

2

maggio-agosto
2021

SoDiS

Società italiana di
Diritto Sanitario

CORTI SUPREME e SALUTE

Rivista diretta da
Renato Balduzzi

In evidenza:

- Il sindacato di "maggiore attendibilità" nella recente giurisprudenza amministrativa in materia di farmaci
- La sentenza 123/2021 della Corte costituzionale del Portogallo sulla morte medicalmente assistita
- Due commenti alla nuova sentenza della Corte Suprema USA sull'Obamacare
- Il rapporto problematico tra diritto alla salute e procreazione medicalmente assistita nella giurisprudenza delle Corti costituzionali e sovranazionali

DIREZIONE

Renato Balduzzi (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano)

COMITATO SCIENTIFICO

Enzo Balboni (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano); Mario Bertolissi (Università di Padova); Carlo Bottari (Università di Bologna); Josep Maria Castellà Andreu (Universitat de Barcelona); Lorenzo Chieffi (Università della Campania); Matteo Cosulich (Università di Trento); Lorenzo Cuocolo (Università di Genova); Carlo Emanuele Gallo (Università di Torino); Gianmario Demuro (Università di Cagliari); Giuseppe Di Gaspare (LUISS, Roma); Giorgio Grasso (Università dell'Insubria); Donatella Morana (Università di Roma "Tor Vergata"); Massimo Luciani (Università di Roma "La Sapienza"); † Jörg Luther (Università del Piemonte Orientale); Bertrand Mathieu (Université de Paris I Panthéon-Sorbonne); Barbara Pezzini (Università di Bergamo); Annamaria Poggi (Università di Torino); Fabrizio Politi (Università dell'Aquila); Emanuele Rossi (Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa); Maria Alessandra Sandulli (Università di Roma Tre); Massimo Siclari (Università di Roma Tre); Michel Verpeaux (Université de Paris I Panthéon-Sorbonne); Carlos Vidal Prado (UNED, Madrid); Lorenza Violini (Università di Milano)

REDAZIONE SCIENTIFICA

Davide Servetti, Andrea Patanè, Vincenzo Antonelli, Luca Armano, Francesco Gallarati, Davide Paris, Arianna Pitino, Eugenio Tagliasacchi

Corti Supreme e Salute è classificata nell'elenco delle riviste scientifiche (area 12) tenuto dall'Agenzia nazionale di valutazione del sistema universitario e della ricerca.

Direttore responsabile: Renato Balduzzi

Amministrazione:

Pacini Editore Srl, via Gherardesca 1, 56121 Ospedaletto (PI)

Tel. 050 313011 • Fax 050 3130300

www.pacineditore.it • info@pacineditore.it

I contributi pubblicati su questa rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Indice

Giurisprudenza italiana

- G. PARODI, *Il sindacato di “maggiore attendibilità” nella recente giurisprudenza amministrativa in materia di farmaci*..... p. 241
- A. PATANÈ, D. SERVETTI, *Il potere sostitutivo dello Stato di fronte alla “crisi dell’autonomia”. Nota alla sentenza della Corte costituzionale n. 168/2021 sul piano di rientro sanitario della Regione Calabria* » 257
- [Corte cost., sent. 24 giugno-23 luglio 2021, n. 168, red. Antonini]

Giurisprudenza straniera

- A. ABRANTES, *La sentenza 123/2021 della Corte costituzionale del Portogallo sulla morte medicalmente assistita: analisi e confronto con il caso Cappato*..... » 277
- [Tribunal const. de Portugal, acórdão 15 de março de 2021, n. 123]
- E. MOSTACCI, *Costituzionalmente non illegittimo, ma ormai privo di nerbo: l’Obamacare dopo la presidenza Trump. Note a margine di SCOTUS, Texas v. California*..... » 301
- [Supreme Court of the Unites States, California et al. v. Texas et al., no. 19-840, 593 US_(2021), June 17, 2021]
- A. PITINO, *Brevi note sul caso “Cambie” della Corte Suprema della Columbia Britannica a proposito del rapporto tra sanità pubblica e sanità privata in Canada* » 315
- [Supreme Court of British Columbia, Cambie Surgeries Corporation v. British Columbia (Attorney General), 2020 BCSC 1310]

Osservatorio

- A. NATALINI, *Le “norme-scudo” a favore degli operatori sanitari. Commento a prima lettura degli artt. 3 e 3-bis d.l. n. 44/2021, conv., con modif., in l. n. 76/2021* » 331
- E. ROSSI, *Le “Case della comunità” del PNRR: alcune considerazioni su un’innovazione che merita di essere valorizzata* » 361

Saggi

- G. CAMPANELLI, *Salute “biologica”, “intenzionale” ovvero salute psico-fisica: riflessioni sull’estensione della tutela alle coppie omosessuali con riferimento alla procreazione medicalmente assistita e alla surrogazione della maternità*..... » 381

S. CECCHINI, <i>Illiceità del ricorso a tecniche di PMA da parte di coppie dello stesso sesso e tutela del preminente interesse del minore: la sentenza n. 32/2021 della Corte costituzionale ...</i>	» 401
M.P. IADICICCO, <i>Prospettive e problematiche della riconduzione della PMA al diritto costituzionale alla salute.....</i>	» 419
F. MEOLA, <i>Il consenso informato al trattamento di p.m.a. e la sua irrevocabilità. A proposito di alcune recenti ordinanze... “da ignorare”.....</i>	» 441

Dibattiti

E. BALBONI, <i>La U.S. Supreme Court respinge per la terza volta l'attacco all'Obamacare.....</i>	» 465
L. CIRCELLI, <i>L'emergenza da COVID-19: da prova di resistenza a occasione di crescita per la magistratura di sorveglianza.....</i>	» 471
A. TORRI, <i>Pandemia e carcere. Una breve analisi.....</i>	» 475

Il sindacato di “maggiore attendibilità” nella recente giurisprudenza amministrativa in materia di farmaci*

Giampaolo Parodi**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il sindacato di maggiore attendibilità nel caso *Avastin-Lucentis*. – 3. *Segue*. Il sindacato giurisdizionale sulla delimitazione del mercato rilevante da parte dell’AGCM. – 4. L’apparente attitudine espansiva del sindacato di maggiore attendibilità. La giurisprudenza sull’uso *off label* dei farmaci durante l’emergenza sanitaria. – 5. *Segue*. La competenza specializzata delle agenzie del farmaco.

ABSTRACT

L’articolo ha ad oggetto il sindacato cosiddetto “di maggiore attendibilità” operato dal giudice amministrativo italiano. Questo tipo di controllo giurisdizionale, riferito a decisioni amministrative basate su complesse valutazioni tecnico-scientifiche, è stato messo a punto nella recente giurisprudenza, principalmente riguardante il ricorso contro le sanzioni amministrative irrogate dalle autorità indipendenti italiane. L’articolo si sofferma in particolare sulle modalità e i limiti del controllo giurisdizionale degli accertamenti tecnici effettuati dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato al fine di definire il “mercato rilevante” con riferimento al mercato farmaceutico. Nella seconda parte del contributo, l’autore esamina le modalità del controllo, da parte del giudice amministrativo, delle valutazioni tecniche svolte dall’Agenzia italiana del farmaco nell’ambito dell’emergenza Covid-19. La giurisprudenza in questione mostra il superamento, in una certa misura, della tradizionale deferenza giudiziaria nei confronti di autorità e agenzie indipendenti, nonostante le loro specifiche competenze tecniche.

The article regards the judicial review defined as “of greater reliability” by the Italian administrative judge. This kind of judicial control, referred to administrative decisions based on complex technical or scientific assessments, has been set up in the recent case law, mainly concerning the appeal against the administrative fines imposed by the Italian independent authorities. The article especially focuses on the methods and limits of judicial control of technical assessments carried out by the antitrust authority in order to define the “relevant market” with regard to the pharmaceutical market. In the second part of the contribution, the author analyses how the administrative judge controls the technical assessments of the Italian Medicines Agency related to the Covid-19 emergency. The case law in question shows the overcoming, to a certain extent, of the traditional judicial deference towards independent authorities and agencies, notwithstanding their specific technical expertise.

1. Introduzione

La recente giurisprudenza in materia farmaceutica presenta elementi di notevole interesse sotto il profilo delle tecniche di giudizio adottate in presenza di valutazioni tecniche affidate dalla legge ad autorità amministrative indipendenti o ad agenzie specializzate. Nelle pronunce esaminate in queste pagine, in particolare, si adottano tecniche di giudizio più o meno esplicitamente evocative del sindacato di “maggiore attendibilità”, di recente teorizzato e, in qualche caso, esercitato, dal giudice amministrativo¹.

Va detto subito che la giurisprudenza esaminata investe due ambiti eterogenei.

Il primo è quello del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato che irrogano sanzioni di tipo punitivo, a carattere sostanzialmente penale, ciò che influisce in termini decisivi sulla valutazione relativa all’adeguatezza della tutela giurisdizionale.

Il secondo ambito giurisprudenziale considerato ai fini della presente analisi è quello del sindacato sulle valutazioni tecniche delle autorità del farmaco, con riferimento ad alcune recenti pronunce concernenti provvedimenti adottati in relazione all’emergenza sanitaria in atto.

Anche se il sindacato di maggiore attendibilità trova il suo campo di applicazione privilegiato nella giurisprudenza sui provvedimenti sanzionatori a carattere punitivo delle autorità indipendenti – per i quali la dottrina con insistenza crescente invoca un modello di *full jurisdiction* più o meno univocamente delineato dalla Corte EDU² – si vedrà che significativi riflessi di tale modello di controllo si registrano anche nel segmento giurisprudenziale concernente alcuni recenti atti dell’AIFA.

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell’Università di Pavia, giampaolo.parodi@unipv.it.

¹ Il sindacato di maggiore attendibilità esercitato o almeno indicato quale modello privilegiato nella giurisprudenza analizzata nelle pagine che seguono era stato già delineato nei suoi aspetti fondamentali – con ampi richiami alla giurisprudenza precedente, già orientata al superamento del sindacato intrinseco in senso debole sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti – nel documento dell’Ufficio studi, massimario e formazione del Consiglio di Stato, *Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale. Ogni potere ha il suo giudice e a tale regola generale non sfuggono le Autorità indipendenti*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017.

² Sui requisiti del modello di *full jurisdiction* cfr. F. FOLLIERI, *La giurisdizione di legittimità come full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2018, p. 133 ss.; F. GOISIS, *La Full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Diritto amministrativo*, 2018, p. 1 ss.; Id., *Il canone della “Full jurisdiction”, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito. Riflessioni critiche sull’art. 7, co. 1, d.lgs 19 gennaio 2017, n. 3*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2018, p. 199 ss.

2. Il sindacato di maggiore attendibilità nel caso *Avastin-Lucentis*

Nella sentenza del Consiglio di Stato sulla vicenda *Avastin-Lucentis*³, nella prospettiva di una giurisdizione piena sul rapporto controverso, si afferma che “al sindacato (non sostitutivo) di ‘attendibilità’ va ... sostituito un sindacato pieno di ‘maggiore attendibilità’”, diretto “all’accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale invocata (nella specie, l’accertamento della realizzazione o meno dell’intesa illecita punita con una pesante sanzione pecuniaria)”, analogamente a quanto accade nelle azioni *stand alone* davanti al giudice ordinario chiamato a qualificare comportamenti di imprese, o associazioni di imprese, non a decidere della legittimità del provvedimento impugnato⁴.

Richiamando la giurisprudenza più recente della Corte di giustizia⁵, il Consiglio di Stato afferma che “la sussunzione delle circostanze di fatto nel perimetro di estensione logica e semantica dei concetti giuridici indeterminati (ad esempio, quella del “mercato rilevante”) è una attività intellettuale ricompresa nell’interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa, in quanto il tratto ‘libero’ dell’apprezzamento tecnico si limita qui a riflettere esclusivamente l’opinabilità propria di talune valutazioni economiche. Ne consegue che la tutela giurisdizionale, per essere effettiva e rispettosa della garanzia della parità delle armi, deve consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della *quaestio facti* sotto il profilo della sua intrinseca verità (per quanto, in senso epistemologico, controvertibile). Al sindacato (non sostitutivo) di ‘attendibilità’ va dunque sostituito un sindacato pieno di ‘maggiore attendibilità’”⁶.

³ C.S., Sez. VI, sent. n. 4990 del 2019, che (non senza aver previamente investito in via pregiudiziale la Corte di giustizia UE, che ha risposto con la sent. 23 gennaio 2018, C-179/16) conferma la sentenza del T.a.r. per il Lazio n. 12168 del 2014, la quale aveva respinto i ricorsi delle società farmaceutiche sanzionate dall’AGCM per aver posto in essere un’intesa restrittiva per oggetto diretta a disincentivare l’uso *off label* del farmaco *Avastin*, considerato in rapporto di sostituibilità con il farmaco *Lucentis* (molto più costoso e, secondo l’AGCM, appartenente allo stesso mercato rilevante) attraverso una strategia collusiva diretta, secondo l’ipotesi accusatoria, ad enfatizzare i rischi dell’uso fuori indicazione di *Avastin* e accreditando una “artificiosa differenziazione” tra i due farmaci. La vicenda non può considerarsi chiusa, giacché, come si segnala nelle pagine seguenti, la sent. n. 4990 del 2019 è stata impugnata per revocazione davanti al Consiglio di Stato, il quale, nel corso del giudizio, non ha esitato a proporre (C.S., Sez. VI, ord. n. 2327 del 2021) un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia su profili di interesse, come si vedrà al paragrafo seguente, ai fini della presente analisi.

⁴ Si tratta di un’impostazione nella sostanza conforme a quanto ipotizzato da G. GRECO, *L’accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2016, p. 1017, il quale, nella prospettiva di un sindacato di piena giurisdizione e di un corrispondente “mutamento di mentalità e di logiche decisorie”, prefigura un passaggio “dallo schema del giudizio sull’atto a quello del giudizio sul rapporto, ma non rapporto amministrativo, sibbene rapporto di diritto privato”.

⁵ Il C.S., Sez. VI, sent. n. 4990 del 2019, rinvia a Corte di giustizia (Terza Sezione), 11 settembre 2014, Causa C-382/12 MasterCard Inc. e altri contro Commissione europea, nella quale al par. 156 si legge che il Tribunale di primo grado “non può basarsi sul potere discrezionale di cui dispone la Commissione, in forza del ruolo assegnatole, in materia di politica della concorrenza, dai Trattati UE e FUE, per rinunciare a un controllo approfondito tanto in fatto quanto in diritto”.

⁶ C.S., Sez. VI, sent. n. 4990 del 2019, nella quale inoltre si legge che “non pare corretto impostare il discorso sul grado di intensità del controllo giurisdizionale sugli atti dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato in termini di possi-

La citata giurisprudenza è richiamata – e per alcuni versi rivisitata – in una serie di decisioni successive pronunciate in sequenza sul medesimo oggetto⁷, nelle quali si opta per un più limitato, ma tutt'altro che superficiale, controllo di attendibilità diretto a verificare se la valutazione dell'autorità garante «... rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto» (Cons. Stato, Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990)⁸.

Tale sindacato, si aggiunge, sempre richiamando la sentenza della VI Sezione n. 4990 del 2019⁹ – ma discostandosi in parte da essa – è stato definito di “attendibilità tecnica e non sostitutivo”¹⁰, secondo un'impostazione recepita in altre pronunce coeve¹¹ nelle quali pe-

bilità o meno di sindacato sostitutivo del giudice. *Non operano infatti i limiti cognitivi insiti nella tecnica del sindacato sull'esercizio del potere, quando il giudice è pienamente abilitato a pervenire all'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale invocata (nella specie, l'accertamento della realizzazione o meno dell'intesa illecita punita con una pesante sanzione pecuniaria)*” (corsivo non testuale).

⁷ C.S., Sez. VI, sentenze n. 5558-5564 e 6022, 6023, 6025, 6027, 6030 e 6025 del 2019.

⁸ Una lettura della sentenza n. 4990 del 2019 volta a ridimensionarne la portata è contenuta anche in C.S., VI, sent. n. 6315 del 2019, nella quale (con riferimento all'impugnazione di un decreto ministeriale) si legge che “Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica è finalizzato a verificare se la pubblica amministrazione ha violato il principio di ragionevolezza tecnica, senza che sia consentito, in coerenza con il principio costituzionale di separazione, sostituire le valutazioni, anche opinabili, espresse con il provvedimento censurato. Non è dunque ammesso un ‘sindacato sostitutivo’ ma soltanto quello che è stato definito sindacato di ‘attendibilità tecnica’ (Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, sia pure con riferimento ad un settore diverso da quello in esame)”.

⁹ Nella quale, quanto meno rispetto alle sanzioni antitrust, la conclusione è come si è visto che al sindacato (non sostitutivo) di “attendibilità” va sostituito un sindacato pieno di “maggiore attendibilità”.

¹⁰ C.S., Sez. VI, sent. n. 5559 del 2019, nella quale si legge: “la giurisprudenza amministrativa più recente – superate alcune incomprensioni lessicali legate all'iniziale distinzione tra sindacato ‘debole’ e ‘forte’ – ha ammesso una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito dall'amministrazione. Si è affermato che «l'unico limite in cui si sostanzia l'intangibilità della valutazione amministrativa complessa è quella per cui, quando ad un certo problema tecnico ed opinabile (in particolare, la fase di c.d. ‘contestualizzazione’ dei parametri giuridici indeterminati ed il loro raffronto con i fatti accertati) l'Autorità ha dato una determinata risposta, il giudice (sia pure all'esito di un controllo ‘intrinseco’, che si avvale cioè delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall'Amministrazione) non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Autorità, dovendosi piuttosto limitare a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto» (Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990). Tale sindacato è stato definito di «attendibilità tecnica’ e ‘non sostitutivo’» (Cons. Stato, sez. VI, n. 4990 del 2019, cit.)”.

Si tratta di una ricostruzione non del tutto aderente alla sentenza del Cons. Stato, Sez. VI, n. 4990 del 2019, nella quale si afferma che “gli elementi descrittivi del divieto di intesa anticompetitiva, anche quelli valutativi e complessi, sono presi in considerazione dalla norma attributiva del potere, nella dimensione oggettiva di ‘fatto storico’ accertabile in via diretta dal giudice e non di fatto ‘mediato’ dall'apprezzamento dell'Autorità. Per questi motivi, il giudice non deve limitarsi a verificare se l'opzione prescelta da quest'ultima rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili che possono essere date a quel problema alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto, bensì deve procedere ad una compiuta e diretta disamina della fattispecie”.

¹¹ Cfr. C.S., Sez. VI, sent. n. 4211 del 2018, nella quale si afferma che “laddove residuino margini di opinabilità in relazione ai concetti indeterminati, il giudice amministrativo non può comunque sostituirsi all'AGCM nella definizione di tali concetti, se questa sia attendibile secondo la scienza economica e immune da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici e da vizi di violazione di legge (in tal senso, *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. VI, 30 giugno 2016, n. 2947; *id.*, 13 giugno 2014, n. 3032). Tali principi giurisprudenziali sono stati di recente recepiti dal legislatore con il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, in G.U. n. 15 del 19 gennaio 2017, entrata in vigore il 3 febbraio 2017”.

raltro si delinea un sindacato di attendibilità in dichiarata adesione all’articolo 7, comma 1, del decreto legislativo n. 3 del 2017¹².

Va segnalato che, ancora da ultimo, il Consiglio di Stato ha avuto modo di ribadire in termini generali la necessità di un sindacato di maggiore attendibilità sui provvedimenti sanzionatori a carattere sostanzialmente penale dell’AGCM¹³.

3. Segue. Il sindacato giurisdizionale sulla delimitazione del mercato rilevante da parte dell’AGCM

La giurisprudenza in tema di sindacato di maggiore attendibilità sui provvedimenti sanzionatori dell’AGCM segnala la frequente compresenza, all’interno dei medesimi, di valutazioni tecniche di natura eterogenea. Si tratta di una questione controversa, sulla quale sia la Corte di giustizia sia il Consiglio di Stato si sono di recente espressi, mettendo in luce profili peculiari del controllo esercitato sui provvedimenti sanzionatori dell’AGCM.

Nella vicenda che ha riguardato la “differenziazione artificiosa” dei farmaci *Avastin e Lucentis*, definita dal Consiglio di Stato con la sentenza sopra citata¹⁴, il provvedimento dell’AGCM, prioritariamente fondato su valutazioni rientranti nella competenza specifica dell’Autorità, lascia sullo sfondo gli apprezzamenti di natura strettamente farmacologica, pur se *prima facie* determinanti sia ai fini dell’individuazione del mercato rilevante, a par-

¹² Si riporta per comodità l’articolo 7, comma 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, *Attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell’Unione europea*: “Ai fini dell’azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell’autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell’autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all’articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato. *Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima.* Quanto previsto al primo periodo riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l’esistenza del danno” (corsivo non testuale).

¹³ C.S., Sez. VI, sent. n. 2081 del 2021, della quale è necessario riportare alcuni passaggi: “Su un piano generale, la Sezione (cfr. Cons. St., sez. IV, n. 4990 del 2019) ha già avuto modo di approfondire la questione (tenuto anche conto delle innovazioni apportate dall’art. 7, primo comma, del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3 in attuazione della direttiva 2014/104/UE), confermando per il Giudice ‘il dovere di accertamento «diretto» di tutti i fatti rilevanti ai fini del decidere, senza in alcun modo esentarlo dal contemporaneo dovere di accertamento «critico» degli elementi valutativi lasciati indeterminati dalla fattispecie sanzionatoria”. Prosegue la sentenza: “Il limite che il sindacato giurisdizionale incontra rispetto ad elementi valutativi quali anche quelli che si connotano per la sussistenza di una cd. discrezionalità tecnica, in base alla giurisprudenza da ultimo citata declinabile in termini di ‘attendibilità’, o meglio della ‘maggiore attendibilità’, con esclusione della possibilità per il giudice di sostituirsi all’amministrazione, non costituisce un limite ai poteri del giudice suscettibile di risolversi in una minorata tutela della situazione giuridica sottostante ... Non operano, infatti, i limiti cognitivi insiti nella tecnica del sindacato sull’esercizio del potere, quando il giudice è pienamente abilitato a pervenire all’accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale invocata (nella specie, l’accertamento della sussistenza della pratica commerciale scorretta)”.

¹⁴ Cons. Stato, Sez. VI, sent. n. 4990 del 2019.

tire dalla sostituibilità dei prodotti oggetto della denunciata ripartizione del mercato; sia ai fini della qualificazione delle condotte, laddove si ragiona di differenziazione “artificiosa” o “strumentale” dei due farmaci come contenuto essenziale della censurata intesa restrittiva per oggetto.

Per quanto riguarda il primo aspetto, nel provvedimento dell’AGCM, l’individuazione del mercato rilevante – inteso come “zona geograficamente circoscritta nell’ambito della quale, dato un certo prodotto o una gamma di prodotti *sostituibili*, le imprese che li forniscono si pongano in rapporto di concorrenza fra loro”¹⁵ – muove dall’assunto dell’equivalenza dei due farmaci oggetto dell’istruttoria.

Nondimeno, la nozione di sostituibilità ai fini dell’individuazione del mercato rilevante sembra prescindere da valutazioni di natura medico-scientifica, risultando invece decisivi i comportamenti delle imprese e, soprattutto, dei consumatori¹⁶.

Tale impostazione pare nella sostanza avvalorata dal Consiglio di Stato¹⁷ sulla base della ricostruzione della prassi commerciale e clinica, facendo astrazione anche – a quanto sembra – dalla normativa di riferimento, la cui applicazione presuppone apprezzamenti tecnici da parte di organi pubblici specializzati, a livello europeo e nazionale, ai fini dell’autorizzazione all’immissione in commercio, della farmacovigilanza e dell’ammissione di un determinato farmaco al rimborso nell’ambito del servizio sanitario nazionale, in particolare ai fini dell’inserimento nella “lista 648” dei farmaci suscettibili di impiego *off-label*¹⁸.

Il Consiglio di Stato si muove peraltro nel solco delle indicazioni impartite dalla Corte di giustizia, investita sul punto nell’ambito del medesimo procedimento con il rinvio pregiudiziale definito dalla sentenza 23 gennaio 2018, C-179/16¹⁹, e in dichiarata adesione a quest’ultima, nella quale, a partire dalla ricognizione empirica della prassi clinica, si teorizza un “rapporto concreto di sostituibilità” che prescinde sia dalla valutazione farma-

¹⁵ C.S., Sez. VI, sent., 29-09-2009, n. 5864; corsivo aggiunto. In senso analogo, tra le tante, C.S., Sez. VI, sent. n. 1673 del 2014; C.S., Sez. VI, sent. n. 4211 del 2018; v. anche T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 29-03-2012, n. 3038. Sulle modalità del sindacato giurisdizionale, in Cons. Stato, Sez. VI, 12-02-2007, n. 550, si precisava quanto segue: “stante il carattere complesso ed opinabile delle valutazioni sottese all’individuazione del mercato rilevante, va escluso che il sindacato giurisdizionale sulla relativa configurazione possa spingersi al punto da negarne l’esistenza sulla base di valutazioni *economiche* diverse da quelle dell’Autorità, dovendosi il giudice limitare a verificarvi soltanto l’eventuale esistenza di vizi logici o di ragionevolezza, difetto istruttorio o di motivazione (Cons. St. Sez. VI, 14 marzo 2000, n. 1348). Il che, peraltro – come pure già rilevato – è conforme al criterio adottato dalla Corte comunitaria che in più occasioni ha fatto riferimento alla discrezionalità della Commissione nella determinazione del mercato rilevante come limite al sindacato del giudice comunitario in sede di controllo giurisdizionale (Corte giust. Ce, 7 gennaio 2004, in C-204/00P-C219/00P)” (corsivo non testuale; conforme T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 14-04-2011, n. 3252).

¹⁶ AGCM, Provvedimento n. 24823 del 2014, Roche-Novartis, farmaci Avastin e Lucentis, in www.agcm.it, par. 179 e 180.

¹⁷ Cfr. ancora la sentenza del C.S., Sez. VI, n. 4990 del 2019.

¹⁸ Su questi aspetti cfr. G.F. FERRARI, F. MASSIMINO, *Diritto del farmaco. Medicinali, diritto alla salute, politiche sanitarie*, Bari, 2015, p. 132 ss.

¹⁹ Sulla quale cfr. M. COLANGELO, M. MAGGIOLINO, *Il caso Avastin-Lucentis alla prova della Corte di Giustizia*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2018, p. 299 ss.

cologica relativa all’equivalenza sotto il profilo terapeutico, sia dall’esistenza di un’autorizzazione all’uso *off label* del farmaco meno costoso²⁰.

Il percorso argomentativo intrapreso dal Consiglio di Stato riproduce quello seguito dalla Corte di giustizia²¹ anche laddove afferma che “lo stato di incertezza in merito alla liceità delle condizioni di riconfezionamento e di prescrizione dell’Avastin per il trattamento di patologie oftalmiche non ostava a che l’AGCM, ai fini dell’applicazione dell’articolo 101, paragrafo 1, TFUE, concludesse che tale prodotto rientrava nello stesso mercato di un altro medicinale la cui AIC copre specificamente tali indicazioni terapeutiche”²².

Sulla base di tali premesse il Consiglio di Stato ha definito il giudizio in piena sintonia, come si è anticipato, con l’impostazione accolta dal giudice sovranazionale²³.

Per quanto riguarda l’addebito relativo al carattere artificioso della differenziazione dei due farmaci, realizzata secondo l’AGCM attraverso strategie comunicative concordate nell’ambito dell’attività collusiva imputata alle imprese sanzionate, il provvedimento sanzionatorio sembra implicitamente assumere l’equivalenza dei due farmaci sotto il profilo terapeutico. Nondimeno, su questo aspetto, diversamente da quanto ampiamente chiarito in ordine ai

²⁰ Corte di giustizia UE, sentenza 23 gennaio 2018, C-179/16, punto 66: “è pacifico tra le parti del procedimento principale che, durante il periodo della violazione oggetto della decisione dell’AGCM, l’Avastin era stato spesso prescritto per il trattamento di malattie oftalmiche, nonostante il fatto che la rispettiva AIC non coprisse tali indicazioni. Tale circostanza denota pertanto l’esistenza di un *rapporto concreto di sostituibilità* tra il medicinale in questione e quelli autorizzati per dette patologie oftalmiche, tra i quali figura il Lucentis”. Tale conclusione non è risultata preclusa dalla lettura restrittiva della categoria delle intese restrittive “per oggetto” avanzata nella stessa sentenza, secondo la quale (punto 78) tale nozione “dev’essere interpretata restrittivamente e può essere applicata solo a talune forme di coordinamento tra imprese che rivelano un grado di dannosità per la concorrenza sufficiente perché si possa ritenere che l’esame dei loro effetti non sia necessario. Infatti, talune forme di coordinamento tra imprese possono essere considerate, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza (sentenze del 20 novembre 2008, Beef Industry Development Society e Barry Brothers, C-209/07, EU:C:2008:643, punto 17, nonché del 27 aprile 2017, FSL e a./Commissione, C-469/15 P, EU:C:2017:308, punto 103)”.

²¹ Cfr. Corte di giustizia UE, sentenza 23 gennaio 2018, C-179/16, punto 61. Il C.S., Sez. VI, n. 4990 del 2019, richiama la sentenza della Corte di giustizia anche nella parte in cui afferma che, “al fine di valutare in che limiti un prodotto farmaceutico la cui AIC non copre il trattamento di talune patologie sia sostituibile o intercambiabile con un altro, autorizzato da parte sua ai fini del trattamento di tali patologie, e se tali prodotti rientrino pertanto nell’ambito dello stesso mercato rilevante nel senso richiamato ai punti 50 e 51 della presente sentenza, l’autorità nazionale garante della concorrenza deve, sempreché le autorità o i giudici competenti a tal fine abbiano condotto un esame della conformità del prodotto in questione alle disposizioni vigenti che ne disciplinano la fabbricazione o la commercializzazione, tener conto del risultato di tale esame, valutandone i possibili effetti sulla struttura della domanda e dell’offerta”. Il C.S. richiama anche i punti 62 e 63: “Tuttavia, per quanto riguarda il procedimento principale, nessun elemento del fascicolo suggerisce che, al momento dell’applicazione dell’articolo 101 TFUE da parte dell’AGCM, l’eventuale illiceità delle condizioni di riconfezionamento e di prescrizione dell’Avastin destinato all’uso *off-label*, allegata dalla Roche, fosse stata accertata dalle autorità preposte al controllo del rispetto della normativa farmaceutica o dai giudici nazionali”.

²² Corte di giustizia UE, sentenza 23 gennaio 2018, C-179/16, punto 64.

²³ Si legge, in particolare, in C.S., VI, 4990 del 2019, che “nel caso in esame, è pacifico che, durante il periodo della violazione ... l’Avastin era stato spesso prescritto per il trattamento di malattie oftalmiche, nonostante il fatto che la rispettiva AIC non coprisse tali indicazioni”; e che “Il provvedimento impugnato ha quindi correttamente definito il mercato rilevante dei farmaci per la cura di patologie della vista dovute a disordini vascolari oculari, nel quale ricondurre sia prodotti tipicamente autorizzati per tale uso, come Lucentis, e sia prodotti impiegati *off label* per le medesime finalità terapeutiche, come l’Avastin”.

criteri di individuazione del mercato rilevante, la sentenza del Consiglio di Stato non propone un'argomentazione esaustiva.

Sull'argomento il Consiglio di Stato è tornato da ultimo, nel corso del giudizio per revocazione instaurato dalle imprese soccombenti, con una nuova ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia²⁴ alla quale, tra l'altro, si chiede se la sentenza del Consiglio di Stato n. 4990 del 2019 abbia violato i principi espressi dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 23 gennaio 2018 non solo "in relazione all'inclusione nel medesimo mercato rilevante dei due farmaci senza tener conto delle prese di posizioni di autorità che avrebbero accertato l'illiceità della domanda e dell'offerta di Avastin *off-label*", ma anche in relazione "alla mancata verifica della pretesa ingannevolezza delle informazioni diffuse dalle società"²⁵.

Su questo secondo profilo, a fronte della doglianza di omessa pronuncia formulata dalle ricorrenti (lamentando tra l'altro che la sentenza impugnata non avrebbe indagato la pretesa ingannevolezza delle informazioni diffuse dalle società, sebbene essa rappresentasse un autonomo elemento costitutivo della fattispecie contestata), nella citata ordinanza si legge: "Circa la mancata indagine sull'ingannevolezza della condotta delle società ricorrenti in revocazione la sentenza non definitiva ha ritenuto sufficiente quanto accertato in sentenza circa l'enfaticizzazione dei rischi di commercializzazione *off-label* dell'Avastin anche nel quadro di incertezza scientifica che ha poi condotto all'assoluzione di alcuni responsabili delle società ricorrenti dal reato di aggio (di cui all'art. 501 c.p. italiano), stante l'autonomia dei presupposti dell'illecito penale rispetto all'illecito antitrust, ravvisabile a giudizio del Collegio anche in presenza di condotte concretizzantesi in un'intesa volta ad enfatizzare rischi per ragioni commerciali"²⁶.

Pur riportando la fattispecie al paradigma dell'intesa restrittiva per oggetto, che in linea di massima prescinde dalla dimostrazione degli effetti anticompetitivi²⁷, in sintonia con l'impostazione accolta dalla sentenza impugnata per revocazione e pur dubitando della

²⁴ C.S., Sez. VI, ord. n. 2327 del 2021.

²⁵ Al riguardo, la Corte di giustizia UE, sentenza 23 gennaio 2018, C-179/16, aveva precisato (al punto 92) che le informazioni fornite dalle imprese sanzionate possono essere "considerate ingannevoli se – circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare – dette informazioni miravano, da un lato, a indurre l'EMA e la Commissione in errore e ad ottenere l'aggiunta della menzione di effetti collaterali negativi nel riassunto delle caratteristiche del prodotto, per consentire al titolare dell'AIC di avviare una campagna di sensibilizzazione dei professionisti della sanità, dei pazienti e delle altre persone interessate, al fine di amplificare artificiosamente tale percezione e, dall'altro, ad enfatizzare, in un contesto di incertezza scientifica, la percezione da parte del pubblico dei rischi connessi all'uso *off-label* dell'Avastin, tenuto conto, in particolare, del fatto che l'EMA e la Commissione non hanno modificato il riassunto delle caratteristiche di tale medicinale in termini di «effetti indesiderati», ma si sono limitate a formulare «avvertenze speciali e precauzioni d'impiego».

²⁶ Nella stessa ord. n. 2327 del 2021 si osserva che "secondo la stessa Corte di Giustizia, proprio in un contesto di incertezza scientifica, le imprese sono chiamate ad un indispensabile rigore informativo, non potendo esse enfatizzare come un fatto scientifico incontrovertibile talune risultanze che sono ancora oggetto di incertezza".

²⁷ Tra le tante, C.S., Sez. VI, sent. n. 4211 del 2018; C.S., Sez. VI, sent. n. 6314 del 2019. Sulla recente giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di intese restrittive per oggetto cfr. M.P. NEGRINOTTI, *L'applicazione dell'art. 101 TFUE tra tradizione e innovazione: analisi dei recenti sviluppi nell'enforcement del divieto di intese*, in C. FRATEA (a cura di), *Stato dell'arte e nuove sfide nel diritto europeo della concorrenza*, Bari, 2019, p. 95 ss.

stessa ammissibilità del relativo ricorso, il Consiglio di Stato si è poi risolto ad investire nuovamente la Corte di giustizia sui profili richiamati, oggetto della precedente sentenza della medesima Corte europea, oltre che sulla stessa compatibilità con il diritto dell’Unione della mancata previsione – non ritenuta peraltro costituzionalmente imposta²⁸ – della possibilità di rimuovere un giudicato amministrativo in asserito contrasto con quanto stabilito da una sentenza della Corte di giustizia pronunciata in via pregiudiziale nell’ambito del medesimo procedimento, non senza, come si è detto, aver previamente manifestato dubbi in merito alla stessa ritualità di un ricorso per revocazione apparentemente diretto a contestare *errores in iudicando*.

La vicenda in esame sembra attestare il consolidarsi di un approccio metodologico dell’AGCM, avallato dalla Corte di giustizia e dal Consiglio di Stato, diretto ad evitare la contaminazione del punto di vista settoriale di cui l’Autorità stessa è titolare con valutazioni tecniche estranee alla propria specifica competenza e affidate ad altre autorità, come se la tutela della concorrenza richiedesse, per un verso, una piena autosufficienza e, per un altro verso, un velo di ignoranza diretto a garantire la purezza della valutazione antitrust, del tutto autoreferenziale e autonoma dalle qualificazioni giuridiche ad essa estranee, non solo di ordine penale²⁹.

Anche dinanzi al giudice amministrativo, l’accertata sostituibilità dei due prodotti e il carattere artificioso della prospettata differenziazione, unitamente ai riscontri istruttori indicati nel provvedimento sanzionatorio, diventano elementi fondativi del giudizio di attendibilità dell’ipotesi accusatoria a prescindere dal punto di vista strettamente tecnico-scientifico, eventualmente emerso in contraddittorio nel corso del giudizio, anche sulla base di eventuali acquisizioni istruttorie relative all’equivalenza terapeutica dei due prodotti³⁰.

²⁸ Nell’ordinanza del Consiglio di Stato si ricorda che la Corte costituzionale, nella sent. n. 123 del 26 maggio 2017, “sempur nella differente ipotesi di un contrasto con una decisione della Corte Europea dei Diritti Umani, si è espressa nel senso che “*nel nostro ordinamento la riapertura del processo non penale, con il conseguente travolgimento del giudicato, esige una delicata ponderazione, alla luce dell’art. 24 Cost., fra il diritto di azione degli interessati e il diritto di difesa dei terzi, e tale ponderazione spetta in via prioritaria al legislatore*” (vedasi anche Cons. St., Ad. Plen. n. 12/2017, secondo cui: “All’esito della decisione della Corte Costituzionale n. 123 del 26 maggio 2017... è evidente che il ricorso per revocazione ... deve essere dichiarato inammissibile, in quanto risulta essere stato proposto per una ipotesi non contemplata dall’ordinamento giuridico, ed è noto che per la costante giurisprudenza civile ed amministrativa, attesa la loro eccezionalità, i casi di revocazione della sentenza, tassativamente previsti dall’art. 395 cod. proc. civ., sono di stretta interpretazione, ai sensi dell’art. 14 delle preleggi”).

²⁹ Cfr. ad esempio C.S., Sez. VI, sent. n. 1673 del 2014, nella quale, sulla scorta della sentenza della Corte di giustizia UE (Prima Sezione) 6 dicembre 2012, C-457/10 P, *AstraZeneca*, si osserva che “il carattere abusivo di un comportamento alla luce dell’art. 102 TFUE non ha relazione con la sua conformità ad altre normative, giacché gli abusi di posizione dominante consistono, per lo più, proprio in comportamenti leciti alla luce di altri settori dell’ordinamento, diversi dal diritto alla concorrenza (così anche questa Sezione nel recente caso *Pfizer*: Cons. Stato, VI, 12 febbraio 2014, n. 693)”. In C.S., Sez. VI, 12 febbraio 2014, n. 693, si legge infatti che “pur concretando, ed anzi proprio perché, in tesi, concretano, se presi singolarmente, l’esercizio di facoltà astrattamente previste dall’ordinamento, anche di settore, i comportamenti e gli atti posti in essere da Pfizer hanno determinato una complessa e articolata condotta non illegittimamente definita dall’Autorità in termini di abuso del diritto e, in particolare, anticoncorrenziale”.

³⁰ Sui poteri istruttori dell’AGCM cfr., in particolare, l’art. 10, c. 4, primo periodo, della legge n. 287/1990: “L’Autorità ha diritto di corrispondere con tutte le pubbliche amministrazioni e con gli enti di diritto pubblico, e di chiedere ad essi,

Il giudizio amministrativo sui provvedimenti sanzionatori di cui si tratta pare muoversi piuttosto nell'ottica presuntiva e probabilistica del controllo di congruenza narrativa.

Nella sentenza del Consiglio di Stato sul caso *Avastin-Lucentis* si osserva, in conclusione, che “la mole di riscontri e la congruenza narrativa dell'ipotesi accusatoria non lascia spazio ad alcun tentativo di ricostruzione alternativa, poiché il riscontrato parallelismo di condotte non può essere frutto di un adattamento spontaneo automatico alle dinamiche del mercato ... Non occorre, al fine di integrare l'illecito, la prova scientifica dell'equivalenza terapeutica dei due farmaci sotto ogni profilo in ambito oftalmico. Nel descritto contesto di incertezza scientifica ... non era comunque consentito a due imprese concorrenti di concertare una campagna informativa volta a «manipolare» la percezione dei rischi dell'uso di un farmaco, al fine di condizionarne la domanda”³¹.

Che l'accertamento di una «manipolazione» possa fare astrazione da una valutazione tecnico-scientifica d'inattendibilità delle informazioni in ipotesi veicolate dalle imprese in modo concertato può suscitare qualche dubbio. Nondimeno, quest'ultimo aspetto rimane in ombra sia nel provvedimento impugnato sia nella decisione del giudice amministrativo che lo conferma.

Quello che, ai presenti fini, più che altro interessa è osservare che, nell'ambito del sindacato di congruenza narrativa, si innestano strumenti e tecniche di giudizio di tipo presuntivo e probabilistico inaspettatamente evocativi del sindacato estrinseco di ragionevolezza in alcune sue declinazioni³². Il criterio della congruenza narrativa, ha del resto affermato il Consiglio di Stato, costituisce il “criterio guida” nell'ambito dei procedimenti antitrust, “dove vengono in gioco leggi economiche, ed anche massime di esperienza”³³.

oltre a notizie ed informazioni, la collaborazione per l'adempimento delle sue funzioni”. L'intera materia del *public enforcement* delle regole di concorrenza, ed in particolare l'attività istruttoria ed i poteri di indagine, è ora oggetto di una complessiva rivisitazione nello schema di decreto legislativo di recepimento della direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 che conferisce alle Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno, a norma della legge 22 aprile 2021, n. 53, recante delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea – Legge di delegazione europea 2019-2020, articolo 6 e n. 7) dell'allegato A.

³¹ C.S., Sez. VI, sent. 4990 del 2019.

³² In C.S., Sez. VI, sent. n. 928 del 2017, si legge che le operazioni dell'AGCM “si rivelano aderenti alla realtà dei fatti accertati e agli elementi di prova acquisiti, analiticamente esaminati e ricomposti in una ricostruzione completa dei fatti, i cui singoli passaggi si connotano per la loro coerenza inferenziale interna e non-contraddittoria, e la quale, nella sua globalità e secondo un approccio metodologico olistico combinato a quello analitico, si connota per la congruità narrativa rispetto ai fatti, pervenendo alla corretta conclusione della comprovata sussistenza dell'illecito anticoncorrenziale *sub specie* di intesa restrittiva della concorrenza di tipo orizzontale, perpetrata dalle parti con variegate forme di condotta”.

³³ C.S., Sez. VI, sent. 24 settembre 2012, n. 5067.

4. L'apparente attitudine espansiva del sindacato di maggiore attendibilità. La giurisprudenza sull'uso *off label* dei farmaci durante l'emergenza sanitaria.

Si è visto che, nella vicenda *Avastin-Lucentis*, le valutazioni di natura tecnico-scientifica – estranee alla competenza dell'Autorità garante e riservate ad altri soggetti ed organi pubblici (in particolare, AIFA, attraverso la Commissione tecnico scientifica, ed EMA³⁴) – non sono risultate decisive nell'iter logico seguito dall'Autorità stessa e dal giudice amministrativo per definire il mercato rilevante e dimostrare il carattere decettivo della strategia comunicativa oggetto dell'intesa orizzontale censurata.

D'altro canto, la rivendicazione del sindacato di maggiore attendibilità non ha portato il giudice amministrativo, nel caso specifico, a censurare il provvedimento impugnato.

Diverso è stato l'approccio nella fase cautelare relativa all'impugnazione di una nota dell'AIFA che, nella lettura all'origine del ricorso e della stessa misura cautelare, avrebbe disposto il divieto di impiego *off label* di un farmaco antimalarico (idrossiclorochina) nella cura dell'infezione da COVID-19³⁵.

In tale ordinanza cautelare il giudice amministrativo muove da una delineazione “moderata” del sindacato di attendibilità, premettendo di non voler sindacare il merito di scelte opinabili ma di limitarsi a “verificare se queste scelte siano assistite da una credibilità razionale supportata da valide leggi scientifiche e correttamente applicate al caso di specie ... senza che sia consentito al giudice amministrativo, in coerenza con il principio costituzionale di separazione dei poteri, sostituire le valutazioni, anche opinabili, dell'amministrazione con quelle giudiziali”³⁶.

Mentre nel caso *Avastin-Lucentis*, pur a fronte dell'enunciazione in premessa della forma più incisiva di sindacato intrinseco e sostitutivo, si perviene ad un giudizio di congruenza

³⁴ European Medicines Agency.

³⁵ Come si legge nell'ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. III, n. 7097 del 2020, gli appellanti in sede cautelare sono medici specialisti che, durante la pandemia da SARS-CoV-2, “si sono occupati dei pazienti affetti da tale patologia e hanno esercitato la loro attività sul territorio nazionale, somministrando a tali pazienti, nella prima fase della pandemia, l'idrossiclorochina”. Gli stessi avevano impugnato davanti al T.a.r. per il Lazio la nota AIFA del 26 maggio 2020, che ha disposto la sospensione dell'autorizzazione all'uso *off label* dell'idrossiclorochina per il trattamento del SARS-CoV-2, “se non nell'ambito di studi clinici controllati, e la sua esclusione dalla rimborsabilità a carico del Servizio sanitario nazionale”, in considerazione, come deduce l'Avvocatura generale dello Stato, di “evidenze sperimentali, emergenti dagli studi clinici randomizzati e controllati (RCT: *randomized controlled trial*), che avrebbero rivelato un profilo di efficacia assai incerto del farmaco nel contrasto al virus e un rischio di tossicità, in particolare cardiaca, rilevante ad elevati dosaggi”. Si legge nelle premesse dell'ordinanza cautelare del Consiglio di Stato che, “con la successiva nota del 22 luglio 2020, AIFA ha ritenuto, a fronte di un profilo di efficacia assai incerto e di un rischio di tossicità rilevante, di confermare la sospensione dell'utilizzo *off label* dell'idrossiclorochina e della clorochina al di fuori degli studi clinici controllati. ... Anche questa nuova misura è stata impugnata dai ricorrenti avanti al Tribunale con ricorso per motivi aggiunti al fine di ottenerne, sempre previa sospensione in via cautelare, l'annullamento”. Tale istanza cautelare è stata respinta dal T.a.r. per il Lazio con ord. n. 7069 del 16 novembre 2020, oggetto dell'appello cautelare deciso con l'ordinanza in esame.

³⁶ C.S., Sez. III, ord. n. 7097 del 2020.

narrativa non così lontano, in fin dei conti, da un sindacato di tipo estrinseco, nell'ordinanza concernente l'uso *off label* dell'idrossiclorochina, dopo la riproposizione del limite dell'opinabilità si giunge, all'esito di un sindacato intrinseco in senso forte, ad una valutazione di sostanziale inattendibilità scientifica delle note dell'AIFA, in accoglimento dell'istanza cautelare³⁷.

Nel caso di specie, si legge nell'ordinanza, il collegio era chiamato a valutare “se il divieto di utilizzare *off label* l'idrossiclorochina per la cura del Sars-Cov-2 ... in quanto farmaco ritenuto *non efficace e non sicuro* anche per i pazienti con stadio di malattia meno avanzata abbia un solido fondamento scientifico, come assume AIFA, pur sulla base delle limitate evidenze allo stato disponibili”.

Nel provvedimento che, al di là delle premesse riportate, accoglie l'appello cautelare, il Consiglio di Stato procede ad un riesame serrato dell'attendibilità scientifica delle note dell'AIFA, affermando che “molti degli studi randomizzati e controllati sin qui pubblicati sulle riviste scientifiche più accreditate a livello nazionale e internazionale, nonostante il contrario avviso di AIFA che, come emerge anche dalle prospettazioni difensive, sembra propendere per l'inefficacia del farmaco, non mostrano un quadro certo, univoco”³⁸.

Quanto precede costituisce apparente esercizio di sindacato intrinseco in senso forte, sostitutivo delle valutazioni tecniche e della decisione dell'AIFA di sospendere l'uso *off label* del farmaco, nonostante la precisazione secondo la quale “non compete a questo Consiglio valutare e men che mai decretare l'efficacia terapeutica dell'idrossiclorochina nel contrasto al SARS-CoV-2 in una fase iniziale della malattia, proprio per i limiti connaturati al suo sindacato giurisdizionale”³⁹.

Il giudice amministrativo sembra infatti presupporre una norma secondo la quale AIFA – che peraltro negava di aver disposto un divieto di utilizzazione *off label* del farmaco, semplicemente escludendone la rimborsabilità – non può limitare la libertà di prescrizione

³⁷ Sulle dicotomie che contrappongono sindacato estrinseco e intrinseco, in senso debole e in senso forte, e sul difetto di congruenza narrativa, dovuto di norma al contrasto con massime di comune esperienza, si rinvia all'analisi teorica proposta in G. PARODI, *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, 1990, p. 51 ss., 101 ss.

³⁸ C.S., Sez. III, ord. n. 7097 del 2020, dove, senza peraltro disporre una consulenza tecnica d'ufficio, ma per lo più sulla base degli scritti difensivi e dei documenti ritualmente depositati dalle parti, non senza riferimenti a documentazione scientifica reperibile *on line*, specie nel sito istituzionale dell'AIFA, si giunge alla conclusione (punto 13.1) che “molti dei dati delle ultime ricerche sull'attività di contrasto alla malattia svolta dall'idrossiclorochina sembrerebbero, peraltro, deporre a favore di un meccanismo immunomodulatorio-antiinfiammatorio della sostanza e, cioè, della capacità di ridurre la produzione delle citochine infiammatorie (c.d. *tempesta citochinica*), senza abolire risposte immunitarie protettive, più che convergere nel senso di una sua diretta attività antivirale, che non ha trovato ancora – se mai la troverà – una sicura conferma *in vivo* al di là della sua accertata efficacia *in vitro*”.

³⁹ La conclusione, in C.S., Sez. III, ord. n. 7097 del 2020, punto 15, è infatti la seguente: “questo Consiglio ha il dovere di rilevare che la perdurante incertezza circa la sua efficacia terapeutica, ammessa dalla stessa AIFA a giustificazione dell'ulteriore valutazione in studi clinici randomizzati, non è ragione sufficiente sul piano giuridico a giustificare l'irragionevole sospensione del suo utilizzo sul territorio nazionale da parte dei medici curanti in base ad una conclusione – la *totale definitiva inefficacia* del farmaco sotto ogni aspetto, anche immunomodulatorio – che, allo stato delle conoscenze e della ricerche tuttora parziali e provvisorie, sembra *radicale e prematura* già a livello scientifico”.

del medico⁴⁰ qualora sia solo dubbia la pericolosità di un farmaco o non sia acclarata in modo certo la sua inefficacia⁴¹.

Si tratterebbe di una questione risolvibile per il tramite di un sindacato intrinseco in senso debole, se il giudice amministrativo si limitasse a censurare il divieto a fronte di un'evidente appropriatezza del farmaco.

Nel caso in esame, il giudice amministrativo sembra invece aver optato per un sindacato di tipo forte e sostitutivo nell'accertamento di uno stato di incertezza ostativo alla decisione dell'AIFA, peraltro discostandosi dall'orientamento, sino a poco prima prevalente, per cui il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'AIFA – in linea di principio ammissibile⁴² – non può che essere di tipo “debole”⁴³ rispetto alle valutazioni di natura strettamente farmacologica⁴⁴, anche se combinate con valutazioni di ordine finanziario⁴⁵.

⁴⁰ Cfr. l'art. 3, comma 2, del decreto-legge n. 23 del 1998 (Disposizioni urgenti in materia di sperimentazioni cliniche in campo oncologico e altre misure in materia sanitaria), convertito dalla legge n. 94 del 1998: “In singoli casi il medico può, sotto la sua diretta responsabilità e previa informazione del paziente e acquisizione del consenso dello stesso, impiegare un medicinale prodotto industrialmente per un'indicazione o una via di somministrazione o una modalità di somministrazione o di utilizzazione diversa da quella autorizzata, ovvero riconosciuta agli effetti dell'applicazione dell'articolo 1, comma 4, del decreto-legge 21 ottobre 1996, n. 536, convertito dalla legge 23 dicembre 1996, n. 648, qualora il medico stesso ritenga, in base a dati documentabili, che il paziente non possa essere utilmente trattato con medicinali per i quali sia già approvata quella indicazione terapeutica o quella via o modalità di somministrazione e purché tale impiego sia noto e conforme a lavori apparsi su pubblicazioni scientifiche accreditate in campo internazionale”. Sull'autonomia e la responsabilità del medico, alle quali fa riferimento anche la sentenza della Corte costituzionale n. 282 del 2002, si rinvia a S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2025, p. 135 ss.

⁴¹ In C.S., Sez. III, ord. n. 7097 del 2020, punto 17.2 si legge: “La scelta se utilizzare o meno il farmaco, in una situazione di dubbio e di contrasto nella comunità scientifica, sulla base di dati clinici non univoci circa la sua efficacia nel solo stadio iniziale della malattia, deve essere dunque rimessa all'autonomia decisionale e alla responsabilità del singolo medico, con l'ovvio consenso informato del singolo paziente, e non ad una astratta affermazione di principio, in nome di un modello scientifico puro, declinato da AIFA con un aprioristico e generalizzato, ancorché temporaneo, divieto di utilizzo”.

⁴² Cfr. C.S., Sez. III, sent. n. 4538/2014, punto 112.

⁴³ Sulla Commissione tecnico scientifica dell'AIFA cfr. T.A.R. Lazio Roma Sez. III quater, sentenze 28-06-2011, n. 5697 e 5698, dove si sottolineano i limiti al sindacato concernente “giudizi che, seppure opinabili, sono espressione dell'ampissima discrezionalità tecnica che l'ordinamento assegna ad un determinato organo in ragione non solo della sua specifica competenza tecnica, ma della sua possibilità di attingere dal mondo scientifico elementi di conoscenza, sulla base di una responsabile sua valutazione del bagaglio professionale e dell'assoluta onestà intellettuale dei soggetti ai quali si rivolge a fini collaborativi, capaci di garantire una imparzialità e terzietà che non si può pretendere in eguale misura dai periti di parte”.

⁴⁴ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 8 marzo 2011, n. 1464; T.A.R. Lombardia Milano, Sez. I, Sent., 06-07-2011, n. 1817.

⁴⁵ Nella sent. n. 151 del 2014, la Corte costituzionale ha affermato che “Il criterio della ‘valida alternativa’ presuppone, dunque, la comparazione da parte dell'Agenzia dei farmaci ‘equivalenti’ sotto il profilo sia medico-scientifico, sia economico, atteso che un farmaco alternativo da un punto di vista medico-scientifico potrebbe non essere una «valida alternativa terapeutica» quando non garantisca – dal punto di vista economico-finanziario – una sua efficiente utilizzazione a carico del SSN in termini di rapporto numerico tra dosi acquistabili del farmaco e pazienti curabili, così realizzando condizioni economicamente non accettabili e discriminatorie tali da limitare l'accesso alle cure e, dunque, ledere la tutela del diritto alla salute costituzionalmente garantita. Lo stesso può dirsi nell'ipotesi inversa”.

5. Segue. La competenza specializzata delle agenzie del farmaco.

In più di un'occasione, la Corte costituzionale ha sottolineato la centralità, nell'ambito della disciplina sanitaria e del diritto del farmaco, degli organi incaricati delle valutazioni tecnico-scientifiche in campo biomedico, sia con riguardo all'AIFA⁴⁶, sia – in precedenza – con riferimento alla CUF⁴⁷ e, in generale, agli “organi tecnico-scientifici”⁴⁸.

Né mancano casi nei quali una riserva di valutazione tecnica viene a costituire un limite al sindacato, oltre che dell'autorità giudiziaria, della stessa Corte costituzionale, in particolare qualora la legge preveda “competenze riservate agli organi tecnico-scientifici della sanità: organi di cui va ribadito il ruolo essenziale, come già si è fatto nella sentenza n. 185 del 1998, in cui si ricorda come questa Corte non possa sostituire il proprio giudizio alle valutazioni che, secondo legge, devono essere assunte nelle competenti sedi, consapevole com'essa è delle attribuzioni e delle responsabilità che a detti organi competono”⁴⁹.

Di recente, nella pronuncia sul diniego di accesso alla terapia secondo il metodo “Stamina”, si ribadisce che “decisioni sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, non potrebbero nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, bensì dovrebbero 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 e sovra-nazionali – a ciò deputati, dato l'es-

⁴⁶ Corte cost., sent. n. 271/2008: “l'esercizio da parte della Regione del potere di escludere in tutto o in parte la rimborsabilità dei farmaci è configurato dal legislatore statale come il punto di arrivo di uno speciale procedimento amministrativo, in particolare caratterizzato dal determinante ruolo valutativo di un apposito organo tecnico nazionale” (Commissione unica del farmaco o, successivamente alla istituzione dell'AIFA, Commissione consultiva tecnico-scientifica di tale Agenzia), in ordine, nel caso di specie, all'equivalenza del farmaco generico con i restanti farmaci presenti nella relativa categoria terapeutica; in argomento anche le sentenze della Corte costituzionale n. 44 del 2010 e 330 del 2011.

⁴⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 185 del 1998, concernente la nota vicenda del “multitrattamento Di Bella”, dove si ragiona di “discrezionalità tecnica” della CUF: “questa Corte non è chiamata a pronunciarsi, in alcun modo, circa gli effetti e l'efficacia terapeutica di detto trattamento, per il cui accertamento è in corso la sperimentazione prevista dall'art. 1. Non è chiamata, né potrebbe esserlo, a sostituire il proprio giudizio alle valutazioni che, secondo legge, devono essere assunte nelle competenti sedi, consapevole com'è dell'essenziale rilievo che, in questa materia, hanno gli organi tecnico-scientifici”.

⁴⁸ Corte cost., sent. n. 282 del 2002: “non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione. [...] un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati, dato l'essenziale rilievo che, a questi fini, rivestono ‘gli organi tecnico-scientifici’ (cfr. sentenza n. 185 del 1998); o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica”.

⁴⁹ Corte cost., sent. n. 188 del 2000, nella quale si premette altresì che la sentenza n. 185 del 1998 sopra citata “non mirava ad allargare il numero delle patologie individuate dalla Commissione oncologica, né a legittimare tale ampliamento a opera di eventuali interventi giudiziari successivi, tali da produrre effetti invasivi delle competenze”.

senziale rilievo che a questi fini rivestono gli organi tecnico-scientifici» (sentenza n. 282 del 2002)⁵⁰, come già sottolineato in precedenti occasioni⁵¹.

La tendenziale esclusività della competenza dell'AIFA e della Commissione tecnico-scientifica⁵² in ordine all'autorizzazione dell'uso *off-label* di un farmaco e alla sua erogabilità a carico del servizio sanitario nazionale è affermata anche dalla giurisprudenza amministrativa anteriore all'ordinanza esaminata al paragrafo precedente⁵³.

Nondimeno, decidendo l'appello cautelare concernente l'uso terapeutico dell'idrossiclorochina, il giudice amministrativo ha ritenuto di poter disattendere l'*agency expertise* nel corso di un giudizio parametrato, in misura prevalente, su valutazioni di natura farmacologica, mentre nella vicenda *Avastin-Lucentis*, sopra considerata in alcuni suoi aspetti, il giudice amministrativo e la stessa AGCM hanno potuto evitare il confronto diretto con la competenza specifica delle autorità del farmaco e con le relative questioni tecnico-scientifiche, grazie alle segnalate peculiarità delle valutazioni antitrust (con riguardo, in particolare, all'individuazione del mercato rilevante sulla scorta di un concreto rapporto di sostituibilità tra prodotti) e alla natura tendenzialmente estrinseca che, di fatto, talora assume il controllo di congruenza narrativa in materia di pratiche concordate e intese.

Con riguardo alla limitata casistica esaminata, si può constatare che nella vicenda oggetto del paragrafo precedente, il sindacato intrinseco in senso forte, nella declinazione più radicale del controllo di maggiore attendibilità, è stato esercitato, a quanto sembra, senza esitazione, seppure con esito meramente sospensivo⁵⁴.

Quanto appena osservato – si può aggiungere del tutto incidentalmente – suggerisce di accantonare, almeno per il momento, la chiave di lettura della giurisprudenza in materia

⁵⁰ Corte cost., sent. n. 274 del 2014.

⁵¹ Con riferimento all'uso *off-label* dei farmaci, già la sent. n. 8 del 2011 della Corte costituzionale aveva ricordato che la legge n. 244 del 2007, all'art. 2, comma 349, “ha attribuito alla Commissione tecnico-scientifica dell'Agenzia Italiana del Farmaco, in sostituzione della Commissione unica del farmaco, la competenza di valutare, «oltre ai profili di sicurezza, la presumibile efficacia del medicinale, sulla base dei dati disponibili delle sperimentazioni cliniche già concluse, almeno di fase seconda»; competenza, quest'ultima, che deve essere esercitata proprio in riferimento alle «decisioni da assumere ai sensi dell'articolo 1, comma 4, del decreto-legge 21 ottobre 1996, n. 536, convertito dalla legge 23 dicembre 1996, n. 648, e dell'articolo 2, comma 1, ultimo periodo, del decreto-legge 17 febbraio 1998, n. 23, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 aprile 1998, n. 94”.

⁵² La competenza esclusiva dell'AIFA, attraverso la Commissione tecnico-scientifica, viene ribadita nell'art. 1, comma 4-bis, del citato d.l. n. 536/1996, introdotto dall'art. 3, c. 2, d.l. 20 marzo 2014, n. 36, come sostituito dalla legge di conversione 16 maggio 2014, n. 79. In generale, sulle competenze della Commissione tecnico-scientifica, cfr. anche l'art. 48, c. 13, d.l. n. 269 del 2003, convertito nella legge n. 326 del 2003.

⁵³ Cfr. C.S., Sez. III, sent. n. 4538/2014, spec. punti 114.7, 131, 132, anch'essa focalizzata sui rapporti tra attribuzioni statali e regionali e non priva di accenti critici sull'attuale sistema di farmacovigilanza. Sulla discrezionalità tecnica dell'AIFA v. anche T.A.R. Lazio, Sez. III quater, sent. n. 12279/2014.

⁵⁴ Appare utile riportare il dispositivo dell'ordinanza del C.S., Sez. III, n. 7097 del 2020: “Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale ... accoglie l'appello cautelare dei ricorrenti ... e per l'effetto, in riforma dell'ordinanza n. 7069 del 16 novembre 2020 del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma, sospende l'efficacia della nota del 22 luglio 2020 di AIFA con riferimento alla scheda dell'idrossiclorochina e consente la prescrizione, sotto precisa responsabilità e dietro stretto controllo del medico, dell'idrossiclorochina ai pazienti affetti da SARS-CoV-2 nella fase iniziale della malattia secondo quanto precisato in motivazione”.

di sanzioni antitrust volta ad argomentare *ratione materiae* una speciale attitudine del giudice amministrativo ad esercitare un sindacato di attendibilità, o di maggiore attendibilità, particolarmente incisivo sui provvedimenti dell'AGCM in ragione della crescente familiarità dell'organo giudicante con l'analisi economica del diritto che, in qualche misura, sembra emergere dalla giurisprudenza più recente, specie in materia di tutela della concorrenza e regolazione dei mercati⁵⁵.

La giurisprudenza in materia di impiego dei farmaci fuori indicazione dimostra anzi una (per ora occasionale) attitudine espansiva del sindacato di maggiore attendibilità anche al di fuori della materia delle sanzioni amministrative a carattere punitivo, il cui "statuto"⁵⁶ – secondo un'opinione diffusa e condivisibile – giustifica un sindacato sottratto alle limitazioni usualmente (e in diverso grado) applicate al controllo giurisdizionale sulle valutazioni tecniche nei diversi settori di amministrazione attiva.

⁵⁵ Oltre che negli ambiti menzionati nel testo, valutazioni di ordine economico sembrano assumere una particolare rilevanza nei giudizi che investono la motivazione del mancato ricorso al mercato ("nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche") necessaria a norma dell'art.192, c. 2, d. lgs. n. 50 del 2016, come risulta da ultimo in C.S., Sez. III, sent. n. 2102 del 2021. La richiamata normativa sull'affidamento *in house* è oggetto della sentenza della Corte costituzionale n. 100 del 2020.

⁵⁶ Cfr. da ultimo Corte cost. sent. n. 68 del 2021, nella quale, tra l'altro, si legge: "Superando precedenti decisioni di segno contrario, questa Corte ha ormai esteso alle sanzioni amministrative a carattere punitivo – in quanto tali (indipendentemente, cioè, dalla caratura dei beni incisi) – larga parte dello "statuto costituzionale" sostanziale delle sanzioni penali: sia quello basato sull'art. 25 Cost. – irretroattività della norma sfavorevole (sentenze n. 96 del 2020, n. 223 del 2018 e n. 68 del 2017; nonché, a livello argomentativo, sentenze n. 112 del 2019 e n. 121 del 2018; ordinanza n. 117 del 2019), determinatezza dell'illecito e delle sanzioni (sentenze n. 134 del 2019 e n. 121 del 2018) – sia quello basato su altri parametri, e in particolare sull'art. 3 Cost. – retroattività della *lex mitior* (sentenza n. 63 del 2019), proporzionalità della sanzione alla gravità del fatto (sentenza n. 112 del 2019)".

Il potere sostitutivo dello Stato di fronte alla “crisi dell’autonomia”.

Nota alla sentenza della Corte costituzionale n. 168/2021 sul piano di rientro sanitario della Regione Calabria*

[Corte cost., sent. 24 giugno-23 luglio 2021, n. 168, red. Antonini]

Andrea Patanè** e Davide Servetti***

SOMMARIO: 1. Motivi di interesse della decisione – 2. Le questioni poste dalla Regione Calabria e le due dichiarazioni di illegittimità della Corte – 2.1. L’illegittimità della legge statale nella parte in cui prevede un contingente minimo, anziché massimo, di personale regionale da assegnare alla struttura commissariale – 2.2. L’illegittimità della legge statale nella parte in cui non prevede che l’erogazione del contributo di solidarietà consegua anche alla presentazione da parte della Regione e all’approvazione da parte del Governo di un nuovo piano di rientro – 3. Verso uno scrutinio più stretto dei piani di rientro? Le novità della decisione, tra peculiarità della vicenda calabrese e conseguenze dell’evoluzione nel tempo dell’istituto – 4. Il valore dell’autonomia regionale, tra “potenziale” e “prova concreta”. Linearità e curvature nella rilettura della revisione del Titolo V.

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco. L’articolo è frutto del lavoro comune dei due autori. Tuttavia, i par. 1, 2.1 e 4 sono da attribuirsi a Davide Servetti, il par. 2.2 ad Andrea Patanè, il par. 3 ad entrambi.

** Assegnista di ricerca in diritto amministrativo nell’Università Cattolica del Sacro Cuore.

*** Ricercatore di diritto costituzionale nell’Università Cattolica del Sacro Cuore.

ABSTRACT

L'articolo propone un'annotazione "a prima lettura" della sentenza della Corte costituzionale n. 168 del 2021, concernente il piano di rientro sanitario della Regione Calabria. Gli autori, criticando alcune opzioni argomentative adottate dalla Corte, si soffermano in particolare su tre profili di interesse emergenti dalle motivazioni della decisione, la quale: a) costituisce un'ulteriore tappa di una vicenda normativa e istituzionale particolarmente complessa, com'è quella del risanamento del SSR, interessata già in passato da numerose pronunce della Corte e negli ultimi anni oggetto di una disciplina legislativa *ad hoc*; b) sembra preludere allo sviluppo di un più rigoroso ed esigente sindacato di legittimità costituzionale sulla legislazione relativa ai piani di rientro e ai contenuti di tali atti; c) offre un inquadramento dei poteri sostitutivi dello Stato nel sistema costituzionale e una visione dell'autonomia regionale meritevole di attenzione per la novità di alcune affermazioni concernenti il "valore potenziale" dell'autonomia e la necessità di una sua "prova concreta".

The article comments the decision of the Italian Constitutional Court no. 168 of 2021, concerning the "recovery plan" ("piano di riqualificazione e rientro") of the Regional Healthcare Service of Calabria Region. The authors, criticizing some argumentative options adopted by the Court, focus in particular on three profiles of interest emerging from the decision, which: a) it is a new milestone along the difficult reorganization of the Regional Healthcare Service of Calabria Region; b) it seems to be a prelude to the development of a more rigorous judicial review of the legislation relating to "recovery plans" and of the contents of these acts themselves; c) it offers a framework of the substitute powers of the State within the constitutional system and a vision of regional autonomy which can pay attention because of to the novelty of some statements concerning the "potential value" of autonomy and the need for its "real testing".

1. Motivi di interesse della decisione.

La sentenza della Corte costituzionale n. 168 del 2021, il cui deposito delle motivazioni, il 23 luglio scorso, è stato accompagnato da un comunicato dell'ufficio stampa di Palazzo della Consulta¹, presenta diversi profili di interesse degni di nota, a conferma di quanto la materia sanitaria sia terreno fertile per l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sul regionalismo².

Iniziando dai profili particolari, va segnalato che la pronuncia riguarda, ultima di una nutrita serie³, il tormentato processo di risanamento del servizio sanitario della Regione Calabria, sottoposta da dodici anni a piano di rientro⁴. Come la stessa Corte constata nelle

¹ La sentenza si trova pubblicata in G.U., 1^a s.s. n. 30 del 28 luglio 2021; il comunicato della Corte è disponibile al seguente link: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20210723122558.pdf

² R. BALDUZZI, *La giurisprudenza costituzionale in materia sanitaria tra paradigma e deroga*, in ID., M. CAVINO, J. LUTHER (a cura di), *La Corte costituzionale a vent'anni dalla svolta*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 175 ss.

³ Per stare agli anni successivi alla nomina di commissari *ad acta* diversi dal presidente della Regione, v. C. cost. decc. 50/2021, 251/2020, 233/2019, 200/2019, 190/2017, 106/2017, 227/2015.

⁴ Merita ricordare che la sottoposizione alla Regione in piano di rientro coincide sostanzialmente con il commissariamento della Regione, nel 2009. Senza aver dunque attraversato alcuna fase c.d. volontaria di attuazione del piano, va però segnalato che nei primi cinque anni, fino alle sue dimissioni dalla carica regionale, le funzioni di commissario sono state

motivazioni e tiene in massima considerazione ai fini della propria decisione, tale percorso si caratterizza per un’accesa conflittualità tra amministrazione regionale e Governo e, alla luce delle gravi criticità emerse nel corso delle diverse gestioni commissariali, ha richiesto interventi amministrativi e normativi *ad hoc* che la differenziano rispetto ad altre esperienze regionali⁵.

Il secondo profilo da segnalare attiene proprio all’ulteriore contributo che, con questa sentenza, la lunga vicenda calabrese, suo malgrado, offre allo sviluppo della giurisprudenza della Corte sui piani di rientro e alla riflessione scientifica su questo istituto sempre più centrale per lo studio del regionalismo italiano⁶. La decisione in commento, infatti, pare segnare un cambio di approccio da parte della Corte al sindacato di legittimità costituzionale in materia, che, per un verso, mostra alcune discontinuità rispetto al “muro” che il giudice delle leggi ha tradizionalmente eretto a difesa dell’istituto, ma, per altro verso, può ritenersi conseguente all’evoluzione della stessa disciplina statale di settore, la quale ha accentuato i margini di compressione dell’autonomia regionale in ragione dell’aggravarsi, nonostante la sottoposizione al piano, delle situazioni di squilibrio finanziario del servizio sanitario regionale e di incapacità dello stesso di ripristinare i livelli di assistenza. Anche tenuto conto di alcuni “moniti” contenuti in precedenti decisioni sui piani di rientro calabrese e di altre Regioni, il cambio di passo – ma l’ipotesi sarà oggetto di verifica nel prosieguo – non sembra estraneo alla linea che la Corte, storicamente, tiene nei confronti di fattispecie normative che, aventi in origine natura derogatoria e straordinaria, finiscono però col protrarsi significativamente nel tempo.

E qui viene in considerazione il terzo, più generale, profilo di interesse della sentenza, poiché all’interno della motivazione non passa inosservata un’articolata dissertazione (punto 10.3, cons. dir.) che la Corte dichiara di dover compiere al fine di inquadrare il potere sostitutivo, del quale il commissariamento dell’amministrazione sanitaria regionale è espressione, all’interno del sistema costituzionale: una lettura complessiva – per alcuni versi, una ri-lettura: ma, anche in questo caso, l’ipotesi merita di essere discussa apertamente – non solo dei rapporti di competenza tra Stato e Regioni risultanti dalla revisione del Titolo V

svolte dal presidente della Regione, affiancato da sub commissari governativi e assistito – peculiarità dell’esperienza calabrese – da uno speciale supporto della Guardia di finanza. Successivamente alle dimissioni del presidente Scopelliti nel 2014, si sono susseguiti diversi commissari scelti esternamente alla Regione.

⁵ Il riferimento principale va naturalmente ai d.l. 35/2019, conv. l. 60/2019, e d.l. 150/2020, conv. l. 181/2020, quest’ultimo oggetto del giudizio in commento. Tuttavia, ulteriore triste primato – detenuto insieme a quello campano – del SSR calabrese è la presenza, ancor prima del piano di rientro, di aziende sanitarie locali dei cui organi il Consiglio dei ministri ha decretato lo scioglimento per infiltrazioni da parte della criminalità organizzata, secondo il procedimento mutuato dalle norme che lo prevedono con riferimento agli enti locali; il primo caso calabrese è del 2006 e ha riguardato l’ASL di Locri; dopo altri numerosi episodi, attualmente sono le aziende provinciali di Reggio Calabria e di Catanzaro ad essere sottoposte, dal 2019, a questa particolare forma di commissariamento (sulla quale si rinvia al prezioso studio di G. MAROTTA, *Le infiltrazioni della criminalità organizzata nelle aziende sanitarie e ospedaliere*, in questa *Rivista*, 2019, n. 2, pp. 289 ss.).

⁶ Per questa prospettiva di studio, cfr. A. PATANÈ, *I Piani di rientro sanitari. Studio sul modello solidale di regionalismo in Italia*, Pisa, Pacini, 2021.

a vent'anni dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, ma finanche del ruolo stesso dell'autonomia regionale nella nostra forma di Stato e dei doveri dello Stato di fronte alla «crisi dell'autonomia» (locuzione che, al pari di «crisi dissipativa», non è peraltro rintracciabile, prima d'oggi, nel lessico della Corte).

