenzionale (lett. g), le attività di utilità sociale, ambientale o culturale che saranno svolte dalla comunità intenzionale (lett. h)». Gli altri sono costituiti da: «b) i promotori della comunità intenzionale, nel numero minimo di sette persone maggiorenni non consanguinee; d) l'ordinamento interno della comunità intenzionale, che deve essere ispirato ai principi di uguaglianza, democraticità e di pari opportunità tra gli aderenti, con l'individuazione dei criteri per garantire l'elettività delle cariche e la partecipazione alla gestione della comunità intenzionale; f) le modalità di costituzione di un fondo comune della comunità intenzionale; i) le modalità di scioglimento della comunità intenzionale e gli eventuali obblighi di devoluzione dei suoi beni».

<sup>63</sup> «Che non sono sussumibili all'interno delle categorie giuridiche riconosciute, per cui non rientrano sostanzialmente in un sistema giuridico concluso. Ed è questo il loro fascino, che scaturisce dalla varietà dei contenuti che possono assumere, e nel contempo il loro limite M. TEDESCHI, *La comunità come concetto giuridico*, in *Innovazione e Diritto*, 5, 2005, 10-11.

<sup>64</sup> E. ROSSI, *L'art. 2 della Costituzione italiana*, cit., 35

<sup>65</sup> *Ivi*.

<sup>66</sup> *Ibidem*, 29, il quale a sua volta cita Alpa.

<sup>67</sup> *Ibidem*, 42 ss.

<sup>68</sup> *Ibidem*, 43.

la variante *senior* – seguendo il filo rosso del precedente paragrafo – si esplica *soprattutto* in un ambito «sincronico»<sup>69</sup>, (re)stringendo, *lato sensu*, l'orizzonte temporale di riferimento.

E proprio la natura di catalogo aperto dell'art. 2, chiave di volta (e canale di connessione) per favorire una interpretazione trasformativa del Testo, al fine di includere sotto l'egida della promozione e protezione costituzionali nuove istanze (e sempre diversi) diritti, permette di costruire un ponte logico per annoverare altri “spazi” di rivendicazione. Il diritto all'abitare – “alla casa” – può fungere da utile interposizione tra le garanzie più “datate” e la formulazione (post)moderna di nuovi interessi meritevoli di tutela, quale il diritto alla città. Non è questa la sede per ripercorrerne pedissequamente la complessa evoluzione, che verrà trattata nella misura che qui rileva, ovvero quella della funzione sociale dell'abitare (collaborativo). Com'è noto, il diritto all'abitazione non è espressamente sancito in Costituzione, che “si limita” a richiamarne, all'art. 47, il *favor* verso «l'accesso del risparmio popolare alla proprietà», come specificazione di una più ampia tutela del risparmio «in tutte le sue forme». Nondimeno, con una certosa e “sistematica” (ri)costruzione del quadro (interpretativo), la giurisprudenza costituzionale ha via via messo in luce e valorizzato le sue caratteristiche “fondamentali”, sotto molteplici punti di vista. Tra le molte pronunce, anzitutto, va menzionata, per ciò che interseca la tematica qui in oggetto, la determinazione dell'abitazione quale “bene primario”, oltretutto di «fondamentale importanza nella *vita* dell'individuo» (sent. n. 252/1983), insieme con la garanzia per il «maggior numero di cittadini possibile di un fondamentale diritto sociale, quale quello all'abitazione», al fine di «contribuire a che la vita di ogni persona rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l'immagine universale della *dignità* umana» (sent. n. 217/1988). In quest'ultima pronuncia, inoltre, la Corte si premura di sottolineare come il diritto all'abitazione sia da ricomprendere «fra i requisiti essenziali caratterizzanti la *socialità* cui si conforma lo Stato democratico voluto dalla Costituzione», così come, circa un decennio dopo (sent. n. 119/1999) afferma come esso rientri «innegabilmente, fra i diritti fondamentali della persona», da includere «nel catalogo dei diritti inviolabili»<sup>70</sup>.

Come è stato notato, d'altronde, può essere scorta con «immediata evidenza, l'inscindibile relazione tra la garanzia della effettività del diritto sociale ad un'abitazione e la, anche solo astratta, conseguente possibilità di aspirare al godimento di importanti ulteriori diritti fondamentali», nonché la «rilevanza, *sistematica* in considerazione dei suoi *fondamentali riflessi* nella costruzione della stessa nozione di cittadinanza in senso sostanziale»<sup>71</sup>. A questo riguardo, l'abitazione diventa luogo – anche fisico, spaziale – di promozione e di “proiezione”<sup>72</sup> della dignità, della socialità, di partecipazione attiva; caratteristiche – tutte – essenziali alla costruzione della pratica del *senior co-housing* quale strumento per il conseguimento di una vita soddisfacente, insieme con la tensione solidaristica di fondo connaturata all'abitare “collaborativo”. Un coacervo di diritti, quindi: un prisma, come si accennava nel titolo, che

<sup>69</sup> Infatti, ciò sta a «indicare – in quella che è stata definita la dimensione orizzontale della solidarietà – la doveosità e la responsabilità dell'impegno solidale e la sua estensione oltre l'ambito sincronico», E. Rossi, *L'art. 2 della Costituzione italiana*, cit., 48, enfasi aggiunta.

<sup>70</sup> Per alcuni sviluppi recenti, si veda E. VIVALDI, *La Corte torna sul diritto all'abitazione: precarietà economico reddituale e ragionevolezza delle scelte operate dal legislatore*, in *Diritti Comparati*, 29 luglio 2021, <https://www.diritticomparati.it/la-corte-torna-sul-diritto-allabitazione-precarieta-economico-reddituale-eragionevolezza-delle-scelte-operate-dal-legislatore/> (ultima consultazione 06/03/2024).

<sup>71</sup> F. BILANCIA, *Brevi riflessioni sul diritto all'abitazione*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3, 4, 2010, 232 e 238.

<sup>72</sup> *Ibidem*, 240.

si scompone in molteplici situazioni meritevoli di tutela, ricordando figurativamente il passaggio circa i fondamentali “riflessi” e l’effetto “moltiplicatore” per ulteriori diritti fondamentali. Ciò, in una dimensione *qualitativa*, di «ripensamento dei modelli abitativi», ovvero in cui la casa è «componente del servizio all’abitare che non si esaurisce nel possesso dell’abitazione»<sup>73</sup>. La “casa” è contestualmente «la relazione con il corpo, [...] con la città, con la terra, con i figli, con i padri, con il tempo, con la salute fisica e mentale»<sup>74</sup>.

E proprio questo richiamo, a proposito anche degli “spazi” dell’abitare, consente di “saltare” logicamente a un altro – più “ampio” – diritto, ovvero quello «alla città», nel senso teorizzato da Lefebvre<sup>75</sup> (seppur espressione abusata)<sup>76</sup>. Inteso, questo, quale riappropriazione e rivendicazione non solo *spaziale* di diritti, di libertà (anche in senso a-tecnico), ma di partecipazione, di sostanziale fruizione dei luoghi, ben al di là delle mere “necessità” quotidiane. Non un *ritorno* a una concezione “tradizionale” della città, spiega Lefebvre scongiurando retrospesione e “passatismo”, ma come «diritto trasformato e rinnovato»: una città che include principi (e concetti) quali «giustizia, equità, democrazia, il pieno sviluppo delle potenzialità e capacità umane», nonché valorizzazione delle differenze<sup>77</sup>. Partendo da simile spunto lo spazio pubblico, nonostante rappresenti un luogo privilegiato di partecipazione sostanziale (peraltro, oltre i confini della “cittadinanza”), ben può diventare, al contrario, un luogo *esclusivo*, in cui solo le idee “migliori” o “selezionate” possono essere condivise, discusse e approvate, giacché l’inclusività e l’eguaglianza *dell’accesso* allo spazio pubblico possono essere messe in discussione, oppure “scoraggiate”, da diversi fattori e attori. Nei contemporanei contesti urbani convivono, per esempio, molteplici realtà, identità e “luoghi”, con micro-conflitti, rappresentazioni divergenti ed esperienze contrastanti. Uno spazio conteso. Inoltre, l’ampia presenza del turismo in alcune aree, non solo ha influenzato la *fruizione* di quei medesimi spazi – come intesa da Lefebvre – ma ha modellato anche la fisionomia (e l’“estetica”) dei “luoghi”, dei paesaggi urbani contemporanei – si pensi al noto fenomeno della gentrificazione. La “città”, come luogo di aggregazione sociale, ha perso la sua funzione, segnando anche un confine intangibile tra una sfera privata “monopolistica” da un lato, e uno spazio pubblico (eroso) frammentato (e conflittuale) dall’altro. Come potenziale ambito di competizione, dove le identità mediano e si confrontano, in un luogo (socialmente) segmentato: basti pensare a spazi monoetnici o alle comunità (di) “invisibili”. Dinamiche che influiscono, naturalmente, tanto su una inclusione sociale effettiva quanto sulla medesima «logica *sociale* dello spazio»<sup>78</sup>. Proprio una partecipazione selettiva al discorso pubblico può facilmente trasformare le interazioni tra gruppi con rivendicazioni diverse in conflitti sociali (non con “esito positivo”, ma come “esternalità” negativa della

<sup>73</sup> Associazione AeA, Abitare e Anziani, *Gli alloggi assistiti. Un’alternativa alle strutture residenziali per anziani*, cit., 7.

<sup>74</sup> Associazione AeA, Abitare e Anziani, cit., 3.

<sup>75</sup> H. LEFEBVRE, *Il diritto alla città*, Verona, ed. 2014.

<sup>76</sup> Cfr., sul punto, F. BIAGI, *Henri Lefebvre. Una teoria critica dello spazio*, Milano, 2019.

<sup>77</sup> Passaggio, in particolare, citato da P. MARCUSE, *op. cit.*, 193.

<sup>78</sup> «Co-housing as an answer is also a spatial organization that has shown some important characteristics over a long period of time, and that there is what could be called a ‘social logic of space’ in co-housing», C. CALDENBY, P. HAGBERT, C. WASSHEDE, *The social logic of space. Community and detachment*, in P. HAGBERT, H. GUTZON LARSEN, H. THÖRN, C. WASSHEDE (a cura di), *Contemporary Co-housing in Europe. Towards Sustainable Cities?*, New York, 2020, 163.



polarizzazione o della “alienazione”), soprattutto, ma non solo, sulle diverse idee circa l'utilizzo dello spazio, nonché sul come “viverlo”.

A *contrario*, appare evidente, invece, la *chance* che il (*senior*) *co-housing* può rappresentare: vivere la città, attraverso (il recupero, talvolta, di) tradizioni di solidarietà fattiva e sostanziale, mediante dinamiche orizzontali, scongiurando che lo spazio pubblico diventi inaccessibile alle minoranze e/o *esclusivo*. La collaborazione insita nella pratica e il ruolo giocato da una strategia condivisa dell'abitare “aprono” dunque quello spazio, nel quale le persone (anziane) sono attivamente coinvolte, e partecipandovi svolgono un ruolo dinamico e cruciale. Infatti, «from this perspective, the 'co' in co-housing implies a collective dimension of housing, as opposed to an individual, or private, form of dwelling. In this sense, co-housing may be seen as a particular form of (intentional) community that involves the articulation of a collective *identity* [...] a co-housing project is not only a community in itself, but also creates links to the wider community, including not only the neighborhood, but also the city»<sup>79</sup>. La città può così diventare un “luogo comunitario” per promuovere l'interesse generale e il bene comune (della “comunità”), nonché uno spazio “libero” ed eguale, recuperando «una logica di ricucitura e rigenerazione urbana che sia sempre più aderente alle esigenze delle persone, alla loro dignità, alle condizioni e qualità dell'esistenza di tutti a cominciare dai più fragili»<sup>80</sup>.

Chiaramente, quanto fin qui descritto si inserisce nel contesto “macro” del diritto alla salute (art. 32), e coerentemente, queste dinamiche si inquadrano e si “coordinano”, da una prospettiva costituzionale, anche con l'art. 118, nella parte in cui viene in rilievo la sussidiarietà orizzontale, e quindi il *favor* – e la promozione – delle iniziative (autonome, quindi spontanee e volontarie) dei cittadini «per lo svolgimento di attività di interesse generale». A questo proposito, come visto, il ruolo attivo delle relazioni formali o informali, in generale, è decisivo, anche nel plasmare mutuali legami di reciprocità e di solidarietà.

Tale precisazione sollecita, peraltro, ulteriori riflessioni proprio sul ruolo delle “istituzioni” e una eventuale “deresponsabilizzazione” delle medesime, nel quadro del ruolo proattivo – e, sovente, fattivo – della società civile, a fronte degli obblighi in capo allo Stato (e va da sé, alle Regioni e agli Enti locali) di farsi garante e promotore del “benessere” dei cittadini. In aggiunta, a fronte di uno scenario “irenico” e “romanticizzato”, le relazioni, *anche* all'interno di un progetto di abitare collaborativo, possono tradursi in asimmetrie, discriminazioni ed *esclusione*, proprio in virtù di una “selezione” alla base della “comunità” che viene a esistenza (ad es. per *disponibilità* economiche), al pari delle persone che *possono* comporla. Ciò trasformerebbe il carattere intenzionale in *contrattuale*, replicando pregiudizi, stereotipi e stigmatizzazioni, presenti “in potenza” al livello “macro” della società, sul piano “micro” della convivenza collaborativa. Delle *enclaves* private (soprattutto “in assenza” del pubblico); elemento di criticità che verrà approfondito nel paragrafo quarto.

<sup>79</sup> H. THÖRN, H. GUTZON LARSEN, P. HAGBERT, C. WASSHEDE, *Co-housing, sustainable urban development and governance. An introduction*, in P. HAGBERT, H. GUTZON LARSEN, H. THÖRN, C. WASSHEDE, *op. cit.*, enfasi aggiunta. «Co-housing has most often been theorized as an expression of civil society, with concepts such as 'social capital', 'intentional community', 'social cohesion' or 'solidarity' as key analytical tools», 7 e 8.

<sup>80</sup> Associazione AeA, Abitare e Anziani, *Gli alloggi assistiti. Un'alternativa alle strutture residenziali per anziani*, in *Rivista periodica di informazione*, cit., 4; Cfr., A. IACOMONI, L. RICCI, C. MARIANO, F. CRUPI, *Città pubblica e nuovo welfare. Una rete di reti per la rigenerazione urbana*, in *Urbanistica Dossier*, 22, 2022.

### 3.1. Una prospettiva comparata: l'esperienza spagnola, quale modello (tra modelli) cui guardare?

Nella difficoltà di tracciare un perimetro definitorio, idoneo a differenziare il *co-housing* da altre pratiche, fenomeni, organizzazioni, *modelli* abitativi, del pari risulta problematico individuarne un unico paradigma operativo. Il *co-housing*, infatti, può atteggiarsi diversamente a seconda dei contesti, e diversificate – se normate – sono le fattispecie a esso riferibili. In aggiunta, ancora disomogenea può essere l'essenza dell'abitare collaborativo: un progetto “privato”, un segmento di politiche sociali più ampie, promosse, incentivate, supportate, sovvenzionate dalle istituzioni (ancora, centrali o periferiche a seconda dei casi e della forma di Stato), oppure con tratti ibridi che contemplino, per esempio, l'iniziativa privata in seguito a misure introdotte dal pubblico proprio a tale scopo.

Cionondimeno, una modellizzazione è pur sempre possibile, ma le sue geometrie (e geografie) possono variare in base al filtro metodologico (e poi tassonomico) adottato. Ovvero, per sottolineare, ad esempio, sistemi convergenti o simili – logica del «most similar cases»<sup>81</sup> – oppure per cogliere le *differenze* tra modelli (e poi tra sistemi) – «the most different cases»<sup>82</sup> – utili a indagare *quante* possibili articolazioni e declinazioni il fenomeno presenti, finanche optando per «casi prototipici»<sup>83</sup>. A fronte di una (presunta) condivisa finalità – quella di creare, per lo più, «the small town effect»<sup>84</sup> – nonché dell'obiettivo precipuo di combattere l'isolamento e la *passività* dell'invecchiamento nel caso *senior*, anche la “funzione”, nel senso esplicitato nel precedente paragrafo, può essere diversamente pronunciata, dando così vita a diversi modelli. Al di là dell'intenzionalità, cioè, rispetto all'*an* della “scelta” collaborativa, potrebbe risultare (più) essenziale l'idea(le) ecosostenibile alla base, impostando quindi la condivisione e la “con-vivenza” su un progetto che veda cruciali soluzioni a tutela dell'ambiente, come *prius* anche rispetto alla volontà di fronteggiare la solitudine o l'isolamento. Quindi, una modellizzazione sarebbe possibile – volendo – anche rispetto alla vocazione di base e alla *sfumatura* di “senso” che connota l'*intenzione* della “comunità”.

In modo paradigmatico, pur partendo dal modello scandinavo – quale, appunto, caso “prototipico”, nonché calco maggiormente citato come esempio “riuscito” – esso potrebbe ricomprendere sia sistemi riconducibili a “casi più simili”, sia, a seconda del filtro metodologico scelto, mostrare divergenze qualora si valorizzino le “soluzioni” interne al modello. Ovvero, prendendo come parametro di riferimento la Danimarca e la Svezia, che hanno letteralmente inaugurato il fenomeno già a partire dagli anni '80 – pratica, invero, risalente – i due sistemi differiscono rispetto al *quomodo* dell'abitare collaborativo. Una prima divergenza si rileva rispetto all'organizzazione dei luoghi, quindi *spaziale*, giacché mentre il modello danese tende a un «“dense-low” (*tæt-lav*) style of a cluster of low-rise houses», quello svedese predilige la tipologia di un «more concentrated, often high-rise multi-family building»<sup>85</sup>. Qualora si guardi, invece, al ruolo delle istituzioni e alle dinamiche di progettazione, in Svezia la partecipazione

<sup>81</sup> R. HIRSCHL, *The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 53, 1, 2005, 133, a proposito di «principles of case-selection in inference-oriented comparative studies», che orientano la selezione, tra i quali, oltre i già citati, si rinvencono i «most difficult cases» e gli «outlier cases», 144 e 146.

<sup>82</sup> *Ibidem*, 139.

<sup>83</sup> *Ibidem*, 142.

<sup>84</sup> C. DURRETT, *op. cit.*, 126.

<sup>85</sup> C. CALDENBY, P. HAGBERT, C. WASSHEDE, *op. cit.*, 164.

del “pubblico” è preponderante, mentre in Danimarca il sistema appare misto, al netto, peraltro, della scomparsa della residenzialità dal panorama assistenziale danese già quarant'anni addietro.

Allargando il *focus* a livello meso, si ritrovano altre differenze: per esempio, giusto per citarne alcune, tra un modello tedesco e uno olandese (entrambi sovvenzionati e supportati a livello istituzionale, ma diversi nella struttura). E ampliando ulteriormente la “visuale” da una prospettiva macro, sarebbe possibile enucleare un modello statunitense – che prende come riferimento quello danese e si presenta con forte connotazione privat(istic)a – uno canadese, nonché interessanti suggerimenti che provengono dal Giappone, tra gli altri. Quindi, a seconda del metodo, la tassonomia potrebbe configurarsi su più livelli, combinando “casi divergenti” e “casi simili” a seconda del nucleo centrale che si intenda valorizzare, perfino rispetto alla “forma” (es. cooperativa o società), al “titolo” (es. proprietà, usufrutto, locazione) o alla “titolarità” (es. associazioni, organizzazioni non-profit, fondazioni, pubbliche amministrazioni, enti).

Alla luce della breve disamina, la scelta del *comparandum* è ricaduta sulla Spagna, attraverso la *ratio* della “similitudine” dei casi, la quale può apprezzarsi sotto molteplici punti di vista, finanche in relazione alle barriere o alle criticità. A parte i rapporti tra “centro” e articolazioni regionali e locali, certo non perfettamente sovrapponibili nei sistemi italiano e spagnolo, la *governance* dell'abitare collaborativo ha risposto a logiche analoghe, attraverso l'inaugurazione di filoni di interesse istituzionale sulla tematica a livello statale, per poi ritrovare una (classica) frammentazione delle soluzioni, determinate anche da *policies* “a macchia di leopardo”, a seconda dei livelli di governo.

Altri punti di contatto si rinvencono, poi, nelle barriere e nelle criticità, esemplificate, per tutte, dalla burocrazia sovente farraginoso, dagli scarsi investimenti pubblici nel sociale, dalle risorse spesso insufficientemente allocate nella sanità, dalle lacune e dai divari evidenziati con forza dall'emergenza pandemica, fino al carattere primariamente “familiarista” della cura. Infatti, sia l'Italia, sia la Spagna appartengono alla categoria del *Welfare* mediterraneo, come spiegato da Ferrera, caratterizzato proprio dal c.d. familismo<sup>86</sup>.

Appare dirimente inserire anche due variabili degne di nota: la Spagna si trova attualmente in una fase “più avanzata” rispetto all'Italia, ma non così consolidata da renderla “lontana”. Per cui, anche alla luce degli auspicabili interventi in materia – di cui si parlerà più avanti – non è peregrino indagare dove possa “dirigersi” il nostro ordinamento e in che modo possa formulare risposte efficaci e soddisfacenti. In sostanza, in una linea orizzontale immaginaria, l'ordinamento spagnolo si posiziona in un punto leggermente più in avanti rispetto all'Italia e, nelle more delle evoluzioni che qui possano darsi, si può senz'altro guardare a *best practices*, al contempo evitando di replicare criticità (altrove) già segnalate. In relazione alla seconda variabile, non possono restare ai margini l'attuale dibattito italiano sulla c.d. “autonomia differenziata” e il cambio di paradigma – se non assoluto, almeno in termini relativi – che potrebbe innescarsi tanto nei rapporti tra centro e “articolazioni”, quanto nella gestione della tematica qui in oggetto, soprattutto se trasversale al campo della salute.

<sup>86</sup> Cfr. M. FERRERA, *Modelli di solidarietà*, Bologna, 1993.

### 3.1.1. Una prospettiva “cooperativa”: le *viviendas colaborativas para mayores*

Rispetto alle politiche sulla longevità, il quadro normativo spagnolo consta anzitutto della *Ley 39/2006*, in materia di *Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia* (LAPAD)<sup>87</sup>, nell’ottica dunque della non autosufficienza o, comunque, in una prospettiva di conservazione delle capacità delle persone anziane, di prevenzione, nonché di “rallentamento” della generazione dello stato di salute. L’intervento basa la sua azione su due assi principali, ovvero la residenzialità (e)<sup>88</sup> e le “*viviendas tuteladas*” (c.i)<sup>89</sup> (art. 15, *Catálogo de servicios*<sup>90</sup>), anche come potenziamento dell’ambito domiciliare (c)<sup>91</sup>. La *ley* dedica specificamente alle persone anziane la lettera e.i) dell’art. 15 – *Residencia de personas mayores en situación de dependencia* –, la previsione di centri diurni (lett. d.i)<sup>92</sup> – *Centro de Día para mayores* – nonché, non essendo specificati i beneficiari<sup>93</sup>, anche centri specializzati di cui al punto (iii) e quelli notturni (iv). Nonostante la legge si preoccupi di definire la situazione di dipendenza “per gradi” (art. 26)<sup>94</sup>, cui far discendere dei programmi individuali (zzati) e confacenti alla (maggiore o minore residua) autonomia, oltreché ritagliati caso per caso (art. 29)<sup>95</sup>, l’approccio generale dell’intervento ha peccato, secondo alcuni, di «rigidità, mancanza di *privacy* e di visioni uniforma(n)ti», adottando, peraltro, una prospettiva (troppo) «medicalizzante», un «orientamento palliativo» e un «desempoderamiento» generalizzato<sup>96</sup>.

A ciò si è affiancato, contestualmente, il *Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia* (SAAD), creato ex art. 1.1. della legge menzionata, con la funzione di rispondere a una «acción

<sup>87</sup> <https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-21990-consolidado.pdf> (ultima consultazione 06/03/2024).

<sup>88</sup> Servicio de Atención Residencial.

<sup>89</sup> Artículo 15, comma 1, lett.c, i), Atención de las necesidades del hogar.

<sup>90</sup> CAPÍTULO II, Prestaciones y Catálogo de servicios de atención del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, Sección 1.a, Prestaciones del sistema.

<sup>91</sup> Servicio de Ayuda a domicilio.

<sup>92</sup> Lettera d) Servicio de Centro de Día y de Noche.

<sup>93</sup> Come, ad esempio, lett. d.ii) Centro de Día para menores de 65 años.

<sup>94</sup> CAPÍTULO III, La dependencia y su valoración. Artículo 26. Grados de dependencia. 1. La situación de dependencia se clasificará en los siguientes grados: a) Grado I. Dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal. b) Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal. c) Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal. Segue, inoltre, all’art. 27, la Valoración de la situación de dependencia.