L'annotazione “a prima lettura” che proponiamo in questa sede seguirà tale itinerario di analisi, dal particolare al generale, inverso rispetto all'ordine interno alle motivazioni. Il che, a nostro avviso, potrà meglio far apprezzare un altro aspetto degno di osservazione, ovvero che la soluzione delle specifiche questioni poste al giudice delle leggi, oltre a poter sortire (almeno per una delle due dichiarate fondate) un esito diverso, avrebbe potuto essere più succintamente argomentata, facendo a meno di alcune affermazioni di ordine generale che, invece, la Corte sembra abbia voluto cogliere l'occasione di mettere in chiaro, a beneficio principale del legislatore statale e di una politica sui piani di rientro verso la quale il giudice costituzionale potrebbe divenire più esigente, nel quadro di una interpretazione del regionalismo che, attraverso una maggiore attenzione al rendimento effettuale dell'autonomia, intende salvaguardarne, anche nelle situazioni di crisi, il «valore potenziale»⁷.

2. Le questioni poste dalla Regione Calabria e le due dichiarazioni di illegittimità della Corte.

La sentenza decide i giudizi promossi dalla Regione Calabria in via principale con due ricorsi (r.r. n. 105/2020 e n. 9/2021) nei quali viene contestata la legittimità costituzionale del decreto-legge 10 novembre 2020, n. 150 (“Misure urgenti per il rilancio del servizio sanitario della regione Calabria e per il rinnovo degli organi elettivi delle regioni a statuto ordinario”), rispettivamente, nella versione dell'atto approvata dal Governo e in quella derivante dalla conversione nella legge 30 dicembre 2020, n. 181. La Regione denuncia il contrasto della quasi totalità delle disposizioni del decreto concernenti la sanità calabrese (artt. 1, 2, 3, 6, 7) con gli artt. 3, 5, 32, 81, 117, 118, 119, 120, 121 e 136 della Costituzione, nonché con il principio di leale collaborazione.

Nell'economia di questa nota, concentreremo l'attenzione sulle questioni aventi ad oggetto l'art. 1, comma 2, e l'art. 6, comma 2, del decreto, le quali sono state dichiarate fondate con motivazioni che, per le ragioni poc'anzi ricordate, destano particolare interesse.

L'unica osservazione di carattere generale che può qui trovare spazio attiene all'impostazione delle motivazioni nel loro insieme. Complici la pluralità di oggetti e di parametri e la non poco barocca struttura argomentativa dei ricorsi, infatti, la Corte ha la possibilità di muoversi con particolare libertà nell'esaminare le numerose censure proposte dalla Regio-

⁷ Anche tale locuzione fa parte di questo rinnovato lessico.

ne. Non si tratta certamente di una novità nella prassi del giudizio in via principale, benché meriti rammentare come, in un giudizio di parti, il rispetto del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato dovrebbe essere sempre sorvegliato. In questa decisione, tuttavia, non passa inosservato che, anche a seguito di un articolato vaglio di ammissibilità (punti 5-10.1, cons. dir.), alcune questioni risultino significativamente riconfigurate rispetto a come proposte negli atti introduttivi. Il che sembra degno di nota, poiché, come si dirà meglio oltre, ad essere notevolmente rivisitata è proprio la prima delle due questioni accolte, avente ad oggetto l’art. 1, comma 2, del decreto impugnato, la cui dichiarazione di illegittimità viene fondata, al termine di un ampio inquadramento del potere sostitutivo, solo accessoriamente sui motivi lamentati dalla Regione con riferimento agli artt. 81, c. 3, 117, c. 4, e 119 Cost. ed è invece principalmente ricondotta a una violazione dell’art. 120 Cost., che i ricorsi regionali non evidenziavano e che discende dall’autonoma prospettiva che di tale vizio dà il giudice delle leggi attingendo ai canoni della ragionevolezza, sotto il profilo della proporzionalità del mezzo allo scopo.

2.1. L’illegittimità della legge statale nella parte in cui prevede un contingente minimo, anziché massimo, di personale regionale da assegnare alla struttura commissariale.

Come anticipato, delle numerose disposizioni statali censurate, soltanto due non superano il vaglio della Corte. La prima è l’art. 1, comma 2, il quale prevede che la Regione sia tenuta a mettere a disposizione del commissario *ad acta* un «contingente minimo [...] costituito da 25 unità di personale dotato di adeguata esperienza professionale, appartenente ai ruoli regionali in posizione di distacco obbligatorio o da acquisire tramite interpello, in posizione di comando [...] da enti pubblici regionali e da enti del servizio sanitario regionale». La disposizione, inoltre, reca un’apposita procedura diretta a rimediare al possibile inadempimento di tale obbligo da parte della Regione, la quale pare evidenziare, ad un tempo, sia l’attenzione del legislatore statale verso il rispetto del principio di leale collaborazione sia l’importanza che esso assegna alla circostanza che della struttura commissariale facciano necessariamente parte funzionari provenienti dai ruoli regionali⁸.

La Regione censura la disposizione ritenendo che la previsione di un contingente “minimo” e non “massimo” di personale regionale da mettere a disposizione del commissario lasci al «mero arbitrio»⁹ di quest’ultimo una determinazione in grado di poter incidere indiscriminatamente sull’organizzazione degli uffici regionali e, perciò, che la norma statale

⁸ L’ultimo periodo del secondo comma in discorso, infatti, prevede che «In caso di inadempienza da parte della regione nel fornire il necessario supporto, il Commissario *ad acta* ne dà comunicazione al Consiglio dei ministri ed invita la regione a garantire il necessario supporto entro trenta giorni. In caso di perdurante inadempienza il Ministro della salute, previa delibera del Consiglio dei ministri, adotta, ai sensi dell’articolo 120 della Costituzione, le necessarie misure per il superamento degli ostacoli riscontrati, anche delegando il Commissario *ad acta* ad assumere gli atti amministrativi, organizzativi e gestionali necessari».

⁹ Cfr. il § 3 del ricorso n. 105/2020 e il § 5 del ricorso n. 9/2021.

incontra in una «macroscopica violazione»¹⁰ degli artt. 117, c. 4, e 121 Cost. Inoltre, essa comporterebbe altresì un onere finanziario indeterminato e, alla luce degli stanziamenti ivi previsti, potenzialmente insostenibile per il bilancio regionale; sicché il contrasto con le predette norme attributive di competenza ridonderebbe nella lesione degli artt. 81, c. 3, e 119 Cost.

Di fronte a questa tesi, l'avvocatura dello Stato nega gli effetti finanziari lamentati, trattandosi di oneri previsti già nel bilancio della Regione, come attesta la relazione tecnica annessa al disegno di legge di conversione. Inoltre, la difesa erariale rappresenta che la necessità di prevedere sia un numero minimo di personale sia una procedura atta a rimediare all'inadempimento dell'obbligo da parte della Regione si radica nella circostanza che, fino a quel momento, la Regione, nonostante le richieste del commissario, avesse apertamente eluso l'obbligo che – in termini generici e senza alcuna ipotesi rimediale – l'art. 14, c. 2, del decreto-legge n. 35/2019 (conv. l. 60/2019) già conteneva¹¹ sulla scorta della disciplina generale sui piani di rientro, in base alla quale il commissario è sempre assistito da personale regionale che entra a far parte della sua struttura.

Ebbene, secondo la Corte è proprio la circostanza *di fatto* per cui la Regione non avesse fino ad allora collaborato e, anzi, avesse potuto ostacolare la funzionalità della gestione commissariale ad evidenziare «l'incongrua modalità di disciplina del potere sostitutivo statale declinata dalla norma censurata»¹². Ad avviso del giudice costituzionale, tale potere, «in situazioni estreme come quella in oggetto, non può essere certo attuato attraverso il mero avvicendamento del vertice, senza considerare l'inefficienza dell'intera struttura sulla quale tale vertice è chiamato a operare in nome dello Stato»; sicché «l'effetto utile – evocato dalla censura regionale – dell'esercizio del potere di cui all'art. 120, secondo comma, Cost. non può [...] che essere perseguito attraverso un intervento che comporti una prevalente sostituzione della struttura inefficiente con personale esterno altamente qualificato fornito direttamente dallo Stato – e di cui sarebbe opportuno che l'onere sia a carico della stessa autorità centrale –, in modo da evitare anche ogni possibile condizionamento ambientale». In altri termini, davanti ad una norma statale che insiste nel ricercare la collaborazione leale della Regione e che quest'ultima lamenta invece esprimere una sleale incidenza negativa sull'organizzazione regionale, la Corte ribalta il punto di vista regionale e riposiziona il punto di equilibrio tra interessi unitari ed esigenze dell'autonomia ben oltre la linea tradizionalmente tracciata dal legislatore statale. Il richiamo, rivolto allo Stato, ad un esercizio più penetrante del potere sostitutivo tiene in sé quello ad assumersi più risolutamente la

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ Peraltro, tale obbligo era stato già contestato dalla Regione nell'ambito del giudizio avente ad oggetto il primo "decreto Calabria" e la Corte costituzionale aveva ritenuto infondata la questione affermando, pianamente, che «la disponibilità concessa alla struttura commissariale, del personale, degli uffici e dei mezzi regionali, costituisce misura ordinariamente prevista per ogni commissariamento» (punto, 5.6, cons. dir., C. cost. sent. 233/2019).

¹² V. punto 10.3.6., cons. dir., C. cost. sent. 168/2021.

responsabilità di mettere in campo ogni intervento necessario per il risanamento di un sistema sanitario la cui crisi è ritenuta dalla Corte marcatamente endogena alla macchina amministrativa regionale, alla quale non deve più essere offerta l’occasione di intralciare il percorso del piano di rientro.

Si tratta, come evidente, di una presa di posizione particolarmente forte da parte della Corte costituzionale. Senz’altro, lo è per le valutazioni di ordine fattuale nei confronti della sanità calabrese, che essa può esprimere – ci torneremo *in fine* – alla luce dei riscontri emergenti non solo dagli atti introduttivi ma anche dall’attività di controllo della competente sezione regionale della Corte dei conti: una valutazione che arriva a ritenere del tutto secondario e, anzi, potenzialmente problematico, che della struttura commissariale facciano parte funzionari del SSR. Soprattutto, la presa di posizione si distingue perché conduce la Corte a entrare nel merito della “politica” di risanamento del SSR calabrese e, più in generale, della “politica” dei piani di rientro in situazioni di grave e perdurante inefficacia dei medesimi. Una scelta compiuta in omaggio ad un principio che, come si dirà ancora, la Corte enfatizza più che nella propria precedente giurisprudenza, quello per cui il sacrificio dell’autonomia che il piano comporta deve essere proporzionato ad ottenere un effetto utile, ovvero la fuoriuscita dal piano medesimo in un tempo non imprevedibile e irragionevole.

Ci sono buoni argomenti, a nostro avviso, per sottolineare come tale esito non fosse scontato né obbligato e risponda, invece, alla precisa intenzione della Corte di introdurre il principio poc’anzi descritto.

Per un verso, infatti, la Corte mostra di porre in secondo piano – e neppure le considera nel lungo passaggio con il quale motiva l’irragionevolezza della disposizione statale – le plausibili ragioni che possono riconoscersi alla base della norma censurata, in ciò espressiva di un costante orientamento della legislazione nazionale: favorire il concorso dell’amministrazione regionale all’attuazione del piano mediante la sua partecipazione alla struttura commissariale, benché sotto la responsabilità del commissario e non degli ordinari organi regionali di vertice. Tali ragioni non solo possono essere considerate rispettose del principio di leale collaborazione e delle esigenze dell’autonomia nell’immediato, ma possono essere corroborate dall’idea per cui o il risanamento è il frutto delle energie interne alla Regione, benché guidate dal commissario e supportate – anche questa, previsione non più sufficiente ad avviso della Corte – dall’assistenza tecnica dell’Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali, oppure non sarà vero risanamento e anche quando il piano dovesse conseguire il riordino dei conti e finanche assetti organizzativi in grado di ripristinare livelli sufficienti di assistenza, il ritorno all’ordinaria amministrazione rischierà

di riportare alla situazione critica pregressa. Ragioni, dunque, che ben avrebbero potuto superare le censure regionali e condurre al loro rigetto¹³.

Per altro verso, laddove la Corte avesse inteso conseguire in ogni caso il risultato di indurre lo Stato ad un maggiore impegno diretto di proprie risorse di personale in luogo di quelle regionali, sarebbe bastato dichiarare l'illegittimità parziale nei termini in definitiva accolti nel dispositivo alla luce delle censure regionali: motivi magari non del tutto convincenti, ma comunque sufficienti, in punto di diritto, a giustificare la manipolazione della disposizione impugnata. Tale opzione argomentativa, tuttavia, non avrebbe reso manifesto il cambio di passo che la Corte intende far compiere all'esercizio del potere sostitutivo statale e, con esso, alla "politica" dei piani di rientro. O, in ogni caso, avrebbe relegato a mero monito la sollecitazione a siffatto cambiamento, non facendone invece il cuore della *ratio decidendi* della sentenza. Il che è avvenuto al costo di un poco persuasivo e quasi contraddittorio accoglimento *ad abundantiam* delle censure regionali *ex artt.* 81, comma 3, 117, comma 4, e 119, a fronte di una dichiarazione di illegittimità che invece si fonda sostanzialmente su di un vizio non lamentato dalla Regione.

2.2. L'illegittimità della legge statale nella parte in cui non prevede che l'erogazione del contributo di solidarietà consegua anche alla presentazione da parte della Regione e all'approvazione da parte del Governo di un nuovo piano di rientro.

La seconda questione accolta ha ad oggetto, l'art. 6, comma 2, del decreto impugnato¹⁴. Secondo la Regione ricorrente, tale disposizione, condizionando alla presentazione e all'approvazione del programma operativo di prosecuzione del piano di rientro per il periodo 2022-2023 l'erogazione del contributo da parte dello Stato alla Regione, violerebbe i principi costituzionali in tema di autonomia in quanto dimostrerebbe «l'intenzione statale di protrarre *sine die*, e certamente addirittura oltre la stessa vigenza della norma, la dannosa espropriazione del settore sanitario regionale calabrese». Nello specifico, le censure sono fondate sulla asserita violazione degli artt. 3, 97 e 117, terzo comma, Cost., in relazione alle materie «tutela della salute» e «coordinamento della finanza pubblica».

Posto che per l'attuazione del piano di rientro nella Regione Calabria è stato nominato il commissario *ad acta*, il riferimento delle doglianze della Regione Calabria si riferisce alla contraddizione della possibilità di presentare il piano del tutto astratta, vista la competenza direttamente attribuita al commissario nominato dallo Stato.

¹³ Non pare poi fuori luogo, trattandosi in fondo di un problema di merito nel quale la Corte decide di addentrarsi, osservare che la prospettiva di una struttura commissariale prevalentemente composta da un numeroso contingente di personale statale appositamente comandato ad intervenire sulla macchina amministrativa regionale possa incontrare, in via di fatto, ostacoli non minori rispetto al tentativo di ricercare professionalità ed energie che già operano nel SSR, non necessariamente presso il dipartimento regionale, ma anche presso le aziende sanitarie.

¹⁴ Art. 6, comma 2: «L'erogazione della somma di cui al comma 1, è condizionata alla presentazione e approvazione del programma operativo di prosecuzione del piano di rientro per il periodo 2022-2023 e alla sottoscrizione di uno specifico Accordo tra lo Stato e le Regioni contenente le modalità di erogazione delle risorse di cui al comma 1».

Secondo la difesa della Regione, la finalità del «contributo di solidarietà» è quella di permettere, a seguito della sottoscrizione del piano e dunque dell’accordo tra Stato e Regioni, di adottare degli «interventi di potenziamento del servizio sanitario regionale stante la grave situazione economico-finanziaria e sanitaria presente nella Regione»¹⁵.

Tuttavia, la «erogazione della somma» di sessanta milioni di euro «per ciascuno degli anni 2021, 2022 e 2023», che è il contributo che lo Stato ha previsto al fine di sostenere la situazione del SSR della Calabria, è condizionata alla presentazione e approvazione del programma operativo di prosecuzione del piano di rientro per il periodo 2022-2023. Come già detto e come sostenuto dalla Regione, questa presentazione spetta al commissario di nomina statale.

La Regione, nel sostenere la violazione dei principi costituzionali citati, richiama la sentenza Corte costituzionale n. 199 del 2018¹⁶, nella quale Corte ha rilevato l’anomalia di un commissariamento protratto per oltre un decennio.

Ad avviso della Regione, la norma contestata non le consentirebbe di rispettare «l’equilibrio di bilancio, rendendo sostanzialmente non percepibili somme aggiuntive», benché indicate «come indispensabili» a risolvere i problemi del SSR. La Regione contesta il criterio stabilito nell’articolo 6 impugnato e che questa previsione stabilizzerebbe in modo irragionevole un metodo che avrebbe l’effetto di determinare l’automatica «estensione per almeno un altro biennio del commissariamento». Nel ricorso, si sostiene la tesi che in tal modo la norma censurata esclude implicitamente l’erogazione del contributo nell’ipotesi parimenti prevista dalla legislazione in materia all’art. 2, comma 88, secondo e terzo periodo, della legge n. 191 del 2009¹⁷.

La Corte costituzionale, nel valutare i motivi di ricorso, ha anzitutto ricordato la propria giurisprudenza in ordine alla Regione Calabria, in cui ha già avuto modo di affermare che le competenze regionali devono ritenersi «temporaneamente ed eccezionalmente “contratte”», in funzione e «nei limiti necessari ad evitare che, in parti del territorio nazionale, gli utenti debbano assoggettarsi ad un regime di assistenza sanitaria inferiore, per quantità e qualità, a quello ritenuto intangibile dallo Stato»¹⁸.

Fatte queste premesse la Corte ritiene che «non appare ragionevole ed è insieme lesivo delle evocate competenze regionali, nonché dell’equilibrio di bilancio di cui all’art. 97, primo comma, Cost., costringere l’autonomia regionale fino a tutto il 2023 al solo prose-

¹⁵ Così il comma 1 del medesimo art. 6.

¹⁶ R. ROMBOLI, *Nota a Corte cost., sent. 199/2018*, in *Il Foro italiano*, 2019, n. 4, parte I, pp. 1117 ss.

¹⁷ Il quale recita: «Fatta salva la possibilità per la regione di presentare un nuovo piano di rientro ai sensi della disciplina recata dal presente articolo. A seguito dell’approvazione del nuovo piano cessano i commissariamenti, secondo i tempi e le procedure definiti nel medesimo piano per il passaggio dalla gestione straordinaria commissariale alla gestione ordinaria regionale».

¹⁸ C. cost. sent. 233/2019.

guimento della soggezione al potere sostitutivo statale, escludendo quindi l'ipotesi che questa possa recuperare il ruolo che le è proprio»¹⁹.

Il *punctum crucis* della norma impugnata attiene, dunque, all'impossibilità, per la Regione, di utilizzare quella "via d'uscita" rappresentata dalla presentazione al Consiglio dei Ministri di una nuova proposta di Piano che, ove ritenuto idoneo, darebbe la possibilità alla Regione di ottenere il contributo di solidarietà da parte dello Stato, pur mantenendo una maggiore autonomia regionale.

Per questo motivo la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2, del d.l. n. 150 del 2020, nella parte in cui non prevede, in alternativa alla presentazione e approvazione del programma operativo di prosecuzione del piano di rientro per il periodo 2022-2023, l'approvazione del nuovo piano di rientro presentato dalla Regione ai sensi dell'art. 2, comma 88, secondo periodo, della legge 23 dicembre 2009, n. 191.

L'argomentazione della Corte in merito è di particolare interesse in quanto pone l'accento su un profilo di certo non secondario nello studio sull'istituto dei piani di rientro sanitari²⁰. Difatti, il tema della contrazione dell'autonomia regionale per un lungo periodo di tempo, è uno degli aspetti di maggiore interesse con riguardo all'adozione del piano.

La Corte riprende e porta ad ulteriori conseguenze quanto affermato nella sentenza n. 199 del 2018, dove la Corte, in un *obiter dictum*, inserito nella parte finale della motivazione ha lanciato un duplice monito, rivolto sia alla classe politica regionale, sia al legislatore nazionale. Ed infatti, già qualche anno addietro, l'anomalia del commissariamento della sanità regionale era stato oggetto di attenzione. In quel caso la Corte ha ritenuto meritevole di biasimo il commissariamento «protratto per oltre un decennio, senza che l'obiettivo del risanamento finanziario sia stato raggiunto», soffermandosi il ragionamento del giudice delle leggi sulle conseguenze di questa lunga durata «sugli equilibri della forma di governo regionale, a causa del perdurante esautoramento del Consiglio e della stessa Giunta a favore del Commissario *ad acta*, soprattutto quando è impersonato dal Presidente della Giunta, in un ambito cruciale per il governo della Regione».²¹

Nel caso *de quo* escludere, per legge, la facoltà della Regione di proporre di propria iniziativa, in autonomia dal commissario *ad acta* governativo un piano alternativo viene ritenuto

¹⁹ «L'approvazione di un nuovo piano di rientro e l'approvazione del programma operativo di prosecuzione del commissariamento costituiscono, del resto, fattispecie equiparabili, poiché il primo, come il secondo, deve contenere misure atte a garantire sia l'erogazione dei LEA, sia l'equilibrio di bilancio sanitario (come richiesto dall'art. 2, comma 77, della legge n. 191 del 2009) e, se ritenuto adeguato e quindi approvato dal Consiglio dei ministri (ai sensi del successivo comma 79 dell'art. 2 appena citato), è immediatamente efficace, esecutivo e vincolante per la Regione» (punto 14, cons. dir., C. cost. sent. 168/2021).

²⁰ Per una più completa disamina sulle problematiche che emergono dall'applicazione dei piani di rientro, vale sempre il rinvio a A. PATANÈ, *I Piani di rientro sanitari*, cit..

²¹ Punto 6, cons. dir., C. cost. sent. 199/2018; sul punto, v. A. PATANÈ, *Le (infondate) inquietudini dei Presidenti "dimezzati". A margine di tre recenti ricorsi di legittimità costituzionale in via principale aventi ad oggetto il regime di incompatibilità del Presidente della Regione ad assumere l'incarico di Commissario ad acta per l'attuazione del piano di rientro*, in questa *Rivista*, 2019, n. 1, pp. 31 ss.

dalla Corte irragionevole. Per la Corte rimane invece sullo sfondo, anche in questo caso, il principio di leale collaborazione, sulla base del consueto arresto per cui esso non rileva in sede legislativa²².

Se la giurisprudenza della Corte ha sempre visto prevalere le argomentazioni dello Stato su quelle delle Regioni²³ e dunque ha sempre sancito la forte vincolatività per le Regioni sottoposte al piano di rientro, l’odierna sentenza valorizza i profili dell’autonomia regionale. Nelle argomentazioni i giudici non risparmiano osservazioni critiche nei confronti del servizio sanitario regionale e delle conseguenze del suo malfunzionamento in termini di grave pregiudizio della tutela della salute costituzionalmente garantita ai cittadini calabresi. Tuttavia, individuano nella previsione oggetto del ricorso regionale una costrizione dell’autonomia regionale perché protratta nel tempo e soprattutto perché esclude *a priori* la possibilità per la Regione di riprendere una parte di autonomia che le è propria.

Quest’ultima considerazione della Corte, come si preciserà ancora oltre, pone un limite importante all’interno del cammino giurisprudenziale sui Piani di rientro, in quanto sancisce in modo inequivocabile che se da una parte l’istituto, così come introdotto fin dalla legge di bilancio del 2004, ha assunto nel tempo un carattere fortemente vincolante verso l’autonomia regionale, dall’altra, questa non può essere compressa senza limiti. Nel suo complesso, allora, la sentenza viene ad essere di monito allo Stato, affinché i piani di rientro, anche se presenti nell’ordinamento da molti anni e con forti vincoli per le Regioni loro sottoposte, non finiscano per essere un lasciapassare idoneo ad aggirare le garanzie costituzionalmente sancite a beneficio dell’autonomia regionale, ma rappresentino effettivamente uno strumento di attuazione dei principi in tema di tutela della salute e di rispetto dell’equilibrio di bilancio.

²² Tra le altre, si vedano C. cost. sent. 192/2017: «In merito alla denunciata violazione del principio di leale collaborazione, occorre anzitutto osservare che tale principio non si impone nel procedimento mediante il quale il Parlamento, attraverso le due Camere, approva le leggi (fra le molte, sentenze n. 280, n. 251 e n. 65 del 2016, n. 63 del 2013, n. 79 del 2011)»; C. cost. sent. 49/1958: «La collaborazione fra lo Stato e le Regioni è del tutto normale nel sistema delle nostre autonomie, sia che si tratti d’attività legislativa, sia che si tratti d’attività amministrativa». Su questi profili, cfr. A. CARMINATI, *Dal raccordo politico al vincolo giuridico: l’attività della Conferenza Stato-Regioni secondo il giudice costituzionale*, in *Le Regioni*, 2009, n. 2, pp. 270 ss.

²³ Si vedano C. cost. decc. 237 e 139 del 2009; 52, 100, 141 del 2010; 78, 123, 163 del 2011; 91 del 2012; 193 del 2007; 100 e 141 del 2010; 123 e 163 del 2011; 91 del 2012; 28, 51, 79, 104, 186, 219, 228 e 241 del 2013; 110, 141, 278 del 2014; 85, 125, 249 del 2015; 107, 251, 266 del 2016; 14, 40, 80, 106, 192, 243 del 2017; 79 e 247 del 2018; 200, 247, 255 del 2019; 20, 130, 217, 220, 221 del 2020.

3. Verso uno scrutinio più stretto dei piani di rientro? Le novità della decisione, tra peculiarità della vicenda calabrese e conseguenze dell'evoluzione nel tempo dell'istituto.

Si è dunque visto come con la prima dichiarazione di illegittimità, la Corte accoglie le censure regionali e respinge le difese dello Stato, ma, per una non trascurabile eterogeneità dei fini, l'intervento manipolativo invocato dalla Regione con riferimento all'art. 1, comma 2, si fonda su argomenti in forza dei quali l'autonomia regionale risulta nel complesso, oltre che destinataria di dure critiche, anche più limitata nei rapporti con la struttura commissariale, mentre il potere dello Stato ne esce aumentato.

Diversamente, con la seconda dichiarazione d'illegittimità, si ripristina – o comunque si ribadisce – a favore della Regione uno spazio di autonoma iniziativa finalizzata ad offrire un'alternativa alla prosecuzione del commissariamento, a maggior ragione nel momento in cui essa si trova ad essere ancor più esposta all'eterodirezione da parte di una struttura commissariale più marcatamente espressione dell'amministrazione statale.

Il punto di contatto tra le due dichiarazioni d'illegittimità è proprio il principio di fondo, che sostanzia in definitiva la *ratio decidendi* della pronuncia, per cui il piano di rientro e il connesso commissariamento statale rispondono alle finalità costituzionali che li legittimano a condizione che dal piano si possa ragionevolmente confidare di uscire; ovvero, a condizione che, alla crisi dell'autonomia, lo Stato sia in grado di offrire risposte proporzionate, idonee a ripristinarne il valore potenziale in un arco di tempo che renda ragionevole il provvisorio sacrificio delle prerogative della Regione, il quale si riflette nel sacrificio dei diritti dei cittadini vi risiedono.

Rispetto alla giurisprudenza sui piani di rientro, la decisione reca alcuni importanti elementi di discontinuità. Non si tratta certamente di una discontinuità totale, poiché molte sono le disposizioni statali che superano agevolmente il vaglio della Corte e poiché vengono ampiamente confermate le fondamenta costituzionali dell'istituto, il quale riceve anzi ulteriore legittimazione dall'inquadramento che la sentenza ne fa. E tuttavia si è infranto il muro di una "difesa a tutto campo" dei piani, ammettendo il giudice costituzionale un vaglio di ragionevolezza della disciplina sui medesimi e, potenzialmente, sui loro contenuti che la precedente giurisprudenza non evidenziava²⁴.

Dietro questo parziale riposizionamento dei criteri di giudizio da parte della Corte, sta certamente la consapevolezza della gravità della situazione in cui versa la sanità calabrese e, dunque, della grave e protratta violazione dell'unità giuridica ed economica e della garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni nei confronti dei cittadini residenti nella

²⁴ Quale esempio del "muro" cui si allude, sembra particolarmente efficace, tra le molte menzionate *retro* in nota 23, la sentenza n. 104 del 2013.

Regione che, ad un tempo, giustifica e vincola l’esercizio dei poteri sostitutivi. Una consapevolezza che trova ampio spazio nelle parti narrative della sentenza e che, nonostante la Corte non indugi sul punto, non è peregrino ritenere aumentata – rispetto al contesto della sent. 233/2019 – alla luce delle vicende che hanno segnalato, nel passaggio tra gestioni commissariali avutosi alla fine del 2020, la difficoltà del Governo nazionale a tenere sotto controllo la situazione.

Tuttavia, la sentenza della Corte, nel dare il saggio di uno scrutinio più rigoroso della legislazione sui piani e potenzialmente dei piani medesimi, indica una direzione che va oltre il caso calabrese, adattando la propria linea giurisprudenziale sia all’evoluzione della disciplina generale in materia sia alla prospettiva, ormai ineludibile, di una durata necessariamente prolungata della compressione dell’autonomia regionale.

Sotto il primo profilo, occorre ricordare che, a partire dal 2018, sembra definitivamente imboccata la strada dell’incompatibilità tra l’incarico di commissario *ad acta* e presidente della Regione. Si tratta di una previsione sulla quale il legislatore statale aveva mostrato diversi ripensamenti²⁵ e che tocca uno degli aspetti più delicati dell’istituto. Infatti, la scelta, a lungo confermata dal legislatore statale e prevalente nell’esperienza applicativa, di far coincidere il commissario *ad acta* con il presidente della Regione commissariata, benché aspramente criticata in dottrina per i suoi «gravissimi effetti di deresponsabilizzazione»²⁶, rappresentava un compromesso che ha obiettivamente favorito, almeno nelle dinamiche politico-istituzionali, la collaborazione tra Stato e Regioni nei primi anni di applicazione dei piani di rientro, poiché ha costituito un evidente contrappeso al commissariamento del comparto di gran lunga più rilevante per il bilancio regionale e – sempre mai a sufficienza – all’interno del rapporto con gli elettori. Quando, tra il 2018 e il 2019, è parso chiaro che il legislatore statale – a fronte del prevalere di quei «gravissimi effetti» sui vantaggi originari – aveva mutato linea e la Corte costituzionale (sent. 255/2019) non aveva nulla da obiettare circa la legittimità di questa scelta, si è dunque prodotta una modifica degli equilibri interni ai rapporti tra Stato e Regione commissariata. Di questo la sentenza in commento sembra prendere atto, tracciando essa stessa l’assetto dei rapporti ritenuto più rispondente ai principi costituzionali. Un assetto al cui interno: allo Stato è riconosciuto – e, anzi, richiesto – il potere di intensificare il proprio intervento sostitutivo con un maggiore impegno di proprio personale all’interno della amministrazione regionale, assumendo pienamente su di sé la responsabilità di comprimere l’autonomia regionale al fine di perseguire gli interessi unitari cui è preordinata l’attuazione del piano di rientro; alla Regione sono garantiti spazi di cooperazione che, al fine di non addivenire a improprie sovrapposizioni di responsabilità, non implicano più, necessariamente, la gestione del piano, ma, ferma la richiesta agli organi regionali di applicare e non ostacolare i provvedimenti commissa-

²⁵ La tortuosa vicenda normativa è puntualmente descritta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 255 del 2019.

²⁶ Così C. PINELLI, *La revisione costituzionale del 2001 e le sue ricadute in campo sanitario*, in questa *Rivista*, 2018, n. 3, p. 664.

riali, impingono verso l'assunzione di una posizione più autonoma e responsabile rispetto alle sorti della propria autonomia, qual è ad esempio la facoltà di proporre un programma alternativo a quello del commissario, fermo il quadro di costante confronto assicurato dal Tavolo tecnico per la verifica degli adempimenti regionali e dal Comitato permanente per la verifica dei livelli essenziali di assistenza, la cui funzione è, secondo la Corte, pienamente sufficiente a presidiare il principio di leale collaborazione²⁷; alla Corte, infine, spettano margini di controllo che i canoni del giudizio di ragionevolezza promettono di rendere più stretto rispetto al mero apprezzamento in astratto dei contrasti di competenza, secondo quanto da essa preconizzato nella sentenza 233/2019 relativa al primo "decreto Calabria" (d.l. 35/2019, conv. l. 60/2019), ove aveva preannunciato la necessità che ogni successivo intervento speciale del legislatore statale si fondasse su di un attento monitoraggio dei risultati conseguiti in via di fatto, aprendo alla possibilità che lo stesso sindacato del giudice delle leggi facesse un salto di qualità proporzionale. Il che, detto per inciso, potrebbe preludere anche ad eventuali attenuazioni di quel principio costantemente affermato dalla Corte per cui il divieto alla Regione di adottare norme regionali contrastanti con il piano e l'obbligo di rimuovere quelle esistenti si applicano anche quando tale contrasto è soltanto potenziale²⁸.

Ad uscirne indebolita è senz'altro la visione di una collaborazione tra Stato e Regione capace *ex se* di rimediare alle mancanze della gestione regionale del servizio sanitario e alle corrispondenti carenze nell'erogazione dei livelli di assistenza e nel controllo della spesa: il richiamo alle rispettive e reciproche responsabilità rivolto a Stato e Regione e il riconoscimento di più ampi margini di controllo da parte della Corte paiono proprio deporre in tal senso.

Del resto, secondo la sentenza in commento, a richiedere tale cambio di passo sono proprio l'insufficiente prestazione che, in alcune Regioni, tale modello registra con l'annoso protrarsi nel tempo delle relative gestioni commissariali. A tal riguardo, la Corte si dimostra senz'altro coerente con il monito lanciato nella sentenza n. 199/2018, quando, a fronte del lungo commissariamento della Regione Campania, essa aveva preavvertito circa la potenziale insostenibilità della soluzione adottata dalla legge statale. In quel caso, come si è già ricordato, il giudice delle leggi aveva sottolineato gli effetti collaterali sulla forma di governo regionale, che, a seguito della coincidenza tra commissario e presidente, risultava ancor

²⁷ V. spec. punto 11, cons. dir., C. cost. sent. 168/2021. È interessante notare come la Corte avesse già affermato come è proprio al livello dei due organismi ministeriali (il Tavolo degli adempimenti finanziari e il Comitato di verifica LEA) che, alla luce della composizione dei medesimi, si realizza quella «compenetrazione tra la componente statale e quella regionale) [che] permette che, nelle fasi di svolgimento del piano di rientro, le attribuzioni regionali ricevano adeguata rappresentazione e pertanto tutela (così sentenza n. 200 del 2019), sicché la scelta di nominare commissario *ad acta* persona diversa dal Presidente della Regione non determina, a dispetto di quanto sostenuto dalla ricorrente, alcuna interruzione del confronto fra struttura commissariale e amministrazione centrale» (punto 6.1, cons. dir., C. cost. sent. 255/2019).

²⁸ Principio chiarito, *ex multis*, in C. cost. decc. 119 e 117 del 2018; 190, 106 e 14 del 2017; 266 del 2016; 227 del 2015; 110 del 2014.

più alterata a favore dell’esecutivo regionale e a discapito del consiglio di quanto già non fosse secondo le regole ordinarie. Oggi, superato il problema della torsione interna alla forma di governo regionale, la Corte pone in chiaro come il prolungamento della gestione commissariale espone al rischio di una sospensione *sine die* dell’autonomia regionale e, costituendo un sintomo dell’inefficacia della gestione medesima, deve indurre lo Stato a intensificare il proprio intervento sostitutivo.

Non va trascurato, infine, come, nello stigmatizzare il procrastinarsi di un regime eccezionale com’è il commissariamento e l’esercizio che esso incarna dei poteri sostitutivi *ex art. 120 Cost.*, la Corte percorra itinerari argomentativi che sono in fondo noti alla sua giurisprudenza sulle fattispecie normative straordinarie e provvisorie. Si pensi, per fare un esempio significativo anche perché vertente in un ambito del tutto diverso, all’andamento delle sue decisioni in tema di sospensione degli sfratti in materia locatizia²⁹ e alla rilevanza del fattore temporale all’interno del giudizio di ragionevolezza.

4. Il valore dell’autonomia regionale, tra “potenziale” e “prova concreta”. Linearità e curvature nella rilettura della revisione del Titolo V.

Si è sostenuto che, con la sentenza in commento, la Corte intende porre di fronte alla possibilità di un controllo più esigente sulla legislazione concernente i piani di rientro e sul contenuto stesso di tali programmi. Questa prospettiva induce almeno a due ordini di considerazioni, che invitano a loro volta riflettere sulle affermazioni di portata generale che la Corte dedica al quadro costituzionale nel quale colloca le questioni al suo esame, al costo, come si è visto, di alcune forzature nella riconfigurazione di quella avente ad oggetto l’art. 1, comma 2, del decreto impugnato.

Il primo ordine di considerazioni muove dalla constatazione per cui, al fine di sindacare la ragionevolezza della norma statale poc’anzi evocata espressiva del potere sostitutivo, la Corte ricostruisce un modello di corretto esercizio di tale potere, alla luce del quale è l’istituto stesso dei piani di rientro ad assumere le sembianze di un paradigma di attuazione dell’art. 120 Cost. In altri termini, la decisione tende a confermare la tesi in base alla quale i piani di rientro sanitari non costituiscono un “corpo estraneo” nelle dinamiche del regionalismo italiano, prova della specialità propria della materia sanitaria e della carattere derogatorio che talora la Corte ha in tempi più risalenti assegnato alle soluzioni normative e istituzionali di settore³⁰, bensì rappresentano un istituto coerente con il sistema

²⁹ Si rinvia a questo proposito a R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Profili costituzionali*, in A. ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve alla disciplina delle locazioni immobiliari*, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2021, II ed., spec. pp. 25 ss.

³⁰ Su questa impostazione ermeneutica, v. R. BALDUZZI, *La giurisprudenza*, cit.

costituzionale e integrato nella legislazione attuativa del Titolo V³¹. Ciò che non comporta che la sua inadeguata utilizzazione, anche sotto il profilo dell'eccessiva durata, non possa condurre a rimetterlo in discussione quale strumento idoneo a fronteggiare le situazioni di crisi più conclamata dell'autonomia regionale.

Il secondo ordine di considerazioni muove, invece, dalle ripetute sottolineature che la Corte compie rispetto alla «prova concreta» che l'autonomia regionale è chiamata a dare circa la sua capacità di tradurre il proprio «valore potenziale» in una «migliore attuazione [...] dei valori costituzionali, [come] avviene, del resto, in diverse realtà presenti nel variegato panorama del pluralismo istituzionale italiano proprio con riguardo alla tutela della salute»³². L'esperienza dei piani di rientro, la quale ha dato impulso alla progressiva costruzione di un sistema di valutazione dei servizi sanitari regionali intorno non soltanto ai dati finanziari e contabili, ma anche al livello delle prestazioni³³, consente nella materia *de qua* di accedere a informazioni e modelli di valutazione che altri comparti non possiedono. Tuttavia, questa attenzione, che la Corte mostra di assegnare ad una verifica in concreto del rendimento dell'autonomia regionale, la quale potrebbe supportare un più rigoroso sindacato di costituzionalità secondo i canoni della ragionevolezza, non trova spazio entro i confini della sola materia sanitaria. La stessa sentenza in commento fa ampio uso anche delle informazioni derivanti dai procedimenti di controllo in capo alla sezione regionale della Corte dei conti, secondo un andamento, favorevole ad una sempre maggiore rilevanza delle relazioni del giudice contabile sulle parifiche regionali, che pare interessare il giudizio di costituzionalità di tutte le leggi statali e regionali di carattere finanziario³⁴.

Ora, questi segnali della Corte non sono disseminati occasionalmente nella pronuncia qui annotata ma appartengono ad un disegno organico, che lo stesso giudice costituzionale, come si è più volte accennato e occorre ora precisare, formula al fine di inquadrare il potere sostitutivo, di cui le gestioni commissariali dei piani di rientro sono espressione, all'interno del sistema costituzionale.

La ricostruzione della Corte è compiuta in particolare ai parr. 10.3 e 10.3.1. della decisione e propone di considerare l'art. 120 come chiave di lettura del complessivo assetto dei rapporti tra Stato e Regioni.

³¹ A. PATANÈ, *I Piani di rientro sanitari*, cit.

³² Punto 10.3, cons. dir., C. cost. sent. 168/2021.

³³ La versione più recente di tale sistema di valutazione è quello disciplinato dal decreto del Ministro della salute del 12 marzo 2019, che adrà a sostituire la c.d. "griglia LEA" sviluppata negli anni precedenti e finora impiegata per una valutazione globale dei SSR, con effetti, come si legge nella stessa sentenza in commento, anche sull'istruttoria dei giudizi di costituzionalità in materia.

³⁴ Sugli effetti dell'introduzione dei controlli della Corte dei conti sull'autonomia regionale, tema oggetto di crescente interesse in dottrina, cfr. i recenti contributi di C. Buzzacchi, *Autonomie e Corte dei conti: la valenza democratica del controllo di legalità finanziaria*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, n. 1; M. Cecchetti, *La parificazione dei rendiconti delle Regioni nel difficile equilibrio tra le garanzie costituzionali della legalità finanziaria e quelle dell'autonomia regionale*, in *Federalismi.it*, 2020, n. 34, pp. 45 ss.

La Corte inizia con l’affermare che la revisione del 2001 ha accresciuto gli spazi di autonomia degli enti territoriali in una «prospettiva generativa, per cui promuovendo processi di integrazione fra i vari livelli istituzionali e civili, gli enti territoriali avrebbero consentito una migliore attuazione, rispetto all’assetto precedente, dei valori costituzionali».

Ad emblema di questa prospettiva, viene subito chiamato in causa l’art. 118, comma 1, dove l’attribuzione in via generale delle funzioni amministrative ai Comuni è «stata compensata, nell’ordinaria allocazione delle funzioni, dai principi di differenziazione, adeguatezza e sussidiarietà [...] che implicano una relazione di *adaequatio rei et iuris*, in termini di giudizio – dato “il variabile livello degli interessi coinvolti” (sentenza n. 179 del 2019) – sulla migliore idoneità allo svolgimento di una determinata funzione da parte di istituzioni quantunque meno vicine» ai cittadini.

Risollecitando poi una questione che tanto ha impegnato i primi commentatori del rinnovato Titolo V, com’è quella della rilevanza della sussidiarietà quale criterio di costruzione del riparto o di alterazione/flessibilizzazione dello stesso³⁵, la Corte aggiunge – con una qualche ambiguità circa la prevalente adesione all’una o all’altra tesi (o circa la loro coesistenza): ulteriore elemento di specifico interesse della decisione – che «è inoltre indubbio che la medesima logica non sia estranea nemmeno ai criteri che hanno condotto alla ripartizione delle funzioni legislative tra Stato e Regioni: del resto la stessa rigidità dei confini delle materie è a sua volta suscettibile di deroga in forza dell’esercizio, nel rispetto del principio di leale collaborazione, dell’attrazione in sussidiarietà da parte dello Stato (*ex plurimis*, sentenza n. 74 del 2018)».

Richiamando due propri precedenti, la Corte colloca quindi in questo assetto l’art. 120, affermando che le previsioni ivi contenute relativamente allo straordinario³⁶ esercizio dei poteri sostitutivi «fanno “sistema con le norme costituzionali di allocazione delle competenze, assicurando comunque, nelle ipotesi patologiche, un intervento di organi centrali a tutela di interessi unitari” (sentenza n. 44 del 2014), e pongono lo Stato quale garante di ultima istanza della tenuta del sistema costituzionale rispetto a “taluni interessi essenziali” (sentenza n. 43 del 2004)». E questo perché l’art. 120 disvela con assoluta onestà – quasi come il 3, secondo comma, rispetto alle diseguaglianze di fatto – la possibilità che gli enti territoriali, nell’esercizio della propria autonomia, ne pervertano le finalità e «possano giungere a limitare l’effettività dei diritti costituzionali; a mettere a rischio l’unità giuridica e/o economica della Repubblica; a esporre a responsabilità internazionale o comunitaria l’istituzione statale». Di fronte ad una simile prospettiva di «crisi dell’autonomia», il primo

³⁵ Sulla problematica, cfr. G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2009, spec. pp. 75 ss.

³⁶ Quanto alla distinzione tra ipotesi di sostituzione straordinaria *ex art. 120* ed altre previste dall’ordinamento, cfr. L. BUFFONI, *La stra-ordinarietà perduta dell’art. 120, comma 2, della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2019, n. 4, pp. 1196 ss., la cui riflessione problematizzante sulla tenuta di tale distinzione e, in genere, sulla categoria dei poteri sostitutivi può contribuire ad un esame della sentenza in commento che si interroghi sul rapporto, nelle parole della Corte, tra applicazione dell’art. 120 ed alterazione del riparto costituzionale delle competenze.

rimedio è rimesso alle dinamiche democratiche interne all'ente, ovvero al «controllo degli elettori sugli organi politici di quella determinata realtà territoriale», ma, ove questo non sia sufficiente, la Costituzione prevede proprio l'intervento del potere statale, «che può spingersi fino a esautorare, per determinate materie e nel rispetto del principio di leale collaborazione, anche gli organi democraticamente eletti, potendosi esigere che persino la legge regionale “non interferisca con lo svolgimento delle funzioni del commissario” (*ex plurimis*, da ultimo, sentenza n. 217 del 2020)»³⁷.

In questa situazione di crisi, il valore potenziale dell'autonomia non viene meno, perché non viene meno la titolarità originaria delle competenze, il cui assetto viene temporaneamente condizionato dall'esercizio dei poteri sostitutivi statali, e tuttavia il recupero di tale valore deve costituire la bussola di tale esercizio, il quale «da un lato, si giustifica solo in quanto l'intervento statale sia tale da garantire le esigenze unitarie della Repubblica compromesse invece dalla realtà istituzionale sostituita e, dall'altro, si caratterizza per una necessaria temporaneità e cedevolezza dell'intervento sostitutivo, dato il valore che l'ordinamento continua a riconoscere, come detto, alla potenzialità del principio autonomistico». Da qui l'esigenza che lo Stato si assuma appieno la «responsabilità di risolvere nel minor tempo possibile la crisi dissipativa di un determinato ente autonomo», impegnando «se del caso, le proprie migliori energie e anche adeguate risorse finanziarie; senza travalicare, da quest'ultima prospettiva, il principio di responsabilità finanziaria imputabile a una determinata realtà territoriale, occorre infatti, comunque garantire un punto di equilibrio che impedisca, a danno di tutta la Repubblica, il cronicizzarsi di una condizione di crisi, che risulterebbe lesiva di plurimi principi costituzionali»³⁸.

Come si è già argomentato, le questioni poste dalla Regione ricorrente avrebbero potuto essere risolte dalla Corte anche senza la tessitura di una così impegnativa ricostruzione del sistema costituzionale delle autonomie territoriali scaturito dalla revisione del Titolo V, proposta a vent'anni dall'approvazione della legge cost. 3/2001. Senz'altro, essa offrirà più di uno spunto al dibattito – ormai permanente, ma che il cinquantenario dell'attivazione delle Regioni ordinarie e il ventennale della riforma del 2001 hanno ulteriormente concor-

³⁷ È proprio questo passaggio a dare per acquisito che l'istituto dei piani di rientro, ivi comprese le sue peculiari regole di inibizione dell'autonomia legislativa regionale, rappresenti un modello paradigmatico del potere sostitutivo *ex art. 120 Cost.*

³⁸ Principi che la Corte non manca di elencare: «Infatti, in questa situazione si stabilizzerebbero, altrimenti: a) la sospensione degli ordinari meccanismi di responsabilità politica e del relativo potere di controllo degli elettori locali, essendosi realizzata la sostituzione governativa agli organi politici regionali; b) l'incremento ai massimi livelli della pressione fiscale, previsto in via automatica (dall'art. 1, comma 174, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2005)» e dall'art. 1, comma 86, della legge n. 191 del 2009) e quindi non più imputabile a una specifica decisione dei rappresentanti degli elettori regionali; c) il venir meno della garanzia dei Livelli essenziali di assistenza (LEA) nei confronti degli abitanti della Regione; d) la discriminazione degli stessi in contrasto con il principio di eguaglianza; e) il vulnus al principio dell'equilibrio di bilancio»; questa come le precedenti citazioni riportate nel testo del presente paragrafo sono tratte dai punti 10.3 e 10.3.1 della sentenza in commento.

so ad alimentare³⁹ – sui problemi del nostro Stato regionale; specialmente nel momento in cui l’emergenza pandemica ha contribuito ad acuire i contrasti tra centro e periferia e ad aumentare le occasioni per un esercizio non di rado simbolico e problematico dei propri poteri da parte delle Regioni⁴⁰ (come la stessa Corte ha dovuto stigmatizzare: il riferimento è naturalmente alla sentenza n. 37/2021⁴¹).

Alcune delle affermazioni ivi contenute, anche per le novità lessicali già notate, recano in sé motivo di riflessione, non da ultimo allo scopo di verificare se la continuità con la giurisprudenza di questi vent’anni, ribadita dalle ricorrenti citazioni dei precedenti, sia sempre tale.

Se poi tali affermazioni gettino le fondamenta non solo per un cambio di passo interno alla giurisprudenza sui piani di rientro, ma per una rinnovata visione dei rapporti tra lo Stato e le autonomie territoriali da parte del giudice costituzionale, lo si potrà constatare soltanto alla luce delle future decisioni in materia.

In questa sede, almeno dubitativamente, si può però osservare che l’immagine complessiva dello Stato regionale italiano risultante dalla predetta ricostruzione abbia alcune peculiarità e, forse, anche qualche novità.

Dalle parole della Corte, infatti, emerge una Repubblica delle autonomie nella quale il valore dell’autonomia è “potenziale” e va sottoposto alla “prova concreta”. Non sono poche le domande che, in questa prospettiva, ci si può porre. Il “riconoscimento” dell’art. 5, dunque, non è tanto la presa d’atto di un processo storico, del quale è impastata anche la nascita della Repubblica democratica fondata sul lavoro dell’art. 1, ma è soprattutto un investimento di fiducia sul futuro? Se la prova non è buona, allora occorre che tanto la Regione interessata, quanto soprattutto lo Stato siano richiamati alle rispettive responsa-

³⁹ Per un quadro sullo stato della discussione, cfr. da ultimo i contributi di G. FALCON, *Lo stato delle regioni*, S. BARTOLE, *Una politica per l’ordinamento regionale*, M. BELLETTI, *La riforma del Titolo V «sotto attacco»*, *Dall’entusiasmo regionalista alle torsioni centraliste*, R. BIN, *Il filo rosso della dialettica tra unità e autonomia: ieri, oggi, domani*, Q. CAMERLENGO, *Unità e autonomia: una questione di indirizzo politico*, M. CAMELLI, *Mezzo secolo di Regioni: buone domande e qualche risposta*, A. DEFFENU, S. PAJNO, *Il regionalismo italiano a vent’anni dalla riforma del Titolo V: prime riflessioni*, M. DELLA MORTE, L. RONCHETTI, *Simul stabunt simul... stabunt: a quale prezzo?*, G. DI COSIMO, *Brevi note sullo stato attuale del sistema regionale*, R. DI MARIA, *La potestà legislativa regionale, fra (endogena) autonomia politica ed (esogena) attuazione programmatica*, P. GIANGASPERO, *L’organizzazione «costituzionale» delle Regioni e il ruolo della legge regionale*, C. MAINARDIS, *Il regionalismo italiano tra continuità sostanziale e le sfide del PNRR*, A. MORELLI, *Quale futuro per il regionalismo italiano?*, C. PADULA, *La pandemia, la leale collaborazione e la Corte costituzionale*, S. PARISI, *Cinquant’anni di Regioni: cesure apparenti, ricorsività dei luoghi comuni*, A. POGGI, *Il PNRR come possibile collante dell’unità repubblicana? (riflessioni in margine al regionalismo e al divario Nord-Sud)*, G. TARLI BARBIERI, *I nodi irrisolti del regionalismo italiano, a venti anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione*, V. TONDI DELLA MURA, *L’«eccezionale provvisorietà» della regionalizzazione italiana*, L. VIOLINI, *50 anni di vita delle Regioni: un percorso a fasi alterne per la crescita del Paese*, tutti comparsi in *Le Regioni*, 2021, nn. 1-2.

⁴⁰ La necessità o meno di riformare il Titolo V alla luce dell’esperienza pandemica è stata uno dei capitoli dell’articolato dibattito sull’impatto dell’emergenza sanitaria nei confronti delle autonomie territoriali: tra le diverse opinioni, per una impostazione qui condivisa, cfr. R. BALDUZZI, *Quale assetto istituzionale del nuovo Ssn tra Stato e Regioni?*, in *L’Arco di Giano*, 2021.

⁴¹ Sulla quale cfr. L. CUOCOLO, F. GALLARATI, *La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profylaxi internazionale*, in questa *Rivista*, 2021, n. 1, pp. 3 ss.

bilità, senza confondere i propri compiti nel nome di una mal intesa leale collaborazione e della tentazione di lasciar cronicizzare i problemi alla base della mancata realizzazione del valore potenziale dell'autonomia (alcuni dei quali, invero, sono assai più risalenti non solo rispetto alla revisione del Titolo V, ma finanche dell'attivazioni delle Regioni ordinarie); ma se anche l'intervento dello Stato fallisce, quale forma di ripristino dell'autonomia potrà esserci? Se, invece, la prova è buona, allora la Regione meritevole dovrà essere posta nelle condizioni di beneficiare della flessibilità del riparto costituzionale delle competenze a suo vantaggio? La sussidiarietà che permea questa ricostruzione è ancora strettamente connessa alla cooperazione e alla solidarietà (e lungo quale direttrice: ad una solidarietà orizzontale tra Regioni, ad esempio, non è fatto cenno, ma questo non deve stupire alla luce del fatto che la stessa disciplina sui piani di rientro, per restare al terreno del giudizio, ha nel tempo smarrito nella prassi alcune intuizioni, come gli affiancamenti tra Regioni, che potevano rinvenirsi ai suoi primi passi)? In questo Stato regionale, protagonista indiscusso è lo Stato, ma, forse, solo nei confronti dei territori che “non ce la fanno da sé”. Se poi, per le Regioni che, invece, “ce la fanno da sé”, questo ragionamento tiri in ballo il momentaneamente accantonato dibattito sull'attuazione dell'art. 116 Cost., terzo comma, è davvero un quesito per la cui risposta non è lecito trarre alcunché dalla sentenza. Un'ultima impressione, invece, è possibile ricavarla con minore incertezza, ovvero che una sentenza che offra una concezione dei poteri sostitutivi particolarmente esigente⁴² potrebbe non soltanto imprimere qualche stimolo di miglioramento alla disciplina sui piani di rientro, ma altresì disegnare uno scenario più rassicurante in vista dell'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, richiamando altresì, e non secondariamente, lo Stato e le Regioni a metterlo al riparo da ogni rischio di “dissipazione”.

⁴² E, per questo profilo, particolarmente condivisibile, specie per il forte richiamo al principio di responsabilità e per l'invito a non confondere l'adempimento agli obblighi di leale collaborazione con l'incerta attribuzione dei ruoli.

La sentenza 123/2021 della Corte costituzionale del Portogallo sulla morte medicalmente assistita: analisi e confronto con il caso Cappato* **

[Tribunal const. de Portugal, acórdão 15 de março de 2021, n. 123]

António Manuel Abrantes***

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 1.1. Il Decreto n. 109/XIV dell'Assemblea della Repubblica del Portogallo. – 1.2. La richiesta di controllo preventivo di costituzionalità avanzata dal Presidente della Repubblica. – 2. La sentenza 123/2021 della Corte costituzionale del Portogallo. – 2.1. Delimitazione dell'oggetto del processo. – 2.2. Il problema in astratto: la legittimità costituzionale della parziale depenalizzazione e regolamentazione della morte medicalmente assistita in quanto tale. – 2.3. Il problema specifico: l'illegittimità costituzionale della norma contenuta nell'articolo 2, comma 1, del Decreto, per violazione del principio di determinabilità delle leggi. – 3. Conclusione

ABSTRACT:

Questo articolo intende descrivere sinteticamente la posizione espressa dalla Corte costituzionale del Portogallo nella Sentenza 123/2021, che ha dichiarato l'incostituzionalità della prima iniziativa legislativa approvata dal Parlamento volta a depenalizzare e regolamentare la morte medicalmente assistita nell'ordinamento giuridico portoghese. Cercheremo di spiegare gli aspetti centrali di que-

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Vorrei ringraziare il dott. Francesco Gallarati per il prezioso aiuto nella revisione linguistica di questo articolo. Le posizioni espresse sono del tutto personali e non sono riconducibili all'istituzione di appartenenza.

*** Consulente legale nella Corte costituzionale del Portogallo. Professore Assistente nella Facoltà di Giurisprudenza della Università Cattolica Portoghese – Scuola di Lisbona

sta decisione e di evidenziare quali sono i principali punti di convergenza e divergenza rispetto alla posizione espressa dalla Corte costituzionale italiana nel caso Cappato.

The purpose of this article is to briefly describe the position expressed by the Constitutional Court of Portugal in its Ruling 123/2021, where the Court declared the unconstitutionality of the first legal initiative approved by the Parliament aimed at decriminalizing and regulating medically assisted death in the Portuguese legal system. It will address the central aspects of the decision and explain what are the main points of convergence and divergence regarding the position expressed by the Constitutional Court of Italy in the Cappato case.

1. Introduzione

1.1 Il Decreto n. 109/XIV dell'Assemblea della Repubblica del Portogallo

Nel febbraio 2021, il Parlamento portoghese ha approvato il Decreto n. 109/XIV, volto a depenalizzare e regolamentare la morte medicalmente assistita nell'ordinamento giuridico portoghese. L'approvazione di questo disegno di legge è stato il culmine di un lungo iter legislativo che si è trascinato per più di un anno nel parlamento portoghese.

I presupposti per il ricorso alla morte medicalmente assistita erano sostanzialmente previsti dall'articolo 2, comma 1, del suddetto Decreto, che recitava: «*Agli effetti della presente legge, si considera anticipazione della morte medicalmente assistita non punibile quella che avviene per decisione della persona, maggiorenne, la cui volontà è attuale e reiterata, seria, libera e chiara, in una situazione di sofferenza intollerabile, derivante da una lesione definitiva di estrema gravità secondo il consenso scientifico o da una malattia incurabile e fatale, quando sia praticata o assistita dagli operatori sanitari*». Da quanto precede risulta che, in base al suddetto Decreto, l'ammissibilità della morte medicalmente assistita nell'ordinamento giuridico portoghese sarebbe dipesa dal soddisfacimento di tre condizioni centrali: 1) la decisione di una persona maggiorenne¹ di porre fine alla propria vita, la cui volontà doveva essere attuale, reiterata, seria, libera e chiara; 2) quella persona doveva trovarsi in una situazione di sofferenza intollerabile causata da una delle seguenti condizioni cliniche: i) una lesione definitiva di estrema gravità secondo il consenso scientifico; o ii) una malattia incurabile e fatale; 3) infine, l'ultimo atto, idoneo a porre fine alla vita della persona, doveva essere praticato o assistito da un operatore sanitario.

Dal canto suo la procedura, disciplinata da diverse norme del Decreto, era articolata nei seguenti passaggi centrali: 1) una richiesta di apertura dell'iter clinico di morte medicalmente assistita, formulata dal paziente che aveva preso la decisione di anticipare la propria morte (articolo 3); 2) il rilascio di un parere motivato da parte del medico curante che

¹ Secondo i termini previsti dal paragrafo 2 dello stesso articolo, tale persona dovrebbe essere un cittadino portoghese o una persona legalmente residente in territorio portoghese.

attestasse che il paziente era in regola con tutti i requisiti di legge (art. 4); 3) il rilascio di un secondo parere da parte di un medico specialista a conferma della verifica di tali presupposti (art. 5); 4) in alcuni casi, il parere di un medico specialista in psichiatria (art. 6); 5) il rilascio di un parere definitivo da parte di una commissione amministrativa appositamente costituita – il «*Comitato di Verifica e Valutazione*» – che fungeva da autorizzazione allo svolgimento del procedimento (art. 7); 6) la decisione del paziente, recante fissazione del giorno, dell'ora, del luogo e delle modalità con cui compiere l'atto (art. 8); 7) l'atto finale di morte medicalmente assistita, che poteva consistere nell'autosomministrazione da parte del paziente di farmaci letali destinati a sopprimere la vita, oppure nell'eterosomministrazione da parte di operatori sanitari (art. 9); 8) infine, dopo aver espletato l'atto finale, la predisposizione di un rapporto da parte del medico guida, che doveva essere inviato al Comitato di Verifica e Valutazione e all'ente governativo preposto al controllo in ambito sanitario (Ispettorato Generale delle Attività Sanitarie) (articolo 8, comma 4).

Da quanto esposto al punto 7) si evince che il Decreto n. 109/XIV mirava a depenalizzare e disciplinare due diverse forme di morte medicalmente assistita. Da un lato, la cosiddetta «*eutanasia attiva diretta*», che si verifica quando una persona (in questo caso, un professionista sanitario) provoca attivamente la morte di un altro su sua richiesta, attraverso l'eterosomministrazione di farmaci destinati a causare la morte. Dall'altro, il cosiddetto «*suicidio assistito*», che si verifica quando l'ultimo atto di porre fine alla vita è compiuto dalla persona stessa, attraverso l'autosomministrazione di farmaci destinati a provocarne la morte. L'art. 8, comma 2, del Decreto ammetteva entrambe le possibilità senza ricollegarle a presupposti specifici, precisando che la scelta della modalità di morte medicalmente assistita era di esclusiva responsabilità del paziente.

Al fine di depenalizzare le condotte di morte medicalmente assistita praticate secondo il regime ivi previsto, il Decreto introduceva inoltre una modifica al Codice penale portoghese (CP) volta ad aggiungere una nuova norma agli articoli 134 (che sancisce il reato di omicidio su richiesta della vittima) e 135 (che sancisce il reato di favoreggiamento al suicidio). Tale norma prevedeva che le condotte rientranti in tali reati non fossero punibili se commesse secondo il regime previsto dal decreto n. 109/XIV. Pertanto, in base a tale norma, le condotte di eutanasia attiva diretta non sarebbero state più punibili penalmente come omicidio su richiesta della vittima ai sensi dell'articolo 134 CP e le condotte di suicidio assistito non sarebbero state più punibili penalmente come favoreggiamento al suicidio ai sensi dell'articolo 135 CP.

1.2. La richiesta di controllo preventivo di costituzionalità avanzata dal Presidente della Repubblica

A seguito dell'approvazione parlamentare del decreto 109/XIV, il testo è stato inviato al Presidente della Repubblica per la promulgazione come legge. Tuttavia, subito dopo averlo ricevuto, il Presidente della Repubblica ha deciso di proporre alla Corte costituzionale una richiesta di controllo preventivo di costituzionalità, nutrendo dubbi sulla costituzionalità di due segmenti normativi contenuti nell'articolo 2, comma 1, del Decreto. Da un lato, è stata messa in discussione la costituzionalità della «*regola contenuta nel comma 1*

dell'articolo 2, nella parte in cui definisce l'anticipazione della morte medicalmente assistita non punibile come l'anticipazione della morte conseguente a una decisione della persona maggiorenne "in una situazione di intollerabile sofferenza". È stata, invece, messa in discussione la costituzionalità della «regola contenuta nel comma 1 dell'articolo 2, nella parte in cui integra nella nozione di anticipazione della morte medicalmente assistita non punibile il criterio di "lesione definitiva di estrema gravità secondo il consenso scientifico"». La prima parte della richiesta verteva, dunque, su uno dei concetti indeterminati che costituivano uno dei presupposti centrali per l'ammissibilità dell'esecuzione della morte medicalmente assistita: il concetto di «sofferenza intollerabile». La richiesta iniziava sottolineando che «questo concetto non è minimamente definito, e non sembra, d'altro canto, che sia univoco nella *leges artis medica*», per poi aggiungere che «(...) riferendosi al concetto di sofferenza, sembra introdurre una forte dimensione di soggettività». Partendo da ciò, il Presidente della Repubblica ha sollevato il dubbio che «poiché tali concetti devono essere, ai sensi del Decreto, come si illustrerà in seguito, sostanzialmente verificati dal medico guida e dal medico specialista, non è chiaro come si debba misurare tale sofferenza: se dal punto di vista esclusivo del paziente, oppure sulla base della valutazione del medico», per concludere infine che «un concetto con questo grado di indeterminatezza non sembra conforme ai requisiti di precisione normativa richiesti dalla Costituzione, nella materia *sub judice*»².

A sua volta, la seconda parte della richiesta verteva su un altro presupposto previsto dalla stessa norma: il fatto che la sofferenza intollerabile dovesse derivare da una «lesione definitiva di estrema gravità secondo il consenso scientifico» (in alternativa alla malattia incurabile e fatale). La richiesta iniziava rilevando che «tale sottocriterio indica una soluzione non in linea con gli obiettivi assunti dal legislatore, in quanto consente un'interpretazione secondo la quale la mera lesione definitiva di estrema gravità potrebbe portare alla possibilità di morte medicalmente assistita». Partendo da ciò, il Presidente della Repubblica ha evidenziato che il fatto che tale presupposto dovesse essere coniugato con l'assunzione della «situazione di sofferenza intollerabile», prevista in tale norma, non le dava sufficiente precisione normativa, in quanto «(...) considerato quanto sopra – il carattere assai indefinito del concetto di sofferenza intollerabile - e la totale assenza di precisazione di quella che è una lesione definitiva di estrema gravità, né di consenso scientifico, non sembra che il legislatore fornisca al medico che interviene nel procedimento un criterio legislativo sufficientemente sicuro che possa guidarne l'agire». La richiesta ha inoltre sottolineato il fatto che il presupposto sembrava prescindere dalla natura fatale della lesione: dal momento infatti che l'unico criterio associato alla lesione era la sua natura definitiva, non essendovi viceversa alcun riferimento alla sua natura mortale, il Presidente della Repubblica dubitava che si fosse in presenza di una "anticipazione della morte", poiché non era detto che que-

² Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 123/2021, par. 3.

sta dovesse «*avvenire in conseguenza della predetta lesione (...)*». Pertanto, il Presidente della Repubblica ha concluso anche in relazione a tale presupposto che «*la richiamata insufficiente precisione normativa non sembra conforme all'esigenza costituzionale in materia di diritto alla vita e alla dignità della persona umana, né con la certezza del diritto*»³. La richiesta, infine, mirava anche a delimitare il proprio oggetto, precisando che la questione non era sapere se la depenalizzazione della morte medicalmente assistita fosse, di per sé, costituzionalmente ammissibile, indipendentemente da come specificamente disciplinata dal legislatore. Il Presidente della Repubblica ha infatti sottolineato che «*(...) non è, in ogni caso, oggetto di questa richiesta alla Corte costituzionale la questione di sapere se l'eutanasia, come concetto, sia o non sia conforme alla Costituzione (...)*». Invece, si voleva unicamente mettere in discussione la costituzionalità dei due segmenti normativi sopra individuati dell'articolo 2, comma 1, precisando che la richiesta si limitava a sollevare «*(...) la questione di sapere se la concreta disciplina della morte medicalmente assistita operata dal legislatore in questo Decreto è conforme alla Costituzione (...)*»⁴.

La questione sottoposta alla Corte costituzionale portoghese era dunque esattamente inversa rispetto a quella posta alla Corte costituzionale italiana nella causa *Cappato*: mentre quest'ultima Corte si trovava di fronte al problema di valutare la legittimità costituzionale della criminalizzazione totale del suicidio assistito, la Corte portoghese è stata chiamata ad apprezzare la legittimità costituzionale della parziale depenalizzazione e conseguente regolamentazione dell'eutanasia attiva diretta e del suicidio assistito. Come vedremo nelle righe seguenti, l'opposizione tra le due questioni è solo apparente, in quanto le stesse non sono altro che due diverse facce della stessa medaglia: la possibilità di una persona di potere rinunciare in situazioni eccezionali al diritto fondamentale alla propria vita, misurata con riferimento ai doveri (opposti) dello Stato di proteggere il valore oggettivo della vita umana.

2. La sentenza 123/2021 della Corte costituzionale del Portogallo

2.1. Delimitazione dell'oggetto del processo

Chiamata a pronunciarsi, la Corte costituzionale ha iniziato risolvendo un problema preliminare riguardante la delimitazione dell'oggetto del processo di controllo costituzionale. Questa attività è di grande importanza nell'ordinamento costituzionale portoghese, in quanto i processi astratti di controllo di costituzionalità sono fortemente dipendenti dalla

³ *Ibidem.*

⁴ *Ibidem.*

richiesta di revisione, che delimita i poteri conoscitivi della Corte. In effetti, l'articolo 51, n. 5, della legge n.28/82, del 15 novembre (Legge organica sulla Corte costituzionale), stabilisce che *«la Corte solo può dichiarare l'incostituzionalità o illegittimità delle norme di cui è stata richiesta la valutazione (...)»*, il che significa che la richiesta di controllo di costituzionalità delimita l'oggetto del processo e vincola i poteri di giudizio della Corte, che può solo sindacare e dichiarare l'incostituzionalità delle specifiche norme che fanno parte di un determinato strumento giuridico che è stato individuato nella domanda.

Tuttavia, nel caso di specie, la questione appariva controversa per il fatto che il Presidente della Repubblica aveva indicato espressamente nella richiesta di non voler scrutinare quello che potrebbe essere definito come il *'problema astratto'*, cioè se la morte medicalmente assistita fosse di per sé compatibile con la Costituzione. La richiesta verteva invece su quello che chiameremo il *'problema in concreto'*, limitandosi cioè a interrogarsi se una parte specifica della disciplina contenuta nell'articolo 2, comma 1, del Decreto in esame (nello specifico, i segmenti normativi che prevedevano i concetti di *«sofferenza intollerabile»* e di *«lesione definitiva di estrema gravità secondo il consenso scientifico»*) fosse compatibile con la Costituzione. Pertanto, una lettura restrittiva della richiesta avrebbe potuto far ritenere che alla Corte fosse impedito nel processo in esame di pronunciarsi sulla materia nella sua interezza e, più specificamente, di valutare la legittimità costituzionale della scelta legislativa di depenalizzare la morte assistita come tale, indipendentemente dalla regolamentazione concreta data a questo tipo di pratiche.

La Corte, tuttavia, si è discostata da questa impostazione e ha sostenuto di avere la legittimità di valutare sia il problema in astratto che il problema in concreto⁵. In questo senso, la Corte ha iniziato affermando che non era possibile valutare isolatamente i segmenti normativi individuati nella richiesta senza tener conto del loro inserimento sistematico nella norma globalmente considerata e nel Decreto in esame. Questo perché i concetti di *«situazione di sofferenza intollerabile»* e di *«lesione definitiva di estrema gravità secondo il consenso scientifico»* costituivano due presupposti necessari affinché si realizzassero le procedure di anticipazione della morte medicalmente assistita disciplinate dal Decreto in esame, il che implicherebbe che tali segmenti dovrebbero essere *«(...) intesi logicamente e teleologicamente come elementi oggettivi (insieme ad altri non menzionati nella richiesta) dai quali dipende l'esclusione della punizione della pratica o dell'aiuto, da parte di un professionista sanitario, nell'anticipazione della morte di qualcuno su sua richiesta»*⁶. Tale posizione di principio ha poi condotto la Corte a sostenere che *«(...) l'oggetto materiale della richiesta formulata dal ricorrente non può non essere tagliato, in modo che esso ac-*

⁵ Tale posizione maggioritaria è stata però contestata da quattro giudici, i quali, in una dichiarazione di voto, hanno sostenuto che l'assunzione di una posizione in astratto sulla questione avrebbe comportato una violazione del principio della richiesta da parte della Corte (*Tribunal Constitucional, Acórdão 123/2021, «Declaração de Voto Conjunta», apresentada pelos Juizes Mariana Canotilho, José João Abrantes, Assunção Raimundo e Fernando Vaz Ventura*, par. 1).

⁶ *Tribunal Constitucional, Acórdão 123/2021*, par. 12

*quisti veramente significato nel quadro complessivo in cui si integra e giustifica, nella sua coniugazione con gli altri elementi della disposizione normativa*⁷.

La Corte ha quindi individuato la norma oggetto di esame (e, in tal senso, delimitato l'oggetto del processo) con riferimento all'intero contenuto normativo dell'articolo 2, comma 1, e non solo agli specifici segmenti individuati nella richiesta, dichiarando quanto segue: «(...) *la norma sindacata in via principale, così come intesa dalla Corte, è quella contenuta nell'articolo 2, n. 1, del decreto 109/XIV con tutto il suo contenuto prescrittivo (cioè quello ad esso attribuito dal numero 3), come norma completa, laddove si considera l'anticipazione della morte medicalmente assistita non punibile quella che avviene in conseguenza della decisione di una persona adulta, la cui volontà sia attuale e reiterata, seria, libera e chiara, in una situazione di intollerabile sofferenza, con lesione definitiva di estrema gravità secondo il consenso scientifico o malattia incurabile e mortale, quando praticata o assistita da operatori sanitari e attuata su richiesta a seguito di una procedura clinica e legale (disciplinata nel Decreto)*»⁸.

Operata tale delimitazione, la Corte ha poi affermato che la valutazione del problema in astratto costituiva una questione preliminare a qualsiasi altra questione che potesse essere valutata rispetto al regime giuridico specificamente previsto dal legislatore. Questo perché la Corte ha considerato che solo avrebbe avuto senso e utilità discutere di eventuali vizi che incidessero su elementi o parti di quella norma se essa, globalmente considerata, potesse essere considerata costituzionalmente ammissibile. Tenuto conto che la norma stabiliva i presupposti fondamentali affinché l'anticipazione della morte medicalmente assistita cessasse di essere punita penalmente nell'ordinamento giuridico portoghese (in questo modo consentendo che tali procedure diventassero ammissibili in Portogallo), la sua conformità costituzionale dipendeva innanzitutto dall'astratta compatibilità di tali procedure con il diritto fondamentale alla vita, sancito dall'articolo 24, comma 1, della Costituzione della Repubblica Portoghese (CRP). Nelle sue parole: «*L'anticipazione della morte medicalmente assistita, per sua stessa natura, contrasta evidentemente con il valore della vita umana enunciato in questo precetto, per cui tale questione, oltre ad essere inevitabile, prevale su tutte le altre espressamente sollevate dal richiedente*»⁹. Tale posizione di principio ha poi portato la Corte ad affermare la necessità di valutare preventivamente in astratto il problema, dichiarando che «(...) *la discussione sulla conformità costituzionale delle concrete condizioni o presupposti dell'anticipazione della morte medicalmente assistita solo ha senso – e utilità – se tale anticipazione della morte medicalmente assistita non sia, fin*

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*, par. 14

dall'inizio, e di per sé, considerata incompatibile con la Costituzione, vale a dire con il suo articolo 24, comma 1»¹⁰.

2.2. Il problema in astratto: la legittimità costituzionale della parziale depenalizzazione e regolamentazione della morte medicalmente assistita in quanto tale

Delimitato in questi termini l'oggetto del processo, la Corte ha quindi proceduto a valutare la compatibilità della decisione giuridica di depenalizzare e regolare la morte medicalmente assistita con il diritto fondamentale alla vita sancito dall'articolo 24, comma 1, della CRP¹¹. A tal fine, ha esordito sottolineando la posizione di vertice del diritto fondamentale alla vita nel sistema dei diritti fondamentali garantiti dalla CRP, che risulta immediatamente dalla stessa formulazione contenuta nell'articolo 24, comma 1, della CRP. Tale norma, infatti, più che limitarsi a sancire un diritto fondamentale alla vita, dichiara che «*la vita umana è inviolabile*», il che ha portato la Corte a rilevare che «*(...) il più alto grado di qualificazione assunto dall'enfatica affermazione di inviolabilità della vita umana richiede un livello protettivo congruente con la forte identità assiologica che la caratterizza*»¹².

Fatte queste considerazioni introduttive, la Corte ha poi sostenuto che tale proclamazione categorica del valore dell'invioabilità della vita umana rendeva facilmente comprensibile che il diritto fondamentale alla vita non avesse una dimensione negativa in grado di sostenere l'affermazione di un diritto alla propria morte. Nelle sue parole: «*(...) al diritto a vivere (e, quindi, a non essere ucciso) non si oppone il diritto a morire o a essere ucciso (da un terzo o con l'appoggio della pubblica autorità), un diritto di non vivere o il diritto di scegliere di continuare o no a vivere*»¹³. Questa argomentazione è, quindi, in linea con quella sviluppata dalla Corte costituzionale italiana nella causa *Cappato*, quando ha sostenuto che soltanto risultava dal diritto alla vita sancito dall'articolo 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo un dovere dello Stato a tutelare la vita di ciascun individuo e non un diritto diametralmente opposto di rinunciare a vivere o a morire, capace di attribuire a ciascun individuo la possibilità di farsi assistere a tal fine dallo Stato o da terzi¹⁴. Tale posizione di principio coincide, peraltro, con l'orientamento sostenuto dalla Corte

¹⁰ *Ibidem*, par. 23.

¹¹ *Ibidem*, par. 24.

¹² *Ibidem*, par. 26.

¹³ *Ibidem*, par. 28.

¹⁴ *Corte costituzionale*, *Ordinanza 207/2018*, par. 5. Sull'ordinanza *Cappato*, tra i numerosi contributi della dottrina italiana, si vedano in particolari su questa rivista R. BALDUZZI, *L'alleanza terapeutica può includere l'aiuto a morire?*, in *Corti supreme e salute*, 2019, n. 1, pp. 179-183; D. PARIS, *Dal diritto al rifiuto delle cure al diritto al suicidio assistito (e oltre). Brevi osservazioni all'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Corti supreme e salute*, 2018, n. 3, pp. 1-11; L. VIOLINI, *Elementi di criticità della vicenda Cappato: una ipoteca sul futuro del "diritto a morire"?*, in *Corti supreme e salute*, 2020, n. 1, pp. 313-317; A. D'ANDREA, *Dignità sociale versus dignità individuale: la ne della vita non può essere solo un fatto personale*, *Ibidem*, pp. 293-300; B. PEZZINI, *Fine vita, sanità, salute nel caso Cappato/Antoniani: la sequenza decisionale ordinanza 207/2018 – sentenza 242/2019*, *Ibidem*, pp. 301-312; L. EUSEBI, *Diritto a vivere, suicidio, eutanasia*, in *Corti supreme e salute*, 2020, n. 2, pp. 501-510.

europea dei diritti dell'uomo (CEDU) nella causa Pretty, nel senso che non è ammissibile ricavare dal diritto alla vita sancito dall'art. 2 della Convenzione un diritto diametralmente opposto alla morte, o un diritto di autodeterminazione che autorizzerebbe il suo titolare a scegliere la morte invece della vita¹⁵. Anche la dottrina portoghese è stata pressoché unanime nel ritenere che il diritto fondamentale alla vita non abbia un contenuto negativo, nel senso di implicare anche l'attribuzione di un diritto alla morte¹⁶.

Una volta esclusa la possibilità di ricavare dal diritto fondamentale alla vita un diritto alla morte, la Corte ha ritenuto poi importante indagare se la rilevanza costituzionale di tale ipotetico diritto potesse derivare da un altro diritto fondamentale sancito dalla CRP, osservando che «(...) non si può escludere, tuttavia, che tale diritto non possa derivare dalla libertà di ciascuno di autodeterminarsi secondo il proprio progetto di vita personale, ponendo un limite al dovere statale di tutela della vita derivante dall'articolo 24, comma 1»¹⁷. In tal senso, la Corte ha ricordato che, nell'ordinamento giuridico portoghese, i valori della libertà generale di azione e della capacità di autodeterminazione individuale si riflettono particolarmente nel diritto fondamentale al libero sviluppo della personalità, sancito dall'articolo 26, comma 1, della CRP. Al riguardo, è stato rilevato che la libertà generale di azione si traduce essenzialmente in uno spazio di autonomia che dà a ciascuno la libertà di condurre la propria esistenza secondo le caratteristiche specifiche della propria personalità e del proprio progetto di vita, mentre la capacità di autodeterminazione si traduce essenzialmente in uno spazio di autonomia decisionale che dà a ciascuno la libertà di compiere scelte rilevanti per la propria vita razionalmente e l'onere di assumersene la responsabilità. Sulla base di questo quadro, la Corte non ha escluso la possibilità che questi due aspetti potessero avere rilevanza nel campo della morte medicalmente assistita, affermando quanto segue: «Queste due dimensioni del diritto allo sviluppo della personalità attribuiscono a ciascuno il potere di prendere decisioni cruciali sul modo in cui vuole vivere la sua vita e, inerentemente, sul modo in cui non vuole continuare a viverla. Lo spazio irriducibile dell'autonomia individuale di condurre la propria esistenza secondo le caratteristiche specifiche della propria personalità e del proprio progetto di vita scaturito dalla generale libertà di azione può così essere parte di un progetto di fine di vita delineato secondo le concezioni e le valutazioni riguardanti il senso dell'esistenza di ogni persona. A sua volta, la libertà di ciascuno di compiere scelte rilevanti per la propria vita pur essendo

¹⁵ *European Court of Human Rights, Fourth Section, Case of Pretty v. the United Kingdom, Judgment, 29 April 2002*, par. 35-42.

¹⁶ Vedi in questo senso J.G. CANOTILHO, V. MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.^a edição, Coimbra Editora, 2007, pp. 449-451; R. MEDEIROS, J.P. SILVA, *Artigo 24.º - Direito à vida*, in J. MIRANDA, R. MEDEIROS (a cura di), *Constituição Portuguesa Anotada, Vol. I, Preâmbulo - Princípios Fundamentais - Direitos e Deveres Fundamentais - Artigos 1.º a 79.º*, Universidade Católica Editora, 2.^a edição revista, 2017, pp. 396; P. OTERO, *Eutanásia, Constituição e Deontologia Médica*, AAFDL Editora, 2020, pp. 81; J. LOUREIRO, *Os rostos de Job: tecnociência, direito, sofrimento e vida*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXX, 2004, pp. 182.

¹⁷ *Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 123/2021*, par. 28

*dotata di razionalità e responsabilità, caratteristica dell'autonomia decisionale, può tutelare anche la decisione di una persona di porre fine alla propria vita, purché prenda una decisione capace, libera, cosciente e illuminata*¹⁸.

Tuttavia, giunta a questo punto, la Corte ha moderato l'impatto di tale affermazione e ha affermato che era dubbio che queste due dimensioni del diritto al libero sviluppo della personalità potessero fondare l'esistenza di un autonomo diritto fondamentale ad una morte autodeterminata. La Corte, pur non rigettando in via definitiva tale ipotesi, non ha mancato di rilevare che «(...) *la continuità – ad oggi indiscussa di legittimità costituzionale – delle tipologie incriminanti “Omicidio su richiesta della vittima” e “Istigazione o aiuto a suicidio” (artt. 134.º e 135.º CP), anche dopo l'approvazione del Decreto n. 109/XIV (...), costituisce un forte indizio del mancato riconoscimento di un diritto fondamentale fondato sull'autodeterminazione personale quanto alla disponibilità della stessa vita, per ragioni di difesa del valore legale della vita e della stessa libertà-autonomia di chi desidera la sua morte*¹⁹. È stato inoltre sottolineato che tale conclusione non era inficiata dal fatto che il suicidio eseguito autonomamente non era attualmente punibile nell'ordinamento giuridico portoghese, sulla base dell'argomento che *«l'atto del suicidio corrisponde, in tale quadro, ad un mero agere licere, ad una prestazione di fatto (espressione della semplice possibilità individuale di agire) e giuridicamente irrilevante – e quindi anche non punibile – che si traduce nella disposizione di un bene che rientra nella sfera di azione del singolo, e non a una libertà giuridicamente plasmata e protetta»*²⁰.

In ogni caso, la Corte ha finito per svalutare la questione e sostenere che non era necessario prendere posizione su questo problema nel caso *sub judice*, in quanto non si trattava del comportamento isolato di chi vuole separatamente porre fine alla propria vita, ma dell'assistenza degli operatori sanitari all'anticipazione della morte di una persona su sua richiesta, in un piano d'azione regolato e controllato dallo Stato. Partendo dalla distinzione tra autolesionismo ed eterolesionismo consensuale, la Corte ha sostenuto che esiste una notevole differenza tra l'atto di chi, a qualunque titolo, si uccide, e l'atto di aiutare un terzo a togliersi la vita. Questo perché, a suo avviso, la collaborazione di un terzo nell'atto di disporre della vita altrui conferisce rilevanza sociale a tale atto, in quanto sfugge alla sfera individuale della persona che decide di porre fine alla propria vita e diviene il risultato di un'interazione sociale, diventando un suicidio socialmente organizzato. Passando alla sfera sociale, la disposizione della vita acquisisce quindi rilevanza giuridica e si scontra con la dimensione oggettiva del diritto alla vita sancito dall'articolo 24, comma 1, che sancisce l'indisponibilità e l'inviolabilità della vita umana e vincola lo Stato al dovere di proteggere questo valore giuridico. Pertanto, la Corte ha concluso che «(...) *questa collaborazione*

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ *Ibidem.*

²⁰ *Ibidem.*

volontaria di terzi in vista della pratica o dell'aiuto nella pratica dell'atto di anticipazione della morte pone problemi di diversa natura, che trascendono la sfera personale di coloro che intendono morire, proiettandosi socialmente con implicazioni per il dovere (statale) di proteggere la vita»²¹.

Il mancato riconoscimento dell'esistenza di un diritto a una morte autodeterminata derivante da un diritto fondamentale all'autodeterminazione individuale (in questo caso, il diritto al libero sviluppo della personalità) è in linea con l'orientamento maggioritario adottato dalla dottrina portoghese, che rifiuta l'esistenza di un diritto di questa natura²². Inoltre, questa posizione avvicina la Corte costituzionale portoghese alla posizione seguita dalla Corte costituzionale italiana nella causa *Cappato*, quando ha sostenuto che la criminalizzazione dell'aiuto al suicidio prevista dall'art. 580 CP non era incompatibile con il diritto all'autodeterminazione individuale derivante dagli articoli 2 e 13 della Costituzione italiana. La Corte italiana, infatti, ha ritenuto che tale norma penale fosse essenzialmente intesa a tutelare le persone in posizione di fragilità e vulnerabilità (ossia anziani soli o persone malate, depresse e indebolite psicologicamente) da decisioni affrettate e irreversibili determinate da tale posizione, per le quali il valore dell'autonomia individuale non dovrebbe essere misurato in astratto senza tener conto delle condizioni concrete in cui questo tipo di decisione può essere presa²³.

D'altro canto, la posizione seguita da entrambi i tribunali sembra allontanarli dalla linea giurisprudenziale seguita dalla CEDU a livello sovranazionale e da altre corti costituzionali/superiori a livello di diritto comparato. Infatti, la CEDU ha costantemente riconosciuto nelle sue successive decisioni sul suicidio assistito e sull'eutanasia passiva che il diritto di decidere la forma e il momento della propria morte può essere inquadrato nell'ambito del diritto al rispetto della vita privata e della famiglia, sancito dall'Articolo 8 della Convenzione. Nella causa *Pretty*, la Corte ha esordito sottolineando che, sebbene aspetti relativi alla qualità della vita o a ciò che una persona decide di fare della propria vita non siano tutelati dal diritto alla vita sancito dall'art. 2, questi possono essere protetti da altri

²¹ *Ibidem*.

²² Si v. tra gli altri M. F. MONTE, *Da relevância penal de aspectos onto-axiológicos-normativos na eutanásia - análise problemática*, in J. F. COSTA, I. F. GODINHO (a cura di), *As novas questões em torno da vida e da morte em direito penal – uma perspectiva integrada*, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010, pp. 316-335; P. OTERO, *Eutanásia, Constituição e Deontologia Médica*, cit., pp. 43 ss; J. LOUREIRO, *Os rostos de Job (...)*, op. cit., pp. 168-180; P. V. PATTO, *A eutanásia em face da Constituição Portuguesa*, in *Direito e Justiça*, vol. 16, n.2, 2002, pp. 192-200; M. M. BARBOSA, *Dignidade e autonomia a propósito do fim da vida*, in *O Direito*, n. 148, 2016, pp. 234 ss; V. P. FERREIRA, *Os problemas inerentes à regulamentação da eutanásia*, in *Scientia Iuridica*, Tomo LXII, n. 331, 2013, pp. 153-154. Al contrario, una parte della dottrina ammette che il ricorso alla morte assistita possa fondarsi sull'espressione di un diritto fondamentale all'autodeterminazione individuale, pur non difendendo tale idea con lo stesso grado di ampiezza: vide J. F. COSTA, *O fim da vida e o direito penal, in Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, pp. 768 ss; T. Q. BRITO, *Eutanásia activa directa e auxílio ao suicídio: não punibilidade?*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXX, Coimbra, 2004, p. 563 ss; I. F. GODINHO, *Eutanásia, Homicídio a Pedido da Vítima e os Problemas de Participação em Direito Penal*, Coimbra Editora, 2015, p. 107-110; R. MEDEIROS, J. P. SILVA, *Artigo 24.º (...)*, op. cit., pp. 393-394.

²³ Corte costituzionale, *Ordinanza 207/2018*, par. 6

diritti previsti dalla Convenzione nella misura in cui sono considerati fondamentali per la condizione umana e, come tali, rivendicano protezione dall'ingerenza statale²⁴. Sulla base di ciò, ha sostenuto che è proprio nell'art. 8 della Convenzione che le nozioni di qualità della vita acquistano importanza, rendendo legittimo che, in un'epoca di crescente sofisticazione medica che aumenta le aspettative di vita, una persona possa non volere essere costretta a rimanere in stati di avanzata decrepitezza fisica o mentale che possano entrare in conflitto con la sua concezione di identità personale. È stato questo ordine di idee che ha portato la Corte di Strasburgo a concludere, in relazione al divieto penale nazionale di suicidio assistito impugnato dal ricorrente, che «(...) non è disposta ad escludere che ciò costituisca un'ingerenza nel suo diritto al rispetto della vita privata garantito dall'art. 8 § 1 della Convenzione»²⁵. Tale orientamento è stato ancora più evidente nei successivi pronunciamenti in materia, dove è stato uniformemente sostenuto che «(...) il diritto di un individuo di decidere con quali mezzi e in quale momento finirà la sua vita, purché possa decidere liberamente su questo tema e agire di conseguenza, è uno degli aspetti del diritto al rispetto della vita privata sancito dall'articolo 8 della Convenzione»²⁶.

Anche nel diritto comparato, diverse corti costituzionali/superiori hanno riconosciuto che il diritto all'autodeterminazione individuale include il diritto di decidere della propria morte. La Corte costituzionale Federale Tedesca è stata quella che ha portato più avanti questa idea, invocando il diritto generale della personalità previsto dall'Articolo 2(1) della Legge Fondamentale tedesca per costruire (unitamente al principio della dignità umana) un vero e proprio diritto fondamentale a una morte autodeterminata (*Recht auf selbstbestimmtes Sterben*), che è poi stato invocato per dichiarare l'incostituzionalità dell'articolo 217 del CP tedesco, che criminalizzava i servizi di aiuto al suicidio svolti a titolo professionale²⁷. Parimenti, la Corte costituzionale belga ha ritenuto che l'articolo 8 della CEDU e l'articolo 22 della Costituzione belga, che sanciscono il diritto al rispetto della vita privata e familiare, garantiscono la libera scelta di una persona, operata con cognizione di causa, per evitare quello che, a suo avviso, costituirebbe un fine di vita indegno e doloroso, e tale concezione è stata preponderante per confermare la costituzionalità della norma che consentiva l'eutanasia attiva dei minori nell'ordinamento giuridico belga²⁸. In senso convergente, il Supremo Tribunale Federale svizzero ha ritenuto che il diritto al rispetto della vita privata sancito dall'articolo 8 della CEDU include il diritto di una persona a decidere

²⁴ *European Court of Human Rights, Fourth Section, Case of Pretty v. the United Kingdom, Judgment, 29 April 2002*, par. 39.

²⁵ *Ibidem*, par. 67.

²⁶ *European Court of Human Rights, First Section, Case of Haas v. Switzerland, Judgement, 20 January 2011*, par. 51; *Former Fifth Section, Case of Koch v. Germany, Judgement, 19 July 2012*, par. 52; *Second Section, Case of Gross v. Switzerland, Judgment 14 May 2013*, par. 59; *Grand Chamber, Case of Lambert and others v. France, Judgement, 5 June 2015*, par. 142.

²⁷ *BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 26. Februar 2020- 2 BvR 2347/15*, par. 202-211.

²⁸ *Cour d'arbitrage, Arrêt n° 153/2015 du 29 octobre 2015*, par. B16.

quando e come porre fine alla vita, almeno nei casi in cui ha la capacità di prendere liberamente quella decisione e agire di conseguenza²⁹. A sua volta, la Corte costituzionale della Colombia si è basata sul diritto al libero sviluppo della personalità per, insieme al diritto alla vita e al valore della dignità umana, ricavare un «*diritto fondamentale a morire con dignità*», che ha portato a depenalizzare l'eutanasia attiva nel sistema giuridico colombiano³⁰. Infine, la Corte Suprema del Canada ha stabilito che il divieto penale del suicidio assistito costituisce una restrizione illegittima al diritto alla libertà e alla sicurezza sancito dall'articolo 7 della Carta canadese dei diritti e delle libertà, poiché interferisce con la capacità e la libertà dei pazienti di prendere decisioni riguardanti la loro integrità fisica e le cure mediche applicabili³¹.

In ogni caso, il fatto di non aver riconosciuto l'esistenza di un diritto fondamentale alla morte autodeterminata non ha portato la Corte costituzionale portoghese a dichiarare l'incostituzionalità di per sé della soluzione giuridica volta a depenalizzare e disciplinare la morte medicalmente assistita nell'ordinamento giuridico portoghese. La Corte ha infatti sottolineato che la soluzione giuridica di escludere la punibilità della morte medicalmente assistita era intesa a un duplice scopo: i) da un lato, creare le condizioni affinché le persone in determinate situazioni di intollerabile sofferenza possano, se lo desiderano, anticipare la loro morte in sicurezza attraverso la collaborazione volontaria di medici e altri operatori sanitari; ii) dall'altro, dare agli operatori sanitari che non avevano problemi di coscienza nell'intervenire per anticipare la morte di una persona che si trovi in determinate situazioni di sofferenza intollerabile, e su loro richiesta, la certezza che non saranno puniti. In effetti, senza una soluzione normativa di questo tipo, le pratiche di eutanasia attiva diretta o di aiuto al suicidio nei confronti di persone in situazioni estreme e in grande sofferenza solo non sarebbero punibili penalmente se fosse specificamente riconosciuto che l'agente abbia agito in stato di necessità. Tuttavia, l'insicurezza generata dall'incertezza dell'esito del processo non sarebbe solo suscettibile di incidere negativamente sugli operatori sanitari coinvolti, ma anche sui pazienti stessi, il che potrebbe giustificare l'opzione del legislatore di depenalizzare e regolamentare tali pratiche in situazioni eccezionali. Nelle parole della Corte: «*Muovendo dal presupposto che l'anticipazione della morte non debba essere banalizzata o normalizzata (...) ma anche riconoscendo che vi sono situazioni più o meno tipiche in cui può essere giustificata (...) il legislatore, attraverso il citato articolo 2.º, n.1, ha cercato di escluderne la punibilità in situazioni che gli sembravano più gravemente contrarie all'autonomia individuale della persona in sofferenza, riguardo all'adozione e all'attuazione di una decisione centrale nell'esistenza di qualsiasi essere*

²⁹ *Bundesgericht, Urteil vom 3. November 2006, 2A.48/2006/ble - 2A.66/2006*, par. 6.1; *Bundesgericht, Urteil vom 12. April 2010, 2C_9/2010*, par. 2.1

³⁰ *Corte Constitucional, Sentencia C-239 de 1997*, p. II, C, par. 3; e *Corte Constitucional, Sentencia T-970 de 2014*, p. II, par. 5.

³¹ *Supreme Court, Carter v. Canada (Attorney General), June 2015*, par. 64-69.

umano e, quindi, rilevanti anche per la loro dignità di persona. In altre parole, l'autore del decreto n. 109/XIV ha scelto di cercare di generalizzare soluzioni casistiche ritenute eque e ragionevoli, disciplinandole in modo normativo (...)»³².

Sulla base di ciò, la Corte ha ritenuto che tale opzione legislativa non sia necessariamente incompatibile con il dovere statale di tutela della vita umana derivante dall'articolo 24, comma 1, della CRP, a causa della situazione di particolare vulnerabilità della persona in tali circostanze segnate dall'angoscia e dalla sofferenza. Nelle sue parole: «*Consapevole della tensione tra il dovere di tutelare la vita e il rispetto dell'autonomia personale in situazioni estreme di sofferenza, tale opzione si fonda su una concezione della persona propria di una società democratica, laica e plurale sul piano etico, morale e filosofico. Secondo questa concezione, il diritto alla vita non può essere trasfigurato in nessun caso in un dovere di vivere. Il contrario sarebbe incompatibile con la nozione di uomo-persona, dotato di una propria dignità, che è soggetto autocosciente e libero, autodeterminato e responsabile, su cui si fonda l'ordinamento costituzionale portoghese. (...) La vulnerabilità di una persona causata dalla situazione di grande sofferenza in cui si trova può creare tensione in relazione all'articolo 24, comma 1, della Costituzione per la libera e consapevole volontà di non voler continuare a vivere in tali circostanze. E a tale tensione, la tutela assoluta e senza eccezioni della vita umana non consente di dare una risposta soddisfacente, poiché tende a imporre un sacrificio dell'autonomia individuale contrario alla dignità della persona che soffre, convertendo il suo diritto alla vita in un dovere di compimento doloroso. Per questo motivo, al legislatore democratico non è impedito, per ragioni di costituzionalità assoluta o definitiva, di disciplinare l'anticipazione della morte medicalmente assistita*»³³.

Una volta rimosso il principio dell'inviolabilità della vita umana quale ostacolo insormontabile alla depenalizzazione della morte medicalmente assistita, la Corte ha poi spiegato come la decisione di porre fine alla propria vita potrebbe assumere rilevanza costituzionale: «*A prescindere dalla questione del sapere se costituisce il diritto al libero sviluppo della personalità di cui all'articolo 26, n.1, della Costituzione, tenuto conto della sua necessaria combinazione con l'importanza e la conseguente tutela qualificata dovuta alla vita umana ai sensi dell'articolo 24, n.º 1, della stessa normativa (...), fonte di un ipotetico diritto*

³² *Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 123/2021*, par. 31.

³³ *Ibidem*, par. 32. Questa posizione è anche sostenuta da una parte della dottrina, la quale ritiene che il principio dell'inviolabilità della persona umana non costituisca un ostacolo insormontabile alla depenalizzazione della morte medicalmente assistita: vedi J. F. DIAS, *A "ajuda à morte" – uma consideração jurídico-penal*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 137, n. 3949, março-abril 2008, pp. 206; J. F. COSTA, *O fim da vida e o direito penal*, cit., pp. 786; M.F. MONTE, *Da relevância penal de aspectos*, cit., pp. 324-335; I. F. GODINHO, *Eutanásia, Homicídio a Pedido da Vítima*, cit., pp. 140-142; R. MEDEIROS, J.P. SILVA, *Artigo 24.º (...), cit.*, pp. 393 ss.. Al contrario, altra parte della dottrina ritiene che il principio dell'inviolabilità della persona umana costituisca un ostacolo insormontabile alla depenalizzazione della morte medicalmente assistita: vide P. OTERO, *Eutanásia, Constituição e Deontologia Médica*, cit., pp. 46-47; P.V. PATTO, *A eutanásia em face da Constituição Portuguesa*, cit., pp. 195-203; M. RAPOSO, *Eutanásia – Alguns Problemas Envolvidos, in Brotéria*, vol. 150, 2, fevereiro de 2000, pp. 267-269; P.P. ADRAGÃO, *A eutanásia – argumentos de um debate*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, vol. III, 2006, pp. 670-671.

a una morte autodeterminata (...), nell'ordinamento costituzionale portoghese, l'accompagnamento dei terzi alla morte, anche se autodeterminata, non rappresenta un interesse costituzionale positivo, se non nella misura in cui è in gioco la dignità di chi intende (essere aiutato) a morire, cioè la sua determinazione in quanto soggetto autoresponsabile sul proprio destino in un momento che è già vicino alla fine. Si tratta di casi in cui un divieto assoluto di anticipare la morte con l'ausilio di terzi determinerebbe la riduzione della persona che intende morire, ma non può realizzare tale intenzione senza aiuto, a mero oggetto di trattamenti realmente indesiderati o, in alternativa, la sua condanna a una sofferenza senza senso di fronte ad un esito inevitabile. Come linea guida - come orientamento - per la determinazione di queste situazioni, si dirà che non si tratta di una scelta tra la vita e la morte, ma, più rigorosamente, della possibilità di scegliere tra diversi modi di morire: vale a dire, un lungo e doloroso processo di morte contro una morte rapida e pacifica»³⁴.

Pertanto, pur non avendo riconosciuto l'esistenza di un diritto fondamentale alla morte autodeterminata derivante dal diritto al libero sviluppo della personalità e pur avendo affermato che una decisione di tale natura non avrebbe, in linea di principio, rilevanza costituzionale nell'ordinamento giuridico portoghese, la Corte non ha mancato di formulare un'importante e decisiva eccezione a tale regola: i casi in cui viene messa in discussione la dignità di chi chiede la morte. A nostro avviso, l'importanza costituzionale della decisione di morire in queste condizioni sembra, quindi, derivare da una coniugazione tra il diritto al libero sviluppo della personalità sancito dall'articolo 26, comma 1, della CRP, e il principio di dignità della persona umana sancita dall'articolo 1 della CRP. La Corte, infatti, è stata chiara nel riconoscere che esistono situazioni limite in cui il divieto assoluto di morte medicalmente assistita può tradursi in una violazione della dignità della persona che chiede di morire, in due modi diversi: i) da un lato, attraverso la sua riduzione a mero oggetto di trattamenti indesiderati, che implicherebbe la sua strumentalizzazione al soddisfacimento di finalità ad esso eteronome, in violazione del principio di umanità di Kant, secondo il quale ogni persona deve essere trattata come un fine in se stesso; ii) dall'altro, attraverso la condanna della sofferenza senza senso di fronte a un esito inevitabile che porterà alla propria morte, cui sembra aver ricondotto l'ingiustizia di condannare una persona a vivere una vita segnata da sofferenze inutili pur sapendo che ad esse seguirà la morte. In entrambi i casi, il divieto assoluto di ricorrere alla morte medicalmente assistita equivarrebbe a un sacrificio dell'autonomia individuale (derivante anche dalla dignità umana) delle persone in una situazione di grande vulnerabilità segnata da intensa sofferenza, trasformando il loro diritto alla vita in un vero e proprio dovere di vivere come compimento particolarmente doloroso e angosciante. E la linea guida proposta dalla Corte per definire queste situazioni estreme è stata essenzialmente centrata sui diversi tipi di scelta che il paziente

³⁴ *Ibidem*, par. 33.

deve affrontare quando prende la decisione di anticipare la propria morte: non una vera scelta tra la vita e la morte, ma una mera scelta scelta tra due possibili modi di morire. L'invocazione del valore della dignità della persona umana per ritagliare un nucleo costituzionalmente rilevante di libertà e autodeterminazione nell'ambito delle decisioni relative alla propria morte si inserisce nella linea giurisprudenziale sviluppata dalla CEDU, a livello sovranazionale, e da altre corti costituzionali nel diritto comparato, in particolare la Corte costituzionale federale tedesca, la Corte costituzionale colombiana e, anche se in misura minore, la Corte costituzionale italiana.

La CEDU, infatti, si è anche pronunciata espressamente sul valore della dignità umana per costruire, insieme al diritto al rispetto della vita privata sancito dall'articolo 8 della Convenzione, il diritto di decidere sulla forma e sui tempi della morte stessa. Dopo aver sottolineato nella causa *Pretty* che gli aspetti relativi alla qualità della vita stessa o a ciò che una persona decide di fare della propria vita sono tutelati dalla Convenzione in quanto ritenuti fondamentali per la condizione umana e, come tali, rivendicano protezione di fronte all'ingerenza statale, la Corte ha sottolineato che «l'essenza della Convenzione si fonda sul rispetto della dignità umana e della libertà»³⁵. Partendo da ciò, la Corte ha sostenuto che le nozioni di qualità della vita sono rilevanti ai fini dell'articolo 8 della CEDU, poiché «in un'epoca di crescente sofisticatezza medica combinata con aspettative di vita più lunghe, molte persone sono preoccupate di non essere costrette a rimanere in età avanzata o in stati di avanzata decrepitezza fisica o psichica che contrastano con idee profondamente radicate di identità personale e individuale»³⁶. È proprio sulla base di tale argomento che la Corte ha concluso che il fatto che il diritto del Regno Unito impedisse alla ricorrente di ottenere aiuti per «(...) esercitare la sua scelta di evitare quello che considera un modo indegno e doloroso di porre fine alla sua vita» costituiva un'interferenza con il suo diritto al rispetto della vita privata garantito dall'articolo 8 della CEDU³⁷. Tale argomento è stato ribadito in successive pronunce in materia³⁸.

Per quanto riguarda il diritto comparato, la Corte costituzionale federale tedesca è quella che sembra aver attribuito maggiore rilevanza al principio della dignità umana in questo ambito, mobilitandolo in maniera decisiva non solo per la costruzione del «diritto a una morte autodeterminata», ma anche per la definizione del suo ampio ambito di applicazione³⁹. La Corte, infatti, ha esordito affermando che il rispetto della dignità umana presuppone

³⁵ *European Court of Human Rights, Fourth Section, Case of Pretty v. the United Kingdom*, Judgment, 29 April 2002, par. 65

³⁶ *Ibidem*, par. 65

³⁷ *Ibidem*, par. 67

³⁸ *European Court of Human Rights, First Section, Case of Haas v. Switzerland, Judgement, 20 January 2011*, par. 50; *Former Fifth Section, Case of Koch v. Germany, Judgement, 19 July 2012*, par. 51; *Second Section, Case of Gross v. Switzerland, Judgment 14 May 2013*, par. 58; *Grand Chamber, Case of Lambert and others v. France, Judgement, 5 June 2015*, par. 142

³⁹ *BVerwG 3 C 19.15, Urteil vom 02. März 2017*.

ne la capacità di autodeterminazione e il riconoscimento incondizionato di ogni persona come soggetto titolare di autonomia individuale, il che implica la possibilità di controllare la propria vita secondo le proprie convinzioni e di non essere costretti a modi di vivere contrari alle proprie idee di identità personale⁴⁰. Sulla base di ciò, la Corte ha sottolineato che la decisione di porre fine alla propria vita è uno degli aspetti con importanza più significativa nell'esistenza di ogni persona, poiché, essendo determinata da profonde convinzioni personali, si concentra su questioni di base relative alla vita umana e incide sull'identità e sull'individualità di ogni individuo come nessun'altra decisione⁴¹. È stata proprio questa preponderanza data al principio della dignità umana nella sua dimensione di autodeterminazione individuale che ha portato la Corte a concedere un ambito di tutela molto ampio al diritto alla morte autodeterminata, quando ha decretato che questo è garantito in tutte le fasi dell'esistenza di una persona e non solo in situazioni determinate da cause esterne (come malattie gravi o incurabili)⁴². Ciò perché, secondo la Corte, restringere la portata di tale diritto a cause o motivi specifici implicherebbe essenzialmente una valutazione materiale della motivazione di ciascuno a voler porre fine alla propria vita, il che sarebbe incompatibile con l'idea di libertà consacrata nella Legge fondamentale. Pertanto, e tenuto conto che tale decisione dipende dalla visione personale di ciascuno della propria nozione di qualità della vita e di un'esistenza con significato, non sarebbe legittimo che lo Stato e la società la valutassero sulla base di valori generali, dogmi religiosi o sociali, dovendo al contrario rispettarlo come atto di autonomia e autodeterminazione. La Corte ha inoltre aggiunto che il principio della dignità umana non potrebbe essere invocato per negare l'esistenza di tale diritto, poiché l'atto volontario di porre fine alla propria vita è proprio un'espressione diretta, seppure ultima, del valore dell'autonomia individuale inerente alla dignità umana⁴³.

Questo principio ha assunto un ruolo centrale anche nella costruzione del «*diritto fondamentale a morire con dignità*» portata avanti dalla Corte costituzionale della Colombia. Infatti, nella sua prima sentenza in materia, la Corte ha sostenuto che il diritto fondamentale a vivere dignitosamente comprende un diritto fondamentale a morire con dignità, che comporta che il dovere dello Stato di proteggere la vita umana deve cedere di fronte al consenso informato di un paziente con una malattia terminale che vuole morire in modo dignitoso⁴⁴. In particolare, è stato sottolineato che condannare una persona, contro la sua volontà, a prolungare per breve tempo la propria esistenza e sottoporla a profonde sofferenze equivarrebbe a un trattamento crudele e disumano vietato dalla Carta dei diritti fondamentali e all'annullamento della sua autonomia in quanto soggetto morale, in quanto

⁴⁰ *Ibidem*, par. 205-207

⁴¹ *Ibidem*, par. 209.

⁴² *Ibidem*, par. 210

⁴³ *Ibidem*, par. 211

⁴⁴ *Corte Constitucional, Sentencia C-239 de 1997*, p. II, C, par. 3.

questa persona verrebbe ridotta a strumento per la conservazione della vita come valore astratto. Successivamente, in una seconda sentenza, la Corte ha sottolineato che il carattere fondamentale di tale diritto deriva proprio dalla sua stretta relazione con il valore della dignità umana, poiché è inteso a garantire l'autonomia del paziente come soggetto morale, capace di decidere il futuro della sua stessa vita⁴⁵. È stato inoltre sostenuto che lo Stato non può assumere atteggiamenti paternalistici che interferiscono in modo sproporzionato con ciò che il paziente considera indegno, e che deve rispettare la sua decisione di non voler continuare a vivere una vita segnata da un'intensa sofferenza incompatibile con la sua dignità. Infine, nella sua ultima sentenza in materia, la Corte si è basata anche sul valore della dignità umana per estendere l'ambito di applicazione di tale diritto anche ai minori, affermando che la soluzione contraria violerebbe il loro interesse superiore, sottoponendoli a sofferenze crudeli e disumane incompatibili con la loro dignità⁴⁶.

Infine, è importante ricordare che anche la Corte costituzionale italiana ha fatto ricorso nella causa *Cappato* al principio della dignità umana per determinare l'incostituzionalità parziale della norma che disciplina il reato di aiuto al suicidio nell'ordinamento giuridico italiano. La Corte, infatti, ha ritenuto che, nei casi di confine tra eutanasia passiva e suicidio assistito (ossia nelle situazioni in cui il paziente rimane in vita attraverso trattamenti di supporto vitale ma la sua interruzione non porta alla morte immediata), l'assistenza di terzi per cessare la vita può essere presentata come l'unica soluzione possibile per il paziente per sfuggire, in nome della dignità umana, a un mantenimento artificiale della vita che non sarebbe da lui desiderato e che avrebbe il diritto di rifiutare⁴⁷. Infatti, tenuto conto che, nel caso di specie, il paziente non era totalmente dipendente dal ventilatore artificiale e il decesso sarebbe avvenuto solo dopo pochi giorni, la Corte ha rilevato che questi sarebbe stato costretto a subire un processo più lento e suscettibile di causare a se stesso e alla sua famiglia una maggiore sofferenza e, infine, di porre fine alla sua esistenza in un modo che non riteneva degno⁴⁸. Proprio questa posizione di principio ha portato la Corte a concludere che «(...) il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce, quindi, per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze (...), imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana (...)»⁴⁹. Tale decisione riflette due aspetti derivanti dal principio della dignità umana che sono stati evidenziati anche dalla Corte portoghese: da un lato, la dignità come tutela della capacità di autodeterminazione delle persone in posizione vulnerabile nella

⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-970 de 2014, p. II, par.

⁴⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-544 de 2017, par. 37

⁴⁷ Corte costituzionale, Ordinanza 207/2018, par. 8

⁴⁸ *Ibidem*, par. 9.

⁴⁹ *Ibidem*.

scelta delle terapie volte a liberarle dalla sofferenza, anche laddove una di queste comporti la produzione della propria morte⁵⁰; dall'altro, la natura soggettiva della valutazione del paziente in merito allo stato di sofferenza in cui si trova e, in particolare, ad un certo modo di concludere un'esistenza che non ritiene degna.

Tuttavia, la convergenza di posizioni tra le due Corti termina qui, poiché la invocazione del principio della dignità umana ha portato a conseguenze sostanzialmente diverse nelle due decisioni. Infatti, mentre la Corte costituzionale italiana ha limitato la legittimità della decisione del paziente di anticipare la propria morte a situazioni eccezionali in cui questi dipendeva da trattamenti di supporto vitale, la Corte costituzionale portoghese ha esteso la legittimità di tale decisione alle situazioni molto più permissive che si riscontravano iscritte nel Decreto in esame, che consentivano il ricorso alla morte medicalmente assistita in ogni caso in cui il paziente affermava di provare una sofferenza intollerabile derivante da una malattia mortale o anche da una lesione definitiva di estrema gravità (sebbene, in questo secondo caso, la Corte abbia subordinato la legittimità costituzionale di tale situazione ad una riformulazione legislativa di tale concetto al fine di renderlo più determinabile, come vedremo in seguito). In breve: mentre la Corte italiana ha invocato il principio della dignità umana per assimilare al concetto di suicidio assistito soltanto l'*eutanasia passiva*, la Corte portoghese si è basata sullo stesso principio per assimilare al suicidio assistito anche l'*eutanasia attiva*, equiparando entrambe le pratiche e non circoscrivendole a situazioni estreme in cui il paziente è dipendente da trattamenti di supporto vitale.

Riconosciuta la rilevanza costituzionale della decisione di morte nelle situazioni eccezionali sopra individuate, la Corte costituzionale portoghese ha chiuso questa parte della decisione sottolineando la necessità per il legislatore di osservare limiti espressi nella disciplina della morte medicalmente assistita. Al riguardo, è stato evidenziato che la dimensione oggettiva del valore della vita umana impedisce allo Stato di manifestare un atteggiamento neutrale nei suoi confronti, poiché vincolato all'adempimento dei doveri di tutela e promozione di tale bene giuridico. Tuttavia, tenuto conto che, da un punto di vista costituzionale, la morte volontaria non è una soluzione soddisfacente né normale, lo Stato non può promuoverla, ma invece deve tutelare e promuovere la vita e la sua qualità fino alla fine. Tale posizione di fondo ha poi condotto la Corte a dichiarare che «(...) *ne consegue, sulla base della dimensione oggettiva del diritto alla vita sancito dall'articolo 24, comma 1, Cost., l'imposizione di adottare un sistema giuridico orientato alla tutela della vita*»⁵¹. In particolare è stato ricordato che tale esigenza di tutela è particolarmente intensa nel campo della morte medicalmente assistita a causa della situazione di particolare vulnerabilità in cui si trova la persona che chiede la morte. Infatti, tenuto conto che una decisio-

⁵⁰ Tale argomentazione della Corte costituzionale italiana è stata, peraltro, espressamente menzionata dalla Corte costituzionale portoghese, che l'ha invocata per rafforzarne la sua posizione in tale ambito (*Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 123/2021*, par. 33).

⁵¹ *Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 123/2021*, par. 33

ne di tale natura produce un risultato definitivo e irreversibile, essa può essere soddisfatta solo se vi sono sufficienti garanzie che tale decisione derivi da un'effettiva espressione di autodeterminazione da parte di chi la pronuncia, al fine di tutelare quella persona contro azioni precipitose o determinate da pressioni sociali o familiari.

In tale contesto, la Corte ha concluso che il dovere di tutelare la vita e l'autonomia di chi intende anticipare la propria morte perché malato, in una situazione di grande sofferenza e senza prospettive di guarigione, impone al legislatore di definire una disciplina rigorosa in due diversi ambiti: i) da un lato, la determinazione delle situazioni in cui è ammissibile il ricorso alla morte medicalmente assistita, che deve essere «*chiara, prevedibile e controllabile*»; ii) dall'altro, la previsione di forti e adeguate garanzie procedurali volte a tutelare la libertà e la consapevolezza del paziente e ad assicurare il controllo della concreta presenza delle condizioni giuridicamente previste. Come ha concluso la Corte al riguardo: «*Solo così si possono soddisfare i requisiti di certezza del diritto di uno Stato di diritto democratico, garantendo che l'anticipazione della morte medicalmente assistita sia contenuta nei limiti che costituzionalmente la giustificano, tenuto conto del dovere di protezione derivante dall'inviolabilità della vita umana: salvaguardare il nucleo di autonomia inerente alla dignità di ogni persona, come soggetto, cioè come essere autodeterminato e responsabile*»⁵².

2.3. Il problema specifico: l'illegittimità costituzionale della norma contenuta nell'articolo 2, comma 1, del Decreto, per violazione del principio di determinabilità delle leggi

Avendo concluso che la soluzione giuridica di depenalizzare e disciplinare la morte medicalmente assistita non era, di per sé, incompatibile con la CRP, la Corte ha poi proceduto ad analizzare il problema specificamente posto dal Presidente della Repubblica nella richiesta di controllo di costituzionalità: valutare se i concetti di «*sofferenza intollerabile*» e «*lesione definitiva di estrema gravità secondo il consenso scientifico*», previsti dall'articolo 2, comma 1, del Decreto, come presupposti centrali per il ricorso alla morte medicalmente assistita, avessero una precisione normativa sufficiente per soddisfare le esigenze derivanti dal principio di legalità penale e dal principio di determinabilità delle leggi. Come sopra rilevato, l'esigenza che il paziente si trovasse in una «*situazione di sofferenza intollerabile*» era comune alle due situazioni cliniche che potevano legittimare il ricorso alla morte medicalmente assistita: i) la «*malattia incurabile e mortale*»; ovvero ii) la «*lesione definitiva di estrema gravità secondo il consenso scientifico*».

Nella valutazione del problema, la Corte ha anzitutto respinto l'applicazione del principio di legalità penale sancito dall'articolo 29, comma 1, della CRP in relazione alle norme in esame⁵³. In questo senso, essa ha evidenziato che il campo di applicazione di tale principio verte, per eccellenza, sulle norme incriminanti e non sulle norme che escludono la

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ibidem*, par. 34-37.

responsabilità penale, poiché è in relazione alle prime che la tutela del cittadino contro l'azione punitiva dello Stato diventa urgente. Questo perché l'indeterminatezza di una norma che escluda la responsabilità penale tende ad ampliare, e non a restringere, le possibilità che un comportamento non sia specificamente punito, operando dunque la norma a favore dell'agente. Pertanto, tenuto conto che i concetti in esame erano contenuti in norme che escludevano la responsabilità penale delle persone che avevano preso parte a procedure di morte medicalmente assistita (e che potrebbero altrimenti essere penalmente responsabili per i reati generali di omicidio su richiesta della vittima e di aiuto al suicidio sanciti dagli articoli 134 e 135 cp), la sua eventuale indeterminatezza ridurrebbe la possibilità che queste persone siano perseguite penalmente, quindi funzionerebbe a loro vantaggio e non reclamerebbe la tutela concessa dal principio di legalità penale.

Chiarito questo punto, la Corte ha sostenuto che l'insufficiente precisione normativa delle nozioni sottoposte all'esame poteva essere effettivamente verificata facendo riferimento ad un altro principio costituzionale - il principio di determinabilità delle leggi, quale corollario del principio dello stato di diritto democratico e riserva di legge parlamentare, derivante dagli articoli 2 e 165, comma 1, lettera b), della CRP, in quanto era in gioco una norma attinente a un diritto fondamentale (in tal caso, il diritto fondamentale alla vita, previsto dall'articolo 24, n. 1, della CRP). Ed è allora alla luce di questo principio che la Corte ha proceduto ad analizzare il livello di determinabilità dei concetti di «sofferenza intollerabile» e «lesione definitiva di estrema gravità secondo il consenso scientifico».

Quanto al primo concetto, la Corte ha concluso che questo soddisfaceva i requisiti di precisione normativa derivanti dal principio di determinabilità delle leggi⁵⁴. La Corte ha cominciato riconoscendo che la nozione di «sofferenza» aveva una forte dimensione di soggettività, in quanto strettamente associata all'identità personale di ciascuno e alla sua esperienza interiore⁵⁵. Tuttavia, ha subito aggiunto che il fatto che la sofferenza fosse un fenomeno privato non significava che non potesse essere oggettivata o appresa da altri. In effetti, la Corte ha evidenziato come l'adempimento di queste attività fosse affidata dalla legge a professionisti sanitari qualificati, soggetti al rispetto delle *leges artis* e muniti di conoscenze scientifiche sulla patologia del paziente, in grado di valutare con una certa obiettività la situazione di sofferenza. È stato inoltre evidenziato che la natura aperta del concetto era tale da consentire di prendere adeguatamente in considerazione il contesto clinico ai fini della sua applicazione a casi specifici da parte degli operatori sanitari. Pertanto, la Corte ha concluso che, sebbene il concetto fosse indeterminato, non poteva essere considerato indeterminabile, in quanto poteva essere applicato secondo le regole della professione medica.

⁵⁴ *Ibidem*, par. 41-43.

⁵⁵ *Ibidem*, par. 47.

Alla stessa conclusione la Corte non è giunta, invece, per quanto riguarda il secondo concetto considerato - la «*lesione definitiva di estrema gravità secondo il consenso scientifico*»⁵⁶. Da un lato, la Corte ha sostenuto che il concetto di «*estrema gravità*» non era facilmente applicabile e determinabile dai destinatari della norma (professionisti sanitari), poiché «*(...) il legislatore non concede alcuna indicazione di cosa deve intendersi, a tal fine, come estremamente grave, né è possibile ritenere che, in riferimento alle conoscenze della scienza medica, la norma diventi facilmente determinabile dai suoi destinatari*»⁵⁷. D'altra parte, ha sostenuto che il concetto di «*consenso scientifico*» fosse altrettanto indeterminabile in quanto il regime giuridico in esame non forniva elementi sufficientemente sicuri e certi sia sulle possibili metodologie per raggiungere tale consenso sia in relazione alla platea degli esperti medici in cui avrebbe dovuto formarsi tale consenso. Pertanto, la Corte ha ritenuto che queste due nozioni non rispondevano ai requisiti di precisione normativa derivanti dal principio di determinabilità delle leggi, concludendo pertanto come segue: «*Le precedenti considerazioni, sia in relazione alla "lesione definitiva" sia in relazione alla sua "gravità estrema", ovvero, infine, rispetto all'esigenza di un "consenso scientifico" circa le lesioni definitive di estrema gravità, mostrano la manifesta carenza di precisione della relativa disposizione normativa, rendendo così l'art. 2, n. 1, del Decreto n. 109/XIV incapace, per indeterminatezza, di disciplinare in termini prevedibili e controllabili i comportamenti dei suoi destinatari. In tale segmento, tale decreto non soddisfa il principio di determinabilità delle leggi e contrasta con la lettera b) del comma 1 dell'articolo 165 della Costituzione, richiamandosi al suo articolo 24, interpretato secondo il principio della dignità della persona umana previsto dall'articolo 1 di tale regolamento*»⁵⁸.

Tale posizione ha portato, quindi, la Corte a dichiarare l'incostituzionalità della norma sottoposta a controllo (art. 2, n. 1, del decreto n. 109/XIV). Questo ha determinato il veto del Presidente della Repubblica del testo normativo e la sua restituzione, senza promulgazione, al Parlamento portoghese. Nel momento in cui si scrivono queste righe, il Parlamento sta preparando una riformulazione della norma soggetta a censura costituzionale, al fine di cercare di superare i difetti segnalati dalla Corte costituzionale in merito ai due concetti problematici: la «*gravità estrema*» della lesione definitiva e la sua realizzazione attraverso il «*consenso scientifico*».

⁵⁶ *Ibidem*, par. 44-48.

⁵⁷ *Ibidem*, par. 45.

⁵⁸ *Ibidem*, par. 48.

3. Conclusione

Sebbene la prima esperienza legislativa portoghese in materia di morte medicalmente assistita si sia conclusa con la dichiarazione di incostituzionalità del disegno di legge destinato a depenalizzare e regolamentare tali pratiche, la sentenza 123/2021 della Corte costituzionale può essere vista come una buona notizia per i difensori di questo tipo di procedure. Infatti, l'aspetto più rilevante della sentenza è stato senza dubbio il fatto di aver confermato la compatibilità costituzionale di una soluzione giuridica volta a depenalizzare e regolamentare le procedure di morte medicalmente assistita (eutanasia attiva e suicidio assistito) nell'ordinamento giuridico portoghese. La Corte ha quindi dato una risposta affermativa inequivocabile (pur con 4 voti di dissenso⁵⁹) in merito al problema giuridico-costituzionale più discusso in questo ambito: quello di sapere se la prestazione di assistenza alla morte di un terzo sia compatibile con il diritto fondamentale alla vita.

Oltre a risolvere il problema del 'se', la Corte ha fornito anche diversi indizi rilevanti per determinare il 'come'. La decisione contiene, infatti, un'espressa convalida delle due situazioni definite dal legislatore come possibili modalità di ricorso alla morte medicalmente assistita. La compatibilità costituzionale della situazione di una malattia incurabile che provoca sofferenze intollerabili è stata confermata senza riserve, per cui sarà sicuramente inserita in un futuro disegno di legge da approvare in materia. D'altra parte, la situazione di lesione definitiva di estrema gravità che provoca intollerabile sofferenza è stata solo parzialmente censurata dalla Corte per la sua indeterminatezza e non perché si traduca, ad esempio, in un'eccessiva estensione della morte assistita a situazioni in cui il paziente non è in fase terminale. Ciò significa che l'ammissibilità costituzionale della morte medicalmente assistita in relazione a questo secondo tipo di situazione dipende solo da una maggiore precisione e specificazione legislativa dei concetti ad essa associati, senza che nessun altro ostacolo costituzionale possa essere invocato contro questa soluzione. Pertanto, una volta risolti i problemi tecnici segnalati dalla Corte costituzionale in merito alla formulazione giuridica, è possibile prevedere che la morte medicalmente assistita diventi presto una realtà nell'ordinamento giuridico portoghese.

⁵⁹ *Tribunal Constitucional, Acórdão 123/2021, «Declaração de Voto Conjunta», apresentada pelos Juizes Maria José Rangel de Mesquita, Maria de Fátima Mata-Mouros, Lino Rodrigues Ribeiro e José António Teles Pereira.*

Giurisprudenza straniera

Giurisprudenza
straniera

Costituzionalmente non illegittimo, ma ormai privo di nerbo: l'Obamacare dopo la presidenza Trump

Note a margine di SCOTUS, *Texas v. California**

[Supreme Court of the United States, *California et al. v. Texas et al.*, no. 19-840, 593 US_(2021), June 17, 2021]

Edmondo Mostacci**

SOMMARIO: 1. *Texas v. California*: una decisione *narrowly tailored*. – 2. La travagliata storia dell'*Obamacare*. – 3. L'ACA, quando l'*individual mandate* diventa *unenforceable*. – 4. Il nodo dello *standing to sue* e la decisione della Corte suprema. – 5. Osservazioni conclusive.

ABSTRACT:

Il testo analizza la recente decisione della Corte suprema degli Stati Uniti in *Texas v. California*. La sentenza definisce sulla base della carenza di legittimazione ad agire la nuova vertenza che ha riguardato l'*Affordable Care Act* (ACA) e in particolare il cd. *individual mandate*, a suo tempo assistito da una sanzione pecuniaria e oggi privato di qualsivoglia forma di *enforcement*. Tale innovazione aveva portato una corte distrettuale a pronunciarsi per la sua illegittimità costituzionale; al contrario, la Corte suprema, pur non affrontando il merito, risolve la questione escludendo che l'attore – il Texas, a cui si sono aggiunti numerosi Stati a guida repubblicana e due privati cittadini – fosse legittimato a proporre la questione al giudiziario federale: deprivato della sanzione, l'*individual mandate* è infatti incapace di provocare una lesione tale da richiedere l'intervento rimediabile del giudice.

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Ricercatore T.D.B in Diritto pubblico comparato nell'Università di Genova, edmondo.mostacci@unige.it.

The paper analyzes the recent decision of the Supreme Court of the United States in Texas v. California. The judgment sets out, since the lack of legal standing, the new dispute concerning the Affordable Care Act (ACA) and, in particular, the so-called individual mandate, which at the beginning was supported by a pecuniary sanction and is now deprived of any form of enforcement. This innovation had led a district court to rule on its constitutional illegitimacy; on the contrary, the Supreme Court, while not addressing the merits, resolved the issue by excluding that the plaintiff – Texas, joined by several Republican-led states and two private citizens – had the standing to bring the matter before the federal judiciary: deprived of the sanction, the individual mandate is in fact in no way able to cause an injury such as to require the remedial intervention of the judge.

1. Texas v. California: una decisione narrowly tailored

Nel lettore europeo continentale – magari poco avvezzo ad alcune regolarità tipiche del diritto statunitense e, in particolare, del *modus operandi* della US Supreme Court – l'ultimo atto della «*epic Affordable Care Act trilogy*»¹ potrebbe apparire del tutto inappagante. Di fronte a due questioni di particolare rilievo per la sopravvivenza della riforma sanitaria fortemente voluta, ormai un decennio fa, dall'allora presidente Obama, nella sua attuale conformazione, i *Supreme Justices* decidono di risolvere il caso sulla base di una delle più basilari questioni procedurali: lo *standing to sue* della parte attrice. Stabilita la carenza di legittimazione ad agire delle parti attrici, l'analisi del merito della questione non è più rilevante e può essere accantonata senza particolari problemi.

A dispetto di un tale possibile disagio, la scelta per una soluzione il meno divisiva possibile, *narrowly tailored* sul caso in decisione, riflette l'attitudine propria della Corte suprema degli Stati Uniti ad evitare decisioni ricche di implicazioni di carattere generale e, in particolare, ad eludere – naturalmente nei limiti del possibile – questioni attinenti alla legittimità costituzionale di un atto del Congresso². Si tratta di un *self-restraint* che ha un profondo radicamento nella cultura costituzionale nordamericana e che è (anche³) legato a doppio

¹ Sono le parole usate da Justice Alito in apertura della sua *dissenting opinion* al caso in esame. Qui l'*incipit* completo: «*Today's decision is the third installment in our epic Affordable Care Act trilogy, and it follows the same pattern as installments one and two*» (cfr. *Texas v. California*, 593 U.S. ____ (2021), Alito J., Dissent).

² V. G. ROMEO, *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2011/2012 e 2012/2013*, in *Giur. cost.*, 2013, pp. 4223 ss.

³ Rimane sullo sfondo la questione – parzialmente ultronea rispetto agli scopi di questo commento – del valore da attribuire al *reasoning* di una sentenza e, soprattutto, del carattere giuridicamente necessitato (o meno) della decisione giudiziale. Infatti, le teorie scettiche dell'interpretazione giuridica attribuiscono al momento attuativo una funzione spiccatamente creatrice, per arrivare a sostenere – presso alcuni autorevoli Autori – che la decisione giudiziale sia presentata «*come se*» fosse determinata da premesse giuridiche, per giungere ad argomentare – in modo peraltro suadente, peraltro proprio con riferimento alla U.S. Supreme Court – che il riferimento a norme e precedenti altro non sia se non un'*affabulazione calmante* finalizzata a promuovere l'accettazione sociale di scelte potenzialmente divisive (v. P.G. MONATERI, *Correct our watches by the public clocks. L'assenza di fondamento dell'interpretazione del diritto*, in J. DERRIDA, G. VATTIMO, *Diritto giustizia e interpretazione*, Roma-Bari, Laterza, 1998, pp. 190 e ss.). Si tratta di riflessioni che ben potrebbero applicarsi anche al caso in esame, in cui la scelta per una decisione di rito, invece che necessaria in punta di diritto,

filo con il principio della separazione dei poteri e con la natura di Corte suprema – e non già di Corte costituzionale – del collegio⁴. Non vi è dunque né da manifestare stupore, né da provare delusione eccessiva se le questioni più scottanti sottese a quest'ultimo assalto per via giudiziaria al *Patient Protection and Affordable Care Act* ⁵(di seguito ACA) sono destinate a rimanere prive di una soluzione diretta.

Nonostante il carattere *narrowly tailored* della decisione, la saga sottesa alla decisione resa dalla Corte suprema lo scorso 17 giugno appare non priva di interesse, tanto per l'occhio del giuscomparatista quanto per quello del cultore del diritto sanitario, per una pluralità di ragioni. Alcune, di carattere più specificamente tecnico, offrono l'occasione per esaminare i nuovi punti di equilibrio sottesi all'ACA all'indomani della presidenza di Donald Trump (un Presidente che non soltanto era espressione del partito che aveva sin da principio contestato l'*Obamacare*, ma che aveva anche posto il superamento dell'ACA al centro della sua piattaforma elettorale); altre, di carattere più generale, portano a riflettere sull'attitudine dei sistemi politici contemporanei – a partire ovviamente da quello che è unanimemente considerato il *campione* della liberal-democrazia – ad intraprendere percorsi riformatori nel modo che, almeno dal punto di vista della partecipazione politica dei cittadini, dovrebbe essere preferibile: redigere un manifesto politico incentrato su un ambizioso progetto di riforma, sottoporlo al dibattito pubblico e darvi seguito una volta che i cittadini – chiamati a scegliere *men and means* nel momento elettorale – lo abbiano validato esprimendo in suo favore il proprio suffragio.

Al fine di sviluppare i due tipi di riflessioni a cui si è accennato, il presente commento a *Texas v. California* si articola nei seguenti passaggi fondamentali. In primo luogo, verrà sinteticamente ripresa la storia giudiziaria dell'Obamacare, al fine di definire il quadro fondamentale entro il quale sono state avanzate le nuove censure nel caso appena deciso della Supreme Court (par. 2). Successivamente ci si focalizzerà sull'innovazione introdotta nel testo dell'ACA sotto l'egida dell'amministrazione Trump e sulle conseguenze che essa avrebbe dispiegato sulla legittimità costituzionale dell'intera disciplina; in tale contesto si metterà altresì in luce il *reasoning* del giudizio emesso sul punto dalla Corte distrettuale

è una delle molte che possono convincentemente argomentarsi sulla base di regole e precedenti e consente di evitare una decisione di merito, potenzialmente assai più divisiva. D'altra parte, anche senza voler aderire a tesi radicalmente scettiche in materia di interpretazione, è luogo comune della dottrina statunitense l'idea che la Corte suprema – specie quando si tratta di risolvere questioni che attengono alla compatibilità costituzionale di una certa disposizione – sia pragmaticamente volta a soppesare le conseguenze, anche politiche, della propria decisione (cfr. ad es. R.A. POSNER, *How Judges Think*, Cambridge (MA)-London, Harvard U.P., 2008, in particolare p. 269 ss.). Al contempo, il vertice del giudiziario federale è solito utilizzare questioni di rito – e, in particolare, proprio lo *standing to sue* – anche la fine di evitare decisioni in qualche modo *difficili* (v. V. BARSOTTI, *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte suprema degli Stati Uniti*, Torino, Giappichelli, 1999),

⁴ Sul tema, con la necessaria collocazione del modello statunitense nel panorama comparato, v. L. PEGORARO, *Sistemi di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 80 e ss. Sull'emersione e sullo sviluppo della *judicial review of legislation* negli Stati Uniti – con tutti gli opportuni riferimenti storici e giuridici – v. A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven (CT), Yale U.P., 1986.

⁵ 124 Stat. 119-1025. P.L. 111-148.

e, poi, dalla Corte d'appello (par. 3). Definito il quadro sul quale la Corte Suprema ha dovuto decidere, si proporrà un'analisi dell'*opinion* di maggioranza redatta da *Justice* Breyer, corredata da un rapido cenno alla *dissenting opinion* di *Justice* Alito (para 4). Infine, nel corso del quinto paragrafo si trarranno alcune sintetiche conclusioni, con riferimento ai due punti problematici che si sono evidenziati nel capoverso precedente.

2. La travagliata storia dell'*Obamacare*

Sin da principio, la storia dell'*Obamacare* è stata piuttosto travagliata. Basti pensare alle difficoltà dell'*iter* di approvazione, che ha comportato un deciso depotenziamento del carattere innovativo dell'originario progetto riformatore⁶. Ancora, una volta approvato, non solo l'ACA è stato oggetto di una polemica politica che non ha conosciuto significativi momenti di requie, ma la conflittualità si è spostata dall'agone politico al terreno giudiziario, con i tentativi – fino ad ora infruttuosi – di ottenere per via pretoria quella rivincita che non è stato possibile ottenere, se non nella misura in cui si dirà nel prossimo paragrafo, nella sede parlamentare. Così, *Texas v. California* è solo una tappa di un *iter* giudiziario iniziato all'indomani dell'approvazione della legge ed approdato per ben tre volte di fronte al vertice del giudiziario federale.

Dal punto di vista della struttura, l'ACA è un atto assai complesso, destinato a svilupparsi lungo oltre 900 pagine del *Federal Register*, difficile quindi da ricondurre a semplici schematizzazioni. Volendo però operare una sintesi – di necessità parziale, ma sufficiente al fine di illustrare quanto destinato ad accadere nei circuiti di giustizia federale nel decennio successivo – si possono evidenziare tre finalità fondamentali perseguite dal disegno riformatore del 2010: la riforma del mercato assicurativo privato, con l'introduzione di specifici obblighi sia per i cittadini che per le compagnie assicurative; il potenziamento dei programmi di assistenza sanitaria pubblica e, in particolare, di Medicaid, al fine di proteggere in misura adeguata i cittadini a basso reddito; l'istituzione di nuovi soggetti pubblici, in grado di meglio sovrintendere alle dinamiche di mercato e alla corretta attuazione delle innovazioni recate per ciò che concerne i programmi di assistenza pubblica⁷.

Com'è noto, all'interno di questo schema più generale, un ruolo decisivo è assunto dalla previsione dell'*individual mandate*, vale a dire l'obbligo generale – valido per tutti i residenti che non godano di esenzione – di stipulare un'assicurazione sanitaria comprensiva

⁶ V.lo in J. HOLAHAN, L.J. BLUMBERG, *An Analysis of the Obama Health Care Proposal*, The Urban Institute Health Policy Center, 2008 www.urban.org/sites/default/files/publication/32006/411754-an-analysis-of-the-obama-health-care-proposal.pdf.

⁷ Per maggiori dettagli v. CCH, *Law Explanation and Analysis of the Patient Protection and Affordable Care Act*, Chicago, Wolters Kluwer, 2010, e se vuoi il mio *La quadratura del cerchio: il sistema sanitario statunitense alla ricerca di inclusione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2010, 1552 ss.

di talune garanzie minime; al contempo, tale obbligo era assistito da una sanzione pecuniaria, proporzionata al reddito.

La centralità dell'*individual mandate* è facilmente comprensibile, laddove si ponga mente al duplice scopo che esso perseguiva: da un lato garantiva che tutti i cittadini statunitensi potessero godere di una copertura sanitaria in caso di necessità (obiettivo perseguito anche tramite: alcune agevolazioni fiscali per rendere *affordable* le polizze, la prevenzione di comportamenti *discriminatori* da parte delle compagnie assicuratrici – specie laddove fondati sulla valutazione di *preexisting conditions* – e il potenziamento di Medicaid per proteggere con una provvidenza pubblica i cittadini che, per motivi di reddito, erano esentati dall'obbligo assicurativo); dall'altro lato, riportare all'interno del mercato assicurativo i soggetti che, per ragioni diverse, ne erano fuoriusciti. Questo secondo obiettivo era invero di particolare rilievo. Una quota significativa dei non assicurati era costituita infatti da soggetti giovani e in salute, che reputavano non conveniente stipulare un'assicurazione sanitaria; la loro fuoriuscita dal mercato finiva però per contraddire la funzione di miglior allocazione del rischio sanitario che, in un mercato ben funzionante, le imprese assicurative dovrebbero invece perseguire. Ancora, una profilazione del rischio sanitario "eccessivamente accurata" finiva per rendere proibitivo il costo delle polizze per soggetti ad alto rischio e, in ultima analisi, finiva per contraddire quella condivisione del rischio sanitario che invece dovrebbe essere la stessa ragion d'essere dei meccanismi assicurativi. La centralità dell'*individual mandate* era stata a più riprese asserita dagli estensori dell'ACA e, soprattutto, aveva ricoperto una posizione centrale nella difesa del provvedimento, svolta di fronte al giudiziario dal Governo federale, al tempo del primo atto della saga giudiziaria relativa all'*Obamacare*. Infatti, si diceva al tempo, senza l'obbligo assicurativo individuale la gran parte delle disposizioni dell'ACA avrebbero perso di senso e, più in generale, lo stesso atto avrebbe smarrito il suo razionale giuridico-politico.

Quando la conflittualità politica sulla riforma si era trasformata in una serie di ricorsi giurisdizionali, per lo più presentati da Stati a guida Repubblicana di fronte alle corti distrettuali federali, la centralità dell'*individual mandate* aveva trovato immediata espressione nelle censure avanzate al testo dell'ACA e quindi nelle soluzioni escogitate dalle diverse corti⁸. In particolare, risultava controversa la riconducibilità della previsione istitutiva ai titoli competenziali assegnati dalla Costituzione di Philadelphia alla Federazione e, in particolare, alla materia della *commerce clause*. Questa infatti era la principale candidata a sostenere una norma quale quella in esame, posto il carattere genuinamente federale del mercato assicurativo sanitario e vista la grande disponibilità mostrata dalla Corte Supre-

⁸ V. Ilya SOMIN, *A Mandate for Mandates: Is the Individual Health Insurance Case a Slippery Slope*, 75 *Law & Contemp. Probs.* 75 (2012).

ma, almeno a far data dalla svolta del 1937⁹, a ricondurre normative federali le più varie a questo titolo di legittimazione.

Vista la pluralità di decisioni contrastanti, il caso non poteva che giungere alla Corte Suprema, la quale ha adottato una pronuncia che si potrebbe definire di mediazione. Per un verso, *NFIB*¹⁰ non smentisce le sentenze delle corti inferiori che non avevano ritenuto riconducibile l'*individual mandate* alla *commerce clause*; per altro *salva* il cuore pulsante dell'*Obamacare*, enfatizzando il ruolo della sanzione pecuniaria: l'argomento centrale a tal fine sostenuto dal *Chief Justice* e dalla corrente *liberal* della Corte sostiene che tale sanzione sia inquadrabile come legittimo esercizio del *taxing power* federale¹¹. In altri termini, secondo l'*opinion* di maggioranza¹², l'*individual mandate* non è visto come un obbligo assistito da sanzione, ma come un'imposta destinata a colpire, con finalità disincentivanti, una condotta socialmente non desiderabile e considerata quale presupposto dell'imposizione¹³.

3. L'ACA, quando l'*individual mandate* diventa *unenforceable*

La rapida sintesi relativa all'ACA e alla prima pronuncia in merito da parte della Corte suprema non ha solo valore introduttivo; infatti i due elementi che un osservatore accorto potrebbe trarvi sono il precedente, remoto ma indispensabile, del terzo atto della *Affordable Care Act trilogy*: in assenza della centralità dell'*individual mandate* e della sua riconducibilità al *taxing power*, invece che alla *commerce clause*, *Texas v. California* non avrebbe avuto occasione di esistere.

Al precedente remoto, nel 2017, si aggiunge il precedente immediato del caso oggetto di commento: dopo un primo tentativo di abrogare il complesso delle disposizioni dell'ACA – tentativo naufragato per l'opposizione del senatore McCain, il cui voto contrario ha deter-

⁹ Per un'ampia analisi del titolo competenziale in esame, prima e dopo la svolta del 1937, sia consentito il rinvio a E. MOSTACCI, *Commerce power e federalizing process. Il governo dell'economia nell'evoluzione dei federalismi di common law*, Milano, Egea, 2018.

¹⁰ *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012).

¹¹ Sulla pronuncia, v. L.B. SOLUM, *How NFIB v. Sebelius affects the constitutional gestalt*, 91 *Wash. U.L. Rev.* 1 (2013) e T. SANDEFUR, *So it's a tax, now what: Some of the problems remaining after NFIB v. Sebelius*, 17(2) *Tex. Rev. L. & Pol.* 203 (2013); nel dibattito italiano, v. invece C. BOLOGNA, *Il caso Sebelius sulla riforma sanitaria: il federalismo alla prova dell'accountability*, in *Quad. cost.*, 2013, pp. 375 s. Con specifico riferimento al *taxing power*, v. anche L.A. BAKER, *The spending power after NFIB v. Sebelius*, 37 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* 71 (2014) e B. CUSHMAN, *NfIB v. Sebelius and the transformation of the taxing power*, 89 *Notre Dame L. Rev.* 133 (2013).

¹² Di opposto parere l'*opinion* di minoranza, secondo cui l'*individual mandate* è incostituzionale in quanto è un tentativo del Congresso, che va al di là delle competenze federali, di regolare il mercato assicurativo sulla base della *commerce clause*.

¹³ Con le parole del Chief Justice, «the mandate [could] be regarded as establishing a condition – not owning health insurance – that triggers a tax» (*NFIB*, cit., 563).

minato la sconfitta dell'esile maggioranza repubblicana al Senato –, grazie ad un accordo bipartisan viene approvato un pacchetto di misure di stimolo fiscale all'economia – noto come *Tax Cuts and Jobs Act*¹⁴ – il quale determina tra l'altro l'abbattimento della sanzione prevista per i renitenti all'assicurazione sanitaria ad un importo di 0 USD, a far data dall'anno fiscale 2019. La sanzione, in altri termini, è cancellata.

Naturalmente, l'eliminazione della sanzione comporta un grande depotenziamento dell'*Obamacare*: in sua assenza, l'obbligo assicurativo diviene una mera esortazione – forse autorevole, ma priva di mordente – affinché i destinatari della disposizione stipulino un'assicurazione sanitaria, con evidenti conseguenze quanto all'effettiva capacità del quadro regolatorio di includere nel mercato i soggetti a basso rischio sanitario e di perseguire l'obiettivo fondamentale della riforma di garantire che tutti i cittadini siano coperti dai rischi relativi alla propria salute.

Al di là di questo aspetto, il punto su cui conviene concentrare l'attenzione concerne però l'amalgama tra la decisione della Corte suprema del 2012 e l'abbattimento dell'importo della sanzione. È infatti evidente che divenga problematico giustificare l'*individual mandate* sulla base del *taxing power*, laddove la sanzione-tassa sia ormai inesistente. Inoltre, posta la centralità dell'obbligo di assicurarsi – il solo, ad esempio, a legittimare l'imposizione di specifici obblighi di contrattare in capo alle compagnie assicuratrici – può il resto dell'ACA rimanere in vigore o esso è destinato ad essere colpito da una sorta di illegittimità consequenziale? O, per meglio dire, è giuridicamente separabile l'*individual mandate* dal resto dell'ACA o le interrelazioni tra esso e le altre parti della legge (o, magari, tra esso e significative altre parti della legge) sono tali da rendere impossibile un'operazione di *severability*?¹⁵

Queste domande non hanno una semplice valenza teorica, ma sono il contenuto specifico di un'azione legale intentata dal Texas e da altri 12 Stati a guida repubblicana – a cui si sono aggregati due privati cittadini – di fronte alla Corte federale del distretto del Northern Texas nei confronti del Secretary of Health and Human Services e del Commissioner of Internal Revenue. Il giudice distrettuale, Reed O'Connor, si mostra del tutto simpatetico con le pretese attoree e redige una sentenza che non solo dichiara *ultra vires* l'*individual mandate* ormai privo di sanzione, ma non riconosce nessun tipo di *severability* rispetto

¹⁴ 131 Stat. 2054.

¹⁵ Il tema della *severability* ricorda a tratti quello dell'illegittimità consequenziale conosciuto al nostro ordinamento. Su di esso v. J.C. NAGLE, *Severability*, 72 *N.C. L. Rev.* 203 (1993), D.H. GANS, *Severability as Judicial Lawmaking*, 76 *Geo. Wash. L. Rev.* 639 (2008) e K.A. KLUKOWSKI, *Severability Doctrine: How Much of a Statute Should Federal Courts Invalidate*, 16 *Tex. Rev. L. & Pol.* 1 (2011).

alle restanti parti dell'ACA¹⁶, il quale viene così globalmente travolto dalla pronuncia giurisdizionale¹⁷.

Tale ricostruzione non convince fino in fondo il giudice di appello: se la parte – di certo più approfonditamente argomentata – relativa all'illegittimità dell'*individual mandate* viene considerata positivamente dall'*opinion* di maggioranza redatta dal giudice Elrod, con supporto di J. Engelhard, il mancato riconoscimento di qualsivoglia *severability* viene considerato affrettato e non sufficientemente suffragato dalla parte motiva della sentenza di prime cure: così, il fascicolo viene riconsegnato al giudice distrettuale, affinché proceda a riconsiderare questo secondo aspetto¹⁸.

È in questa fase che interviene la Corte suprema, in *certiorari*, con la sua terza pronuncia in merito all'ACA, con ciò sospendendo sia l'effettività della decisione di prime cure che il procedimento in corso di svolgimento di fronte alla corte distrettuale.