<sup>95</sup> CAPÍTULO IV, Reconocimiento del derecho. Artículo 29. Programa Individual de Atención, 1) En el marco del procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia y las prestaciones correspondientes, los servicios sociales correspondientes del sistema público establecerán un programa individual de atención en el que se determinarán las modalidades de intervención más adecuadas a sus necesidades de entre los servicios y prestaciones económicas previstos en la resolución para su grado, con la participación, previa consulta y, en su caso, elección entre las alternativas propuestas por parte del beneficiario y, en su caso, de su familia o entidades tutelares que le representen.

<sup>96</sup> C. KELLER GARGANTÉ, S. EZQUERRA SAMPER, *Viviendas colaborativas de personas mayores: democratizar el cuidado en la vejez*, in *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, 137, 2021, 3.

coordinada y cooperativa de la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, que contemplará medidas en todas las áreas que afectan a las personas en situación de dependencia, con la participación, en su caso, de las Entidades Locales» (art. 1.2., Ley 39/2006). Nondimeno, anche tale sistema è stato criticato, per sua parte, in virtù di «carenze multiple»<sup>97</sup> (e, per questo, peraltro, la possibile inclusione di tipologie di *senior co-housing* nel SAAD è stata una delle opzioni nell'agenda spagnola<sup>98</sup>). Su impulso sovranazionale, poi, è del 2011 il *Libro Blanco del Envejecimiento Activo*<sup>99</sup>, il quale – nelle sue 729 pagine – passa in rassegna tutte le soluzioni prospettabili rispetto allo stato dell'arte, nonché eventuali scenari di miglioramento per i *mayores*: dalla cittadinanza (attiva) all'economia, dalla salute all'istruzione, passando per la partecipazione e la rappresentazione nei media, altresì tributando specifica attenzione alle abitazioni (Capitolo 12).

Segnatamente, la Sez. B è dedicata alla “*vivienda accesible*”, la quale riguarda tanto l'adattamento, quanto le migliorie utili al *mantenimiento* dell'autonomia – sia in caso di anzianità, sia di disabilità – nonché la disposizione funzionale atta a rendere tale l'abitazione, insieme con l'integrazione delle tecnologie. Rispetto alla Sez. C, dedicata alle Tecnologie Assistive Intelligenti, più “lungimirante” nei confronti di modelli abitativi *colaborativi* è la Sez. D, che dà conto delle interazioni tra i luoghi domestici e la città «per tutte le persone», aggiungendo una prospettiva comparata. Viene citato, infatti, un caso di studio proveniente dagli Stati Uniti – che ha dato spunto all'iniziativa *Cambios concretos: todas las nuevas viviendas visitables* – volto a promuovere la normalizzazione degli ambienti domestici per le persone non autosufficienti o con disabilità, rendendole “aperte” e “ospitali”; trova riconoscimento anche un richiamo alla Svezia, quale utile modello di riferimento per «*buenas viviendas para personas con discapacidad y personas mayores. Una buena casa para toda tu vida*»<sup>100</sup>. Del 2014 il *Marco de Actuación para las Personas Mayores*<sup>101</sup>, su «proposte e misure per rafforzare l'esercizio dei diritti delle persone anziane»<sup>102</sup>. Anche in tale contesto, non mancano i riferimenti alla promozione di “forme e opzioni diversificate” dell'abitare, soprattutto per persone anziane *con* disabilità (Cap. 4.2.9.a). Da

<sup>97</sup> «De esas deficiencias destacar que: a) la ayuda recibida en el domicilio es escasa, muy básica, y todavía poco impulsada; b) los sistemas intermedios de servicios como los centros de día están mínimamente desplegados, al igual que otros tipos de alojamientos tutelados; y c) los alojamientos residenciales son los más fomentados, y funcionan de forma muy tradicional y para quienes son muy dependientes. Por estos motivos, aunque las personas mayores prefieran permanecer en sus casas y ser cuidados por sus esposos e hijos, la realidad muestra que los modos de vida actuales no lo permiten en condiciones satisfactorias, y los servicios públicos de cuidados domiciliarios e intermedios todavía son insuficientes», M.A. TORTOSA, G. SUNDSTRÖM, *op. cit.*, 309-310.

<sup>98</sup> *Ibidem*, 310.

<sup>99</sup> Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. Secretaría General de Política Social y Consumo. Instituto de Mayores y Servicios Sociales, *Envejecimiento Activo. Libro Blanco*, Madrid, 2011.

<sup>100</sup> Quali abitazioni pensate specificatamente per persone anziane: «Conseguir que las personas con discapacidad y la personas mayores cuenten con una vivienda adecuada, así como con los cuidados y apoyos necesarios, siguiendo los principios de igualdad en el acceso, elecciones personales y en la posibilidad de influir en la toma de decisiones, es una prioridad en Suecia. La Delegación sobre Viviendas para Personas Mayores creada por el Gobierno ha estudiado y analizado las necesidades y desarrollos de viviendas para personas mayores, y encontrado que no es suficiente resolver el tema con una simple iniciativa, siendo necesarias medidas por parte de todos los agentes implicados, a nivel estatal, autonómico y local», *ibidem*, 451-452.

<sup>101</sup> <http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/ministerio-sanidad-mayorestelefonica-Marco-actuacion-PersonasMayores-02-2015.pdf> (ultima consultazione 09/03/2024).

<sup>102</sup> Prodotto di concerto tra Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad Instituto de Mayores y Servicios Sociales.

simile quadro ha, peraltro, preso spunto la *Estrategia Nacional de Personas Mayores para un Envejecimiento Activo y para su Buen Trato* (2018–2021)<sup>103</sup> adottato nel 2017 dal Consiglio Statale delle Persone anziane<sup>104</sup>, organo collegiale consultivo istituito con il *Real Decreto* 2171/1994<sup>105</sup> presso il Ministero dei Diritti Sociali.

Sebbene il primo progetto di *senior co-housing* – *viviendas colaborativas para personas mayores, cooperativa de viviendas, alojamientos colaborativos*, tra le varie denominazioni, non sempre coincidenti nel contenuto – abbia avuto luogo nel 1992<sup>106</sup>, è proprio l'anno della pandemia da Covid-19 a catalizzare l'attenzione istituzionale sulla questione. Come, d'altro canto, è avvenuto nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza italiano, che prevede, *inter alia*, nella Componente 2 della Missione 5 (Coesione e Inclusione), un "programma innovativo della qualità dell'abitare" e un "sostegno alle persone vulnerabili e prevenzione dell'istituzionalizzazione" – trasversalmente anche nella Missione 6 (Salute) Componente 1, a proposito della "casa come primo luogo di cura" – così anche in Spagna le sollecitazioni europee – *rectius* gli impegni – hanno avuto la loro eco. Nel *Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia*<sup>107</sup>, infatti, ponendo l'accento, in generale, su «viviendas accesibles, eficientes desde el punto de vista energético, y ciudades saludables»<sup>108</sup>, sono state previste riforme idonee a garantire «el cuidado de los mayores y dependientes»<sup>109</sup>, oltretutto a rafforzare il piano di "azione" dei servizi sociali. Importante contributo per accelerare il dibattito era già giunto, in tempi "meno sospetti", anche dal *Defensor del Pueblo*, che nell'informativa annuale del 2019, metteva sotto scrutinio il sistema di assistenza e di cura rivolto agli anziani, a proposito, segnatamente, di *Atención a personas mayores. Centros residenciales*, sottolineando, oltre ai limiti e alle porosità, di tener conto della complessità delle reti familiari contemporanee, nonché del *diverso* supporto da esse offerte rispetto al passato. Non manca, così, un richiamo alle «nuevas formas de convivencia, las diferentes modalidades de familia, que muestran un panorama en algunos casos novedoso».

Appena un anno prima, nel dicembre del 2018, era stata peraltro approvata una legge "pietra miliare" per la tutela delle persone anziane, ovvero la *Ley relativa a la promoción de medidas para combatir la soledad crónica*<sup>110</sup> (*non deseada*). Punti cruciali per comprendere la *ratio* dell'intervento, l'art. 1 che

<sup>103</sup> <https://www.alqec.org/wp-content/uploads/2017/12/Estrateg-Nacde-PM-2018-lmserso.pdf> (ultima consultazione 09/03/2024).

<sup>104</sup> Consejo Estatal de las Personas Mayores.

<sup>105</sup> Ora regolato dal Real Decreto 117/2005, de 4 de febrero, come modificato dal Real Decreto 1128/2008, de 4 de julio e il Real Decreto 1434/2008, de 29 de agosto.

<sup>106</sup> "Los Milagros", Sociedad Cooperativa Andaluza: «Dentro del universo de las viviendas colaborativas en el Estado español, Santa Clara ha sido escogida intencionadamente por su larga trayectoria y experiencia en la gestión cooperativa, incluyendo el desarrollo de interesantes mecanismos de solidaridad y un largo recorrido en estrategias de gestión del cuidado de personas mayores. También es interesante la amplia diversidad de necesidades de cuidado entre sus miembros, entre los que hay personas cuasi centenarias, lo que no sucede en proyectos más nuevos», C. KELLER GARGANTÉ, S. EZQUERRA SAMPER, *op. cit.*, 11.

<sup>107</sup> Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, Por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

<sup>108</sup> Intro, 14.

<sup>109</sup> *Ibidem*, 35.

<sup>110</sup> [https://www.congreso.es/backoffice\\_doc/prensa/notas\\_prensa/64336\\_1544633828631.pdf](https://www.congreso.es/backoffice_doc/prensa/notas_prensa/64336_1544633828631.pdf) (ultima consultazione 12/03/2024).

pone proprio l'accento su «concienciar a la sociedad sobre la soledad crónica, especialmente cuando ésta afecta a las personas mayores», nonché l'art. 6, che cita “come esempio” a proposito di nuovi modelli abitativi, proprio la «convivencia intergeneracional o el cohousing», subito dopo aver marcato la necessità di aumentare i programmi di supporto comunitario per rilevare l'isolamento e combattere la solitudine dei longevi, *in collaborazione* con i servizi socio-sanitari (art. 5). La discussione sul tema è ancora piuttosto vivace, sicché il dibattito politico registra sollecitazioni e pressioni affinché il governo adotti la Strategia nazionale prevista dalla legge<sup>111</sup>.

Già nel 2018, era anche sorta una associazione molto attiva di *advocacy* – o, forse, più propriamente di *lobbying* – la *COHOUSING Spain*<sup>112</sup>, la quale ha sensibilizzato le istituzioni e la cittadinanza sull'importanza, l'innovazione e i benefici dell'abitare collaborativo, diventando un punto di riferimento essenziale in materia, rispetto a “suggerimenti” e strategie *bottom-up*. *COHOUSING Spain* ha redatto diversi rapporti, studi, ricerche, le quali non hanno mancato di avanzare le condivise perplessità sulla tenuta del sistema spagnolo, soprattutto, ma non solo, durante l'emergenza pandemica. Una dichiarazione ufficiale del 28 maggio del 2020, infatti, in consonanza con altre voci, anche (più) istituzionali, rimetteva al centro la questione del «necesario cambio en el modelo de cuidados de larga duración», mentre alla fine dello scorso anno è stato aperto un tavolo di discussione proprio sul *senior co-housing* a Madrid – luogo simbolico anche per l'invecchiamento attivo – a proposito di un *Encuentro Estatal de Proyectos de Vivienda Cooperativa en Cesión de Uso*<sup>113</sup>.

In tal senso – e, come visto, sotto molteplici canali di “pressione” – è stato quindi, direzionato il nuovo *Plan Estatal para el acceso a la vivienda 2022-2025*<sup>114</sup>, che prevede esplicitamente, al Programma n. 7 (*Programa de fomento de viviendas para personas mayores o personas con discapacidad*), la promozione di «alloggi o abitazioni dotate di strutture, servizi e spazi di interazione, per anziani e persone con disabilità, destinate alla locazione o al comodato d'uso, sia di proprietà pubblica sia privata». Le caratteristiche particolari delle abitazioni consistono anche nella previsione di: assistenza sociale, assistenza medica di base disponibile 24 ore su 24, pulizia e manutenzione, dispositivi e impianti di sicurezza, ristorazione, attività sociali, sportive, ricreative e culturali nonché terapie preventive e riabilitative.

In ogni caso, per rispolverare il noto adagio secondo cui la sensibilità sociale arrivi spesso prima del diritto, le esperienze di (*senior*-)cohousing erano già in lenta, ma costante, diffusione a partire dagli anni 2000, con realtà dislocate sul territorio spagnolo, con maggiore o minore affermazione, e in diverse fasi di consolidamento. Una ricerca condotta nel 2022 ha messo in evidenza come, al 2021, in Andalusia, Aragona, Canarie, Cantabria, Castiglia La-Mancia, Estremadura e Galizia, erano presenti, pur nella diversità del numero totale di progetti di *co-housing* – e non tutti già in funzione (solo il 18%) – il 100% di tipo *senior*, con altre percentuali diversificate in ulteriori Comunità Autonome<sup>115</sup>. Ciò, per un

<sup>111</sup> [https://www.larazon.es/murcia/exige-gobierno-que-trabaje-buscar-soluciones-soledad-cronica-deseada-personas-mayores\\_202310226534ea0c32dc750001b2e3c0.html](https://www.larazon.es/murcia/exige-gobierno-que-trabaje-buscar-soluciones-soledad-cronica-deseada-personas-mayores_202310226534ea0c32dc750001b2e3c0.html) (ultima consultazione 12/03/2024).

<sup>112</sup> <https://cohousingpain.org> (ultima consultazione 06/03/2024).

<sup>113</sup> <https://cohousingpain.org/cronica-dialogos-senior-cohousing-primer-encuentro-estatalproyectosvivienda-colaborativa-cesion-de-uso/> (ultima consultazione 06/03/2024).

<sup>114</sup> Real Decreto 42/2022, de 18 de enero.

<sup>115</sup> M.A. TORTOSA, G. SUNDSTRÖM, *op. cit.*, 317.

totale, in tutto il territorio spagnolo, del 66,3% di *senior cohousing* a fronte di quelli “multigenerazionali”, attestati, quindi, (solo) al 33,8%<sup>116</sup>.

La diversificazione per forma, titolo o titolarità si applica, comunque, anche a livello micro, giacché molte sono le varianti impiegate. Il *senior co-housing* in Spagna ha un marcato connotato privatistico e spiccano le forme delle fondazioni o associazioni, nonché le cooperative, per il pronunciato carattere solidale e partecipativo<sup>117</sup>. Proprio quella della cooperativa appare la formula di maggior successo. In ogni caso, *vivienda colaborativa* e *cooperativa de viviendas* «non sono affatto sinonimi, giacché solo la prima enfatizza la comunità e il fare comune»<sup>118</sup>, mentre la seconda «si limita a una tipologia di proprietà che non deve includere spazi o servizi comuni, anche se la maggior parte dei progetti assume questa forma giuridica»<sup>119</sup>. Le cooperative trovano disciplina nella *Ley 27/1999 de 16 de julio*, che le definisce all’art.1.1 come «società composte da persone che si associano, in regime di libera adesione e di recesso volontario, per svolgere attività d’impresa, finalizzate al soddisfacimento delle proprie esigenze e aspirazioni economiche e sociali, con struttura e funzionamento democratico». Sono previste diverse tipologie di *cooperativas*: ad esempio, oltre a quella di *viviendas*, anche *cooperativas de consumidores y usuarios*, di lavoro, o miste; non tutte sono idonee ai fini di progetti di *co-housing*, ma è stato notato che la formula di *cooperativas de viviendas* viene maggiormente impiegata per la variante intergenerazionale<sup>120</sup>, mentre quella più appropriata per il *senior* sarebbe quella di consumo o “mista”, giacché «en los proyectos de cohousing senior se busca usar espacios comunes para efectuar actividades de envejecimiento activo u otras de cuidado»<sup>121</sup>. Nondimeno, la *cooperativa de viviendas* ottiene particolare successo anche per i *senior co-housing*<sup>122</sup>. In genere, la cooperativa risulta anche proprietaria degli spazi comuni e delle abitazioni, che vengono concesse in locazione o in usufrutto; oppure la cooperativa ne trasferisce la proprietà ai/lle *cohousers* – a ciascuno/a una abitazione – per poi cessare di esistere, o ancora proseguendo a essere proprietaria degli spazi comuni, anche nell’ottica di una gestione efficiente.

Ampia diversità vi è, poi, a livello delle Comunità Autonome<sup>123</sup>. A partire dal 2018, alcune hanno provveduto a incentivare l’abitare collaborativo attraverso provvedimenti idonei a favorirne l’accesso. Ad

<sup>116</sup> *Ivi*.

<sup>117</sup> *Ibidem*, 315.

<sup>118</sup> C. KELLER GARGANTÉ, S. EZQUERRA SAMPER, *op. cit.*, 10.

<sup>119</sup> *Ivi*, 8.

<sup>120</sup> *Ibidem*, 9.

<sup>121</sup> M.A. TORTOSA, G. SUNDSTRÖM, *op. cit.*, 318.

<sup>122</sup> *Ibidem*, 319.

<sup>123</sup> In Italia, merita menzione la D.g.r. n. 1462 del 06/08/2013 della Regione Veneto, relativa a un “Progetto sperimentale di housing e co-housing sociale a favore di famiglie in situazione di disagio soprattutto con figli minori e di nuclei familiari composti da persone anziane sole ed autosufficienti a rischio di isolamento e marginalità sociale” e la Legge Regionale 16 del 17 novembre 2021, Disposizioni a tutela della promozione e della valorizzazione dell’invecchiamento attivo, che all’art. 5, comma 4 prevede al fine di contrastare la solitudine ed eliminare le barriere architettoniche, il sostegno a “politiche dell’abitare ricorrendo a forme di cohousing, case protette e convivenze solidali”. Nonché, in Toscana, il progetto “A casa, in buona compagnia” (DGR 1614/2019) e in Umbria, le “case di quartiere” (art. 4), il “gruppo appartamento” (art. 5), “la residenza servita” (art. 6), previsti dal Regolamento regionale n. 16 del 2012 a favore di anziani autosufficienti recante la “Disciplina in materia di autorizzazione al funzionamento dei servizi socio-assistenziali a carattere residenziale e semiresidenziale”. Nel maggio 2023 è stata presentata al Consiglio regionale lombardo una mozione avente ad oggetto la “promozione ed



esempio, nelle Baleari, con la *Ley 5/2018, de 19 de junio, de la vivienda*<sup>124</sup>, è stata potenziata e promossa la partecipazione delle *cooperativas de viviendas* e degli enti socio-assistenziali nelle politiche abitative, per la costruzione, conservazione, riabilitazione e rinnovamento del patrimonio urbano, nonché dell'amministrazione e gestione delle abitazioni, promuovendo anche soluzioni alternative alla proprietà (art. 2, comma 1, lett. p). Nello stesso anno è stato lanciato il programma *Cohabita*<sup>125</sup>, su iniziativa dell'*Institut Balear de l'Habitatge* (IBAVI), relativo alla concessione di suolo pubblico per la (auto)promozione di *habitatges protegits*, per lo più in comodato d'uso e con gestione orizzontale.

Si menziona, inoltre, il caso della Cantabria con la *Ley 5/2019, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas*<sup>126</sup>, la quale ha previsto la possibilità di apportare specifiche variazioni ai piani urbanistici che comportino una modifica della classificazione dei terreni da adibire ad abitazioni collaborative, in deroga alla normativa vigente, purché *sub specie* di cooperative, con iniziativa "sociale" e senza scopo di lucro (art. 21)<sup>127</sup>. Indicativo il dettaglio per cui il *design* degli spazi debba «garantizar la adecuación y accesibilidad al uso por parte de personas mayores o, en su caso, de personas con discapacidad».

Anche la Catalogna, con il *Decreto-ley 50/2020*<sup>128</sup>, tra i tre àmbiti principali di intervento, prevede proprio gli *alojamientos con espacios comunes complementarios*. A questo riguardo, vengono promosse nuove formule di locazione, con la finalità di colmare la lacuna normativa a fronte di una domanda significativa; non solo per agevolare l'autonomia dei giovani, ma – cruciale per l'analisi del tema – per incentivare nuove modalità abitative per altri gruppi di popolazione, tra cui soprattutto gli anziani. Nel caso di Navarra, invece, l'obiettivo è molto più ampio e sfaccettato, giacché il *Decreto foral 92/2020* è riferito al funzionamento della residenzialità, alle aree di interesse e competenza sulla longevità, alle politiche sulla disabilità, sulle patologie psichiatriche, per la protezione dei minori e l'inclusione sociale,

---

inquadramento normativo del cohousing in Regione Lombardia", anche a partire dagli interventi approntati attraverso il Fondo Dopo di Noi.

<sup>124</sup> [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-9774](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-9774) (ultima consultazione 09/03/2024), anche la Disposición adicional octava. Sobre las medidas de fomento de las cooperativas en cesión de uso.

<sup>125</sup> <https://www.caib.es/sites/habitatges/f/273254> (ultima consultazione 09/03/2024).

<sup>126</sup> <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-504> (ultima consultazione 09/03/2024).

<sup>127</sup> *Modificación de la Ley de Cantabria 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria. Disposición transitoria primera. Normativa aplicable y adaptación de Planes anteriores*, 4, 93. Si specifica, inoltre, che la società cooperativa sarà proprietaria, e i soci avranno il diritto di usarla e goderne in perpetuo. Viene fornita una definizione di *viviendas* o *alojamientos colaborativos*, insieme con le caratteristiche: «A estos efectos se entenderá por viviendas o alojamientos colaborativos, aquellos conjuntos residenciales que tengan una función sustitutoria del hogar familiar, promovidos o con el propósito de desarrollar una vida de apoyo mutuo entre distintas personas que han decidido vivir juntas en un mismo lugar, para procurar la promoción de su autonomía y la atención ante situaciones de dependencia, que combinan un conjunto de espacios de uso privativo destinados a alojamiento, con otros destinados a zonas comunitarias. Las instalaciones y servicios comunes habrán de incluir, como mínimo: despachos para asistencia social y atención médica y otros espacios destinados a terapias preventivas y de rehabilitación, servicio de limpieza y mantenimiento, dispositivos y sistemas de seguridad, servicio de restauración, así como planes específicos de actividades sociales, culturales, deportivas y de ocio. El diseño de los espacios ha de garantizar la adecuación y accesibilidad al uso por parte de personas mayores o, en su caso, de personas con discapacidad».

<sup>128</sup> *De medidas urgentes para estimular la promoción de vivienda con protección oficial y de nuevas modalidades de alojamiento en régimen de alquiler*, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-1478> (ultima consultazione 09/03/2024).

nonché relative ai servizi sociali<sup>129</sup>. Anche qui, si richiama l'importanza di soluzioni alternative, sebbene nell'ottica di (r)innovare la risposta e l'offerta sanitarie, per cui l'attenzione verso le abitazioni collaborative è votata – e direttamente collegata – al miglioramento dei servizi legati alla assistenza. Si legge, infatti, nel Preambolo, che la novità rilevante concerne «la regulación de autorizaciones específicas para aquellos servicios que se diseñan en el marco de experiencias pilotos, y que apuestan por la innovación, posibilitando nuevas fórmulas de abordar las necesidades, destacando la posibilidad de desarrollo de alternativas habitacionales para personas mayores», dedicate esplicitamente a promuovere l'autonomia in abitazioni collaborative basate sul sostegno reciproco e sull'autogestione. Una volta testata l'efficacia, prosegue il Preambolo, le esperienze “pilota” saranno convalidate e integrate come nuovi servizi. Il *cohousing* viene, poi, menzionato anche in relazione al regime di autorizzazioni specifiche previste per le persone fisiche e giuridiche (art. 10), riconoscendo che possano richiederle anche persone che, organizzate in gruppo o costituendo un ente senza scopo di lucro, proponano azioni per la convivenza di persone anziane, o prevalentemente anziane, attraverso paradigmi collaborativi<sup>130</sup>.

I Paesi Baschi, invece, con il *decreto* 210/2019, in materia di «vivienda y suelo y de modificación de disposiciones reglamentarias»<sup>131</sup>, hanno disposto di incrementare «decisivamente» gli aiuti pubblici, ai fini di un accesso equo ed eguale alla casa. Inoltre, l'obiettivo è anche quello – espresso ed esplicito – di consentire alle persone anziane di rimanere nelle proprie abitazioni, purché con adeguate condizioni di accessibilità – delle *viviendas amigables* – preservando l'autonomia personale per il maggior tempo possibile. Emblematicamente, si afferma che «la acción pública en esta materia debe intensificar en grado *extremo* todas las ayudas públicas dirigidas a fomentar la accesibilidad universal en edificios viviendas y espacios públicos». Per le persone con più di 65 anni e per le persone con disabilità, inoltre, si promuove l'accessibilità “come motivo centrale”, ma anche nuovi tipi di abitazione in locazione con servizi comuni adattati.

Delle Asturie, infine, il criterio interpretativo 6/2019<sup>132</sup>, emesso dalla *Consejería de Bienestar Servicios y Derechos Sociales*, il quale, oltre a definire le caratteristiche generali degli *alojamientos colaborativos* (A), le condizioni materiali (B), e quelle organizzativo-funzionali (C), reca già nell'oggetto generale un punto fondamentale in tema di abitazioni collaborative, ovvero la promozione dell'autonomia personale e l'attenzione verso le situazioni di dipendenza, sebbene la disposizione riguardi precipuamente

<sup>129</sup> *Funcionamiento de los servicios residenciales, de día y ambulatorios de las áreas de mayores, discapacidad, trastorno mental, atención a menores e inclusión social, del sistema de servicios sociales*, <https://www.lexnavarra.navarra.es/detalle.asp?r=53304> (ultima consultazione 09/03/2024).