4. Il nodo dello *standing to sue* e la decisione della Corte suprema

Il quadro complesso che si è ricostruito nei paragrafi precedenti costituisce il contesto in cui la Corte suprema è chiamata ad intervenire. Si dica subito qual è la soluzione enucleata dalla Corte, in base alla quale la sentenza della corte distrettuale viene riformata: sia gli Stati che le due parti private non avevano *standing to sue*, pertanto il giudice di prima istanza deve rigettare la richiesta attorea senza scendere nel merito delle due questioni che si sono precedentemente evidenziate circa la legittimità costituzionale di un *individual mandate* privo di sanzione e l'eventuale conseguenza di tale illegittimità sull'ACA globalmente inteso.

¹⁶ Val la pena citare il passaggio più calzante sul punto, nel quale il giudice argomenta che l'ACA, senza l'*individual mandate*, sarebbe una legge diversa da quella voluta dal Congresso e che l'incostituzionalità totale è necessitata dall'esigenza di rispettare – nell'ottica della separazione dei poteri – la volontà congressuale: «*In some ways, the question before the Court involves the intent of both the 2010 and 2017 Congresses. The former enacted the ACA. The latter sawed off the last leg it stood on. But however one slices it, the following is clear: The 2010 Congress memorialized that it knew the Individual Mandate was the ACA keystone, see 42 U.S.C. § 18091; the Supreme Court stated repeatedly that it knew Congress knew that, see, e.g., NFIB, 567 U.S. at 547, 132 S.Ct. 2566 (Roberts, C.J.) (citing 42 U.S.C. § 18091(2)(F)); King, 135 S.Ct. at 2487 (citing 42 U.S.C. § 18091(2)(I)); and knowing the Supreme Court knew what the 2010 Congress had known, the 2017 Congress did not repeal the Individual Mandate and did not repeal § 18091 ... The Court respects Congress's plain language. And here, "[t]he language is plain. There is no room for construction, unless it be as to the effect of the Constitution". In re Trade-Mark Cases, 100 U.S. 82, 99, 25 L.Ed. 550 (1879). "To limit this statute in the manner now asked for, "therefore" would be to make a new law, not to enforce an old one. This is no part of [the Court's] duty"» (Texas v. United States, 340 F. Supp. 3d 579, 618 (N.D. Tex. 2018)).*

¹⁷ Texas v. US, cit., 619.

¹⁸ Cfr. Texas v. United States, 945 F. 3d 355 (CA5 2019).

Nel diritto statunitense, la dottrina dello *standing* to sue prende le mosse dall'art. III, sect. 2, della Costituzione federale¹⁹, la quale stabilisce che le corti federali abbiano giurisdizione in materia di *cases and controversies*²⁰. Da questo sintetico riferimento testuale, la Corte suprema ha quindi dedotto una serie di requisiti affinché una parte possa essere considerata legittimata ad agire in giudizio di fronte ad una qualunque corte federale, i quali attengono in sostanza alla concretezza e all'attualità dell'interesse individuale di cui l'attore chieda protezione. La finalità perseguita, peraltro comune alla gran parte degli ordinamenti della *western legal tradition*, è quella di mantenere l'equilibrio costituzionalmente sancito tra i poteri²¹ ed evitare che il giudiziario assuma una funzione censoria di carattere generale sull'operato degli altri due poteri federali.

Più nello specifico, i requisiti necessari allo *standing* sono stati definiti a partire da due sentenze, adottate negli anni '20 a breve distanza l'una dall'altra²², in cui il ruolo del giudiziario viene per così dire ribaltato sull'attore e sulla domanda che questi è legittimato a presentare agli organi del giudiziario federale:

«We have no power per se to review and annul acts of Congress on the ground that they are unconstitutional. That question may be considered only when the justification for some direct injury suffered or threatened, presenting a justiciable issue, is made to rest upon such an act. Then the power exercised is that of ascertaining and declaring the law applicable to the controversy. It amounts to little more than the negative power to disregard an unconstitutional enactment, which otherwise would stand in the way of the enforcement of a legal right. The party who invokes the power must be able to show not only that the statute is invalid, but that he has sustained or is immediately in danger of sustaining some direct injury as the result of its enforcement, and not merely that he suffers in some indefinite way in common with people generally».²³

Già in questa breve citazione emergono infatti i requisiti che ancora oggi caratterizzano la dottrina in parola: il danno, il nesso di causalità e il rimedio. In altri termini, affinché la sua domanda possa essere presa in considerazione, l'attore deve mostrare di avere subito – o

¹⁹ Nel prosieguo si farà esclusivo riferimento agli *standing requirements* che la Supreme court ha ricavato dalla *cases and controversies clause* dell'art. III e che sono, di conseguenza, considerati costituzionalmente necessari. La corte ha altresì enucleato delle *prudential limitations*, le quali possono essere (e in taluni ambiti come il diritto ambientale sono) derogate ad opera del legislatore e che non rilevano ai fini della comprensione della sentenza in esame.

²⁰ Questo il testo del primo paragrafo dell'art. III, sect. 2: «The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority; – to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls; – to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction; – to Controversies to which the United States shall be a Party; – to Controversies between two or more States; – between a State and Citizens of another State, – between Citizens of different States, – between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects».

²¹ V. D.A. LOGAN, *Standing to Sue: A Proposed Separation of Powers Analysis*, 1984 *Wis. L. Rev.* 37 (1984).

²² Si tratta di *Fairchild v. Hughes*, 258 U.S. 126 (1922), e di *Massachusetts v. Mellon*, 262 U.S. 447 (1923).

²³ *Massachusetts v. Mellon*, cit., 489.

di essere in procinto di subire – una lesione ad un proprio interesse giuridicamente rilevante; al contempo, la lesione deve essere concreta ed attuale (e quindi non meramente ipotetica o potenziale); inoltre, l'attore deve dimostrare che vi sia una connessione causale tra la lesione patita e la condotta (eventualmente anche di carattere omissivo) del soggetto convenuto (pubblico o privato che sia); infine, l'azione è procedibile nella misura in cui alla corte sia richiesto un rimedio (giuridicamente ammissibile e plausibile) alla lesione²⁴. Poste queste regole fondamentali, stabilire se gli attori avessero o meno *standing to sue* sembrerebbe essere tutto sommato semplice. Infatti, non si vede come un *individual mandate* ridotto a mera esortazione – privo cioè di sanzione per il caso di sua violazione – possa determinare una lesione della sfera giuridica degli Stati federati²⁵. Un discorso non dissimile può essere articolato anche per i due privati cittadini, la cui sfera giuridica non è intaccata in nessun modo dall'assenza di una sanzione o da un'esortazione contenuta in un atto normativo, alla quale non segue nessun tipo di *enforcement* da parte del potere pubblico. Da altra prospettiva, mancherebbe anche la richiesta di un rimedio: le parti private chiedono ciò che sono già libere di ottenere con il proprio autonomo agire.

Quella che si è appena esposta è, almeno in termini generali, la soluzione corretta, su cui converge anche l'*opinion* redatta per una maggioranza di 7 da Justice Breyer²⁶. Infatti, quanto alla legittimazione delle parti private, l'*opinion* è decisa nell'escluderla:

«Their problem lies in the fact that the statutory provision, while it tells them to obtain that coverage, has no means of enforcement. With the penalty zeroed out, the IRS can no longer seek a penalty from those who fail to comply ... Because of this, there is no possible Government action that is causally connected to the plaintiffs' injury – the costs of purchasing health insurance. Or to put the matter conversely, that injury is not “fairly traceable” to any “allegedly unlawful conduct” of which the plaintiffs complain ... In a word, they have not shown that any kind of Government action or conduct has caused or will cause the injury they attribute to §5000A(a)»²⁷.

L'*opinion* pone peraltro particolare enfasi sulla necessità di una *Government action*, a fondamento della legittimazione ad agire contro le amministrazioni convenute, nell'ottica di ottenere la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'*individual mandate* e se del

²⁴ V. nella giurisprudenza più recente, *DaimlerChrysler Corp. v. Cuno*, 547 US 332 (2006), secondo cui l'attore ha standing solo laddove egli possa «*allege personal injury fairly traceable to the defendant's allegedly unlawful conduct and likely to be redressed by the requested relief*» (p. 342). Per un'analisi del requisito, con particolare riferimento alle cause intentate contro il potere pubblico, v. R. BERGER, *Standing to Sue in Public Actions: Is It a Constitutional Requirement*, 78 *Yale L.J.* 816 (1969).

²⁵ Circostanza affermata da numerosi autori prima del pronunciamento della Supreme Court. V. ad es. B. Clark, *Enough is enough: The coverage provision is still constitutional and the court should reject this latest pretext for attacking the ACA*, in *SCOTUSblog* (Nov. 6, 2020), www.scotusblog.com/2020/11/symposium-enough-is-enough-the-coverage-provision-is-still-constitutional-and-the-court-should-reject-this-latest-pretext-for-attacking-the-aca/.

²⁶ Per un primo commento da parte della dottrina statunitense, v. A. Howe, *Court again leaves Affordable Care Act in place*, in *SCOTUSblog* (Jun. 17, 2021), www.scotusblog.com/2021/06/court-again-leaves-affordable-care-act-in-place/.

²⁷ *Texas v. California*, cit., pag. 5 dell'*opinion* di maggioranza.

caso, in via mediata, dell'ACA globalmente inteso. In altri termini, non può considerarsi sufficiente la previsione normativa se ad essa non segue – ne può ragionevolmente seguire – l'adozione di una misura concreta in grado di produrre la lesione dell'interesse attoreo. Tale enfasi è peraltro comprensibile: non rientra infatti tra i compiti della Corte suprema pronunziarsi su astratte questioni di legittimità costituzionale, ma solo di fornire una tutela verso lesioni concrete di interessi giuridicamente meritevoli di tutela.

Sulla base di tali argomenti, diviene quindi piuttosto semplice giungere alla conclusione per cui una disposizione priva di *enforceability* è strutturalmente inidonea ad entrare tra i materiali normativi rilevanti per il giudice, ma deve piuttosto essere qualificata come «*statute's textually unenforceable language*»²⁸.

Più sofisticato, ma non del tutto dissimile, il *reasoning* relativo allo *standing* del Texas e degli altri Stati, i quali provano ad argomentare lungo due diverse direttrici. Da un lato, la previsione dell'*individual mandate* – o per meglio dire, l'obbligo di munirsi di una *minimum essential coverage* – si rifletterebbe in un onere sopportato dagli Stati, chiamati a: erogare direttamente assistenza sanitaria, nell'ambito di programmi come Medicaid; contribuire all'esborso finanziario privato nel caso di contratti assicurativi *State-sponsored*; offrire, in qualità di *employer*, una polizza ai propri dipendenti. In tutti questi casi, però, la Corte ritiene insussistente il nesso di causalità, posta la libera determinazione del singolo, il quale potrebbe ben decidere di non dare seguito all'esortazione di cui ad un *individual mandate* non più assistito da sanzione²⁹.

Dall'altro lato vi sono tutte le spese che derivano non già dall'obbligo di stipulare un'assicurazione, ma da altre parti dell'ACA. Ancora, neppure queste spese possono essere considerate ai fini del riconoscimento dello *standing to sue*, in quanto non derivano dalla disposizione dedotta in giudizio³⁰.

Quanto a queste ultime spese, potrebbe forse argomentarsi diversamente da quanto appena riferito, facendo valere la centralità dell'*individual mandate*, la cui illegittimità per ipotesi farebbe crollare tutto l'impianto normativo dell'ACA. Ecco allora che gli attori avrebbero un interesse giuridicamente qualificato ad ottenere una pronuncia che sancisca l'illegittimità – non già del solo *individual mandate* ma – di tutto l'atto normativo del 2010. Si tratta però di una ricostruzione che appare sotto molteplici profili forzata³¹ e che, soprattutto, non è stata avanzata in questi termini in nessuna delle fasi precedenti del giudizio, né è stata in qualche modo analizzata dalle corti inferiori. Inoltre, come mette in luce J.

²⁸ *Texas v. California*, cit., pag. 7 dell'*opinion* di maggioranza.

²⁹ Cfr. l'*opinion* di maggioranza di *Texas v. California*, la quale argomenta: «*neither logic nor intuition suggests that the presence of the minimum essential coverage requirement would lead an individual to enroll in one of those programs that its absence would lead them to ignore. A penalty might have led some inertia-bound individuals to enroll. But without a penalty, what incentive could the provision provide?*» (p. 12).

³⁰ Queste le apole dell'*opinion* di J. Breyer: «*The problem with these claims, however, is that other provisions of Act, not the minimum essential coverage provision, impose these other requirements*» (p. 14).

³¹ Anche se trova l'adesione di due *Justices* (Alito e Gorsuch). Cfr. *Texas v. California*, cit., J. Alito dissent.

Thomas nella sua *concurring opinion*, «*standing-through-inseverability could only be a valid theory of standing to the extent it treats inseverability as a merits exercise of statutory interpretation*»³², mentre nel corso dell'istruttoria il tema della separabilità dell'*individual mandate* dal resto dell'ACA è sempre stato declinato sul piano, meno impegnativo, di *remedy*³³.

5. Osservazioni conclusive

L'ultimo atto della *epic Affordable Care Act trilogy* mostra in modo chiaro alcune elementi che è utile considerare al fine di una migliore comprensione dell'*Obamacare* e della sua storia travagliata.

Quanto ai fatti di causa, la decisione della Corte suprema di negare lo *standing to sue* potrebbe, come evidenziato in apertura, apparire una scelta in qualche misura deludente. Di fronte a quello che è stato, al di là di ogni valutazione di merito, uno dei più importanti interventi riformatori in ambito sociale approvati dal congresso statunitense dai tempi di Lyndon Johnson e di fronte al dubbio, non manifestamente infondato, circa la sua illegittimità costituzionale, una decisione di rito potrebbe apparire inappagante. Tuttavia, a considerare con attenzione il ragionamento sviluppato da Justice Breyer, emerge in filigrana una risposta assai meno evasiva a tale quesito: lo *standing to sue* è negato in primo e prevalente luogo in quanto una disposizione incapace di *enforcement* – ridotta cioè a sterile *statute's textually unenforceable language* – nel suo essere inidonea a tradursi in un'azione (o in un'omissione) del potere pubblico è anche del tutto inoffensiva. In altri termini, una mera esortazione a dotarsi un'assicurazione sanitaria non merita la patente di incostituzionalità in quanto è di per sé difficilmente riconducibile all'esercizio di quel potere che le norme costituzionali hanno il compito di regolare, ripartire e limitare. Risolto per questa via il problema dell'attuale versione dell'*individual mandate*, diviene altresì mero esercizio di stile interrogarsi sulla *severability*.

Se quanto appena detto è vero, da ciò non segue però che la riforma sia salva. Al contrario, le parole della Corte suonano assai sinistre per l'ACA. Questo è infatti salvato dalle censure di incostituzionalità a prezzo di riconoscere che la sua norma fondamentale, che sin da subito è stata considerata come la chiave di volta dell'intero *Obamacare*, oggi – *rectius*, dal 2017 – è ormai un pallido simulacro della sua versione originaria: una mera esortazione, deprivata di ogni efficacia giuridica. In altri termini, l'abbattimento della sanzione pecuniaria prevista per la mancata assicurazione, recato dal *Tax Cuts and Jobs Act*,

³² *Texas v. California*, cit., J. Thomas *concurring opinion*, p. 6.

³³ «*This Court has been inconsistent in describing whether inseverability is a remedy or merits question. To the extent the parties seek inseverability as a remedy, the Court is powerless to grant that relief*» (cfr. J. Thomas, *concurring opinion*, p. 5).

non avrà avuto l'impatto politico ed emotivo dell'abrogazione dell'ACA, ma determina con l'efficacia che talvolta hanno i rimedi semplici il sostanziale *undoing* dell'*Obamacare*.

Ciò porta a sviluppare una considerazione ulteriore. Nella politica contemporanea, in cui elevati livelli di polarizzazione rendono assai angusti gli spazi per la mediazione e per il riconoscimento del carattere positivo di specifici elementi programmatici avanzati dalle altre parti politiche, le riforme manifesto – quelle cioè che caratterizzano la proposta di un certo soggetto politico in un determinato momento storico – hanno un destino segnato: quello di rimanere perennemente divisive e di subire interventi contro-riformatori una volta che la maggioranza parlamentare sia cambiata. Si badi: non si intendono progressivi affinamenti, che costituirebbero non solo un modo di collaborare ma un implicito riconoscimento di quanto di buono è stato fatto dall'amministrazione precedente; al contrario, si allude a radicali ribaltamenti, a tentativi di cancellazione, a veri e propri sabotaggi. Un *modus operandi* che cancella in radice la possibilità di costruire politiche pubbliche efficaci e capaci di rispondere ai bisogni dei cittadini: certo, l'*obamacare* – pur con tutti i suoi limiti – ha avuto meriti indubbi, che in questa sede non si vogliono affatto disconoscere; tuttavia, il “sabotaggio” sotteso all'azzeramento della sanzione in caso di violazione dell'*individual mandate* rischia di vanificare buona parte di tali risultati e di riportare figurativamente le lancette della storia ad un decennio fa.

L'alternativa a questa dinamica inconcludente è quella di evitare riforme manifesto, di ricercare accordi sufficientemente ampi che siano il massimo comun denominatore delle forze presenti nel sistema politico, di mascherare la scelta politica sotto la maschera della necessità tecnica. Stratagemmi tutt'altro che sconosciuti ai sistemi politici occidentali, ma che tengono la cittadinanza ai margini dei processi decisionali pubblici e ne inibiscono la partecipazione all'organizzazione politica del Paese: un esito inappagante per chi ha creduto – e crede tutt'ora – nelle virtù dello Stato democratico.

Brevi note sul caso

“*Cambie*” della Corte

Suprema della Columbia Britannica

a proposito del rapporto tra la sanità
pubblica e la sanità privata in Canada*

[Supreme Court of British Columbia, *Cambie Surgeries Corporation v. British Columbia (Attorney General)*, 2020 BCSC 1310]

Arianna Pitino**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La sentenza della Corte Suprema del Canada nel caso *Chaoulli v. Quebec* del 2005. – 3. La pronuncia della Corte Suprema della Columbia Britannica nel caso *Cambie v. British Columbia* del 2020. – 4. Un confronto tra *Chaoulli* e *Cambie*, aspettando la pronuncia della Corte Suprema del Canada.

ABSTRACT:

Il *Canadian Healthcare Act* del 1984 prevede un sistema sanitario pubblico basato sul bisogno di salute e non sulla capacità di pagare, secondo i principi di universalità e accessibilità ai servizi sanitari in tutte le province canadesi. La costituzionalità del modello sanitario canadese è stata accertata per la prima volta nel 2005 nel caso *Chaoulli*, dove la Corte Suprema del Canada ha dichiarato l'incostituzionalità del divieto per le assicurazioni sanitarie private di rimborsare i servizi sanitari *medically necessary* in Quebec assumendo come parametro la Carta dei diritti e delle libertà del Quebec. Quindici anni dopo, nel caso *Cambie*, è in discussione la costituzionalità del *Medicare Protection Act* della Columbia Britannica non solo per i limiti che esso pone alle assicurazioni sanitarie private, ma anche per le norme che vietano l'*extra-billing* e la *dual practice* all'interno

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Ricercatrice confermata di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Genova, arianna.pitino@unige.it.

della Provincia. La Corte Suprema della Columbia Britannica nel 2020 ha respinto ogni motivo di incostituzionalità. In questo momento (a partire da giugno 2021) è in corso il secondo grado di giudizio davanti alla Corte d'appello della Columbia Britannica. Il caso *Cambie*, che probabilmente arriverà davanti alla Corte Suprema del Canada, rischia di produrre conseguenze ben maggiori a livello provinciale e federale rispetto a *Chaoulli* e richiede pertanto di essere attentamente monitorato nei prossimi anni.

The Canadian Healthcare Act 1984 provides for a public single-payer healthcare system based on need and not on ability to pay, according to principles of universality and accessibility to healthcare services in all Canadian Provinces. The constitutionality of the Canadian healthcare model has been questioned in the Chaoulli case in 2005. The Supreme Court of Canada declared the unconstitutionality of the ban on private health insurances for the purchasing of medically necessary health services in Quebec under the Quebec Charter of Rights and Freedoms. Fifteen years later, in the ongoing Cambie case, a private healthcare provider is alleging the unconstitutionality of the British Columbia Medicare Protection Act (MPA) not only for the ban on private health insurances, but also for the prohibition of extra-billing and dual practice within the Province. In September 2020 the Supreme Court of British Columbia ruled in favor of the validity of British Columbia MPA. Now (starting June 2021) the Cambie case is being discussed before the Court of Appeal of British Columbia. In the next years it is likely that the Cambie case will be upheld before the Supreme Court of Canada and it risks to produce far more reaching consequences at both provincial and federal level than Chaoulli did in 2005. Therefore, the Cambie case needs to be carefully monitored in the next future.

Public healthcare is «as sustainable as we want it to be»
Romanow Commission on the Future of health Care in Canada, 2002

1. Introduzione

La Carta canadese dei diritti e delle libertà tutela i tradizionali diritti di libertà, ma non si occupa dei diritti sociali e di quelli economici. Questi ultimi, tuttavia, possono divenire oggetto di tutela costituzionale grazie all'interpretazione estensiva dei diritti previsti in modo esplicito nella Carta canadese dei diritti e delle libertà soprattutto ad opera della Corte Suprema del Canada. È questo il caso del diritto alla salute, protetto e garantito in via giurisprudenziale come corollario del principio di eguaglianza sancito dall'art. 15 della Carta canadese dei diritti e delle libertà¹.

Il *Canada Health Act 1984 (CHA 1984)* è la legge federale che definisce il modello pubblico di assistenza sanitaria in Canada. Tale legge prevede che le prestazioni sanitarie incluse

¹ L'art. 15 della Carta canadese dei diritti e delle libertà prevede che «Tutti gli individui sono uguali di fronte alla legge e hanno diritto a ricevere dalla stessa uguale protezione e uguali vantaggi senza discriminazione e, in particolare, senza discriminazioni basate sulla razza, sulle origini nazionali o etniche, sul colore, sulla religione, sul sesso, sull'età o su condizioni di disabilità fisica e mentale». A proposito della tutela giurisprudenziale del diritto alla salute derivante dall'art. 15 della Carta canadese dei diritti e delle libertà, sia consentito rinviare ad A. PITINO, *Il principio di non discriminazione e l'adverse effect discrimination in materia di diritto alla salute in alcuni recenti casi giurisprudenziali*, in G. ROLLA, (a cura di), *Eguale, ma diversi. Identità ed autonomia secondo la giurisprudenza della Corte Suprema del Canada*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 184 ss.

tra quelle *medically necessary* siano finanziate in via esclusiva dal sistema sanitario pubblico (c.d. *single-payer system*), disincentivando ogni altra forma di pagamento sia diretto da parte dei pazienti, sia indiretto da parte di assicurazioni private. Secondo il *CHA 1984*, infatti, tutti i canadesi devono poter accedere ai servizi sanitari senza incontrare ostacoli di tipo economico o di altro tipo (art. 3) e senza che la ricchezza sia una condizione di accesso preferenziale alle cure sanitarie. La stessa legge prevede inoltre che le somme di denaro eventualmente corrisposte dagli assistiti per le prestazioni sanitarie *medically necessary* – sotto forma di *extra-billing* (pagamenti richiesti da medici e dentisti aggiuntivi rispetto a quelli già a carico del sistema sanitario provinciale) e di *users charge* (contributi economici richiesti ai pazienti dai sistemi sanitari provinciali) – vengano sottratte dai fondi che il Governo federale trasferisce annualmente alle Province per il finanziamento dei rispettivi sistemi sanitari provinciali (*CHA 1984*, artt. 18 e 19).

Le disposizioni appena richiamate del *CHA 1984* sono strettamente connesse all’attuazione dei criteri e delle condizioni su cui si basa il sistema sanitario canadese², con particolare riguardo all’*universalità* e all’*accessibilità* alle cure esclusivamente in base al bisogno.

Tramite il *Canada Health Transfer (CHT)*, il più consistente programma di finanziamento federale, il Governo canadese contribuisce alla spesa sanitaria provinciale e, in base alla propria competenza esclusiva in materia di *spending power* (art. 91, cc. 1 e 3 e art. 106 del *Constitution Act 1867*), subordina il trasferimento annuale delle relative risorse al rispetto da parte delle Province dei criteri e delle condizioni definiti nel *CHA 1984*³.

La spesa sanitaria complessiva, con una proporzione sostanzialmente invariata dal 2000 a oggi, è finanziata per circa il 70% da risorse pubbliche (*CHT* e altre risorse vincolate federali, risorse provinciali, municipali e fondi di sicurezza sociale) e per il 30% da risorse private (assicurazioni e spesa diretta degli utenti c.d. *out-of-pocket*)⁴.

La spesa sanitaria in Canada è aumentata in modo costante dal 1975 a oggi e, tra le cause principali, sembrano esservi la crescita della popolazione (con particolare riguardo agli ul-

² I criteri e le condizioni stabiliti dal *CHA 1984* cui le leggi sanitarie delle Province e dei Territori canadesi devono attecchire constano di cinque criteri (*public administration, portability, universality, comprehensiveness e accessibility*), due condizioni (obbligo di trasmettere al Ministro della salute federale le informazioni richieste alle Province e di rendere i finanziamenti federali ricevuti nei documenti pubblici e in quelli di promozione dei sistemi sanitari provinciali) e 2 divieti (*extra-billing e users charge*). Per un’analisi dei principi su cui si basa il modello sanitario canadese si rinvia all’analisi già svolta in A. PITINO, *Il sistema sanitario canadese tra principi comuni ed autonomia: una “partita aperta” tra Federazione e Province?*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Sistemi costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria. Spunti e materiali per l’analisi comparata*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 344 ss.

³ Per un’analisi più approfondita del riparto di competenze tra la Federazione e le Province in materia di tutela della salute sia consentito rinviare ancora ad A. PITINO, *La tutela della salute in Canada nella prospettiva giurisprudenziale*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Cittadinanza, Corti e Salute*, Padova, Cedam, 2007, p. 233 ss.

⁴ S. NORRIS, *Federal Funding for Health Care*, in *Library of Parliament, Research Publications*, par. 2.3 e 4, https://lop.parl.ca/sites/PublicWebsite/default/en_CA/ResearchPublications/201845E#txt8 sottolinea come l’emergenza Covid-19 ha determinato l’erogazione a partire da luglio 2020 di risorse ulteriori (19 bilioni di dollari canadesi) da parte del Governo alle Province, secondo quanto definito nel documento *Safe Restart Agreement*, consultabile all’indirizzo <https://www.canada.ca/en/intergovernmental-affairs/services/safe-restart-agreement.html>

trasessantenni per i quali la spesa sanitaria è notevolmente maggiore rispetto alle persone più giovani), l'aumento dell'inflazione, la scarsa efficienza del settore sanitario, i cambiamenti tecnologici e il diverso utilizzo dei servizi sanitari⁵.

In Canada il modello pubblico di tutela della salute è, allo stesso tempo, una vittoria politica contro la privatizzazione dell'assistenza sanitaria e una delle caratteristiche identitarie di questo Stato⁶, ed è divenuto oggetto di studio a partire soprattutto dalla Commissione Romanow del 2002⁷ al fine di indagarne la sostenibilità nel lungo periodo. Con l'Accordo del 2004 (il c.d. *Health Accord*) tra la Federazione e le Province era stata definita una crescita del finanziamento sanitario federale pari al 6% annuo. Nel 2011 il Governo federale ha però stabilito unilateralmente che a partire dal 2016 l'aumento annuo del finanziamento destinato alla sanità sarebbe stato parametrato alla crescita del PIL fino al 2024, garantendo un incremento minimo annuo del 3%. Ciò ha determinato una contrazione dei trasferimenti federali alle Province rispetto al decennio precedente, mentre la spesa sanitaria ha continuato a crescere rendendo necessario un maggiore impiego di risorse a livello provinciale⁸. Nel 2017 la Federazione ha sottoscritto Accordi individuali con le Province collegando il finanziamento federale della sanità ai PIL e alla spesa pro-capite provinciali, continuando però a garantire un incremento minimo annuo del 3%. Negli anni il finanziamento sanitario federale è dunque passato dalla quota iniziale del 50% negli anni Cinquanta al minimo storico dell'11% alla fine degli anni Novanta, fino ad arrivare all'attuale 23% che sembra però destinato a tornare all'11% da qui al 2075⁹.

I dati economici sembrano quindi porre un problema di sostenibilità finanziaria del sistema sanitario pubblico nel lungo periodo, che appare tanto più grave se si considera che il *Parliamentary Budget Office* ha stimato che, anche presupponendo una quota di finanziamento federale pari al 25% del totale della spesa sanitaria provinciale, molte Province continuerebbero a veder crescere i rispettivi costi sanitari in misura superiore all'in-

⁵ Canadian Institute for Health Information, *National Health Expenditure Trends, 1975 to 2019*, Ottawa, 2019, p. 23 ss.

⁶ A proposito del confronto politico che ha portato alla definizione del Sistema sanitario pubblico in Canada v. G.P. MARCHILDON, *Private Finance and Canadian Medicare: Learning from History*, in C.M. FLOOD, B. THOMAS, *Is Two-Tier Health Care the Future?*, University of Ottawa Press, 2020, open access all'indirizzo <https://press.uottawa.ca/is-two-tier-health-care-the-future.html>, p. 15 ss. (ultima consultazione Agosto 2021).

⁷ ROMANOW COMMISSION ON THE FUTURE OF HEALTH CARE IN CANADA, *Building on Values: The Future of Health Care in Canada*, Final Report, Canada, 2002.

⁸ CANADIAN HEALTH COALITION, *Public Health Care - We've got this!*, 2019, p. 2 s., <http://www.healthcoalition.ca/wp-content/uploads/2019/06/Weve-got-this-Report-1.pdf>.

⁹ H. MACKENZIE, *The Canada Health Transfer Disconnect: An Aging Population, Rising Health Care Costs and a Shrinking Federal Role in Funding Canadian Federation of Nurses Unions*, 2015, p. 5, <https://nursesunions.ca/wp-content/uploads/2017/05/CFNU-Finance-Book-2015-final.pdf>, riferisce come il *Public Budget Officer* ha stimato che la spesa sanitaria federale scenderà al 18,6% nel 2026, a 13,8% nel 2050 e all'11,9% nel 2075. Per un approfondimento sulla diminuzione nel tempo dei finanziamenti federali v. inoltre A. PITINO, *Il sistema sanitario canadese tra principi comuni ed autonomia: una "partita aperta" tra Federazione e Province?*, cit., p. 352 ss.

cremento dei finanziamenti federali¹⁰. Una circostanza che può evidentemente mettere a rischio la qualità dei sistemi sanitari provinciali e la capacità degli stessi di rispondere ai bisogni di salute dei canadesi in modo efficace ed efficiente soprattutto per ciò che concerne l'erogazione tempestiva, o comunque entro tempi ragionevolmente contenuti, delle prestazioni sanitarie.

Tutti aspetti che vanno tenuti in considerazione quando si ragiona sul rapporto tra sanità pubblica e sanità privata in Canada e sulla possibilità che l'attuale modello sanitario prevalentemente pubblico si trasformi in futuro in un sistema sanitario a “due livelli” pubblico/privato (c.d. *two-tier system*) in cui il secondo¹¹ potrebbe attrarre risorse notevolmente maggiori rispetto a ciò che riesce a fare oggi¹².

Attualmente, infatti, nella maggior parte delle Province canadesi è consentito stipulare assicurazioni private soltanto per le prestazioni sanitarie non incluse tra quelle *medically necessary* finanziate pubblicamente. Le leggi sanitarie di sei Province (Alberta, Columbia Britannica, Manitoba, Ontario, Prince Edward Island e Quebec, con alcune eccezioni, v. *infra* par. 3), interpretando in modo più rigido la piena accessibilità alle prestazioni *medically necessary*, vietano espressamente alle assicurazioni private di rimborsare le spese sostenute per tali prestazioni sanitarie. Altre Province (New Brunswick, Newfoundland and Labrador e Saskatchewan) e i Territori canadesi non prevedono limiti all'acquisto di assicurazioni sanitarie private. Tutte le leggi sanitarie provinciali, però, pongono limiti di vario tipo alla sanità privata per tutelare il sistema sanitario pubblico, che possono essere così riassunti: divieto di *extra-billing*, cioè di pagamenti aggiuntivi rispetto a quelli corrisposti dal sistema sanitario provinciale alle strutture che erogano le prestazioni sanitarie; divieto di *dual practice*, che obbliga i medici a lavorare in via esclusiva per il sistema sanitario pubblico oppure per quello privato; divieto per i medici che lavorano nel settore privato di richiedere per le prestazioni *medically necessary* tariffe più alte di quelle stabilite dal sistema pubblico¹³.

Le strutture sanitarie private possono invece stipulare accordi con le Province ed erogare prestazioni sanitarie *medically necessary* rimborsate dal sistema sanitario pubblico.

¹⁰ OFFICE OF THE PARLIAMENTARY BUDGET OFFICER, *Federal Financial Support to Provinces and Territories: A Long Term Scenario Analysis*, Ottawa, March 2018, p. 12 ss., https://www.pbo-dpb.gc.ca/web/default/files/Documents/Reports/2018/Fed%20Transfers/Fed_Transfers_Prov_Territories_EN.pdf.

¹¹ Quando si parla di sanità privata non ci si riferisce alle strutture sanitarie *not-for-profit*, molto diffuse in Canada, né al privato *for-profit* costituito da organizzazioni o enti di dimensioni ridotte, ma alle grandi corporazioni private *for-profit* che hanno più interesse alla privatizzazione del modello sanitario canadese, come evidenziato da R.B. DEBER, *Delivering Health Care: Public, Not-for-Profit or Private?*, in G.P. MARCHILDON, T. MCINTOSH, P.G. FOREST (a cura di), *The Fiscal Sustainability of Health Care in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2004, p. 236 ss.

¹² I dati del CANADIAN INSTITUTE FOR HEALTH INFORMATION, *National Health Expenditure Trends, 1975 to 2019*, cit., p. 10 s. mostrano come la maggior presenza del privato *for-profit* in sanità tenda a far aumentare (anziché diminuire) la spesa sanitaria pubblica, come si evince soprattutto dalla comparazione tra gli Stati Uniti (spesa sanitaria pubblica pari al 16,9% del PIL) e il Canada (spesa sanitaria pubblica pari al 10,7% del PIL).

¹³ Al proposito v. C.M. FLOOD, B. THOMAS, *The Courts and Two-Tier Medicare*, in C.M. FLOOD, B. THOMAS, *Is Two-Tier Health Care the Future?*, cit., p. 2.

Finora i limiti diretti e indiretti posti dalle Province e, più in generale, la qualità dei sistemi sanitari provinciali hanno impedito che la sanità privata superasse il limite del 30% di spesa complessiva (v. *supra*, in questo par.)¹⁴.

Tuttavia, come si vedrà, non sono mancate in Canada le occasioni per mettere in discussione questo assetto dei rapporti tra pubblico e privato, soprattutto nelle Province come il Quebec e, da ultimo, la Columbia Britannica in cui il privato sanitario, trovando le limitazioni maggiori, ha cercato di sfruttare a suo vantaggio la tutela costituzionale del diritto alla salute derivante dall'art. 15 della Carta canadese dei diritti e delle libertà facendo leva sulle inefficienze di alcuni sistemi sanitari provinciali che negli ultimi anni sono divenute particolarmente problematiche¹⁵. In particolare, la presenza di lunghe liste di attesa, ha portato la sanità privata a rivendicare in sede giurisdizionale l'incostituzionalità delle misure legislative che impediscono alle assicurazioni private di rimborsare le prestazioni sanitarie *medically necessary* (*Chaoulli*, 2005)¹⁶ e quelle che vietano ai medici l'*extra-billing* e la *dual practice* (*Cambie*, 2020)¹⁷. Nella prospettiva della sanità privata, infatti, tali limitazioni costringono *tutti* i pazienti a lunghe attese, esponendoli sia a un rischio elevato di esiti fatali (ad esempio in caso di malattie cardiache), sia a sofferenze prolungate, violando così il diritto alla salute dei cittadini canadesi garantito dall'art. 15 della Carta canadese dei diritti e delle libertà. Rimuovere i divieti posti dalle Province consentirebbe invece, se non altro ai canadesi che possono sostenere i costi elevati della sanità privata, di accedere in tempi più rapidi alle prestazioni sanitarie (c.d. *jump the queue*).

Un'impostazione che, come si vedrà, sembra contrastare con i principi del sistema sanitario canadese di universalità e di accessibilità alle cure esclusivamente in base al bisogno e non a seconda della capacità delle persone di pagare le prestazioni sanitarie.

2. La sentenza della Corte Suprema del Canada nel caso *Chaoulli v. Quebec* del 2005

Nel caso *Chaoulli v. Quebec* del 2005 la Corte Suprema del Canada è stata chiamata per la prima volta a pronunciarsi sulla costituzionalità del sistema sanitario pubblico canadese e, in particolare, sul rapporto tra la sanità pubblica e la sanità privata definito dal *CHA 1984* e dalle leggi sanitarie provinciali¹⁸. I ricorrenti avevano impugnato il *Quebec Health*

¹⁴ Così C.M. FLOOD, *The illegality of private health care in Canada*, in *Canadian Medical Association Journal*, 2001, p. 828.

¹⁵ Come riportato da C.M. FLOOD, B. THOMAS, K. WHITE, *The Courts and Two-Tier Medicare*, in *Health Policy*, vol. 15, n. 4, 2020, p.15.

¹⁶ *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005, 1, SCR 791.

¹⁷ *Cambie Surgeries Corporation v. British Columbia (Attorney General)*, 2020, BCSC 1310.

¹⁸ A proposito della sentenza *Chaoulli v.* soprattutto *Chaoulli v. T. CAULFIELD, Chaoulli v. Quebec (Attorney General): The Supreme Court of Canada Deals a Blow to Publicly Funded Health Care*, in *Health Law Perspectives*, 2006, p. 3, G.P. MAR-

Act (art. 15 dell’*Health Insurance Act* e art. 11 dell’*Hospital Insurance Act*) nella parte in cui impediva di ottenere dal sistema sanitario privato le prestazioni *medically necessary* già oggetto di finanziamento pubblico, visto il divieto di rimborsare il costo delle stesse tramite assicurazioni private, anche quando i pazienti erano costretti ad aspettare molti mesi prima di trovare una risposta al proprio bisogno di salute¹⁹.

La maggioranza della Corte Suprema, provando a bilanciare la tutela del diritto alla salute – con particolare riguardo al problema delle liste di attesa che, quando sono eccessivamente lunghe, rischiano di negare di fatto tale diritto – con l’esigenza di mantenere intatti i principi federali su cui si basa l’organizzazione dei sistemi sanitari provinciali, ha dichiarato l’incostituzionalità del *Quebec Health Act (QHA)* nella parte in cui vietava alle assicurazioni private, in modo assoluto e inderogabile, di provvedere al pagamento delle prestazioni sanitarie *medically necessary* erogate da strutture sanitarie private. In particolare, la Corte Suprema ha riscontrato la violazione da parte del *QHA* dell’art. 1 della Carta dei diritti fondamentali del Quebec che tutela il diritto alla vita e l’inviolabilità della persona. L’incostituzionalità del divieto di rimborsare il costo delle prestazioni *medically necessary* tramite assicurazioni private è stata dunque accertata dalla Corte Suprema nei casi in cui, come quello che ha dato origine al ricorso, il sistema pubblico non è in grado di garantire l’accesso alle cure in tempi ragionevoli, incidendo così in modo sproporzionato sulla vita, la libertà e la sicurezza dei pazienti.

A questo proposito è particolarmente significativo il par. 158 della sentenza *Chaoulli*, in cui la maggioranza della Corte Suprema ha dichiarato che

«the prohibition on obtaining private health insurance, while it might be constitutional in circumstances where health care services are reasonable as to both quality and timeliness, is not constitutional where the public system fails to deliver reasonable services. Life, liberty and security of the person must prevail».

Particolarmente interessante anche la *concurring opinion* dei giudici McLachlin, Major e Bastarache i quali, oltre alla violazione dell’art. 1 della Carta dei diritti del Quebec, hanno riscontrato anche quella dell’art. 7 della Carta canadese dei diritti e delle libertà che tutela il diritto alla vita e alla sicurezza delle persone. Gli stessi giudici hanno inoltre rilevato come il divieto di contrarre assicurazioni private non avrebbe potuto essere giustificato

CHILDON, *The Chaoulli case: Two-Tier Magna Carta?*, in *Healthcare Quarterly* 8, 2005, p. 49, S. DEAN, *Canada’s Landmark Chaoulli Decision: A Vital Blueprint For Change In The Canadian Health Care System*, in *Law and Business Review of the Americas*, vol. 13, n. 2, art. 8, 2007, p. 417, M.C. PREMONT, *Wait-time guarantees for health services: an analysis of Quebec’s reaction to the Chaoulli Supreme Court decision*, in *Health Law Journal*, vol. 15, 2007, p. 43 ss., C.M. FLOOD, S. XAVIER, *Health Care Rights in Canada: the Chaoulli Legacy*, in *Medicine and Law*, vol. 27, n. 3, 2008, p. 617. Tra i commenti più recenti v. O. IBRAHIM, *The Future of Canadian Universal Health Care System: A Contextual Analysis of Section 7 of The Charter and Chaoulli*, in *International Journal of Legal Studies and Researches*, vol. 9, n. 1, 2020.

¹⁹ Il caso originava dal ricorso di George Zelotis, un paziente in lista d’attesa per un intervento chirurgico all’anca, e di Jacques Chaoulli, un medico del settore privato che si vedeva preclusa la possibilità di operare il suo paziente a causa del divieto posto dalla Provincia di potere essere pagato tramite la sua assicurazione privata.

neppure ai sensi dell'art. 1 della Carta canadese dei diritti e delle libertà, non essendovi nessuna correlazione logica tra il divieto in questione e l'obiettivo, legittimamente perseguito dal Governo provinciale, di mantenere un sistema sanitario pubblico forte. Se la maggioranza della Corte Suprema avesse condiviso questa impostazione, la sentenza *Chaoulli* avrebbe potuto trovare applicazione non solo in Quebec, ma anche in tutte le altre Province canadesi (v. *infra*, par. 4).

Sempre nella sentenza *Chaoulli* altri tre giudici (Binnie, LeBel e Fish) hanno espresso una *dissenting opinion* dichiarando che il *QHA* non violava né la Carta dei diritti del Quebec, né la Carta canadese dei diritti e delle libertà. Essi hanno inoltre sottolineato come le decisioni relative al sistema sanitario sono di tipo politico e, dunque, di competenza degli organi di governo federale e provinciali e non della Corte Suprema.

Il Governo del Quebec nel 2006 ha approvato una nuova legge sanitaria²⁰ con la quale ha modificato il *Quebec Health Act* per renderlo conforme alla sentenza *Chaoulli*. I rilievi espressi dalla Corte Suprema sono stati però interpretati in modo minimale, dato che il divieto per le assicurazioni private di finanziare le prestazioni sanitarie *medically necessary* non è stato rimosso del tutto, ma soltanto per alcune prestazioni caratterizzate da liste d'attesa particolarmente lunghe. Ciò sembra avere determinato quasi nessuna conseguenza per le assicurazioni sanitarie private, poco incentivate a immettere sul mercato nuovi prodotti assicurativi visto il numero limitato di prestazioni sanitarie *medically necessary* rimborsabili anche dopo la modifica in questione.

La legge sanitaria del 2006 ha introdotto anche un nuovo sistema di accordi tra gli ospedali e le cliniche private per l'erogazione da parte di queste ultime di prestazioni sanitarie *medically necessary* rimborsate dal sistema pubblico. Infine, il Governo del Quebec ha individuato per alcune prestazioni sanitarie (interventi chirurgici all'anca, al ginocchio e cataratta) un limite massimo di attesa pari a sei mesi, definito "*time-wait guarantee*", che gli ospedali sono tenuti a rispettare.

Soprattutto gli ultimi due interventi (accordi con gli ospedali privati e *time-wait guarantee*) sembrano avere avuto l'effetto di migliorare l'accesso alle prestazioni sanitarie e di ridurre le liste d'attesa in Quebec in modo compatibile con la tutela effettiva del diritto alla salute in Canada²¹.

La sentenza *Chaoulli* che, come si è visto, ha diviso la Corte Suprema, ha quindi avuto soprattutto l'effetto di obbligare il Governo provinciale a intervenire senza ulteriori indugi sulla situazione decisamente problematica delle liste d'attesa, che finivano per negare di

²⁰ GOVERNMENT OF QUEBEC, *An Act to amend the Act respecting health services and social services and other legislative provisions*, 2006.

²¹ Y. LABRIE, *The Chaoulli decision and Health Care Reform: a Missed Opportunity?*, in *MEI- Ideas for a more prosperous society*, 2015, https://www.iedm.org/sites/default/files/pub_files/lepoint0415_en.pdf (ultima consultazione agosto 2021), GOVERNMENT OF QUEBEC, *Better Access to Surgery – An Expanded Activity-Based Funding Program*, Technical Paper 1, Expert Panel for Patient-Based Funding, 2014, p. 13, C.M. FLOOD, B. THOMAS, K. WHITE, *The Courts and Two-Tier Medicare*, cit., p. 16.

fatto la tutela del diritto alla salute ai canadesi residenti in Quebec. Tale sentenza, invece, contrariamente a ciò che si era temuto all’inizio, non sembra avere prodotto cambiamenti di rilievo nel sistema sanitario pubblico né in Quebec, né nelle altre Province canadesi.

3. La pronuncia della Corte Suprema della Columbia Britannica nel caso *Cambie v. British Columbia* del 2020

Il 10 settembre 2020 la Corte Suprema della Columbia Britannica ha emesso un’importante sentenza nel caso *Cambie Surgeries Corporation et al v. Attorney General of B.C.*²². Questa pronuncia merita attenzione per due motivi: a quindici anni di distanza dalla sentenza *Chaoulli* mette di nuovo in discussione il rapporto tra il sistema sanitario pubblico e quello privato in Canada; quasi certamente, nei prossimi mesi, questo caso arriverà davanti alla Corte Suprema del Canada che sarà così chiamata, per la seconda volta, a pronunciarsi sul modello sanitario pubblico canadese²³.

Una struttura sanitaria privata, la *Cambie Surgeries Corporation*, era stata citata in giudizio dal Governo della Columbia Britannica per avere richiesto ai pazienti pagamenti aggiuntivi per l’erogazione di prestazioni sanitarie *medically necessary* incluse nel piano sanitario provinciale (c.d. *extra-billing*) e per avere ricevuto per queste stesse prestazioni pagamenti sia dalla Provincia, sia direttamente dai pazienti (c.d. *dual practice*). Tali comportamenti, infatti, sono vietati sia dal *CHA 1984* (art. 3), in base al quale il ragionevole accesso ai servizi sanitari non deve essere ostacolato da nessuna barriera di tipo economico (o di altro tipo), sia dal *Medicare Protection Act* della Columbia Britannica (*MPA*).

Il *MPA*, per quanto riguarda le prestazioni sanitarie *medically necessary* incluse nel piano sanitario provinciale, prevede infatti che i medici che lavorano per il sistema pubblico, i c.d. “*enrolled physicians*”, non possano chiedere ai pazienti pagamenti superiori (*extra-billing*) a quelli stabiliti dal sistema sanitario pubblico (*MPA*, art. 17, c. 1); i medici “pubblici”/*enrolled physicians* possono ricevere compensi soltanto dal sistema pubblico, ma non dai pazienti oppure dalle assicurazioni private, essendo vietata la *dual practice* e cioè la possibilità di lavorare contemporaneamente per il sistema sanitario pubblico e per quello privato (*MPA*, artt. 14, 17 e 18); le assicurazioni private non possono rimborsare ai medici

²² Il giudizio è iniziato il 6 settembre 2016 e si è concluso il 28 febbraio 2020, mentre la sentenza è stata pubblicata il 10 settembre 2020.

²³ In dottrina v. i saggi contenuti nel volume C.M. FLOOD, B. THOMAS, *Is Two-Tier Health Care the Future?*, University of Ottawa Press, 2020, *open access* all’indirizzo <https://press.uottawa.ca/is-two-tier-health-care-the-future.html> (ultima consultazione agosto 2021) e K.S. PALMER, *Canadian Medicare on Trial: How a B.C. Court case could change the Canadian health care system*, <https://www.canadiandoctorsformedicare.ca/cambie>. Contro la sentenza *Cambie v. J. BARON, A Bizarre Form of Social Cruelty: Vancouver Cambie Surgery’s Fight for Better Health Care*, in *C2C Journal*, 2021, <https://c2cjournal.ca/2021/06/a-bizarre-form-of-social-cruelty-vancouver-cambie-surgerys-fight-for-better-health-care/>, direttrice della *Canadian Constitution Foundation* che supporta la *Cambie Surgeries* nel giudizio davanti alla Corte d’appello della Columbia Britannica.

“pubblici”/*enrolled physicians* le prestazioni sanitarie *medically necessary*, ma soltanto quelle non incluse nel piano sanitario della Columbia Britannica (*MPA*, art. 45); all’opposto, i medici che non lavorano per il sistema sanitario pubblico, i c.d. *unenrolled physicians*, possono applicare liberamente le loro tariffe e ricevere compensi esclusivamente dai pazienti oppure dalle assicurazioni private, ma non dal sistema pubblico.

Secondo la *Cambie Surgeries Corporation* queste norme del *MPA* della Columbia Britannica sarebbero incostituzionali, violando in particolare gli articoli 7 (diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza) e 15 (diritto alla salute) della Carta canadese dei diritti e delle libertà, poiché costringono tutti i canadesi a sottoporsi a lunghe liste d’attesa senza nessuna possibilità di ottenere le prestazioni sanitarie in tempi più rapidi pagando somme superiori a quelle stabilite dal sistema pubblico. Nel caso *Cambie* vengono dunque messi in discussione i divieti di *extra-billing* e, soprattutto, di *dual practice*, oltre a quello già oggetto della sentenza *Chaoulli* che impedisce alle assicurazioni private di rimborsare le prestazioni sanitarie *medically necessary*.

Da parte della Columbia Britannica lo scopo delle limitazioni previste dal *MPA* è finalizzato a impedire che possa svilupparsi un sistema sanitario privato parallelo a quello pubblico, che rischierebbe di compromettere il modello sanitario canadese previsto dal *CHA 1984* basato sui principi di universalità e di accessibilità. Un sistema sanitario a due livelli pubblico/privato, secondo la Provincia, finirebbe infatti per avvantaggiare i pazienti più ricchi e più in salute, consentendo loro un accesso prioritario alle prestazioni sanitarie nel settore privato, a discapito del sistema sanitario pubblico che dovrebbe farsi carico dei pazienti in condizioni economiche e di salute più precarie (malattie croniche, età, ecc...) e quindi privi dei requisiti per accedere alla sanità privata.

La Corte Suprema della Columbia Britannica, nella recente sentenza *Cambie* (settembre 2020), ha rigettato le questioni di costituzionalità sollevate dalla *Cambie Surgery Corporation* concernenti gli artt. 7 e 15 della Carta canadese dei diritti e delle libertà. In particolare, la Corte Suprema provinciale è giunta alla conclusione che le norme del *MPA* non violano il diritto alla vita dei residenti in Columbia Britannica poiché da un lato è stato dimostrato che i pazienti in condizioni di urgenza e/o emergenza ricevono cure tempestive e di qualità e, dall’altro, che nessuno in Columbia Britannica è mai deceduto a causa delle liste d’attesa (parr. 1748-1763).

Nella lunga sentenza (di ben 883 pagine) è stato altresì osservato come, anche se le disposizioni del *MPA* avessero violato gli artt. 7 e 15 della Carta canadese dei diritti e delle libertà, esse sarebbero risultate comunque giustificabili (e, dunque, avrebbero potuto sopravvivere a una dichiarazione di incostituzionalità) ai sensi dell’art. 1 della medesima Carta, essendo esse finalizzate a preservare e assicurare «*the sustainability of the universal*

public healthcare system and ensuring access to necessary medical services is based on need and not the ability to pay» (par. 21)²⁴.

La Corte Suprema della Columbia Britannica è giunta a tali conclusioni comparando per prima cosa la Columbia Britannica con altri Stati in cui, in presenza di un sistema sanitario a due livelli pubblico/privato (par. 2257-2273)²⁵, le liste d’attesa del sistema pubblico risultano più lunghe e non più brevi di quelle riscontrabili nella Provincia stessa. Sono stati quindi presi in considerazione i numerosi studi che dimostrano come un singolo sistema sanitario pubblico sia preferibile a uno a due livelli pubblico/privato (par. 2274-2389). In particolare è stato evidenziato come, senza il divieto di *dual practice*, i maggiori profitti che i medici realizzano nelle strutture private finirebbero per sottrarre risorse al sistema pubblico dal punto di vista numerico (meno medici disposti a lavorare nel sistema pubblico), della quantità di tempo che i medici dedicherebbero al sistema sanitario pubblico e della qualità delle prestazioni sanitarie. A quest’ultimo proposito, infatti, sarebbero soprattutto i medici più giovani e meno esperti a lavorare nel sistema sanitario pubblico meno remunerativo di quello privato, che tenderà invece ad attrarre i medici migliori e con più esperienza.

Il sistema sanitario a due livelli pubblico/privato sembra inoltre non idoneo a porre rimedio al problema delle liste d’attesa troppo lunghe, dato che i medici che lavorano in entrambi i settori non avrebbero interesse a ridurle, essendo queste un incentivo affinché i pazienti si rivolgano alle strutture private per ottenere le prestazioni sanitarie di cui hanno bisogno. Inoltre, i pazienti che possono permettersi assicurazioni private in grado di coprire i costi elevati della sanità privata sono comunque una minoranza incapace, in quanto tale, di ridurre in modo sostanziale le liste d’attesa.

²⁴ Secondo l’art. 1 della Carta canadese dei diritti e delle libertà («*The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society*») le Corti in Canada sono chiamate a compiere un *test* di proporzionalità dal quale può risultare che la limitazione di un diritto garantito dalla Carta canadese dei diritti e delle libertà è funzionale alla preminente tutela di un interesse della collettività. Al riguardo la giurisprudenza della Corte Suprema, nelle sentenze *R. v. Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103 ed *Egan v. Canada* [1995] 2 S.C.R. 513, ha elaborato il c.d. *Oakes test*, secondo cui un diritto contenuto nella Carta canadese dei diritti e delle libertà può essere limitato se: *the objective of the legislation must be pressing and substantial; the means chosen to attain this legislative end must be reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society*. A quest’ultimo proposito si deve dimostrare che: *the rights violation must be rationally connected to the aim of the legislation; the impugned provision must minimally impair the Charter guarantee; and there must be a proportionality between the effect of the measure and its objective so that the attainment of the legislative goal is not outweighed by the abridgment of the right*. In dottrina v. N. OLIVETTI RASON, *Vicende della Corte Suprema del Canada: problemi e prospettive del principio costituzionale d’eguaglianza*, in G. ROLLA, *Eguagli, ma diversi. Identità ed autonomia secondo la giurisprudenza della Corte Suprema del Canada*, cit., p. 47 s. e S. RODRIGUEZ, *La Corte Suprema del Canada e l’art. 1 della Carta dei diritti e delle libertà. Una free and democratic society in continua evoluzione*, in G. ROLLA, *L’apporto della Corte Suprema alla determinazione dei caratteri dell’ordinamento costituzionale canadese*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 241 ss. Con specifico riferimento alla sentenza *Cambie v. C.M. FLOOD, Two-Tier healthcare after Cambie*, in *Healthcare Management Forum*, vol. 34, n. 4, 2021, p. 223.

²⁵ Gli Stati i cui sistemi sanitari sono oggetto di comparazione nella sentenza *Cambie* sono Regno Unito, Nuova Zelanda, Irlanda, Australia e Quebec dopo la sentenza *Chaoulli* (par. 2259).

Le assicurazioni sanitarie private, inoltre, si adoperano per attrarre i pazienti più giovani e più in salute, lasciando al sistema assicurativo pubblico i pazienti più anziani e meno in salute (con oneri maggiori, quindi, per il sistema sanitario pubblico). L'esclusività del sistema pubblico, infine, tende a mantenere più bassi i costi amministrativi connessi alla tutela della salute, mentre la compresenza di due sistemi paralleli pubblico/privato tende a farli aumentare, sottraendo così importanti risorse che potrebbero essere destinate al finanziamento delle prestazioni sanitarie²⁶.

Nel mese di giugno 2021 ha preso avvio un nuovo procedimento giurisdizionale davanti alla Corte d'appello della Columbia Britannica in seguito all'appello presentato dalla *Cambie Surgery Corporation* contro la sentenza della Corte Suprema provinciale. Una volta superato questo secondo grado di giudizio all'interno della Provincia, ci si aspetta che il caso venga infine sottoposto alla Corte Suprema del Canada.

In attesa dell'esito delle future pronunce giurisdizionali, la prima sentenza *Cambie* sembra avere già prodotto alcuni cambiamenti positivi nel sistema sanitario della Columbia Britannica dato che, dopo anni di austerità finanziaria, nel 2019-20 il Governo ha incrementato del 5,5% il finanziamento del sistema sanitario provinciale e ha destinato fondi aggiuntivi per ridurre le liste di attesa per gli interventi chirurgici che, negli ultimi anni, erano diventate tra le più lunghe del Canada²⁷.

4. Un confronto tra *Chaoulli* e *Cambie*, aspettando la pronuncia della Corte Suprema del Canada

La violazione del diritto alla salute determinata da liste d'attesa eccessivamente lunghe è stato il principale argomento utilizzato in Canada da quanti vorrebbero trasformare l'attuale sistema sanitario pubblico in uno basato sulla doppia presenza del pubblico e del privato, con meno limiti per il secondo, in modo più simile al modello sanitario degli Stati Uniti (c.d. *multy-payer system*).

Per prevenire tale trasformazione dell'attuale modello pubblico di assistenza sanitaria in Canada, il *CHA 1984* a livello federale e le leggi sanitarie provinciali hanno imposto vari limiti alle strutture sanitarie e alle assicurazioni private per impedire loro di sostituirsi al sistema sanitario pubblico. Tali limiti sono stati oggetto di due importanti pronunce di costituzionalità nelle sentenze *Chaoulli* della Corte Suprema del Canada (2005) e *Cambie* della Corte Suprema della Columbia Britannica (2020).

²⁶ Così anche S. DEAN, *Canada's Landmark Chaoulli Decision: A Vital Blueprint For Change In The Canadian Health Care System*, cit., p. 426 ss.

²⁷ Secondo la CANADIAN HEALTH COALITION, *Public Health Care – We've got this!*, cit., p. 5, i vari Governi della Columbia Britannica avrebbero "turned a blind eye" sulla proliferazione delle cliniche private all'interno della Provincia.

In entrambe le sentenze sono stati esaminati i benefici e le problematiche derivanti da un modello sanitario pubblico in cui il privato, comunque presente, ha però un ruolo limitato, fatta salva la possibilità per esso di concludere accordi di collaborazione con il sistema pubblico; oppure, in alternativa, da un modello sanitario che renda possibile la presenza di un doppio livello pubblico/privato senza particolari limitazioni per la sanità privata.

Tra i molti argomenti a favore del sistema sanitario pubblico, il primo è quello che riconosce la salute come diritto fondamentale della persona che, in quanto tale, va garantito a tutti in modo eguale in base al bisogno, senza ostacoli di tipo economico o privilegi collegati alla maggiore o minore ricchezza delle persone (v. la sentenza *Cambie*, par. 2656-2661). I sistemi sanitari pubblici, però, possono dare origine a lunghe liste d’attesa che, quando diventano eccessive, rischiano di compromettere il diritto alla salute delle persone. A questo proposito, nella sentenza *Cambie*, è stato osservato come i sistemi sanitari pubblici che non pongono limiti alla compresenza della sanità privata hanno liste d’attesa più lunghe di quelli che invece tendono a limitare la presenza del privato in ambito sanitario. Quest’ultimo, infatti, tende a sottrarre risorse al pubblico senza offrire soluzioni efficaci al problema del contenimento delle liste d’attesa (v. *supra*, par. 3). Inoltre, stando ad alcuni dati recenti del *Canadian Institute for Health Information*, gli Stati in cui i sistemi sanitari prevedono una gestione prevalentemente pubblica (in genere maggiore del 70%) e il privato eroga prestazioni sanitarie in via residuale (inferiore al 30%) riescono sia a garantire l’universalità delle cure, sia a mantenere più bassa la spesa sanitaria complessiva, diversamente da quanto accade, ad esempio, negli Stati Uniti in cui il sistema a due livelli pubblico/privato produce una spesa sanitaria molto più alta²⁸.

Secondo altri (comunque una netta minoranza), invece, il modello di assistenza sanitaria a due livelli pubblico/privato garantirebbe meglio l’accessibilità, la libertà di scelta e la qualità delle prestazioni sanitarie. La maggiore presenza del privato sanitario viene inoltre vista come una possibile soluzione per rimediare al problema delle lunghe liste d’attesa, sgravando il sistema pubblico dall’erogazione di una parte delle prestazioni sanitarie.

Nella sentenza *Chaoulli* del 2005, con una decisione che ha diviso la Corte Suprema, è stato riconosciuto come le liste d’attesa eccessivamente lunghe violano il diritto alla salute dei canadesi (*rectius*: dei residenti in Quebec). In seguito a questa pronuncia di incostituzionalità, il Quebec ha dovuto modificare la propria legislazione sanitaria consentendo alle assicurazioni sanitarie private di rimborsare alcune prestazioni *medically necessary*, specificamente individuate, le cui liste d’attesa risultavano particolarmente lunghe. Ciò, tuttavia, non sembra avere messo in discussione il modello sanitario pubblico, né in Quebec, né in altre Province canadesi.

²⁸ CANADIAN INSTITUTE FOR HEALTH INFORMATION, *National Health Expenditure Trends, 1975 to 2019*, cit., p. 11 mostra come gli Stati Uniti, pur non garantendo una copertura universale, hanno una spesa sanitaria più che doppia rispetto alla media degli Stati OSCE pari all’8,8% del PIL.

Nella sentenza *Cambie* del 2020 il giudice della Corte Suprema della Columbia Britannica si è pronunciato decisamente a favore del modello sanitario pubblico e della non incostituzionalità dei limiti previsti dalla legislazione sanitaria provinciale per limitare lo sviluppo della sanità privata, senza nessuna apertura di rilievo verso un modello sanitario a due livelli pubblico/privato all'interno della Provincia.

Sullo sfondo delle sentenze *Chaoulli* e *Cambie* resta però il problema delle inefficienze e della sostenibilità nel lungo periodo dei sistemi sanitari pubblici provinciali, che attualmente sembra riguardare soprattutto le liste d'attesa e i medici di famiglia²⁹. Se, da una parte, l'ingresso illimitato dei privati nel settore sanitario è ritenuta dai più una soluzione non idonea a garantire il diritto universale alla salute, dall'altra si evidenzia la necessità di migliorare l'organizzazione dei servizi sanitari, di erogare le prestazioni sanitarie in modo più efficiente (anche, ad esempio, tramite il maggiore ricorso alla medicina a distanza) e, soprattutto, di aumentare le risorse finanziarie destinate alla sanità pubblica³⁰.

La sfida per i sistemi sanitari pubblici provinciali è evidentemente quella di limitare i costi e di immettere contestualmente risorse sufficienti a garantire l'effettività del diritto alla salute, erogando prestazioni sanitarie di qualità e in tempi ragionevolmente brevi. La presenza di sistemi sanitari pubblici di qualità ed efficienti, infatti, tende già di per sé a prevenire uno sviluppo eccessivo della sanità privata, evitando che quest'ultima possa sostituirsi al pubblico oltre un certo limite. Come si è visto, le Province hanno individuato vari modi per evitare che la sanità privata sottragga risorse al sistema sanitario pubblico limitandone i profitti, ponendo un tetto alla remunerazione delle prestazioni sanitarie nel settore privato e ai compensi dei medici che lavorano in via esclusiva per il sistema pubblico o in parallelo con il sistema privato (c.d. divieto di *extra-billing*), oppure vietando loro di lavorare contemporaneamente nel settore pubblico e in quello privato (c.d. divieto di *dual practice*). In molte Province è inoltre proibito rimborsare le prestazioni sanitarie *medically necessary* tramite assicurazioni private.

Il caso *Cambie* quasi certamente nei prossimi anni arriverà davanti alla Corte Suprema del Canada che, dopo la sentenza *Chaoulli* del 2005, sarà di nuovo chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità del sistema sanitario pubblico canadese che ha finora limitato il ruolo dei privati per quanto riguarda l'erogazione delle prestazioni sanitarie *medically necessary* finanziate dal sistema pubblico. Nel caso *Chaoulli* la Corte Suprema del Canada, seppure di stretta misura, si è espressa in modo diverso rispetto alle pronunce delle Corti del Quebec (Corte Superiore e Corte d'appello del Quebec) che nei due precedenti gradi di giudizio a livello provinciale avevano entrambe respinto le relative questioni di costituzionalità. La Corte Suprema, invece, ha dichiarato l'incostituzionalità della legislazione sanitaria del Quebec nella parte in cui, a causa delle lunghe liste d'attesa, non garantiva la tutela ef-

²⁹ C.M. FLOOD, *Two-Tier healthcare after Cambie*, in *Healthcare Management Forum*, cit., p. 221.

³⁰ L. KELLEY, *Cambie Surgeries Corporation v British Columbia (Attorney General)*. *The case that could change health care in Canada*, 2021, <https://ihp.law.utoronto.ca/cambie-surgeries-corporation-v-british-columbia-attorney-general>.

fettiva del diritto alla salute, senza però arrivare fino al punto di mettere in discussione il modello pubblico di assistenza sanitaria in Canada.

Senza voler formulare nessuna previsione sul futuro giurisdizionale del caso *Cambie*, sembra però ragionevole aspettarsi che la Corte Suprema, se e quando sarà effettivamente chiamata a pronunciarsi su di esso, assumerà un atteggiamento ancora più prudente di quello che in passato ha caratterizzato la sentenza *Chaoulli*. Tra il caso *Cambie* e il caso *Chaoulli* vi sono infatti alcune differenze molto rilevanti che la Corte Suprema dovrà necessariamente tenere in considerazione in una sua eventuale futura pronuncia.

Nella sentenza *Chaoulli* veniva messo in discussione soltanto il divieto per le assicurazioni private di rimborsare le prestazioni sanitarie *medically necessary*. Inoltre, la violazione da parte della legislazione sanitaria del Quebec di norme di rango costituzionale è stata accertata soltanto nei confronti della Carta dei diritti e delle libertà del Quebec: in questo modo, dal punto di vista strettamente giuridico, l'efficacia della sentenza della Corte Suprema è rimasta circoscritta esclusivamente all'interno della Provincia e non in tutte le altre³¹.

Le questioni di costituzionalità sollevate nel caso *Cambie*, invece, riguardano non solo i limiti posti alle assicurazioni private ma anche i divieti di *extra-billing* e di *dual practice* stabiliti dalla legislazione sanitaria della Columbia Britannica, la cui rimozione potrebbe effettivamente produrre una trasformazione dell'attuale modello sanitario provinciale. Il parametro di costituzionalità qui invocato, inoltre, è la Carta canadese dei diritti e delle libertà. Da ciò consegue che un'eventuale pronuncia di incostituzionalità da parte della Corte Suprema finirebbe per produrre i suoi effetti non solo in Columbia Britannica, ma anche nelle altre Province canadesi che prevedono limiti analoghi nei confronti della sanità privata.

Infine, quale ipotesi improbabile ma non impossibile³², se la Corte Suprema dichiarasse l'incostituzionalità dell'*extra-billing* ciò potrebbe determinare l'illegittimità costituzionale in via consequenziale delle norme del *CHA 1984* che, a livello federale, vietano a loro volta l'*extra-billing* al fine di tutelare il modello sanitario pubblico ponendo limiti allo sviluppo della sanità privata in Canada.

Tutte eventualità che, senza dubbio, suggeriscono di monitorare con attenzione gli sviluppi del caso *Cambie* nei prossimi mesi.

³¹ In dottrina, secondo l'opinione di P.J. CARVER, *Comment on Chaoulli v. Quebec*, in *Law & Governance*, 2005, p. 3, gli effetti della sentenza *Chaoulli* avrebbero potuto comunque superare i confini del Quebec.

³² Sul punto v. ancora C.M. FLOOD, B. THOMAS, K. WHITE, *The Courts and Two-Tier Medicare*, cit., p. 16.

Osservatorio sui sistemi sanitari

Le “norme-scudo” a favore degli operatori sanitari

Osservatorio sui sistemi sanitari

Commento a prima lettura degli artt. 3 e 3-bis d.l. n. 44/2021, conv., con modif., in l. n. 76/2021*

Aldo Natalini**

SOMMARIO: 1. Artt. 3 e 3-bis d.l. n. 44/2021, conv., con modif., in l. n. 76/2021. – 2. Genesi e modellistica delle “norme-scudo” a favore dei sanitari: l’inadeguatezza dell’art. 590-sexies c.p. a fronteggiare l’emergenza pandemica. – 3. L’esonero da responsabilità da somministrazione del vaccino contro SARS-CoV-2/Covid-19 (art. 3 d.l. n. 44/2021). – 3.1 Natura giuridica dell’esimente. – 3.2 Ambito applicativo. – 3.2.1. I rapporti di *specialità* con l’art. 590-sexies c.p. – 3.3 Efficacia temporale. – 3.4 Condizioni di operatività. – 3.4.1 La conformità alle indicazioni dell’AIC. – 3.4.2. La conformità alle circolari ministeriali. – 3.4.3 Inosservanza delle fonti e funzione preventiva delle regole cautelari. – 4. Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19 (art. 3-bis d.l. n. 44/2021). – 4.1. Ambito applicativo. – 4.1.1 Limite professionale. – 4.1.2 Limite eziologico. – 4.2 Efficacia temporale. – 4.3 Definizione orientativa di colpa grave.

ABSTRACT

Il contributo riproduce, con qualche adattamento bibliografico ed aggiornamento normativo, la “Relazione su novità normativa” n. 35 del 21 giugno 2021 dell’Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione (estensore Aldo Natalini), di analisi, a prima lettura, degli artt. 3 (Responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2) e 3-bis (Responsabilità penale per morte o lesioni personali in ambito sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19) del decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44, convertito, con modificazioni, in legge

* Contributo referato dalla Direzione della Rivista.

** Giudice addetto all’Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione.

28 maggio 2021, n. 76. Vengono approfonditi, in particolare, la natura giuridica e le ragioni politico-criminali delle nuove disposizioni di favore per gli operatori sanitari, il loro campo di applicazione, i limiti temporali e, soprattutto, i profili problematici, anche in confronto con la disciplina generale codicistica in tema di responsabilità medica (art. 590-*sexies* c.p.).

1. Artt. 3 e 3-bis d.l. n. 44/2021, conv., con modif., in l. n. 76/2021

Il decreto legge 1° aprile 2021 n. 44¹, recante «*Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da Covid-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici*», entrato in vigore il 1° aprile 2021, all'art. 3 - non modificato dalla legge di conversione n. 76 del 28 maggio 2021² e rubricato «*Responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2*» - ha introdotto la seguente disposizione:

«1. Per i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale verificatisi a causa della somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2, effettuata nel corso della campagna vaccinale straordinaria in attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, la punibilità è esclusa quando l'uso del vaccino è conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate nel sito internet istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione»³.

Il successivo art. 3-bis, aggiunto dalla legge di conversione n. 76/2021⁴ - entrata in vigore, per le parti modificate, il 1° giugno scorso - ha previsto, in senso più ampio, la seguente ipotesi di limitazione della responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19:

¹ Pubblicato in *Gazzetta ufficiale* n. 79 del 1° aprile 2021.

² A parte la seguente modifica, di carattere formale: «...circolari pubblicate nel sito *internet* istituzionale del Ministero della salute», che ha sostituito quella originaria («...circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero...»).

³ In dottrina a prima lettura: C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, in *Sistema penale*, 1° giugno 2021; S. CRIMI, *Scudo penale per chi vaccina: causa di non punibilità o inesigibilità di una condotta alternativa lecita?*, in *www.quotidianogiuridico.it*; F. FURIA, *Lo "scudo penale" alla prova della responsabilità da inoculazione del vaccino anti SARS-CoV-2*, in *Archivio penale on line*, 2021, n. 1; L. FIMIANI, *Nuovo "scudo penale" (decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44): è una norma tautologica?*, in *Giurisprudenza penale on line*, 2021, n. 4; P. PIRAS, *La non punibilità per gli eventi dannosi da vaccino anti Covid-19*, in *Sistema penale*, 23 aprile 2021; E. PENCO, *"Norma-scudo" o "norma-placebo"? Brevi osservazioni in tema di (ir)responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti Sars-Cov 2*, *ivi*, 13 aprile 2021; G. AMATO, *Scudo penale per i vaccinatori che somministrano le dosi. La responsabilità penale*, in *Guida al diritto*, 2021, n. 16, pp. 47 ss.; N. ROSSI, *Sanitari: è possibile uno "scudo penale" più efficace dell'attuale?*, in *Questione giustizia on line*, 10 aprile 2021; A. NATALINI, *Scudo penale per i vaccinatori: c'è la norma (che però già delude gli operatori)*, in *NT+Diritto*, 1° aprile 2021.

⁴ Pubblicata in *Gazzetta ufficiale* n. 128 del 31 maggio 2021.

«1. Durante lo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, e successive proroghe, i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale, commessi nell'esercizio di una professione sanitaria e che trovano causa nella situazione di emergenza, sono punibili solo nei casi di colpa grave.
2. Ai fini della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate, nonché della scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, oltre che del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza».

Trattandosi di norme penali *in bonam partem*, all'evidenza più favorevoli rispetto all'art. 590-*sexies*, comma 2, c.p. (v. *postea* §§ 2 e 3.2.1), entrambe hanno applicazione retroattiva ai sensi e per gli effetti degli artt. 3 Cost. e 2, comma 4, c.p. anche rispetto a fatti-reato commessi – sempre nel periodo emergenziale (quindi dal 31 gennaio 2020 fino, allo stato, al 31 dicembre 2021⁵) – prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 44/2021 (art. 3⁶) e, rispettivamente, della legge di conversione n. 76/021 (art. 3-*bis*)⁷.

2. Genesi e modellistica delle “norme-scudo” a favore dei sanitari: l'inadeguatezza dell'art. 590-*sexies* c.p. a fronteggiare l'emergenza pandemica

Le due norme di favore di nuovo conio costituiscono la risposta normativa – del legislatore urgente prima (art. 3) e, in senso più ampio, del Parlamento (art. 3-*bis*) – al delicato tema delle responsabilità penale in ambito medico-sanitario (da intendersi latamente, comprensive anche delle RSA⁸) per fatti avversi occorsi nel corso dell'emergenza sanitaria da Covid-19.