<sup>130</sup> Nel Titolo VI, B) vengono elencati i requisiti a proposito dei Servizi Collaborativi.

<sup>131</sup> *Decreto n. 210/2019, de 26 de diciembre, de colaboración financiera entre las entidades de crédito y la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi en materia de vivienda y suelo y de modificación de disposiciones reglamentarias en materia de vivienda*, <https://www.euskadi.eus/bopv2/datos/2020/01/2000220a.pdf> (ultima consultazione 09/03/2024). Si veda anche, in generale, C. CUESTA LERÍN, M. ARRONDO SEGOVIA, I. SAN ROMÁN AYALA, *Diagnóstico del Modelo Cohousing en Euskadi*, Gobierno Vasco, Observatorio Vasco de la Vivienda, 2020.

<sup>132</sup> [http://www.axuntase.es/wp-content/uploads/2021/10/Criterio\\_interpretativo\\_final\\_Coho48-febrero-2019.pdf](http://www.axuntase.es/wp-content/uploads/2021/10/Criterio_interpretativo_final_Coho48-febrero-2019.pdf) (ultima consultazione 09/03/2024).

il regime delle autorizzazioni<sup>133</sup>. Nel contesto descritto, procedendo per gradi verso la base dei vari livelli di governo (e di *governance*), numerosi sono i progetti inaugurati – con sorti molto diversificate, anche con l'ambizione “politica” di attivismo urbano – nelle singole città, dalle aree più “macro”, come Madrid o Barcellona<sup>134</sup>, a quelle rurali o montane, atte a favorire, ad esempio, il ripopolamento di zone “introverse” o isolate<sup>135</sup>.

Dal breve quadro delineato, possono trarsi alcune conclusioni: in primo luogo, al netto – o a dispetto – dell'assenza di una strategia “centrale” di riferimento, la ricchezza delle pratiche afferenti al fenomeno del *co-housing* – definito finanche «movimento»<sup>136</sup> a sottolinearne la forte componente sociale – si è sottratta a rigide schematizzazioni, valorizzando la componente informale e orizzontale della pratica. Secondariamente, nel caso spagnolo, in realtà elemento trasversale e condiviso da molti sistemi, la pandemia da Covid-19 ha decisamente accelerato la ricerca e la costruzione di modelli alternativi di assistenza sanitaria, di supporto e promozione delle persone più “fragili” all'interno della popolazione e, insieme a questi, di incentivi tesi a valorizzare la capacitazione e il “capitale umano” nell'ambito della longevità. Infine, una terza osservazione mira a coordinare l'esempio spagnolo con lo stato dell'arte nel nostro ordinamento. In Spagna, le *viviendas colaborativas* risultano, al momento, in una fase intermedia; molte sono le politiche introdotte, nutrite sono le perplessità sulla tenuta del vecchio modello di residenzialità e di domiciliarità, non ancora definita l'effettività (sull'efficacia, pare, *nulla quaestio*) degli interventi sul medio e lungo periodo. In aggiunta, inserendo un ulteriore tassello, il sistema spagnolo sembra muoversi verso una prospettiva legata all'*empowerment* e all'*aging in place* – più in un'ottica di autodeterminazione *per se* – anziché prevedere interventi mirati alla “medicalizzazione” delle situazioni legate alla non autosufficienza, alla ridotta capacità, nonché alla disabilità, (non solo) nel contesto della terza età.

<sup>133</sup> *Régimen de autorización de alojamientos colaborativos para la promoción de la autonomía personal y atención a la dependencia*.

<sup>134</sup> Si veda, ad esempio, P. HAGBERT, H. GUTZON LARSEN, H. THÖRN, C. WASSHEDE, *op. cit.*, soprattutto 74 ss. In Italia, degna di menzione l'esperienza, attiva dal 2021, del cohousing per anziani “Casa Giada” a Roma, «il terzo cohousing avviato negli ultimi mesi, dopo “Casa Gaia” in zona Torre Gaia e “Casa delle Viole” [...] nasce all'interno di un edificio di proprietà capitolina, dove l'Amministrazione punta a far sorgere un “Polo integrato per servizi agli anziani fragili”», <https://www.comune.roma.it/web/it/notizia/apre-casa-giada-nuovo-cohousing-per-persone-anziane.page> (ultima consultazione 09/03/2024). Interessante, qui, anche la figura di un “mediatore della convivenza”, <https://www.comune.roma.it/web/it/informazione-di-servizio/una-mattina-a-casa-giada-il-cohousing-per-gli-anziani-attivi.page> (ultima consultazione 09/03/2024). In Toscana, avviato dalla Fondazione Casa Lucca, è operativo il *senior co-housing* Del Moro, in pieno centro storico, destinato a persone con più di 60 anni e con una offerta diversificata di soluzioni abitative, <https://www.fondazionecasalucca.it/portfolio/cohousing/> (ultima consultazione 09/03/2024).

<sup>135</sup> Si rinviengono diversi progetti consultando il sito della già citata associazione COHOUSING Spain, <https://co-housingspain.org>.

<sup>136</sup> Come nel caso del criterio interpretativo delle Asturie del 2019, in cui si legge: «Cabe destacar que en el ámbito de las personas mayores, este movimiento, en ocasiones denominado como “cohousing-senior”, ha ido tomando fuerza en las últimas décadas. Se ha desarrollado como una de las alternativas actuales al modelo residencial tradicional de personas mayores intentando procurar un modo de vida que preserve la intimidad y permita el control de la propia vida, algo que los modelos institucionales no han logrado».

### 3.2. Quo vadis, Italia?

Attualmente, come accennato, lo scenario italiano non è lontano – o, meglio, non così distante – da quello delineatosi in Spagna nell’ultimo quinquennio. Anzi, come è noto, già la legge n. 112/2016, c.d. “Dopo di noi”<sup>137</sup>, recante “Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare” prevedeva proprio la promozione, attraverso il Fondo dedicato (art. 3), di «interventi innovativi di residenzialità per le persone con disabilità grave, volti alla creazione di soluzioni alloggiative di tipo familiare e di *co-housing*», espressamente indicati tra le finalità all’art. 4, comma 1, lett c). Inoltre, il decreto interministeriale<sup>138</sup> di attuazione, emesso il 23 novembre del 2018, ne aveva approfondito, all’art. 3 comma 4, anche le caratteristiche: abitazioni «o gruppi-appartamento o *co-housing* che riproducano le condizioni abitative e relazionali della casa familiare»<sup>139</sup>. L’art. 5, specificando interventi, programmi e percorsi, al comma 4 lett. b) inseriva espressamente pure gli «interventi di supporto alla domiciliarità in soluzioni alloggiative di tipo familiare e di *co-housing*», nonché, tra gli altri, «interventi di realizzazione di innovative soluzioni alloggiative» (lett. d) finanziabili attraverso le risorse del Fondo. In tale contesto, si potrebbe notare, al contempo, come il *co-housing* sia stato pensato più che come modello *alternativo* dell’abitare, come una risposta *complementare* in un’ottica migliorativa del diritto alla salute e all’assistenza di persone con bisogni complessi, costanti e a lungo termine. Forse, in virtù di tale arduo compito assegnato dalla normativa, l’istituto non è stato effettivamente valorizzato, pur trattandosi di disposizioni di carattere innovativo e di pregevole

<sup>137</sup> In particolare, «la previsione di un modello di residenzialità alternativo all’istituzionalizzazione anche in relazione alle persone con disabilità grave (cui la legge prioritariamente si indirizza) insieme a quella della loro partecipazione alla definizione del loro progetto di vita, ci sembrano elementi che vanno nel senso di un decisivo superamento di quel processo di “stereotipizzazione” che – in base ad un’accezione particolaristica del concetto di vulnerabilità – interessa di frequente soggetti variamente definiti fragili. Processo che finisce, spesso, per legittimare approcci di tipo protezionistico, incidenti negativamente sul riconoscimento dell’autonomia dei singoli», Cfr., E. VIVALDI, *Disabilità, autonomia, diritti. Alcune riflessioni a tre anni dall’approvazione della legge n. 112/2016*, in [Dirittifondamentali.it](http://Dirittifondamentali.it), 1, 2019, 3-4. Della medesima Autrice, inoltre, cfr., A. BLASINI, E. VIVALDI, (a cura di), *Il futuro delle persone con disabilità oltre la famiglia*, Pisa, 2019. Si noti, inoltre, che del 2016 (18 gennaio) è anche la proposta di legge n. 3528 in materia di “Misure per favorire l’invecchiamento attivo della popolazione attraverso l’impiego delle persone anziane in attività di utilità sociale e le iniziative di formazione permanente”, cfr., per i contenuti, <http://documenti.camera.it/dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0038570.pdf> (ultima consultazione 12/03/2024).

<sup>138</sup> Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali, di concerto con il Ministero della Salute e il Ministero dell’Economia e delle finanze. Si vedano anche la Legge di Bilancio 30 dicembre 2020 n. 178, Decreto interministeriale del 22 dicembre 2023.

<sup>139</sup> Altre caratteristiche sono, ex art. 3, comma 4 “Interventi e servizi per l’assistenza alle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare”: «lett. a) soluzioni che offrano ospitalità a non più di 5 persone; [...] lett. c) deve trattarsi di spazi accessibili, organizzati come spazi domestici che possano essere vissuti come la propria casa [...] devono essere garantiti spazi in cui sia tutelata la riservatezza [...] ed adeguati spazi per la quotidianità e il tempo libero; lett. d) deve essere promosso l’uso di tecnologie per migliorare l’autonomia delle persone [...]; lett. e) devono essere ubicate in zone residenziali, ovvero anche rurali esclusivamente all’interno di progetti di agricoltura sociale [...] e comunque in un contesto territoriale non isolato, essere aperte alla comunità di riferimento, permettere la continuità affettiva e relazionale degli ospiti [...]». Cfr., inoltre, la Seconda Relazione alle Camere sullo stato di attuazione della Legge 112/2016, aggiornata alla fine del 2018, con tutti gli interventi regionali in materia e successiva alla Prima Relazione, per l’anno 2016-2017, rispettivamente consultabili all’indirizzo <https://www.camera.it/temiap/2020/01/14/OC177-4267.pdf> e <https://www.lavoro.gov.it/notizie/Documents/Prima-Relazione-Camere-Dopo-di-noi-finale.pdf> (ultima consultazione 12/03/2024).

contenuto. Rimanendo sostanzialmente inattuato, si potrebbe riflettere, ancora una volta, sulle discrasie e lo scollamento che possano darsi tra “provvedimenti” sulla carta e implementazione (*rectius* effettività) sostanziale dei medesimi, anche nel campo dei “risultati” concreti.

*Housing* e *co-housing* sono stati anche oggetto di attenzione, agli artt. 25 e 26 – relativi, rispettivamente, all'assistenza personale e alle forme dell'abitare in autonomia – delle Linee di Indirizzo per Progetti di vita indipendente del 2020, «nel quadro più generale del processo di de-istituzionalizzazione e di contrasto ad ogni forma di isolamento e di segregazione», nonché con apertura «alle molteplici forme, anche sperimentali e innovative, dell'abitare sociale» (art. 26). Dedicata menzione si ritrova anche nel Capitolo 5 (Vita Indipendente) del Piano per la Non Autosufficienza 2022-2024 (PNNA), ritenendo il *co-housing* un'area privilegiata di intervento rispetto alle molteplici forme dell'abitare in autonomia. Diacronicamente, in “attesa” rimane, invece, la proposta di legge n. 739 del 2022, recante “Disposizioni per favorire lo sviluppo di progetti di coabitazione per persone che hanno compiuto il sessantacinquesimo anno di età e di coabitazione intergenerazionale”<sup>140</sup>. Da valorizzare, per ciò che qui rileva, almeno un paio di passaggi, giacché consentono di creare un collegamento con l'analisi del paragrafo precedente e, allo stesso tempo, di anticipare alcune riflessioni che si avvanzeranno nel successivo. In particolare, da una parte, perché la proposta, a differenza di quella precedentemente richiamata sulle “comunità” intenzionali, elide (o rinuncia) a quest'ultimo aggettivo, facendo residuare solo la prima, quale «gruppi di soggetti con interessi omogenei in relazione al medesimo bene, accomunati anche sotto il profilo dello spirito di appartenenza». L'intento condiviso – *rectius*, uniforme – diventa, allora, un “interesse” omogeneo, una sorta di “affinità elettiva”, che sfuma quasi in una “*questione* di classe”. Nel passaggio appena successivo a quello citato, infatti, si legge come «al fine di facilitare l'integrazione e di incentivare lo spirito comunitario di ogni gruppo di *co-housing*, è necessario favorire la realizzazione di progetti organizzati tra persone che hanno condiviso un tipo di lavoro o un'esperienza di vita». A parte la lettera un po' scivolosa della proposta – che forse rischierebbe la traduzione di un progetto collaborativo in una scelta assai definita dalla *selettività* e dalla *selezione* di *quegli* interessi – essa ripropone le medesime finalità orientate al bene comune, a beneficio della longevità, alla costruzione di reti di relazione dell'altra proposta testé ricordata. Sicuramente replicabile *pro futuro*, o nel disegno di una architettura “nazionale” sulla pratica, il *caveat* contenuto nell'art. 2, comma 2 (Funzioni di sostegno), in cui si precisa che «in nessun caso le funzioni di sostegno socio-sanitario offerte nell'ambito dei progetti hanno caratteristiche, in termini di programmazione e di standardizzazione delle modalità organizzative della giornata, *assimilabili* a quelle delle residenze sanitarie assistenziali». *Limes* da tenere senz'altro in considerazione per non “(ri)significare” in eccesso l'abitare collaborativo.

Infine, grande attenzione – *rectius*, aspettativa – è stata (ri)posta sul c.d Patto per la Terza età (Legge 23 marzo n. 33 “Deleghe al Governo in materia di politiche in favore delle persone anziane”<sup>141</sup>),

<sup>140</sup> A.C. n. 729, XIX Legislatura, <https://www.camera.it/leg19/126?tab=&leg=19&idDocumento=739&sede=&tipo=> (ultima consultazione 12/03/2024).

<sup>141</sup> Si veda, in particolare, art. 2, “Oggetto, principi e criteri direttivi generali di delega e istituzione del Comitato interministeriale per le politiche in favore della popolazione anziana”, comma 2, lett. m) riqualificazione dei servizi di semiresidenzialità, di residenzialità temporanea o di sollievo e promozione dei servizi di vita comunitaria e di coabitazione domiciliare (*cohousing*) [...]; Capo II, Deleghe al governo in materia di politiche per l'invecchiamento attivo, la promozione dell'autonomia, la prevenzione della fragilità, l'assistenza e la cura delle persone

nell'ambito degli obiettivi del PNRR. Molto si è discusso, infatti, in merito alla delega al Governo per una riforma tanto pervasiva e incisiva, che mira a fornire soluzioni strutturali su tematiche ampie e determinanti: di nuovo, dall'invecchiamento attivo alla prevenzione (e gestione) della fragilità, anche con interventi votati a conservare o potenziare l'autonomia e l'autodeterminazione delle persone anziane, da una prestazione universale sperimentale che comporterebbe un aumento (del 200%?) dell'indennità di accompagnamento, fino, per il tema che qui interessa, l'elaborazione di linee guida che indichino i caratteri, i contenuti, e i "livelli" essenziali in materia di abitare collaborativo *senior*, come modello alternativo di assistenza.

In particolare, consultando il decreto legislativo n. 29 del 2024, si rinviene una menzione al *senior cohousing*, così come alla declinazione intergenerazionale, tra gli oggetti e la finalità (art. 1)<sup>142</sup>. Si legge, infatti, l'esplicito riferimento alla «coabitazione solidale domiciliare per le persone anziane e la coabitazione intergenerazionale», alla cui promozione sono votate le disposizioni, insieme con, tra le altre finalità «il contrasto all'isolamento e alla deprivazione relazionale e affettiva»<sup>143</sup>. Si prevede, inoltre, il riordino, la sistematizzazione e un coordinamento più efficace nell'ambito delle attività di assistenza sociale, sanitaria e sociosanitaria per le persone anziane non autosufficienti, anche nell'ottica di una allocazione più efficiente (e, di nuovo, efficace) delle risorse disponibili. A entrambe le forme di "coabitazione solidale" è, poi, dedicato il Capo IV (artt. 15-18). Segnatamente, l'art. 15 – che si preoccupa di definire le linee guida di cui si accennava, oltre a specificare la predisposizione delle medesime entro 180 giorni dall'entrata in vigore del decreto, recanti caratteristiche, contenuti essenziali di interventi e, finanche, "modelli" – al comma 3 ne delinea le "forme". Ovvero, trattasi di «case, case-famiglia, gruppi famiglia, gruppi appartamento e condomini solidali, aperti ai familiari, ai volontari, ai prestatori

---

anziane anche non autosufficienti, art. 3, comma 2, lett. a.6 promozione, anche attraverso meccanismi di rigenerazione urbana e riuso del patrimonio costruito, attuati sulla base di atti di pianificazione o programmazione regionale o comunale e di adeguata progettazione, di nuove forme di domiciliarità e di coabitazione solidale domiciliare per le persone anziane (*senior cohousing*) e di coabitazione intergenerazionale, in particolare con i giovani in condizioni svantaggiate (*cohousing* intergenerazionale), da realizzare, secondo criteri di mobilità e accessibilità sostenibili, nell'ambito di case, case-famiglia, gruppi famiglia, gruppi appartamento e condomini solidali, aperti ai familiari, ai volontari e ai prestatori esterni di servizi sanitari, sociali e sociosanitari integrativi.

<sup>142</sup> In particolare, Titolo I, "Principi generali e misure a sostegno della popolazione anziana", Capo I "Principi generali".

<sup>143</sup> «Il presente decreto reca disposizioni volte a promuovere la dignità e l'autonomia, l'inclusione sociale, l'invecchiamento attivo e la prevenzione della fragilità della popolazione anziana, anche attraverso l'accesso alla valutazione multidimensionale unificata, a strumenti di sanità preventiva e di telemedicina a domicilio, il contrasto all'isolamento e alla deprivazione relazionale e affettiva, la coabitazione solidale domiciliare per le persone anziane (*senior cohousing*) e la coabitazione intergenerazionale (*cohousing* intergenerazionale), lo sviluppo di forme di turismo del benessere e di turismo lento», *ivi*. L'art. 2.1, lett. a) e b), inoltre, definisce «"persona anziana": la persona che ha compiuto 65 anni» e «"persona grande anziana": la persona che ha compiuto 80 anni». La lett. c), invece, delimita l'ambito della non autosufficienza, sicché deve ritenersi *ivi* ricompresa «la persona anziana che, anche in considerazione dell'età anagrafica e delle disabilità pregresse, presenta gravi limitazioni o perdita dell'autonomia nelle attività fondamentali della vita quotidiana e del funzionamento bio-psico-sociale, valutate sulla base di metodologie standardizzate, tenendo anche conto delle indicazioni fornite dalla Classificazione internazionale del funzionamento, della disabilità e della salute – *International Classification of Functioning Disability and Health* (ICF) dell'Organizzazione mondiale della sanità, dei livelli di stratificazione del rischio sulla base dei bisogni socioassistenziali e delle condizioni di fragilità, di multimorbilità e di vulnerabilità sociale, le quali concorrono alla complessità dei bisogni della persona, anche considerando le specifiche condizioni sociali, familiari, ambientali».

esterni di servizi sanitari, sociali e sociosanitari integrativi, nonché ad iniziative e attività degli enti del terzo settore». L'art. 16, invece, a proposito di criteri e *standard* per la realizzazione dei suddetti progetti, prevede primariamente meccanismi di rigenerazione urbana e riuso del patrimonio a disposizione – a proposito di quanto si diceva rispetto al “diritto alla città” e l’ottica di ricucitura “urbana”. Nondimeno, per l’analisi fin qui svolta, si sottolineano, tra gli obiettivi, gli interventi di sanità preventiva a domicilio, servizi comuni aggiuntivi, anche per favorire contestualmente socialità e assistenza, oltreché la fruizione di spazi verdi (rispettivamente, lett. c, d, e)<sup>144</sup>.

Ciò, con uno stanziamento di 1 miliardo di euro per il prossimo biennio. Un programma ambizioso, che al momento non dice “abbastanza” – replica, ma non aggiunge “molto” – e che attende di essere testato nella sua concreta evoluzione, implementazione e “sperimentazione”, come ammette il medesimo art. 17<sup>145</sup>. Non senza pareri discordanti e (già) rilevate criticità, a partire dalla mancata (occasione di) definizione dell’abitare collaborativo, a “chiare” lettere.

#### 4. Una prospettiva intersezionale: quali (fonti) e quante (forme di) discriminazioni?

Certamente, alla luce dell’analisi fin qui svolta, molti e plurimi sono i benefici che un progetto di abitare collaborativo possa fornire, soprattutto nell’ambito della terza età. La tematica, in ogni caso, potrebbe ancora essere “disaggregata” per livelli. Anzitutto, preme ricordare come il *senior co-housing*, costituendo già, e di per sé, una variante o una *species* del più ampio *genus* dell’abitare collaborativo, risponde senz’altro – ed effettivamente – a una prospettiva intersezionale. Ovvero, al di là delle numerose epifanie del fenomeno dell’abitare collaborativo, quella che vede le persone anziane protagoniste attive della progettazione di una vita “condivisa” risponde già a logiche di promozione delle differenze e di risposta ad aspirazioni situate e particolari. Con l’aggiuntivo – affatto marginale – corollario per cui simili pratiche siano in grado, insieme con un miglioramento oggettivo della qualità di vita e del benessere, di sovvertire, almeno, una parte consistente di stereotipi sulla “vecchiaia”. Segnatamente, il connotato *senior* del *co-housing* costituisce una prospettiva intersezionale proprio perché riesce a cogliere una – la più macroscopica, in effetti – delle fonti (e forme) di potenziali discriminazioni dirette alle persone anziane. Con ciò non si nasconderanno, al contempo, eventuali risvolti di stereotipizzazione *in reverse*, che insistano, seppur per motivi “encomiabili”, proprio sugli elementi esteriori o più marcati, idonei a ingenerare altre forme, seppur meno perniciose, di (pre-)giudizio. Come accennato nel secondo paragrafo, non bisognerebbe dimenticare, infatti, possibili derive di *silver washing*, sì che ciascuna pratica debba essere guardata, soprattutto, sul piano della sostanziale *efficacia*, scongiurando esperienze “di facciata” o puramente “nominali” (se non *utilitaristiche*). Non basta, insomma, per

<sup>144</sup> I criteri: a) mobilità e accessibilità sostenibili; b) ristrutturazione ed efficientamento energetico del patrimonio immobiliare pubblico e privato e di rigenerazione delle periferie urbane; c) protezione e tutela della dimensione culturale, ambientale e sociale dei beneficiari; d) soddisfacimento in autonomia dei bisogni primari dei beneficiari e di promozione della socialità; e) coerenza con altri interventi sul territorio già finanziati, aventi finalità analoghe o complementari. Tra gli obiettivi, oltre a quelli menzionati, nonché al generale «ampliamento dell’offerta abitativa», si rinviene quello di: favorire l’accessibilità ad una rete di servizi, quali luoghi adibiti ad attività ricreative, ludico-culturali e sportive, scuole, supermercati e serviti dal trasporto pubblico locale, al fine di promuovere l’autosufficienza dei beneficiari.

<sup>145</sup> «Progetti pilota sperimentali».

valutarne i benefici, che i *seniores* siano “the agenda”; il potenziale della partecipazione, della mutualità, dei risvolti *solidaristici*, ai fini di una vita in salute, soddisfacente e “felice” risponde anche ad altri indici, da valutare, evidentemente, caso per caso.