L'introduzione delle previsioni in commento si colloca a valle del più ampio dibattito in ordine all'opportunità politico-criminale di coniare o meno apposite “norme-scudo”⁹ a fa-

⁵ In forza di quanto prevede il d.l. 6 agosto 2021, n. 111, che indica, in più disposizioni, la data del 31 dicembre 2021 quale termine di cessazione dello stato di emergenza.

⁶ In proposito v. Relazione illustrativa al d.l. n. 44/2021, *sub* art. 3, in *Atti parlamentari, Senato della Repubblica*, XVIII Legislatura, Atto Senato n. 2167, p. 3.

⁷ Sulla retroattività della *lex mitior* v., da ultimo, Corte Cost. n. 278/2020, § 11, sul tema della retroattività o meno della causa di sospensione - emergenziale - della prescrizione prevista dall'art. 83, comma 4, d.l. n. 18/2020.

⁸ In termini R. BARTOLI, Il diritto penale dell'emergenza “a contrasto del coronavirus”: problematiche e prospettive, *ivi*, 24 aprile 2020, p. 12.

⁹ Espressione largamente invalsa nel dibattito politico-mediatico ma impropria, da abbandonare nel lessico penalistico, lasciando presupporre un'irragionevole pretesa di impunità o di amnistia preventiva di soggetti certamente responsabili: così, per tutti, C. CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?*, in *Sistema penale*, 15 giugno 2020. Anche secondo N. ROSSI, *loc. cit.*, nt. 1, si tratta di una

vore del personale sanitario¹⁰ – rimaste, fino alla novella in disamina, allo stadio di mere proposte emendative¹¹ – in ragione di un rischio-responsabilità (percepito come particolarmente) acuito dalla crisi epidemiologica.

Prima dell'odierno *novum* legislativo, le esigenze di protezione e contenimento della responsabilità penale avanzate dalle categorie professionali (ritenute) più esposte al rischio di contagio da Coronavirus¹² – presente in modo “ubiquitario” – avevano portato all'intro-

formula tutt'altro che felice perché evocatrice di immagini di amnistia preventiva che poco hanno a che fare con la ricerca di un equilibrato regime di responsabilità sanitaria in grado di garantire il personale sanitario e i cittadini assistiti. In generale, sulla genesi e la formulazione delle “norme-scudo” ed il loro possibile impiego nell'attuale contesto pandemico in favore delle categorie professionali e degli operatori economici, v. diffusamente E. PENCO *Esigenze e modelli di contenimento della responsabilità nel contesto del diritto penale pandemico* in *Sistema penale* 15 febbraio 2021 ed *ivi* per ampia bibliografia.

¹⁰ Collocandosi invece la questione della responsabilità dei vertici delle strutture ospedaliere nell'ipotesi di morte per Covid-19 entro il parallelo ma diverso filone della responsabilità datoriale: cfr. R. BARTOLI, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus. Fra la “trincea” del personale sanitario e il “da remoto” dei vertici politico-amministrativi*, *ivi*, n. 7/2020, pp. 107 ss.; E. PENCO, *ult. op. cit.*, pp. 12.

¹¹ Il riferimento va ad alcune proposte emendative discusse in sede di conversione in legge del d.l. n. 18/2020 (cd. decreto “Cura Italia”) e successivamente del d.l. n. 34/2020 (cd. decreto “Rilancio”): emendamenti riconducibili a due modelli generali: uno di esclusione della responsabilità; un altro di ri-parametrazione della stessa. Nondimeno, nel campo sanitario, allora la mancata convergenza, in sede politica, sull'opportunità di estendere l'esenzione di responsabilità anche al settore civile e soprattutto con riferimento ai vertici amministrativi e gestionali delle strutture sanitarie aveva impedito l'approvazione delle proposte di “scudo”, trasformate in un ordine del giorno che aveva impegnato il Governo ad avviare un Tavolo di lavoro per approfondire il tema nei suoi vari aspetti, coinvolgendo rappresentanti dell'esecutivo, dei gruppi parlamentari, delle regioni e delle province autonome, dell'Ordine dei medici e di altre categorie direttamente chiamate in causa. Da quel che risulta, tale gruppo di lavoro aveva sostanzialmente proposto al decisore politico tre possibili opzioni di intervento: i) una scriminante *ad hoc* (sul modello dello stato di necessità e/o dell'adempimento del dovere) per la fase emergenziale; ii) una norma che, lasciando impregiudicata la questione della responsabilità civile, escluda la rilevanza di tutti i fatti colposi, punendo solo quelli dolosi; iii) sempre lasciando impregiudicato il profilo legato alla responsabilità civile, una causa di esonero da responsabilità per tutti i fatti colposi (siano cioè derivanti da imprudenza, negligenza o imperizia) purché non ascrivibili a colpa grave, accompagnata da una definizione di gravità della colpa. Cfr. C. CUPELLI, *Note a prima lettura*, cit., nt. 13.

¹² Nell'ambito dell'ampia bibliografia sui diversi profili di rilevanza giuridica legati all'emergenza Covid-19, v. in dottrina i contributi di: F. PALAZZO, *Pandemia e responsabilità colposa*, in *Sistema penale*, 26 aprile 2020; R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'emergenza “a contrasto del coronavirus”: problematiche e prospettive*, loc. cit.; ID., *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus*, cit., pp. 85 ss.; G.M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra “scelte tragiche” e colpa del medico*, *ivi*, n. 5/2020, pp. 12 ss.; E. PENCO, *Esigenze e modelli di contenimento della responsabilità nel contesto del diritto penale pandemico*, cit.; A. BERNARDI, *Il diritto penale alla prova della Covid-19*, in *Diritto penale e processo*, 2020, pp. 441 ss.; C. BRUSCO, *Covid-19: la responsabilità degli operatori sanitari e l'applicazione del principio di esigibilità della condotta*, in *Giudice donna*, 2020, n. 1; M. CAPUTO, *La responsabilità penale degli operatori sanitari ai tempi del Covid-19. La gestione normativa dell'errore commesso in situazioni caratterizzate dall'emergenza e dalla scarsità di risorse*, in G. Forti (a cura di), *Le regole e la vita. Del buon uso di una crisi, tra letteratura e diritto, Vita e pensiero*, Milano, 2020, pp. 109 ss.; A. CASTALDO-F. COPPOLA, *Lo scudo (dei medici), la spada (delle Procure). La riforma mancata della colpa medica da coronavirus*, in *Quotidiano giuridico*, 15 aprile 2020; C. CUPELLI, *Emergenza Covid-19: dalla punizione degli “irresponsabili” alla tutela degli operatori sanitari*, in *Sistema penale*, 30 marzo 2020; A. GARGANI, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il “rischio penale” in ambito sanitario*, in *Diritto penale e processo*, 2020, pp. 887 ss.; G. LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da “Covid-19” e “scelte tragiche” (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. cd. “Cura Italia”)*, in *Giurisprudenza penale web*, 2020, n. 4; D. AMATO, *Contagio da Covid-19 “in occasione di lavoro” e responsabilità datoriale: è davvero necessario uno scudo penale?*, *ivi*, 2020, n. 6; L. SCARAMELLINI, *Palliativi e cure effettive: interventi proposti e proposte di intervento in tema di responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie*, *ibidem*; L. RISICATO, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, in *Discrimen*, 25 maggio 2020.

duzione solamente della “norma-scudo” in favore dei datori di lavoro¹³, peraltro da subito “declassata” a norma-*memento* dal mero valore “pedagogico”¹⁴ dalla prima dottrina, che l’ha giudicata inutile se non addirittura dannosa¹⁵.

A seguito di taluni decessi correlati (almeno cronologicamente) alla somministrazione del vaccino ex AstraZeneca (allora temporaneamente sospeso, con rimodulazione dei destinatari già individuati), accompagnati dall’avvio di indagini (con iscrizione nel registro degli indagati dei medici e infermieri inoculatori), l’esecutivo si è determinato al varo, nel corpo del primo “veicolo” emergenziale disponibile – individuato nel d.l. 1° aprile 2021, n. 44 (art. 3) – di un’esimente *ad hoc* per i delitti di omicidio e lesioni personali colposi da somministrazione del vaccino anti-Covid (art. 3). Con detta previsione, espressiva – secondo li stessi compilatori – «*dei principi generali dell'imputazione soggettiva in materia di responsabilità penale per colpa*»¹⁶ (e, a ben vedere, della causalità, *NdA*), il governo ha affrontato solamente l’ultimo, e per certi versi più eclatante¹⁷, rischio riscontrato nel contesto

¹³ La legge 5 giugno 2020, n. 40, nel convertire il d.l. 8 aprile 2020, n. 33, ha aggiunto l’art. 29-bis (*obblighi dei datori di lavoro per la tutela contro il rischio di contagio da Covid-19*) secondo cui «*ai fini della tutela contro il rischio di contagio da Covid-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all’obbligo di cui all’articolo 2087 del codice civile mediante l’applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all’articolo 1, comma 14, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, nonché mediante l’adozione e il mantenimento delle misure ivi previste. Qualora non trovino applicazione le predette prescrizioni rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale*». Detto art. 29-bis, a sua volta, è richiamato, da ultimo, ai «*fini della tutela contro il rischio di contagio da COVID-19, al personale scolastico e universitario*» dall’art. 1, comma 5, d.l. 6 agosto 2021, n. 111, in tema di «*disposizioni urgenti Disposizioni urgenti per l’anno scolastico 2021/2022 e misure per prevenire il contagio da SARS-CoV-2 nelle istituzioni del sistema nazionale di istruzione e nelle università*».

¹⁴ C. CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?*, in *Sistema penale*, 15 giugno 2020.

¹⁵ In termini O. DI GIOVINE, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, in *Sistema penale*, 22 giugno 2020, nt. 1, secondo la quale l’art. 29-bis cit. – che ha elevato a rango legislativo disposizioni che tale rango non avevano – nella prospettiva penalistica parrebbe scontato e come tale inutile: «*di che altro potrebbe riempirsi, nell’attuale emergenza, la clausola vuota dell’art. 2087 c.c.? Non certo delle previsioni del T.U. 81/2008 o di precedenti protocolli sulla sicurezza, vista la novità della situazione e quindi della tipologia di cautele; inoltre sarebbe dannoso perché lo “scudo penale” avrebbe rischiato di ingenerare l’inquietante equivoco che il nesso causale vada in questa materia supposto, presunto o accertato secondo modelli probatori semplificati, laddove «è proprio su quel versante che presumibilmente sarà realizzata la massima selezione»; C. CUPELLI, *loc. ult. cit.*; D. AMATO, *Contagio da Covid-19 “in occasione di lavoro” e responsabilità datoriale: è davvero necessario uno scudo penale?*, in *Giurisprudenza penale web*, n. 6/2020. *Contra* in senso favorevole all’intervento novellistico, G. ACCINNI, *Necessaria una norma di copertura della responsabilità*, ne *Il sole 24 ore*, 16 maggio 2020. In argomento, più in generale, cfr. altresì F. COMPAGNA, *La responsabilità penale da “contagio” sui luoghi di lavoro. Chiarimenti a margine della circolare INAIL del 20 maggio 2020*, ne *Il penalista*, 25 maggio 2020; D. PIVA, *Contagi sul lavoro, i limiti necessari alla “colpa” penale*, ne *Il sole 24 ore 2020*, p. 30.*

¹⁶ Così Relazione illustrativa al d.l. n. 44/2021, *sub art. 3, loc. cit.*

¹⁷ Così C. CUPELLI, *Note a prima lettura, cit.* e *Id.*, *Obblighi datoriali*, *loc. cit.*, che parla di risposta normativa agli effetti *indiretti* della pandemia, che avrebbe determinato una nuova (e consequenziale) «*emergenza nell'emergenza*»: «*evitare che medici e operatori sanitari, che per mesi hanno combattuto in prima linea e in condizioni talvolta estreme contro il virus, siano travolti da un'ondata di denunce e di inchieste giudiziarie miranti a trovare colpevoli, diversi dal virus, per i decessi avvenuti durante gli ultimi mesi*». Secondo L. FIMIANI, *op. cit.*, p. 1, il fatto che tale normativa venga introdotta in seguito a limitati episodi infausti (singolari forme di trombosi) incorsi a sfortunati cittadini «*non pare una mera casualità*».

del piano di vaccinazione di massa messo in atto nel nostro Paese, mediante un intervento d'urgenza mirante «a rassicurare il personale sanitario e in genere i soggetti coinvolti nelle attività di vaccinazione»¹⁸, nel timore che – nell'immediato e in prospettiva – potesse prevalere in loro la tentazione di atteggiamenti *autocautelativi* astenendosi dal somministrare il vaccino, con conseguenti ricadute sui tempi del percorso di vaccinazione¹⁹.

Il Parlamento, in sede di conversione, con modificazioni, del d.l. n. 44/2021, con l'aggiunta dell'art. 3-*bis* – introdotto per via emendativa nel corso dell'esame in prima lettura al Senato²⁰ – recependo le doglianze delle associazioni dei medici che avevano visto delusa l'aspettativa di uno “scudo” più ampio²¹, ha allargato il campo della non punibilità prevedendo, per gli stessi fatti-reato (artt. 589 e 590 c.p.), una limitazione della responsabilità penale ai casi di colpa grave in favore di *tutti* gli esercenti una professione sanitaria nell'ambito della fase emergenziale Covid-19²².

Le due norme di favore – entrambe temporanee ed accomunate dalla logica “emergenziale”, essendo pensate per operare esclusivamente in una prospettiva temporalmente limitata all'attuale crisi epidemiologica – traducono dal punto di vista *regolatorio* due diversi modelli normativi di attuazione di siffatte esigenze di contenimento della responsabilità degli operatori sanitari²³:

¹⁸ «In un contesto caratterizzato da margini di incertezza scientifica e da un quadro in continua evoluzione, la prospettiva di ricorrere in possibili responsabilità penali, in conseguenza di eventi avversi ascrivibili, anche solo in ipotesi, alla somministrazione del vaccino, può ingenerare allarme tra quanti sono chiamati a fornire il proprio contributo al buon esito della campagna di vaccinazione nazionale, che rappresenta allo stato una priorità per la tutela della salute pubblica»: così la Relazione illustrativa al d.l. n. 44/2021, cit., p. 3. Al riguardo, in senso critico, v. P. PIRAS, *La non punibilità per gli eventi dannosi da vaccino anti Covid-19*, cit., che parla di «finalità ansiolitica, benzodiazepinica, un Valium legislativo».

¹⁹ In termini C. CUPELLI, *loc. cit.*, secondo cui con l'art. 3 d.l. n. 44/2021 si è puntato a evitare una “nuova variante” del ben noto tema della medicina difensiva (dell'emergenza).

²⁰ Per effetto dell'approvazione degli identici emendamenti al d.d.l. n. 2167: n. 3.0.2 (testo 2) d'iniziativa dei sen. Pagano, Bernini, Schifani; n. 3.0.100, d'iniziativa del relatore; n. 3.8 (testo 4), d'iniziativa dei sen. Evangelista, Romano, Castellone ed altri. Cfr. Senato della Repubblica, Atto Senato n. 2167.

²¹ Capofila delle istanze protettive veicolate dalle associazioni dei medici è stata FNOMCeO (Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri), la quale, all'indomani dell'introduzione dell'art. 3 d.l. n. 44/2021, si era dichiarata delusa, essendo stata tradita l'aspettativa di uno “scudo” più ampio, non soltanto limitato alle fattispecie di omicidio e lesioni colpose e, più in generale, al solo trattamento vaccinale. L'intervento del Presidente della Federazione è reperibile al seguente link: www.portale.fnomceo.it.

²² [...] Quindi, viene limitata la punibilità per i fatti commessi nell'esercizio di una professione sanitaria durante lo stato di emergenza e che trovino causa nella situazione di emergenza medesima; basti pensare, soprattutto, al primo periodo emergenziale quando, purtroppo, c'era la necessità di intervenire con le limitate conoscenze scientifiche, al momento, sulle patologie derivanti dall'infezione da SARS-CoV-2, quindi, alla necessità, anche in questo caso, di tutelare tutti i professionisti in ambito sanitario che hanno fatto un lavoro eccezionale, spesso, in situazioni di grave difficoltà». Così la relatrice on. Simona Bordonali, nel corso della discussione sulle linee generali del d.d.l. di conversione in legge, con modif., del d.l. n. 44/2021 (A.C. 3113), in *Atti parlamentari*, XVIII Legislatura, Camera dei deputati, *Resoconto stenografico dell'Assemblea Seduta n. 514 di lunedì 24 maggio 2021*.

²³ Su tale distinguo, v. E. PENCO, *Esigenze e modelli di contenimento*, *loc. cit.*

- l'art. 3, circoscritto all'attività di somministrazione vaccinale, attua il modello normativo di esonero *in toto* della responsabilità penale, categoria già definita evocativamente «lockdown della responsabilità»²⁴;
- l'art. 3-bis, esteso a tutte le attività sanitarie che trovano causa nell'emergenza sanitaria, rientra invece nello schema di ri-parametrazione della responsabilità penale ovvero di parziale contenimento della stessa, siccome circoscritta alle ipotesi di colpa grave²⁵.

Ciò premesso, per meglio comprendere la genesi politico-criminale delle due disposizioni *in bonam partem* occorre muovere dal dibattito sulla ritenuta inadeguatezza dell'art. 590-sexies c.p. a contenere il fenomeno degenerativo della cd. *medicina difensiva*²⁶.

Le contraddizioni e le “strette applicative”²⁷ dello “scudo” codicistico introdotto con la legge Gelli-Bianco, ritenuto già logoro nel regime ordinario²⁸, sono state definite da più parti – dalla dottrina penalistica, alle associazioni di categoria²⁹, passando per soggetti

²⁴ G. LOSAPPIO, *op. cit.*, p. 7. In questo senso andavano testualmente gli emendamenti n. 1.1, 1.2 e n. 13.2 proposti – e mai approvati – in sede di conversione del cd. decreto “Cura Italia” in favore del personale sanitario.

²⁵ R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'emergenza*, cit., p. 13, secondo cui il tema non è tanto quello di riservare la responsabilità alle ipotesi di colpa grave, quanto piuttosto di escludere la responsabilità *tout court* in virtù della peculiare situazione di emergenza che può essere considerata una sorta di perdurante stato di necessità che elimina la possibilità di adempiere secondo le cautele dovute

²⁶ Sulla portata e sulle implicazioni penalistiche della *Defensive Medicine* cfr. lo studio del Centro Studi Federico Stella, *Il problema della medicina difensiva*, a cura di G. Forti-M. Catino-F. D'Alessandro-C. Mazzucato-G. Varraso, Pisa, 2010; R. BARTOLI, *I costi “economico-penalistici” della medicina difensiva*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2011, pp. 1107 ss.; L. EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale “criminogeno”*, *ibidem*, p. 1085; A. VALLINI, *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo de iure condendo*, *ivi*, 2013, pp. 3 ss.; A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa, 2014; G. ROTOLO, *Medicina difensiva e giurisprudenza in campo penale: alcuni cenni a proposito di un rapporto controverso*, in *Diritto penale e processo*, 2012, p. 1259. Diffusamente v. A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Milano, 2012. Cfr. altresì Corte Cost., ord. n. 295/2013 (ne *Il Corriere giuridico*, 2014, p. 1191, con nota di E. GUERINONI, *Incostituzionalità dell'art. 3 legge Balduzzi?... alla prossima*), che definisce il fenomeno della medicina difensiva come «la tendenza della classe medica ad adottare scelte diagnostiche e terapeutiche che valgano a porla al riparo da conseguenze penali e da richieste risarcitorie, ma che non necessariamente rispondono all'interesse del paziente».

²⁷ In questo senso A. ROIATI, *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell'emergenza Covid-19: note minime per un ampliamento delle fattispecie di esclusione della responsabilità penale*, in *Legislazione penale*, 19 maggio 2020.

²⁸ Senza pretese di esaustività cfr. G.M. CALETTI, *Il percorso di depenalizzazione dell'errore medico. Tra riforme incomplete aperture giurisprudenziali e nuovi orizzonti per la colpa grave*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, n. 4; G.M. CALETTI-M.L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge “Gelli-Bianco” nella prospettiva del diritto penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 marzo 2017, pp. 31-32; M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, pp. 37 ss.; C. CUPELLI, *L'anamorfosi dell'art. 590-sexies c.p. L'interpretazione “costituzionalmente conforme” e i problemi irrisolti dell'imperizia medica dopo le Sezioni unite*, in *Rivista italiana diritto e procedura penale*, pp. 1969 ss.; F. D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma “Gelli-Bianco”*, in *Diritto penale e processo*, 2017, pp. 576 ss.; O. DI GIOVINE, *Mondi veri e mondi immaginari di sanità. Modelli epistemologici di medicina e sistemi penali*, in *Cassazione penale*, 2017, pp. 2163 ss.; A. DI LANDRO, *La problematica sorte della colpa grave e lo sviluppo del sistema linee guida: la responsabilità penale dell'operatore sanitario dal decreto “Balduzzi” alla legge “Gelli-bianco”*, in *Legislazione penale*, 17 gennaio 2018; A. MASSARO, *L'art. 590-sexies c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 c.c.*, in *Archivio penale on line*, 2017, n. 3; A. MERLI, *Il quadro della responsabilità penale colposa in campo medico dopo la legge Gelli-Bianco. Qualche certezza e tanti dubbi irrisolti*, in *Legislazione penale*, 17 gennaio 2020; P. PIRAS, *L'accertamento della colpa medica nella giurisprudenza post-Mariotti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 18 gennaio 2019; L. RISCATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del sanitario*, *ivi*, 5 giugno 2017, pp. 16 ss.

²⁹ V. precedente nt. 21.

istituzionali³⁰ – incompatibili e inadatte ad arginare il corrente regime emergenziale, implicando la pandemia da Coronavirus, per la sua portata eccezionale ed epocale e per le sue peculiarità, un rischio di generare ulteriore contenzioso giudiziario per gli operatori sanitari in conseguenza dell'elevatissimo numero di decessi verificatisi (e verificandi)³¹.

L'impossibilità di ricorrere, in questa fase pandemica, all'ordinaria causa di non punibilità dell'art. 590-*sexies*, comma 2, c.p. al fine di escludere la tipicità del fatto o comunque la punibilità del sanitario, deriverebbe poi – ha soggiunto ancora accorta dottrina³² – dalla lettura restrittiva datane dal giudice nomofilattico³³, secondo cui l'esonero da responsabilità ex artt. 589 e 590 c.p. dell'operatore sanitario è da intendersi:

- a) limitato alle sole ipotesi di imperizia non grave, riferibile all'atto esecutivo;
- b) ancorato al rispetto delle linee guida accreditate o buone pratiche clinico-assistenziali consolidate³⁴;

³⁰ Il Comitato Nazionale di Bioetica, nel parere reso l'8 aprile 2020 (§ 4.2) ha riconosciuto come – al cospetto delle “limitate risorse sanitarie disponibili durante l'emergenza, in termini tanto strutturali che organizzativi, incluso un organico spesso sottodimensionato, sia negli ospedali che nel territorio”; dell'esigenza di “dover lavorare per molte ore consecutive, con ritmi massacranti, a volte anche con dispositivi di protezione inadeguati, con un alto rischio di infettarsi e persino di morire” (corroborato dai numerosissimi decessi degli operatori sanitari); dell'incertezza scientifica che caratterizza la novità dell'attuale emergenza pandemica (nel combattere il contagio da Covid-19 si opera in assenza di linee guida consolidate, di buone pratiche clinico-assistenziali riconosciute come tali dalla comunità scientifica, di evidenze terapeutiche); della preoccupante “proliferazione di contenziosi giudiziari nei confronti dei professionisti della salute nel contesto dell'attuale emergenza pandemica” – “vada presa in considerazione l'idea di limitare eventuali profili di responsabilità professionale degli operatori sanitari in relazione alle attività svolte per fronteggiare l'emergenza Covid-19”.

³¹ C. CUPELLI, *Emergenza Covid-19*, cit., rileva, conseguentemente, il rischio di determinare il ricorrere di atteggiamenti improntati ad una sorta di “medicina difensiva dell'emergenza”. Secondo G. LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico*, cit., pp. 14 ss. il rischio da scongiurare non è tanto quello di improbabili processi o ancor più remote condanne, quanto quello di indagini prolisse e non mirate: si pensi «al consueto *overflowing* di avvisi di garanzia ex art. 369 c.p.p. che rischia di tramutarsi in un *mass-flowing* di informazioni di garanzia». In questa prospettiva – si rileva – la riforma della colpa professionale forse non è necessaria e di sicuro non è sufficiente, in quanto occorre intervenire sul diritto processuale con l'apporto dei rimedi deflattivi anche non correlati alla dimensione sanzionatoria. In questa direzione v. anche C. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penale in ambito sanitario*, cit., p. 11, che sottolinea il rischio di un repentino passaggio dei sanitari da eroi a capri espiatori, nonché G. BOVI, *La colpa del medico ai tempi del Covid-19: la soluzione nei principi generali?*, in *www.giustiziainsieme.it*, 27 maggio 2020, che parla di “medici alla cieca”, tra istruzioni contraddittorie e inadeguatezza dell'art. 590-*sexies* c.p., soffermandosi infine sull'inadeguatezza dell'agente-modello.

³² A. ROIATI, *Professione sanitaria e gestione dell'emergenza*, cit., p. 3; C. CUPELLI, *Note a prima lettura*, loc. cit. ed *ivi* per precedenti.

³³ Cass. pen., Sez. U, n. 8770 del 21 dicembre 2017, Mariotti, Rv. 272174-01, 272175-01, 272176-01, commentata da R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, n. 5, pp. 233 ss.; C. CUPELLI, *L'art. 590-*sexies* c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione “costituzionalmente conforme” dell'imperizia medica (ancora) punibile*, *ivi*, n. 3/2018, pp. 246 ss.; C. BRUSCO, *Responsabilità medica penale: le Sezioni Unite applicano le regole sulla responsabilità civile del prestatore d'opera*, in *Diritto penale e processo*, 2018, pp. 647 ss.; G. M. CALETTI-M.L. MATTHEUDAKIS, *La fisionomia dell'art. 590-*sexies* c.p. dopo le Sezioni Unite tra “nuovi” spazi di graduazione dell'imperizia e “antiche” incertezze*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, n. 4, pp. 25 ss.; M. CAPUTO, *Le Sezioni Unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2018, pp. 345 ss.; P. PIRAS, *Un distillato di nomofilachia: l'imperizia lieve intrinseca quale causa di non punibilità del medico*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 aprile 2018.

³⁴ Laddove invece appare evidente – argomenta in prospettiva *de iure condendo* A. ROIATI, *Professione sanitaria e gestione dell'emergenza*, cit., p. 14 – che se si vuole giungere ad una significativa riduzione della sfera del penalmente rilevante, è necessario far riferimento anche a condotte astrattamente inosservanti, ma ciononostante non meritevoli di sanzione

- c) subordinato in ogni caso a un preventivo vaglio di adeguatezza delle raccomandazioni contenute in siffatte linee guida alle specificità del caso concreto.

Di qui la ritenuta inidoneità di questa ristretta area di non punibilità colposa rispetto ad un virus ignoto fino a poco più di un anno fa ed alle contingenze emergenziali nelle quali il personale sanitario è stato (ed è) chiamato ad operare nel quotidiano contrasto al Covid-19, a maggior ragione nell'ambito di un percorso di impiego – specie nella primissima fase – di farmaci compassionevoli sottoposti a sperimentazione³⁵ e *off-label* (o fuori etichetta o fuori scheda tecnica)³⁶, stante il regime di responsabilità (diretta) del medico in queste ipotesi ed il particolare statuto del *consenso informato*³⁷. Ciò in quanto:

- a) le ipotesi di colpa (non punibili) da considerare nell'emergenza non possono essere limitate ai soli casi di imperizia non grave realizzati nella fase esecutiva, ma devono essere estese anche agli episodi di negligenza e di imprudenza non gravi (si pensi al

penale, in ossequio ai principi di sussidiarietà e di *extrema ratio* sanzionatoria. Negli stessi termini P. PIRAS, *L'accertamento della colpa medica nella giurisprudenza post-Mariotti*, cit., p. 10: «la non punibilità presuppone che le linee guida siano state scelte con perizia e vi sia imperizia lieve in fase esecutiva quindi, come si dice nella pratica: linee guida scelte peritamente, eseguite imperitamente, ma non molto», mentre spazi di non punibilità così ristretti imporrebbero di ampliare le ipotesi di non punibilità ai casi di colpa per inosservanza, se si vuole davvero contrastare il fenomeno della medicina difensiva.

³⁵ È il caso, fra gli altri, del “Remdesivir”, molecola sperimentale pensata e testata dall'americana Gilead per combattere il virus Ebola e ora allo studio per il trattamento di Covid-19.

³⁶ L'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA), con una circolare emanata il 6 aprile 2020, da un lato ha fornito ai clinici elementi utili ad orientare la prescrizione e a definire, per ciascun farmaco utilizzato, un rapporto fra i benefici e i rischi sul singolo paziente con riferimento all'uso *off label* di medicinali in commercio in Italia e, dall'altro, per quanto concerne l'uso compassionevole, abbia adottato procedure straordinarie e semplificate per la presentazione e l'approvazione delle sperimentazioni e per la definizione delle modalità di adesione agli studi e di acquisizione dei dati. Ciò, in attuazione di quanto originariamente previsto all'art. 17, comma 5, dal d.l. n. 18/2020, abrogato e sostituito dall'art. 40 del d.l. n. 23/2020, con il quale è stato inoltre istituito un Comitato etico unico nazionale (individuato nel comitato etico dell'Istituto Nazionale Spallanzani di Roma), chiamato a provvedere alla valutazione delle sperimentazioni cliniche dei medicinali per uso umano e dei dispositivi medici per pazienti con Covid-19 e a esprimere il parere nazionale, anche sulla base della preventiva valutazione della Commissione Tecnico Scientifica (CTS) dell'AIFA, sulle sperimentazioni cliniche dei medicinali per uso umano, degli studi osservazionali sui farmaci, dei programmi di uso terapeutico compassionevole per pazienti con Covid-19. In dottrina, sui molteplici profili della tematica, cfr., in un approccio integrato con le scienze mediche, i vari contributi nel collettaneo AA.VV., *La sperimentazione tra etica e diritto in tempi di pandemia*, a cura di A. Capuano, C. Cupelli, M. Militerni, Napoli, 2021.

³⁷ L'elevata e media tossicità dei farmaci *off-label* e il rischio di complicanze richiedono infatti, per tutte le terapie “fuori indicazioni” e a utilizzo empirico, la valorizzazione di un ancor più appropriato consenso informato, che metta in luce le specifiche condizioni di emergenza e la necessità, per il clinico, di prendere decisioni mediche senza supporti di bibliografia o linee guida. Come rileva C. CUPELLI, *loc. ult. cit.*, nt. 8, fornire la “dettagliata spiegazione” imposta dall'art. 1 della l. n. 219/2017 rappresenta un compito tutt'altro che agevole, proprio in ragione delle incertezze terapeutiche che impediscono di indicare in modo completo e minuzioso le fasi della cura che il paziente si troverà ad affrontare; per di più, continuano a mancare riferimenti specifici alle caratteristiche che il consenso deve rivestire nel caso in cui riguardi proprio l'utilizzo di farmaci fuori etichetta. A ciò va anche aggiunto che un paziente affetto da Covid-19, particolarmente suggestionato da informazioni allarmanti e contraddittorie in termini di mortalità, potrà essere indotto a prestare il consenso a una sperimentazione ritenendo erroneamente che si tratti invece di un trattamento standardizzato. Dal canto suo il medico resta l'unico responsabile della scelta di usare quel determinato farmaco *off-label*, il quale dovrà fornire la più esaustiva e minuziosa informazione al paziente sulla mancanza di alternative terapeutiche, sui rischi e sui benefici della terapia, sul motivo dell'utilizzo fuori etichetta e sui risultati delle sperimentazioni, ove presenti.

difetto di attenzione derivante dal dover lavorare per molte ore consecutive, con ritmi massacranti o con insufficiente personale medico-infermieristico specializzato);

- b) non vi sono linee guida sufficientemente accreditate o pratiche consolidate a cui legare il giudizio di rimproverabilità vista la novità della patologia e la sostanziale mancanza, allo stato, di affidabili evidenze terapeutiche³⁸.

L'esigenza di un intervento normativo *ad hoc* – oggi infine attuato con le due disposizioni in esame – era stata sottolineata già a ridosso dell'esplosione della pandemia³⁹, muovendosi dalla presa d'atto di trovarsi al cospetto di una situazione emergenziale in cui – per svariate ragioni che rendono difficile quel che, di regola, in condizioni ordinarie è facile e che abbattano le normali capacità di risposta anche per patologie diverse dal Covid-19, a fronte dello scompaginamento delle tradizionali modalità e priorità di intervento⁴⁰ – non appare possibile pretendere dal medico il rispetto delle cautele ordinariamente *esigibili*. Se non risultava proponibile un'immunità sostanziale finalizzata ad escludere ogni ipotesi di responsabilità a carico dei sanitari o dei vertici politici e amministrativi, che tra l'altro avrebbe dato luogo a consistenti profili di incostituzionalità⁴¹, una limitazione volta a derogare agli ordinari criteri di imputazione è stata ritenuta giustificata da parte della dottrina penalistica in virtù delle oggettive peculiarità sopra evidenziate, nonché in considerazione dell'opportunità di far valere il principio di uguaglianza sostanziale su quello di uguaglianza formale (art. 3 Cost.)⁴².

³⁸ C. CUPELLI, *Emergenza Covid-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, loc. cit.

³⁹ C. CUPELLI, loc. ult. cit.; G.M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penale in ambito sanitario*, cit., p. 17 sottolinea il valore simbolico che avrebbe uno "scudo" *ad hoc* per i professionisti sanitari rispetto ad una silenziosa quanto incerta valorizzazione di un orientamento giurisprudenziale.

⁴⁰ È sufficiente pensare, a titolo meramente esemplificativo: alle scarse evidenze scientifiche relative al Covid-19, con particolare riguardo alla sua trasmissione ed alla gestione del rischio di contagio; alla mancanza di farmaci specifici per la sua cura e per il suo trattamento, da cui è derivata altresì la necessità di utilizzare in via sperimentale farmaci *off-label*; alla difficoltà nel ricostruire l'interazione del Covid-19 con patologie diverse ed eventualmente preesistenti; alla mancanza di linee guida e raccomandazioni consolidate e condivise alla cui stregua orientare la condotta di cura; alle carenze di dispositivi di protezione personale; alla urgenza di impiegare anche medici afferenti a diverse specializzazioni; all'assunzione di personale sanitario in deroga alle normali procedure; alla necessità di un "monitoraggio a distanza" dei pazienti con sintomi Covid-19 a fronte dell'impossibilità di procedere all'ospedalizzazione di tutti i contagiati; alle carenze di struttura e di organizzazione, già presenti nella gestione dell'ordinario, ed ancor più manifeste ed inevitabili a fronte di una situazione emergenziale così protratta nel tempo. In termini A. ROIATI, *Professione sanitaria*, cit., p. 9. Sul tema v. altresì R. BARTOLI, *Individuale e collettivo nell'individuazione delle responsabilità penali per difetti strutturali e organizzativi in ambito sanitario*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2018, pp. 795 ss.

⁴¹ G. LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico*, cit., p. 11, definisce gli emendamenti finalizzati all'esclusione di ogni tipo di responsabilità in favore di tutti i soggetti coinvolti, inclusi i vertici politici, «proposte che esibiscono un quasi puerile tentativo di organizzazione della "irresponsabilità" ad ampio spettro».

⁴² In questa direzione non può negarsi la necessità di adeguare il dato normativo ad un contesto fattuale ed emergenziale di portata epocale che ha determinato la necessità di fronteggiare un rischio del tutto nuovo che ha richiesto al personale sanitario un impegno ed un sacrificio elevatissimo, anche in termini di vite umane: così A. ROIATI, *op. ult. cit.*, p. 11. Secondo C. CUPELLI, *Note a prima lettura*, cit., § 7, sotto il profilo della ragionevolezza e dell'uguaglianza declinate in senso sostanziale il novello regime di esonero della responsabilità penale – diretto a calibrare la novità, l'eccezionalità e l'abnormità dell'impegno dei medici e la caratura dei rischi (anche per la loro salute) affrontati, onde evitare di trattare *in modo uguale* situazioni palesemente *diverse* – trova giustificazione nelle oggettive peculiarità del contesto emergenziale, oltre che nella difficoltà e nella pericolosità dell'attività sanitaria che, nel momento considerato, non appare

3. Esonero da responsabilità da somministrazione del vaccino contro SARS-CoV-2/Covid-19 (art. 3 d.l. n. 44/2021)

L'art. 3 d.l. n. 44/2021, convertito *in parte qua* senza modificazioni⁴³, fonda l'esonero per i vaccinatori da responsabilità penale (ma non da quella civile⁴⁴) su tre requisiti:

- a) il verificarsi dell'evento morte o lesione del vaccinato;
- b) la sussistenza del rapporto di causalità fra la somministrazione del vaccino e i predetti eventi avversi;
- c) la conformità della somministrazione alle relative regole cautelari.

Come spiegano gli stessi compilatori, l'esclusione della responsabilità da somministrazione del vaccino anti-Covid-19 – «*e in particolare della colpa*»⁴⁵ – è ancorata all'osservanza delle regole cautelari che vengono in rilievo specificamente rispetto all'attività di vaccinazione: le indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e le circolari pubblicate sul sito internet istituzionale del ministero della salute relative alle attività di vaccinazione (v. *postea* § 3.4).

A prima lettura si è osservato – in senso critico – che, «al di là dello sconcerto generato dal fatto che il decreto contempra pacificamente la possibilità di un nesso eziologico fra inoculazione del vaccino anti-Covid e morte del paziente in un momento in cui la questione è ampiamente dibattuta a livello di comunità scientifica e autorità regolatorie competenti, è evidente come l'accertamento del rapporto causale fra evento infausto e vaccinazione – sempre che lo stesso sia davvero possibile secondo gli standard probatori richiesti dall'ordinamento – non possa che avvenire nella sede a ciò deputata, e cioè quella processuale»⁴⁶. Il che si tradurrebbe in una rilevante limitazione all'effettiva applicabilità della norma *de qua*, specie considerando il fatto che un'esimente così costruita non può in alcun modo realizzare quella protezione *dal* processo che era stata invece auspicata, perché è proprio *nel* processo che deve essere verificata la sussistenza di quel rapporto

comparabile con altre attività professionali, prive di analogo significato sociale e non implicante, a loro volta, rischi e responsabilità così gravi per la vita o l'incolumità delle persone.

⁴³ Cfr. precedente nt. 2.

⁴⁴ La questione di possibile responsabilità civile resta intatta nell'ambito dell'innovativa disciplina contenuta nell'art. 7 l. n. 24/2017, laddove il tema involga la tematica della responsabilità sanitaria. Secondo G. AMATO, *Scudo penale per i vaccinatori*, cit., p. 50, trattandosi di una vaccinazione pur sempre facoltativa, sarebbe stato opportuno un intervento del legislatore sul modello della disciplina contenuta nella l. 25 febbraio 1992, n. 210, che prevede un indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati.

⁴⁵ Relazione illustrativa al d.l. n. 44/2021, *sub* art. 3, *loc. cit.*

⁴⁶ E. PENCO, “Norma-scudo” o “norma-placebo”, *loc. cit.*

causale fra somministrazione del vaccino e lesioni o morte che si caratterizza come presupposto imprescindibile per l'operatività dello "scudo"⁴⁷.

In senso opposto, altri commentatori fanno discendere dal *novum* normativo importanti conseguenze operative già in tema di iscrizione della *notitia criminis*: se nessuno può impedire, ovviamente, che si proceda ad accertamenti penali «certo il sanitario, verificata la conformità del vaccino somministrato alle indicazioni date, non potrebbe essere indagato per il solo fatto di essere intervenuto a somministrare la dose. Un'iscrizione a modello 21 a suo carico sarebbe, per questo solo fatto, ingiustificata e del tutto arbitraria»⁴⁸. In questa prospettiva, con prudenza di approccio, si afferma che «l'iscrizione soggettiva a modello 21 – nel caso di specie del sanitario somministratore – sarebbe legittima solo in presenza del *fumus* di profili colposi, cui ricondurre eziologicamente il fatto lesivo. Diversamente, sarebbe corretto – semmai – procedere a carico di "ignoti" (a modello 44), proprio in assenza di elementi soggettivi di possibile responsabilità»⁴⁹.

3.1. Natura giuridica dell'esimente

Sulla natura giuridica dell'esimente allestita in favore dei vaccinatori la prima dottrina sembra divisa.

⁴⁷ In questo senso N. Rossi, *Sanitari: è possibile uno "scudo penale"*, cit., ha evidenziato piuttosto l'opportunità di introdurre, più che uno "scudo penale", «una sorta di "scudo procedimentale"», che da un lato porti a riconoscere al pubblico ministero la «facoltà di procrastinare l'iscrizione nel registro degli indagati delle persone potenzialmente responsabili» e dall'altro preveda la possibilità che siano gli Ordine professionali dei sanitari interessati, opportunamente e tempestivamente avvisati, a «nominare [...] un consulente tecnico tenuto a partecipare agli accertamenti tecnici irripetibili oltre ad un difensore d'ufficio», ferma comunque la facoltà dei «sanitari "interessati" agli esiti degli accertamenti» di «chiedere al pubblico ministero di parteciparvi anche a titolo individuale, nominando un proprio consulente tecnico e un difensore di fiducia».

⁴⁸ Così G. AMATO, *Scudo penale per i vaccinatori*, cit., p. 49, secondo cui, «in astratto, nulla vieterebbe di procedere a carico del sanitario, pur in presenza della causa di non punibilità, laddove si apprezzassero profili di colpa inesistenti sulla "modalità" (in ipotesi scorretta) con cui questi abbia somministrato il vaccino. È francamente un caso quasi di scuola, che però dovrebbe essere comunque valutato alla luce della causa di non punibilità generale di cui all'art. 590-*sexies* c.p.». Secondo L. FIMIANI, *op. cit.*, p. 5, difficilmente lo scudo esimerà le autorità inquirenti dall'iscrizione del soggetto agente nel registro degli indagati ex art. 335 cod. proc. pen., poiché la necessaria valutazione del grado di colpa in capo al sanitario, dirimente ai fini dell'applicazione della causa di non punibilità di nuova introduzione, «richiederà necessariamente l'intervento di un tecnico, *sub specie* consulente o perito, che si attiverà, su richiesta del p.m. o del giudice, esclusivamente dopo l'avvio del procedimento penale» (enfasi aggiunta).

⁴⁹ E ciò senza che neppure possa porsi alcun rischio di inutilizzabilità futura dell'atto irripetibile (in ipotesi, autopsia), proprio perché compiuto nell'assenza del detto quadro indiziario soggettivo e, quindi, senza alcuna necessità di procedere ai correlativi avvisi: in termini, ancora, G. AMATO, *op. ult. cit.*, pp. 47 s., il quale soggiunge che, nei casi in cui rispetto al decesso si ponga solo un generico dubbio sulla causa, difettando invece il benché minimo *fumus* di reato, ma, tuttavia, si ritenga di dover procedere in via giudiziaria, con l'esecuzione dell'autopsia, «forzando» il disposto dell'art. 116 disp. att. c.p.p., sembrerebbe finanche corretto procedere a modello 45, anziché procedere ad iscrizioni strumentali, nei modelli 21 o 44, di fattispecie criminose neppure evocate dai dati disponibili ai soli fini delle spese di giustizia recuperabili (v. circolare DAG dell'11 novembre 2016 in tema di attuazione del registro unico penale e criteri generali di utilizzo).

Ad eccezione di un Autore⁵⁰, nessuno parla – opportunamente – di *scriminante*, evocandosi più spesso l’atecnica definizione di “*norma-scudo*”⁵¹ oppure il *genus* delle *cause di non punibilità*⁵².

L’incertezza dell’inquadramento giuridico dipende verosimilmente dal modello esonerativo seguito dal Governo (e consolidato dal Parlamento) nella costruzione dell’art. 3, che appare piuttosto ibrido, dal valore penale non chiaramente definibile, tanto da autorizzare quelle letture estreme secondo cui, dietro la declamata non punibilità, si sarebbe semplicemente ribadito l’ovvio, con una sorta di *norma-memento*⁵³: ossia che il rispetto delle *leges artis* del settore non configura reato, per incompletezza di tutti i suoi elementi costitutivi⁵⁴. Secondo questa posizione dottrinarica, data anche la precisa scelta lessicale («*la punibilità è esclusa...*»⁵⁵), sembrerebbe plausibile parlare di causa di esclusione della punibilità in senso stretto a carattere originario⁵⁶, nel senso che il legislatore del 2021, per mere ragioni di politica-criminale ed in presenza di determinate e tassative condizioni, avrebbe deciso di non assoggettare a pena alcun soggetto che pone in essere una condotta *tipica, antigiusridica e colpevole*. Ma è lo stesso A. che, subito dopo, mette in dubbio la reale esistenza di un fattore *esterno* giustificante l’esenzione da pena, negando l’esistenza di ragioni di convenienza ed opportunità dietro la scelta legislativa del non punire un fatto che non è tipico, sicché – conclude – non avrebbe neppure senso parlare di causa di non punibilità, perché la norma *de qua* sarebbe semplice espressione del principio di legalità, declinato quale colpevolezza *ex art. 27 Cost.*⁵⁷.

⁵⁰ N. ROSSI, *loc. cit.*

⁵¹ Sul ritorno alla retorica dello “scudo penale”, manifesto di un preteso *diritto dell’eccezione* ancora di recente sperimentato nel contesto di interventi statali in grandi aziende in crisi (caso Ilva), e sulla abusata immagine dello scudo calata oggi nella ben diversa dimensione della pandemia da Covid-19, mercé anche una narrazione massmediatica e politica dell’emergenza sanitaria (discutibilmente) incentrata sulla metafora bellica v.: E. PENCO, *Esigenze e modelli di contenimento*, cit., pp. 2-3; M. CAPUTO, *loc. cit.*; G. FORTI, *Introduzione. Un’attesa luce, dalla carità*, in Id. (a cura di), *Le regole e la vita. Del buon uso di una crisi, tra letteratura e diritto*, Milano, 2020, pp. 12 ss.; M. PELLISSERO, *Codiv-19 e diritto penale pandemico. Delitto contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell’emergenza sanitaria*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2020, p. 505.

⁵² E. PENCO, “*Norma-scudo*” o “*norma-placebo*”, *loc. cit.*; F. FURIA, *op. cit.*, p. 9; G. AMATO, *ult. op. cit.*, p. 48; L. FIMIANI, *op. cit.*, pp. 1-2, che più precisamente parla di causa *concomitante* di esclusione della punibilità, con tutte le relative conseguenze in tema di supposizione erronea dell’esistenza delle medesime, con la mancata applicazione dell’art. 59, comma 4, c.p., valevole solo per le cause di giustificazione e le scusanti, e in materia di concorso di persone del reato (art. 119, comma 1, c.p.).

⁵³ Come già accaduto con l’art. 29-bis d.l. n. 33/2020: v. *retro* le precedenti nt. 12 e 14.

⁵⁴ Così F. FURIA, *op. cit.*, pp. 9-10.

⁵⁵ Per quanto tale locuzione si spesso usata – secondo la manualistica – in maniera impropria e generica e, dunque, di per sé non decisiva: cfr. A. CADOPPI-M. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2012, pp. 511 ss.

⁵⁶ F. FURIA, *op. cit.*, p. 9. Nello stesso senso, G. AMATO, *loc. ult. cit.*, secondo cui si verte in ipotesi di causa di non punibilità che non esclude l’antigiuridicità. Per una riflessione sul possibile ruolo della categoria della non punibilità entro l’attuale contesto di emergenza pandemica, v. P. CAROLI, *Non punibilità e indirizzo politico-criminale*, in *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, 2020, n. 3, pp. 68 ss.

⁵⁷ Anzi si rischia di ottenere il paradossale esito di assolvere il soggetto con una formula meno favorevole: F. FURIA, *op. cit.*, pp. 9-10.

Altri commentatori, nel negare reale portata *innovativa* all'art. 3 – all'uopo definito suggestivamente “*norma-placebo*” – assumono che nella sua formulazione (generica) sarebbe rinvenibile una forma di ri-descrizione del *tipo* colposo⁵⁸ avente natura meramente *orientativa* cui potrebbe riconoscersi, al più, una funzione di stimolo per l'interprete ad una più attenta *soggettivizzazione* del giudizio di colpa medica che tenga conto del peculiare contesto emergenziale in cui l'attività dell'operatore viene resa⁵⁹.

Analogamente si è rilevato che l'effetto della nuova disposizione, più che non punire un fatto *tipico*, sarebbe quello di impedire che il giudizio di colpa si fondi su regole cautelari *diverse* da quelle specificamente indicate all'art. 3 d.l. n. 44/2021⁶⁰; in questo senso, l'art. 3 sembrerebbe potersi porre come argine di non punibilità impedendo che si indaghi il profilo causale della colpa al fine di individuare eventuali comportamenti alternativi leciti e fermando l'indagine al verificato rispetto delle fonti indicate⁶¹.

Data la sicura incidenza del *novum* legislativo sul profilo colposo (e non già sul profilo esterno della mera punibilità), pare meritare allora condivisione quella dottrina secondo cui la norma *de qua*, per come formulata, sembra costituire (non una causa di non punibilità in senso stretto bensì) una causa di esclusione della *colpevolezza*⁶² - e, dunque, una *scusante*, con conseguente suo rilievo anche in caso di erronea supposizione (art. 59, comma 4, c.p.) – la quale presuppone la sussistenza di un nesso eziologico (almeno a livello concausale) tra l'inoculazione e la morte o le lesioni che ne siano derivate escludendosi qualunque residuo margine di rimproverabilità colposa (anche grave) qualora siano rispettate le altre condizioni ivi descritte⁶³.

3.2. Ambito applicativo

La scusante di nuovo conio si riferisce esclusivamente all'attività sanitaria di inoculazione dei vaccini contro SARS-CoV-2/Covid-19: in proposito non vi sono dubbi, essendo chiaro l'art. 3 d.l. n. 44/2021 sin dalla sua rubrica e, soprattutto, nel corpo del testo, ove fa espres-

⁵⁸ E. PENCO, “Norma-scudo” o “norma-placebo”? *loc. cit.*, secondo cui l'art. 3 cit. si caratterizza come meramente ricognitivo dei principi che assistono l'imputazione del fatto colposo.

⁵⁹ E. PENCO, *loc. ult. cit.* Auspicano una più attenta ed effettiva soggettivizzazione del rimprovero colposo quale rimedio al rischio di una eccessiva responsabilizzazione del personale medico nella situazione attuale di emergenza epidemiologica, fra gli altri: A. GARGANI, *La gestione dell'emergenza Covid-19*, cit., p. 893; G. BOVI, *La colpa del medico ai tempi del Covid-19*, *loc. cit.*

⁶⁰ S. CRIMI, *Scudo penale per chi vaccina*, cit.

⁶¹ Così S. CRIMI, *loc. ult. cit.* Perplesso, sul punto, F. FURIA, *op. cit.*, p. 10, secondo cui, ammesso che sia possibile individuare comportamenti ulteriori violativi delle regole cautelari, i quali determinino eventi collaterali connessi all'inoculazione di un vaccino, bisognerebbe comunque chiedersi se l'emergenza pandemica possa ragionevolmente arrivare al punto di scusare la classe medica per condotte anche gravemente contrarie alle comuni cautele, tanto più che un tale ragionamento «si porrebbe in contrasto con la sistematica dell'art. 590-sexies c.p. volta a considerare la condotta negligente o imprudente come più grave rispetto a quella imperita contenuta nelle *leges artis* del mestiere e, pertanto, non scusabile anche quando lieve» (*ibidem*, nt. 32).

⁶² P. PIRAS, *La non punibilità*, *loc. cit.*; C. CUPELLI, *Note a prima lettura*, *loc. cit.*

⁶³ C. CUPELLI, *loc. ult. cit.*

so riferimento alla (sola) attività di «*somministrazione per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2, effettuata nel corso della campagna vaccinale straordinaria in attuazione del piano di cui all'art. 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178*». Senonché, *de iure condito*, le disposizioni concernenti il Piano strategico nazionale per la vaccinazione anti-Covid non prevedono termini finali sicché, allo stato, non è dato individuare il termine temporale finale del periodo di limitazione della punibilità ex art. 3⁶⁴.

L'ambito operativo è strettamente legato alla fase di somministrazione vaccinale vera e propria ed a quella ad essa prodromica curata dal medico o dall'infermiere; *prima* ed *oltre* tali procedure opererà, semmai, ricorrendone i presupposti, la disposizione di *favor* di cui al successivo art. 3-*bis* (v. *postea* § 4).

Proprio la rubrica della norma (dove si parla espressamente di «*responsabilità sanitaria*») esclude un'interpretazione che consenta di estendere la non punibilità a tutta la “filiera” della vaccinazione: dall'azienda produttrice alle stesse autorità che hanno proceduto alla autorizzazione all'impiego e stabilito le relative modalità (scelta del tipo di vaccino, previsione di limiti di età, ecc.)⁶⁵.

Peraltro, mentre l'atto di inoculazione vero e proprio – consistente in una semplice iniezione muscolare da eseguirsi con tecnica “asettica” – difficilmente appare suscettibile di cagionare danni richiedenti l'intervento penale⁶⁶, più delicata è la procedura che precede l'inoculazione, la quale si compone di due momenti:

- 1) un primo, consistente nella compilazione, da parte del vaccinando, di una scheda di *triage* pre-vaccinale e di un questionario anamnestico, documenti contenenti una serie di quesiti attinenti alle sue condizioni di salute attuali e pregresse;
- 2) un secondo, caratterizzato dalla raccolta del consenso informato sui possibili eventi avversi che il vaccino, come qualsiasi altro farmaco, può determinare a seguito di assunzione⁶⁷.

È rispetto proprio a questa fase preliminare che si possono presentare problematiche – coperte dalla scusante di nuovo conio – qualora il somministratore commetta il cd. errore strategico nella fase esecutiva⁶⁸ o, più in generale, non svolga correttamente il proprio

⁶⁴ In tal senso cfr. il parere, con osservazioni, del Comitato per la legislazione sul d.d.l. A.C. n. 3113 di conv., con modif., del d.l. n. 44/2021, che aveva suggerito «l'opportunità di chiarire il termine temporale finale del periodo di limitazione della punibilità, considerato che le disposizioni concernenti il piano strategico nazionale per la vaccinazione non prevedono termini finale». V. in *Atti parlamentari, Camera dei deputati*, XVIII Legislatura, Atto Camera n. 3113-A, p. 3.

⁶⁵ In tal senso G. AMATO, *op. cit.*, p. 50.

⁶⁶ E in ogni caso, l'errore tecnico-esecutivo in queste situazioni è particolarmente raro: F. FURIA, *op. cit.*, p. 6.

⁶⁷ Il consenso riguarda – va precisato – solamente i possibili effetti collaterali riportati nel cd. foglio illustrativo (o bugiardino), cioè la scheda informativa che accompagna ogni farmaco a seguito dell'autorizzazione all'immissione in commercio. Cfr. l'ultima circolare del Ministero della Salute n. 0016722-21/04/2021-DGPRE-DGPRE-P recante l'aggiornamento delle note informative del consenso relativo ai vaccini disponibili contro SARS-CoV-2/COVID-19, in *www.salute.gov.it*.

⁶⁸ Secondo L. FIMIANI, *op. cit.*, p. 4, considerato che l'errore esecutivo nella inoculazione del vaccino non esclude la punibilità (la norma richiede che il sanitario debba necessariamente attenersi a tutte le raccomandazioni) e che la scelta strategica di vaccinarsi ricade sul singolo consociato, e non sul medico, sembra rilevare, quale esimente, l'errore del

operato⁶⁹ e ne scaturisca un evento infausto, di cui sia dimostrato il collegamento causale con la somministrazione⁷⁰.

Sempre con riguardo all'ambito applicativo, la neo introdotta esimente è circoscritta alle fattispecie di cui agli artt. 589 (omicidio colposo) e 590 (lesioni personali colpose) c.p.: scelta ritenuta "minimale" dalle associazioni di categoria⁷¹ ma giudicata del tutto logica dalla dottrina penalistica, essendo queste le uniche ipotesi di reato ascrivibili agli operatori sanitari rispetto all'attività di vaccinazione e ricollegabili al prodursi di eventi avversi conseguenti alla stessa (ad esclusione, naturalmente, delle fattispecie dolose, che restano sempre punibili, nell'ottica di non abbandonare del tutto la tutela di beni primari quali la vita e la salute)⁷².

3.2.1. I rapporti di specialità con l'art. 590-sexies c.p.

Posto il suddetto ambito applicativo, l'art. 3 si sovrappone alla generale causa di non punibilità prevista, in via permanente, dall'art. 590-sexies, comma 2, c.p., rispetto al quale l'esimente si pone – come accenna la Relazione illustrativa al d.l.⁷³ – in rapporto di specialità⁷⁴ (art. 15 c.p.).

Detta natura speciale, nondimeno, è contestata da quanti, a prima lettura, ravvisano invece un rapporto di incompatibilità fra le due fattispecie esimenti, poiché l'art. 3 prevede una condotta non colposa mentre l'art. 590-sexies c.p. prevede una condotta imperita⁷⁵.

A ben vedere, il rapporto di specialità (bilaterale) sembra sussistere in relazione al perimetro applicativo – più ristretto per l'art. 3 d.l. n. 44/2021, che non si riferisce all'attività medica in genere (come il successivo art. 3-bis) ma soltanto a quella di *somministrazione*

somministratore nella fase immediatamente antecedente all'inoculazione, che potrebbe essere definita, richiamando termini conosciuti da autorevole dottrina, il cd. errore strategico nella fase esecutiva. Pertanto – secondo l'A. – «per non qualificare la norma come meramente tautologica, sembra preferibile ritenere che, anche qualora, in base alla situazione del caso concreto, il personale sanitario avrebbe potuto e dovuto prima dell'inoculazione adottare condotte ancora più prudenti e diligenti, ad esempio prescrivendo ulteriori analisi o attendendo un consulto di uno specialista, a causa della situazione patologica del paziente particolarmente grave e peculiare, la colpa di quel medico non si configuri qualora il paziente abbia riportato lesioni o sia deceduto».

⁶⁹ Le norme cautelari, infatti, impongono che il medico si accerti della corretta e completa compilazione dei documenti citati e che ne faccia un'attenta valutazione, volta ad individuare eventuali soggetti a cui il vaccino non possa essere somministrato, secondo le indicazioni fornite sia dall'AIC che dal ministero della salute. L'inoculazione a tali soggetti costituirebbe violazione di regole specifiche e, dunque, errore colposo, traducendosi in un uso scorretto del farmaco che introdurrebbe un rischio *ulteriore* rispetto a quello consentito. In termini F. FURIA, *op. cit.*, p. 4.

⁷⁰ Nel caso del sottufficiale di Marina deceduto a Paternò, a seguito dell'inoculazione del vaccino, la cronaca giudiziaria ha riportato la notizia dell'iscrizione nel registro degli indagati anche degli operatori sanitari che si sono occupati meramente delle fasi preliminari e preparatorie all'inoculazione: nella specie, la consegna e il ritiro del questionario anamnestico e la raccolta dei moduli per il consenso informato.

⁷¹ Cfr. precedente nt. 20.

⁷² In termini F. FURIA, *op. cit.*, p. 11.

⁷³ Cfr. Relazione ministeriale di accompagnamento al d.l. n. 44/2021, in *Atti parlamentari, Senato della Repubblica*, XVIII Legislatura, Atto Senato n. 2167, p. 3.

⁷⁴ In questo senso, in dottrina, v. F. FURIA, *op. cit.*, pp. 11-12.

⁷⁵ *Contra* P. PIRAS, *La non punibilità per gli eventi dannosi da vaccino*, cit., secondo cui c'è rapporto di incompatibilità fra le due fattispecie.

del vaccino – mentre le condizioni di operatività della nuova esimente sono in effetti diverse e, almeno in astratto, più ampie e favorevoli.

In particolare, l'errore scusato qui non è limitato all'imperizia e non c'è nessun riferimento al grado della colpa. In aggiunta, non si richiede che le particolari “linee-guida” indicate, e a cui il vaccinatore si deve attenere, risultino adeguate alla «specificità del caso concreto», come nell'art. 590-*sexies*: le cautele imposte ex art. 3 sono, dunque, svincolate dal sistema nazionale delle linee guida e dalla formalizzazione richiesta dall'art. 5 l. n. 24/2017. Ancora, si prescinde, in sede di accertamento, dall'indagine su regole cautelari *diverse* da quelle indicate espressamente, dal momento che non sarà esigibile altra condotta rispetto a quella pedissequamente conforme alle stesse, pur se l'osservanza di una norma prudenziale diversa avrebbe potuto impedire, nel caso di specie, il verificarsi dell'evento⁷⁶.

Pertanto, sembrerebbe che, per esigenze di velocità, il medico vaccinatore non sia chiamato a valutare l'adeguatezza delle indicazioni contenute nell'A.I.C. e nelle circolari pubblicate dal Ministero della Salute rispetto (v. *postea* § 3.4.1) alle condizioni del vaccinando (ma non ne avrebbe neanche il tempo e, probabilmente, sufficienti conoscenze), dovendo limitarsi alla loro attuazione⁷⁷. Tali *guidelines*, peraltro, già prescrivono le categorie astratte di persone a cui il vaccino può o non può essere inoculato. Ciò contrariamente all'art. 590-*sexies*, comma 2, c.p., che, almeno restando ancorati all'interpretazione prevalente, non scrimina mai il cd. “errore strategico”, ossia la scelta di linee-guida non adeguate alle specificità del caso concreto⁷⁸.

3.3. Efficacia temporale

In coerenza con la chiara vocazione emergenziale della norma in disamina, sussiste un limite al meccanismo esimente sul piano dell'efficacia temporale: la disposizione di favore opera con riferimento alle somministrazioni di vaccini contro SARS-Cov-2/Covid-19 effettuate «nel corso della campagna vaccinale straordinaria in attuazione del piano di cui all'art. 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178»⁷⁹.

⁷⁶ Così C. CUPELLI, *Note a prima lettura, loc. cit.* Sulle differenze con l'art. 590-*sexies*, comma 2, c.p. cfr. altresì L. FIMIANI, *op. cit.*, pp. 3 s.

⁷⁷ F. FURIA, *op. cit.*, p. 12; concorde S. CRIMI, *loc. cit.*, il quale sottolinea che, con una previsione di questo tipo, il rischio è quello di «allontanare il giudizio dal particolarismo causale con tanta fatica ottenuto [con l'introduzione dell'art. 590-*sexies*]».

⁷⁸ F. FURIA, *loc. ult. cit.*

⁷⁹ Anche le proposte di limitazione della responsabilità del personale sanitario in precedenza proposte risultavano costruite per operare esclusivamente in una prospettiva temporalmente limitata all'attuale crisi epidemiologica (cfr. *Dossier del Servizio studi* relativo al d.d.l. di conversione del d.l. n. 44/2021): sul punto G.M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario*, cit., p. 18.

Senonché, *de iure condito*, le disposizioni concernenti il Piano strategico nazionale per la vaccinazione anti-Covid non prevedono termini finali sicché, allo stato, non è dato individuare il termine temporale finale del periodo di limitazione della punibilità⁸⁰.

3.4. Condizioni di operatività

Fermi i suddetti ambiti applicativo-temporali, il meccanismo esimente individuato dall'art. 3 d.l. n. 44/2021 richiede soltanto che l'uso del vaccino contro SARS-Cov-2/Covid-19 sia conforme contemporaneamente:

- a) «alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle competenti autorità» (AIC)⁸¹;
- b) «e alle circolari pubblicate sul sito internet istituzionali del Ministero della salute relative all'attività di vaccinazione».

Entrambi i requisiti sembrano valorizzare a fini esimenti il pervasivo apparato di farmacovigilanza – nel cui spettro si inserisce la vaccinovigilanza⁸² – che sorveglia la sicurezza del prodotto immunologico al fine di assicurare la tutela della sanità pubblica⁸³, come sottintesa nel modulo autorizzativo al commercio, dal momento che proprio il suo esito incentra l'attività valutativa degli organi pubblici, con un set di controlli riguardanti l'intera “vita” del medicinale⁸⁴.

⁸⁰ In tal senso cfr. il parere, con osservazioni, del Comitato per la legislazione sul d.d.l. n. 3113 di conversione del d.l. n. 44/2021, che aveva suggerito l'opportunità di chiarire il termine detto termine finale. V. in *Atti parlamentari, Senato della Repubblica*, XVIII Legislatura, Atto Senato n. 3113-A, p. 3.

⁸¹ In argomento N. CEVOLANI, *Le procedure di autorizzazione a commerciare il vaccino*, ne *Il Corriere giuridico*, 2021, n. 3, p. 301 s., cui si rinvia, in generale, per una compiuta disamina sulle diverse procedure – accentrata, decentrata con mutuo riconoscimento, e nazionale – di autorizzazione alla commercializzazione del vaccino, diversificate a seconda del bacino geografico interessato dalla circolazione del prodotto.

⁸² Per *vaccinovigilanza* si intende l'insieme delle attività di farmacovigilanza relative alla “raccolta, valutazione, analisi e comunicazione degli eventi avversi che seguono l'immunizzazione” (*Adverse Event Following Immunization* o AEFI). In termini più ampi, la farmacovigilanza e la vaccinovigilanza rappresentano un insieme complesso di attività finalizzate a valutare in maniera continuativa tutte le informazioni relative alla sicurezza dei prodotti medicinali e ad accertare che il rapporto beneficio/rischio (B/R) si mantenga favorevole nel corso del tempo. La vaccinovigilanza rappresenta, pertanto, uno strumento utile per monitorare l'uso sicuro dei vaccini, in quanto permette, anche dopo l'approvazione e l'immissione in commercio del prodotto medicinale, di controllarne costantemente efficacia e tollerabilità. L'attuale legislazione europea di Farmacovigilanza, oltre che su leggi e regolamenti, si fonda anche su una serie di misure elaborate per favorire le attività di farmacovigilanza: le *Good Pharmacovigilance Practices* (GVP). Le peculiarità dei vaccini hanno determinato l'elaborazione e la diffusione di una specifica GVP, che integra quanto riportato nelle altre GVP, focalizzando l'attenzione su aspetti specifici dei vaccini e sulle modalità di realizzazione di un'efficace attività di vaccinovigilanza. In termini AIFA, *La vaccinovigilanza in Italia: ruolo e obiettivi*, in www.aifa.gov.it.

⁸³ In questi termini Dir. 2001/83/Ce, al *considerando* 2.

⁸⁴ Superata l'ammissione nel mercato, si tratta di mantenere l'autorizzazione (il tenore del permesso resta suscettibile di modifiche – tendenzialmente imputabili alla maturazione di nuove conoscenze specialistiche – secondo le modalità del Reg. CE n. 1234/2008 della Commissione del 24 novembre 2008) e di ottenere la concessione a fabbricare i medicinali ex artt. 40-54 Dir. n. 83/2001. Le autorità concentrano le verifiche su certi requisiti, riconducibili alla disponibilità di convenienti attrezzature materiali e l'impiego di personale idoneo. Ciascuno Stato membro individua l'autorità preposta al controllo, l'AIFA in Italia, che riscontrando la congruità dell'apparato provvede anche al via libera e può contestualmente caricare l'impresa di ulteriori oneri dettati dalle circostanze. Trovano qui riconoscimento le migliori prassi ordinate alla preparazione, con l'incarico della Commissione di compendiarle in direttiva. Il regime assorbe poi la produzione

Dovendo sussistere congiuntamente i suddetti requisiti, potrebbero insorgere problematiche applicative in caso di (teorico) contrasto tra provvedimento autorizzatorio e contenuto delle circolari ministeriali, tenuto conto anche del loro rapido succedersi in ragione dell'evoluzione epidemiologica e degli eventi avversi via via registrati.

3.4.1. La conformità alle indicazioni dell'AIC

Muovendo dal requisito sub *a*), occorre premettere che il vaccino, in generale, è un *farmaco che stimola il sistema immunitario a produrre anticorpi deputati a combattere microrganismi causa di malattia*⁸⁵.

L'inclusione del vaccino, quale *medicinale immunologico*⁸⁶, alla famiglia dei farmaci lo rende in tutto e per tutto soggetto alle relative regole: appartiene al regime generale del farmaco la procedura che articola la certificazione del vaccino necessaria all'esordio sul mercato, con successiva sua utilizzazione secondo le prescrizioni per le quali ha ottenuto la registrazione e l'immissione in commercio, come si ricava dall'art. 3, comma 1, d.l. n. 23 del 1998, conv., con modif., in l. n. 94 del 1998 (cd. Legge Di Bella).

Se così è, allora, già in coerenza con i principi generali in materia di giudizio di colpa, un uso del vaccino conforme all'Autorizzazione all'Immissione in commercio (AIC), nel quale sono contenute le regole scritte corrispondenti alla miglior scienza ed esperienza del momento storico⁸⁷, sarebbe stato in grado di escludere profili di responsabilità legati alla colpa *specificata* in ipotesi di eventi avversi derivanti dalla somministrazione (lesioni o anche morte). Essendo indubbiamente questa un'attività *rischiosa* ma giuridicamente *autorizzata*, l'evento che si realizza nonostante il rispetto delle norme cautelari (specifiche) concretizza il rischio *consentito* e renderebbe, pertanto, il soggetto inoculatore non punibile. Semmai, una volta provato che l'evento è eziologicamente (e non solo cronologicamente) legato all'assunzione del vaccino, sarebbe all'interno della casa produttrice

delle materie prime destinate all'assemblaggio nel prodotto finito, al pari della mera composizione, e all'importazione. Cfr. N. CEVOLANI, *op. cit.*, p. 302, nt. 9 e 10.

⁸⁵ Definizione tratta dal sito dell'Istituto Superiore di Sanità, in www.iss.it.

⁸⁶ Si tratta di qualificazione legislativa: è “*medicinale immunologico* [...] ogni *medicinale* costituito da vaccini, tossine, sieri o allergeni. I vaccini, tossine o sieri comprendono in particolare: gli agenti impiegati allo scopo di indurre una immunità attiva o un'immunità passiva e gli agenti impiegati allo scopo di diagnosticare lo stato d'immunità. Gli allergeni sono medicinali che hanno lo scopo di individuare o indurre una modificazione acquisita specifica della risposta immunitaria verso un agente allergizzante” ex art. 1 d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219 (“Codice dei medicinali per uso umano”), che recupera l'art. 1, n. 2, Dir. 2001/83/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 novembre 2001, “recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano”. Il testo comunitario approfondisce: “i vaccini, tossine o sieri comprendono in particolare: i) gli agenti impiegati allo scopo di provocare un'immunità attiva, quali il vaccino anticolerico, il BCG, il vaccino antipolio, il vaccino antivaaioloso; ii) gli agenti impiegati allo scopo di diagnosticare lo stato d'immunità comprendenti tra l'altro la tubercolina e la tubercolina PPD, le tossine utilizzate per i test di Schick e Dick, la brucellina; iii) gli agenti impiegati allo scopo di provocare l'immunità passiva quali l'antitossina difterica, la globulina antivaaiolosa, la globulina antilinfocitica”. Sulla classificazione normativa del farmaco, v. CROSETTI, *Il sistema sanitario. Profili organizzativi*, in *Salute e sanità*, a cura di R. Ferrara, in *Trattato di biodiritto*, diretto da Rodotà-Zatti, Milano, 2010, vol. V, pp. 243 e letteratura segnalata alla nt. 221.

⁸⁷ Solitamente i test clinici ramificano in tre fasi: di farmacologia umana; di approfondimento terapeutico; di efficacia clinica e sicurezza (v. la guida pubblicata sul sito dell'Agenzia europea del farmaco in www.ema.europa.eu).

del farmaco (o, al più, tra chi si è occupato della sua distribuzione e conservazione, se gli effetti collaterali sono dovuti ad errori commessi in tale fase) che andrebbero individuati i soggetti responsabili⁸⁸.

L'espressa esclusione *ex art.* 3 d.l. n. 44/2021 della responsabilità penale da somministrazione di vaccino anti SARS-CoV-2/Covid-19 si pone in linea con tali rilievi dottrinali: ribadisce *ope legis* – secondo taluno in forma probabilmente sovrabbondante⁸⁹ ma con sicura valenza anche simbolica – l'esclusione di qualunque residuo margine di rimproverabilità colposa (anche grave) qualora, per l'appunto, siano state rispettate le indicazioni contenute nei documenti summenzionati in capo ai soggetti coinvolti a vario titolo nelle attività di vaccinazione (dunque anche coloro che sono deputati alla distribuzione e alla conservazione dei lotti e alla preparazione delle dosi).

Allo stato, sono quattro i vaccini contro SARS-CoV-2/Covid-19 che hanno ricevuto da parte dell'European Medicine Agency (EMA), con procedura *accelerata*⁹⁰, l'autorizzazione per l'immissione in commercio condizionata in ambito UE⁹¹, con successiva approvazione da parte di AIFA⁹², sicché – a fini esimenti – detti vaccini vanno somministrati in maniera conforme all'AIC rilasciata dall'AIFA per ciascuno di essi, ossia con finalità preventiva del Covid-19 e secondo le *indicazioni* contenute nel foglietto illustrativo (FI) e nel Riassunto delle Caratteristiche del Prodotto (RCP)⁹³. In detti documenti sono contenute le informa-

⁸⁸ Ancora F. FURIA, *op. cit.*, p. 3.

⁸⁹ F. FURIA, *op. cit.*, p. 13, secondo cui il richiamo alle indicazioni contenute nell'AIC è probabilmente superfluo, considerato quanto già previsto dalla l. n. 94 del 1998.

⁹⁰ Nell'ambito delle procedure armonizzate unionali previste ai fini di accesso al circuito commerciale della novità farmaceutica, l'art. 14, par. 9, Reg. CE n. 726/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 – regolamento che disciplina, in generale, la procedura accentrata facente capo all'EMA – si prevede una procedura accelerata, con accorciamento dei termini della fase istruttoria (da 210 a 150 giorni), quando il farmaco presenti un "*elevato interesse per la salute pubblica e in particolare sotto il profilo dell'innovazione terapeutica*". È questa la strada scelta dai produttori per introdurre sul mercato europeo i primi vaccini anti SARS-CoV-2/COVID-19.