Come già sottolineato, e partendo dal punto qui posto in apertura, un progetto di *senior co-housing* potrebbe, senz’altro, costituire un buon antidoto contro il c.d. ageismo, ovvero un trattamento deterriore basato sull’età come cifra della diseguaglianza, dell’ingiustizia, del pregiudizio, subiti. L’ageismo può tradire, o tradursi in, una visione essenzialista o riduzionista delle persone anziane, quali inattive, per lo più con sistema assiologico “retrospettivo”, nonché poco “confidenti” e competenti rispetto alle tecnologie (in tutte le loro declinazioni), per citare i più ricorrenti. Su un piano “semplicistico”, sarebbe già sufficiente, invero, consultare la pagina Facebook della “Rete Italiana Cohousing” per sparigliare le “certezze” sul presunto analfabetismo digitale delle persone anziane, tipico “discorso” basato su un pregiudizio ageista: se gli stereotipi gemmano dalla realtà, sovraccaricandola di significati discriminatori, è la medesima *realtà* che smentisce i preconcetti con eguale “semplicità”. Si badi, peraltro, che l’ageismo è “ontologicamente” *intergenerazionale*: dinamiche, narrazioni, pratiche e discorsi discriminatori possono senz’altro avere come destinatari – meglio: *targets* – le persone anziane, ma agiscono, in realtà, in modo bi-direzionale, potendo ugualmente interessare le “nuove generazioni”. In senso più chiaro, infatti, per “i giovani”, l’ageismo può significare e comportare, come ammonisce l’OMS, che «le loro voci vengano ignorate, anche quando venga richiesto di fornire input alle politiche» così compromettendo – erodendola – proprio la «solidarietà tra generazioni»<sup>146</sup>. Come ulteriore “strato” da tenere in considerazione, vi è poi la maggiore o minore (residua, talvolta) *capacità*, sia a livello fisico, sia mentale. In effetti, proprio l’adattabilità e la flessibilità dei progetti di abitare collaborativo consentono di “accomodare” le varie istanze – e i bisogni diversificati – delle persone anziane. Anzi, gli aspetti legati all’assistenza informale, alla solidarietà orizzontale, a quel *welfare* di “prossimità” di cui si parlava, rappresentano *sostanzialmente* uno dei più visibili e condivisibili benefici della pratica. Ciò implica, *a fortiori*, che possano (con)vivere insieme persone con diversi livelli *anche* di autosufficienza. Per ciò che qui rileva, restituire *capacità* alle persone anziane che scelgano un modello di vita collaborativo significa anche abbattere le barriere innalzate dall’abilismo: come persone *necessariamente* bisognose di supporto, di cura, di assistenza, che, al contrario, come già avanzato, possono anche “aiutarsi da sé e tra loro”, finché le circostanze lo consentano.

A questo proposito, allora, verranno valorizzati due ulteriori “tasselli” che compongono il complesso mosaico. Per ciò che concerne il primo, si restringerà il focus sui diritti di genere e sui diritti LGBTI+, valorizzando alcune pratiche virtuose meritevoli di menzione e disseminazione. Rispetto al secondo (e “in negativo”), nel paragrafo successivo si tratterà della (non tanto) surrettizia *capacità* escludente delle collettività – *rectius*, comunità – che sorgono dall’abitare collaborativo, sulla base di precise “identità”: delle *gated communities*, delle *enclaves* private, delle comunità intenzionali (ma tali soprattutto perché) *contrattuali*, in grado di rinnegare, in termini *praticamente* assoluti, quella funzione sociale di cui si è in precedenza discusso.

Procedendo per gradi in una sorta di piramide ideale, ciascuno dei quali corrisponde a una diversa fonte (e forma) di discriminazione – non a caso, uno degli interventi nazionali in materia di *hate speech*

<sup>146</sup> [https://www.who.int/health-topics/ageism#tab=tab\\_1](https://www.who.int/health-topics/ageism#tab=tab_1) (ultima consultazione 12/03/2024).



parla proprio di una piramide dell'odio, in base alle diverse fonti da cui esso prende forma<sup>147</sup> – l'analisi può, allora, ulteriormente scomporsi attraverso il filtro del (non binarismo di) genere o dell'orientamento sessuale. Infatti, come è stato notato, «it is important to keep in mind that housing is the place where the first relationships between genders develop. In this line, the traditional type of house built for decades is not neutral and takes for granted certain characteristics of the hierarchical structure of the nuclear family»<sup>148</sup>. Rispetto al genere, nei progetti di abitare collaborativo, ben possono darsi modelli più che *sensitive*, proprio *gender-oriented*, con una precisa finalità o un certo ideale fondativo, che ri-guardi *in toto* la condivisione degli spazi, delle attività, della vita (anche quotidiana). Ad esempio, *co-housing* basati sulla solidarietà orizzontale tra donne – solidarietà che più che “fraterna”, con un'espressione contemporanea, si direbbe di “sorellanza” – oppure, esperienze ancora diverse in cui siano adottati, all'interno di codici comportamentali interni, dei “protocolli” atti a evitare squilibri, sessismo, o disparità nelle interazioni tra uomini e donne all'interno del progetto.

Paradigmatico, a questo riguardo, la possibilità che il lavoro di cura, all'interno di una realtà (anche *senior*) di *co-housing* resti appannaggio delle sole residenti, oppure che la gestione degli spazi domestici comuni, al di là delle singole abitazioni individuali, resti sbilanciata a sfavore delle donne, o, ancora, che si instaurino relazioni (asimmetriche) di potere tra donne e uomini<sup>149</sup>. L'impronta mutuale, eguale, e orizzontale non scongiura affatto che le discriminazioni e le disparità di genere possano essere replicate dal macro al micro, come può accadere in qualsiasi spazio e/o luogo, sia fisico, sia virtuale. Si pensi, iperbolicamente, alle discriminazioni replicate dall'intelligenza artificiale e agli algoritmi *biased*: non sorprendentemente, tra gli altri casi, l'OMS ha messo in guardia dal possibile ageismo reiterato dalle IA operanti nel campo della salute<sup>150</sup>. Perciò, non vi è motivo sufficiente per escludere che simili paradigmi possano “confermarsi”, come nel contesto allargato della società, così nel perimetro “ristretto”, finito, “protetto” dell'abitare collaborativo e della “casa”. Insomma, i divari, le differenziazioni e le barriere all'eguaglianza sostanziale possono replicarsi in qualsiasi ambito o ambiente, e medesimo discorso potrebbe essere portato avanti a proposito dell'orientamento sessuale.

<sup>147</sup> [https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/shadow\\_primapagina/file\\_pdfs/000/007/099/Jo\\_Cox\\_Piramide\\_odio.pdf](https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/shadow_primapagina/file_pdfs/000/007/099/Jo_Cox_Piramide_odio.pdf) (ultima consultazione 12/03/2024). Per un inquadramento di tale complesso tema, cfr., E. STRADELLA, *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e “prassi”*, Torino, 2008.

<sup>148</sup> A. REYES, A.M. NOVOA, C. BORRELL, J. CARRERE, K. PÉREZ, C. GAMBOA, L. DAVÍ, A. FERNÁNDEZ, *Living Together for a Better Life: The Impact of Cooperative Housing on Health and Quality of Life*, in *Buildings*, 12, 2022, 2.

<sup>149</sup> Nonostante non riguardi, specificamente, una abitazione collaborative per *senior*, la medesima ricerca offre un punto interessante al riguardo, giacché ha sottolineato, ad esempio, come durante le interviste effettuate: «there were still more women than men carrying out the care or parenting commissions; men used to speak for a longer time during the meetings and commissions than women; although more women than men were involved in cooperative housing projects, more men were exercising the role of representatives of the cooperative; and women, due mainly to reproductive work, such as the care of children, were less able to participate in the meetings. This suggests that the transformative potential of the model, from this feminist perspective», A. REYES, A.M. NOVOA, C. BORRELL, J. CARRERE, K. PÉREZ, C. GAMBOA, L. DAVÍ, A. FERNÁNDEZ, *op. cit.*, 18.

<sup>150</sup> <https://www.who.int/publications/i/item/9789240040793> (ultima consultazione 06/03/2024).

Per richiamare di nuovo la Spagna, le “Dones Cohabitant”<sup>151</sup> (*Women co-living*) in Catalogna hanno adottato esplicitamente e dichiaratamente una prospettiva femminista<sup>152</sup>, mentre è interessante, in Italia, il *co-housing* intergenerazionale “Casa alla Vela” di Trento, costituito esclusivamente da donne anziane e giovani studentesse<sup>153</sup>. In relazione all’orientamento sessuale, nonché all’identità di genere (non binaria), una *best practice* sembra l’esperienza portata alla luce tra Bologna e Torino dal progetto “Silver Rainbow”<sup>154</sup>, che riguarda specificamente – come il nome fa immediatamente intuire – *senior co-housing* che rispondono a una prospettiva *di per sé* intersezionale. A questa si aggiunge anche un’aspirazione di solidarietà *intergenerazionale*, avendo tra le finalità principali quella di colmare il “divario” di conoscenza tra comunità LGBTI anziana e quella giovane, favorendone anche il supporto reciproco<sup>155</sup>. Non resta ai margini del progetto l’attenzione verso l’ageismo, poiché «oggi le persone LGBTI senior sono tendenzialmente invisibili e la solitudine involontaria per l’anziano LGBTI è dunque un rischio concreto e *dupliche*: in ragione dell’età, dell’orientamento sessuale e dell’identità di genere. Da una parte lo stigma sull’invecchiamento ha un peso rilevante nella comunità e nella cultura LGBTI [...]. Dall’altra, la specificità LGBTI presenta elementi *molteplici* di rischio, o quantomeno di sfida»<sup>156</sup>. Così, nella medesima prospettiva della “Casa alla Vela” di Trento, l’esperienza torinese “TO Housing”, al centro del progetto “Silver Rainbow” e primo di questo genere in Italia, non solo ha mirato a incentivare la solidarietà intergenerazionale, ma ha puntato sulla collaborazione e sulla condivisione tra persone anziane *secondo* necessità, dunque anche in un’ottica *intra-generazionale*.

Allora, «a partire da un bisogno primario e fondamentale come la casa», si è così creata una comunità diversificata e “allargata”, composta tanto da giovani «allontanati dalle famiglie di origine a causa del proprio orientamento sessuale» – anche sopravvissuti/e a violenza domestica – «quanto da anziani LGBTI in condizione di solitudine, povertà, emarginazione e rottura con le famiglie a causa del loro orientamento sessuale», oltreché da migranti e rifugiati omosessuali<sup>157</sup>. In quest’ultimo caso, come è intuitivo, le forme (o le fonti) di discriminazione potrebbero essere (almeno) doppie: basti pensare a

<sup>151</sup> <https://caladona.org/agenda-caladona/dones-cohabitant-impulse-cooperatives-dhabitatge-per-a-done-collectivitzant-les-cures/> (ultima consultazione 06/03/2024).

<sup>152</sup> Ad esempio, tra gli altri obiettivi, si legge «the main objectives of this project are: (1) to use everyday life to analyze the role of space in the environment, giving equal value to all spheres of life (i.e., productive, re-productive, community and personal); (2) to recognize the social value of unpaid work and promote a more equitable division between spheres; (3) to break down the public-private divide, between the private sphere of the home and the public sphere, bringing domestic and care work into the public sphere in order to understand it as a social responsibility», A. REYES, A.M. NOVOA, C. BORRELL, J. CARRERE, K. PÉREZ, C. GAMBOA, L. DAVÍ, A. FERNÁNDEZ, *op. cit.*, 4.

<sup>153</sup> F. BIANCHI, *Ri-abitare gli spazi: immaginari, utopie e pratiche in trasformazione*, cit., 54.

<sup>154</sup> “Azioni multilivello per l’invecchiamento positivo della popolazione anziana LGBTI, il contrasto alle solitudini involontarie, il dialogo intergenerazionale e la promozione dell’accoglienza e della visibilità in contesti non LGBTI Realizzato con il finanziamento concesso dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali per l’annualità 2017”.

<sup>155</sup> Obiettivi del progetto sono, infatti: «1. incrementare le conoscenze sui bisogni delle persone anziane LGBTI; 2. aumentare le competenze dei caregivers in senso lato e delle organizzazioni che lavorano sull’invecchiamento attivo in favore della persona anziana LGBTI; 3. ridurre il *gap* generazionale tra anziani e anziane LGBTI e la comunità LGBTI più giovane; 4. definire un modello innovativo di *housing* per la persona anziana LGBTI», E. BRAMERINI, M. DORIGOTTI, (a cura di), *Le persone LGBTI e il cohousing intergenerazionale. Un modello abitativo per ridurre i rischi di isolamento ed esclusione sociale*, Ministero del Lavoro e delle politiche sociali, Arcigay, 2017, 10.

<sup>156</sup> *Ibidem*, 9, enfasi aggiunta.

<sup>157</sup> *Ibidem*, 30.

potenziali (sebbene non “necessarie”) dinamiche intra-comunitarie e i pregiudizi o la stereotipizzazione – di nuovo, *almeno* doppie – basati su razzismo, suprematismo, o nativismo, tra gli altri. L'esperienza TO Housing, assimilabile a progetti già avviati in altre realtà europee<sup>158</sup>, appare una sintesi paradigmatica di tutti gli elementi fin qui richiamati, con l'aggiunta, se si vuole, anche di una prospettiva *interculturale*<sup>159</sup> quale ulteriore livello, rispetto a quelle intersezionale, intergenerazionale e intragenerazionale. Si tratta, per usare un'efficace espressione, quasi di «utopie quotidiane»<sup>160</sup>, le quali, di certo, non costituiscono la “norma”; il progetto medesimo individua proprio «la mancanza di casistica» quale “punto di debolezza” del modello abitativo del *co-housing* (in generale), nonché «la bassa notorietà sul mercato» quale principale “minaccia” alla sua diffusione (insieme con «l'assenza di procedure regolate»)<sup>161</sup>.

#### 4.1. Affinità (s)elettive: pratiche *esclusive* o strumenti di *esclusione*?

Cercando di non cedere a una romanticizzazione della pratica, infine, si metterà in luce la potenziale capacità *escludente* delle comunità gemmanti dall'abitare collaborativo, intenzionali *perché* contrattuali – più che “naturali” – potenzialmente “introverse”, chiuse, e, non da ultimo “ristrette”. Un vicinato “allargato”, ma “(s)elettivo”, un luogo condiviso, ma per “privilegio”.

Delle “*enclaves private*”.

Chiaramente, tutti questi richiami sconfessano, con forza uguale e contraria, quanto fin qui rielaborato a partire, soprattutto, dalla prospettiva costituzionale (e per via, in fondo, di quella intersezionale). Non soltanto, cioè, verrebbe tradita la base di qualsivoglia o generico riferimento alla “solidarietà”, ma l'abitazione tornerebbe a essere semplicemente una “casa”; residuerebbe per ciò che appare (banalmente ed) “esteriormente”: un luogo chiuso, individuale e personale. Da medesima prospettiva, la città come spazio di (de)compressione di istanze, cederebbe a *pressioni* e interessi “privati”, e magari anche a processi di “gentrificazione”. Le obbligazioni “moralì”, alla base del mutuo supporto, lascerebbero spazio a quelle contrattuali. Certo: la fine di un'utopia.

E verrebbe da chiedersi, con (questa volta, Peter) Marcuse: «but *whose right, what right and to what city?*»<sup>162</sup>.

Effettivamente, una lettura simile rimetterebbe in discussione tutti i termini – e i parametri di riferimento – del discorso: sarebbe, almeno da ridefinire *chi* siano i *veri* titolari dei diritti, di quale “diritto” si parli (anche da un punto di vista assiologico), e quale concetto – *rectius* concezione – di città si prenda

<sup>158</sup> Ad esempio, Berlino, Amsterdam, Madrid, per un'analisi, *ibidem*, 33 ss.

<sup>159</sup> Questa è la specifica vocazione del *co-housing* Bolognese “*Salus Space*”, incentrato su «inclusione sociale di migranti e rifugiati, la povertà urbana, la transizione energetica, lo sviluppo di nuovi posti di lavoro [...] inserimento nel contesto locale di *Salus Space*, un centro di ospitalità, lavoro, *welfare* interculturale e benessere in senso lato», *ibidem*, 26.

<sup>160</sup> «Aspirando a un futuro differente, si mostra di adottare l'utopia come strategia per immaginare futuri possibili e alternativi generando processi di cambiamento. Tali pratiche devono essere intese come forme di utopia quotidiana – totalmente distanti dalla nozione tradizionale di utopia – piccole realtà in cui modalità comuni vengono attuate in maniera alternativa, ma il cui contributo alle politiche trasformative si rivela cruciale poiché la convergenza tra ordinario, senso comune e utopia alimenta, ed è allo stesso tempo alimentata, da pratiche innovative e creative», F. BIANCHI, *Ri-abitare gli spazi: immaginari, utopie e pratiche in trasformazione*, cit., 51.

<sup>161</sup> E. BRAMERINI, M. DORIGOTTI, *op. cit.*, 57.

<sup>162</sup> P. MARCUSE, *op. cit.*, 185.

come punto di riferimento per la rivendicazione e l'appropriazione di spazi, nonché, potrebbe aggiungersi, *quale* luogo (dell'abitare) diventi effettivamente una «risorsa relazionale»<sup>163</sup>.

Detto altrimenti: «è veramente un ritorno a forme tradizionali di vicinato? O al contrario, nonostante le dichiarazioni di *intenti*, anche il *cohousing* è parte di un “nuovo vicinato” che va letto sotto il segno “dell'inquietudine, di un pragmatico utilitarismo, dell'asimmetria e del distacco”?»<sup>164</sup>

Infatti, seppur generalmente considerate soluzioni opposte, si è osservato come in realtà tanto le comunità dell'abitare collaborativo, quanto le c.d. *gated communities*, siano a livello tassonomico *species* di uno stesso genere: delle comunità contrattuali. E, d'altronde, entrambe si sostanzierebbero in «insediamenti privati che, come tali, si fondano sullo stesso diritto all'esclusione insito nella proprietà privata»<sup>165</sup>. Peraltro, data l'elettività della scelta dei *co-housers* e – prospettiva intersezionale – la *possibilità* (anche, ma non solo, economica) di accedere al progetto, alcuni casi di abitazioni collaborative ben potrebbero tradursi in evidenti segmentazioni sociali, sfociando, senza troppi salti logici o *troppo* da provare, in “vicinati” o quartieri – *rectius* spazi – omogenei magari per classe “sociale” di riferimento o finanche per “etnia”<sup>166</sup>. Se poi si tenga in considerazione l'elemento teleologico, al pari di quello ideologico, dei progetti di abitare collaborativo – quella finalità fondativa anche della *intenzionalità* della condivisione di “vita” in comune – il nodo della questione non sempre può essere sciolto positivamente. Anzi, sottolineando proprio questo aspetto “ideale” – o idealizzato? – «paradossalmente si potrebbe addirittura affermare che ad avere una connotazione ideologica più rigida sono, in linea teorica, proprio molte esperienze di *cohousing*, con il risultato di una maggior chiusura e selettività»<sup>167</sup>. Dunque, la sfuggevolezza del requisito psicologico, ovvero l'intenzionalità, la spontaneità e la volontarietà dell'adesione a *quel preciso* progetto, ben potrebbe rendere alla condivisione, seppur in termini paradossali, connotato *esclusivo*, oltreché *escludente*. E ciò, ad esempio, sulla base di quelle già menzionate forme di multiple discriminazioni, la cui matrice sarebbe collegata «al meccanismo con il quale la selezione dei residenti viene attuata: nel *cohousing* è arbitraria, non formalizzata, dichiaratamente empatica (e dunque soggetta a “qualsiasi” tipo di discriminazione); al contrario del caso delle *gated communities*, dove avviene sulla base di precise regole scritte, riconducibili per lo più a questioni economiche vi è una discriminazione “solo” reddituale»<sup>168</sup>.

Con una sorta di eterogenesi dei fini, poi, proprio la funzione *sociale* svolta dal *co-housing* potrebbe essere utilizzata, sotto forma di *affirmative action* atta a sostanziare il principio di eguaglianza, non quale strumento di “discriminazione positiva”, ma al contrario quale meccanismo di squilibrio, differenziazione, nonché di ri-costruzione urbana *esclusiva*, soggiacente a procedure di “cooptazione”,

<sup>163</sup> F. BIANCHI, *Ri-abitare gli spazi: immaginari, utopie e pratiche in trasformazione*, cit., 47.

<sup>164</sup> F. CHIODELLI, *Enclaves private a carattere residenziale: il caso del 'cohousing'*, in *Rassegna Italiana di Sociologia*, 1, gennaio-marzo 2010, «e che è fondato su una logica insulare in cui i rapporti vengono stretti sempre più in una cernita per affinità e somiglianze che è spietata nell'escludere chi viene giudicato inadeguato?», 2.

<sup>165</sup> *Ibidem*, 4.

<sup>166</sup> Per esempio, sia consentito rimandare alla ricerca condotta nella città di Firenze su questi aspetti “spaziali”, V. FEDERICO, A. GATTI, G. SPANÒ, *Spatial aspects of de-radicalisation processes in Florence*, D.RAD D 9.1, *Deradicalisation in Europe and Beyond: Detect, Resolve, Re-integrate*, 2023, [https://dradproject.com/wp-content/uploads/2023/11/D9.1-City-report-Florence\\_compressed.pdf](https://dradproject.com/wp-content/uploads/2023/11/D9.1-City-report-Florence_compressed.pdf) (ultima consultazione 06/03/2024).

<sup>167</sup> F. CHIODELLI, *op. cit.*, 17.

<sup>168</sup> *Ibidem*, 18.

finanche da parte delle istituzioni<sup>169</sup>. Non bisognerebbe, perciò, «idealizzare»<sup>170</sup> il *co-housing*, senza valutarne *anche* il potenziale *in nuce* conflittuale, ovvero «as a way to legitimize [...] unsustainable large-scale urban restructuring. [...] a “successful” co-housing can contribute to processes of *gentrification*, where groups that are relatively strong in economic, social and cultural capital displace weaker groups. If co-housing becomes *middle-class enclaves*, this form of housing loses much of its transformative potential»<sup>171</sup>.

E la città, quale spazio (pubblico) per eccellenza, ben può replicare dinamiche discriminatorie e disuguaglianze presenti a monte nella società<sup>172</sup> in “ingiustizie” spaziali a valle, costruite attraverso «quartieri segrega(n)ti»<sup>173</sup>, omogenei e, insieme, frammentati. Un ritorno all’«introversione»<sup>174</sup> quindi, a una forma di appartenenza condizionata e a conflitti, più che a solidarietà, «orizzontali»<sup>175</sup>. Per riproporre, infine, sotto mutata veste, la medesima segmentazione ed esclusione sociale che la modalità *collaborativa* dell’abitare sarebbe, teoricamente, votata a contrastare. Da modello alternativo – a tratti *competitive*, forse – a strumento di logiche e discorsi dominanti.

## 5. Una prospettiva sulla salute: àmbiti (ambienti) e livelli del *senior co-housing* quale “ecosistema” innovativo

In questa sezione, il tema del *senior co-housing* verrà discusso nell’ambito più ampio della salute nella longevità. In particolare, si partirà da un focus sul c.d. “aging in place”, quale strategia collegata, da una parte, alla nota formula dell’“aging successfully” e, dall’altra, come strumento rilevante nel quadro più generale dell’invecchiamento attivo. Poi, si procederà a intercettare livelli di contatto tra quanto

<sup>169</sup> P. HAGBERT, H. GUTZON LARSEN, H. THÖRN, C. WASSHEDE, *op. cit.*, 4.

<sup>170</sup> *Ivi.*

<sup>171</sup> *Ivi.*

<sup>172</sup> Infatti, come è stato efficacemente notato «dire che le disuguaglianze aumentano la distanza sociale è persino pleonastico. Persone collocate su gradini diversi della scala sociale sviluppano inevitabilmente visioni del mondo, bisogni e stili di vita diversi. Le disuguaglianze rischiano inoltre di accentuare le contrapposizioni, aprendo la strada a sentimenti reattivi d’invidia, rancore, indignazione, ecc.; che restringono ulteriormente le occasioni di incontro, i legami di solidarietà e la condivisione di valori, sentimenti e obiettivi comuni», U. ASCOLI, G.B. SGRITTA, *op. cit.*, 180.

<sup>173</sup> P. ROUTLEDGE, *Introduction: Cities, Justice and Conflict*, in *Urban Studies*, 47, 6, 2010, 1168.

<sup>174</sup> C. CALDENBY, P. HAGBERT, C. WASSHEDE, *op. cit.*, 164. «An extreme version of how inward-oriented community and society-related detachment can manifest itself is the gated community, which seeks to physically as well as socially exclude those who are perceived as not belonging. Most co-housing projects would disavow these types of exclusionary practices, although the risk of self-segregation and the tendency for social and ethnic homogeneity in co-housing communities has been pointed out. Critical examinations of co-housing as a form of private residential community highlight the need for a more cautious interpretation, for example by problematizing an “introverted” spatial organization and the risk that co-housing projects could function as segregated “islands of community”», *ivi.*

<sup>175</sup> U. ASCOLI, G.B. SGRITTA, *op. cit.*, 181, ovvero «la moltiplicazione dei conflitti orizzontali sembra essere diventato il tratto dominante di una società – come quella italiana – “bloccata verso l’alto”: nella quale, cioè, il conflitto redistributivo appare [...] confinato al circuito inferiore della stratificazione sociale. Con l’inevitabile conseguenza che, nell’impossibilità di ridurre la distanza rispetto alle posizioni apicali della piramide sociale, il mantenimento del proprio *status* passa attraverso l’esasperazione della distanza dagli ultimi e dai penultimi. Il risultato è la parcellizzazione delle differenze», *ivi.*

fino a ora esposto a proposito dell'*empowerment* e dell'*engagement* delle persone anziane e il noto *Chronic Care Model* (CCM), guardando a una triangolazione tra i principi sottesi a quest'ultimo con quelli promossi dal *senior co-housing*, nonché con gli obiettivi, per così dire, a livello micro, della strategia sulle cronicità promossa nel caso "particolare" della Regione Toscana. Seguirà, infine, in conclusione, una disamina delle risorse che il *senior co-housing* può predisporre tanto in una prospettiva olistica sulla salute, quanto rispetto a un "ecosistema" innovativo, in cui l'assistenza si declina e si sostanzia in una serie di interventi plurali e diversificati.

Anzitutto, come è stato affermato – collegandosi, peraltro, all'analisi appena conclusa – la casa «del futuro», lungi dal costituire «un luogo segregante e chiuso», appare ormai, più propriamente, quale «nodo al centro di un tessuto di *relazioni* e di servizi socio-sanitari»<sup>176</sup>. E, di nuovo, per sollecitare ulteriori interrogativi, può qui inserirsi un altro quesito al fine di "scomporre" l'analisi attraverso l'"aging in place": «*how does one age in place successfully? What is the right place?*»<sup>177</sup>. Poi, quanto conta l'"aging in community"?<sup>178</sup>

Partendo proprio dal *quomodo*, che accomuna gli aspetti del *come* e del *quale*, non possono esserci risposte assolute, tantomeno modelli "universali", giacché una delle caratteristiche fondamentali del *senior co-housing*, anche punta di diamante della pratica, consiste proprio in interventi "ritagliati" sulle esigenze specifiche dei longevi, al pari delle necessità diversificate di cura mediante una individualizzazione del progetto. Anzi, proprio il fine, attorno al quale si organizza la condivisione, può variare in base a un gruppo "omogeneo" di domande – quell'"affinità" Gianò bifronte che ne determina una visione in eguali termini "positivi" o "negativi" – per cui come si "invecchi" *in place*, cosa ne determini un esito di successo e quale sia il posto *giusto*, sono tutti interrogativi che potrebbero avere risposte variegata, se non, in alcuni casi, divergenti. Certamente, diverso sarà il caso di persone anziane con ottima capacità di autogestione e in piena facoltà di autodeterminarsi, rispetto alla situazione in cui subentrino (o siano pregresse) delle disabilità o invalidità, per ragioni legate all'età (ma non solo). Proprio perché la categoria della popolazione "anziana" comprende un *range* di età piuttosto esteso, risulterebbe difficile adottare una prospettiva "one-size-fits-all", senza considerare, appunto, eventuali variabili rispetto alla salute individuale, che possono prescindere, come detto, pure dall'età. Di conseguenza, potranno darsi alloggi collaborativi dotati di specifici spazi dedicati alle terapie o all'attività fisica adattata, ancora una precisa progettazione degli spazi comuni, al fine di rendere gli ambienti accessibili ai/le *co-housers*, l'eliminazione (fisica) di barriere, solo per citare alcuni esempi, tenendo in considerazione come non sia rara la presenza di personale sanitario specializzato, oppure di *caregivers* professionali, previsti proprio nella fase di creazione del progetto e che diventano «parte della comunità», a loro volta<sup>179</sup>. Non soltanto questo elemento "defamiliarizza" il ruolo della cura, spostandolo

<sup>176</sup> Associazione AeA, *Abitare e Anziani, Ripensare le politiche abitative. Quale modello di Senior Cohousing per la popolazione delle aree interne*, cit., 3.

<sup>177</sup> C. DURRETT, *op. cit.*, 99-100.

<sup>178</sup> *Ibidem*, 104. Cfr., D. LÓPEZ GÓMEZ, M. ESTRADA CANAL, L. FARRÉ MONTALÀ, *Havens and Heavens of Ageing-in-Community: Home, Care and Age in Senior Co-housing*, in B. PASVEER, O. SYNNESE, I. MOSER (a cura di), *Ways of Home Making in Care for Later Life*, London, 2020.

<sup>179</sup> «Sometimes common houses have several guest units, some for guests and others for caregivers. Caregivers might move in to assist a resident in a typical caregiver capacity (dressing, showers, etc.) for, say, ten hours per week at first. Meanwhile, they might have a full-time or part-time job elsewhere, or they might be a student who

dall'assistenza *intergenerazionale* a quella professionale, ma, al contempo, prevede la partecipazione attiva dei/le residenti nel prevedere un'assistenza, in senso lato, più confacente al loro progetto di vita, con il non secondario beneficio di poterne condividere e sostenere i costi. Beneficio che, a cascata, si riflette sul *respite* delle famiglie, molte volte esplicitamente alla base della scelta volontaria dei *co-housers* di non "gravare" i figli o i parenti delle incombenze legate al lavoro di cura, nonché in una maggiore efficienza della spesa sanitaria. Peraltro, il trascorrere del tempo potrebbe portare anche a degenerazioni dello stato di salute, nonché ad acuire gli effetti (e i sintomi anche invalidanti) di patologie preesistenti<sup>180</sup>.

A questo proposito, ovviamente, la "mutua" assistenza nelle abitazioni, così come il personale specializzato eventualmente impiegato, *non* sempre possono bastare a creare, per così dire, un (eco)sistema "autosufficiente" di assistenza e cura. È insomma la differenza che intercorre tra "healthcare" e "co-care", e rispetto al secondo caso – a proposito del carattere "contrattuale" della condivisione – ben possono essere redatti dei veri e propri «written agreements about the expectations of co-care and mutual favors within a given senior cohousing community»<sup>181</sup>. Anche rispetto alla com-partecipazione alle decisioni, ma, a monte, al diretto coinvolgimento delle persone interessate, fondamentali, come di nuovo Durrett spiega, sono i *workshops*, i gruppi di studio e i *focus groups* preliminari all'implementazione del progetto. Essi permettono di discutere con largo anticipo le istanze (plurali) su come possa attecchire un'idea di "aging better", per divenire, poi, *anche* "successful". Si possono, dunque, distinguere almeno tre aspetti legati alla cura, l'"outside care", un "co-care", nonché il «care within the community»<sup>182</sup>. Senza contare, a margine, eventuali benefici del "co-healing", lo stare «emotivamente in salute, attraverso la comunità»<sup>183</sup>. Si pensi, per un raffronto, alle riuscite esperienze degli *Alzheimer Café* o dei c.d. giardini Alzheimer (*healing gardens*), quali luoghi di condivisione che presentano una serie di benefici connessi, anche come alternativa alle istituzionalizzazioni (improprie). I primi vengono definiti dalla Federazione Alzheimer Italia quali «luoghi sicuri dove le persone, i loro familiari e i carer

---

needs the part-time employment and inexpensive housing. Sometimes the caregiver is a professional who works at a more typical assisted-care facility nearby. And later, when more folks need care in the community, the same caregiver might become full-time help there. The best part of this scenario is that caregivers grow to be much more than hired help; they become part of the community», *ibidem*, 65.

<sup>180</sup> «Il dato da cui partire è la consapevolezza che i bisogni delle persone non autosufficienti sono gli stessi delle persone in completa salute, con un'unica, non piccola, differenza: le persone non autosufficienti non sono in grado di soddisfare i loro bisogni e le loro necessità in modo autonomo»; e inoltre, "In tutti i piani sanitari e sociale viene affrontato il tema della crescente longevità della popolazione, tuttavia questo avviene senza che emerga l'esatta dimensione della non autosufficienza. Soprattutto non emergono con chiarezza i diversi profili dell'universo delle persone anziane con patologie cronico-degenerative, che richiedono assistenza sanitaria e sociale a lungo termine e servizi di welfare a loro dedicati. Un universo ampio e dai confini incerti, che si presta a concettualizzazioni spesso non chiare», Associazione AeA, *Abitare e Anziani, Anziani non autosufficienti e integrazione sociosanitaria territoriale nei Piani Regionali, Rivista periodica di informazione*, cit., 6 e 9.

<sup>181</sup> C. DURRETT, *op. cit.*, 56.

<sup>182</sup> *Ibidem*, 119.

<sup>183</sup> Ma anche «heal faster», ovvero «healing is what happens when you talk about your issues with others. Co-healing is a term used to describe what happens when people get together to talk about the issues of the day and the issues in their lives — and not having to drive to someone else's house to see them is critical. In a co-housing setting, being in close contact with others will definitely help someone heal much faster than they would on their own. It just makes sense that co-healing is healthier», *ibidem*, 127.

professionali si possono incontrare in modo informale e trascorrere alcune ore in un'atmosfera accogliente e centrata sull'ascolto. Possono così mantenere vive le relazioni sociali, combattere l'isolamento e lo stigma che li circonda»<sup>184</sup>. I secondi sono di intuitiva funzione. Ciò che il *senior co-housing* può davvero offrire è la sintesi di tutte queste *realità* della cura, insieme e in un unico ambiente: la propria abitazione. Se si volesse contestualizzare l'utilità dell'*aging in place*, questo potrebbe rappresentarne la vetta, di certo, più visibile. E quel luogo non è, come visto, "una casa" in quanto tale, ma un progetto che combina l'abitare, la socialità, la cura e la solidarietà (volendo inter- e intra-generazionale). Chiaramente, nei casi dapprima menzionati, il "limite" tra "privato" e il pubblico tende a volte lievemente a sfumare, ma questa non è affatto una dimensione estranea al *co-housing*, constatandone una *ratio* omogenea di base. Il *senior co-housing*, piuttosto, tende a ibridare i due "spazi", anche in relazione all'apertura verso l'esterno e nei confronti della "comunità" in senso più ampio<sup>185</sup>.

Proprio dall'esperienza operativa e "concreta"<sup>186</sup>, sono stati proposti alcuni elementi, particolarmente confacenti, quale "valore aggiunto" all'organizzazione spaziale (e, pure, assistenziale) di un'abitazione collaborativa specificamente dedicata ai *seniores*, e non sempre coincidente con le vocazioni "generali" del *co-housing*. A titolo esemplificativo, possono menzionarsi: «la presa in carico diffusa secondo il modello dell'*empowerment* da parte di operatori del sociale che agiscono, sia a titolo gratuito (economia di dono) che a pagamento (economia di mercato) a supporto dell'anziano nell'ottica di favorirne l'autonomia», nonché «la promozione dell'invecchiamento attivo e del benessere psico-fisico, insieme alla partecipazione attiva alla comunità (*engagement*)»<sup>187</sup>. Se molti ed evidenti sono i benefici, però, la dimensione condivisa, collaborativa e solidaristica dell'abitare non dovrebbe mai risultare recessiva. Da una prospettiva interna, si dovrebbe evitare di snaturare il fine precipuo della pratica con

<sup>184</sup> [https://www.alzheimer.it/alz\\_cafe.html](https://www.alzheimer.it/alz_cafe.html) (ultima consultazione 06/03/2024).

<sup>185</sup> F. BIANCHI, *Alla ricerca della socialità perduta? Prove generali di cohousing in Toscana*, cit. Infatti, «pur nella diversità delle esperienze pilota, il *cohousing* si colloca in un confine molto sottile tra spazio pubblico e spazio privato con la prevalenza, a seconda della forma assunta, dell'uno o dell'altro e, conseguentemente, con l'attuazione di forme di co-residenza più "aperte" o più "chiuse" [...] il *cohousing* risulta uno spazio ibrido che nel suo essere semi-privato può facilitare i processi di socializzazione all'interno della comunità [anche] sotto il profilo sociale come luogo privilegiato di creazione di legame e di produzione di "sociabilità"», 104.

<sup>186</sup> In particolare, dall'esperienza della già menzionata "Casa alla Vela", *co-housing* intergenerazionale. Tra quelli di mutuo supporto, sotto molteplici prospettive – solidaristica, economica, collaborativa, tra le altre – figurano: «gli spazi comuni, funzionali alla socializzazione, la conoscenza e il supporto reciproco: la zona *living* comune (soggiorno e cucina), il giardino d'inverno interno, l'orto e la grande sala sottotetto, destinata ad attività formative e ricreative; le prestazioni di auto mutuo aiuto e di messa a disposizione delle competenze individuali in una logica di reciprocità; i benefici economici generati dalla condivisione di beni e servizi e dal risparmio sul costo della vita anche grazie all'efficienza del coordinamento, alla riduzione degli sprechi materiali; la gestione condivisa degli adempimenti operativi e amministrativi tra i residenti, facilitata, al bisogno, dal supporto di professionisti; la divisione delle responsabilità tra i *cohousers* secondo un'organizzazione non gerarchica, con il coordinamento di un *tutor* in un approccio attento alla metodologia partecipata; la sicurezza, con la garanzia di un ambiente protetto che evita i timori tipici dell'isolamento», E. BRAMERINI, M. DORIGOTTI, *op. cit.*, 31-32.

<sup>187</sup> Ma anche «una filiera di sostegno che introduce nel disegno del *cohousing* un ulteriore elemento di innovazione, perché lo associa a iniziative del terzo settore offrendogli i connotati di un vero e proprio "social cohousing"; la creazione di una vera e propria "filiera innovativa di sostegno alla persona", che evita il ricorso a coloro che in famiglia si prendono cura dell'anziano e risolve il problema della discontinuità assistenziale; la promozione dell'autonomia dell'anziano (*empowerment*), così da arginare in modo sostanziale il fenomeno dell'isolamento e della fragilità; il conferimento di un senso alla condizione esistenziale della vecchiaia», *ibidem*, 32, indicata dal progetto proprio quale *best practice*, meritevole di disseminazione e circolazione.



(inadeguate) «sanitarizzazioni del contesto della casa»<sup>188</sup>. Oppure, altrimenti posto da una prospettiva esterna e allargata (anche della “città”), si dovrebbe scongiurare la «stigmatizzazione di un *habitat* riservato a un “pubblico specifico”»<sup>189</sup>, il quale rafforzerebbe, al contempo, anche quella venatura di “introversione” della comunità (intenzionale e contrattuale). Come si vedrà, a questo proposito, molti sono i punti di convergenze con il *Chronic Care Model* – già partendo dall’*empowerment* individuale e dal *community engagement* – ritenendo, attraverso una sorta di equazione, che simile modello ben possa adattarsi anche al contesto della (prevenzione e) gestione della cronicità, con tutti gli eventuali adattamenti e le dovute variabili del caso. Alla luce di quanto esposto, è evidente come anche gli altri profili, ovvero quelli dell’*aging in place* e dell’*aging in community* nel *senior co-housing* tendano naturalmente a sovrapporsi, essendo la comunità proprio una *condicio sine qua non* affinché vi sia uno scambio mutuale con benefici condivisi e non mera condivisione di spazi. E, inoltre, tutti gli elementi così portati “in primo piano” attraverso gli snodi molteplici riconducibili al *co-housing* – del luogo, della comunità, della cura – trovano sullo sfondo, forse più come cornice, l’obiettivo di un “invecchiamento attivo”. In tal senso, il *senior co-housing* può davvero costituire uno strumento poliedrico e flessibile, che sintetizza e ricomprende in sé tanto una prospettiva di una longevità di *successo*, quanto soddisfacente e “felice”. Ciò, per fronteggiare i tre elementi svantaggiosi, quasi a comporre un triangolo opposto a quello delle “tre C”, legati all’invecchiamento: «boredom, lack of purpose, helplessness»<sup>190</sup>. Dal punto di vista “situato” del *co-housing*, dunque, quel *right place* è proprio *una casa*<sup>191</sup>. La categoria medesima della “domiciliarità” ne sortisce, in un certo senso, accresciuta e innovata, soprattutto qualora la si consideri un «insieme di misure, azioni, condizioni che consentono alla persona anziana, alla persona fragile di vivere il più pienamente possibile non solo la “casa” che sceglie e/o che ha già ma anche l’ambiente *urbano* e *comunitario* che lo circonda»<sup>192</sup>.

La diversificazione della domanda di assistenza e la difficoltà di risposte appropriate, davvero corrispondenti ai bisogni, consente di restringere ancor di più il focus sui punti di contatto e di interazione tra l’abitare collaborativo e la salute. Da un primo punto di vista, proponendo una sorta di *fitness check* nell’ambito della cronicità, e, secondariamente, trovando il *senior co-housing* punti di “raccordo” anche con il *framework* sociosanitario toscano. In conclusione, se ne valorizzeranno i benefici alla luce di un approccio olistico alla salute.

Rispetto al primo “asse” di analisi, portando a sistema i punti fondamentali (e fondanti) che “reggono” le (buone) pratiche del *senior co-housing*, insieme con gli obiettivi di “population health” in senso lato che potrebbe positivamente conseguire, nonché valutandone gli effetti benefici per la popolazione anziana, sono stati rivenuti alcuni “centri” di convergenza con il *Chronic Care Model*. Sicché, sembra

<sup>188</sup> A. D’INNOCENZO, *op. cit.*, 2.

<sup>189</sup> Associazione AeA, Abitare e Anziani, *Gli alloggi assistiti. Un’alternativa alle strutture residenziali per anziani*, cit., 16.

<sup>190</sup> C. DURRETT, *op. cit.*, 119.

<sup>191</sup> Là dove seppur «sono i bisogni concreti la matrice, antropologica prima ancora che giuridica, delle pretese in cui si sostanziano le situazioni soggettive che assurgono ad oggetto di protezione giuridica [...] In queste premesse di fatto affondano le proprie radici le articolazioni materiali del diritto alla casa, così definendosi il quadro dei diritti connessi al diritto all’abitazione», F. BILANCIA, *op. cit.*, 234.

<sup>192</sup> Associazione AeA, Abitare e Anziani, *Ripensare le politiche abitative. Quale modello di Senior Cohousing per la popolazione delle aree interne*, *Rivista periodica di informazione*, cit., 5, enfasi aggiunte.

interessante disaggregare i risultati, aggiungendo un'ulteriore variabile al piano generale di "idoneità" e "adeguatezza" della pratica dell'abitare collaborativo. Metodo proposto nel 1998<sup>193</sup>, il *Chronic Care Model* (CCM) si basa sul presupposto che le strategie di cura e di assistenza debbano essere dedicate e individualizzate già a livello di "primary care", soprattutto attraverso un lavoro coordinato e cooperativo nell'organizzazione di quello *long-term*. Caratterizzato da cinque componenti essenziali<sup>194</sup>, tra questi, più della metà intercetta la tematica (e le finalità) del *senior co-housing* in modo quasi coincidente. Segnatamente: la "trasformazione" del concetto stesso di assistenza, la valorizzazione del *self-care* e l'*empowerment* dei pazienti, un sistema di cure proattivo guidato dai bisogni individuali, la disseminazione di buone pratiche tra i professionisti del settore. Per quanto quest'ultimo elemento sia piuttosto sfuggente nel contesto dell'abitare collaborativo, se non altro poiché, di fatto, la circolazione di *best practices* è proprio alla base della sua diffusione, e non essendoci interventi (per adesso) centralizzati, è interessante notare come Durrett trovi cruciale nella progettazione di *co-housing senior* una scelta "proattiva" in vista della gestione della propria vita (futura e in salute), con la specifica *intenzione* di mantersi «active and engaged»<sup>195</sup>. Certamente, che simile suggerimento arrivi da un esperto in architettura affievolisce le similitudini, ma se osservata da una prospettiva più ampia, consente invece di valutare, nella divergenza dei campi disciplinari, anzi, in una visione multidisciplinare e olistica, come la cura si sviluppi attraverso direttrici condivise rispetto alla "meta". In aggiunta, un *focus* privilegiato del CCM è proprio l'autodeterminazione dei pazienti, come premessa basilare per un coinvolgimento concreto nel processo sanitario e assistenziale, e per fare in modo che quest'ultimo sia *anche* "successful". Ciò, sotto il principio guida della "umanizzazione dell'assistenza", tramite la «patient experience perspective»<sup>196</sup>. Nondimeno, l'*Expanded Chronic Care Model* ha ampliato lo sguardo sugli spazi, i livelli, i fattori e gli attori. Infatti, mettendo al centro proprio la "Population Health", ha tenuto conto dell'influenza delle variabili sociali, comportamentali e ambientali, insieme con la consapevolezza circa le disuguaglianze, il ruolo della comunità – in realtà, al plurale – e l'*engagement* che ne derivi. L'assistenza sanitaria si stratifica, dunque, su più livelli, soprattutto quello sociale, oltre a favorire soluzioni *context-sensitive*. Non a caso, questo si è sostanziato nell'incoraggiare «those in the healthcare sector to move beyond the provision of clinical and curative services to an expanded mandate that supports individuals and communities in a more *holistic* way. It would also facilitate connections among the social, political and medical fields and argue that it is health, and not diseases that should underpin healthcare work»<sup>197</sup>. Come notato, d'altro canto, «l'invecchiamento è un processo, non una malattia»<sup>198</sup>. Non sorprenderà che altri punti di forza del modello siano la capacitazione dei

<sup>193</sup> EH WAGNER, *Chronic disease management: what will it take to improve care for chronic illness?*, in *Effective Clinical Practice*, 1998.

<sup>194</sup> L. APUZZO, M. IODICE, M. GAMBELLA, A. SCARPA, F. BURRAI, *Il Chronic Care Model*, in *Giornale di Clinica Nefrologica e Dialisi*, 33, 2021.

<sup>195</sup> C. DURRETT, *op. cit.*, 237 e 256.

<sup>196</sup> L. APUZZO, M. IODICE, M. GAMBELLA, A. SCARPA, F. BURRAI, *op. cit.*, 142.

<sup>197</sup> V.J. BARR, S. ROBINSON, B. MARIN-LINK, L. UNDERHILL, A. DOTTS, D. RAVENSDALE, S. SALIVARAS, *The Expanded Chronic Care Model: An Integration of Concepts and Strategies from Population Health Promotion and the Chronic Care Model*, in *Hospital Quarterly*, 7, 1, 2003, «such a change in the system would acknowledge the demonstrated connections between health and broader social, political, economic and physical environmental conditions», 77-78, enfasi aggiunta.

<sup>198</sup> C. DURRETT, *op. cit.*, 116.

pazienti e il ruolo essenziale delle organizzazioni e degli attori *sociali*, tra cui, ovviamente, associazioni, *advocacy groups*, terzo settore<sup>199</sup>.

Riflettendo sul contesto toscano<sup>200</sup>, che ha adottato il suddetto modello già a partire dal Piano sanitario regionale 2008-2010<sup>201</sup>, poi “espanso”, appunto, nel Piano Sanitario Sociale Integrato 2018-2020<sup>202</sup>, ampi appaiono i margini di compatibilità e di coordinamento del *senior co-housing* quale strumento al servizio della salute dei cittadini, in base alla *visione* che scaturisce soprattutto dal secondo. In particolare, già a partire dal dato macro, per cui i medesimi Percorsi Diagnostici Terapeutici Assistenziali sono così mutati in Percorsi Diagnostici Terapeutici Assistenziali *Sociali*<sup>203</sup>, il nucleo fondante l'approccio regionale all'assistenza si basa (anch'esso) sui seguenti principi: una prospettiva sociale sulla sanità e la necessaria interazione tra attori, (fattori) e pazienti; l'importanza di considerare dirimenti le disuguaglianze di base, anche rispetto a un accesso *equo* ed eguale, nonché l'*empowerment* e la responsabilizzazione dei pazienti medesimi, insieme con un coinvolgimento *competente* della comunità nella pianificazione della assistenza sanitaria, anche intesa quale «cittadinanza attiva e partecipativa»<sup>204</sup>. Non restano neglette neanche le barriere (e le potenziali asimmetrie) riconducibili alle disparità economiche, insularità dei *luoghi*, complessità dei contesti *urbani*, potenziali fonti di discriminazione in senso lato. I “cittadini”, allora, non sono meri *targets* di cure, ma, al contrario, comunità che si auto-determinano. Puntando su una visione integrativa, multiprofessionale e multidimensionale dell'assistenza sanitaria – secondo il percorso invero già inaugurato dal Piano sanitario regionale 2008-2010 – l'ulteriore prospettiva sociale ne risulta senz'altro rafforzata. Trova approfondimento tanto la dimensione del *self-care*, quanto del *self-management* da parte dei pazienti; pertanto, proprio l'*empowerment* è il presupposto di un coinvolgimento, nonché di una com-partecipazione nella definizione della

<sup>199</sup> K.R BOEHMER, A.M. ABU DABRH, M.R GIONFRIDDO, P. ERWIN, V.M MONTORI, *Does the chronic care model meet the emerging needs of people living with multimorbidity? A systematic review and thematic synthesis*, in *PLoS One*, 8 Febbraio, 13, 2, 2018.

<sup>200</sup> Si segnalano, tra gli altri, questi riferimenti: DCR n. 53/2008, Dgr n. 716/2009, “Progetto per l'attuazione della sanità d'iniziativa a livello territoriale”, Dgr 650/2016, “Indirizzi per l'implementazione del nuovo modello della Sanità d'iniziativa”, legge regionale n. 20/2020 (Promozione della medicina di iniziativa. Modifiche alla l. r. 40/2005), legge regionale n. 66/08, “Azioni dedicate alla non autosufficienza, Dgr n. 370/2010, Approvazione del Progetto per l'assistenza continua alla persona non autosufficiente”, legge regionale n.60/2017 “Disposizioni generali sui diritti e le politiche per le persone con disabilità”.

<sup>201</sup> Deliberazione del Consiglio Regionale del 16 luglio 2008, n. 53, <https://www.regione.toscana.it/documenti/10180/400011/Piano+sanitario+regionale+2008+2010.pdf/cf0a019a-9f3e-4fd8-92ad-5af69d7873f2>.