⁹¹ L'art. 14-bis, par. 8, Reg. 2004/726/CE, prevede che "[i]n circostanze eccezionali e previa consultazione del richiedente, un'autorizzazione può essere rilasciata a condizione che il richiedente istituisca meccanismi specifici, in particolare concernenti la sicurezza del medicinale e l'informazione alle autorità competenti in merito a qualsiasi incidente collegato all'impiego del medicinale e alle misure da adottare. Tale autorizzazione può essere rilasciata solamente per ragioni obiettive e verificabili e deve basarsi su uno dei motivi previsti dall'allegato I della direttiva 2001/83/CE. La conferma dell'autorizzazione è legata al riesame annuale di tali condizioni". Il rinvio corre alla lett. g) dell'allegato, "Documentazione per domande in circostanze eccezionali".

⁹² Si tratta del vaccino COMIRNATY (Pfizer/Biontech), del vaccino COVID-19 VACCINE MODERNA (Moderna) e del vaccino VAXZEVRIA (AstraZeneca) e, da ultimo, del vaccino COVID 19 VACCINE JANSSEN (Azienda Janssen-Cilag International NV, del gruppo Johnson & Johnson). Il riassunto delle caratteristiche di ciascun prodotto e il foglio illustrativo (agg.to al 13/3/2021) sono disponibili sul sito dell'AIFA al link: www.farmacifarmacia.gov.it/bancadatifarmaci/farmaco?farmaco=049395

⁹³ La documentazione aggiornata del Riassunto delle Caratteristiche del Prodotto (RCP), per ciascun vaccino anti COVID-19 autorizzato da EMA ed AIFA, è pubblicata, insieme ai moduli di consenso ed alle note informative al consenso, sul sito del Ministero della Salute, nella sezione "Nuovo coronavirus - Piano vaccini anti COVID-19".

zioni inerenti alla posologia, alla conservazione, alle modalità di somministrazione e alle possibili controindicazioni⁹⁴.

Va precisato che il requisito in esame attiene all'uso *on-label* del vaccino, cioè per l'appunto conforme a quanto indicato specificamente dall'AIC; di contro, un uso del vaccino *off-label* o comunque scorretto⁹⁵ potrebbe determinare, in caso di effetti avversi successivi all'inoculazione e di dimostrato collegamento causale, la responsabilità penale, anche solo *colposa*, dell'operatore sanitario⁹⁶. Su questo – secondo la prima dottrina – lo “scudo” penale non potrebbe (e non dovrebbe) fare da argine poiché i profili di colpa conseguenti ad eventuali esiti collaterali infausti sarebbero maggiormente pregnanti e sicuramente non suscettibili di esclusione *a priori*, dovendosi indagare se il medico abbia agito nel rispetto di tutte le cautele imposte dalle *leges artis* del caso specifico⁹⁷.

3.4.2. La conformità alle circolari ministeriali

Quanto al requisito sub b), adottando la tecnica del rinvio *mobile*, il legislatore ha conferito valore esimente decisivo (anche) alle circolari del Ministero della salute, via via emanate *in subiecta materia* (su parere della Commissione Tecnica Scientifica di AIFA e di recepimento delle raccomandazioni del CTS) contenenti in particolare:

- le indicazioni (e le estensioni) di utilizzo dei vaccini anti COVID-19 autorizzati da EMA ed AIFA.
- la documentazione aggiornata del modulo di consenso e della nota informativa di consenso.

Il legislatore sembra qui aver chiarito ogni dubbio in merito al possibile ruolo delle circolari quali semplici raccomandazioni o, invece, come vere e proprie linee guida: in assenza di tale previsione, difatti, sarebbe stato incerto il valore giuridico da attribuire *in subiecta materia* alle circolari del Ministero, non pubblicate sul sito dedicato alle *guidelines* dell'Istituto Superiore di Sanità, seppure le stesse potessero essere già valorizzate, secondo i principi generali, quali norme *cautelari specialistiche* da tenere in considerazione nel giudizio sulla colpa⁹⁸.

Pur apprezzandosi, in quest'ottica, l'utilità del positivizzato riferimento alle circolari ministeriali, esso è stato giudicato – a prima lettura – meno preciso rispetto all'altro requisito

⁹⁴ La banca dati dei farmaci che permette la consultazione dei Riassunti delle Caratteristiche del Prodotto (RCP) e dei Fogli Illustrativi (FI) aggiornati dei farmaci autorizzati in Italia è consultabile sul sito dell'AIFA, in www.farmaci.agenziafarmaco.gov.it/bancadatifarmaci/home.

⁹⁵ Uso pur possibile alle condizioni di cui all'art. 3, commi 2 e 3, della l. n. 94 del 1998, ma in tal caso il medico agirebbe “sotto la sua diretta responsabilità” e con esclusione, di conseguenza, di quella della casa farmaceutica.

⁹⁶ F. FURIA, *op. cit.*, pp. 13.

⁹⁷ In termini F. FURIA, *loc. ult. cit.*, il quale precisa che se l'operatore sanitario agisce totalmente al di fuori delle disposizioni di legge sull'utilizzo dei farmaci (quindi oltre le condizioni espressamente poste per l'utilizzo *off-label* dei farmaci dalla legge cd. Di Bella), pone in essere una condotta già di per sé connotata da imperizia (in quanto violativa di regola specialistica) e, dunque, possibilmente colpevole in caso di eventi collaterali causalmente connessi al suo comportamento (*ibidem*, p. 4, nt. 9).

⁹⁸ In termini F. FURIA, *op. cit.*, p. 13.

(a sua volta da taluno ritenuto sovrabbondante), esponendosi, in assenza di ulteriori specificazioni sulla tipologia di prescrizioni e soprattutto sui destinatari delle stesse, al rischio di tradursi in una formula vuota e non vincolante sul piano del rispetto delle regole cautelari⁹⁹.

In effetti, il grado di prescrittività e di capacità vincolante pare dipendere dal contenuto delle disposizioni ministeriali di volta in volta emanate ed applicabili *ratione temporis*: ove il decisore politico traduca in misura perentoria le raccomandazioni del CTS – come avvenuto, da ultimo, ad es. con la circolare 11 giugno 2021 (“Aggiornamento parere CTS vaccini”, recante l’indicazione vincolante circa la somministrazione del vaccino Vaxzevria (già AstraZeneca) «solo a persone di età uguale o superiore ai 60 anni (ciclo completo)»¹⁰⁰], *nulla questio*; diversamente, ove la circolare contenga, più ambiguamente, “raccomandazioni di un *uso preferenziale*” – come avvenuto ad es. con la precedente la circolare 7 aprile 2021, sempre sul vaccino ex AstraZeneca¹⁰¹ – difficilmente la prescrizione sarà sufficientemente determinata per fondare un giudizio di (non) colpa e, più in generale, di (non) responsabilità penale¹⁰².

Ulteriore aspetto problematico potrebbe porsi laddove la circolare ministeriale applicabile *ratione temporis* preveda indicazioni diverse rispetto a quelle fornite dall’EMA (si pensi, ad es., al mancato rispetto dei limiti d’età di somministrazione di vaccino a vettore virale previsti da circolare ministeriale e non dall’EMA).

3.4.3. Inosservanza delle fonti e funzione preventiva delle regole cautelari

Posto che l’art. 3 d.l. n. 44/2021 richiede uno stretto ed ossequioso rispetto delle sopramenzionate fonti (AIC e circolari ministeriali), interpretandolo *a contrario*, occorre chiedersi cosa succede se non venga rispettata una regola ivi contenuta, quando questa sia ininfluente (o influisca solo marginalmente) rispetto al contenimento del rischio connesso all’attività di vaccinazione anti-Covid.

A prima lettura, è stato palesato il rischio che la norma possa avere il paradossale effetto di operare *contra reum*, determinando la responsabilità dell’operatore già per il solo fatto di tenere una condotta difforme dalle *guidelines* (chiaramente in presenza di un evento avverso causalmente collegato all’inoculazione)¹⁰³.

⁹⁹ C. CUPELLI, *Note a prima lettura*, loc. cit.

¹⁰⁰ E ancora: «Per persone che hanno ricevuto la prima dose di tale vaccino e sono al di sotto dei 60 anni di età, il ciclo deve essere completato con una seconda dose di vaccino a mRNA, Comirnaty (Pfizer BioNTech, ndr) o Moderna, da somministrare a una distanza di 8-12 settimane dalla prima dose». Cfr. www.trovanorme.salute.gov.it/norme.

¹⁰¹ «[...] tenuto conto del basso rischio di reazioni avverse di tipo tromboembolico a fronte della elevata mortalità da COVID-19 nelle fasce di età più avanzate, si rappresenta che è raccomandato un suo uso preferenziale nelle persone di età superiore ai 60 anni [...]». Secondo F. FURIA, loc. cit., tale circolare sembra scritta proprio con l’obiettivo di non muovere alcun rimprovero, quale che sia l’età della persona a cui il vaccino viene somministrato.

¹⁰² F. FURIA, loc. cit.

¹⁰³ F. FURIA, op. cit., p. 14.

Effettivamente, almeno rispetto al provvedimento di AIC e ai documenti ad esso corredati, l'ipotesi potrebbe in concreto verificarsi (ad es. i “riassunti delle caratteristiche dei prodotti (RCP)” contengono diverse disposizioni non strettamente concernenti l'attività di inoculazione, come le regole sulle modalità di conservazione e smaltimento dei vaccini)¹⁰⁴. Tuttavia, guardando ai principi generali in tema di causalità ed imputazione colposa, una simile violazione non sarebbe, di regola, idonea a determinare una responsabilità colposa per lesioni o morte, non essendo tali eventi concretizzazione del rischio specifico che dette regole sono preposte a contenere.

Pertanto, pur potendo porsi il dubbio se la nuova disposizione – in ragione della sua eccezionalità e stante la sua formulazione, che non permette di approfondire il giudizio sul profilo causale e soggettivo della colpa – possa derogare a tali regole generali, determinando il rischio di un'estensione punitiva contraria alla sua stessa *ratio*, la risposta finale dovrebbe essere negativa¹⁰⁵.

4. Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19 (art. 3-bis d.l. n. 44/2021)

Il successivo art. 3-bis aggiunto, in sede di conversione, al d.l. n. 44/2021, dalla l. n. 76/2021, introduce una limitazione della «responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19, a tenore del quale *[d]urante lo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19, dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, e successive proroghe, i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale, commessi nell'esercizio di una professione sanitaria e che trovano causa nella situazione di emergenza, sono punibili solo nei casi di colpa grave*» (comma 1).

«Ai fini della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate, nonché della scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, oltre che del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza» (comma 2).

Nel contesto della grave emergenza organizzativa che il sistema sanitario ha dovuto affrontare, il Parlamento ha così tradotto, sul piano positivo, le esigenze di *enforcement* di un modello di contenimento della responsabilità medica (v. *retro* § 2) introducendo un inedito

¹⁰⁴ F. FURIA, *loc. ult. cit.*

¹⁰⁵ Per queste conclusioni – condivisibili – v. F. FURIA, *loc. ult. cit.*

“scudo” meglio definibile come causa di non punibilità della colpa “non grave”¹⁰⁶ – derivante non solo da imperizia, dunque, ma anche da negligenza e imprudenza – per i fatti di omicidio e lesioni causalmente riconducibili alla pandemia da Covid-19.

A differenza dell’art. 3, il quale importa che non ci sia alcuna colpa (né lieve né grave), perché subordina la non punibilità all’osservanza delle regole cautelari in materia di vaccinazione, l’art. 3-*bis*, prevedendo la punibilità della sola colpa grave – peraltro affermata anche in giurisprudenza nei casi di speciale difficoltà o emergenziali secondo la regola dell’art. 2236 c.c.¹⁰⁷) – dovrebbe applicarsi solo se c’è colpa lieve e non assenza di colpa, che trova invece la sua non punibilità nell’art. 43, III alinea, c.p.¹⁰⁸.

D’altro canto, la limitazione dell’esonero da responsabilità sanitaria *in subiecta materia* ai soli casi di colpa lieve consente di assicurare la tutela giudiziaria nei casi di dolo e colpa grave (non giustificabile, cioè, neppure nel contesto emergenziale), rispetto ai quali – si è affermato – non sarebbe stata accettabile l’esclusione della responsabilità¹⁰⁹.

4.1. Ambito applicativo

Quanto alla qualificazione giuridico-penale del fatto, l’art. 3-*bis* è testualmente circoscritto ai fatti inquadrabili nel paradigma degli artt. 589 e 590 c.p., come il precedente art. 3 (v. *retro* § 3.2).

Dal perimetro applicativo della novella disposizione di *favor* sono dunque esclusi i fatti di epidemia colposa (artt. 438 e 452 c.p.): fattispecie, peraltro, applicabile soltanto in casi del

¹⁰⁶ Così C. CUPELLI, *Note a prima lettura, loc. cit.*

¹⁰⁷ Ad es. Cass. pen., Sez. 4, n. 16328 del 5 aprile 2011, P.c. in proc. Montalto, Rv. 251960-01, commentata da I. SARDELLA, *La diligenza professionale nella pratica medica*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2012, pp. 369 ss., così massimata: «In tema di colpa professionale medica, la norma prevista dall’art. 2236 cod. civ. trova applicazione come regola di esperienza cui attenersi nel valutare l’addebito di imperizia del sanitario qualora il caso concreto imponga la soluzione di problemi di specifica difficoltà di carattere tecnico-scientifico. (Nella specie, relativa ad errore diagnostico in un’ipotesi di coma dipendente da dissezione dell’aorta ma attribuito dai medici curanti a problemi neurologici ancorché all’esito di esami cardiologici specifici quali un elettrocardiogramma ed un ecocolordoppler, la Corte ha osservato che la particolare difficoltà ricorre anche laddove si versi in situazioni di emergenza turbate dall’impellenza)».

¹⁰⁸ P. PIRAS, *Lo scudo penale Covid-19, loc. cit.*, il quale pone il seguente esempio: «viene perso un paziente Covid-19, curato a domicilio da un’USCA: se la cura è stata conforme alle circolari del Ministero della salute, non c’è bisogno di sollevare lo scudo: la condotta non è colposa». Anche secondo L. FIMIANI, *op. cit.*, p. 4, anche alla luce della legge Balduzzi e della legge Gelli-Bianco, così come interpretate dalla sentenza *Mariotti*, è ragionevole concludere che gli interpreti riterranno non punibile esclusivamente il medico o il sanitario che si trovi in colpa lieve, anche alla luce dell’art. 2236 cod. civ.

¹⁰⁹ In termini C. CUPELLI, *Note a prima lettura, loc. cit.* Di diversa opinione, prima dell’entrata in vigore degli artt. 3 e 3-*bis* in disamina, R. BARTOLI, *Il diritto penale dell’emergenza*, cit., p. 13, secondo il quale restringere la responsabilità alle ipotesi di colpa grave è giusto, ma ciò solo nei «contesti di normalità in cui si verificano situazioni complesse. Ma non è questa l’ipotesi che viene in gioco», di *emergenza “necessitante”*, «caratterizzata da una permanenza, ove subentra «il principio di esigibilità per cui *ad impossibilia nemo tenetur*, con conseguente esclusione di qualsiasi responsabilità».

tutto peculiari¹¹⁰ - come chiarito anche da recente giurisprudenza¹¹¹ - e al di là dei problemi che pone sul piano del decorso causale reale (si pensi ai decorsi *alternativi leciti*) e del comportamento *alternativo lecito*¹¹².

Tra i reati (dolosi) in astratto configurabili sono inoltre esclusi il rifiuto di atti d'ufficio per ragioni di sanità (art. 328 c.p.: ad es. accertamenti diagnostici no-Covid richiesti e negati o terapie richieste e negate durante l'emergenza sanitaria a determinati pazienti) come pure l'ipotesi di morte o lesioni in conseguenza di altro delitto (art. 586 c.p.: ad es. in conseguenza del rifiuto d'atti d'ufficio per ragioni di sanità).

A prima lettura si è rilevato che dalla norma *de qua* fuoriescono altresì i casi delle cd. *scelte tragiche*¹¹³, essendo dolosa la scelta per la cura di un paziente anziché di un altro, la cui morte viene accettata come conseguenza certa, data l'omessa o sospesa terapia salvavita: la non punibilità della scelta dovrà, quindi, essere valutata in altri ambiti, quali la causa di giustificazione dello stato di necessità (art. 54 c.p.), nell'ipotesi del soccorso a favore del terzo, con criteri di opzione che possono essere rinvenuti nelle raccomandazioni della Società Italiana Anestesia Analgesia Rianimazione Terapia Intensiva o di illuminati comitati etici¹¹⁴.

4.1.1. Limite professionale

Il perimetro applicativo della novella disposizione presenta ulteriori limiti oggettivo-funzionali.

Affinché non dia luogo a responsabilità penale (se non per colpa grave), il fatto di cui all'art. 589 o 590 c.p. deve essere stato anzitutto commesso nell'esercizio di una professione sanitaria.

¹¹⁰ Da un lato l'epidemia passa da un effettivo contagio di persone che a loro volta devono creare le condizioni di pericolo per la salute di altre persone, sicché non è sufficiente il comportamento di chi agisce privo di cautele, essendo necessario un effettivo contagio, come anche non è sufficiente lo stesso effettivo contagio, essendo necessaria un'ulteriore pericolosità per altri soggetti; dall'altro lato, ci si deve chiedere se gli agenti patogeni devono trovarsi o meno in un dominio diretto dell'agente, essendo – questo – probabilmente il punto più problematico della fattispecie. In termini R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'emergenza*, cit., p. 11, il quale ricorda che fino ad ora la poca giurisprudenza che ha applicato questa fattispecie ha richiesto un diretto dominio sugli agenti patogeni, con la conseguenza che – nella specie – occorre qualcosa in più che il risultare semplicemente positivi al Coronavirus. In tema cfr. ampiamente A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, Tomo II, *Reati di comune pericolo mediante frode*, Milano, 2013, p. 203 ss.

¹¹¹ Cfr. da ultimo Cass. pen., Sez. 1, n. 48014 del 30 ottobre 2019, P., Rv. 27226-01, commentata da S. FELICIONI, *Un'interessante pronuncia della Cassazione su epidemia, avvelenamento e adulterazione di acque destinate all'alimentazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 giugno 2018; R. CHIARA, *L'elemento materiale dei reati previsti dagli artt. 438, 439 e 440 c.p.*, in *Cass. pen.*, 2018, n. 10, pp. 3214 ss.; E. MAZZANTI, *Sui torbidi confini del corrompimento colposo di acque*, *ivi*, 2019, n. 8, pp. 2948 ss.

¹¹² Su cui, in tema di omicidio colposo, v. Cass. pen., Sez. 4, n. 7783 dell'11 febbraio 2016, P.C. in proc. Montaguti, Rv. 266356-01.

¹¹³ In tema G.M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra “scelte tragiche” e colpa del medico*, *ivi*, cit., pp. 12 ss.; G. LOSAPPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da “Covid-19” e “scelte tragiche”* (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. cd. “Cura Italia”), *loc. cit.*

¹¹⁴ Così P. PIRAS, *Lo scudo penale Covid-19*, *loc. cit.* I documenti di Buone Pratiche e Raccomandazioni – strumenti utili per gli anestesisti-rianimatori prodotti da SIAARTI nell'emergenza Covid-19, sono scaricabili sul www.siaarti.it/news/335075.

Onde individuare tale ambito professionale, l'*intentio legislatoris* è nel senso della necessità di iscrizione ad albo professionale sanitario¹¹⁵ mentre secondo la prima dottrina, può essere utile avere riguardo alle finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale che caratterizzano la professione sanitaria, come espressamente menzionate nell'art. 5, comma 1, della l. n. 24/2017¹¹⁶.

4.1.2. Limite eziologico

In secondo luogo, il fatto-reato, perché non sia punibile ai sensi dell'art. 3, deve trovare «*causa nella situazione di emergenza*» sanitaria da Covid-19.

In proposito giova rilevare come il testo di legge distingue tra lo *stato di emergenza*, che è oggetto di delibera del Consiglio dei ministri (v. *postea* § 4.2) e «*situazione di emergenza*», che è quella che deve dare «*causa*» al fatto qui considerato.

Prevedendo il succitato limite causale, il legislatore del 2021 ha inteso superare il riferimento meramente *cronologico* al periodo pandemico sicché, a fini esimenti, non basta che i fatti siano avvenuti durante lo stato di emergenza deliberato dal governo, ma devono essere avvenuti in una situazione d'impellenza, di «fretta clinica» tale da alterare il normale processo d'azione: soluzione, questa, ritenuta in linea sia con la succitata *littera legis*, sia con la *ratio* della causa di non punibilità, che non avrebbe altrimenti plausibile giustificazione¹¹⁷.

Il riferimento alla connessione eziologica è apprezzato dai primi commentatori, in quanto consente di ricomprendere – opportunamente – non solo gli eventi relativi a patologie Covid-correlate, ma anche quelli relativi a patologie non Covid-correlate, purché *causate* o *aggravate* dall'abbassamento dei livelli assistenziali in ragione del carattere prioritario accordato al contrasto della pandemia in atto: secondo la dottrina, l'elemento cruciale è rappresentato, in buona sostanza, dall'incidenza del contesto emergenziale sul regolare *modus operandi* dei sanitari, incidenza da prendere in considerazione ai fini della pretesa di conformità alle cautele doverose e, dunque, al livello esigibile di rimproverabilità colposa¹¹⁸.

¹¹⁵ Cfr. Relazione della legge di conversione alla Camera dei deputati (A.C. 3113), in *Atti parlamentari*, cit., p. 10.

¹¹⁶ Secondo P. PIRAS, *loc. ult. cit.*, particolare attenzione meritano le finalità preventive (sul singolo paziente, non di carattere generale), che sono oggetto delle regole anti-contagio SARS-CoV-2. Per quanto riguarda i dirigenti delle ASL, qualora chiamati a rispondere d'inosservanze di quelle regole alle quali sono seguite morte o lesioni, e i dirigenti delle RSA – secondo l'A. – è fuori discussione che si tratti di ruoli che hanno finalità preventive. «Se tuttavia si ritiene che la previsione sia riferibile ai dirigenti, il riferimento dovrebbe valere solo per i dirigenti sanitari, perché abilitati all'esercizio di una professione sanitaria con relativo titolo (ad es. medico chirurgo). Non quindi per gli altri dirigenti, di solito in possesso di laurea in giurisprudenza o economia. Non pare cioè doversi ammettere una nozione di prestazione sanitaria che sia prettamente funzionale a finalità preventive e quindi del tutto sganciata da un titolo abilitante. L'ambito sarebbe davvero eccessivo».

¹¹⁷ Così P. PIRAS, *loc. ult. cit.*, secondo cui è «ben diversa la situazione di chi si trova in Pronto Soccorso a dovere sostenere l'arrivo di autoambulanze in coda l'una all'altra con pazienti Covid in insufficienza respiratoria da polmonite, rispetto al medico che, in tutta tranquillità, a casa propria, scotomizza al telefono un quadro Covid, senza neppure procedere al triage telefonico dei sintomi e dei dati anamnestici e solo prescrivendo paracetamolo ad un paziente febbrile».

¹¹⁸ C. CUPELLI, *Note a prima lettura*, *loc. cit.*

4.2. Efficacia temporale

La disposizione in disamina, attesa la sua *ratio* ed *occasio* emergenziale, incontra evidente un limite temporale connesso alla sua natura di norma temporanea (ed eccezionale): la disposizione di favore, come già si desume dalla *rubrica legis* («*Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19*»), è infatti destinata ad operare «*durante lo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19, dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, e successive proroghe*», quindi, allo stato fino al 31 dicembre 2021.

Va precisato che lo stato di emergenza influisce sulla condotta, ostacolando o rendendo impossibile quella corretta, ma non influisce sull'evento (lesioni o morte), che ben potrà verificarsi in un momento successivo alla conclusione della fase emergenziale (ad es. errata diagnosi il 14 giugno 2021, morte del paziente Covid-19 dopo il 31 luglio). Quindi, rientreranno nella novella previsione legislativa anche i casi di morte o lesione che dovessero verificarsi (allo stato) dopo il 31 luglio, a fronte, ad es., di errata diagnosi commessa prima¹¹⁹.

Come anticipato (v. *retro* § 1), rispetto alla causa di non punibilità generale di cui all'art. 590-*sexies* c.p., quella in commento è norma di favore contenente un più propizio regime di imputazione colposa: essa, pertanto, trova applicazione retroattiva anche in relazione ai fatti commessi, sempre nel periodo emergenziale (quindi dal 31 gennaio 2020) ma prima del 1° giugno 2021, data di entrata in vigore della legge di conversione.

4.3. Definizione orientativa di colpa grave

Il comma 2 dell'art. 3-*bis* del d.l. specifica che «*ai fini della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate, nonché della scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, oltre che del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza*» (comma 2)¹²⁰.

¹¹⁹ Sul *tempus commissi delicti* nei cd. reati a evento differito vedi Cass. pen., Sez. U, n. 40986 del 19 luglio 2018, P., Rv. 273923-01, commentata da S. ZIRULIA, *Le Sezioni Unite sul tempus commissi delicti nei reati c.d. ad evento differito (con un obiter dictum sui reati permanenti e abituali)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4 ottobre 2018; D. BIANCHI, *Il tempus commissi delicti nello specchio della Costituzione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2019, pp. 676 ss.; A. NOCERA, *Tempus commissi delicti e reati ad evento differito*, in *Cass. pen.*, 2019, pp. 76 ss.; M. GAMBARDILLA, in *Tempus commissi delicti e principio di irretroattività sfavorevole: il caso dell'omicidio stradale*, in *Diritto penale e processo*, 2019, pp. 65 ss.; C. MINNELLA, *Tempus condotta garantisce il "calcolo" delle conseguenze*, in *Guida al diritto*, 2019, n. 5, pp. 72 ss.

¹²⁰ In sede di parere, con osservazioni, del Comitato per la legislazione sul d.d.l. n. 3113 di conversione del d.l. n. 44/2021, sotto il profilo della chiarezza e della proprietà della formulazione, si era suggerita l'opportunità di «precisare meglio i

Trattasi di definizione *orientativa* di colpa grave – come definita a prima lettura – ove sono elencati gli indici in base ai quali il giudice penale deve operare l'accertamento, sottratto quindi alla sua assoluta discrezionalità¹²¹.

Valorizzandosi la *littera legis* («...tra i fattori...») si è anche sottolineato in dottrina che quelli positivizzati non sono *tutti* i fattori apprezzabili a fini esimenti, essendosi lasciata aperta la via di accesso ad altri fattori; in ogni caso, non si sarebbe data una definizione di colpa grave, ma si sarebbero solamente individuati *alcuni* fattori costituenti null'altro che dati di valutazione, cioè il *che cosa* si deve valutare, mentre non si sarebbe qui previsto il criterio di valutazione, cioè il *come* si devono valutare i dati¹²².

Ciò premesso in termini generali, vengono in rilievo, in particolare, tre diversi indici che possono concorrere ad escludere la gravità della colpa:

- a) la limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2, che può incidere tanto sull'esatto quadro patologico quanto, conseguentemente, sulle più appropriate terapie (ad es. omessa somministrazione di eparina quando ancora non si conosceva il meccanismo patogenetico del SARS-CoV-2 attivante coagulopatia; o somministrazione farmacologica *off-label* per cura Covid-19, basata solo su un approccio razionale e non su letteratura internazionalmente accreditata, perché ancora assente¹²³);
- b) la scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero di casi da trattare, che può riflettersi sull'adeguata gestione e cura dei pazienti (si pensi, ad es., alla morte avvenuta in un covidario, cioè in un luogo più o meno acconcio dove veniva collocato il paziente Covid dopo la visita in Pronto soccorso e in attesa del ricovero nel reparto di destinazione, non disponibile perché già saturo¹²⁴).
- c) il minor grado di esperienza e di conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza, che si riverbera sulla misura soggettiva di rimproverabilità (si pensi, ad es., all'esordio dell'epidemia, al mancato isolamento di un paziente sintomatico Covid-19 da parte di un medico non infettivologo, con conseguente diffusione del virus e successive malattie delle persone entrate in contatto col paziente¹²⁵). In tale ipotesi, la mancanza di un'adeguata specializzazione, da parte del sanitario chiamato a prestare servizio nel contesto emergenziale (ad es. nei reparti Covid), non potrà essere valutata alla stregua degli stessi indici di gravità della colpa per assunzione valevoli in contesti non emergenziali.

parametri in base ai quali, ai sensi del comma 2, il giudice è chiamato a valutare il grado della colpa». V. in *Atti parlamentari, Senato della Repubblica*, XVIII Legislatura, Atto Camera n. 3113-A, pp. 3-4.

¹²¹ C. CUPELLI, *loc. ult. cit.*

¹²² P. PIRAS, *Lo scudo penale*, cit.

¹²³ Esempi tratti da P. PIRAS, *loc. ult. cit.*

¹²⁴ Esempio tratto da P. PIRAS, *loc. ult. cit.*

¹²⁵ Esempio tratto da P. PIRAS, *loc. ult. cit.*

Secondo la prima dottrina favorevole al *novum* legislativo l'esplicitazione dei suddetti indici di valutazione della colpa grave «consente una ragionevole uniformità nell'accertamento giudiziale, senza tuttavia compromettere una diversa modulazione della risposta in sede applicativa, che possa tenere conto delle peculiari circostanze del caso concreto»; al contempo, permette di attenuare il timore che il passare del tempo faccia “dimenticare” la situazione così particolare in cui i medici sono stati chiamati ad operare, contribuendo meritoriamente a sterilizzare la pericolosa tendenza applicativa a valorizzare la logica del “*senno del poi*” nella valutazione delle condotte degli operatori sanitari¹²⁶.

¹²⁶ C. CUPELLI, *loc. ult. cit.*

Le “Case della comunità” del PNRR: alcune considerazioni su un’innovazione che merita di essere valorizzata*

Emanuele Rossi**

SOMMARIO: 1. Dalle “strutture di prossimità” del decreto Rilancio alle “Case della comunità” del PNRR. – 2. Le finalità che si intendono perseguire con queste nuove strutture organizzative e le funzioni attribuite. – 3. I caratteri della sperimentazione secondo il decreto Rilancio. – 4. I precedenti: le Case della salute. – 5. L’esigenza di definire con chiarezza gli obiettivi delle strutture di prossimità/case della comunità. – 6. Il ruolo del Terzo settore.

1. Dalle “strutture di prossimità” del decreto Rilancio alle “Case della comunità” del PNRR

Non c’è alcun dubbio che quella scatenata dal Covid-19 è stata una vera e propria “tempesta”¹, un evento storico che ci costringe a ripensare a molti aspetti del vivere sociale come anche a numerose dimensioni dell’organizzazione istituzionale. E tra queste, in primo piano, vi sono quelle che attengono alla tutela della salute delle persone, intesa nella pienezza di significato che ben conosciamo e che abbiamo imparato a conoscere sempre

* Relazione al web seminar “*LE CASE DELLA COMUNITÀ: UN’OPPORTUNITÀ DA NON PERDERE. Dalla sperimentazione nazionale dell’art. 1, comma 4-bis, Decreto Rilancio all’attuazione del PNRR*”, promosso dall’Università Cattolica del Sacro Cuore, in collaborazione con la Società italiana di Diritto sanitario, la rivista scientifica Corti Supreme e Salute e l’Università del Piemonte Orientale. L’A. ringrazia per la collaborazione, sempre preziosa, il dott. Paolo Addis della Scuola Superiore Sant’Anna.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale presso la Scuola Universitaria Superiore “Sant’Anna” di Pisa, emanuele.rossi@santannapisa.it.

¹ Per riprendere il titolo del volume collettaneo curato da A. D’ALOIA, *La tempesta del Covid. Dimensioni bioetiche*, Milano, Franco Angeli, 2021.

di più. Salute che non può non investire le altre dimensioni del vivere, la cui connessione con “l’assenza di malattie” è stata avvertita come imprescindibile. Per questo, il sistema sanitario deve concepirsi sempre più come sistema *sociosanitario*, ovvero finalizzato al benessere complessivo della persona e della comunità.

In tale luce devono considerarsi gli interventi che il legislatore ha realizzato, e che muovono dall’esigenza, che il diffondersi della pandemia ha reso all’evidenza irrinunciabile, di un potenziamento ma anche di una riorganizzazione della rete assistenziale. Tra queste misure si colloca la previsione delle c.d. “*strutture di prossimità*”, introdotta in sede di conversione come art. 1, comma 4-*bis* d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (convertito in l. 17 luglio 2020, n. 77), di cui specificamente ci occuperemo.

Il successivo Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), con il quale il Governo ha programmato l’utilizzo delle risorse rese disponibili dal programma Next Generation EU (NGEU) in risposta alla crisi pandemica (trasmesso al Parlamento il 25 aprile 2021), ha previsto un investimento per le “*Case della comunità*”, definendone in termini generali caratteristiche e finalità.

Il primo interrogativo che si deve affrontare, nel considerare questi due interventi, riguarda il significato da attribuire alla doppia previsione: in particolare, se le “*strutture di prossimità*” e le “*Case della comunità*” debbano essere intese come espressione della medesima fattispecie organizzativa o se invece debbano ritenersi riferite a due progettualità differenti. Tra le due formulazioni, in verità, vi sono alcune differenze non marginali, come si dirà: e tuttavia l’ipotesi è che l’intenzione del legislatore e del Governo mirino a realizzare lo stesso modello, pur se diversamente nominato. Se tale ipotesi è vera – ed è comunque quella che qui si presuppone – occorre individuare i tratti distintivi che devono essere ricostruiti mediante un’analisi sistematica delle previsioni che li riguardano.

Partiamo dunque dalla disposizione del decreto Rilancio. Essa prevede una sperimentazione che deve essere avviata su impulso del Ministero della salute mediante un atto la cui natura non viene specificata (dovrebbe quindi trattarsi di un decreto ministeriale), da adottare “sulla base di un atto di intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano”: con esso, come prevede la legge, viene “coordinata la sperimentazione per il biennio 2020-2021”.

Una piccola e forse non inutile sottolineatura al riguardo: al momento, tale atto non risulta ancora essere stato adottato (e neppure approvato dalla Conferenza Stato-Regioni), sebbene sia circolato un testo (come subito dirò): essendo ormai a giugno 2021 inoltrato si può nutrire qualche fondato dubbio sulla realizzazione della sperimentazione nel biennio indicato dalla legge, biennio che dovrebbe concludersi a dicembre 2021 (peraltro questo avrebbe dovuto essere chiaro anche al legislatore, in quanto la legge che ha introdotto la previsione è entrata in vigore alla fine del mese di luglio 2020). Ma tralasciamo questo punto, immaginando che in qualche decreto-legge di proroga dei termini legislativi possa trovare ospitalità anche un ampliamento del termine per la sperimentazione in questione. Come si è detto, la disposizione della legge del 2020 non è rimasta senza seguito nell’ordinamento giuridico: ed infatti il PNRR ha ripreso il tema, con alcune differenze rispetto

alla previsione normativa (come si è detto), inserendo la previsione di “Case della comunità e presa in carico della persona” all’interno della Missione 6 “Salute”, con lo scopo di “rafforzare la capacità di fornire servizi adeguati sul territorio”. Anche nel Piano è previsto “uno strumento di programmazione negoziata che vedrà il Ministero della Salute, anche attraverso i suoi Enti vigilati, come autorità responsabile per l’implementazione e il coinvolgimento delle amministrazioni regionali e di tutti gli altri enti interessati”.

Come accennato, l’atto previsto dalla legge del 2020 è stato predisposto dalla Direzione generale della Programmazione sanitaria del Ministero della salute, ma al momento non è stato ancora approvato in sede di Conferenza. Al testo attualmente disponibile farò comunque riferimento per alcune considerazioni.

2. Le finalità che si intendono perseguire con queste nuove strutture organizzative e le funzioni attribuite

Analizziamo in primo luogo le finalità che con le strutture indicate si intendono perseguire. Esse si ricavano analizzando il testo della disposizione legislativa in sistema con le previsioni del PNRR.

La norma contenuta nell’art. 1, comma 4 *bis*, del d.l. n. 34/2020 indica come finalità principale la realizzazione degli obiettivi di cui ai due commi precedenti (n. 3 e 4). Il primo di essi è riferito alle attività di assistenza domiciliare integrata o equivalenti per i pazienti in isolamento anche ospitati presso le strutture temporanee attivate per l’emergenza Covid; mentre il comma 4 si riferisce alle cure dovute ai soggetti contagiati (sempre per l’emergenza Covid) nonché a tutte le persone fragili (tra cui coloro in isolamento domiciliare o sottoposti a quarantena, i soggetti affetti da malattie croniche, disabili, con disturbi mentali, con dipendenze patologiche, non autosufficienti, con bisogni di cure palliative e di terapia del dolore) la cui condizione risulta aggravata dall’emergenza in corso, nel senso di incrementare e indirizzare le azioni terapeutiche e assistenziali a livello domiciliare.

Dunque, sembra di capire, un obiettivo è (sperabilmente) contingente e transeunte, legato alla particolare situazione in essere (e d’altra parte il decreto-legge in cui la previsione è contenuta è riferito a quella particolare situazione²), mentre il secondo ha caratteristiche più di sistema e di lungo periodo. Tali obiettivi sono poi ribaditi dalla stessa disposizione contenuta nel d.l., che indica nella promozione della salute e nella prevenzione, nella presa in carico e nella riabilitazione delle categorie di persone più fragili il senso dell’innovazione.

² Per una rassegna delle innovazioni introdotte sul Servizio sanitario nazionale dalla normativa intervenuta per fronteggiare l’emergenza da Covid-19 v. G. F. FERRARI, *Il nuovo piano di rafforzamento del SSN*, in Id., *Osservatorio del farmaco 2021*, Milano, EGEA, 2021, pp. 52 ss.; A. PIOGGIA, *La sanità italiana di fronte alla pandemia. Un banco di prova che offre una lezione per il futuro*, in *Diritto pubblico*, 2020, n. 2, pp. 385 ss.

Si può dire, in sostanza, che le “strutture di prossimità” sono pensate prevalentemente per le persone con maggiori fragilità, al fine di rafforzare nei loro confronti i servizi di assistenza domiciliare integrata.

La previsione del PNRR sembra muovere da una diversa prospettiva, certamente più ambiziosa: vi si legge infatti che “l’attuazione della riforma intende perseguire una nuova strategia sanitaria, sostenuta dalla definizione di un adeguato assetto istituzionale e organizzativo, che consenta al Paese di conseguire standard qualitativi di cura adeguati, in linea con i migliori paesi europei”. In tale orizzonte complessivo, le Case di comunità costituiscono lo strumento mediante cui “potenziare e riorganizzare i servizi offerti sul territorio migliorandone la qualità”: in esse verranno coordinati “tutti i servizi offerti” (si dovrebbe intendere: dal sistema sanitario e sociale a livello territoriale), ma al contempo specificando “in particolare ai malati cronici”.

Le finalità di carattere generale indicate vengono specificate con l’indicazione delle funzioni attribuite alle strutture, che si collocano in un’ottica di rafforzamento della medicina territoriale³.

Per la legge n. 77/2020 esse operano in quattro ambiti: la promozione della salute, la prevenzione, la presa in carico e la riabilitazione, mediante modalità che riducano le scelte di istituzionalizzazione e favoriscano la domiciliarità. Quest’ultimo punto, che contribuisce a definire anche le finalità dell’intervento, si collega logicamente alla destinazione di esso a soggetti con maggiori fragilità, i quali, in assenza di tali interventi, sarebbero costretti a prospettive di istituzionalizzazione.

La proposta di atto ministeriale sopra indicata specifica tali riferimenti, precisando che “L’obiettivo ideale è promuovere il benessere, la qualità della vita e l’autonomia di tutte le persone con particolare attenzione a quelle fragili, prevenire l’aggravamento delle patologie e il mantenimento dell’autonomia, evitare ricoveri impropri e favorire la permanenza nel loro contesto di vita nel rispetto prioritario della cultura della domiciliarità della persona”. Ed ancora, in esso si legge che “I servizi forniti dalle strutture di prossimità favoriscono la domiciliarità e riducono l’istituzionalizzazione, con l’obiettivo principale di preservare il benessere e la capacità di vivere, per consentire alla persona di far fronte ai propri limiti e di poter mantenere, il più possibile, il “controllo” della propria vita”. In verità tale prospettiva pare contraddetta da quello che si afferma poco dopo, nel medesimo documento, dove si precisa che “la struttura prevede un’ampia gamma di servizi con l’obiettivo di soddisfare, in maniera appropriata, i bisogni delle persone cui si rivolge, *potenzialmente tutti i cittadini della comunità di riferimento*”. Tralasciamo quest’ultima frase e proviamo invece a prendere per buona la precedente.

³ Quell’area che, come è stato sottolineato, ha rivelato nell’emergenza da Covid-19 la propria debolezza, ed il cui rafforzamento si è dimostrato necessario di fronte a patologie virali a diffusione pandemica “che richiedono interventi insieme capillari e personalizzati”: così A. PIOGGIA, *La sanità italiana*, cit., p. 401.

Quindi, nella prospettiva della legge, come attuata (se il testo dell’atto ministeriale diverrà definitivo) dall’esecutivo, scopo primario di queste forme di sperimentazione è – mi pare – molto vicino a quello indicato da mons. Vincenzo Paglia, Presidente della Commissione per la riforma dell’assistenza per la popolazione anziana istituita dal Ministero della salute, il quale auspica “una rivoluzione copernicana” nelle strategie di assistenza agli *anziani non autosufficienti*: una nuova assistenza domiciliare, sanitaria e sociale, che arrivi ai 2 milioni e 700 anziani sopra i 75 anni con disabilità o problemi motori, che consenta ad essi di restare a casa propria anche con il supporto di strutture di semi-residenzialità (come potrebbero diventare le RSA)⁴. La sperimentazione, peraltro, non dovrebbe riguardare soltanto la categoria di persone fragili indicate da Paglia: e tuttavia l’obiettivo dovrebbe coincidere.

Rispetto a tale prospettiva, le “Case della comunità” come previste dal PNRR presentano diversi elementi di differenza. Come si è detto, infatti, esse hanno riguardo a tutti i servizi offerti sul territorio: per il PNRR “la Casa della Comunità diventerà lo strumento attraverso cui coordinare tutti i servizi offerti, in particolare [quindi, non solo] ai malati cronici” ed in essa “sarà presente il punto unico di accesso alle prestazioni sanitarie”, nonché “il punto di riferimento continuativo per la popolazione, anche attraverso un’infrastruttura informatica, un punto prelievi e la strumentazione polispecialistica”. Inoltre, viene valorizzata sia la dimensione della continuità assistenziale, sia l’utilizzazione di infrastrutture informatiche: due dei punti qualificanti anche del d.l. n. 158/2012 (decreto Balduzzi).

In sostanza, a me pare che le due prospettive indicate non siano coincidenti, ma che in essa si possa individuare un rapporto tra parte e tutto: nella *sperimentazione* (di cui al d.l. n. 34/2020) si dovrà verificare la funzionalità di un sistema finalizzato a ridurre la istituzionalizzazione delle persone fragili e a favorirne nei limiti del possibile la domiciliarità; nella *prospettiva “a regime”* (indicata dal PNRR) tale obiettivo dovrebbe essere inserito in un contesto più generale di prossimità dell’assistenza sanitaria e sociale alle persone sul territorio, che costituisca riferimento in particolare per tutte le persone fragili in esso residenti, e in generale per tutti coloro che avranno necessità di assistenza.

Che le due prospettive (della legge e del PNRR) siano diverse è confermato anche da un aspetto non secondario: le “strutture di prossimità” (stando almeno all’atto ministeriale) “non sono necessariamente un luogo fisico, ma piuttosto un modello organizzativo di aggregazione funzionale”; mentre per il PNRR la Casa della Comunità sarà “una struttura fisica in cui opererà un team multidisciplinare di medici di medicina generale, pediatri di libera scelta, medici specialistici, infermieri di comunità, altri professionisti della salute e potrà ospitare anche assistenti sociali”.

⁴ N. MAGNANI, Mons. Paglia “aiutiamo anziani a rimanere a casa”/“Stop monopolio Rsa su assistenza”, in *il Sussidiario.net*, 5 maggio 2021.

Mi pare evidente che o la prospettiva della sperimentazione riguarda qualcosa di diverso da quello cui ha riguardo il PNRR, oppure che le due prospettive debbano essere integrate. Tra l'altro, si potrebbe dubitare della razionalità di un modo di operare nel quale da un lato si avvia (nei termini in cui si è detto) una sperimentazione biennale, e dall'altro si prevede una situazione a regime (che quindi dà per acquisito il buon esito della sperimentazione), rinviando ad un decreto ministeriale da adottarsi entro il 2021 (quindi, prima del termine della sperimentazione, anche nell'ipotesi in cui essa fosse partita in tempo...) la definizione di standard strutturali, organizzativi e tecnologici omogenei per l'assistenza territoriale e l'identificazione delle strutture a essa deputate, e addirittura indicando la prospettiva numerica che si dovrà raggiungere (nel PNRR è indicato il numero di 1288 Case della Comunità da attivare entro la metà del 2026, per un costo complessivo di 2 miliardi di euro).

A conferma di quanto detto con riguardo al PNRR, e al netto di alcune valutazioni critiche che sono state espresse⁵, è da sottolineare l'attenzione, rispetto al quadro tracciato nel 2007 con il decreto ministeriale che aveva avviato le Case della salute (di cui si dirà), alla dimensione tecnologica, considerato che la digitalizzazione è uno dei punti fondamentali dell'agenda di governo dell'esecutivo Draghi. Così, le Case della comunità sono inserite all'interno di un asse strategico bipartito; da un lato, infatti, si legge che la missione 6 del PNRR è articolata su "Reti di prossimità, strutture intermedie e telemedicina per l'assistenza sanitaria territoriale: *gli interventi di questa componente intendono rafforzare le prestazioni erogate sul territorio grazie al potenziamento e alla creazione di strutture e presidi territoriali (come le Case della Comunità e gli Ospedali di Comunità*⁶), il rafforzamento dell'assistenza domiciliare, lo sviluppo della telemedicina e una più efficace integrazione con tutti i servizi socio-sanitari" (corsivo aggiunto); dall'altro si legge che "Innovazione, ricerca e digitalizzazione del servizio sanitario nazionale (...) consentiranno il rinnovamento e l'ammodernamento delle strutture tecnologiche e digitali esistenti, il completamento e la diffusione del Fascicolo Sanitario Elettronico (FSE), una migliore capacità di erogazione e monitoraggio dei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA) attraverso più efficaci sistemi informativi. Rilevanti risorse sono destinate anche alla ricerca scientifica e a favorire il trasferimento tecnologico, oltre che a rafforzare le competenze e il capitale umano del SSN anche mediante il potenziamento della formazione del personale".

⁵ Si veda quanto riportato nel report CREA, *Case della salute e presidi territoriali di assistenza. Lo stato dell'arte*, pubblicato nel mese di marzo 2020 e disponibile online all'indirizzo <http://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato8337424.pdf>.

⁶ Va ricordato che gli Ospedali di comunità sono una realtà ben diversa dalle Case della comunità, configurandosi come una struttura di ricovero breve per quei pazienti che, a seguito di un episodio di acuzie minori o per la riacutizzazione di patologie croniche, necessitano di interventi sanitari a bassa intensità critica. L'ospedale di comunità svolgerà insomma una funzione intermedia tra la cura domiciliare e il ricovero ospedaliero: così nella definizione offertane dal Presidente della Conferenza Stato-Regioni a valle dell'intesa sancita il 20 gennaio 2020 con il Governo (in *Regioni.it*, 26 febbraio 2020).

3. I caratteri della sperimentazione secondo il decreto Rilancio

Cerchiamo ora di comprendere in che cosa dovrebbe consistere il modello di strutture di prossimità di cui il d.l. n. 34/2020 prevede una sperimentazione biennale: non prima di avere segnalato la ragione per cui una siffatta previsione trovi spazio nell’ambito delle misure conseguenti alla diffusione della pandemia da Covid-19. Occorre al riguardo ricordare come la vicenda che abbiamo vissuto (e che certamente non si è ancora conclusa) ha fatto emergere diverse situazioni di criticità del sistema sanitario, e che “i punti di debolezza principali si concentrano nel settore dell’assistenza territoriale e in quello dell’integrazione socio-sanitaria”⁷.

In tale contesto, la prima dimensione che la previsione normativa intende perseguire è riferita “al principio della piena integrazione socio-sanitaria”: sull’evidente presupposto che quella sin qui realizzata sia un’integrazione ancora incompleta. Al riguardo occorre ricordare che un’integrazione effettiva deve realizzarsi in una prospettiva multidimensionale (come già indicato dal Piano sanitario 1998 – 2000), “attraverso i principi propri alla *primary care* e gioca ruoli complementari nell’ambito dell’assistenza primaria tra il livello micro (relativo alla dimensione clinica), meso (proprio della dimensione organizzativa) e macro (relativo alla dimensione di sistema)”, tra loro connessi mediante l’integrazione di tipo funzionale⁸.

Preliminare a ciò risulta l’esigenza di una efficace *integrazione istituzionale*, che richiede la “collaborazione fra istituzioni diverse (aziende sanitarie, amministrazioni comunali, ecc.) che si organizzano per conseguire comuni obiettivi di salute”. A questa deve affiancarsi una integrazione di tipo *gestionale*, riguardante il piano della struttura operativa: essa si deve realizzare in senso generale nell’ambito del distretto, mentre in modo più puntuale deve trovare applicazione nei singoli servizi, “individuando configurazioni organizzative e meccanismi di coordinamento atti a garantire l’efficace svolgimento delle attività, dei processi e delle prestazioni”. In terzo luogo, l’integrazione deve riguardare anche le *professioni* coinvolte, mediante una collaborazione che può risultare facilitata, come ancora evidenziato dal Piano nazionale, dalla costituzione di unità valutative integrate, dalla gestione

⁷ R. BALDUZZI, *Quale assetto istituzionale del nuovo Ssn tra Stato e Regioni?*, in corso di pubblicazione su *Arco di Giano*. Secondo M. FABI, *Prospettive e sfide della sanità dopo il Covid*, in A. D’ALIOIA (a cura di), *La tempesta del Covid*, cit., p. 25, l’organizzazione in dipartimenti del sistema ospedaliero e di quello territoriale si è rivelata – di fronte alla sfida del Covid – inefficace: “rispondere a una domanda di salute così pervasiva, monotematica e con quei volumi con le strutture dipartimentali esistenti sarebbe stato un fallimento”. Anche secondo A. PIOGGIA, *La sanità italiana*, cit., p. 402, “l’integrazione sociosanitaria non può essere concepita come un ambito di risulta, marginale, ma deve essere ricostruita come luogo di presa in carico complessiva, centrale nel sistema delle cure”.

⁸ M. BONCIANI, S. BARSANTI, D. MATARRESE, *Esperienze di integrazione nell’assistenza primaria basate sulla co-location dei servizi: quali prospettive per il modello della Casa della Salute?*, in *MecoSan*, 2015, n. 96, pp. 84 ss. In tema sia consentito rinviare anche a E. ROSSI, *Il “sociosanitario”: una scommessa incompiuta?*, in *Corti Supreme e Salute*, 2018, n. 2, pp. 249 ss.

unitaria della documentazione, dalla valutazione dell'impatto economico delle decisioni, dalla definizione delle responsabilità nel lavoro integrato, dalla continuità terapeutica tra ospedale e distretto, dalla collaborazione tra strutture residenziali e territoriali, dalla predisposizione di percorsi assistenziali appropriati per tipologie d'intervento, nonché dall'utilizzo di indici di complessità delle prestazioni integrate.

Dunque, le strutture di prossimità in questione dovrebbero operare su tutti e tre i piani indicati, sul presupposto di un'integrazione anche nel livello istituzionale.

La seconda caratteristica di tale sperimentazione è che essa deve coinvolgere le istituzioni presenti nel territorio, nonché il "volontariato locale" e gli "enti del Terzo settore senza scopo di lucro". Mi soffermerò più avanti sulla imprecisione di tali ultimi riferimenti: al momento basti rilevare che dovrebbe trattarsi di una forma organizzativa che coinvolge le diverse espressioni del welfare locale (da qui – forse – la ridenominazione in "Case della comunità" ad opera del PNRR), la cui modalità di attivazione dovrà essere realizzata mediante gli strumenti messi a disposizione dalla legislazione vigente (e di cui si dirà).

Terza caratteristica, peraltro indicata come *eventuale*, è data dal "ricorso a strumenti innovativi quale il budget di salute individuale e di comunità".

Il c.d. budget di salute è stato definito dall'Osservatorio nazionale sulla condizione delle persone con disabilità quale "strumento di definizione quantitativa e qualitativa delle risorse economiche, professionali e umane necessarie per innescare un processo volto a restituire centralità alla persona, attraverso un progetto individuale globale". Esso è oggetto di una proposta di legge presentata in Parlamento il 9 aprile 2019 (AC n. 1752, prima firmataria D'Arrando del Movimento 5 stelle), attualmente all'esame della XII Commissione Affari sociali della Camera, mentre alcune regioni lo hanno adottato come strumento integrato di gestione degli interventi sociosanitari (alcune con legge: Friuli-Venezia Giulia, Lazio, Campania, altre con atto amministrativo: Emilia-Romagna, Sicilia, Toscana). Nella relazione di accompagnamento della proposta di legge nazionale si legge che il budget di salute, "inteso nel senso di 'piano finanziario per il benessere', è l'unità di misura che indica quante e quali risorse umane, tecnico-professionali ed economico-finanziarie e per quanto tempo si devono investire per realizzare progetti terapeutici riabilitativi individualizzati con una probabilità di recupero alta e basata sulla valutazione di ipotesi soggettive e di finalità condivise".

Quella contenuta nel d.l. n. 34/2020 deve essere pertanto considerata, al momento, una previsione che richiede specificazioni, anche a livello normativo, e che tuttavia indica, nella sua sinteticità ed almeno con riguardo al budget individuale, una preferenza per il modello del sussidio personale (del tipo *fee for service* piuttosto che *fee for outcome*). Non è chiaro, in questo, come il richiamo al budget di comunità possa correggere o mitigare il primo riferimento: né l'atto ministeriale indicato all'inizio offre soluzioni al riguardo (limitandosi a richiamare la previsione legislativa). Da segnalare altresì che il riferimento al budget non è ripreso nel PNRR, che quindi sembra considerarlo come un'opzione possibile ma non necessaria (come, del resto, è nella stessa legge).

Ulteriore caratteristica è che queste sperimentazioni “consentano la valutazione dei risultati ottenuti”: profilo che dovrebbe costituire una caratteristica necessaria e indefettibile di ciascuna sperimentazione.

4. I precedenti: le Case della salute

Analizzato, almeno per grandi linee, il contesto normativo di riferimento, possiamo svolgere alcune osservazioni.

Il modello sperimentale adottato dall’art. 1, comma 4-*bis*, d.l. 34/2020, pare avere una qualche connessione (peraltro da verificare) con le Case della salute (d’ora in avanti, Cds) già presenti in alcuni contesti regionali, di cui si riferirà qui sinteticamente⁹. A livello nazionale, l’idea di istituire delle strutture così denominate fu lanciata nel 2006: Livia Turco, nel definire le linee programmatiche del Governo Prodi-II, affermò che “L’indicazione strategica è un grande obiettivo: costituire le ‘Case della salute’ dove si realizzi l’integrazione tra sanitario e sociale, in un quadro di sviluppo delle cure primarie a livello nazionale”. Tale struttura sarebbe dovuta diventare, nella prospettiva indicata dal Ministro, “la struttura polivalente e funzionale in grado di erogare materialmente l’insieme delle cure primarie e di garantire la continuità assistenziale con l’ospedale e le attività di prevenzione”, dove perseguire “la prevenzione primaria, secondaria e terziaria, l’educazione sanitaria e le corrette pratiche di autogestione delle malattie croniche” e dove attivare “un’assistenza domiciliare delle cure a forte integrazione multidisciplinare”, nonché istituzionalizzare “la partecipazione dei cittadini che viene garantita attraverso procedure certe, codificate e periodicamente verificate”¹⁰.

L’anno successivo venne emanato un d.m. (10 luglio 2007) in cui fu previsto un finanziamento dei progetti attuativi del Piano sanitario nazionale – Linee guida per l’accesso al cofinanziamento alle Regioni e alle Province autonome di Trento e Bolzano, per la “Sperimentazione del modello assistenziale case della salute”; in seguito, la sperimentazione venne prolungata, a più riprese¹¹. Il d.m. definiva la Casa della salute come “struttura poli-

⁹ Cfr., per una mappatura, *Case della salute ed Ospedali di comunità: i presidi delle cure intermedie. Mappatura sul territorio e normativa nazionale e regionale*, Servizio studi Camera, 1° marzo 2021.

¹⁰ L. TURCO, *Un New Deal della Salute Linee del programma di Governo per la promozione ed equità della salute dei cittadini. Audizione del Ministro della Salute Livia Turco alla Commissione Affari Sociali della Camera dei Deputati*, 27 giugno 2006, reperibile qui: http://www.ministerosalute.it/imgs/C_17_pubblicazioni_530_allegato.pdf.

¹¹ In particolare, con il d.m. 14 ottobre 2009 si prevedeva che all’interno di tale linea progettuale potessero essere ritenuti validi ai fini dell’accesso al cofinanziamento tanto progetti che consentissero la riduzione degli accessi impropri nelle strutture di emergenza ed il miglioramento della rete assistenziale territoriale, garantendo l’assistenza sanitaria nelle 24 ore, attraverso lo sviluppo di modalità organizzative, quanto progetti che facilitassero il rapporto Ospedale - Territorio, anche attraverso il miglioramento delle modalità di comunicazione tra Ospedale e Medico di Medicina Generale, dal ricovero del paziente fino al momento della dimissione protetta, con l’attuazione di percorsi diagnostici terapeutici condivisi e mediante utilizzo di strumenti informatici e telematici.

valente in grado di erogare in uno stesso spazio fisico l'insieme delle prestazioni socio-sanitarie" e quale "struttura di riferimento per l'erogazione dell'insieme delle cure primarie". Sulla base di ciò, le regioni hanno avviato sperimentazioni sul proprio territorio.

In particolare l'Emilia-Romagna vi ha dato avvio mediante le previsioni contenute nella DGR 291/2010, successivamente integrate con la DGR 2128/2016. Tali atti hanno individuato gli strumenti di carattere organizzativo e assistenziale funzionali al miglioramento dell'integrazione delle cure, ed anche i meccanismi di presa in carico delle persone, definendo la Casa della salute quale "struttura facilmente riconoscibile e raggiungibile dalla popolazione, dove trovare risposta alla maggior parte dei bisogni, attraverso la garanzia dell'accesso e dell'erogazione dell'assistenza sanitaria, socio-sanitaria e socio-assistenziale in integrazione con i professionisti dell'ambito sociale", nonché "come un presidio del Distretto, la cui gestione complessiva è affidata al Dipartimento di Cure Primarie, che cura le interfacce con gli altri dipartimenti".

L'esperienza delle Case della salute è stata oggetto, in quella regione, di un confronto politico abbastanza acceso. Nel mese di agosto 2020 è stato pubblicato uno studio¹², curato dall'Agenzia sanitaria regionale, con l'obiettivo di valutare, sulla base di dati aggiornati, l'impatto del modello delle 120 Cds presenti sul territorio regionale. Le conclusioni di massima sono così formulate: "I risultati positivi osservati sulla riduzione dell'utilizzo inappropriato dei servizi di emergenza e delle strutture ospedaliere e sull'aumento degli accessi all'assistenza domiciliare integrata sono sicuramente incoraggianti. Quando letti congiuntamente a quanto rilevato nell'indagine effettuata dall'Agenzia Sanitaria e Sociale sulla qualità percepita dagli utenti, che ha evidenziato un alto grado di soddisfazione dei servizi ricevuti, si può concludere che le Case della Salute iniziano a dare i frutti attesi sulle dimensioni indagate". In particolare, nel rapporto si precisa che la presenza delle Cds avrebbe prodotto una consistente diminuzione degli accessi al pronto soccorso (con un calo quantificabile nella misura del 16.1%) e una diminuzione, meno marcata ma sensibile (2.4%), nei ricoveri in condizioni "sensibili al trattamento ambulatoriale"; al contrario, si registra un aumento (9.5%) degli episodi di cura domiciliare. Va però segnalato come il report in parola riferisca anche di una certa differenziazione di carattere territoriale: nelle città di Parma, Reggio Emilia, Bologna, Ferrara e Ravenna, infatti, gli effetti paiono essere più contenuti e disomogenei. Se da un lato, infatti, il calo delle visite al pronto soccorso risulta costante (10.3%), non emergerebbero invece, complessivamente, né un calo dei ricoveri in condizioni "sensibili al trattamento ambulatoriale", né un aumento delle cure domiciliari: secondo gli autori del report, ciò potrebbe essere dovuto a una pluralità di fattori, che vanno dalla facilità di accesso al pronto soccorso in alcuni dei contesti urbani appena menzionati, alle peculiarità dei modelli organizzativi adottati a livello locale.

¹² Dossier n. 269/2020 – Valutazione di impatto delle Case della Salute su indicatori di cura, 2009-2019, redatto da LUCIA NOBILIO, ELENA BERTI e MARIA LUISA MORO, disponibile online all'indirizzo <https://assr.regione.emilia-romagna.it/pubblicazioni/dossier/doss269>

In Toscana la sperimentazione delle Cds ha avuto inizio con la delibera regionale n. 139 del 25 febbraio 2008, con cui furono approvati i progetti pilota per la sperimentazione del modello assistenziale in tre aziende sanitarie: tale sperimentazione ha trovato conferme in diversi atti dell'esecutivo regionale¹³, in applicazione della L.R. 4 giugno 2019, n. 29 (“Le Case della Salute. Modifiche alla L.R. 40/2005”). La delibera iniziale ha definito la Cds quale “parte fondamentale ed essenziale della rete dei servizi aziendali delle Cure Primarie, permettendo una relazione diretta tra l’assistenza territoriale e gli altri nodi della rete assistenziale. È strutturata in sedi fisiche ben riconoscibili e presenti in maniera omogenea sul territorio regionale e i cittadini saranno presi in carico per i loro problemi assistenziali da team multiprofessionali coordinati clinicamente dai medici di medicina generale titolari della scelta del singolo paziente, garantendo la fluidità dei percorsi ed i necessari raccordi con gli altri servizi aziendali attraverso la medicina di comunità”.

Tale sperimentazione è stata oggetto di studio e di analisi¹⁴: una rilevazione del 2016 realizzata per conto della Regione Toscana da parte della Scuola Superiore Sant’Anna¹⁵ ha censito 52 Case della salute attivate tra il 2006 e il 2015, segnalando che in ciascuna di esse si trovano una “media” di 7 medici di medicina generale, 9 infermieri, 9 specialisti, 2 assistenti sociali, 4 amministrativi, 3 OSS e 3 medici di continuità assistenziale. Insieme rilevando “una notevole differenza di offerta” tra di esse: ma anche osservando un ridotto coinvolgimento degli specialisti e degli assistenti sociali nella gestione condivisa dell’assistenza del paziente.

Sul piano sovra-regionale, uno studio condotto da Censis e dal Dipartimento Dies della Università di Roma Sapienza del 2009, con riferimento a otto contesti regionali (Piemonte, Veneto, Emilia-Romagna, Toscana, Lazio, Puglia, Sicilia e Sardegna) ha fatto emergere non poche criticità del sistema introdotto con il “progetto Turco”. Con riguardo in particolare al quadro delle “cure primarie” si è rilevata una “profonda disomogeneità nelle forme di intervento territoriale”, con la coesistenza di “strutture e servizi a complessità molto variabile, passando da realtà nelle quali la prossimità tra servizi diversi consentiva il *merge* sistematico di più soggetti, a contesti in cui prevalevano aggregazioni sporadiche o parziali”. La situazione non sembra migliorata negli anni successivi. Nel 2015 è stata presentata una rilevazione condotta a livello sindacale (da Sumai-Assoprof), che ha elaborato un’analisi su 8 progetti regionali (Sicilia, Emilia Romagna, Toscana, Lazio, Lombardia, Campania, Marche, Puglia), e da cui si rileva una “Disomogenea presenza sul territorio, la mancanza di un progetto comune, un’applicazione di facciata in alcune realtà, una specialistica ambulatoriale non sempre rappresentata e sistemi informatici differenti”. Anche la deno-

¹³ Cfr., da ultimo, Atto di indirizzo sulle Case della Salute (Delibera n. 770 del 22 giugno 2020 – Allegato A).

¹⁴ Cfr. S. BARSANTI, M. BONCIANI, *General practitioners: Between integration and co-location. The case of primary care centers in Tuscany, Italy*, in *Health Serv Manage Res.*, 2019, n. 32, pp. 1 ss.; A. BRAMBILLA, G. MACCIOCO, *Le Case della salute*, in *Recenti Prog Med*, 2014, pp. 147 ss.

¹⁵ S. BARSANTI, M. BONCIANI, L. ROTI, *Case della salute*, Pisa, Edizione Polistampa, 2016.

minazione di queste realtà varia in modo significativo: in 4 regioni (Emilia Romagna, Toscana, Lazio, Marche) vengono chiamate Case della salute (Cds); in Puglia e Sicilia Presidi territoriali di assistenza (Pta), in Campania Strutture polifunzionali per la salute (Sps) e in Lombardia Chronicle related Group (Creg). Ancor più marcate sono le differenze sulla composizione professionale.

Una più recente ricerca del CREA Sanità¹⁶, condotta su tutto il territorio nazionale, ha indicato gli elementi ricorrenti in tutte le normative regionali reperite (tra i quali l'assunzione del paradigma della medicina d'iniziativa, il focus su prevenzione e promozione della salute, sull'integrazione professionale e sull'individualizzazione delle cure, l'importanza della continuità assistenziale e dell'integrazione ospedale-territorio, al presa in carico della cronicità), individuando rilevanti differenze tra i modelli prescelti, che vanno da un estremo in cui si situano le regioni che privilegiano l'integrazione "fisica" dei servizi (Emilia-Romagna, Toscana, Marche e Lazio) e l'altro in cui si collocano quelle che privilegiano l'integrazione funzionale (Lombardia), mentre nel mezzo si pone l'esperienza denominata Presidi Territoriali di Assistenza (Puglia e Sicilia), che unisce elementi di offerta e integrazione funzionale.

Un dossier del Servizio studi della Camera dei deputati del 1° marzo 2021 ha contato le strutture attive che possono richiamarsi al modello delle Cds: esse risultano sviluppate soprattutto in Emilia-Romagna (124 strutture), in Piemonte, Veneto e Toscana (rispettivamente 71, 77 e 76) e in Sicilia (55), mentre in altre regioni i numeri son assai inferiori. Nessuna di queste risulta attiva in Lombardia, Campania, Puglia, Trentino-Alto Adige e in altre regioni.

Alla luce di tale esperienza e dei suoi risultati concreti, affinché la nuova sperimentazione voluta dal d.l. n. 34/2020 possa produrre gli effetti desiderati e non "si traduca in un'operazione puramente nominalistica, cioè l'uso di un nome nuovo per chiamare delle cose vecchie"¹⁷, è necessario definire che cosa si vuole intendere ed ottenere con le strutture di prossimità/Case della comunità e, successivamente, definire con chiarezza i requisiti organizzativi perché esse possano concorrere a perseguire gli obiettivi, facendo tesoro dell'esperienza avviata nel 2007.

Occorre infine segnalare, e non da ultimo in termini di importanza, come la riforma realizzata nel 2012 (mediante il d.l. n. 158/2012, convertito in l. n. 189/2012) abbia previsto la riorganizzazione dell'assistenza territoriale, a partire dalla medicina generale, mediante modalità operative che prevedono "forme organizzative monoprofessionali, denominate aggregazioni funzionali territoriali, che condividono, in forma strutturata, obiettivi e percorsi assistenziali, strumenti di valutazione della qualità assistenziale, linee guida, audit e strumenti analoghi". Nella riforma fu anche inserita la possibilità per il Ministro della

¹⁶ CREA Sanità, *Case della salute e presidi territoriali di assistenza*, Roma, 23 marzo 2020.

¹⁷ Come denuncia I. CAVICCHI, *Riforma o controriforma pro Terzo settore?*, in *il Manifesto*, 11 maggio 2021, p. 19.

salute di emanare “disposizioni per l’attuazione in via transitoria dei principi” della riforma qualora entro sei mesi non si fosse proceduto all’adeguamento degli accordi collettivi nazionali concernenti i medici convenzionati¹⁸.

5. L’esigenza di definire con chiarezza gli obiettivi delle strutture di prossimità/case della comunità

Alla luce di quanto esposto sino a ora, ritengo che in apertura di questa nuova fase dell’organizzazione sociosanitaria debbano essere definiti gli obiettivi che con queste nuove strutture si intendono realizzare, chiarendo almeno quattro aspetti.

In primo luogo, che tali “strutture” non possono essere pensate (soltanto) per la gestione di situazioni emergenziali (ed – in esse – di quella derivata dalla diffusione della pandemia da Covid-19), bensì devono essere costruite in maniera tale da dare una *risposta stabile* alle esigenze della popolazione anche oltre le fasi di emergenza (il che ovviamente non deve escluderne l’operatività anche in tali fasi): esse dovrebbero infatti consentire un salto di qualità nel gestire l’accesso normale e la continuità assistenziale. Questa seconda prospettiva tende a valorizzare “un’impostazione generale in cui ciò che si propone per la tematica COVID, nel risolvere il problema attuale, fa da apripista per un impianto che poi sarà generale per reggere le sfide assistenziali che ci verranno dalle nuove transizioni epidemiologiche, in cui il mix sarà cronicità e problematiche infettivologiche emergenti e riemergenti”¹⁹.

In secondo luogo, deve essere chiarito se esse sono rivolte ad un *target di persone definito* (anziani non autosufficienti, persone con disabilità psichica o fisica, persone con altre forme di fragilità) oppure sono pensate come strutture del sistema (socio)sanitario rivolte a tutta la popolazione²⁰: ritengo fondamentale a tale riguardo andare nella seconda delle direzioni indicate, al fine di consolidare modelli organizzativi capaci di essere stabilizzati nelle risposte di livelli essenziali di assistenza.

Ancora, occorre definire se dette strutture debbano realizzarsi nell’ambito di uno spazio fisico dedicato oppure limitarsi a costituire modelli organizzativi e funzionali: ritengo al

¹⁸ Su questi profili, cfr. R. BALDUZZI, *I principi della riforma e la sua attuazione*, in *Tra il dire e il fare*, 2021, n. spec., pp. 13 ss.; E. JORIO, D. SERVETTI, *La difficile riforma dell’assistenza primaria, tra legge statale, accordi collettivi e programmazione regionale*, in *Corti Supreme e Salute*, 2019, n. 2, pp. 259 ss.

¹⁹ Così F. PALUMBO, *Perché le Case della Salute hanno ancora molto da dire*, disponibile online all’indirizzo http://www.quotidianosanita.it/lettere-al-direttore/articolo.php?articolo_id=87121

²⁰ In tal senso, ad esempio, v. G. SESSA, V. COLMEGNA, *La Casa della Comunità non è un ambulatorio ma un nuovo modo di promuovere la salute*, in www.sossanita.org, per i quali “la casa della Comunità non è (non dovrebbe essere) un poliambulatorio cioè una casa della Sanità ma una casa della Salute – intesa come benessere individuale e collettivo – dove la comunità è protagonista, insieme alle Istituzioni (Enti Locali, Scuola, Lavoro, Ambiente, Asl), al terzo settore no profit e al volontariato, in un comune disegno condiviso che denominiamo “Progetto di Salute” per quel territorio e per quella comunità”.

riguardo che non si possa prescindere da entrambe le dimensioni, sia in quanto la compresenza in uno stesso spazio fisico può favorire una maggiore integrazione gestionale e professionale²¹, sia in quanto, senza la seconda, forte sarebbe il rischio di giungere a soluzioni di “*co-housing*” tali da rendere insignificanti le successive ipotesi di co-progettazione di interventi adeguati, e pertanto anche di risultati efficaci.

Infine, si dovrà specificare se esse saranno concepite e realizzate alla stregua di una “nuova” infrastruttura organizzativa ovvero possano costituire una “condizione” organizzativa per unificare, o perlomeno rendere più efficaci, i percorsi di accesso: anche in questo caso, la prospettiva che si auspica è sicuramente la seconda.

Una volta definito – chiariti questi punti – l’obiettivo che si intende raggiungere, credo sia necessario interrogarsi sulle ragioni che hanno sin qui portato ad uno scarso successo dell’esperienza passata, al fine di non ricadere nei medesimi errori. Anche in questo caso mi limito ad un’elencazione sintetica per punti.

In primo luogo, riterrei opportuno ricercare, nelle modalità organizzative che saranno individuate sulla base degli obiettivi prefissati, il massimo possibile di omogeneità sul territorio nazionale: chiamare con lo stesso nome realtà molto diverse, con obiettivi, modalità e organizzazioni differenti non giova né al senso della sperimentazione né tantomeno al risultato finale che si intende perseguire. Comprendo che la ripartizione delle competenze costituzionali tra Stato e Regioni può costituire un limite a tale auspicio, e che il radicamento di “modelli” regionali è indice – spesso – di ricchezza nei territori, anche in relazione al capitale sociale ivi presente: ma nondimeno il carattere sperimentale dell’iniziativa, finalizzato a individuare un modello soddisfacente e efficiente capace di essere adottato su scala nazionale, dovrebbe indurre le amministrazioni regionali ad operare con lo sguardo rivolto alla dimensione sovra-regionale, anche superando eventuali criticità. Peraltro, il dilemma tra uniformità e rispetto delle esigenze di differenziazione costituisce uno degli snodi maggiormente critici di questo tipo di sperimentazioni²².

In secondo luogo, e considerando che condividere il medesimo spazio non comporta di per sé operare in maniera coordinata e integrata, la prospettiva di realizzare una struttura efficiente presuppone la definizione di una *governance* efficace: il che implica – in primo luogo – chiarezza di responsabilità tra i vari soggetti coinvolti. In particolare, occorre definire a chi spetta indirizzare l’azione della struttura, a chi spetta dirigerla, quali poteri

²¹ Sulla percezione positiva dei pazienti relativamente all’attività multidisciplinare realizzata in *co-location* cfr. M. BONCIANI, S. BARSANTI, A.M. MURANTE, *Is the co-location of GPs in primary care centres associated with a higher patient satisfaction? Evidence from a population survey in Italy*, in *BMC Health Services Research*, 2017, n. 17.