Inoltre, dal 2015 e attraverso la cosiddetta strategia regionale di “Clinic Governance”, l'azione regionale si è basata su un sistema di reti e micro-reti volto a garantire una (sempre) maggiore integrazione, unitamente ad un'assistenza equa ed armonizzata su tutto il territorio. Con la legge regionale n. 36/2017 il Consiglio sanitario regionale è stato sostituito a favore di un nuovo organismo per una “Governance Clinica” regionale (Organismo Toscano per il Governo Clinico – OTGC).

<sup>202</sup> Deliberazione del Consiglio Regionale del 9 ottobre 2019, n. 73, <https://www.regione.toscana.it/documenti/10180/23814707/Piano+socio+sanitario+integrato+Regione+Toscana+2018-2020.pdf/>.

<sup>203</sup> Per una riflessione sulle interazioni tra i due aspetti e le loro implicazioni, cfr., E. VIVALDI, *L'integrazione tra sociale e sanitario: una sfida sempre attuale*, in P. BIANCHI, E. FERIOI, G. MARTINICO, C. NAPOLI, (a cura di), *Scritti in memoria di Paolo Carrozza*, Pisa, 2021.

<sup>204</sup> Si segnalano, anche, la legge regionale n. 46 del 2013, “Dibattito pubblico regionale e promozione della partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali”, nonché la legge regionale n. 75/2017 soprattutto, ma non solo, a proposito dell'istituzione del “Consiglio dei cittadini per la salute”, attivo dal 2018, poi rinnovato con Decreto del Presidente n. 105 del 2021, nonché “rivisto” con il n. 21 del 2022.

“cura”. Significativamente, l’Obiettivo 4 del Piano Regionale, che affronta il tema del “Vivere la Cronicità”, rilancia e sottolinea proprio il ruolo del *community empowerment*. Nel delineare alcune linee guida operative di base – all’insegna della garanzia dei diritti, dell’eguaglianza, di interventi multisettoriali e multiprofessionali, tra gli altri – merita menzione il rafforzamento della “logica del *welfare generativo*”, come strategia mirata all’(auto)accrescimento dei benefici per la comunità, la quale risulta protagonista – nonché essa stessa risorsa – di produzione e consolidamento del *welfare* medesimo. Questo paradigma viene ulteriormente ampliato in un altro Obiettivo del Piano, relativo a “Welfare etico e partecipazione” (n. 7), che sottolinea l’importanza di promuovere cittadini competenti, al fine anche di «permettere loro di riconoscere, comprendere e valutare correttamente – quindi partecipare – alle scelte del sistema». Inoltre, ciò può favorire, in una sorta di piramide di buone pratiche, un approccio *olistico* alla salute, anche all’interno della comunità stessa, che può così considerarsi come primo luogo e *spazio* in cui i bisogni si incontrano e possono essere soddisfatti. In diverse sezioni vengono affrontate, come casi evidentemente diversi, le condizioni di fragilità e il *successful aging* (dove anche l’*empowerment* della comunità è di nuovo dirimente), oltre alle malattie croniche che colpiscono gli anziani (quindi in una prospettiva invertita legata all’età e non alla cronicità in sé), promuovendo, oltre alla già ben roduta medicina d’iniziativa, anche un approccio di medicina integrata. Non sorprenderà, allora, l’esplicito richiamo del *co-housing* a proposito dei “Destinatari E” del Piano, dedicato agli anziani, e in particolare a proposito di «nuovi ruoli e nuovi bisogni», dopo aver tra questi individuato la necessità di una «revisione qualitativa e quantitativa degli obiettivi dei servizi domiciliari e semi-residenziali». Precisamente, al fine di garantire «percorsi innovativi per la residenzialità, in particolare stimolando il *silver co-housing*, con le sue declinazioni di rigenerazione *urbana* di edifici pubblici, mettendo in atto ovunque una programmazione congrua di offerte residenziali “modulari”»<sup>205</sup>. Nel medesimo contesto, si ricorre al *co-housing* in relazione all’“Assistenza continua alla persona non autosufficiente”, in cui si promuove l’occasione, per gli anziani, di vivere nella propria casa (ovvero, *aging in place*) oltreché l’attivazione di «nuovi luoghi e modelli di residenzialità, volti a garantire, come nel caso delle soluzioni alloggiative dei gruppi di appartamento e di *co-housing*, il *benessere* delle persone anziane e di quelle affette da grave disabilità, e dunque da implementare per la forte valenza *sociale* che le connota» (cioè, l’*aging in community*). Non resta marginale neanche il versante della già richiamata “*emotional health*” che il *co-housing* può supportare, insieme con quella mentale e psicologica. Proprio nel Focus 3 “Dedicato Alla Salute Mentale”, per ciò che concerne tanto un percorso di cura personalizzato, quanto una necessaria e ovvia integrazione degli aspetti sanitari e sociali, si dà rilievo al *co-housing*, quale *species* dell’abitare “supportato”<sup>206</sup>. Questa impostazione è stata confermata, consolidata e ampliata anche nel Piano regionale per la non autosufficienza 2022-2024<sup>207</sup>. A proposito di longevità, salute mentale e *senior co-housing*, un progetto sperimentale condotto in Portogallo, avente come focus una zona periferica e isolata, con un’alta incidenza di suicidi tra le persone anziane, probabilmente scaturenti *proprio* da solitudine e isolamento, ha mostrato una sensibile

<sup>205</sup> PSSIR 2018-2020, 131.

<sup>206</sup> *Ibidem*, 168.

<sup>207</sup> D.G.R. n. 256 del 13 marzo 2023, <https://www.regione.toscana.it/documents/10180/148727084/SUPP+n.+56+al+BU+del+22.03.2023+pII.pdf/d12cbf86-8e5d-80c6-9f4c-9b744f0fc1d8?t=1679466974854> (ultima consultazione 06/03/2024).

diminuzione delle percentuali dopo aver implementato – *proprio* in quella zona e per i motivi di cui sopra – un progetto di abitare collaborativo *senior*<sup>208</sup>.

Concludendo, allora, il tema merita anche, da una parte, una riflessione finale sul sistema olistico che ne discende, nonché, dall'altra, per le sue caratteristiche intrinseche, sull'idoneità a incarnare, di fatto, un ecosistema innovativo della salute. Rispetto al primo punto, si fa, evidentemente, riferimento al c.d. approccio One Health<sup>209</sup>, il quale, promosso a livello nazionale, sovranazionale e internazionale, mira a consolidare un concetto di salute basato sulla inte(g)razione necessaria tra la popolazione "umana", gli animali ("non umani") e l'ambiente circostante, in un'ottica di salute globale e con il coinvolgimento di *expertise* differente e multidisciplinare. Questi sono, parzialmente, anche alcuni degli elementi essenziali di un ecosistema innovativo della salute. Infatti, alla luce dell'analisi svolta, un programma ben progettato di *senior co-housing* promuove forme di interazione emotiva con gli animali, per esempio, ma non solo, quelli di affezione, la cui efficacia nel combattere la solitudine, nonché in termini di salute mentale degli anziani, è stata da tempo comprovata<sup>210</sup>. Non a caso, anche il decreto legislativo n. 29 dello scorso marzo dedica l'art. 13 alle "misure per incentivare la relazione con animali da affezione"<sup>211</sup>. Allo stesso modo, il *senior co-housing*, specialmente se pensato *anche* in termini di sostenibilità ambientale – si pensi alle abitazioni che utilizzano energie rinnovabili, o rispondono a criteri di risparmio energetico o riuso, oppure prevedono contromisure per lo spreco di risorse – rientra senz'altro in una visione di "sinergia" con l'"ecosistema" circostante in senso lato. Non solo. Nella specifica previsione di spazi verdi comuni – un "buon" progetto di *senior co-housing* dovrebbe prevederli quasi "di *default*" – così come di orti la cui cura è condivisa tra i/le residenti, nonché di attività legate all'agricoltura sociale (sovente previste, di nuovo, in una progettazione efficace di abitazione collaborativa per anziani), l'effetto benefico è duplice: per la salute, promuovendo l'attività in tutte le sue declinazioni, ma anche per un approccio sinergico con la natura. Tutto ciò, con una *aspirazione* più ampia in termini di gestione stessa della cura: dalla medicalizzazione della "seconda fase della vita" (come suole dire in Svezia) a una "vita" autodeterminata, soddisfacente, felice e *indipendente*; dalla de-medicalizzazione dei rapporti familiari incentrati sulla cura, a un potenziale sollievo per i sistemi sanitari in un quadro di incrementata longevità<sup>212</sup>.

<sup>208</sup> Si tratta del caso di studio "Aldeia Lar Sao Jose de Alcalar, Algarve", analizzato in Associazione AeA, Abitare e Anziani, *Ripensare le politiche abitative. Quale modello di Senior Cohousing per la popolazione delle aree interne*, cit., 28-30.

<sup>209</sup> [https://www.epicentro.iss.it/globale/ohjpa-2022-2026#:~:text=One%20Health%20\(OH\)%20è%20un,even-tuali%20minacce%20per%20la%20salute](https://www.epicentro.iss.it/globale/ohjpa-2022-2026#:~:text=One%20Health%20(OH)%20è%20un,even-tuali%20minacce%20per%20la%20salute) (ultima consultazione 09/03/2024)

<sup>210</sup> Si veda, sul tema, da diverse prospettive, G. GRANAI, C. BORRELLI, C. MARITI, F. DI IACOVO, *Animals and Cities: A Reflection on Their Potential in Innovating Nature-Based Solutions*, in *Animals*, 14, 2024.

<sup>211</sup> Capo III, "Misure volte a contrastare l'isolamento e la deprivazione relazionale e affettiva delle persone anziane, nonché a promuovere il mantenimento delle capacità fisiche, intellettive e sociali".

<sup>212</sup> «È ragionevole ritenere che soluzioni riconducibili al *senior cohousing* debbano essere la strada da percorrere anche nell'ambito di politiche pubbliche in ambito sociosanitario, trattandosi di soluzioni che possono favorire quell'equilibrio fra bisogni da soddisfare e costi da contenere, senza dover sacrificare i primi», AeA, Abitare e Anziani, *Ripensare le politiche abitative. Quale modello di Senior Cohousing per la popolazione delle aree interne*, cit., 34.

## 6. Alcune riflessioni conclusive per un “patto” tra presente (passato) e futuro

È emerso, secondo una stima, come non si tenga conto nel computo assoluto della percentuale relativa di incremento della longevità anche dei dati disaggregati per corrispondente aumento di limitazioni funzionali. Se nel 2045 le persone con più di 65 anni saranno 4.296.598, in base a previsioni ISTAT, e se considerata *invariata* la percentuale di anziani non autosufficienti dal 2018 – valutando un aumento progressivo dal 2005 al 2018, stimato nello 0,23% per ciascun anno – la percentuale complessiva, per i prossimi vent’anni, sarà del 28% (per un totale di 5.518.567)<sup>213</sup>.

La longevità è davvero una priorità del “presente” e, nel “futuro”, la salute sarà sempre più un «diritto in movimento»<sup>214</sup>.

Ripercorrendo il tema attraverso alcune sue sfumature – un prisma, dunque – si è rilevato come, al netto dell’idea di base, a tratti quasi *naïf*, di una visione irenica del “bene comune”, la pratica dell’abitare collaborativo non è scevra da insidie, né esente da aporie. Eppure, al contempo, non possono sottacersi i benefici “emergenti”, sotto molteplici prospettive: a partire dalla possibilità di «cogliere il futuro indagando gli spazi»<sup>215</sup>, rielaborando anche un concetto più “prossimo” di solidarietà intergenerazionale, che si affianca a una *intragenerazionale*. Senza, con ciò, “sacrificare” anche un ideale che protegga chi ancora non “esiste”, non potendo rivendicare (né, poi, esercitare) il proprio diritto a “esercirci” in futuro. Secondariamente, nella sua componente ibrida che salda il passato, il presente e il futuro in un *continuum* ideale, in cui le “fasi” della vita diventano *confini* convenzionali, il *senior co-housing* sollecita un quadro di diritti (e libertà) ampliato, che dal tradizionale – dignità, uguaglianza – passa all’attuale, ovvero a un diritto a occupare degli “spazi” attivi nella società in senso formale, abitando i luoghi *anche* come spazi di (ri)appropriazione in quello sostanziale. In seguito, proprio la natura “bifronte” degli effetti dell’abitare collaborativo è venuta alla luce: dalla garanzia di un’eguaglianza con *divieti* di discriminazione in base a qualità personali, a fonti di diseguaglianza in base alle diverse forme che l’identità possa esplicitare, sia esteriormente, sia interiormente. Con l’accessoria riflessione di una contrattualizzazione della condivisione, che diluirebbe il *contenuto* dell’*intenzionalità* fino a farne residuare un *connotato* di *esclusività*. Dei gruppi che si somigliano “troppo” e che non sono, in fondo, per «un *qualche* tutti»<sup>216</sup>. La disamina dell’ordinamento spagnolo, al contempo, ha dato preminenza agli snodi temporali e normativi attraverso cui la pratica può essere portata “a sistema”, ingenerando il dubbio se possa essere davvero desiderabile uniformare i “fenomeni” – o, come visto, i “movimenti” – con una dinamica “top-down”, oppure si possa avanzare uno scrupolo nel lasciare “una volta tanto” il campo alla piena spontaneità sociale. Considerazioni a cascata hanno interessato lo stato dell’arte della “risposta” italiana, con un Patto che guarda al futuro dei longevi, ma che, al momento, pare soffrire del “breve termine”, almeno da un punto di vista delle possibilità di analisi che ne derivano. In un certo senso, il “recentismo”, anziché il presentismo, non consente ancora di valutarne l’efficacia e

<sup>213</sup> Stima elaborata, in ciascun punto, da Associazione AeA, Abitare e Anziani, *Gli alloggi assistiti. Un’alternativa alle strutture residenziali per anziani*, *Rivista periodica di informazione*, cit., 5, definita «una cifra enorme».

<sup>214</sup> I. CIOLLI, *La salute come diritto in movimento. Eguaglianza, universalismo ed equità nel sistema sanitario nazionale, oggi*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2019.

<sup>215</sup> F. BIANCHI, *Ri-abitare gli spazi: immaginari, utopie e pratiche in trasformazione*, cit., 52.

<sup>216</sup> L’espressione utilizzata, nondimeno nel contesto di un’analisi critica dell’universalismo dei diritti, è di L. BACCELLI, *I diritti dei popoli. Universalismo e differenze culturali*, Bari, 2009.

l'effettività; d'altronde, è «il tempo corto delle democrazie», scandito sovente da «tanti presenti che si succedono»<sup>217</sup>.

Da ultimo, nello spettro dei vantaggi per la salute, il *senior co-housing* appare più semplicemente una strategia con esito *win-win*: i benefici sono *troppi* per essere soverchiati dalle criticità, componendo un mosaico in cui ciascun tassello è parte fondamentale della cura, in cui la salute è “una nell'unità” degli ecosistemi e in cui questi ultimi sono, a loro volta, concepiti quali livelli di interazioni, pratiche, sinergie. Il dibattito attuale e le politiche da testare si dirigono – pare – verso una consacrazione *positiva* (con tutte le sfaccettature del termine, di nuovo) del *senior co-housing*. Eppure, un intervento “sistematico”, com'è noto, comporta “costi”, programmazione, responsabilizzazione dell'istituzione e precisa suddivisione di “responsabilità” istituzionali. Tutti elementi, evidentemente, di onerosa implementazione, di nuovo, con tutte le sfaccettature semantiche del caso.

Infine, per aggiungere una visione pragmatica e per cogliere la “cifra” concreta e trasversale dell'importanza *anche* tecnico-operativa del dibattito, basti pensare che alla *sharing economy* in generale, e al *co-housing*, in particolare, è stato dedicato il 56° Congresso Nazionale del Notariato del 2022<sup>218</sup>. Inoltre, il 29 febbraio di questo anno, a Firenze si è riunito un gruppo di esperti e professionisti della “longevità”, geriatri e gerontologi, al fine di firmare una Carta (*Carta of Florence Against Ageism: No Place for Ageism in Healthcare*)<sup>219</sup> per fronteggiare il pregiudizio ageista nel campo medico e (socio)assistenziale, considerato una vera e propria “barriera” per una cura (almeno) adeguata. La discussione sul “presente” della longevità si è appena aperta e il *senior co-housing* fornisce un quadro con innegabili potenzialità, capaci di sovvertire stereotipi, di restituire un'ottica del “futuro” alle persone anziane, nonché uno spazio di partecipazione *attiva* a più livelli.

Così, come recita la poetessa siriana Maram al-Masri, «non sono giovane e non sarò mai vecchia».

<sup>217</sup> A. D'ALOIA, *Costituzione e protezione delle generazioni future*, cit., 297 e 298.

<sup>218</sup> Cohousing, rent to buy e diritto di proprietà a tempo. *Anche la casa si adegua alla sharing economy*, [https://notariato.it/it/rassegna\\_stampa/56-congresso-nazionale-del-notariato-cohousing-rent-to-buy-e-diritto-di-proprietà-a-tempo-anche-la-casa-si-adequa-alla-sharing-economy/](https://notariato.it/it/rassegna_stampa/56-congresso-nazionale-del-notariato-cohousing-rent-to-buy-e-diritto-di-proprietà-a-tempo-anche-la-casa-si-adequa-alla-sharing-economy/) (ultima consultazione 09/03/2024).

<sup>219</sup> <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC10902610/> (ultima consultazione 06/05/2024).





# L'abolizione dell'intervento chirurgico e il cambiamento di sesso e la registrazione ufficiale del nato

Lorenzo d'Avack \*

THE ABOLITION OF SURGERY AND SEX CHANGE AND BIRTH REGISTRATION

ABSTRACT: The author in the first part of essay analysis the problem of the abolition of surgery and sex change: a change realized with the decret-loi n. 150/ 2011 and the jurisprudence of 2015 and 2023. In the second part analysis the possibility in the ambit of birth registration to change the rule binary (M-F) in a rule trinary (M-F-X) or to abandon the official registration of sex.

KEYWORDS: Abolition of surgery; birth registration; sex change; rule binary; rule trinary

ABSTRACT: L'autore nella prima parte del saggio analizza il problema del cambiamento clinico del sesso: un cambiamento realizzato con il decreto-legge n. 150/2011 e la giurisprudenza del 2015 e 2023. Nella seconda parte analizza la possibilità di cambiamento nell'ambito della registrazione del sesso dal criterio binario (M-F) in quello trinario (M-F-X) o nella ipotesi di abbandonare la registrazione ufficiale del sesso.

PAROLE CHIAVE: Abolizione dell'intervento chirurgico; cambiamento di sesso; registrazione alla nascita; registrazione binaria; registrazione tritaria

SOMMARIO: 1. L'abolizione dell'intervento chirurgico per il cambiamento del sesso: un percorso giurisprudenziale – 2. La carriera alias – 3. Il criterio binario e i disturbi della disforia di genere – 3.1. L'opportunità del criterio binario – 3.2. La tesi del CNB: una registrazione con annotazione – 3.3. La registrazione binaria "ritardata" – 4. La richiesta di ritardare lo sviluppo sessuale per disforia di genere – 5. Il passaggio dal binario al trinario – 6. Abbandono di ogni registrazione ufficiale del sesso – 7. Conclusione.

## 1. L'abolizione dell'intervento chirurgico per il cambiamento del sesso: un percorso giurisprudenziale.

La legge n. 164 del 14 aprile 1982 è stata la prima legge in Italia a introdurre la possibilità di cambiare il sesso. Con questa legge la rettificazione del sesso è possibile solo in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato, previa consulenza medica, che attribuisce ad una persona un sesso diverso da quello registrato nell'atto di nascita, a seguito di intervenute modificazioni chirurgiche dei suoi caratteri sessuali primari, nota anche come "chirurgia di riassegnazione del genere".

\* Professore emerito di Filosofia del diritto, Università Roma Tre, e Componente del Comitato Nazionale per la Bioetica. Mail: [lorenzo.davack@tin.it](mailto:lorenzo.davack@tin.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

Già un anno più tardi a seguito di un giudizio tenuto presso la Corte di Appello di Napoli, la Corte di Cassazione con l'ordinanza 15 aprile 1983 riteneva rilevanti e non manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 1 e 5 della legge 164/82, assumendo il contrasto di tali disposizioni con gli artt. 2, 3, 29, 30 e 32 Cost. La Corte costituzionale con sentenza n.161/1985 in detto giudizio dichiarava inammissibili le questioni di costituzionalità.

All'inizio degli anni 90 vi furono diverse proteste in Italia da parte del movimento LGBT<sup>1</sup> che spinsero la politica a interessarsi della questione della transizione sessuale. Bisognerà attendere l'art. 31 del decreto legislativo 150/2011<sup>2</sup> per ottenere un passo avanti dallo Stato italiano, anche se l'operazione chirurgica continuava ad essere richiesta dal tribunale se necessaria. Un reale accantonamento della obbligatorietà dell'intervento chirurgico per la rettificazione anagrafica del cambiamento di sesso si avrà solo nel 2015 con la sentenza della Corte di Cassazione n. 15138/2015<sup>3</sup> e con le sentenze della Corte costituzionale n. 221/2020 e n. 180/2017.

Difatti nei confronti della normativa dell'82 veniva sollevata legittimità costituzionale con due ordinanze di analogo tenore dal tribunale di Trento dell'8 aprile 2015 (n. 174/2015) e del 28 aprile 2015 (n. 211/2015)<sup>4</sup>. Il tutto per contrasto con gli artt. 2, 3, 32 e 117 primo comma della Costituzione, quest'ultimo in contrasto con l'art. 8 della Convenzione Europea sui diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), perché la legge richiedeva, ai fini della rettificazione anagrafica dell'attribuzione di sesso la modificazione dei caratteri sessuali primari<sup>5</sup>, e ciò pregiudicava gravemente l'esercizio del diritto fondamentale alla libertà personale della scelta della propria identità di genere. Il tribunale di Trento ritenne inoltre che la norma violasse gli artt. 3 e 32 della Costituzione e riteneva "irragionevole" subordinare l'esercizio di un diritto fondamentale, quale il diritto all'identità sessuale, alla sottoposizione della persona a trattamenti sanitari chirurgici e ormonali pericolosi per la salute.

In entrambi i casi le domande riguardavano la rettificazione anagrafica dell'attribuzione di sesso, avanzata da due persone intenzionate a ottenere il riconoscimento di una nuova identità maschile e femminile, senza modificazione dei caratteri sessuali primari<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> *LGBT* (acronimo italiano di: lesbica, gay, bisessuale e transgender) in uso fin dagli anni novanta in quanto molti trovavano che il termine "comunità gay" non rappresentasse tutti coloro a cui il termine si riferiva.

<sup>2</sup> *Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69.*

<sup>3</sup> In questa pronuncia, la Corte nomofilattica ha ritenuto che, per ottenere la rettificazione dell'attribuzione di sesso nei registri dello stato civile, non sia obbligatorio l'intervento chirurgico demolitorio o modificativo dei caratteri sessuali anatomici primari.

<sup>4</sup> Nel dispositivo della prima ordinanza (n. 174 del 2015) è sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, primo comma, della legge n. 164 del 1982 «nella parte in cui subordina la rettificazione di attribuzione di sesso alla intervenuta modificazione dei caratteri sessuali primari della persona istante, mediante intervento chirurgico demolitivo e ricostruttivo». Con la successiva ordinanza (n. 211 del 2015), lo stesso tribunale ordinario di Trento chiede alla Corte di accogliere la questione di legittimità costituzionale della medesima disposizione «nella parte in cui subordina la rettificazione di attribuzione di sesso alla intervenuta modificazione dei caratteri sessuali primari della persona istante».

<sup>5</sup> In biologia, si identificano come primari gli organi genitali e riproduttivi, mentre si definiscono secondari le caratteristiche psicofisiche come la costituzione corporea, il timbro di voce e altri atteggiamenti esteriori riconoscibili dall'esterno.

<sup>6</sup> In particolare, nel giudizio da cui proviene l'ordinanza iscritta al n. 174/2015, la parte attrice registrata di sesso femminile richiede che risulti quale genere quello maschile e quale prenome uno dello stesso tipo. A questo fine,

In entrambi i giudizi, il tribunale rimettente ritiene che il tenore letterale della disposizione censurata escluda la possibilità di ottenere la rettificazione dell'attribuzione di sesso. È ben vero – osserva il giudice a quo – che l'art. 31, comma 4, del successivo decreto legislativo n. 150/2011, stabilendo che: «Quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato», sembrerebbe prevedere che il trattamento medico-chirurgico sia solo eventuale, come farebbe anche intendere la locuzione “quando risulta necessario”. Tuttavia, ciò non significa che la rettificazione del sesso sia ottenibile a prescindere dall'adeguamento dei caratteri sessuali primari, ma solo che possano esservi casi concreti nei quali gli stessi siano già modificati (ad esempio, per un intervento già praticato all'estero o per ragioni congenite). Se così non fosse – rilevano le ordinanze – non si comprenderebbe perché il decreto legislativo si richiami alla legge 164/1982 e non abbia inteso modificare il dettato «a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali», di cui all'art. 1, comma 1, della legge. Infatti, ove il legislatore avesse inteso consentire la rettificazione dell'attribuzione di sesso a prescindere da tale modificazione, ad essa non avrebbe fatto alcun riferimento nell'art. 31 del decreto 150/2011<sup>7</sup>.

Nella ordinanza n. 174/2015 si osserva, altresì, che la lettera dell'art. 1, comma 1, della legge 164/1982 non precisa in cosa debbano consistere le modificazioni necessarie dei caratteri sessuali per ottenere la rettificazione anagrafica di attribuzione di sesso. Ad avviso del tribunale rimettente, la disposizione censurata richiederebbe interventi non solo “demolitivi”, ma anche “ricostruttivi”, al fine di rendere la conformazione anatomica della persona il più possibile corrispondente a quella del diverso sesso da attribuire anagraficamente. Pertanto, in entrambi i casi oggetto dei giudizi *a quibus*, il tribunale adito dovrebbe rigettare la domanda di rettificazione, non essendo soddisfatto tale requisito. Nell'ordinanza n. 211/2015 si riferisce, in particolare, che la parte istante non si è sottoposta ad alcun intervento chirurgico, ma solo alla terapia ormonale; mentre nel caso di cui all'ordinanza n. 174/2015 sono stati eseguiti interventi chirurgici di tipo demolitivo, ma non quelli ricostruttivi.

Secondo il tribunale di Trento, la legge 164/1982 e il d.l. 150/2011 non possono essere dunque interpretati nel senso di concedere la rettificazione di attribuzione di sesso senza l'adeguamento dei caratteri sessuali primari, ma potrebbero essere riferibili soltanto a casi specifici nei quali questi ultimi siano già stati modificati. In definitiva, il trattamento medico chirurgico non sarebbe solo eventuale, come lascerebbe intendere la lettera del decreto legislativo, ma necessario perché la persona abbia la possibilità di realizzare una diversa registrazione del sesso.

La Corte costituzionale con la sentenza n. 180/2017 riteneva infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 1, della legge n. 164/1982, dichiarando però che per ottenere la rettificazione del sesso non fosse obbligatorio l'intervento chirurgico demolitorio o modificativo dei caratteri sessuali anatomici primari. Secondo la Corte costituzionale, la possibilità di un'interpretazione

---

la parte istante riferisce di aver percepito, sin da quando aveva 14 anni, un'identità maschile, anche facendosi chiamare con un nome del genere, e di essersi già sottoposta a trattamento con testosterone, nonché a mastectomia bilaterale e isterectomia. Nel giudizio da cui proviene l'ordinanza iscritta al n. 211/2015, la parte attrice, di sesso anagrafico maschile, chiede che risulti quale genere quello femminile e quale prenome uno dello stesso tipo, evidenziando di aver percepito da anni un'identità di genere femminile, con la quale si presenta anche nell'ambiente sociale, di avere avviato una terapia ormonale e di non ritenere necessario alcun intervento chirurgico.

<sup>7</sup> Tribunale di Trento, ordinanza n. 211/2015.

della disposizione censurata, «rispettosa dei valori costituzionali di libertà e dignità della persona umana è stata individuata e valorizzata sia dalla giurisprudenza di legittimità, sia da quella costituzionale». In particolare, la Corte richiama un orientamento giurisprudenziale, il quale a partire dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 15138/2015 e dalla sentenza costituzionale n. 221/2015 riconosce che la legge n. 164/1982 si colloca nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale<sup>8</sup>.

Alla luce di tale evoluzione, che è al tempo stesso culturale e ordinamentale, la Corte costituzionale ribadisce quanto già aveva affermato nel 2015 che

«la mancanza di un riferimento testuale alle modalità (chirurgiche, ormonali, ovvero conseguenti ad una situazione congenita), attraverso le quali si realizzi la modificazione, porta ad escludere la necessità, ai fini dell'accesso al percorso giudiziale di rettificazione anagrafica, del trattamento chirurgico, il quale costituisce solo una delle possibili tecniche per realizzare l'adeguamento dei caratteri sessuali. [...] Il ricorso alla modificazione chirurgica dei caratteri sessuali se richiesto risulta, quindi, autorizzato a garanzia del diritto alla salute, ossia laddove lo stesso sia volto a consentire alla persona di raggiungere uno stabile equilibrio psicofisico, in particolare in quei casi nei quali la divergenza tra il sesso anatomico e la psicosessualità sia tale da determinare un atteggiamento conflittuale e di rifiuto della propria morfologia anatomica. La prevalenza della tutela della salute dell'individuo sulla corrispondenza fra sesso anatomico e sesso anagrafico, porta a ritenere il trattamento chirurgico non quale prerequisite per accedere al procedimento di rettificazione –come prospettato dal tribunale rimettente–, ma come possibile mezzo, funzionale al conseguimento di un pieno benessere psicofisico»<sup>9</sup>.

Più recentemente (febbraio 2023) sulla base di questo orientamento si ha il primo cambio di genere grazie al tribunale di Trento<sup>10</sup> nei confronti di una ragazza di 16 anni Valentina, che si era sempre sentita una femmina, sebbene il suo documento d'identità indicasse il nome Valentino.

Il 16 luglio 2023 la sentenza del tribunale di Trapani confermava che l'organo sessuale maschile non rappresenta un impedimento alla percezione della persona come donna e ora chi era stato registrato come uomo aveva la possibilità di veder riconosciuta anche ad un livello di sfera pubblica quell'identità di donna e di avvalersi del cambio di nome in Emanuela anche sui documenti<sup>11</sup>.

Pertanto, una volta riconosciuto che il diritto alla rettificazione dell'attribuzione di sesso costituisce oggetto di un diritto della personalità, non sarebbe consentito ai tribunali o al legislatore subordinarlo a restrizioni tali da pregiudicarne gravemente l'esercizio, fino ad annullarlo.

## 2. La carriera *alias*.

Fra le questioni di genere rientra oggi con sempre maggior frequenza la carriera *alias* che si propone come una soluzione per gli studenti transgender che non si riconoscono nel genere assegnato alla nascita, quello del sesso biologico e che presso gli istituti (scuole, liceo, università o luogo di lavoro) vogliono vedere riconosciuta la propria identità di genere. La carriera *alias* è inquadrata come un profilo

<sup>8</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 180/2017.

<sup>9</sup> *Ivi*.

<sup>10</sup> Tribunale di Trento, sentenza 15 febbraio 2023.

<sup>11</sup> Tribunale di Trapani, sentenza 16 luglio 2023.

burocratico, alternativo e temporaneo. Un nome scelto viene quindi a sostituire il nome anagrafico, quello scritto nei documenti ufficiali e dato alla nascita in base al sesso biologico. La procedura non ha comunque alcun valore legale al di fuori dalla sede in cui viene riconosciuto. Serve soprattutto a tutelare l'ambiente formativo o lavorativo per chi ne fa richiesta: evitare *misgendering*, ovvero l'uso di termini che fanno riferimento al sesso biologico e non all'identità di genere in cui si riconosce l'individuo. Il nome scelto può comparire nelle mail, nei quadri dei voti o altro, ma non può invece, non essendo un documento legale, essere utilizzato ad esempio nell'attestato di laurea o per accedere ad altri servizi. Se lo studente o la studentessa sono maggiorenni possono presentare richiesta, altrimenti saranno i genitori. Non esistono linee guida ministeriali nella scuola per regolare la procedura della carriera *alias*, pertanto non esiste una modalità di accesso univoca: ogni istituto ha un suo metodo, poiché si tratta di un servizio interno limitato solo a quella scuola o università<sup>12</sup>.

Nel 2023 la città di Bologna è stato il primo Comune italiano in cui dipendenti e cittadini transgender hanno avuto la possibilità di adottare il nome di elezione e non quello anagrafico. «Potranno ricevere il *badge* con il nome di elezione e tutte le ulteriori utilità connesse al ruolo, come ad esempio l'e-mail o l'indicazione nell'ufficio», spiega a *Open* Roberta Parigiani, avvocato e portavoce del movimento Identità Trans, il quale ha fatto da supporto tecnico al progetto e all'amministrazione del Comune. «E lo stesso – aggiunge – vale anche per l'utenza che si interfaccia con l'amministrazione: la cittadinanza potrà usare il nome di elezione degli atti interni alla pubblica amministrazione o ad esempio, accedendo alla rete di biblioteche o a tutti servizi pubblici erogati dal Comune di Bologna, compresi quelli che necessitano di un budget o una tessera», evidenziando poi che a differenza di quello universitario si tratta di un profilo che non ha scadenza<sup>13</sup>. Nel 2022 a Milano il Consiglio Comunale aveva approvato una mozione proposta dalla consigliera del PD Monica J. Romano sul primo registro di genere in Italia, ma attualmente è fermo e non operativo.

D'altronde, la necessità dell'intervento chirurgico per la riassegnazione del sesso, era già da tempo fortemente contestato da psicologi, medici, filosofi, bioeticisti. Lo psicologo e filosofo Umberto Galimberti ritiene che la registrazione di un sesso diverso a seguito di intervento chirurgico abbia delle ricadute prevalentemente psicologiche: «Il fattore psicologico diventa più importante di quello fisico. Ma attenzione molto spesso è difficile conciliare l'uno con l'altro: violentare i genitali per motivi psicologici, come accadde con il cosiddetto cambiamento chirurgico del sesso, può rivelarsi alla lunga drammatico, perché il corpo ha un suo determinismo e prima o poi si vendica»<sup>14</sup>. Negli ultimi 45 anni molti gruppi di ricercatori hanno studiato il follow-up (monitoraggio dei risultati raggiunti nei mesi e negli anni successivi) di transessuali già operati. Risulta che il cambiamento di sesso si rivela insoddisfacente in almeno il 10-15% dei casi con una frequenza di serie conseguenze (complicazioni post-operatorie, depressione cronica, richiesta di ritorno al sesso precedente, episodi psicotici, suicidio) che supera il 7/8%<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Secondo *universitrans.it* gli atenei pubblici che hanno attivato la carriera *alias* sono ad oggi 32 su 68. La prima università è stata quella di Torino, seguita dalla Federico Secondo di Napoli. Una decina invece le scuole superiori che hanno approvato il profilo burocratico.

<sup>13</sup> <https://www.open.online/2023/05/30/bologna-arriva-carriera-alias-comune/>.

<sup>14</sup> C. CAPONE, *L'anagrafe è più efficace del bisturi*, in *Corriere della Sera*, 18 marzo 2007.

<sup>15</sup> *Ivi*.

In Europa diversi paesi hanno consentito il libero cambio di genere senza ricorrere all'obbligo di interventi chirurgici<sup>16</sup>. Inoltre se il controllo da parte delle pubbliche autorità può essere ritenuto imprescindibile, in molti paesi la procedura da seguire per ottenere la rettifica anagrafica chirurgica del sesso può essere affidata ad una pubblica amministrazione invece di dover per forza essere effettuata dal controllo di un giudice.

### 3. Il criterio binario e i disturbi della disforia di genere

#### 3.1. L'opportunità del criterio binario

Nel contesto di questa discussione è emersa anche la questione relativa alla opportunità o meno di un intervento legislativo per quanto riguarda la registrazione dello Stato Civile al momento della nascita di un bambino nell'ambito delle attuali due categorie sessuali: maschio/ femmina. Il problema è nato in relazione ai casi di bambini che nascono con ambiguità sessuali, ove non vi è corrispondenza tra la dimensione genetica, ormonale, fenotipica e dei caratteri sessuali maschili e femminili: i c.d. disturbi della differenziazione sessuale<sup>17</sup>, che alcuni chiamano intersessualità. La legge in vigore nel nostro Paese, come detto, è legata unicamente al sesso, cioè alle caratteristiche fisiche che fanno sì che alla nascita una persona venga identificata come maschio o come femmina<sup>18</sup>, dando poi per scontate una serie di conseguenze sulla vita dell'individuo. Si esprime così un ordine binario dei sessi profondamente radicato e accettato nella nostra società, influenzata da diverse pratiche culturali, da contesti storici, da esperienze biologiche e dalle attitudini che ne conseguono.

Per molti, che sono favorevoli al binario, questa registrazione è una fonte di identità e di protezione. In caso contrario, si verrebbe ad istituzionalizzare legalmente, un *tertium genus* anagrafico, che non ha alcun riconoscimento normativo nel nostro ordinamento e che provocherebbe pesanti alterazioni nel suo equilibrio sistematico e in tal modo si attiverebbe una vera e propria stigmatizzazione legale della persona, dalle conseguenze psicologiche e sociali imprevedibili e rischiose. Tali disturbi, anomalie,

<sup>16</sup> Fra questi la Spagna nel 2023 la cui legge lo consente senza autorizzazioni giudiziarie o mediche attraverso una semplice dichiarazione amministrativa a partire dai 16 anni. La legge, inoltre, proibisce le terapie di conversione e mette in atto misure contro l'omofobia nei settori della salute, dell'istruzione e dell'occupazione. In Scozia la nuova legge *Gender Recognition Act* (2022) mira a facilitare il cambiamento di genere sessuale, dando la possibilità a qualsiasi cittadino al di sopra dei 16 anni di operare la modifica anagrafica con la semplice iscrizione in un registro ad hoc senza autorizzazioni giudiziarie o mediche. In Gran Bretagna la Corte di Appello nel 2021 (caso Keira Bell) ha deciso che saranno i medici, e non i giudici, se un ragazzino o una ragazzina minorenni è pronto/a per cambiare gender e sesso. In Germania la nuova «norma sull'autodeterminazione» (2023) prevede che per il «cambio del gender» basterà semplicemente presentare l'apposita domanda all'ufficio anagrafico del Comune di residenza e attendere tre mesi. Cfr: A. MAIETTI, *Bambini e adolescenti con la disforia di genere: linee guida e protocolli internazionali*, in L. RIGOBELLO, F. GAMBA (a cura di), *Disforia di genere in età evolutiva. Sostenere la ricerca dell'identità di genere nell'infanzia e nell'adolescenza*, Milano, 2016, 63 ss.

<sup>17</sup> Cfr. Comitato Nazionale per la Bioetica, *I disturbi della differenziazione sessuale nei minori: aspetti bioetici*, 2010.

<sup>18</sup> La dichiarazione di nascita nel nostro Paese deve essere resa entro dieci giorni dalla nascita presso il comune nel cui territorio è avvenuto il parto o in alternativa entro tre giorni presso la direzione sanitaria dell'ospedale o della casa di cura in cui è avvenuta la nascita.

patologie non aiuterebbero a formare una specifica identità di genere, manifestano al contrario una situazione di incertezza e sull'incertezza non ha senso costruire una identità terza.

Se si vuole pensare ad un intervento legislativo nella registrazione binaria del nato, che consenta o di attribuire maggiore tempo nel decidere a quale categoria sessuale (M-F) debba appartenere o di modificare in futuro lo status possiamo pensare a diverse soluzioni.

### 3.2. La tesi del CNB: una registrazione con annotazione

Una ipotesi è suggerita dal CNB ed è riferita ai disturbi della differenziazione sessuale alla nascita<sup>19</sup>. In via generale e nel caso in cui la diagnosi sia possibile sulla base di parametri medico-clinici obiettivi e aggiornati si auspica l'interesse del bambino ad essere cresciuto in senso maschile o femminile<sup>20</sup>. Tuttavia, qualora nei 'casi difficili' ed eccezionali, dove mancano indicazioni obiettive (genetiche, ormonali, fenotipiche ecc.) sul piano medico per l'assegnazione sessuale maschile o femminile, si ritiene opportuno che l'attuale normativa italiana che regola la dichiarazione binaria del sesso alla nascita sia integrata con una "annotazione" riservata, fondata su rigorosa certificazione medica, non dell'incerta attribuzione sessuale del neonato, ma della patologia di cui egli/ella soffre. Questo consentirebbe di registrare da subito il sesso del nuovo nato/a, ma darebbe ai genitori o in seguito alla persona coinvolta nella registrazione del proprio sesso, informata e capace di intendere e di volere, la possibilità in qualsiasi momento di rinunciare a questa registrazione, considerando che la sua identità di genere non corrisponde a quella ritenuta dai titolari dell'autorità parentale nel momento in cui hanno preso la decisione in suo nome. Inoltre questa soluzione consentirebbe in seguito – se del caso – una modificazione dell'indicazione anagrafica attraverso una procedura più semplificata rispetto a quella prevista dalla allora legge vigente che all'epoca del parere richiedeva ancora il trattamento medico chirurgico.

### 3.3. La registrazione binaria "ritardata"

Una seconda ipotesi è quella di rinunciare a qualsiasi registrazione obbligata del sesso al momento della nascita. Questa opzione, di fatto, implica che il campo riservato al sesso potrebbe essere lasciato vuoto per un tempo più o meno prolungato e soltanto in seguito verrebbe data la possibilità ai genitori stessi o al minore, divenuto in grado di intendere e di volere, di procedere all'iscrizione binaria del sesso. La regola in questo caso è che il campo riservato al sesso non può restare vuoto indefinitamente e che prima o dopo la registrazione binaria verrà mantenuta.

La possibilità di lasciare sospesa l'iscrizione del sesso deve essere accompagnata con delle misure che garantiscano la protezione della vita privata, la minore discriminazione del soggetto, soprattutto nell'ambiente sociale in cui vive (es. nel contesto scolastico<sup>21</sup>).

<sup>19</sup> Comitato Nazionale Per La Bioetica, *I disturbi della differenziazione sessuale nei minori*, cit.

<sup>20</sup> *Ivi.*

<sup>21</sup> Nel contesto della scuola ad esempio e bisogna tenere conto del fatto che alcuni alunni non sono completamente privi di condizionamenti e sufficientemente tutelati in merito alla propria sessualità.

#### 4. La richiesta di ritardare lo sviluppo sessuale per disforia di genere

Nell'ambito di questa vicenda la comunità scientifica è tuttora divisa tra favorevoli e contrari al trattamento ormonale precoce, prima dei 16 anni di età, di soppressione della pubertà. I dubbi esistenti si basano sulla valutazione dei potenziali rischi che tale trattamento può avere, e sul loro confronto con i potenziali benefici<sup>22</sup>.

Con le dovute accortezze possono risultare utili quei farmaci così detti blocca-pubertà, con l'ausilio degli analoghi del GnRH (es. la triptorelina erogabile dal SSN), e la cui finalità è quella molto complessa e delicata di ritardare lo sviluppo sessuale in adolescenti all'inizio della pubertà, quando presentano problemi di disforia di genere, vivendo forti disagi circa la loro corporeità maschile o femminile e sono ancora incerti nell'esprimere il loro desiderio di cambiare sesso<sup>23</sup>. In situazioni di disforia di genere (DG) del bambino/a la prima adolescenza, quando si stanno formando l'identità e lo sviluppo del fisico e dei caratteri sessuali, è generalmente correlata a condizioni di ansia, di sintomi depressivi, di insoddisfazione corporea, disturbi del comportamento. Ne consegue che sono frequenti atti di autolesionismo e intenzioni suicide. Di contro gli studi finora effettuati sulle conseguenze a livello fisico non sembrano indicare problematiche a livello osseo e metabolico. Inoltre è possibile constatare un migliore adattamento psicofisico durante l'adolescenza e l'età adulta: più tempo per la fase diagnostica e aspetto fisico maggiormente concordante con quello desiderato. Infine, minori necessità di interventi chirurgici in età adulta e migliore *outcome* post operatori. Non mancano le ragioni contrarie alla soppressione precoce dello sviluppo puberale e fra queste possiamo ricordare: è possibile che la soppressione della produzione degli ormoni sessuali contribuisca alla persistenza dell'incertezza sulla propria identità di genere; si potrebbe presumere che gli adolescenti non siano in grado di prendere decisioni importanti coscientemente e consapevolmente, infine ancora scarsa l'evidenza scientifica e gli studi di *follow-up*.

Diverse società scientifiche, in particolare l'Endocrine Society (ES), la European Society of Endocrinology (ESPE), la Lawson Wilkins Pediatric Endocrine Society (LWPES) e la World Professional Association for Transgender Health (WPATH) hanno sottoscritto nel 2009 e successivamente aggiornato nel settembre 2017 delle linee guida internazionali per la presa in carico degli adolescenti con DG. Tale approccio prevede innanzitutto che i soggetti che richiedono aiuto prima della pubertà siano sottoposti alle procedure psico-diagnostiche per la valutazione della DG con esperti multispecialistici. In caso di persistenza della DG a pubertà iniziata tali linee guida raccomandano la sospensione della pubertà con l'ausilio degli analoghi del GnRH quando l'adolescente mostri i primi cambiamenti fisici puberali (ma non prima dello stadio Tanner 2-3).

<sup>22</sup> A. MAIETTI, *Bambini e adolescenti con disforia di genere: linee guida e protocolli internazionali* in L. RIGOBELLO, F. GAMBA (a cura di), *Disforia di genere*, cit. 45-62; M. FERNANDEZ, P. GUERRA, M. DIAZ, E. GARCIA-VEGA, *New Perspectives in the Hormonal Treatment of Gender Dysphoria in Adolescence*, in *Actas Espanolas de Psiquiatria*, 43, 1, 2015, 24-31. D.E. SHUMER, N.P. SPACK, *Current Management of Gender Identity Disorder in Childhood and Adolescence: Guidelines, Barrier and Areas of Controversy*, in *Current Opinion in Endocrinology, Diabetes and Obesity*, 20, 1, 2013, 69-73.

<sup>23</sup> J.C. CAREL, E.A. EUGSTER, A. ROGOL, ET AL., *Consensus Statement on the use of gonadotropin releasing hormone analogs in children in Pediatric*, 123, 4, 2009, 752-62.



Anche diverse società scientifiche italiane hanno richiesto ad AIFA la possibilità dell'utilizzo del farmaco a base di triptorelina per la sospensione dello sviluppo puberale dell'adolescente<sup>24</sup>. Questo spiega perché l'AIFA in data 10.04.2018 ha chiesto al Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB) un parere in merito all'eticità sull'uso del farmaco triptorelina per il trattamento di adolescenti con disforia di genere. Il CNB nell'emettere il parere *In merito alla richiesta di AIFA sulla eticità dell'uso del farmaco triptorelina per il trattamento di adolescenti con disforia di genere* (13 luglio 2018) si avvaleva dei contributi in forma di audizioni di professionisti di rilevante valore scientifico. Dopo una attenta analisi, concludeva tra le altre raccomandazioni che la triptorelina poteva eticamente essere somministrata solo in adolescenti con grave sofferenza non altrimenti trattabile (essendo la psicoterapia e l'assistenza psichiatrica risultate inefficaci), con rischi elevati di suicidio e autolesionismo a causa dello sviluppo del corpo nella direzione non desiderata. La somministrazione doveva avere luogo per un periodo di tempo limitato, al fine di aprire una finestra temporale per aiutare la diagnosi complessa di disforia di genere, ma soprattutto evitare atti irreversibili (quali, come detto, autolesionismo o suicidio) o anche forme di automedicazione con farmaci comprati online e senza supervisione medica. Raccomandava ancora un'adeguata formazione anche dei pediatri di base su questi temi, essendo un fenomeno in potenziale crescita, coinvolgendo il minore e i genitori per un'adeguata informazione e accompagnamento nella scelta di genere<sup>25</sup>.

Non si è discusso in quella sede sul problema del cambiamento della registrazione anagrafica, che sarebbe comunque successiva ad un eventuale cambiamento del sesso dell'adolescente divenuto maggiorenne.

## 5. Il passaggio dal binario al trinario.

Altre tesi sottolineano, al contrario, che la binarietà dei sessi (M/F), tanto più quando non sono previsti limiti temporali dal momento della nascita, esercita una influenza normativa inappropriata, un effetto stringente per molte persone ed una limitazione alle scelte possibili di vita.

È nel pensiero post-moderno che la categoria gender porta con sé la critica al binarismo sessuale, che, come detto, ritiene che i sessi siano due e opposti. Al contrario le teorie gender<sup>26</sup> esaltano il

<sup>24</sup> Società italiana di endocrinologia (SIE), Società Italiana di Medicina della Sessualità e Andrologia (SIAMS), Società Italiana di Endocrinologia e Diabetologia Pediatrica (SIEDP) e l'Osservatorio Nazionale Identità di Genere (ONIG). A seguito della richiesta delle società sopraindicate, in data 06.03.2018 «la commissione consultiva tecnico scientifica (CTS) dell'AIFA ha ritenuto di dare parere favorevole all'inserimento del farmaco triptorelina e al suo uso *off label* per l'impiego in casi selezionati in cui la pubertà sia incongruente con l'identità di genere nell'elenco istituito ai sensi della l. n. 648/1996 [...]».

<sup>25</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica, *In merito alla richiesta di AIFA*, cit.