²² Che l’intervento del legislatore relativo alle risposte all’emergenza pandemica debba leggersi anche nel senso di “un tentativo di creare maggiori condizioni di uniformità sul territorio nazionale, attenuando le differenze tra i sistemi sanitari regionali” è sostenuto anche da G.F. FERRARI, *Il nuovo piano di rafforzamento del SSN*, cit., p. 64. Analogamente F. PALUMBO, *Dal Decreto Rilancio molte risorse per la sanità. Ma le Regioni non vanno lasciate sole. Per “fare presto e bene” meglio prevedere affiancamento e supporto da Ministero Salute, Iss e Agenas*, in *www.quotidianosanita.it*, 20 maggio 2020.

devono essere attribuiti a chi la dirige e quali responsabilità ricadono su quanti vi operano. È evidente, al riguardo, che il potere di direzione e di coordinamento richiede che tutti coloro che operano all'interno della struttura siano soggetti a tale potere, indipendentemente dalla propria appartenenza istituzionale. E mi pare altresì evidente che la funzione direzionale non possa essere attribuita al Direttore di Distretto, al quale possono e devono essere riconosciuti funzioni di indirizzo e controllo, ma non di direzione effettiva. Il che pone un problema non secondario soprattutto in relazione ai rapporti esistenti tra azienda sanitaria e medici di medicina generale²³; ma è un problema che deve essere posto ed affrontato se si intende imprimere un reale cambiamento di prospettiva.

In terzo luogo, se si vuole davvero che tali strutture possano realizzare la “piena integrazione socio-sanitaria” e garantire la “presa in carico” della persona, è necessario che in esse sia non soltanto assicurata la presenza di tutte le figure professionali necessarie (presupposto ovviamente indefettibile), ma anche che vi sia un effettivo coordinamento operativo delle stesse e delle attività che si intendono svolgere: il che richiede un lavoro di équipe costante ed adeguato, con la definizione di un ruolo di leader (con le competenze necessarie, ed i poteri connessi al ruolo), una formazione inter-professionale delle persone coinvolte e la condivisione di dati informatizzati²⁴. Quanto alla presenza in tali strutture degli assistenti sociali, il PNRR precisa che nelle Case di comunità essa “rafforzerà il ruolo dei servizi sociali territoriali nonché una loro maggiore integrazione con la componente sanitaria assistenziale”: espressione che deve essere letta come superamento del regime di facoltatività indicato dal d.l. n. 34/2020²⁵.

A monte di tutto questo dovrebbe collocarsi una prospettiva di ancor più ampio respiro, quale quella recentemente riproposta da Livia Turco: ovvero la definizione dei livelli essenziali sociali, che la stessa ritiene debba collocarsi all'interno di una concezione della salute come bene comune e dunque delle Case della Salute/Case di Comunità, al fine di rendere effettiva l'integrazione sociosanitaria²⁶.

²³ Scrive al riguardo, in modo netto R. BALDUZZI, *op. cit.*: “quanto al rapporto con i professionisti da coinvolgere nel percorso di integrazione socio-sanitaria, sarà decisiva la determinazione con cui i decisori politici, a livello nazionale e regionale, affronteranno le sfide con quelle categorie o pezzi di categoria storicamente meno inclini a un coinvolgimento pieno e operativo all'interno del Servizio sanitario nazionale: (...) l'ordinamento giuridico conosce norme, tuttora vigenti, idonee ad assicurare la priorità delle esigenze collettive rispetto a questa o quella deriva corporativa”.

²⁴ Sono queste anche le proposte avanzate nella rilevazione della Scuola Superiore Sant'Anna.

²⁵ Nel senso del necessario superamento della previsione che rende facoltativa la presenza dell'assistente sociale anche R. BALDUZZI, *op. cit.*

²⁶ L. TURCO, *La legge 328/2000 Legge quadro per la realizzazione di un sistema integrato di interventi e servizi venti anni dopo*, in *Politiche sociali*, 2020, n. 3, p. 521. In argomento v. A. BANCHERO, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali sono diventati realtà? Considerazioni in materia di servizi sociali e sociosanitari, in base alla disciplina della legge 17 luglio 2020, n. 77*, in *Corti Supreme e Salute*, 2020, n. 2, pp. 393 ss.

6. Il ruolo del Terzo settore

Un aspetto meritevole di particolare attenzione richiede il coinvolgimento “del volontariato locale e degli enti del Terzo settore senza scopo di lucro”, come prevede l’art. 1, comma 4 *bis*, d.l. n. 34/2020. Ho già fatto cenno alla non felice formulazione della disposizione: indico brevemente le ragioni.

Il riferimento al “volontariato locale”, considerato che le *organizzazioni di volontariato* sono enti del Terzo settore (quindi già ricomprese nella seconda parte della previsione), potrebbe intendersi quale necessità di coinvolgimento anche di enti *non* del Terzo settore ma che si definiscano “di volontariato” (e quindi, in ipotesi, anche non iscritti in alcun registro). Ipotesi che condurrebbe a conseguenze assai complesse da gestire, oltre a porre significativi problemi di parità di trattamento, non discriminazione, verifica della presenza di requisiti necessari, ed altro ancora. Ritengo pertanto che questa sia una strada da evitare, e sia più opportuno ritenere che il coinvolgimento debba riguardare *soltanto gli enti del Terzo settore* (tra i quali, ovviamente, anche le organizzazioni di volontariato).

Quanto poi alla previsione riguardante gli “enti del Terzo settore senza scopo di lucro” si deve ricordare che a seguito dell’entrata in vigore del Codice del Terzo settore (d.leg. n. 117/2017) tutti gli enti che possono definirsi “del Terzo settore” devono essere senza scopo di lucro: pertanto la precisazione indicata nel testo normativo deve qui intendersi a fini descrittivi e non prescrittivi. Piuttosto va ricordato che per essere qualificato come del Terzo settore un ente deve essere iscritto nel Registro unico nazionale: quindi gli enti da coinvolgere nella sperimentazione delle strutture di prossimità potranno essere soltanto quelli iscritti nel RUNTS. Da segnalare anche, al riguardo, che il PNRR non fa riferimento a tali soggetti.

Superati tuttavia questi limiti, credo che in termini generali si debba riconoscere il valore di siffatta previsione, la cui connessione con l’obiettivo di realizzare una efficace integrazione socio-sanitaria è stata autorevolmente sottolineata²⁷, ed è coerente con l’auspicio, contenuto nel PNRR, di considerare “sempre più il Servizio sanitario nazionale come parte di un più ampio sistema di welfare comunitario”. Al fine di realizzare effettivamente la prospettiva che mediante le Case di comunità si possa giungere alla “rifondazione del sistema di welfare”²⁸, questa sperimentazione potrebbe favorire l’attivazione di due strumenti normativi che il Codice del Terzo settore ha introdotto, e che sono stati oggetto anche di una importante sentenza della Corte costituzionale (sentenza n. 131/2020). Mi riferisco alla co-

²⁷ R. BALDUZZI, *op. cit.*, per il quale “l’integrazione socio-sanitaria acquista pienezza e spessore quando enti territoriali, enti funzionali, professionisti e volontariato-Terzo settore realizzano un’autentica integrazione comunitaria”.

²⁸ Come auspicano G. SESSA, V. COLMEGNA, *La Casa della Comunità*, cit. Secondo S. ZAMAGNI, *La lezione e il monito della pandemia da Covid-19*, in AA.VV., *Pandemia e resilienza*, Roma, Cnr Edizioni, 2020, p. 37, “non c’è alternativa alla *welfare society*. Ciò è massimamente vero in sanità, come l’esperienza di questo tempo ci indica. Si tenga presente che la salute è un bene comune, né un bene privato né un bene pubblico. Ne deriva che la sua *governance* non può essere né privatistica né pubblicistica”.

programmazione e alla co-progettazione, strumenti entrambi introdotti dall’art. 55, il quale impone alle amministrazioni pubbliche di assicurare “il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione e accreditamento”, specificando che per co-programmazione deve intendersi quell’attività “finalizzata all’individuazione dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili”, mentre la co-progettazione è l’attività che ha come fine la definizione ed eventualmente la realizzazione “di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti”²⁹.

Nell’interpretazione che ne ha offerto la Corte costituzionale nella richiamata decisione, il coinvolgimento degli enti del Terzo settore in tali procedure si giustifica in quanto essi costituiscono “un insieme limitato di soggetti giuridici dotati di caratteri specifici (art. 4), rivolti a «perseguire il bene comune» (art. 1), a svolgere «attività di interesse generale» (art. 5), senza perseguire finalità lucrative soggettive (art. 8), sottoposti a un sistema pubblicistico di registrazione (art. 11) e a rigorosi controlli (articoli da 90 a 97)”³⁰: elementi che la legislazione valorizza “come la chiave di volta di un nuovo rapporto collaborativo con i soggetti pubblici: secondo le disposizioni specifiche delle leggi di settore e in coerenza con quanto disposto dal codice medesimo, agli enti del Terzo settore, al fine di rendere più efficace l’azione amministrativa nei settori di attività di interesse generale definiti dal Codice del Terzo settore, è riconosciuta una specifica attitudine a partecipare insieme ai soggetti pubblici alla realizzazione dell’interesse generale”.

Se dunque per gli enti diversi da quelli appartenenti al mondo del Terzo settore il rapporto che si instaura con la pubblica amministrazione è di tipo sinallagmatico, quello che riguarda gli enti del Terzo settore è di tipo collaborativo: e ciò in quanto questi ultimi sono costituiti al fine di perseguire quello stesso *interesse generale* cui anche le pubbliche amministrazioni devono essere rivolte. Ed infatti la Corte considera l’art. 55 quale “espressa attuazione (...) del principio di cui all’ultimo comma dell’art. 118 Cost.”.

Di recente, il Ministero ha emanato delle accurate Linee-guida finalizzate all’attuazione della disposizione, adottate con Decreto del Ministero del Lavoro in data 30 marzo 2021. In particolare, per realizzare una procedura di co-progettazione, tale documento indica la necessità di adottare procedure comparative ad evidenza pubblica. Il relativo procedimento deve essere indetto da parte dell’amministrazione pubblica, ma può essere proposto anche da parte di uno o più enti del Terzo settore; dovrà essere poi pubblicato un avviso in cui dettagliare finalità e oggetto del procedimento, durata, quadro economico compren-

²⁹ In tema v., da ultimo, S. PELLIZZARI, A. MAGLIARI (a cura di), *Pubblica amministrazione e Terzo settore*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019; F. SANCHINI, *Profili costituzionali del Terzo settore*, Milano, Giuffrè, 2021; A. FICI, L. GALLO, F. GIGLIONI (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020.

³⁰ Aspetti, sia consentito sottolineare, che inducono nettamente a distinguere il Terzo settore dal privato *tout court*: prospettiva che non sembra ben colta da chi auspica che, per le Case di comunità, sia preferibile tornare ai consorzi o ai comitati di gestione di una volta nominati dai comuni (I. CAVICCHI, *Riforma o controriforma*, cit.).

sivo delle risorse economiche messe a disposizione, ad altri aspetti di rilievo. Nell'ipotesi in cui l'iniziativa provenga da un ente, questa deve essere accompagnata da una proposta progettuale: se accolta, viene pubblicato un avviso in cui si dà notizia della valutazione positiva e si chiede ad altri enti del Terzo settore eventualmente interessati di presentare proprie proposte, per procedere poi a una valutazione comparativa. Per quanto riguarda lo svolgimento delle sessioni di co-progettazione si indicano due modalità alternative: o l'attivazione di un tavolo di co-progettazione alla presenza dei soli enti del Terzo settore le cui proposte siano state valutate positivamente; oppure l'ammissione alla co-progettazione di tutti gli enti in possesso dei requisiti previsti dagli avvisi.

In ogni caso, se al termine dell'attività di co-progettazione si raggiunge un accordo unanime tra enti del Terzo settore e pubblica amministrazione, il verbale che ne dà conto costituisce accordo integrativo o sostitutivo del provvedimento finale dell'ente. In forza di ciò, il procedimento termina con la sottoscrizione di una convenzione tra l'amministrazione e gli enti (singoli o associati), con la quale sono regolati i reciproci rapporti.

Infine, le Linee-guida precisano che la co-progettazione dovrebbe avere natura "circolare", nel senso che dovrebbe essere riattivata allorquando si manifesti la necessità o anche l'opportunità di rivedere l'assetto raggiunto.

Una diversa modalità indicata dalle Linee-guida, in coerenza con quanto previsto dall'art. 55, comma 3, del Codice, è la declinazione nella forma dell'accreditamento, che non attiva una procedura competitiva, ed è da intendersi alla stregua di una mera autorizzazione.

Alla luce di tale quadro complessivo, ritengo pertanto che la sperimentazione sulle strutture di prossimità, come anche l'avvio dei progetti di Case di comunità, possa costituire il terreno sul quale avviare una prima, estesa e coordinata attività di co-programmazione e di co-progettazione tra le amministrazioni pubbliche coinvolte e gli enti del Terzo settore, seguendo le indicazioni contenute nelle Linee-guida. In particolare, la co-programmazione dovrebbe essere condotta in primo luogo a livello regionale, allo scopo di definire le linee-guida da osservare nelle diverse realtà sperimentali, nonché per individuare gli ambiti territoriali nei quali attivare la sperimentazione. Essa potrebbe coinvolgere – in particolare – una o più delle reti associative presenti ed operanti (alcune di esse già si sono mosse in tal senso), in grado di garantire una capacità di lettura dei bisogni e di realizzazione di una rete di sostegno nelle diverse articolazioni territoriali. Ricordo a tale riguardo che in base a quanto previsto nelle Linee-guida, il ricorso a detto strumento può essere proposto anche da parte di uno o più enti del Terzo settore.

La co-progettazione, invece, dovrebbe essere sviluppata (anche su iniziativa di uno o più enti) nelle realtà locali, e finalizzata a definire le concrete modalità di funzionamento e di operatività delle strutture.

Potrebbe dunque essere questo l'ambito nel quale l'importante innovazione introdotta dal Codice del Terzo settore, e che la Corte costituzionale ha collegato in modo diretto al principio di sussidiarietà, trova la sua prima ed estesa applicazione su scala regionale e locale. Una prospettiva che, come auspicato dal PNRR, potrebbe contribuire a rendere "sempre più il Servizio sanitario nazionale come parte di un più ampio sistema di welfare comunitario".

*Il rapporto problematico tra diritto
alla salute e procreazione medicalmente
assistita nella giurisprudenza
delle Corti costituzionali e sovranazionali*
(Call for papers 2021)

La sezione “Saggi” di questo numero è dedicata al tema de “Il rapporto problematico tra diritto alla salute e procreazione medicalmente assistita nella giurisprudenza delle Corti costituzionali e sovranazionali”. I contributi pubblicati di seguito sono stati selezionati dal comitato scientifico della Rivista nell’ambito della *call for papers* promossa sul tema e sono stati successivamente sottoposti all’ordinaria procedura di revisione tra pari in doppio cieco.

Salute “biologica”, “intenzionale” ovvero salute psico-fisica: riflessioni sull’estensione della tutela alle coppie omosessuali con riferimento alla procreazione medicalmente assistita e alla surrogazione della maternità*

Giuseppe Campanelli**

SOMMARIO: 1. Premessa: delimitazione del campo di indagine. Verso una “normalizzazione culturale”? – 2. Le tesi dottrinali sulla procreazione medicalmente assistita e sulla surrogazione di maternità per le coppie omosessuali e l’implicita considerazione del diritto alla salute. – 3. Corti nazionali e sovranazionali tra tutela dell’interesse del minore e discriminazioni in ambito procreativo determinate dall’orientamento sessuale. – 4. Residualità del diritto alla salute come possibile parametro di legittimità del divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita e alla surrogazione per le coppie omosessuali nella più recente giurisprudenza costituzionale e sovranazionale. – 5. La valorizzazione della salute psicofisica come ulteriore parametro di riflessione.

ABSTRACT

Il contributo, nell’ambito del macrotema relativo alla procreazione medicalmente assistita e alla surrogazione di maternità, affronta il profilo specifico dell’applicazione di tali pratiche alle coppie omosessuali. La prospettiva di analisi è quella di riflettere sulla portata del diritto alla salute e,

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Professore associato di Diritto costituzionale nell’Università di Pisa, giuseppe.campanelli@unipi.it.

soprattutto, sull'aspetto fondamentale del riconoscimento e della tutela del diritto alla salute psico-fisica.

The contribution, in the context of the macro-theme relating to medically assisted procreation and maternity surrogacy, addresses the specific profile of the application of these practices to homosexual couples. The analysis perspective is to reflect on the scope of the right to health and, above all, on the fundamental aspect of the recognition and protection of the right to psycho-physical health.

1. Premessa: delimitazione del campo di indagine. Verso una “normalizzazione culturale”?

Il presente contributo intende analizzare un profilo specifico all'interno del macro-tema relativo alla procreazione medicalmente assistita e alla surrogazione della maternità. L'aspetto di interesse concerne la questione relativa all'ambito di applicabilità di tali pratiche rispetto alle coppie omosessuali.

Il problema sorge, dal punto di vista formale, sulla base dei diversi divieti imposti sul piano normativo¹ che creano ostacoli quasi insuperabili all'apertura delle tecniche citate alle coppie dello stesso sesso, trovando rispondenza anche sul piano delle regole imposte dal Codice civile.

Il piano normativo, già di per sé complesso, come si cercherà di dimostrare, trova poi, soprattutto negli ultimi anni, un importante riscontro anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione che ribadiscono la portata di tali limiti, pur aprendo, in certi casi, alla riflessione rispetto a fattispecie emergenti e degne di tutela e, comunque e più in generale, ad una più attenta riflessione rispetto agli approdi finora raggiunti e agli obiettivi ancora da conseguire.

Il tema della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità, al pari di altri temi eticamente sensibili, per sua natura, si carica di forti valenze morali, oltre che giuridiche. A questi ultimi aspetti finiscono per intrecciarsi considerazioni di valore che rendono estremamente complicato ricostruire una teoria sul fondamento della legittimità o illegittimità di tali pratiche che sia totalmente neutra dal punto di vista etico.

Occorre precisare che il profilo inerente alla surrogazione di maternità assume una portata ulteriormente problematica rispetto alle coppie omosessuali soprattutto ove si consideri che tale controversa pratica appare spesso uno strumento necessitato per accedere alla filiazione in condizioni di infertilità “fisiologica”. Mentre la PMA, come semplice pratica di rimozione di condizioni di infertilità “patologica”, pone una serie di interrogativi più ampi, che si estendono anche alle coppie eterosessuali e che rileva per le coppie omosessuali

¹ Si pensi ai noti requisiti soggettivi richiesti dall'art. 5 della l. 40/2004 o ai concreti divieti e alle relative sanzioni di cui all'art. 12, commi 2 e 6, della medesima legge.

nella misura in cui si dibatte sulla esistenza di una autonoma capacità procreativa per la coppia omosessuale femminile.

Sullo sfondo, però, restano, da un lato, due problemi che hanno sollecitato l'analisi in questo lavoro e, dall'altro, una minima “pretesa”.

Il primo problema, preliminare, è costituito dalla distonia tra i limiti normativi imposti e la continua emersione di casi concreti che offrono ipotesi nuove o, comunque, prospettive diverse attraverso le quali esaminare i delicati profili di tutela delle coppie omosessuali rispetto alla PMA e alla surrogazione.

Il tema non è certamente nuovo e si ripropone puntualmente, come nel caso di specie, quando si incrociano diritti “scomodi”, “scivolosi” ed eticamente sensibili², laddove si crea un costante, quanto spesso irrisolto, dialogo tra giudice e Corte alla ricerca di valori e principi capaci di dare risposte concrete a fattispecie che necessitano una celere e soddisfacente risposta, con l'effetto, laddove si acclari l'esistenza di una lacuna o di una non adeguata risposta normativa, di rilevare e richiamare, come non più rinviabile, l'intervento risolutivo, ma non per questo effettivo, del legislatore³.

Il secondo problema, assolutamente centrale, tanto da richiamare maggiormente l'attenzione in questo contributo, è quello dei parametri, di livello costituzionale, di valutazione dei casi concreti connessi alla richiamata normativa.

Più in particolare, a parere di chi scrive, con riguardo alla posizione delle coppie omosessuali, risulta non pienamente “esplosa” e approfondita, la portata dell'art. 32 Cost. per ciò che concerne, non tanto, il trattamento sanitario in quanto tale e le sue implicazioni, quanto piuttosto il profilo della salute psico-fisica dei genitori prima e dei figli poi, quali destinatari del *best interest* della scelta condivisa e consapevole.

In altre parole, si vuole comprendere se esistano margini per pensare in modo diverso ad una valorizzazione, anche culturale, del diritto alla salute psicofisica delle coppie omosessuali, ponendola a monte della scelta procreativa, come fondamento, non tanto e non solo giustificativo, ma anche legittimante delle decisioni da assumere, alla stregua di quello che in altri ambiti riveste il consenso o la dignità di autodeterminarsi, dando per presupposto,

² Basterebbe pensare a questioni come quella dell'interruzione della gravidanza, legata ad una normativa più risalente, ma al contempo maggiormente consolidata all'interno della giurisprudenza o a questioni recentemente normate, ma che ancora evidenziano lacune interpretative e applicative piuttosto evidenti, come nel caso della l. 219/2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento, o, infine, a questioni ancora prive di una disciplina normativa che possa assicurare certezza normativa e tutela effettiva e mi riferisco ovviamente al tema del fine vita, al momento in cui si scrive, ancora pienamente *in itinere* rispetto ad una definitiva regolamentazione.

³ Malgrado sia possibile rilevare una certa tendenza del legislatore ad incontrare difficoltà nell'adozione di soluzioni ponderate su temi eticamente sensibili. Un caso emblematico è quello ben noto del “suicidio assistito” nella vicenda “Cappato”, che ha visto la Corte costituzionale particolarmente “attiva” sul suo fronte, con una chiara sollecitazione ad intervenire (ordinanza, n. 207/2018), ma un legislatore totalmente inerte, quasi che su questi temi, oltre alla difficoltà di mediare politicamente sul profilo etico, ci sia una certa tendenza a lasciare in mano ai giudici la “responsabilità” di adottare soluzioni che inevitabilmente sono destinate ad incontrare critiche sul piano della morale, più che su quello giuridico.

almeno dal punto di vista astratto, l'esistenza di una condizione di parità *ex ante* anche per le coppie dello stesso sesso⁴.

È evidente che il periodo attuale abbia sdoganato l'assoluta elasticità dell'art. 32 Cost., dimostrando come tale disposizione sia stata capace di scardinare certezze in merito alla prevalenza e al bilanciamento rispetto ad altri diritti costituzionalmente previsti, con evidenti ricadute anche sulla lettura delle normative esistenti.

La *ratio* di tale approfondimento non va, però, ricercata nella volontà di forzare la portata del principio costituzionale, operazione non consentita, al momento, dai riscontri giurisprudenziali che si esamineranno, ma si colloca sul piano della necessità di un'ulteriore e più specifica riflessione che possa, quantomeno, sollecitare un dibattito e un eventuale intervento legislativo più aperto.

In sostanza, ovviamente a mo' di provocazione terminologica, è come se si potesse associare al riferimento alle dinamiche proprie del genitore biologico e di quello intenzionale, quello di salute biologica e intenzionale, quali *species* del *genus* di salute psicofisica, da qualificare come valore capace di aprire e, se del caso, estendere le ipotetiche tutele anche alle coppie omosessuali.

Da qui la "pretesa", ossia che i diritti vantati dalle coppie omosessuali in tema di procreazione medicalmente assistita e surrogazione della maternità possano contribuire e condurre, non solo ad una regolamentazione normativa efficace, ma anche e soprattutto ad una "normalizzazione culturale", tentando di ripermire i confini della più volte richiamata coscienza sociale (v. Corte cost. 230/2020), con l'effetto di rendere fisiologico e più fattivo il dibattito in corso.

2. Le tesi dottrinali sulla procreazione medicalmente assistita e sulla surrogazione di maternità per le coppie omosessuali e l'implicita considerazione del diritto alla salute

Andare alla ricerca di una teoria giuridicamente pura sulla PMA e sulla surrogazione è una pretesa di difficile realizzazione, soprattutto se si tiene in considerazione la circostanza che tale tema finisce per toccare da vicino i diritti fondamentali della persona, i quali connotano concretamente una determinata pratica. Ponendosi questi come valori fondamen-

⁴ Si imporrebbe al giurista, infatti, il compito di mediare tra le diverse soluzioni al fine da dare soddisfazione ad una insopprimibile istanza di riequilibrio, conciliando la libertà di scelta con la protezione dei soggetti vulnerabili. Cfr. A. SCHILLACI, *Surrogazione di maternità e dimensioni della dignità: alla ricerca di un paradigma*, in *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, a cura di M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI, Torino, Cirsde, 2019, p. 196.

tali, si pensi alla pari dignità sociale⁵, è inevitabile che ad apparire insoddisfacenti siano tutte quelle ricostruzioni che pretendessero partire dalla semplice regolazione normativa adottata dai vari Stati⁶, ricavando, di volta in volta, da essa il fondamento di legittimità di determinate pratiche riproduttive.

Il fine che in questo passaggio si intende perseguire è particolarmente definito, perché si vuole verificare in quale misura, tra le varie tesi proposte in dottrina sulla surrogazione e sulla PMA, il diritto alla salute venga utilizzato come argomento utile a fornire elementi in chiave di legittimità/illegittimità di queste pratiche. La prima impressione che si ricava è che il diritto alla salute resti, come si diceva prima, sullo sfondo, ossia per lo più implicito nella maggior parte delle ricostruzioni della dottrina e che esso emerga con riferimento ad alcuni specifici aspetti che connotano la surrogazione e la PMA da un punto di vista concreto.

Una prima tesi, diffusa in quegli ordinamenti nei quali già da tempo esiste una espressa disciplina legale sulla surrogazione di maternità, può essere definita “contrattualistica”. Essa, per ovvie ragioni, può essere riferita soltanto alla surrogazione, in quanto la donazione di gameti non si connota mai secondo un modello di tipo contrattuale tra donatore e donatario, restando talvolta l'identità dei due reciprocamente ignota⁷.

La surrogazione di maternità viene ritenuta il frutto di un vero e proprio accordo contrattuale tra i committenti e la gestante⁸, secondo il quale questa si impegna a condurre a termine la gestazione e i primi a pagare una somma determinata (che, a seconda delle ipotesi, potrà avere valore remunerativo o soltanto riparatorio delle spese)⁹. Per quanto in

⁵ La pratica della surrogazione, secondo determinate posizioni, presenterebbe particolari problemi identificativi, i quali derivano non soltanto dalla particolare posizione che la donna, come colei che conduce la gestazione, può assumere nell'approcciarsi ad una pratica che di per sé potrebbe essere anche improntata a logiche commerciali e non altruistiche, ma dalle disparità di diverso ordine economico, sociale, culturale che incidono sulla soddisfazione di bisogni essenziali della persona, in breve, mettendo in dubbio la piena realizzazione della pari dignità sociale. Cfr. C. LUZZI, *Dall'aborto alla surrogazione di maternità: antiche e nuove modalità di “esproprio” del corpo femminile*, in *Ragion pratica*, n. 2, 2019, p. 385; più ampiamente anche A. DI MARTINO, *Peniero femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione, salute, dignità*, Milano-Udine, Mimesis, 2020.

⁶ Uno degli aspetti più delicati riguarda proprio il fatto che manca una disciplina uniforme in materia di surrogazione a livello internazionale, da cui possano derivare conseguenze rilevanti non solo per le diverse ipotesi di responsabilità cui vanno incontro coloro che accedono a tale pratica, ma anche per i distinti esiti in termini di riconoscimento dello stato di figlio. Sul punto si veda K.T. SHAPPO, *La maternità surrogata nel 2020: evoluzione del quadro normativo e sfide rimanenti*, in *Genlus*, 2020, n. 2, pp. 66 ss.

⁷ Questa considerazione, ad essere precisi, vale per il caso italiano, in quanto all'estero è frequente incontrare una disciplina che esclude l'anonimato del donatore. Cfr. P. PASSAGLIA (a cura di), *La fecondazione eterologa*, in *www.cortecostituzionale.it*, 2011.

⁸ Ritiene che, in virtù dei beni personalissimi in gioco, la surrogazione non possa essere ricondotta ad una prospettiva meramente negoziale B. SALONE, *Maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalistici*, in *Biolaw Journal*, 2016, n. 2, pp. 46 ss.

⁹ È ben noto che in molti paesi economicamente arretrati la surrogazione venga talvolta considerata una vera e propria forma di sostentamento per molte donne che vivono in condizioni di indigenza. Cfr. I. RIVERA, *Le ragioni del pluralismo e della complessità. La Corte costituzionale torna a pronunciarsi sulla legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Osservatorio AIC*, 2021, n. 4, p. 17.

taluni contesti si tenda ad enfatizzare la “sacralità” della parola data in sede di stipula del contratto (così che la gestante non potrebbe avere nulla a che rivendicare circa i rapporti con il figlio una volta verificatosi il parto), non si può trascurare la circostanza che una eccessiva sopravvalutazione dell’elemento volontaristico rischia di incidere troppo sulla qualificazione e sulle dinamiche proprie della gestazione, comprimendo tutta una serie di diritti fondamentali della persona (in particolare della donna che accetta di condurre la gravidanza), i quali non si prestano ad una valutazione in chiave puramente contrattuale¹⁰. Alla luce di tale tesi sarebbero illegittime soltanto quelle forme di sfruttamento commerciale inconsapevole, restando le altre ipotesi “scriminate” dalla piena autodeterminazione della donna. È evidente, quindi, che in tale ambito il diritto alla salute emerga soprattutto sotto le vesti del consenso informato, dato che la effettiva consapevolezza, richiesta ai fini di un valido e lecito perfezionamento dell’accordo, può aversi soltanto nel caso in cui la donna sia stata adeguatamente e pienamente informata sui rischi della gestazione e del parto e sui vari trattamenti medici che essa comporta, ivi compreso il decorso postparto. Un rilievo che appare, tutto sommato, minimale e che non vale a superare le complesse obiezioni sotto il profilo della garanzia dei diritti fondamentali che sono state fin qui espresse.

In posizione diametralmente opposta si colloca una tesi che può essere definita come “gestazionale”. Si tratta di una tesi che ha un forte impianto ideologico e che parte da una valorizzazione del momento della gravidanza come esperienza attinente al corpo della donna. Proprio il ruolo preminente della donna nel processo riproduttivo e l’insostituibilità della sua funzione porta a concentrare l’attenzione sul modo del concepimento, rifiutando l’assimilazione della surrogazione di maternità ad una normale pratica di PMA¹¹. Come conseguenza di ciò sarebbe possibile differenziare il trattamento di coppie omosessuali maschili e femminili che accedono a pratiche solo in apparenza similari¹². Anche questa tesi adotta un approccio “duale” per PMA e surrogazione, con l’effetto secondo il quale la

¹⁰ M. DOGLIOTTI, *I due padri tra ordinanza di rimessione e sezioni unite della Cassazione*, in *Genius*, 2019, n. 2, pp. 45 ss.

¹¹ Oltre alle autrici citate alla nota 1 si vedano E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L’arma spuntata (e mistificatrice) della legge nazionale*, e S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017, rispettivamente a pp. 3 ss. e pp. 191 ss.

¹² Mentre, infatti, la coppia omosessuale maschile sarebbe sempre costretta a ricorrere alla surrogazione nel senso stretto del termine, la coppia omosessuale femminile potrebbe ricorrere a pratiche di PMA non assimilabili alla surrogazione, ove una delle due componenti la coppia si limitasse a donare i gameti e l’altra sostenere la gravidanza. Tale tesi aderisce, quindi, ad un orientamento della Corte di cassazione (sent. 8 maggio 2019, n. 12193) – oggetto di critiche tanto in dottrina quanto nella più recente giurisprudenza costituzionale (su tutte Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33) – secondo cui alla coppia omosessuale maschile sarebbe preclusa la trascrizione diretta di un provvedimento straniero che riconosce la filiazione per mezzo di surrogazione, restando praticabile esclusivamente la via dell’adozione in casi particolari. C. LUZZI, *Dall’aborto alla surrogazione di maternità*, cit., p. 383. Anche E. OLIVITO, *(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga*, in *Osservatorio AIC*, 2021, n. 2, p. 153, conclude per la opportunità di differenziare il trattamento di coppie omosessuali maschili e femminili, stigmatizzando il ricorso a liti strategiche intentate sulla base di una neutralità antidiscriminatoria che, ad opinione dell’Autrice, non tiene conto del fatto naturale della nascita né della circostanza che non esistono diritti illimitati.

prima non è in sé illecita, rientrando nelle legittime scelte procreative della coppia (anche omosessuale, se femminile), mentre la seconda è sempre illecita, perché implica l'intervento di un soggetto terzo (la donna gestante), con potenziale lesione della sua dignità personale.

Trovando conforto anche in alcune pronunce del Giudice delle leggi¹³, tale tesi parte, quindi, dalla constatazione di una generalizzata lesività della surrogazione, la quale, svalutando l'esperienza della gravidanza¹⁴, porterebbe ad una nuova forma di compressione dell'autonomia femminile nelle scelte riproduttive e offenderebbe, in ogni caso, la dignità della donna.

La tesi in esame, per quanto apprezzabile nella profondità di argomenti e nel fine “protettivo” perseguito, non sembrerebbe sottrarsi ad alcuni rilievi di ordine generale sulle implicazioni che determina.

In primo luogo, la preminenza assegnata, da un punto di vista sia giuridico sia etico, al parto, come esperienza esclusiva della donna, sembra muovere nella direzione di una posizione che valorizza un dato biologico incontestabile. Tuttavia, per quanto il contributo biologico nella filiazione da parte del padre e della madre non sia fungibile (e nemmeno equivalente), il rischio è quello di una tesi “biologicamente parziale o comunque incompleta”, per cui una donna (mediante donatore) potrebbe sempre procreare, mentre un uomo non potrebbe mai farlo, riducendo la filiazione ad un fenomeno esclusivamente femminile, tra l'altro a prescindere da qualsiasi valutazione sulla salute intesa come benessere psico-fisico della coppia.

In secondo luogo, le considerazioni radicalmente critiche su tale pratica sembrano essere modellate attorno ad una ben determinata forma di surrogazione, quella per fini commerciali, rispetto alla quale maggiormente si possono concentrare fenomeni di sfruttamento delle posizioni di fragilità (economica e non), ma non altrettanto sembra si possa affermare in relazione alla surrogazione dettata da fini puramente altruistici, dove il fine speculativo (e quindi lo sfruttamento) non viene in gioco, analogamente a quanto avviene nel caso della donazione di organi o tessuti¹⁵. Ciò, tra l'altro, si riflette sull'aspetto dell'autodeterminazione della donna e del consenso ad una determinata pratica, per cui appare, forse, eccessivamente rigido un divieto *a priori* che non tenga conto della possibilità

¹³ Sin dalla sentenza Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, il Giudice delle leggi aveva incidentalmente affermato che «la maternità surrogata [...] offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane», ragion per cui l'ordinamento vi riconnette una generalizzato disvalore (oltre ad un espresso divieto penalmente sanzionato).

¹⁴ L'equiparazione della surrogazione ad altre tecniche di PMA riduce il fenomeno riproduttivo alla mera fornitura di patrimonio genetico, svalutando la funzione del corpo femminile nella gestazione intesa anche come esperienza. C. LUZZI, *Dall'aborto alla surrogazione di maternità*, cit., p. 381.

¹⁵ Sono ben noti alla dottrina giuridica casi concreti nei quali l'elemento altruistico è sottolineato con una consapevole e chiara presa di posizione della donna disposta alla surrogazione, ad esempio, nell'ipotesi di rapporti di amicizia o addirittura familiari. Cfr. S. STEFANELLI, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Limiti nazionali e diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2021, p. 136.

che un consenso possa validamente formarsi, per fini non speculativi, quando siano stati forniti tutti gli elementi essenziali a rendere i soggetti interessati pienamente consapevoli della propria scelta, del suo significato etico e dei rischi per la salute cui possono andare incontro.

Più sfumata sembra essere la posizione di una terza tesi, definibile come “relazionale”, perché fonda il rapporto di filiazione non tanto sull’elemento corporeo delle modalità attraverso le quali si viene al mondo¹⁶, quanto piuttosto sulla partecipazione ad un progetto procreativo non distinguibile, dal punto di vista dei valori, a seconda che si tratti di coppie maschili o femminili¹⁷. Essendo comune l’elemento relazionale non vi sarebbe possibilità di distinguere il trattamento della PMA da quello della surrogazione, per cui avrebbero pieno accesso a tali pratiche procreative tanto le coppie eterosessuali quanto quelle omosessuali e, tra queste, tanto quelle femminili quanto quelle maschili.

Per tale ragione, a partire dal concetto di dignità della persona (e della donna in particolare), la surrogazione, riferita a concrete esperienze di vita e non in astratto, non dovrebbe essere ridotta al semplice aspetto dispositivo del proprio corpo, ma coinvolgerebbe tutta una serie di aspetti etici, morali e relazionali della donna. Nel momento in cui la coppia decide di ricorrere alla surrogazione di maternità o alla PMA verrebbe ad aprirsi un “percorso” che riguarda i genitori intenzionali e, nel primo caso, può coinvolgere la gestante, il quale non implica la mera applicazione di una pratica medica, ma l’instaurazione di «relazioni che investono l’assunzione di una responsabilità verso il nascituro e possono proiettarsi anche al di là della gravidanza e della nascita»¹⁸. La tutela della donna, quale origine della vita, andrebbe quindi “messa a sistema” con tutta una serie di valori ulteriori che vanno dalla tutela del nascituro al rispetto del progetto di vita familiare dei genitori intenzionali.

Per quanto le soluzioni proposte da tale tesi appaiano più trasversali andrebbe sempre vagliato il modo in cui, in concreto, i giudici operino l’adeguato bilanciamento tra le esigenze di tutela della donna e il rispetto delle scelte familiari della coppia, al fine di evitare che da un inammissibile automatismo di stampo negativo possa giungersi ad un altrettanto critico automatismo estensivo, anche in deroga a divieti, almeno al momento, vigenti (in particolare l’espresso dettato dell’art. 12 della l. n. 40/2004)¹⁹.

È interessante osservare come tale tesi offra spunti ulteriori di riflessione in merito al rilievo della tutela della salute psicofisica della coppia nella generale ponderazione degli

¹⁶ Non sono mancati casi – piuttosto rari – in cui i giudici abbiano ritenuto di attribuire rilevanza alla scelta procreativa in ragione del fatto che il divieto vigente in Italia è frutto di una specifica scelta del legislatore, ma non si estende alle ipotesi in cui la pratica sia ammessa in altri ordinamenti, per cui il risultato della stessa (la nascita di un figlio) non implica un automatico contrasto con l’ordine pubblico. Si veda A. SCHILLACI, *Padri, comunque: da Milano ulteriori conferme in tema di omogenitorialità maschile*, in *articolo29*, 15 novembre 2018.

¹⁷ Per tale tesi si veda in particolare A. SCHILLACI, *Surrogazione di maternità e dimensioni della dignità*, cit., pp. 186 ss.

¹⁸ Ancora A. SCHILLACI, *loc. ult. cit.*, pp. 189 ss.

¹⁹ Sulla necessità di evitare automatismi valutativi (essenzialmente in negativo) cfr. A. SCHILLACI, *loc. ult. cit.*, p. 182.

interessi in gioco. La valorizzazione del progetto di vita familiare implicherebbe, infatti, l'emersione del profilo in questione non solo per l'aspetto strettamente fisico, ma anche per quello più generale di benessere «coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza»²⁰, ai quali è ragionevole ricondurre le proprie scelte di vita familiare e procreativa.

La tesi maggiormente praticabile potrebbe quindi essere quella più sfumata, che tende a sottolineare la problematicità nella individuazione di un punto di equilibrio tra gli interessi in gioco e i beni costituzionalmente protetti, cui conseguirebbe la necessità di un intervento generale in grado di appianare possibili vuoti di tutela. Si tratta di una tesi sulla quale pare attestarsi la più recente giurisprudenza costituzionale e che è ripresa attentamente in dottrina²¹.

Occorre evidenziare sin da subito, infatti, una sostanziale insufficienza della legislazione vigente a garantire adeguatamente una serie di interessi che riguardano sia le coppie sia i nati da pratiche di surrogazione e PMA. Di fronte a tali carenze normative è posto in capo ai giudici, come anticipato in premessa, il compito di offrire tutela nel singolo caso, ma gli interventi giurisdizionali dovrebbero sempre essere mossi da un principio non discriminatorio²².

Di ciò è perfettamente conscia la Corte costituzionale che, da ultimo con la sentenza n. 33 del 2021, ha sottolineato la necessità di un intervento del legislatore che individui, con una valutazione di carattere generale, gli strumenti più adeguati a tutelare gli interessi (in particolare dei minori) che possono maturare a livello familiare e relazionale dall'accesso a pratiche per le quali tutt'ora è vigente un espresso divieto a livello legislativo.

Tale esigenza di intervento, d'altra parte, si porrebbe tanto per le coppie maschili quanto per quelle femminili, perché in entrambe le ipotesi parrebbero difettare quegli strumenti necessari ad una più adeguata tutela dell'interesse del minore. Certo è che sarebbe inefficace una ponderazione rimessa alla valutazione del giudice del singolo caso, rilevandosi una sorta di “priorità” a favore dell'intervento legislativo²³, visto che, in mancanza di soluzioni predeterminate, al legislatore, chiamato, però, ad uscire da questa inerzia di fondo

²⁰ A partire dalla nota sentenza resa nel caso *Englaro*, Cass. civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748.

²¹ E. MALFATTI, *La gestazione per altri, tra letture 'neutralizzanti' il fenomeno e tutela sovranazionale degli human rights*, in *Diritti fondamentali*, 2021, n. 1, pp. 377 ss.

²² Si pensi, ad esempio, alla dissonanza rilevabile nella giurisprudenza della Suprema Corte tra le soluzioni offerte nei casi di trascrizione di atti o provvedimenti stranieri a seconda che la coppia fosse femminile o maschile, fornendo soluzione positiva nel primo caso (Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599) e negativa nel secondo (Cass. civ., Sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193). Non sono mancati casi risolti in senso negativo anche in relazione a coppie femminili (Cass. civ., sez. I, 22 aprile 2020, n. 8029), ma in tali ipotesi l'argomento utilizzato riguardava la distinta disciplina applicabile a seconda che si trattasse di riconoscere un atto già perfettamente formato all'estero o produrre una dichiarazione direttamente secondo il diritto nazionale.

²³ 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*, 2021, n. 1, p. 222.

su questi temi, dovrebbe essere lasciata la possibilità di definire tali strumenti secondo la propria discrezionalità che, come si specificherà, appare comunque vincolata al rispetto dei “criteri” ricavabili dalla giurisprudenza costituzionale e sovranazionale.

3. Corti nazionali e sovranazionali tra tutela dell’interesse del minore e discriminazioni in ambito procreativo determinate dall’orientamento sessuale

La sintetica rassegna di alcune delle principali tesi su surrogazione e PMA resterebbe priva di concreto rilievo se non si guardasse al modo in cui le problematiche, accennate su un piano soltanto teorico, abbiano trovato riscontro nella decisione dei casi pratici.

Occorre in primo luogo rilevare che i giudici, anche quello costituzionale, spesso si sono trovati di fronte alla necessità di offrire tutela in un panorama frammentato, legato alle peculiarità della singola vicenda, secondo un approccio essenzialmente casistico²⁴.

Il tema del ricorso alle pratiche di PMA e di surrogazione di maternità da parte di coppie omosessuali ha avuto larga trattazione negli ultimi anni, sia nella giurisprudenza costituzionale sia in quella di legittimità²⁵.

A partire dalla sentenza della Corte costituzionale, 23 ottobre 2019, n. 221, sulla quale si tornerà a breve perché fornisce interessanti spunti di riflessione nella prospettiva che si intende sostenere, è possibile ravvisare una certa costante tendenza nella giurisprudenza costituzionale in tema di accesso alla PMA e alla surrogazione da parte di coppie omosessuali.

A livello generale, la Corte conferma la tesi per cui le pratiche di PMA debbano essere intese come trattamenti medici diretti a rimuovere cause “patologiche” di infertilità e non come strumenti deputati a realizzare un generalizzato desiderio di genitorialità in coppie “biologicamente” non fertili. Ciò legittima la riserva nell’accesso a suddette pratiche esclusivamente a quelle coppie che rispecchierebbero una composizione familiare di tipo

²⁴ Cfr. I. RIVERA, *Le ragioni del pluralismo e della complessità*, cit., p. 13. Proprio le peculiarità delle singole vicende hanno contribuito a mettere in evidenza le carenze su un piano generale della disciplina vigente, non adeguata a garantire un effettivo contemperamento tra la permanenza del divieto di determinate pratiche procreative e gli interessi dei soggetti frutto delle stesse. Si pensi, ad esempio, alla sentenza Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, in cui l’insufficienza della disciplina in tema di adozione in casi particolari è rilevata per quelle situazioni in cui l’accesso a tale strumento è precluso, per i nati a seguito di ricorso a PMA da parte di coppia omosessuale femminile, dalla crisi della coppia che ha condotto all’incrinarsi dei rapporti tra le “due madri”, con rifiuto del consenso all’adozione da parte della madre biologica nei confronti di quella intenzionale.

²⁵ Per un quadro di sintesi sulla più recente giurisprudenza costituzionale in tema di PMA si veda anche M. PICCHI, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA: la Corte costituzionale compie un’interpretazione autentica della pregressa giurisprudenza. (Riflessioni sulla sentenza n. 221/2019)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2020, n. 1, pp. 160 ss.

“tradizionale”, rientrando nella discrezionalità del legislatore la scelta di stabilire limiti di accesso a tale pratica nell’ambito della ragionevolezza.

In secondo luogo, nella giurisprudenza successiva al 2019 (ma l’orientamento era ben chiaro già dalla sentenza n. 272 del 2017), la Corte ribadisce con fermezza l’esistenza di un espresso divieto legislativo di surrogazione²⁶, non superabile mediante intervento manipolativo. Tale profilo va ad affiancarsi a quello più generale della PMA perché la surrogazione rappresenta, in determinate ipotesi, l’unico strumento che consente, su un piano concreto, la rimozione di differenze tra coppie omosessuali maschili e femminili nell’accesso alla genitorialità.

Dopo il 2019, inoltre, la giurisprudenza appare focalizzata più sull’aspetto della tutela del minore, quale soggetto non coinvolto in scelte procreative dagli effetti potenzialmente discriminatori, che sulla valorizzazione della scelta procreativa della coppia, con l’effetto per il quale un argomento piuttosto rilevante nel ragionamento della Corte (che ha condotto, comunque, a sole decisioni di inammissibilità)²⁷ è stato quello relativo alla necessità di contemperare i divieti sopra citati con il *best interest* del minore²⁸.

Tale contemperamento, si è detto, non è stato ritenuto praticabile attraverso un intervento manipolativo della Corte, per cui, pur a fronte di una inadeguatezza del sistema normativo vigente più o meno marcata, il Giudice delle leggi ha preferito rimettere al legislatore la definizione dell’adeguato punto di equilibrio tra i diversi interessi in gioco e la determinazione della migliore soluzione normativa che lo rispecchiasse²⁹, per quanto possano residuare dubbi sulla tempestività di un intervento legislativo al riguardo³⁰.

²⁶ È stato rilevato come la giurisprudenza costituzionale sembri indugiare anche su una nozione etica del divieto di surrogazione, fondato essenzialmente sulla tutela della dignità della donna, che forse non consente di cogliere tutti gli aspetti della realtà fattuale (anche nella sentenza della Corte costituzionale n. 33/2021). Cfr. I. RIVERA, *Le ragioni del pluralismo e della complessità*, cit., p. 10; E. MALFATTI, *La gestazione per altri, tra letture ‘neutralizzanti’ il fenomeno e tutela sovranazionale degli human rights*, cit., p. 392.

²⁷ Si veda anche la sentenza Corte cost., 4 novembre 2020, n. 230.

²⁸ Sottolinea il rischio di strumentalizzazione dei diritti del minore dietro lo schermo della tutela della dignità della donna G. BARCELLONA, *Le “brutte bandiere”: diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2021, n. 2, p. 120.

²⁹ Un’adeguata soluzione, rispetto al bilanciamento che il legislatore potrà porre in essere, forse può attingere ai criteri elaborati dalla Corte EDU nella sua giurisprudenza, a partire dai casi Corte EDU, 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia*, e Corte EDU, 26 giugno 2014, *Labassee c. Francia*, secondo le quali gli interessi dei soggetti deboli (in questo caso i figli) devono essere sempre tenuti al riparo dai possibili effetti giuridici derivanti da un divieto stabilito normativamente dallo Stato. Su tali decisioni si vedano, tra gli altri, le osservazioni di C. DANISI, *Superiore interesse del fanciullo, vita familiare o diritto all’identità personale per il figlio nato da una gestazione per altri all’estero? L’arte del compromesso a Strasburgo*, in *articolo29*, 15 luglio 2014. Ma è soprattutto con il Parere 10 aprile 2019 che la Corte EDU ha ribadito che gli Stati non sono obbligati a riconoscere automaticamente gli effetti dell’atto di nascita formato all’estero di bambino nato da surrogazione e che al riguardo anche l’istituto dell’adozione potrebbe essere sufficiente a garantire i diritti del minore, tuttavia deve sempre essere assicurata una procedura tempestiva ed efficace (che è dubbio si configuri nella adozione in casi particolari). Sul punto, M. GATTUSO, *Certezza e tempi “breves que possible” per trascrizioni e adozioni in casi particolari dopo il parere Cedu 10/4/2019*, in *articolo29*, 6 maggio 2019.

³⁰ In questo modo si vuole preservare la discrezionalità del Parlamento nell’individuazione di una soluzione che, lungi dall’essere costituzionalmente obbligata, coinvolge comunque interessi diversi (cfr. P. ZICCHITTO, *Cosa resta della discrezionalità legislativa? A proposito di due recenti pronunce della Corte costituzionale in tema di maternità surrogata*, in

L'orientamento maturato di recente dalla Corte costituzionale affonda le proprie radici nel “diritto vivente” elaborato dalla Corte di cassazione e che ha trovato una sua concreta definizione nella già citata sentenza n. 12193 del 2019³¹. Tale decisione, che funge da ponte rispetto alla più recente sentenza della Corte costituzionale n. 33 del 2021, visto che il Giudice delle leggi era chiamato a pronunciarsi proprio sul “diritto vivente” ormai radicato dinanzi alla Suprema Corte, aveva in sostanza escluso che un provvedimento giurisdizionale straniero, con il quale si riconosceva lo stato di figlio nato da surrogazione di maternità, potesse essere immediatamente riconosciuto e dichiarato esecutivo in Italia, in quanto contrastante con l'ordine pubblico³², con la conseguenza per cui al genitore intenzionale rimaneva soltanto la possibilità di accedere all'adozione non legittimante di cui all'art. 44, comma 1, lett. d, della legge n. 184/1983³³.

Le più recenti decisioni del Giudice costituzionale si concentrano, pertanto, sulla incidenza concreta della surrogazione, della tutela dei diritti dei minori e, per quanto più interessa, implicitamente sulla potenziale discriminazione che può derivare dal divieto di surrogazione tra coppie omosessuali maschili e femminili.

La precedente sentenza della Corte costituzionale n. 221 del 2019, ripresa dalla sentenza n. 230 del 2020, tocca, invece, un ambito più ampio e parzialmente distinto, quello inerente alla possibilità per la coppia omosessuale femminile di accedere a pratiche di PMA che si scontra con un ulteriore divieto altrettanto radicato, quello che limita alle sole coppie eterosessuali l'accesso alla PMA.

La differenza tra le due pratiche è, d'altra parte, sottolineata dalla stessa Corte al par. 8 del considerato in diritto della prima delle due sentenze citate, rilevando che, pur a fronte di un'eventuale soluzione di accoglimento (che non c'è stata), la posizione delle coppie maschili dovesse risultare diversa da quella delle coppie femminili. La legittimità del divieto di surrogazione, però, non era posto in discussione nelle due decisioni appena richiamate. Gli aspetti comuni alle due decisioni risiedono in una concezione puramente “terapeutica” della PMA e sulla sua utilizzabilità come *extrema ratio* per ovviare alle condizioni di in-

Passaggi Costituzionali, 2021, n. 1, pp. 200 ss.). Tuttavia, è stata avanzata più di una perplessità sulla effettiva capacità del Parlamento di adottare, in tempi rapidi, soluzioni adeguate quando chiamato in causa su temi eticamente delicati. Cfr. I. RIVERA, *Le ragioni del pluralismo e della complessità*, cit., p. 20; E. MALFATTI, *La gestazione per altri, tra letture 'neutralizzanti' il fenomeno e tutela sovranazionale degli human rights*, cit., p. 374.

³¹ Sulla decisione, si vedano R. TREZZA, *Maternità surrogata: ordine pubblico o "best interest of the child"?*, in *Federalismi*, 2020, n. 22, pp. 278 ss.; D. MAZZAMUTO, *La decisione delle Sezioni Unite: i nuovi fronti della "genitorialità sociale"*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2020, n. 2, pp. 393 ss.

³² Critica la nozione di ordine pubblico seguita dalla Corte di cassazione S. STEFANELLI, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata*, cit., pp. 202 ss., in quanto secondo l'Autrice sarebbe opportuno distinguere tra “ordine pubblico discrezionale” e “ordine pubblico costituzionale”. Il primo comprenderebbe un insieme di regole, anche inderogabili, che sono espressione di interessi protetti nella tradizione giuridica di un determinato Stato; il secondo, invece, si porrebbe ad un rango superiore rispetto al primo, perché comprensivo dei diritti fondamentali della persona, riflesso di valori supremi che trovano recepimento nelle Carte costituzionali e sovranazionali.

³³ Criticamente su tale orientamento E. MALFATTI, *La gestazione per altri, tra letture 'neutralizzanti' il fenomeno e tutela sovranazionale degli human rights*, cit., p. 378.

fertilità “patologica” assoluta della coppia. Proprio la sua finalizzazione terapeutica (e non sociale) si accompagna al necessario requisito della eterosessualità della coppia (oltre ai limiti di età fissati per legge) come condizioni per accedere alla PMA.

Ciò, secondo la Corte, non implica di per sé un giudizio negativo sulla famiglia omoafettiva come formazione sociale idonea a consentire la crescita e la cura di figli, tuttavia, il diritto alla genitorialità non è inteso in senso assoluto³⁴, bensì deve essere bilanciato in ogni caso con altri interessi costituzionalmente rilevati e tale bilanciamento non può che essere affidato al legislatore. Non sarebbe, quindi, irragionevole la scelta che quest’ultimo ha compiuto nell’identificare quale modello tipico per l’accesso a detta pratica terapeutica quello della coppia eterosessuale e giovane.

Un profilo critico che, forse, avrebbe richiesto maggior approfondimento nella sentenza n. 221 del 2019, ma sul quale, probabilmente, la Corte ha avuto modo di “recuperare terreno” nelle successive decisioni, è quello che riguarda la circostanza fattuale per cui una coppia potrebbe facilmente eludere il divieto vigente in Italia recandosi in uno Stato in cui tale pratica è ammessa anche per coppie dello stesso sesso.

La riduzione di tale circostanza a puro elemento fattuale, irrilevante per la tenuta del divieto legislativo interno, rischia però di determinare, quale effetto concreto, l’instaurarsi di fenomeni di turismo procreativo, i cui effetti distorsivi sull’ordinamento si ripercuotono sul piano del riconoscimento dello stato di figlio e della formalizzazione dei rapporti familiari sostanziali, così come evidenziato dalle più recenti decisioni che sottolineano l’inadeguatezza dell’adozione in casi particolari come valido strumento di tutela dei diritti del figlio, auspicando un intervento del legislatore.

Tale aspetto, come accennato, sembra essere oggetto di più attenta considerazione nelle successive decisioni della Corte, sia nella sentenza n. 230 del 2020 sia nella sentenza n. 32 del 2021. Entrambe le decisioni, infatti, si differenziano da quella del 2019 perché evidenziano come il divieto di PMA per coppie dello stesso sesso non sia l’unica soluzione praticabile a livello costituzionale, per cui il legislatore potrebbe pensare a forme nuove di disciplina che siano in grado di meglio tutelare gli interessi del figlio e del genitore intenzionale, proprio in quelle circostanze in cui la nascita – quale mero fatto – sia derivata dall’accesso a pratiche consentite all’estero ma vietate in Italia.

La sentenza n. 32 del 2021, poi, aggiunge anche un ulteriore tassello, perché funge da “racordo” con la successiva decisione relativa alla surrogazione, dimostrando che, in realtà, PMA e surrogazione di maternità, pur nel diverso coinvolgimento di terzi soggetti, danno luogo a problematiche sostanzialmente omogenee per le coppie omosessuali, rispetto alle quali gli strumenti vigenti (adozione in casi particolari) non sarebbero adeguatamente soddisfattivi dei diritti in gioco. Anche la coppia omosessuale femminile, quindi, potrebbe

³⁴ Con ciò la Corte parrebbe orientarsi nel senso che la Costituzione non preveda l’esplicito riconoscimento di un diritto a procreare, ma allo stesso tempo l’ampiezza del dettato costituzionale non preclude a possibili soluzioni in chiave espansiva da parte del legislatore. Cfr. I. RIVERA, *Le ragioni del pluralismo e della complessità*, cit., p. 15.

trovarsi di fronte ai medesimi problemi di riconoscimento del figlio che la coppia maschile incontra secondo il diritto vivente della Cassazione, ragione per la quale la Corte indica al legislatore la via, suggerendo una riforma della disciplina del riconoscimento del figlio o l'introduzione di una ipotesi di adozione con effetti pienamente legittimanti.

In questo modo il cerchio sembra chiudersi tra la PMA e la surrogazione, giacché nella più recente giurisprudenza (le due sentenze nn. 32 e 33 del 2021 si potrebbero definire quasi “gemelle”) le due pratiche sono ricondotte a problematiche omogenee e a soluzioni sovrapponibili, dove emerge con tutta evidenza l'interesse preminente del figlio che deve essere tenuto in adeguato conto nel bilanciamento con i due divieti di cui si è detto.

4. Residualità del diritto alla salute come possibile parametro di legittimità del divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita e alla surrogazione per le coppie omosessuali nella più recente giurisprudenza costituzionale e sovranazionale

Un aspetto che, però, sembra restare sullo sfondo nelle decisioni più recenti e che ha avuto forse un'attenzione, residuale, nella sola sentenza n. 221 del 2019 è quello inerente alla possibile incidenza sulla salute psicofisica della coppia omosessuale, che vedrebbe ridotta la propria aspirazione alla genitorialità proprio dai vigenti limiti per PMA e surrogazione. Dopo il 2019, infatti, il riferimento all'art. 32 Cost. scompare dai possibili parametri alla luce dei quali valutare la legittimità delle disposizioni impugnate e le questioni vengono incentrate sotto il profilo assorbente del superiore interesse del minore, ancorandosi alla giurisprudenza della Corte EDU che nelle sentenze *Menesson* e *Labassee* del 2014, nonché nel parere consultivo del 10 aprile 2019, sembra seguire un'impostazione di questo tipo³⁵.

³⁵ Nelle sentenze dalla Corte di Strasburgo, infatti, il profilo del diritto alla salute sembra restare, appunto, sullo sfondo. Talvolta emerge tra le righe della motivazione in connessione con la necessità di tutelare l'interesse del minore, il quale trova sviluppo anche nella necessità di non adottare provvedimenti che siano in grado di compromettere appunto la salute e lo sviluppo (come potrebbe avvenire in alcune ipotesi di interruzione dei rapporti affettivi con i genitori “intenzionali” che abbiano fatto ricorso a pratiche non consentite). Cfr. Corte EDU, 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*; Corte EDU, G.C., 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia* (tale seconda decisione ha, come noto, riformato la prima che aveva sanzionato la decisione dei giudici italiani di disporre l'allontanamento del minore nato da surrogazione di maternità dai genitori intenzionali, ritenendo che la decisione sull'allontanamento non costituisce un'interferenza illegittima dello Stato nella vita privata e familiare), per maggiori indicazioni cfr. C. HONORATI, *La Corte EDU definisce la nozione di «vita familiare» e ribalta la sentenza precedente*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2017, n. 3. Sulla giurisprudenza della Corte EDU in materia si vedano B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione “sorrette” da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 1, pp. 1 ss.; A. MARGARIA, *Padri ai tempi della PMA e GPA: uno sguardo sulla giurisprudenza CEDU*, in *Genlus*, 2020, n. 1, pp. 93 ss.

Occorre, quindi, interrogarsi se emergano margini per una diversa valutazione dell’art. 32 Cost., magari attraverso una diversa motivazione delle questioni, per “riequilibrare” i diritti procreativi delle coppie omosessuali rispetto alle coppie eterosessuali, nonché tra coppie omosessuali dei due sessi.

Prima di affrontare il merito della questione è, però, opportuno analizzare il modo in cui la Corte costituzionale ha argomentato la sentenza n. 221 del 2019 sotto il profilo dell’art. 32 Cost.³⁶.

Le due ordinanze di rimessione, che la Corte riunisce in un’unica decisione, prospettano la violazione del diritto alla salute di cui all’art. 32 Cost. in modo diverso. La prima, che è quella che più interessa in quanto maggiormente generale e trasversale, ritiene che il divieto di accesso alla PMA per le coppie dello stesso sesso, incidendo sulla possibilità di formare una famiglia assieme al partner e ai propri figli, comporti una compromissione della salute psicofisica della coppia. La seconda, invece, appare calibrata sugli aspetti peculiari della vicenda concreta in quanto la coppia sarebbe composta da due donne delle quali, una fertile, ma impossibilitata per ragioni fisiche a condurre una gravidanza, la seconda non fertile, ma idonea fisicamente alla gravidanza. In questo caso il rimettente ritiene che il divieto in esame sarebbe lesivo del diritto alla salute delle due donne in quanto non permetterebbe di rimediare alle difficoltà riproduttive di entrambe tramite il recupero delle potenzialità riproduttive residue e complementari delle due.

In entrambi i casi la Corte ritiene che le censure siano prive di fondamento, nel primo caso perché la tutela del diritto alla salute non potrebbe estendersi fino a coprire qualsiasi aspirazione soggettiva o bisogno della coppia, quale può essere l’aspirazione alla genitorialità, d’altra parte, diversamente argomentando, dovrebbe venire a cadere qualunque requisito (ad esempio di età) che possa frapporsi in modo condizionale alla realizzazione di tale desiderio.

Nel secondo caso, invece, la Corte rileva la sostanziale illogicità cui condurrebbe l’eventuale accoglimento della questione. Infatti, se anche è vero che la PMA ha la funzione di rimuovere situazioni accertate di infertilità della coppia, ciò non toglie che essa, sulla base del contesto normativo, deve essere riservata alle coppie eterosessuali per ripristinare la naturale funzionalità riproduttiva e non estesa a una coppia che, fisiologicamente, è composta da soggetti non compatibili dal punto di vista biologico-riproduttivo. Inoltre, andrebbe rilevata l’irrazionalità della possibile conseguenza di un accoglimento per cui avrebbero possibilità di accesso alla PMA soltanto le coppie omosessuali femminili affette

³⁶ Sullo specifico aspetto del diritto alla salute nella sentenza n. 221 del 2019 si vedano F. PIERGENTILI, *Il divieto di fecondazione eterologa “per infertilità sociale” al vaglio della Corte costituzionale. A proposito della sentenza n. 221 del 2019*, in *Diritti fondamentali*, 2019, n. 2, pp. 581 ss.; M. TRAPANI, *Il divieto di inseminazione artificiale di tipo eterologo per le coppie omogenitoriali tra scienza e coscienza sociale*, in *Diritti fondamentali*, 2012, n. 2, 804 ss.; N. VINAI, *Il confine. La sentenza n. 221 del 2019 ed i suoi echi di sistema*, in *Federalismi.it*, 2021, n. 6, pp. 282 ss.

da problemi di fertilità a livello individuale e non anche quelle che non presentano le medesime problematiche.

Se quest'ultimo argomento appare condivisibile, qualche dubbio sorge con riferimento al primo e al rigetto *tout court* della salute psicofisica come possibile parametro di legittimità dei divieti in esame. Basti pensare che oggi si tende sempre più a distaccarsi dalla dicotomia tra filiazione biologica e filiazione adottiva, per muovere verso nuove concezioni della filiazione, basate sull'identità personale, sulla relazione e sul benessere³⁷, per cui, per anticipare una minima conclusione, andrebbero tenute in considerazione anche le ricadute sulla salute psicofisica che la scelta procreativa può avere sul genitore intenzionale e nel rapporto tra quest'ultimo e il genitore biologico³⁸.

5. La valorizzazione della salute psicofisica come ulteriore parametro di riflessione

Come sin qui evidenziato, e in particolare nella appena ricordata sentenza n. 221/2019, la Corte ha espressamente escluso che la nozione di salute psicofisica, *rectius* di benessere, possa essere identificata quale declinazione del principio di tutela della salute, capace di scardinare il divieto normativo di accesso alla PMA e alla surrogazione per le coppie omosessuali. Come ricordato, la Consulta ritiene che ciò non sia possibile per evitare di imporre che qualsiasi aspirazione soggettiva o bisogno che una coppia valuta come essenziale, sia confuso con un "capriccio" capace di superare, attraverso il parametro evocato, ogni ostacolo normativo che impedisce la sua realizzazione.

Rispetto a questo approdo argomentativo, permangono, però, una consolidata costruzione teorica e, in diversi ambiti, anche un importante percorso giurisprudenziale che affermano la piena sussistenza e la corretta valenza della tutela della salute secondo una prospettiva di tutela del benessere psico-fisico delle persone coinvolte.

Il problema è comprendere quanto questa prospettiva possa indurre ad una nuova riflessione che possa ispirare e spingere, quanto meno il legislatore, a riconsiderare le fattispecie richiamate nel presente lavoro, secondo una differente chiave di lettura.

³⁷ S. STEFANELLI, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata*, cit., p. 215.

³⁸ Si pensi, ad esempio, alla difficoltà della scelta del donante nel caso di coppia omosessuale maschile che acceda alla surrogazione all'estero e all'impatto sulla salute psicofisica del genitore intenzionale di una disciplina normativa che non consenta una piena instaurazione del rapporto di genitorialità con il figlio. Cfr. S. AGOSTA, *Tra diritti e poteri: la surrogazione di maternità all'estero riletta alla luce degli insegnamenti di Alessandro Pizzorusso*, in *Federalismi.it*, 2021, n. 17, p. 9. Analoghe considerazioni emergono anche dalla lettura di provvedimenti giurisdizionali stranieri che sottolineano la tutela della salute psico-fisica del genitore intenzionale non in grado di contribuire con i propri gameti alla procreazione. Cfr. S. PENASA, *Tra legge e corti: la gestazione per altri in prospettiva comparata e multidimensionale*, in *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, cit., p. 95.

Per questo motivo è opportuno partire da alcuni punti certi che possano giustificare a volgere l'attenzione verso quella che ho chiamato “normalizzazione culturale” delle prerogative delle coppie dello stesso sesso sul profilo in questione.

Dal punto di vista teorico, non sembrano esserci dubbi a considerare il diritto alla salute psico-fisica quale corollario diretto del principio costituzionale generale della tutela della salute. Si tratta del noto diritto soggettivo all'integrità che comporta un dovere di astensione in capo allo Stato, gravato “dall'obbligo di mantenimento” di questo diritto, al fine di non pregiudicare o limitare la portata del valore richiamato³⁹. Sempre in generale sussiste, come noto, una connessione tra corpo e mente che fonda l'inscindibile legame tra salute fisica e psichica e che impone all'ordinamento la tutela degli interessi coinvolti e la liceità degli atti di disposizione del corpo posti in essere in virtù di tale stretto collegamento⁴⁰.

Rispetto alla visuale teorica, sul piano pratico, si registra poi una consolidata nozione di salute psico-fisica anche nella giurisprudenza costituzionale e in quella di legittimità⁴¹.

Ad esempio, con la sentenza n. 161/1985, la Corte ha affermato che gli atti di disposizione del corpo, se rivolti alla tutela della salute, anche nella sua dimensione psichica, devono essere ritenuti legittimi⁴² mentre la Cassazione, come sopra ricordato, ha chiarito che la salute non può essere identificata solo come assenza di malattia, ma deve essere intesa come «stato di completo benessere fisico e psichico»⁴³.

Rispetto a questo quadro, comunque noto e generale in merito alla identificazione della nozione di salute psico-fisica, risulta evidentemente più complessa, stante il divieto normativo e la netta obiezione avanzata dalla Corte costituzionale⁴⁴, la possibilità di trasporre il valore della salute così inteso con riguardo ai diritti esercitabili dalle coppie omosessuali nella PMA e nella surrogazione.

Tuttavia, sembrano emergere alcuni rilevanti appigli argomentativi che possono quanto meno stimolare una possibile riflessione sul punto. Quest'ultima si alimenta soprattutto rispetto all'emersione di casi concreti che impongono al giudice di risolvere l'istanza di

³⁹ Sul punto M. LUCIANI, *Salute (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, Roma, 1991, p. 5 ss. Sempre sul piano dell'inquadramento generale, a mero titolo esemplificativo, L. CARLASSARE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in *L'Amministrazione sanitaria*, a cura di R. ALESSI, Vicenza, Neri Pozza, 1967, p. 1114 ss.; B. PEZZINI, *Art. 32 Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, n. 1, 1983, 21 ss.; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, *id.*, n. 1, 1984, p. 21 ss.; G. ALPA, *Salute (Diritto alla)*, in *Nov. Dig. it.*, Appendice, VI, Torino, 1986, p. 913 ss.

⁴⁰ V. R. ROMBOLI, *Art. 5. La libertà di disporre del proprio corpo*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro Italiano, 1988, p. 225, spec. p. 238 ss.

⁴¹ Si veda la ricostruzione offerta da C. TRIPODINA, *Art. 32*, in *Commentario breve alla Costituzione*, diretto da S. Bartole – R. Bin, Padova, CEDAM, 2008, p. 321, spec. p. 322 ss.

⁴² Sempre sulla nozione di salute psico-fisica e sulla sua tutela v. anche Corte cost. nn. 184/1986 e 372/1994.

⁴³ Ci si riferisce alla già menzionata Cass. civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748.

⁴⁴ Anche considerando le argomentazioni addotte al fine di giustificare la differenza di trattamento per la coppia eterosessuale di cui alla sentenza della Corte costituzionale 162/2014 e richiamando, sul punto, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo (in particolare Corte EDU, 15 marzo 2012, *Gas e Dubois c. Francia*)

tutela, non solo coinvolgendo la Corte, ma anche evidenziando i vuoti di protezione, sollecitando di fatto il dibattito a livello di intervento legislativo.

A questo proposito, ad esempio, la Cassazione ha da tempo riconosciuto la piena idoneità delle coppie omosessuali ad accogliere, crescere ed educare i figli, senza tra l'altro distinguere per forza tra coppie maschili e femminili, anche se in talune circostanze adottando provvedimenti di maggiore apertura a favore di queste ultime. Emergerebbe, in tal senso, la dinamica della salute psico-fisica nella dimensione della sostenibilità del progetto familiare che riconoscerebbe la genuinità dell'aspirazione genitoriale e garantirebbe gli interessi dei figli⁴⁵.

Sul punto è opportuno ricordare come la giurisprudenza della Corte costituzionale, nell'escludere il diritto alla genitorialità come diritto assoluto, segnali la necessità di valutare limiti e il connesso bilanciamento con altri interessi costituzionalmente individuali.

Tuttavia, anche in questo caso, una parità *ex ante* tra i soggetti coinvolti nelle scelte di accesso alle tecniche riproduttive, in una logica di non discriminazione *a priori*, e la prospettiva non meramente biologica, ma fondata sul benessere e sull'identità personale, potrebbero contribuire a valutare la questione secondo prospettive diverse.

In questa direzione sarebbe opportuno chiedersi se, tra i vari beni oggetto di protezione e tutela, anche la salute psicofisica della coppia omosessuale possa avere una qualche rilevanza, soprattutto nel caso in cui si volesse riconoscere anche un valore sociale alla filiazione e dunque non declinare la salute psico-fisica solo in una dimensione individuale, ma di coppia, ovviamente anche omosessuale.

Un'ulteriore e forse decisiva argomentazione risulta anche quella di ancorare la nozione di salute psico-fisica alla posizione dei diritti dei figli nati nell'ambito di un progetto familiare tra coppie dello stesso sesso. Il noto profilo del *best interest* potrebbe essere associato a quello della tutela del benessere del minore. Già si è detto nei paragrafi precedenti come la Corte, a differenza di quanto rilevato nella decisione n. 221/2019, nelle sentenze nn. 32 e 33/2021 abbia evidenziato, per un verso, il vuoto normativo e, per altro verso, la necessità di identificare compiutamente i diritti dei "nati non riconoscibili"⁴⁶.

La salute psico-fisica in questo caso non troverebbe il limite invalicabile dell'art. 5 della l. 40/2004 ponendosi, invece, in una fase successiva, coincidente con la necessità di garantire il mantenimento della tutela dei figli nati nell'ambito di coppie omosessuali e, allo stesso tempo, l'esercizio della responsabilità genitoriale.

Il punto di chiusura, ossia la prospettiva da perseguire, a mio parere, appare tratteggiata dalla Corte costituzionale con la già citata sentenza n. 230/2020 e, in particolare, nel

⁴⁵ Sul punto v. Cass. civ., sez. I, 22 aprile 2020, n. 8029 che pure specifica come la Costituzione non presupponga una nozione di famiglia subordinata alla presenza di figli e, seppur con riguardo al tema dell'adozione, Cass. civ., sez. I, 22 giugno 2016, n. 12962.

⁴⁶ V. F. MANNELLA, *Oltre un serio avvertimento al legislatore? La Corte costituzionale e la nuova categoria di "nati non riconoscibili"*, in *Nomos*, 2021, n. 1, p. 1 ss.

passaggio in cui, ricordando le argomentazioni della decisione n. 84/2016, la Consulta prefigura la circostanza secondo la quale l’obiettivo «è, viceversa, perseguibile per via normativa, implicando una svolta che, anche e soprattutto per i contenuti etici e assiologici che la connotano, non è costituzionalmente imposta, ma propriamente “attiene all’area di interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre [...] il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale”».

L’auspicio è che ci si muova verso un effettivo bilanciamento tra la più volte ricordata “normalizzazione culturale” e una coscienza sociale moderna e adeguata alle esigenze di tutti i soggetti interessati, secondo valori di riconoscimento effettivi, concreti e liberi.

Illiceità del ricorso a tecniche di PMA da parte di coppie dello stesso sesso e tutela del preminente interesse del minore: la sentenza n. 32/2021 della Corte costituzionale*

Stefania Cecchini**

SOMMARIO: 1. La giurisprudenza costituzionale sulla legge n. 40/2004 a tutela del diritto alla salute e dei limiti alla libertà di autodeterminazione nelle scelte riproduttive. – 2. L’elusione dell’art. 5 della legge n. 40/2004 e le domande di nuove forme di genitorialità provenienti dal corpo sociale. – 3. Il preminente interesse del minore quando non è praticabile l’adozione in casi particolari: la sentenza n. 32/2021 della Corte costituzionale. – 4. Il necessario intervento del legislatore a tutela di una concezione minima di eguaglianza e certezza del diritto.