<sup>26</sup> La teoria gender trova come primo suo massimo esponente J. MONEY, *Gendermaps: Social Constructionism, feminism, and Sexological History*, New York 2002; J. MONEY, P. TUCKER, *Essere uomo essere donna: uno studio sull'identità di genere*, trad.it., Feltrinelli, Milano, 1986. Una delle autrici più note nell'ambito del pensiero post-gender è J. BUTLER, *Scambi di genere*, trad.it. Milano, 2004 e *La disfatta del genere*, trad. it. Roma, 2006. Sul dibattito sex/gender e la sua discussione filosofica e politica cfr. R. BRUBAKER, *Gender and Race in an Age of Unsettled identities*, Oxford, 2016; A. JONES BETHANY ET AL, *Mental Health and Quality of Life in Non-binary Transgender Adults: A Case Control Study*, in *International Journal of Transgenderism*, 2-3, 20, 2019; L. PALAZZANI, *Sex/ Gender: gli equivoci dell'uguaglianza*, Torino, 2011 e *Identità di genere? Dalla differenza alla indifferenza sessuale nel diritto*, Roma, 2008; L. RIOPELLE, F. GAMBA (a cura di), *Disforia di genere in età evolutiva*, Milano, 2022;

poliformismo sessuale e il pansessualismo affermando la irrilevanza della differenza sessuale nella determinazione della identità di genere, ma anche della irrilevanza della differenza sessuale nella relazione interpersonale, nelle unioni coniugali e paraconiugali, nella costituzione della famiglia (il c.d. orientamento sessuale). I casi di rivendicazione trans-gender, d'identità neutra di uomo o donna sono psicologicamente, socialmente sempre più in crescita e in diversi Paesi sempre più accettata l'ambiguità del corpo che presenta caratteri sia maschili sia femminili, o forse né maschili né femminili.

L'assenza nei registri dello Stato Civile di altre categorie specifiche per le persone che hanno un'identità di genere non binaria può provocare un peso sotto il profilo emozionale e morale per loro. In effetti la registrazione binaria significa che queste persone non sono riconosciute nella loro identità di genere o per la loro condizione transgender dallo Stato e dalla società con conseguenze facilmente intuibili<sup>27</sup>. Di contro il riconoscimento della diversità di identificazione di genere conduce inevitabilmente al rispetto del principio di 'non discriminazione' o 'divieto della discriminazione', che si ritrova in numerosi sistemi giuridici. In questo caso la discriminazione si traduce come ineguaglianza ingiustificata, e dunque eticamente inaccettabile nei confronti di alcune persone in ragione di certe loro caratteristiche e quindi vi è sempre il rischio di non poter esercitare certi diritti o non avere la possibilità di vivere in accordo con la loro identità, senza subire degli svantaggi ai quali gli altri non sono evidentemente esposti.

In genere la tendenza ad abolire il binario classico conduce verso l'ipotesi (c.d. trinaria) di introdurre una o diverse nuove categorie sessuali, oltre a quella maschile o femminile (ad esempio: 'diversi'; 'altro'; "X"). Categoria/categorie che potrebbero rinforzare la legittimità e i diritti delle persone che non intendono appunto rientrare nel binario, in quanto nascono con caratteri ambigui e vogliono continuare ad esserlo (intersessuali) o decidono di modificare solo parzialmente il corpo rifiutandosi di identificarsi nelle caratteristiche proposte dai ruoli di genere dominanti (M/F) e che rivendicano l'esistenza di altre possibilità esistenti tra essi ((transgender).

Qualora si tratti di aggiungere un'unica categoria essa non può riflettere tutte le diversità delle identità di genere e pertanto per evitare altre discriminazioni dovrà comunque risultare sufficientemente ampia nei suoi contenuti, così da poter includere il maggior numero possibile di differenti identità di genere<sup>28</sup>. Ciascuna nuova categoria si accompagna in effetti a nuove concezioni sociali della normalità e dunque prevede nuove esclusioni: certe identità essendo percepite come legittime ed altre come illegittime.

Si consideri poi che quanto più la procedura che deve essere seguita per potersi avvalere della nuova categoria è semplice e esente da condizioni, meno essa limita il diritto all'autodeterminazione e alla vita privata. I criteri di tutela, già richiesti nei casi precedenti (posticipazione o modifica nella registrazione), debbono essere confermati anche e a più forte ragione nel sistema trinario specialmente al fine di proteggere la vita privata del soggetto ed evitare il più possibile le discriminazioni e gli attentati alla sua integrità personale. Tanto più che le persone, che non desiderano che il loro sesso sia registrato in

D. DÈTTORRE, J. RISTORI, P. ANTONELLI (a cura di) *La disforia di genere in età evolutiva. implicazioni cliniche, sociali, etiche*, Alpes, 2015.

<sup>27</sup> R. BRUBAKER, *Trans: Gender and Race in an Age of Unsettled identities*, Oxford, 2016; E.SLBERMAYR, *Trans-Identitäten*, 2016; A. JONES BETHANY ET AL, *Mental Health and Quality of Life in Non-binary Transgender Adults: A Case Control Study*, cit.

<sup>28</sup> Ad esempio qualora si tratti di dover tenere conto di soggetti che non si identificano con alcun genere o di cui l'identità di genere è fluida.

modo binario, mandano ugualmente diversi segnali per il fatto di situarsi fuori della regola, che suppone generalmente che un cittadino appartenga all'uno o all'altro sesso.

Comunque, una nuova categoria di iscrizione con diverse possibili opzioni potrebbe rimanere pur sempre un vantaggio, come avviene in Germania, in Australia e in altri Paesi, in quanto consente la visibilità di persone intersex e di persone che hanno un'identità di genere non binario all'interno della società, e questo può contribuire alla loro accettazione e promuovere una ragionata riflessione dello Stato sull'opportunità o meno del carattere binario della società<sup>29</sup>.

## 6. Abbandono di ogni registrazione ufficiale del sesso

Una terza ipotesi potrebbe essere quella più consona alle teorie gender di un "abbandono generale dell'iscrizione del sesso", particolarmente idonea a osteggiare la discriminazione delle persone con identità di genere non binaria, delle persone trans e delle persone intersessuate e permetterebbe di promuovere nei diversi campi un uguale trattamento e analoga protezione della sfera privata.

Oltre a ciò abbiamo avuto modo di considerare come l'introduzione di una terza categoria sessuale (ad esempio "diversi") non può riflettere tutte le diversità delle ipotesi di genere e può solo in parte rinforzare la visibilità e i diritti delle persone interessate. Pertanto, da un punto di vista etico si deve necessariamente esaminare la possibilità di un abbandono generale di ogni iscrizione ufficiale basata sul sesso.

Gli appelli a considerare l'importanza o meno dell'iscrizione del sesso nel registro dello Stato Civile occupa un posto sempre più importante nell'ambito del dibattito internazionale<sup>30</sup> che invita gli Stati a sopprimere progressivamente le informazioni relative al sesso dai documenti di identità, considerate non necessarie per lo Stato civile. I Paesi Bassi hanno già esaminato questa possibilità e sono arrivati alla conclusione che alcune norme giuridiche internazionali non si oppongono all'abbandono della registrazione del sesso. Alcuni Paesi sono portati già adesso a rinunciare a menzionare il sesso sulla carta d'identità<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Nel 2005 fu l'India a disporre che vi potessero essere tre categorie: "M", "F", "E" (eunuco), poi nel 2009 mutata in "altro". Nel 2013 in Germania alla classificazione sui documenti segnata con "M" o "F", si aggiunge anche la possibilità della categoria "diversi" per "le persone intersessuali, con caratteristiche sessuali fisiche non definite". A Malta la legge del 1 Aprile 2015 sull'identità di genere permette ai cittadini di modificare il loro prenome sul certificato di nascita e su altri documenti ufficiali in modo tale che questi mutamenti corrispondano alla loro identità di genere. La legge prevede la possibilità di utilizzare nel registro dello Stato Civile la "U" che può essere letta come *undetermined* per i bambini o *unspecified* per gli adulti. Il sesso binario è sempre presente nel registro di nascita al fine di poter essere utilizzato qualora la legge preveda diritti o obblighi specifici in funzione del sesso. La Tasmania è divenuta il primo stato australiano a rendere facoltativa l'indicazione del sesso sugli atti di nascita e questo in forza della *Justice and Relative Legislation (Marriage and Gender Amendments) Act, 2019*. La riforma prevede che il sesso del bambino non è automaticamente menzionato nell'atto di nascita e che lo è soltanto nel caso in cui i genitori lo consentano esplicitamente. Peraltro, una persona di oltre 16 anni ha la possibilità di cambiare il sesso che figura sul proprio atto di nascita attraverso una mera dichiarazione. Pertanto, oltre al maschile e femminile è possibile optare per la categoria indicata come *indeterminate gender*.

<sup>30</sup> Cfr. La *Third International Intersex Forum* (2013) ed anche il principio 31 dei *Principi di Jakarta plus 10* (2017).

<sup>31</sup> L. HOLZER, *Non – Binary Gender Registration Models in Europe: Report on Third Gender Marker or No Gender Marker Options*, ILGA Europe, 2018.

Rinunciare completamente alla registrazione ufficiale del sesso e rimettere così in discussione il significato del sesso come carattere fondamentale della persona, garantirebbe che tutte le varianti dell'identità di genere possono essere prese in considerazione senza discriminazioni e che nessuna giustificazione sia richiesta da parte di persone la cui identità di genere si allontani dalla registrazione binaria. Una tale opzione sarà più compatibile con le esigenze di protezione della vita privata. Tanto più che le questioni concernenti l'organizzazione dei servizi pubblici differenziati in funzione del sesso non necessitano di una iscrizione del sesso nel registro dello Stato Civile, considerato che informazioni personali e di sovente pertinenti sul piano statistico, quali l'appartenenza religiosa, l'origine etnica, il genere o l'orientamento sessuale, sono di già raccolti oggi sulla base di autodichiarazioni e registri specializzati del settore.

Ne consegue anche che aziende, designer e sviluppatori dovrebbero investire tempo ed energie nell'escludere nei moduli di contratto il sesso per il servizio erogato. Ultimamente si parla molto di centralità dei clienti e orientamento ai clienti: metterli a proprio agio si traduce per molte persone il non doversi classificare in un genere in cui non si identificano. Pratiche di marketing e comunicazione che siano basate sul targeting in base al sesso, rischiano anche di essere totalmente inefficaci, quando non controproducenti. Se è davvero utile per l'azienda sapere se l'utente di un servizio sia maschio, femmina, non binario, cis o transgender sarà opportuno spiegare il perché. C'è una necessità legale di conoscere il dato? Serve a erogare un servizio migliore e più personalizzato? È necessario per motivazioni mediche? Serve a condurre studi sul tema? È bene anche prevedere se l'informazione dei dati sarà mantenuta riservata o se invece verrà mostrata su un profilo pubblico. Bisognerebbe anche fare attenzione a che l'abbandono della categoria del sesso nei documenti ufficiali sia il più possibile riconosciuta a livello internazionale, così che i Paesi che desiderano rinunciare a questa modalità di registrazione non diano vita ad una categoria fuori del comune di cittadini.

## 7. Conclusione

Se alcune delle ipotesi discusse possono costituire un miglioramento in rapporto alla possibilità della registrazione binaria, queste suscitano ugualmente dei problemi etici importanti e conducono a domandarsi se la registrazione ufficiale del sesso sia realmente necessaria o se il sesso sia una categoria alla quale sarebbe possibile rinunciare. In specie, ci si può domandare se l'introduzione di una terza possibilità di iscrizione o l'abbandono dell'iscrizione del sesso nel registro dello Stato Civile possano avere delle ripercussioni sui differenti obblighi e diritti previsti dalla legislazione che continua attualmente a fare riferimento al sesso. In ciascuna di queste situazioni si tratta di esaminare qual è il bene protetto o l'obiettivo perseguito per la regolamentazione considerata e in quale misura il sesso rappresenta realmente il criterio preminente al quale la regolamentazione binaria fa oggi riferimento. L'utilizzo del sesso come criterio di differenziazione per la registrazione non appare del tutto convincente e non pare in ogni circostanza necessaria. Non mancano, peraltro, esempi ben chiari in questo senso. Possiamo ricordarne alcuni.

Nel diritto di famiglia i termini "madre" e "padre" fanno chiaramente riferimento all'identità sessuale, nella misura in cui si fa ricorso alla dicotomia uomo/donna. L'ipotesi è in ogni modo che la "madre" è la persona che ha portato avanti la gestazione e quindi ha donato la vita al bambino. L'elemento

determinante, in questo caso, è dunque la gestazione e la nascita, mentre una designazione del sesso della persona non è in realtà necessaria e può soltanto essere implicita.

Un altro esempio si può ricavare dalle assicurazioni sociali: la pensione di reversibilità della vedova, che rinvia al ruolo che ha la sposa sotto la dipendenza economica del proprio coniuge per la copertura dei suoi bisogni vitali, scaturisce esclusivamente dal matrimonio e non certo dal sesso del beneficiario della pensione.

Ancora, un esempio del fenomeno è costituito dall'accesso a dei trattamenti medici e dalla raccolta dei dati di ricerca specifici al genere. La mancanza di riconoscimento del genere può avere delle ripercussioni importanti sulla salute delle persone che non rientrano nel criterio binario. Queste presentano degli aspetti medici molto spesso diversi e più complessi per le cure rispetto alla categoria loro assegnata. In pratica, l'iscrizione del sesso nel registro dello stato civile non gioca alcun ruolo in questo contesto, poiché è piuttosto l'identità di genere alla quale il medico si deve ricollegare. L'abbandono dell'iscrizione del sesso o la creazione di una terza possibilità di iscrizione non cambierebbe nulla in merito a queste circostanze. Quello che importa è controllare che le persone intersex e trans abbiano accesso a cure mediche che siano specificatamente pertinenti per i membri di ciascun genere.

Le opzioni contrarie al criterio binario descritte nei paragrafi precedenti, riflettono un migliore riconoscimento della diversità di genere, permettono di rinforzare i diritti delle persone che vivono queste situazioni e riducono le discriminazioni.

Bisogna, comunque, domandarsi come l'adozione di disposizioni legali portate ad abbandonare una registrazione binaria possa realmente modificare le mentalità, i contesti storici e le pratiche sociali<sup>32</sup>. Esiste una interdipendenza tra il modo in cui la società e il modo in cui gli Stati regolano la questione del genere. E su questo tema abbiamo un largo ventaglio di opinioni e di soluzioni.

Certo è che nel valutare l'opportunità o meno di una registrazione binaria, trinaria o senza riferimento al sesso va soprattutto considerato il rispetto della "dignità umana". In quanto principio giuridico ed etico fondamentale il rispetto della dignità umana segna un'importanza di primo piano nell'attuale discussione. Prevale soprattutto l'esigenza che tutti gli esseri umani debbano essere trattati e rispettati come liberi e uguali di fronte al diritto. Questa esigenza include quella di dare a ciascuna persona la possibilità di vivere in accordo con la propria identità. Le attuali disposizioni relative ai diritti dei registri che creano un ostacolo a questa esigenza generale debbono essere riviste. Il rispetto della dignità umana è principio irrinunciabile fondamento di altri principi etici quali quelli dell'autodeterminazione, della uguaglianza di trattamento, della protezione della vita privata e della protezione dell'integrità personale.

---

<sup>32</sup> L. PALAZZANI, *op. cit.*, cap. 1.



## Aborto: un diritto costituzionale? “Liberté” o “Fraternité”?

Paolo Benciolini\*

Il 4 marzo scorso il Parlamento francese ha inserito nella Costituzione della Francia il diritto della donna ad abortire. È una scelta da invidiare? Come ogni altro tema che attiene alla vita ed esperienza in ambito sanitario, anche quello dell’aborto – nel nostro caso, più esattamente, della interruzione volontaria della gravidanza (IVG) – ci chiede di porci “dalla parte del paziente”, di quel particolare “paziente” che è una donna incinta che si interroga se interrompere la propria gravidanza. E ci suggerisce di chiederci quale relazione si viene a instaurare con il medico al quale essa si rivolge. Ma di fronte alla recentissima scelta del legislatore francese, appare certamente interessante richiamare anche i motivi di tale decisione e verificare se quel parlamento abbia introdotto criteri profondamente innovativi e comportato importanti e differenti conseguenze pratiche nel confronto con la normativa italiana.

Ricordo che la legge italiana (n.194) risale al 1978 e si intitola “Norme per la tutela sociale della maternità e sull’interruzione volontaria della gravidanza”. Il tema dell’aborto si colloca all’interno di previsioni che riguardano, dunque, anche la tutela della donna in gravidanza e la prevenzione delle gravidanze indesiderate. La scelta del legislatore italiano si era allora basata su una sentenza della Corte Costituzionale italiana del 1975 che, richiamando l’art. 32 della nostra Costituzione, aveva individuato nella *tutela della salute* della donna la causa di giustificazione che rende non punibile la decisione della donna di interrompere la gravidanza. In particolare, nei primi novanta giorni di gravidanza è la donna che decide se le previsioni legate alla gravidanza stessa assumano rilievo per la sua salute (fisica o psichica).

La scelta del legislatore francese è stata invece diversa: si è basata sulla “libertà garantita” a ogni persona, quindi anche alla donna che decidesse di interrompere la gravidanza.

Una differenza sostanziale? Certamente sì nella diversità delle cause di giustificazione, non però nelle conseguenze, perché – come si è detto – anche in Italia, in ultima analisi, nel primo periodo della gravidanza la decisione della donna è affidata solo a se stessa.

Ma, guardando con più attenzione al confronto tra le due diverse normative, possiamo accontentarci di questa constatazione? Non esiste davvero alcuna differenza? La risposta a questo interrogativo va trovata analizzando una importante (e felice) impostazione che il legislatore italiano ha scelto di dare alla normativa sulla IVG e che riguarda proprio la previsione di una relazione tra la donna e alcuni interlocutori ai quali è richiesto che essa si rivolga nei primi novanta giorni: in alternativa, il *medico di sua fiducia* (non necessariamente il “medico di base” perché il requisito della relazione di fiducia riguarda, appunto, le sue esigenze di un confronto fiducioso, di attenzione e rispetto, sul tema della IVG) o un *consultorio familiare*.

---

\* Professore ordinario i.q. di Medicina legale all’Università di Padova. Già presidente del Comitato etico della Regione Veneto. Mail: [paolo@benciolini.it](mailto:paolo@benciolini.it). Contributo su invito.

Quali sono le finalità di questo “incontro”? Richiamando dalla legge (art.5), quanto previsto per il consultorio ma che si ritrova, in sintesi, per il medico di sua fiducia, «esaminare le possibili soluzioni dei problemi proposti, aiutarla a rimuovere le cause che la porterebbero alla interruzione della gravidanza, metterla in grado di far valere i suoi diritti di lavoratrice e di madre, promuovere ogni opportuno intervento atto a sostenere la donna, offrendole tutti gli aiuti necessari sia durante la gravidanza sia dopo il parto». In altri termini (art.2): «contribuendo a far superare le cause che potrebbero indurre la donna alla interruzione della gravidanza». Per la legge italiana, dunque, la donna non rimane sola in un momento e dinnanzi ad una scelta comunque drammatici. Sta qui la differenza?

La procedura francese, in realtà, prevede anch'essa un “ruolo” dei professionisti della salute, che viene esplicitato nell'«informer et orienter sur l'IVG (details, methodes...)», anche sulla base di una «guide pour répondre aux questions posées sur l'IVG», che va consegnata nella prima «consultation d'information». A mio avviso, peraltro, queste disposizioni sembrano più orientate alla “informazione” e alle indicazioni di carattere “tecnico”. Non trovo, in altri termini, quelle previsioni che la legge 194 propone alla attenzione degli operatori non solo sanitari ma anche sociali (privilegiando, ove possibile, il consultorio familiare con la sua *équipe* multidisciplinare) che sono volte ad un vero (e rispettoso) “accompagnamento” della donna.

La scelta del Parlamento francese, proclamando il diritto della donna all'IVG, potrebbe portare ora quasi ad accentuare il rischio della sua solitudine e sminuire ulteriormente l'importanza di questa relazione.

Mi viene da pensare che, facendo riferimento ai valori proclamati dalla rivoluzione francese, mentre quella decisione si richiama alla “*liberté*”, la legge italiana ha privilegiato la “*fraternité*”, cioè la vicinanza e l'accompagnamento di professionisti preparati.

Questo comporta, naturalmente, non solo la loro competenza tecnica ma anche la capacità di assumere un ruolo non direttivo, di vicinanza e rispetto della donna, di vera e propria “consulenza”.

Un ruolo corretto e competente che, già all'indomani della approvazione della legge, la Regione Veneto giustamente ha ritenuto consentito anche a chi avesse sollevato obiezione di coscienza. Nella Circolare della Giunta n.54/78 (2 agosto 1978) si osservava, in proposito, che «la procedura ordinaria dell'art.5 è espressamente ed esclusivamente diretta non già alla interruzione della gravidanza, ma al suo compimento naturale, a cominciare dal colloquio e fino all'invito a soprassedere e perciò come non sia rilevante ai fini dell'obiezione». Di conseguenza, anche la compilazione del “documento” attestante l'avvenuto “incontro” della donna con il medico (“di sua fiducia” o del consultorio) non fa decadere l'obiezione.

Come da noi evidenziato a suo tempo<sup>1</sup>, questo impegno comporta, comunque, e per tutti gli operatori (obiettori o meno), una formazione adeguata e rispettosa delle scelte della donna.

A ben guardare, si tratta di un orientamento (valoriale, non solo metodologico) che consente di integrare tra loro le due impostazioni sopra richiamate e che, a prima vista, potevano apparire tra loro in contrasto: la libertà (*liberté*) della decisione finale della donna è aiutata da un corretto e competente accompagnamento (*fraternité*) degli operatori che la legge italiana indica come suoi interlocutori (privilegiati per formazione, non solo formalmente “obbligati”).

<sup>1</sup> P. BENCIOLINI, A. APRILE, *L'interruzione volontaria della gravidanza. Compiti, problemi, responsabilità*, Padova, 1990.





Proprio rimanendo nella logica di questa ultima osservazione, mi sia consentito un breve commento in ordine alla polemica sviluppatasi in questi giorni (aprile 2024) a seguito dell'emendamento presentato dalla maggioranza governativa in sede di attuazione del Pnrr e relativa alla presenza nei consultori di particolari formazioni associative. Non si tratta, in realtà, di una novità assoluta perché già la legge 194/78 conteneva la previsione, che (sempre all'art. 2) i consultori possano «avvalersi per i fini previsti dalla legge della collaborazione volontaria di idonee formazioni sociali di base e di associazioni del volontariato che possono anche aiutare la maternità difficile dopo la nascita». È accaduto che la Commissione Bilancio della Camera abbia introdotto un apposito emendamento all'art.44 del d.d.l. per l'attuazione del Pnrr, così formulato: «Le Regioni possono avvalersi anche del coinvolgimento di soggetti del terzo settore che abbiano una qualificata esperienza nel sostegno della maternità». Tale emendamento è stato poi definitivamente approvato in sede parlamentare (con la fiducia al decreto Pnrr).

Un agevole confronto tra la previsione della legge 194 e questa nuova norma consente di rilevare che essa sottrae al Consultorio la scelta di eventuali collaborazioni, prevedendo che sia la Regione a decidere di tale coinvolgimento.

Nella mia lunga esperienza di lavoro in ambito consultoriale (pubblico e del privato sociale) – esperienza iniziata ancora negli anni '60 – la citata previsione della legge 194 è stata periodicamente (seppur raramente) richiamata, specie nei momenti di più accentuata polemica politica da parte dei sostenitori di orientamento “pro-life”, rimanendo peraltro sostanzialmente estranea all'esperienza dei consultori pubblici, che non ne hanno sentito l'esigenza o ne hanno escluso la pertinenza con le loro modalità di lavoro e di attuazione della legge. Diversa potrebbe apparire la scelta per i consultori familiari non pubblici, per i quali, peraltro, è necessaria una importante distinzione. Per alcuni di essi (intendo riferirmi a consultori “strettamente” privati, non riconosciuti in sede regionale) tale previsione si è di fatto sostanzialmente identificata con le loro scelte istituzionali, traendo la loro stessa ragion d'essere da associazioni che ne avevano promosso l'esistenza. Diversa è la situazione per altri consultori familiari (non pochi sorti ancora negli anni '50 e '60) che, con l'entrata in vigore della legge quadro 405/75 e delle leggi regionali, hanno scelto di assumere un ruolo pubblico nel privato-sociale richiedendo il riconoscimento della Regione di competenza. Per essi l'impegno di dare attuazione alle previsioni della 194 non ha comportato alcuna particolare esigenza di una collaborazione sistematica con «idonee formazioni sociali di base e associazioni di volontariato», potendo invece essere decisa caso per caso, secondo le modalità operative loro proprie e dopo aver assicurato alla donna quella consulenza competente e rispettosa delle sue scelte alla quale si faceva sopra riferimento.

Cosa accadrà, ora, con il passaggio alle Regioni della competenza a decidere se, come e con quali «soggetti del terzo settore» avvalersi del loro coinvolgimento? Quale spazio rimarrà per l'autonomia delle scelte dei consultori, il cui lavoro interdisciplinare, basato sulla valutazione delle complesse situazioni, esige una attenta e rispettosa valutazione di ogni singola situazione?

Quale “libertà” per il consultorio di svolgere il suo ruolo di “fraternal” accompagnamento?