ABSTRACT:

Il contributo ha ad oggetto la sentenza n. 32/2021, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità avente ad oggetto gli artt. 8 e 9 della legge n. 40/2004 e l’art. 250 c.c., impugnati perché non consentirebbero al nato da un progetto di PMA eterologa, praticata da una coppia del medesimo sesso, l’attribuzione dello *status* di figlio riconosciuto anche dalla madre intenzionale che abbia prestato il consenso alla pratica fecondativa, ove non vi siano le condizioni per procedere all’adozione nei casi particolari e sia accertato giudizialmente l’interesse del minore. Il lavoro ricostruisce i principali orientamenti giurisprudenziali in materia, per poi concentrare l’attenzione sui passaggi argomentativi più significativi della decisione n. 32/2021, dai quali si evince la preferenza finora accordata dalla Corte alle decisioni di inammissibilità rispetto

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Ricercatrice t.d. in Diritto costituzionale nell’Università degli Studi di Cagliari, cecchini@unica.it.

alla possibilità di risolvere con sentenze di accoglimento le questioni che involgono la discrezionalità del legislatore in materia procreativa. Il lavoro conclude evidenziando che, sebbene dal tenore argomentativo per così dire insolito, la decisione del Giudice costituzionale merita di essere condivisa in quanto per garantire un pieno riconoscimento ai diritti del minore non sarebbe di per sé sufficiente la sola modifica dei limiti soggettivi prescritti dall'art. 5 della l. n. 40/2004, risultando invece necessario un intervento organico del legislatore.

The contribution has as its object sentence n. 32/2021, with which the Constitutional Court has declared inadmissible the question of legitimacy concerning Articles 8 and 9 of Law n. 40/2004 and Article 250 of the Civil Code, challenged because they would not allow the child born from a project of heterologous PMA, practiced by a couple of the same sex, the attribution of the status of child recognized by the intended mother who has given consent to the fertilization practice, where there are no conditions to proceed to adoption in special cases and the interest of the child is judicially established. The work reconstructs the main jurisprudential orientations on the subject, and then focuses attention on the most significant argo-mental passages of decision no. 32/2021, from which it is clear that the Court has so far given preference to decisions of inadmissibility with respect to the possibility of resolving issues involving the discretion of the legislator in procreative matters with judgments of acceptance. The work concludes by pointing out that, although the tenor of the argument so to speak unusual, the decision of the Constitutional Judge deserves to be shared as to ensure full recognition of the rights of the child would not be sufficient per se the mere modification of the subjective limits prescribed by art. 5 of law no. 40/2004, resulting instead necessary organic intervention of the legislature.

1. La giurisprudenza costituzionale sulla legge n. 40/2004 a tutela del diritto alla salute e dei limiti alla libertà di autodeterminazione nelle scelte riproduttive

Determinando una scissione tra sessualità e riproduzione, le tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) hanno rivoluzionato il rapporto tra progresso scientifico e diritto alla salute, incidendo altresì sul modo di considerare le relazioni tra i sessi e i rapporti di filiazione. Nate come un trattamento sanitario finalizzato a superare l'infertilità o la sterilità delle coppie incapaci di procreare naturalmente, tali tecniche sono state via via utilizzate per portare avanti progetti genitoriali non altrimenti realizzabili, con ripercussioni che mettono a dura prova la tenuta della «legalità costituzionale»¹ dell'ordinamento. In particolare, l'elusione dei limiti soggettivi previsti dall'art. 5 della legge n. 40/2004, che consente l'accesso alle tecniche di PMA «soltanto alle coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi»², apre sce-

¹ Il riferimento è a M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir., Ann.*, IX, Milano, Giuffrè, 2016, p. 451.

² Legge 19 febbraio 2004, n. 40, art. 5, *Requisiti soggettivi*: «fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi».

nari i cui esiti risultano lontani da una concezione minima di eguaglianza e certezza del diritto e che mostrano l'urgenza di un intervento organico del legislatore in materia.

Sin dalla sentenza n. 347/1998³, con cui sollecitò il legislatore a disciplinare il rapporto tra diritto e nuove tecniche riproduttive, la Corte costituzionale ha ricoperto un ruolo essenziale nella definizione della disciplina della legge n. 40/2004, al punto che qualsiasi indagine in materia di PMA non può prescindere dalla conoscenza della sua giurisprudenza⁴. In particolare, dopo un iniziale atteggiamento di *self-restraint*⁵, la Corte ha dichiarato l'illegittimità dei divieti di ricorso a tecniche di PMA di tipo eterologo (sentenza n. 162/2014), di ricorso alle tecniche, anche di tipo omologo, alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili (sentenza n. 96/2015) e, infine, del divieto di diagnosi preimpianto per conoscere lo stato di salute degli embrioni e permettere l'impianto solo di quelli sani (sentenza n. 229/2015)⁶. Tali interventi, tuttavia, hanno lasciato inalterate le coordinate di fondo della predetta legge, finalizzata a porre rimedio alla sterilità o infertilità umana avente una causa patologica e non altrimenti removibile.

L'attività del Giudice costituzionale non ha, invece, inciso sui limiti soggettivi posti dalla legge n. 40/2004, neppure quando è stata sollevata la questione di legittimità degli artt.

³ Corte costituzionale, sentenza n. 347/1998. In quell'occasione, la Corte dichiarò la questione inammissibile in quanto, a suo avviso, il figlio della moglie nato da fecondazione artificiale eterologa non poteva essere disconosciuto dal padre legittimo perché, al tempo, non esisteva una disposizione di legge che autorizzasse un disconoscimento di paternità fondato sul presupposto della mancanza di adulterio della moglie. In particolare, la Corte lamentava la mancata tutela, a causa dell'assenza di una legge in tema di procreazione medicalmente assistita, di «plurime esigenze costituzionali», quali innanzitutto «le garanzie per il nuovo nato» in relazione ai suoi «diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità». Diritti che «è compito del legislatore specificare» (*ivi*, punto 3 del *Considerato in diritto*). Al riguardo, cfr. E. LAMARQUE, *La prima decisione della Corte costituzionale sulle conseguenze dell'utilizzo delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, in *Giurisprudenza costituzionale*, V, 1998, pp. 2637-2647.

⁴ In particolare, cfr. Corte costituzionale, sentenze nn. 45, 46, 47, 48 e 49/2005, ord. n. 369/2006, sent. n. 151/2009, ord. n. 150/2012, sentenze nn. 162/2014, 96/2015, 229/2015, 84/2016, 272/2017, 221/2019, 237/2019, 230/2020, 32/2021 e 33/2021.

⁵ Corte costituzionale, ordinanza n. 369/2006. In quell'occasione, la Corte dichiarò manifestamente inammissibile la questione di legittimità dell'art. 13 della legge n. 40/2004 nella parte in cui non consentiva di accertare, mediante diagnosi preimpianto, se gli embrioni da trasferire nell'utero della donna fossero affetti da malattie genetiche, di cui i potenziali genitori siano portatori, quando l'omissione di detta diagnosi implichi un accertato pericolo grave ed attuale per la salute psico-fisica della donna, sollevata dal Tribunale di Cagliari con un'ordinanza emessa nell'ambito di un cautelare *ex art. 700 c.p.c.*, in applicazione dell'art. 669-*sexies* c.p.c. Al riguardo, cfr. S.L. MORSIANI, «A buon intenditor poche parole», in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2006; L. TRUCCO, *La procreazione medicalmente assistita al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2007, pp. 1617 ss.

⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 162/2014, spec. punto 7 del *Considerato in diritto*; Corte costituzionale, sentenza n. 96/2015, con cui ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge n. 40/2004, nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge n. 194/1978, accertate da apposite strutture pubbliche; Corte costituzionale, sentenza n. 229/2015, con cui ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, commi 3, lettera b), e 4 della legge n. 40, nella parte in cui contemplava come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge n. 194/1978 e accertate da apposite strutture pubbliche.

5 e 12 della stessa nella parte in cui precludono alle coppie composte da persone dello stesso sesso di accedere alle tecniche di PMA⁷. Con la sentenza n. 221/2019, infatti, la Corte ha rigettato la questione in ragione della diversa situazione di incapacità riproduttiva in cui versano le coppie composte da persone dello stesso sesso e quelle eterosessuali, ritenendo l'infertilità fisiologica della coppia omosessuale non omologabile a quella della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive⁸. In quell'occasione, il Giudice costituzionale si è espressamente interrogato sui limiti di «un “diritto a procreare” (o “alla genitorialità”, che dir si voglia)»⁹, al fine di comprendere se il desiderio di avere un figlio attraverso le possibilità offerte dalla tecnica debba essere soddisfatto sempre e comunque o se, al contrario, risulti giustificabile la previsione di specifiche condizioni di accesso alle pratiche considerate, in una prospettiva di salvaguardia dei diritti in gioco. Ha prevalso questa seconda opzione. La Corte, anzitutto, ha chiarito che le tecniche di PMA costituiscono «rimedio alla sterilità o infertilità umana avente una causa patologica e non altrimenti removibile», escludendo che le stesse possano «rappresentare una modalità di realizzazione del “desiderio di genitorialità” alternativa ed equivalente al concepimento naturale»¹⁰. Dopodiché, ha aggiunto che le limitazioni di ordine soggettivo sono quelle poste dal legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità politica e che non possono essere dalla stessa sindacate se non quando viziate da palese irragionevolezza¹¹. Peraltro, un'interpretazione siffatta risulta perfettamente in linea con quanto la Corte aveva già sostenuto nella discussa decisione n. 162/2014 sul divieto di fecondazione eterologa. Con quella sentenza, infatti, il Giudice costituzionale, pur affermando che «la determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile»¹², aveva, al contempo, precisato che tale libertà è incoercibile solo «qualora non vulneri altri valori costituzionali»¹³. A suo avviso, «la libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare

⁷ Più precisamente, l'art. 12 della legge n. 40/2004 punisce, con sanzioni pecuniarie, chiunque a qualsiasi titolo utilizzi a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente (comma 1) o applichi tecniche di PMA a coppie prive dei requisiti soggettivi prescritti dall'art. 5 (comma 2) o senza aver raccolto il consenso secondo le modalità prescritte (comma 4).

⁸ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 221/2019, punto 10 del *Considerato in diritto*.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*. Tale affermazione si pone perfettamente in linea con l'idea di fondo sottesa a Corte costituzionale, sentenza n. 96/2015.

¹¹ Per valutare la ragionevolezza del divieto posto dall'art. 5 della legge n. 40/2004, la Corte ha ricercato l'*intentio legislatoris*, individuando, in particolare, «due idee di base»: la prima concerne la funzione che le tecniche di procreazione assistita svolgono; la seconda, invece, la struttura del nucleo familiare. La Corte è giunta, così, a ritenere che disciplina prevista dalla legge n. 40/2004 non presenta incongruenze interne poiché l'infertilità fisiologica della coppia omosessuale femminile (come anche quella della donna sola e della coppia eterosessuale in età avanzata) non sia affatto omologabile all'infertilità della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive. Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 221/2019, punto 10 del *Considerato in diritto*.

¹² Corte costituzionale, sentenza n. 162/2014, punto 6 del *Considerato in diritto*.

¹³ *Ibidem*.

genitori e di formare una famiglia, nel senso sopra precisato, di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicitarsi senza limiti»¹⁴.

In definitiva, sebbene l'attività del Giudice delle leggi abbia inciso sui limiti oggettivi originariamente previsti dalla disciplina del 2004, i suoi interventi non hanno comunque tradito le linee di fondo della stessa. Difatti, la giurisprudenza costituzionale, che sempre più spesso si è dovuta confrontare con l'idea che la genitorialità sia fondata sull'intenzione dei futuri genitori, definiti non a caso "intenzionali", e con una visione "volontaristica" del diritto di procreare¹⁵, risulta costante nel ritenere che «la tutela costituzionale della "salute", a fondamento della legge n. 40/2004, «non può essere estesa fino a imporre la soddisfazione di qualsiasi aspirazione soggettiva o bisogno che una coppia (o anche un individuo) reputi essenziale»¹⁶. La tutela del diritto alla salute della donna, infatti, ha costituito la chiave di lettura utilizzata dal Giudice delle leggi per vagliare la ragionevolezza dei divieti di ricorso a tecniche di PMA di tipo eterologo, di ricorso alle tecniche alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili e di diagnosi preimpianto¹⁷. Viceversa, le decisioni di inammissibilità emesse con riferimento alla legittimità dei requisiti soggettivi previsti dalla legge n. 40/2004, come ci si appresta a vedere, hanno quale fulcro argomentativo la non irragionevolezza della scelta del legislatore di prevedere dei limiti di accesso alle tecniche di PMA.

2. L'elusione dell'art. 5 della legge n. 40/2004 e le domande di nuove forme di genitorialità provenienti dal corpo sociale

Sebbene la giurisprudenza costituzionale abbia lasciato inalterato il disposto dell'art. 5 della legge n. 40/2004, la vigenza dei limiti soggettivi ivi previsti non è stata in grado di arginare il desiderio di genitorialità delle coppie composte da persone dello stesso sesso. Ove ne abbiano la disponibilità economica, infatti, tali coppie si recano in Paesi con una legislazione più permissiva in tema di procreazione per realizzare il proprio progetto genitoriale. La soddisfazione di tale desiderio ha determinato, da un lato, l'incremento di richieste di trascrizione degli atti di nascita di minori legittimamente formati all'estero

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ S. NICCOLAI, *La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6, 2017, pp. 2990 ss.

¹⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 221/2019, punto 16 del *Considerato in diritto*. In particolare, nello stesso senso cfr. Corte costituzionale, sentenze nn. 151/2009, ord. n. 150/2012, sentenze nn. 162/2014, 96/2015, 229/2015, 272/2017, 221/2019, 237/2019, 230/2020, 32/2021 e 33/2021.

¹⁷ Con riferimento alla salute della donna quale chiave di lettura della giurisprudenza costituzionale sulla legge n. 40/2004, sia consentito rinviare a S. CECCHINI, *La Corte costituzionale paladina dell'eguaglianza di genere*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, spec. pp. 179-205.

e, dall'altro, l'aumento delle domande di riconoscimento del rapporto di filiazione tra il minore nato in Italia e il genitore intenzionale che ha condiviso il progetto genitoriale col genitore biologico. A tali domande, il cui esito, come è stato osservato, spesso dipende dalle scelte degli Ufficiali di Stato civile a cui le stesse vengono formulate¹⁸, seguono risposte assai eterogenee ben lontane da una concezione minima di eguaglianza e di certezza del diritto.

Gli effetti di tali diversità di indirizzi si ripercuotono principalmente sullo *status filiationis* dei minori, i quali, a seconda che venga o meno riconosciuto loro il rapporto anche con il genitore intenzionale, subiscono discriminazioni che si pongono in contrasto con gli artt. 2, 3 e 30 della Costituzione, con l'art. 2 della Dichiarazione universale dei diritti del fanciullo del 1959¹⁹, con l'art. 24, comma 2 della CEDU, da cui si desume la preminente considerazione dell'interesse del minore in tutti gli atti che lo riguardano, e con gli artt. 8 e 14 CEDU, a partire dai quali la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato i diritti alla vita privata e familiare del fanciullo²⁰. Secondo la Corte EDU (sentenze *Menesson e Labassee*), infatti, la tutela del preminente interesse del minore²¹ comprende la garanzia del suo diritto all'identità affettiva, relazionale, sociale, fondato sulla stabilità dei rapporti familiari e di cura e sul loro riconoscimento giuridico²². A presidio di tale interesse, col parere consultivo reso il 10 aprile 2019 ai sensi del Protocollo n. 16, la Corte EDU ha affermato l'obbligo degli Stati di prevedere il riconoscimento legale del legame di filiazione tra il minore nato attraverso il ricorso a tecniche di PMA e i genitori intenzionali. In forza di tale obbligo, che trova il proprio fondamento normativo nell'art. 8 CEDU, gli Stati, con un margine di discrezionalità circa i mezzi da adottare (ad esempio l'adozione), devono garantire la tutela dei diritti dei minori in maniera piena e, ove il rapporto di filiazione sia già diventato una «realtà pratica», la procedura prevista per il riconoscimento deve essere «attuata in modo tempestivo ed efficace»²³.

¹⁸ Si condividono le puntuali riflessioni di 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 *Online First*, in corso di pubblicazione in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3, 2021.

¹⁹ Resa esecutiva in Italia con la legge 27 maggio 1991, n. 176, «*Ratifica ed esecuzione della convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989*».

²⁰ Cfr. Corte EDU, sezione seconda, sentenza 5 novembre 2002, *Yousef contro Paesi Bassi*, «the child's rights must be the paramount consideration»; Corte EDU, sezione prima, sentenza 28 giugno 2007, *Wagner e J.M.W.L. contro Lussemburgo*, paragrafo 133: «*Bearing in mind that the best interests of the child are paramount in such a case*».

²¹ La giurisprudenza di merito, di legittimità e anche quella costituzionale sono ormai solite fare riferimento al «superiore o preminente interesse del minore», espressione che costituisce la traduzione impropria, ma ormai consolidata, della locuzione inglese «*best interests of the child*», che si riferiva agli «*interests*» (al plurale) del minore, vale a dire tutti gli interessi, le esigenze e i bisogni dello stesso, e dove «*best*» si sarebbe dovuto tradurre come i «migliori», i «più significativi».

²² Corte EDU, sezione quinta, sentenze 26 giugno 2014, *Menesson contro Francia* (paragrafo 96) e *Labassee contro Francia* (paragrafo 75).

²³ Sul parere consultivo dalla Corte EDU reso, ai sensi del Protocollo n. 16, il 10 aprile 2019, sia consentito rinviare a S. CECCHINI, *Maternità surrogata e margine di apprezzamento nel primo parere consultivo della Corte Edu*, in *Giurisprudenza italiana*, maggio 2019, pp. 1016-1018.

L'esigenza di apprestare adeguata tutela al nato da tecniche di PMA, in attuazione del quadro costituzionale e sovranazionale appena richiamato, era ben nota anche al legislatore del 2004, il quale si era preoccupato di dedicare il Capo III della legge n. 40 alla tutela del nascituro, disciplinando lo "statuto giuridico del nato" (art. 8) e il "divieto del disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre" (art. 9). L'art. 8 attribuisce ai nati attraverso tecniche di PMA lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle predette tecniche. L'art. 9, oltre a stabilire il divieto dell'anonimato per la madre biologica, esclude, in caso di PMA di tipo eterologo, la facoltà del coniuge o del convivente il cui consenso sia ricavabile da atti concludenti di esercitare l'azione di disconoscimento della paternità o d'impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità, precludendo inoltre al donatore dei gameti l'acquisizione di qualsiasi relazione parentale con il nato²⁴. Tuttavia, la circostanza che il legislatore non abbia disciplinato l'ipotesi in cui il progetto genitoriale sia condotto da coppie di persone dello stesso sesso, alle quali ha deciso di precludere l'accesso alle tecniche di PMA, ha determinato il formarsi di molteplici orientamenti giurisprudenziali sull'applicazione degli artt. 5, 8, 9 e 12 della legge n. 40/2004.

I casi da cui scaturiscono le domande di riconoscimento di tali nuove forme di genitorialità sociale sono molteplici e variano a seconda del luogo di nascita del minore, del sesso dei componenti della coppia omoaffettiva e della presenza o assenza del consenso del genitore biologico al ricorso all'adozione in casi particolari da parte del genitore intenzionale. Per saggiare la dimensione del problema e del *vulnus* arrecato, contestualmente, al premittente interesse del minore e ai fondamentali principi di eguaglianza e certezza del diritto, è sufficiente limitarsi a richiamare le tre ipotesi maggiormente ricorrenti in giurisprudenza, anticipando che soltanto l'ultima costituirà oggetto precipuo della presente indagine: a) la richiesta, da parte di una coppia composta due donne, di trascrizione dell'atto di nascita del minore legittimamente formato all'estero; b) la richiesta, da parte di una coppia composta due uomini, di trascrizione dell'atto di nascita legittimamente formato all'estero del minore nato attraverso il ricorso alla surrogazione di maternità; c) la richiesta, da parte di una coppia di due donne, del riconoscimento del rapporto del minore nato in Italia anche

²⁴ Legge 19 febbraio 2004, n. 40, art. 8, *Stato giuridico del nato*: "I nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6". L'art. 9, *Divieto del disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre*: "1. Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice. 2. La madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396. 3. In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi".

con la madre intenzionale che condivide il progetto genitoriale con la donna che lo ha partorito.

Nella prima ipotesi, rientrano, ad esempio, il caso deciso con la famosa pronuncia n. 19599/2016, con cui la Corte di Cassazione, escludendo qualsiasi contrasto con l'ordine pubblico, ha affermato la legittimità della trascrizione in Italia dell'atto di nascita legittimamente formato in Spagna in cui erano indicate come genitori del minore entrambe le donne della coppia, di cui una aveva donato gli ovociti e l'altra aveva condotto la gravidanza; e il caso deciso con la sentenza n. 14878/2017, con cui la Suprema Corte ha ritenuto si potesse trascrivere in Italia l'atto di nascita legittimamente formato in Galles in cui era attribuita la maternità di un minore anche alla compagna di colei che lo aveva partorito e con la quale era stato condiviso il progetto familiare²⁵.

Viceversa, nella seconda ipotesi, ovvero ove una coppia composta da due uomini richieda la trascrizione di un atto formato all'estero che attesti che il minore è nato attraverso il ricorso a surrogazione di maternità, le Sezioni Unite del Cassazione con un'importante sentenza del 2019 hanno affermato che l'art. 12, comma 6 della legge n. 40/2004, che vieta espressamente il ricorso alla gestazione per altri, è «qualificabile come principio di ordine pubblico in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione»²⁶. La Cassazione ha escluso, così, il riconoscimento in Italia della sentenza straniera che aveva riconosciuto lo *status* di genitore al compagno di colui che, tramite la donazione del proprio seme e la gestazione per altri in Canada, era divenuto padre.

Prima di passare all'ultimo scenario prospettato *supra*, si può brevemente osservare che per la coppia femminile la genitorialità d'intenzione ha avuto espresso riconoscimento in Italia per il tramite della trascrizione di atti di nascita formati all'estero. Al contrario, il fatto che, per (ancora) insuperabili leggi di natura, la gestazione e il parto costituiscano prerogative della sola donna, fa sì che la realizzazione del progetto genitoriale della coppia composta da due uomini trovi soddisfacimento con maggiori difficoltà. La circostanza che il corpo di una donna risulti ancora «essenziale anche in tutte le procedure mediche che possono arrivare a produrre embrioni fuori dal corpo di una madre»²⁷, si traduce, sul piano giuridico, nel disvalore che l'ordinamento riconosce alla surrogazione di maternità

²⁵ Cassazione civile, sezione I, 15 giugno 2017, n. 14878.

²⁶ Cassazione civile, Sezioni Unite, 6 novembre 2018, n. 12193, depositata l'8 maggio 2019, p. 41. Con questa pronuncia, le Sezioni Unite hanno risolto la situazione di incertezza interpretativa creata da Corte di Cassazione, sez. I civ., 11 novembre 2014, n. 24001 e da Cassazione, sez. I civ., 30 settembre 2016, n. 19599. Sui diversi significati attribuiti al limite di ordine pubblico da queste due pronunce del Giudice della legittimità, sia consentito rinviare alle riflessioni sviluppate in S. CECCHINI, *Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2019, spec. pp. 338-342. Mentre, sulla decisione delle Sezioni Unite, cfr. F. FERRARI, *Profili costituzionali dell'ordine pubblico internazionale. Su alcuni "passi indietro" della Corte di Cassazione in tema di PMA*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2020, pp. 169-193.

²⁷ B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dell'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2017, p. 193.

quale pratica lesiva del limite dell'ordine pubblico, nozione che ai fini del riconoscimento dell'efficacia dei provvedimenti stranieri è più ristretta di quella rilevante nell'ordinamento interno²⁸. Al riguardo, la Corte di Cassazione ha ritenuto che tale disparità di trattamento tra coppie composte da due donne e quelle composte da due uomini con riferimento alla trascrizione degli atti formati all'estero non comporta la violazione dell'art. 3 della Costituzione, in quanto costituisce «il naturale portato della differenza tra la normativa italiana e quelle vigenti in altri Paesi, la cui diversità, pur rendendo possibili condotte elusive della più restrittiva disciplina dettata dal nostro ordinamento, non costituisce di per sé causa d'illegittimità costituzionale di quest'ultima»²⁹.

Con riferimento alla terza e ultima ipotesi soprarichiamata, relativa alla richiesta di riconoscimento del rapporto del minore nato in Italia anche con la madre intenzionale, gli orientamenti che si sono formati in giurisprudenza sono essenzialmente due.

Il primo, in considerazione della preminente esigenza, costituzionalmente garantita, di tutelare la condizione giuridica del nato, conferendogli certezza e stabilità, tiene distinta la questione inerente alla liceità della tecnica prescelta per farlo nascere e considera percorribile un'interpretazione del quadro normativo vigente che ammetta il riconoscimento del rapporto anche con la madre intenzionale³⁰. Tale indirizzo interpretativo si fonda essenzialmente sulla scissione tra il piano dell'illiceità della condotta delle donne recatesi all'estero per ricorrere a PMA eterologa e il piano della tutela del minore³¹. Secondo questa giurisprudenza di merito, infatti, interpretare l'art. 8 nel senso della inapplicabilità al nato da PMA illecita farebbe ricadere sul minore gli effetti negativi dovuti alle modalità in cui è

²⁸ Sulla differenza tra ordine pubblico interno e internazionale, cfr. C. LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Dem. dir.*, 3-4, 1967, pp. 359-381; L. PALADIN, *Ordine pubblico*, in *Nov. Dig.*, XII, Torino, 1965, p. 130; A. CERRI, *Ordine pubblico* (diritto costituzionale), in *Enciclopedia giuridica*, XXII, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma, Treccani, 1990, pp. 1-11, Id., *Ordine pubblico* (diritto costituzionale), in *Enc. giur.*, 2007, pp. 1-3; A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, 1963, CLXV, pp. 3 ss.; F. ANGELINI, *Ordine pubblico*, in *Diz. dir. pub.*, IV, Milano, Giuffrè, 2006, p. 3998; Id., *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea: i principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova, Cedam, 2007; V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2, 2018, pp. 403-448; L. FUMAGALLI, *Diritto straniero (applicazione e limiti)*, in *Enciclopedia del diritto*, Ann., IV, Milano, Giuffrè, 2011, n. 86, p. 487; 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, Jovene, 2017, pp. 121 ss.

²⁹ Cassazione civile, sezione I, 22 aprile 2020, n. 8029, punto 5.5. delle *Ragioni della decisione*.

³⁰ Orientamento quest'ultimo fatto proprio, tra gli altri, dal Tribunale di Rimini, decreto 3 dicembre 2019, Tribunale di Genova, decreto del 4 novembre 2020, Tribunale di Brescia, decreto 11 novembre 2020, dal Tribunale di Cagliari, sentenza n. 1146 del 28 aprile 2020, confermata dal decreto 16 aprile 2020 della Corte d'appello di Cagliari, dalla Corte d'appello di Roma, decreto 27 aprile 2020, dal Tribunale di Roma, decreto del 18 aprile 2021 che ha recentemente imposto al Comune di Roma di annotare l'atto con due mamme già formato da altro Comune.

³¹ Da ultimo, questo orientamento è stato seguito dalla Corte d'appello di Cagliari, decreto 16 aprile 2021, depositato il 29 aprile 2021, che ha confermato la decisione del Tribunale di Cagliari del 28 aprile 2020, n. 1146.

venuto al mondo, in aperto contrasto con i valori costituzionali tutelati dagli artt. 2, 3 e 30 Cost. e dal quadro sovranazionale sopraricordato³².

Al contrario, un secondo orientamento, che muove da un'interpretazione sistematica e logica degli artt. 5, 8, 9 e 12 della legge n. 40/2004, ritiene che il requisito soggettivo della diversità di sesso prescritto dall'art. 5, letto in relazione anche alle norme del codice civile sulla filiazione e alla disciplina sulle unioni civili ex art. 1, comma 20 della legge n. 76/2016³³, impedisce di interpretare gli artt. 8 e 9 nel senso di riconoscere al minore lo *status* di figlio di entrambe le donne³⁴. La I sezione civile della Cassazione, con le sentenze nn. 7668 e 8029 del 2020, ha ritenuto che l'insussistenza del requisito soggettivo della diversità di sesso di cui all'art. 5 si estenderebbe, impedendolo, alla successiva fase del riconoscimento del rapporto filiale nei confronti della madre intenzionale³⁵. Secondo la Suprema Corte, infatti, «non può condividersi il tentativo di astrarre» il disposto degli artt. 8 e 9 della legge n. 40/2004 dal contesto in cui sono collocati e, pertanto, «il riconoscimento di un minore concepito mediante il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo da parte di una donna legata in unione civile con quella che lo ha partorito, ma non avente alcun legame biologico con il minore, si pone in contrasto (...) con l'esclusione del ricorso alle predette tecniche da parte delle coppie omosessuali»³⁶.

Anche da quest'ultimo scenario emerge, dunque, la diversità di trattamento riservata dalla giurisprudenza di merito e di legittimità a situazioni sostanzialmente analoghe, ma che si differenziano per via del luogo di nascita del minore, il quale se nasce all'estero è più probabile che veda riconosciuto il proprio *status filiationis* anche con la madre intenzionale attraverso la trascrizione dell'atto di nascita straniero, mentre ove nasca in Italia potrebbe vedersi riconosciuto tale legame soltanto con la madre biologica³⁷.

Stante questa diversità di indirizzi, la Corte costituzionale è stata recentemente chiamata a pronunciarsi sulla legittimità degli artt. 8 e 9 della legge n. 40/2004 nella parte in cui non

³² Sul rischio di far ricadere sui minori le «colpe dei padri», cfr. G. BARCELLONA, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, in *forumcostituzionale.it*, 9 marzo 2018, pp. 1-7, e ID., *Le "brutte bandiere": diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021*, in *forumcostituzionale.it*, 2, 2021, pp. 115 ss.

³³ Legge 20 maggio 2016, n. 76, intitolata «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze», ove si attribuisce natura di famiglia anche a quella costituita da persone del medesimo sesso, individuata come una di quelle organizzazioni sociali, meritevoli di tutela a norma dell'art. 2 Cost. L'art. 1 comma 20 vieta espressamente alla coppia fondata su un'unione civile di poter presentare domanda di adozione di un minore in stato di abbandono (potendo accedervi solo le coppie formate da persone di sesso diverso e coniugate).

³⁴ Questa è l'interpretazione accolta dal Tribunale di Padova che, ritenendo di non poter interpretare in maniera costituzionalmente orientata l'art. 8 Cost., ha sollevato alla Corte la questione decisa con la sentenza n. 32/2021. Nello stesso senso, anche Cassazione civile, sezione I, 3 aprile 2020, n. 7668 e 22 aprile 2020, n. 8029.

³⁵ Cassazione civile, sezione I, 22 aprile 2020, n. 8029, punto 5.5. delle *Ragioni della decisione*.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Al riguardo, cfr. M. PICCHI, «Figli di un dio minore»: *quando lo status filiationis dipende dal luogo di nascita (Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 230/2020 della Corte costituzionale)*, in *forumcostituzionale.it*, 1, 2021; E. OLIVITO, *(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2021.

consentono al minore nato da un progetto di PMA eterologa, praticata da una coppia di due donne, l'attribuzione dello *status* di figlio riconosciuto anche dalla madre intenzionale che abbia prestato il consenso alla pratica fecondativa, ove non vi siano le condizioni per procedere all'adozione nei casi particolari e sia accertato giudizialmente l'interesse del minore. La Corte, nel dichiarare la questione inammissibile, ha espressamente sollecitato il legislatore ad adottare, nell'esercizio della sua discrezionalità, «una disciplina che, in maniera organica, individui le modalità più congrue di riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore nato da PMA praticata da coppie dello stesso sesso»³⁸.

3. Il preminente interesse del minore quando non è praticabile l'adozione in casi particolari: la sentenza n. 32/2021 della Corte costituzionale

Con la sentenza 28 gennaio 2021 n. 32, depositata il 9 marzo insieme alla successiva n. 33, la Corte ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004, che, ad avviso del giudice *a quo*, se sistematicamente interpretati con l'art. 250 c.c., non consentirebbero di attribuire al minore lo *status* di figlio riconosciuto anche dalla madre intenzionale che abbia prestato il consenso alla pratica fecondativa, ove non vi siano le condizioni per procedere all'adozione nei casi particolari e sia accertato giudizialmente l'interesse del minore. Più precisamente, il giudizio *a quo* dinanzi al Tribunale di Padova aveva preso le mosse dalla richiesta della madre intenzionale di due gemelle nate in Italia a seguito del ricorso a tecniche di PMA, a cui si era sottoposta l'allora sua compagna, per ottenere l'autorizzazione a dichiarare all'Ufficiale dello Stato civile di essere genitore ai sensi dell'art. 8 della legge n. 40/2004 ovvero di essere dichiarata tale dalla sentenza dello stesso Tribunale per aver prestato il consenso alla fecondazione eterologa ai sensi dell'art. 6 della stessa legge. Ritenendo fondata l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla difesa statale, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione dal momento che «le integrazioni alla disciplina vigente, richieste dal giudice *a quo*, sarebbero protese a colmare un vuoto di tutela in una materia caratterizzata da ampia discrezionalità del legislatore»³⁹.

Nonostante il giudizio sia stato definito con una pronuncia di inammissibilità, vi sono alcuni importanti passaggi argomentativi su cui occorre soffermare l'attenzione: a) il rilievo costituzionale del preminente interesse del minore nato a seguito del ricorso a tecniche di PMA, sul quale non si può far ricadere la responsabilità inerente alla illiceità delle tecniche adottate per la procreazione; b) l'affermazione per cui l'elusione del limite stabilito dall'art.

³⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 32/2021, punto 2.4.1.4. del *Considerato in diritto*.

³⁹ *Ivi*, punto 2.4. del *Considerato in diritto*.

5 della legge n. 40/2004 non configura un limite di ordine pubblico interno; c) l'accertamento di un vuoto di tutela che spetta al legislatore colmare.

Cominciando dal primo profilo, la Corte ha posto al centro della sua motivazione la tutela del diritto all'identità del minore, ricordando che l'ordinamento riconosce rilievo giuridico alla genitorialità sociale, ove non coincidente con quella biologica⁴⁰, tenuto conto che «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa»⁴¹. Secondo il Giudice delle leggi, infatti, l'art. 9 della legge n. 40/2004, nel valorizzare il consenso alla genitorialità e l'assunzione della conseguente responsabilità nell'ambito di una formazione sociale idonea ad accogliere il minore, «dimostra la volontà di tutelare gli interessi del figlio», garantendo «il consolidamento in capo al figlio di una propria identità affettiva, relazionale, sociale, da cui deriva l'interesse a mantenere il legame genitoriale acquisito, anche eventualmente in contrasto con la verità biologica della procreazione»⁴². Dopo aver ricordato le modifiche legislative in materia di filiazione apportate, in attuazione dell'art. 30 Cost., al D.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, la Corte ha richiamato il quadro sovranazionale che attribuisce una *paramount consideration* ai *best interests of the child* nell'approvazione di leggi e nell'adozione di tutti i provvedimenti che incidano sulla condizione del minore⁴³. Il Giudice delle leggi ha fatto altresì espresso riferimento all'obbligo degli Stati di prevedere il riconoscimento legale del legame di filiazione tra il minore e i genitori intenzionali, evidenziando che non sempre l'adozione in casi particolari costituisce un'opzione praticabile. Se, infatti, come nel caso di specie, il momento della costituzione dello *status* genitoriale tra il minore e la madre intenzionale coincide con l'emersione di un insanabile conflitto nella coppia omoaffettiva che conduce alla negazione del consenso da parte della madre biologica, non vi è alcuno strumento giuridico che consenta di riconoscere la relazione tra il genitore intenzionale e il bambino⁴⁴. Ebbene, tali argomentazioni mostrano che la Corte costituzionale condivide le preoccupazioni del Tribunale di Padova in relazione all'attuale *deficit* di tutela in cui possono versare i minori

⁴⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 272/2017, punto 2.5. del *Considerato in diritto*.

⁴¹ Corte costituzionale, sentenza n. 162/2014, punto 6 del *Considerato in diritto*.

⁴² Corte costituzionale, sentenza n. 127/2020, punto 4.2. del *Considerato in diritto*.

⁴³ Più precisamente, la Corte ha richiamato l'art. 24, comma 2 della CEDU, da cui si desume la preminente considerazione dell'interesse del minore in tutti gli atti che lo riguardano. Tale preminente considerazione trova il proprio fondamento anche nel principio 2 della Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1959; nell'art. 3, paragrafo 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo, in cui si parla di *primary consideration* da riservare agli interessi del minore. Sempre a presidio della tutela degli interessi del minore, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha fondato sull'art. 8 CEDU, spesso in combinato disposto con l'art. 14 CEDU, la tesi per cui i diritti alla vita privata e familiare del fanciullo devono costituire un elemento determinante di valutazione.

⁴⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 32/2021, punto 2.4.1.3 del *Considerato in diritto*, ove afferma che la questione sollevata dal Tribunale di Padova rivela «in maniera tangibile l'insufficienza del ricorso all'adozione in casi particolari, per come attualmente regolato, tant'è che nello specifico caso è resa impraticabile proprio nelle situazioni più delicate per il benessere del minore, quali sono, indubbiamente, la crisi della coppia e la negazione dell'assenso da parte del genitore biologico/legale, reso necessario dall'art. 46 della medesima legge n. 184 del 1983».

nati da PMA eterologa condivisa da una coppia di persone dello stesso sesso che decida di interrompere la relazione.

Quanto al secondo profilo di interesse, vale a dire l'affermazione che il limite posto dall'art. 5 della legge n. 40/2004 non configura un limite di ordine pubblico interno, la Corte ha sostenuto in modo inequivocabile che la violazione dell'art. 5 «non evoca scenari di contrasto con principi e valori costituzionali»⁴⁵. Come aveva già affermato con la sentenza n. 221/2019, il Giudice costituzionale ha ribadito che non è configurabile un divieto costituzionale per le coppie omosessuali di accogliere figli, pur spettando alla discrezionalità del legislatore la relativa disciplina, e ha, così, tracciato una netta linea di demarcazione tra i casi come quello sottoposto al suo esame e la differente ipotesi di surrogazione di maternità vietata dall'art. 12, comma 6 della legge n. 40. Senza, dunque, entrare nel merito dell'interpretazione del giudice *a quo*, la Corte costituzionale ha escluso il contrasto con principi e valori costituzionali in ipotesi di «elusione dell'art. 5 legge n. 40/2004»⁴⁶ e ha evidenziato l'urgenza di una «diversa tutela del miglior interesse del minore, in direzione di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del suo rapporto con la “madre intenzionale”, che ne attenui il divario tra realtà fattuale e realtà legale», invocando, dunque, l'intervento del legislatore⁴⁷.

Si giunge, così, al terzo e ultimo profilo di interesse: l'accertamento di «una situazione di carenza dell'attuale ordinamento, con implicazioni costituzionali»⁴⁸ che spetta al legislatore colmare. Il Giudice delle leggi ha ritenuto «non più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa» al punto da “suggerire” al legislatore, «in via esemplificativa», alcune vie percorribili per tutelare il preminente interesse del minore⁴⁹, quali «una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento», ovvero «l'introduzione di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca, con una procedura tempestiva ed efficace, la pienezza dei diritti connessi alla

⁴⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 32/2021, punto 2.4.1.3. del *Considerato in diritto*.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ivi*, punto 2.4.1.1. del *Considerato in diritto*.

⁴⁹ *Ivi*, punto 2.4.1.3. del *Considerato in diritto*, «In via esemplificativa, può trattarsi di una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento, ovvero dell'introduzione di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca, con una procedura tempestiva ed efficace, la pienezza dei diritti connessi alla filiazione. Solo un intervento del legislatore, che disciplini in modo organico la condizione dei nati da PMA da coppie dello stesso sesso, consentirebbe di ovviare alla frammentarietà e alla scarsa idoneità degli strumenti normativi ora impiegati per tutelare il “miglior interesse del minore”. Esso, inoltre, eviterebbe le “disarmonie” che potrebbero prodursi per effetto di un intervento mirato solo a risolvere il problema specificamente sottoposto all'attenzione di questa Corte. Come nel caso in cui si preveda, per il nato da PMA praticata da coppie dello stesso sesso, il riconoscimento dello status di figlio, in caso di crisi della coppia e rifiuto dell'assenso all'adozione in casi particolari, laddove, invece, lo status – meno pieno e garantito – di figlio adottivo, ai sensi dell'art. 44 della legge n. 184 del 1983, verrebbe a essere riconosciuto nel caso di accordo e quindi di assenso della madre biologica alla adozione. Il terreno aperto all'intervento del legislatore è dunque assai vasto e le misure necessarie a colmare il vuoto di tutela dei minori sono differenziate e fra sé sinergiche». Particolarmente critico nei confronti di questa parte della pronuncia, A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in *Consultaonline*, 1, 2021, pp. 221-222.

filiazione»⁵⁰. È sicuramente singolare che il Giudice costituzionale enuclei in maniera così puntuale le possibili soluzioni normative capaci di apprestare, a suo avviso e in assenza di regole costituzionali specifiche, adeguata tutela agli interessi del minore nato da PMA omoaffettiva illecita. Dinnanzi all'art. 28 della legge n. 87/1953 che, in applicazione del principio di separazione dei poteri, preclude al Giudice delle leggi "ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento"⁵¹, l'indicazione di soluzioni legislative solleva, quanto meno, qualche dubbio circa l'abbandono delle *rime obbligate* come criterio per l'inammissibilità e porta anche a chiedersi se, e in quali termini, il legislatore risulti vincolato alle soluzioni suggerite dal Giudice costituzionale⁵². Difatti, sebbene la Corte non abbia formalmente previsto un termine preciso entro il quale il legislatore è chiamato a provvedere, diversamente da quanto accaduto con la prima pronuncia sul cosiddetto Caso Cappato⁵³, essa ha adottato una decisione che potrebbe ricondursi tra quelle definite di «incostituzionalità prospettata»⁵⁴, in cui non accoglie la questione ma non si preclude la possibilità di farlo in futuro.

Ebbene, seppur con una tecnica decisoria, per così dire, inusuale, dalla pronuncia in esame emerge sicuramente la preoccupazione della Corte di evitare «le "disarmonie" che potrebbero prodursi per effetto di un intervento mirato solo a risolvere il problema specificamente sottoposto all'attenzione di questa Corte»⁵⁵. In questo senso, il Giudice costituzionale appare ben consapevole della circostanza per cui una cosa è riconoscere un diritto per via legislativa, altra cosa è ottenere il medesimo riconoscimento attraverso una decisione di accoglimento, come, peraltro, aveva già avuto modo di ricordare con la sentenza n. 221/2019. In quell'occasione, ma anche nella successiva n. 230/2020, la Corte aveva affermato che sentenze di accoglimento parziale avrebbero una «ricaduta sull'intera platea delle ulteriori posizioni soggettive attualmente escluse dalle pratiche riproduttive», con particolare riferimento «alla sorte delle coppie omosessuali maschili, la cui omologa-

⁵⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 32/2021, punto 2.4.1.3. del *Considerato in diritto*.

⁵¹ Legge 11 marzo 1953, n. 87, *Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*, art. 28.

⁵² Sulle sentenze manipolative e sulle cosiddette rime obbligate, senza pretesa di esaustività cfr. V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1976, pp. 1707 ss.; L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981- luglio 1985)*, in AA.VV., *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, Cedam, 1985, pp. 299 ss.; C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi contro i comportamenti omissivi del legislatore*, in *Il Foro italiano*, 1970, Tomo V, coll. 153 -191; T. MARTINES, *Motivazione delle sentenze costituzionali e crisi della certezza del diritto*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 565-567; R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, Milano, Giuffrè, 1993; ID., *Brevi note sull'«effettività» delle tecniche decisionali elaborate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia legislativa*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *«Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, pp. 327-341; ID., *La questione è fondata, anzi è inammissibile (ovvero: la Corte e la natura incidentale del suo giudizio)*, in *Giur. Cost.*, 2015, pp. 2071 ss.

⁵³ Ci si riferisce a Corte costituzionale, ordinanza n. 207 del 2018 e sentenza n. 242 del 2019.

⁵⁴ N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 3, 2021, spec. pp. 91 ss.

⁵⁵ Ivi, punto 2.4.1.4. del *Considerato in diritto*.

zione alle femminili — in punto di diritto alla genitorialità — richiederebbe (...) che venga meno, almeno a certe condizioni, il divieto di maternità surrogata»⁵⁶. Da questo punto di vista, allora, la giurisprudenza costituzionale appare quanto meno costante nel ritenere che spetti al Parlamento, primo «interprete della collettività nazionale», «tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale»⁵⁷.

4. Il necessario intervento del legislatore a tutela di una concezione minima di eguaglianza e certezza del diritto

La sentenza n. 32/2021 del Giudice costituzionale restituisce chiaramente la complessità dei rapporti tra la tutela giurisdizionale dei diritti e interessi coinvolti nelle vicende procreative, segnatamente del preminente interesse del minore, e la discrezionalità del legislatore nella definizione del loro bilanciamento.

Si è visto, infatti, che il legislatore non ha mancato di tracciare i contorni della disciplina in materia di PMA, la quale costituisce il frutto di un compromesso tra divergenti visioni del fenomeno procreativo, come prova il lungo *iter* che ha portato alla approvazione della legge n. 40/2004⁵⁸. La circostanza che, oggi, quella disciplina possa risultare non del tutto adeguata a tutelare gli interessi dei minori nati a seguito del ricorso illecito alle tecniche procreative, da un lato, porta i giudici comuni a fornire risposte eterogenee alle domande provenienti dal corpo sociale e, dall'altro, mostra con evidenza la necessità che sia proprio il legislatore a rivedere quel bilanciamento. Per garantire il diritto all'identità affettiva, relazionale e sociale del minore, occorre, infatti, una coordinata e puntuale riforma legislativa che riduca al massimo il margine di discrezionalità in capo ai giudici comuni nell'accerta-

⁵⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 221/2019, punto 12 del *Considerato in diritto*.

⁵⁷ Ivi, punto 9 del *Considerato in diritto*.

⁵⁸ Come è noto, la legge n. 40/2004 è il frutto di un lungo *iter* iniziato nel luglio del 1998, quando la Commissione Affari sociali della Camera dei Deputati presentò all'Aula il progetto di legge unificato recante «Disciplina della procreazione medicalmente assistita» (AC 414-A), la cui discussione ebbe inizio solo ai primi di febbraio del 1999. Il contrasto ideologico che animò il dibattito parlamentare e l'opinione pubblica culminò, a un anno dall'entrata in vigore della legge, nell'inizio di una campagna referendaria volta alla sua abrogazione. La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità dei quesiti referendari, dichiarò inammissibile la richiesta di abrogazione totale e, invece, ammissibili i quattro referendum parziali aventi ad oggetto gli aspetti più controversi della disciplina: l'accesso alla procreazione medicalmente assistita non soltanto alle coppie sterili, ma anche a quelle affette da patologie geneticamente trasmissibili e il divieto di fecondazione di tipo eterologo. Nell'occasione, la Corte qualificò la legge come una normativa «costituzionalmente necessaria», in quanto contenente una regolamentazione organica in grado di assicurare un livello minimo di tutela a una pluralità di situazioni di rilevante interesse costituzionale.

mento concreto del suo interesse, assicurando, altresì, il rispetto dei fondamentali principi di eguaglianza e certezza del diritto.

Gli scenari ricostruiti in queste pagine provano, infatti, che la modifica dei requisiti di accesso alle tecniche di PMA previsti dalla legge n. 40/2004 non sarebbe, da sola, sufficiente per tutelare il preminente interesse del minore, risultando a tal fine necessario un contestuale ripensamento della legge sulle unioni civili e della disciplina civilistica in materia di filiazione. Difatti, il divieto di formare nell'ordinamento giuridico nazionale un atto di nascita con doppia maternità trova il proprio fondamento anche in altre disposizioni normative contenute non soltanto nel codice civile ma anche nella legge n. 76/2006 sulle unioni civili, all'art. 1, comma 20, nella legge n. 184/1983 in materia di adozione e, con riferimento alla formazione degli atti di nascita da parte degli ufficiali dello stato civile, nel d.P.R. n. 396/2000, agli artt. 9, 11, comma 1, 12 e 30, comma 1, nel d.P.R. n. 223/1989 all'art. 7, comma 1, lett. a), e nei D.M. 5.04.2002, 9.12.2014 e 27.02.2017 con i quali sono predisposti i formulari che gli ufficiali dello stato civile sono tenuti a rispettare nella redazione dei propri atti. Ad avviso di chi scrive, dunque, per garantire un pieno riconoscimento ai diritti del minore, non sarebbe di per sé sufficiente la sola modifica dei requisiti soggettivi prescritti dall'art. 5 della legge n. 40/2004 per l'accesso alle tecniche di PMA, ma si renderebbe altresì necessario un intervento organico che rimuova, anzitutto, il divieto di genitorialità omogenitoriale prescritto, tra gli altri, dall'art. 1, comma 20 della l. n. 76/2016. Quest'ultima disposizione, nell'equiparare i componenti dell'unione civile ai coniugi al fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile, esclude tale equiparazione con riferimento "alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983 n. 184"⁵⁹. Come si ricorderà anche dal dibattito parlamentare sulla cosiddetta *stepchild adoption* che ha accompagnato l'approvazione della legge del 2016, emerse in modo chiaro e inequivocabile l'intenzione del legislatore di non estendere alle coppie formate da persone dello stesso sesso la possibilità di adottare il figlio della persona con cui è stata contratta l'unione civile. Ebbene, stante la presenza di un quadro normativo ostativo alla formazione di atti di nascita con l'indicazione della doppia maternità, spetta soltanto al legislatore valutare se e come, rispetto a quel tempo neppure così lontano, è mutata la coscienza sociale al punto da prevedere una revisione organica della disciplina in materia di filiazione.

Del resto, anche la Corte costituzionale ha ritenuto che il desiderio di genitorialità di una coppia di persone dello stesso sesso è «perseguibile per via normativa, implicando una svolta che, anche e soprattutto per i contenuti etici ed assiologici che la connotano, non è

⁵⁹ Legge 20 maggio 2016, n. 76, intitolata «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze», art. 1, comma 20.

costituzionalmente imposta»⁶⁰. Difatti, diversamente dalla giurisprudenza costituzionale sul cosiddetto “diritto a morire”⁶¹, in cui la Corte pare aver ormai superato l’argine delle *rime obbligate*⁶², la giurisprudenza sulla legge n. 40/2004 si caratterizza ancora per un atteggiamento di *self-restraint* dinnanzi alla discrezionalità del legislatore in materia procreativa⁶³. Sebbene, infatti, la sentenza n. 32/2021 si differenzi dalle altre decisioni di inammissibilità pronunciate in materia di PMA, dal momento che la Corte ha dichiarato di “non potere ora porre rimedio” alle rilevate lacune della disciplina legislativa, lasciando intendere che non è escluso che possa farlo in futuro, questa decisione conferma la preferenza finora accordata dalla Corte alle decisioni di inammissibilità rispetto alla possibilità di risolvere le singole questioni «a colpi di sentenze di accoglimento»⁶⁴. Questo orientamento, che va via via consolidandosi⁶⁵, merita di essere condiviso dal momento che l’interesse del minore deve essere tutelato sempre e comunque nella legalità dell’ordinamento, di cui deve essere garantita la tenuta costituzionale.

⁶⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 230/2020, punto 8 del *Considerato in diritto*. Nello stesso senso, cfr. Corte costituzionale, nn. 221/2019, 32/2021, 33/2021.

⁶¹ Corte costituzionale, ordinanza n. 207 del 2018 e sentenza n. 242 del 2019, ma anche Corte costituzionale, nn. 132 del 2020 e 97 del 2021. Nello stesso senso, si possono leggere anche le note sentenze n. 1/2014 sulla legge elettorale e la n. 10/2015 sulla cosiddetta *Robin Hood Tax*. Sulla peculiarità della tecnica decisoria adottata con le decisioni del 2018 e del 2019 sul cosiddetto caso Cappato, tra i tanti, cfr. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2019, spec. pp. 255-256, 277-279; N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, cit.; V. MARCENÒ, *Il Giudice delle leggi in ascolto. Coscienza sociale e giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2021, spec. pp. 389-390. Al riguardo, si condividono le puntuali riflessioni di R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2019, pp. 758 ss., secondo cui è vero che la Corte sta «coniando nuovi moduli» e «superando le regole processuali» ma ciò non costituisce ragione sufficiente per imputarle «di modificare “l’equilibrio dei poteri” e tanto meno di farlo perseguendo un disegno preciso. (...) che la Corte cerchi talvolta qualche soluzione, almeno per i casi più urgenti, può non piacere (e non piace neppure a me), ma non mi sembra sintomo di «suprematismo», cioè di un progetto di estensione dei propri confini».

⁶² Di questo avviso, da ultimo cfr. F. FERRARI, *L’interesse del minore tra Protocollo 16 e discrezionalità del legislatore (passando per l’ufficiale di stato civile). Riflessioni a margine di C. Cost. n. 33 del 2021*, cit., p. 1.

⁶³ R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale*, cit., p. 762, sostiene che questo sia l’atteggiamento che la Corte è solita assumere dinnanzi a «questioni “eticamente sensibili”, in cui non sono individuabili profili specifici di discriminazione che possano essere trattati con gli strumenti di microchirurgia offerti dal principio di eguaglianza, ma vengono presi di mira alcuni “valori” di fondo».

⁶⁴ N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 4, 2017, p. 15.

⁶⁵ Costituiscono tale filone giurisprudenziale le decisioni n. 221/2019, 230/2020, 32 e 33 del 2021. In particolare, dalle ultime due decisioni del 2021 emerge la consapevolezza della Corte in ordine ai limiti che vincolano il proprio operato e ai rischi sottesi a un’eventuale supplenza all’inerzia legislativa. Tuttavia, la circostanza che nella sentenza n. 33/2021 il Giudice delle leggi si preoccupi di ribadire i confini di ammissibilità di eventuali future sentenze manipolative, secondo alcuni, lascia presagire un suo futuro intervento in materia. Sul punto, cfr. 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)*, cit., p. 222; V. MARCENÒ, *Il Giudice delle leggi in ascolto. Coscienza sociale e giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 390; F. FERRARI, *L’interesse del minore tra Protocollo 16 e discrezionalità del legislatore (passando per l’ufficiale di stato civile). Riflessioni a margine di C. Cost. n. 33 del 2021*, cit., pp. 17-18.

Prospettive e problematiche della riconduzione della PMA al diritto costituzionale alla salute*

Maria Pia Iadicicco**

SOMMARIO: 1. Alla radice del problema. – 2. Ampliamento della nozione di salute e complessità del diritto alla salute. Notazioni di contesto per risalire anche al rapporto tra diritto alla salute della donna e IVG. – 3. Il contributo significativo della giurisprudenza costituzionale per la “definizione” di un rapporto denso di conseguenze. – 4. La densità dei problemi affiorati dopo gli interventi caducatori della Consulta e l’inserimento della fecondazione assistita nei LEA.

ABSTRACT:

Nel saggio, l’Autrice affronta quello che considera il nodo di fondo del problematico rapporto tra procreazione medicalmente assistita e diritto alla salute: l’identificazione dei diritti rivendicati da quanti chiedono l’accesso alle tecniche di PMA e la loro riconduzione a forme di soddisfacimento e garanzia del diritto costituzionale alla salute. Inquadrando la questione nel più ampio contesto, dinamico ed espansivo, che interessa il diritto alla salute, si esaminano le incoerenze in cui è incappato il legislatore nell’elaborazione della legge n. 40 del 2004 e le “correzioni” apportate dalla Corte costituzionale, attenta anche a precisare i presupposti, le condizioni e i limiti per la riconduzione della PMA all’art. 32 Cost.

In the essay, the Author deals the fundamental problem of relationship between the medically assisted procreation and the right to health: the identification of the rights claimed by those want access to Assisted Reproduction and their classification to forms of satisfaction and guarantee of the constitutional right to health.

Framing the issue into broader of the right to health and his expansion, she examines the inconsistencies in which the legislator has stumbled in the drafting of Law No. 40 of 2004 and the "corrections" made by the Constitutional Court, also careful to specify the assumptions, the conditions and the limits for framing the medically assisted procreation into art. 32 of Italian Constitution.

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Professoressa Associata di Istituzioni di diritto pubblico, Dipartimento di Giurisprudenza, Università della Campania “Luigi Vanvitelli”, mariapia.iadicicco@unicampania.it.

1. Alla radice del problema

Riflettere sul rapporto tra procreazione medicalmente assistita (PMA) e diritto alla salute induce ad affrontare molteplici questioni di rilevante interesse, tanto più complesse ove quella riflessione venga condotta nell'ottica del diritto costituzionale e attraverso le "lenti" della scienza costituzionalistica. Nel coacervo dei dibattiti destinati ad affollare il campo, ci sembra che uno in particolare rivesta rilievo centrale, anche perché la sua preliminare trattazione consente di risalire a molti altri aspetti di problematicità scaturenti dalla relazione suddetta: ci si riferisce alla qualificazione delle tecniche di PMA come trattamenti sanitari funzionali a garantire il soddisfacimento del fondamentale diritto alla salute, espressamente riconosciuto e garantito dalla Costituzione italiana. A tal riguardo, uno dei profili più controversi e dibattuti risiede non tanto (o meglio, non solo) nella qualificazione della PMA come trattamento sanitario – il che può difficilmente confutarsi considerato il necessario e seppur variabile apporto che deve essere fornito dalla scienza e dalla tecnica biomedica per la realizzazione di quei percorsi riproduttivi-, quanto nella riconduzione della stessa a peculiare forma di soddisfacimento del diritto costituzionale alla salute, pertanto declinabile come diritto alla salute riproduttiva. La problematicità della questione risiede quindi anzitutto nella determinazione della portata del diritto costituzionale in parola e, ancor più a monte, nella comprensione di che cosa sia un diritto fondamentale, domanda spinosissima e cruciale, in quanto snodo imprescindibile di qualsiasi riflessione sul tema dei diritti.

Senza potersi addentrare neppure fuggacemente in questo campo, pare opportuno precisare che l'identificazione dei diritti rivendicati da quanti richiedano l'accesso alle tecniche di PMA sia un passaggio determinante per la ricostruzione e per il vaglio della disciplina vigente in materia¹. In altre parole, posta la questione in termini più semplici e financo eccessivamente semplificanti, occorre affrontare alcuni quesiti di fondo: l'accesso alla PMA è, ed a quali condizioni può essere, una forma di realizzazione del diritto costituzionale alla

¹ È quanto si è tentato di argomentare approfonditamente in un più ampio studio, M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2020, dedicato non solo alla PMA, ma anche ad altre delicate e complesse vicende relative all'inizio della vita umana ed all'assunzione di "scelte procreative".

Molto chiaramente anche A. RUGGERI, *Ancora in tema di procreazione medicalmente assistita (chiose minime a margine di un corposo studio recente)*, in *Consultaonline*, n. 1/2012, p. 196, nota n. 15, sottolinea come, attorno alla qualificazione dei diritti procreativi, o più ricorrentemente definiti riproduttivi, e alla loro riconduzione entro la categoria dei diritti fondamentali della persona umana «si annida un equivoco di fondo, di cui si ha frequente riscontro nella sterminata letteratura dedicata alle esperienze d'inizio-vita, così come a quelle relative al termine della vita stessa, restando tutto da verificare se si dia – come molti ritengono – un vero e proprio diritto costituzionale alla piena autodeterminazione in relazione alle vicende che riguardano i momenti cruciali della esistenza umana (...). Quanto alle vicende d'inizio-vita (...) solo alcune "aspettative" della persona – se così vogliamo, per il momento, genericamente chiamarle – potendo vantare il titolo di autentici diritti fondamentali e rivendicare di conseguenza per sé la tutela a questi peculiarmente spettante (...). Di altre, di contro, resta rimessa al discrezionale apprezzamento del legislatore la valutazione circa la opportunità di assicurarvi protezione, mentre altre ancora appaiono insuscettibili di trovare accoglienza o, diciamo pure, passibili di essere sanzionate».

salute? O, invece, la praticabilità della PMA è una forma di esplicazione di un più generale diritto di libertà che si sostanzia nell'autodeterminazione non solo sul "se" procreare ma anche sul "come"? Qual è il rango di questi diritti? E ancora: può configurarsi, nel nostro ordinamento, un diritto a procreare, a diventare genitore, anche avvalendosi delle tecnologie riproduttive²? Per dirla in forma ancora più diretta: esiste un diritto al figlio, ad avere una propria discendenza genetica, ricorrendo alle tecniche di PMA?

La schiettezza ma, allo stesso tempo, la complessità di simili quesiti potrebbe indurre a pensare che essi siano mal posti; come in effetti ed in parte lo sono. Essi infatti tendono a ricalcare una concezione unilaterale, individualistica, se non proprio egoistica dei diritti, tutt'altro che compatibile con il nostro orizzonte costituzionale³. Senz'affatto rinnegare la priorità della persona umana rispetto allo Stato e la fondamentale e rilevante conquista derivante dal rovesciamento della relazione dialettica tra libertà e autorità impressa proprio dalla Costituzione repubblicana⁴, ogni discorso sui diritti in un ordinamento costituzionale di democrazia pluralista si rivela profondamente complesso e deve rifuggire da impostazioni "monolitiche". Ferma restando infatti la necessità di distinguere quali interessi sorreggano la pretesa soggettiva di ricorrere alla PMA e di precisare il fondamento degli stessi⁵, deve essere fin d'ora chiarito che ogni vicenda attinente alla procreazione umana, ivi compresa la PMA, è, allo stesso tempo, esperienza complessa e conflittuale. Persino ammettendo che possa configurarsi un diritto (e non già un mero desiderio, un'aspettativa

² V. esplicitamente Corte costituzionale, sent. n. 221 del 2019, punto 10 del Considerato in diritto: «La possibilità – dischiusa dai progressi scientifici e tecnologici – di una scissione tra atto sessuale e procreazione, mediata dall'intervento del medico, pone, in effetti, un interrogativo di fondo: se sia configurabile – e in quali limiti – un "diritto a procreare" (o "alla genitorialità", che dir si voglia), comprensivo non solo dell'an e del quando, ma anche del quomodo, e dunque declinabile anche come diritto a procreare con metodi diversi da quello naturale. Più in particolare, si tratta di stabilire se il desiderio di avere un figlio tramite l'uso delle tecnologie meriti di essere soddisfatto sempre e comunque sia, o se sia invece giustificabile la previsione di specifiche condizioni di accesso alle pratiche considerate: e ciò particolarmente in una prospettiva di salvaguardia dei diritti del concepito e del futuro nato».

³ È questa una tendenza diffusa e riscontrabile con riferimento a tante pretese individuali, ma che pare particolarmente accentuata nel contesto specifico in cui ci muoviamo e, in particolare, con riferimento al presunto diritto a diventare genitore mediante tecniche di PMA. Come noto, una delle più intricate e dibattute questioni, che investe questo ambito, sta proprio nella possibile qualificazione di tale pretesa come diritto umano inviolabile ed universale "a divenire genitore", che, ai sensi dell'art. 2 Cost., possa assurgere a "nuovo" diritto costituzionale o ricondursi, anche per altre vie, ad un più ampio e generale diritto all'autodeterminazione, declinabile nel caso specifico come di diritto all'autodeterminazione riproduttiva o procreativa. Tale ricostruzione, per tante ragioni - alcune delle quali si potranno qui solo sinteticamente accennare (per approfondimenti, cfr. M.P. IADICICCO, *op. cit.*, spec. pp. 32 ss.) - non persuade pienamente e soprattutto pare foriera di pericolosi equivoci, specie quando l'autodeterminazione non viene correttamente intesa come autonomia relazionale. Non solo occorre ricordare che nel nostro ordinamento costituzionale trova riconoscimento e tutela non già il soggetto, astratto e isolato, ma una persona "situata" e plasmata dai valori e impegni relazionali in cui è calata, ma è opportuno precisare anche che il processo procreativo, in tutte le sue fasi, vive in una dimensione necessariamente relazionale, anzi, doppiamente relazionale, dovuta alla contemporanea presenza di relazioni tra il sé e l'altro generatore e tra questi e il generato.

⁴ V. per tutti N. OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione: unità di valori nella pluralità di posizioni*, Milano, Giuffrè, 1988.

⁵ Stiamo parlando di un diritto di rango costituzionale, inviolabile? O di un diritto legale, che trova il proprio fondamento e la propria disciplina in fonti diverse e subordinate alla Costituzione? O siamo al cospetto di un diritto "naturale" che pure trova riconoscimento in alcune Carte internazionali dei diritti?

priva di riconoscimento giuridico) al figlio, da realizzarsi mediante il ricorso alle tecniche di PMA, in ogni vicenda procreativa vengono in rilievo plurime istanze soggettive, emergono diversi interessi, anche confliggenti, di talché, se essi sono di rango costituzionale, devono coesistere, evitando che uno soltanto possa irragionevolmente prevalere su tutti gli altri, facendosi “tiranno”⁶. E pertanto, se si condivide tale assunto, ai quesiti dapprima formulati, devono aggiungersene degli altri: possono configurarsi diritti in capo al nascituro o al nato da PMA e relativi obblighi di tutela da parte delle istituzioni pubbliche? Sono ammissibili limiti di ordine generale, come il rispetto della dignità umana, che giustifichino limitazioni o divieti per alcune tecniche riproduttive?

A ben vedere, non solo nel senso appena detto, la PMA può ritenersi una tematica complessa: accanto alla confluenza e concorrenza di plurimi interessi, la complessità del tema deriva altresì dal fatto che in essa convergono necessariamente altri elementi, fattori e “punti di vista”, come quello scientifico e quello etico. L’impatto dell’evoluzione scientifica e tecnologica rileva non solo perché il progresso scientifico si presta alla germinazione e alla rivendicazione di “nuovi” diritti, o meglio, di nuove pretese, il cui appagamento è reso possibile dal ricorso alla tecnica, quanto anche perché proprio e con specifico riferimento al diritto alla salute viene in rilievo il condizionamento della scienza e dei suoi risultati sulle decisioni politiche, che ne sostanziano le forme di tutela, fissando al contempo spazi e limiti dell’autonomia e della responsabilità del medico nell’applicazione delle terapie. Quanto invece alla rilevanza anche etica del tema, è oltremodo evidente che ogni decisione relativa alla riproduzione chiami necessariamente in causa concezioni ideali, individuali e collettive, le quali non possono che influire e influenzare la regolamentazione giuridica dello stesso, di talché anche il tema specifico della PMA, lungi dal ridursi a tema scientificamente connotato, impone valutazioni di più ampio respiro, tanto più delicate in ordinamenti pluralistici informati al principio di laicità.

Ciò premesso e ribadito che, a nostro avviso, la questione centrale del rapporto tra PMA e diritto alla salute, risiede *funditus* nell’incertezza relativa ai diritti richiamati e alla loro composizione e, dunque, investa i presupposti dogmatici entro i quali inquadrare il tema della procreazione, in generale, e della PMA, in particolare, nelle pagine che seguono si percorrerà tale itinerario:

- a) anzitutto, si inquadrerà la questione specifica all’interno di un più ampio contesto, dinamico ed espansivo, che interessa il diritto alla salute e la sua portata (§ 2.);
- b) si risalirà alle origini del controverso rapporto in parola esaminando le incoerenze in cui è incappato il legislatore nella elaborazione della legge n. 40 del 2004 e le “correzioni” apportate (finora soltanto in via giurisprudenziale) attraverso l’inteso contributo reso dalla Corte costituzionale (§ 3.1.);

⁶ Per riprendere la nota affermazione di C. SCHMITT, *La tirannia dei valori. Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori*, (1967), tr. it. Milano, Giuffrè, 2008, ripresa in Corte costituzionale, sent. n. 83 del 2013.

- c) nel ricostruire e ripercorrere l'apparato argomentativo che sorregge le principali decisioni in materia, si terrà conto in particolare delle precisazioni provenienti dal Giudice costituzionale quanto a presupposti, condizioni e limiti per la riconduzione della PMA all'art. 32 Cost. (§ 3.3.);
- d) infine, per acclarare ulteriormente la concretezza e la rilevanza delle questioni trattate, si analizzerà il seguito di alcune decisioni della Corte costituzionale e in particolare le conseguenze derivanti dall'inserimento delle tecniche di PMA, omologa ed eterologa, nei LEA (§ 4.).

2. Ampliamento della nozione di salute e complessità del diritto alla salute. Notazioni di contesto per risalire anche al rapporto tra diritto alla salute della donna e IVG

Per intraprendere tale percorso, è opportuno precisare che esso si inquadra nell'alveo di un più ampio processo di interpretazione estensiva del diritto costituzionale alla salute e dell'art. 32 della Costituzione italiana⁷. Come noto, è proprio la disposizione in parola il parametro più ricorrentemente evocato, nella giurisprudenza costituzionale (ma anche in quella di merito, seppur in maniera talvolta meno chiara e coerente), per vagliare la legittimità della legge n. 40 del 2004, ma anche di altre norme relative all'inizio della vita umana e alla procreazione, come ad esempio l'IVG. Questo inquadramento è stato da alcuni aspramente criticato; specie una parte del pensiero femminista⁸ ha visto in esso una svalutazione dell'autodeterminazione tipicamente delle donne sull'uso del proprio corpo e della propria capacità procreativa, nonché un tentativo per consolidare o perpetrare forme di dominio del potere e del sapere medico sulle donne; altri ancora⁹ hanno rivelato in quell' "aggancio" una vera e propria trasfigurazione e non già una estensione del campo di applicazione dell'art. 32 Cost.

⁷ Cfr. per tutti R. BALDUZZI, *La medicina oltre la cura*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue 2/2019, pp. 377 ss. Sull'appropriatezza del richiamo all'art. 32 Cost. per fondare il riconoscimento di "nuovi" diritti sul corpo, G. GEMMA, *Non diritti "insaziabili" ma microdiritti costituzionali circa l'uso del proprio corpo*, in *Diritto e società*, 2014, pp. 207 ss.

⁸ V. tra le tante e seppur con approcci diversi al tema, S. NICCOLAI, *Una sfera pubblica piccola piccola. La sentenza 27/1975 in materia di aborto*, in *Effettività e seguito delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, a cura di R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, Napoli, Jovene, 2006, p. 563; ma anche Libreria delle donne di Milano, *Non credere di avere dei diritti: la generazione della libertà femminile nell'idea e nelle vicende di un gruppo di donne*, Torino, Giapichelli, 1987.

Sulla varietà di approcci nei confronti delle tecnologie della riproduzione da parte delle diverse correnti del femminismo, A. DI MARTINO, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione, salute e dignità*, Milano-Udine, Mimesis, 2020.

⁹ Si rinvia alla dottrina passata in rassegna in M.P. IADICICCO, *op. cit.*, pp. 120 ss.

Prima di esaminare la fondatezza di tali rilievi critici è bene precisare che l'evocazione dell'art. 32 Cost. e, ove si riveli confacente, la riconduzione ad esso di pretese soggettive, volte a soddisfare un progetto riproduttivo e un desiderio di genitorialità (ma anche ad impedirlo o ad interrompere una gestazione già avviata), determina conseguenze di profonda significanza sul piano delle relazioni tra individuo e autorità, rendendo doveroso e non già discrezionale la predisposizione, da parte della Repubblica, di tutte le garanzie strumentali al soddisfacimento delle pretese fondate su quel diritto, ferma restando comunque la necessità di confrontare le stesse con altrettante ugualmente di pregio costituzionale. Nondimeno, nei termini ed entro i limiti in cui si dovesse constatare l'appropriatezza del richiamo all'art. 32 Cost., per farvi rientrare anche alcune determinazioni assunte in campo riproduttivo e l'accesso a innovative biotecnologie, si potrebbe uscire dalle strettoie in cui ci si imbatte ove, invece, si percorra il più accidentato cammino della configurazione di "nuovi diritti procreativi", di incerto rango e indefinita portata, dovendosi invece convenire sulla natura costituzionale della pretesa, con tutte le conseguenze che ne discendono in ordine a divieti disposti dal legislatore o anche alla sua mancata. Appare dunque evidente che l'ipotesi ricostruttiva che si vuole saggiare si presenti, per un verso, incoraggiante e rassicurante ma, per altro verso, non priva di ostacoli e insidie, a cominciare dalla questione della perimetrazione della portata del diritto alla salute, operazione certamente non agevole, né immutabile nel tempo, né predefinibile secondo standard oggettivi.

In effetti, deve constatarsi che i confini della nozione di salute e la portata dell'art. 32 Cost., già di per sé connotati da un'accentuata fluidità e porosità, abbiano subito nel corso del tempo tumultuosi cambiamenti, sollecitati tanto da mutamenti di ordine etico e culturale ma, non di meno, dagli spazi dischiusi dalle nuove scoperte scientifiche e dal perfezionamento delle tecniche biomediche. La nascita e l'evoluzione del concetto di salute risulta peraltro strettamente connessa allo sviluppo della scienza medica¹⁰, ma l'ancoramento della nozione a parametri scientifici, pur segnando un tratto di discontinuità rispetto alle pregresse impostazioni, decisamente sfuggenti e aleatorie, non ha risolto la questione definitoria della salute *sub specie iuris*, essendo il contributo della scienza medica rilevante, ma non esaustivo a tal fine. Se, da un lato, il riferimento a parametri di normalità delle funzioni biologiche consente di pervenire ad una concezione oggettiva di salute, equivalente in sostanza all'assenza di malattia, dall'altro lato, costituisce un dato oramai acquisito nel dibattito medico e giuridico più maturo, la constatazione che lo stato di salute di un individuo può prescindere dal mancato riscontro di alterazioni anatomo-funzionali o dalla soluzione di processi patologici, così come è pacifico che la salute non possa essere intesa solo come integrità corporea dell'individuo, biologicamente definita dall'assenza di malattie, ma debba essere considerata come stato di complessivo benessere¹¹ che include

¹⁰ Cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Scopi, limiti e rischi della medicina*, 14 dicembre 2001, pp. 8 ss.

¹¹ Vedi in tal senso la definizione di salute della Organizzazione Mondiale della sanità (OMS) contenuta nel Preambolo della Costituzione OMS-WHO approvata il 22 luglio 1946: «*la salute è uno stato di completo benessere fisico, mentale e*

tanto la componente fisico-corporea, quanto quella psichica, esistenziale e relazionale, e dunque la dimensione interiore e sociale della persona, la sua proiezione nei diversi contesti in cui si colloca¹².

Uno snodo cruciale del percorso di espansione della portata dell'art. 32 Cost., che ha consentito a quella disposizione di dispiegare anche la sua capacità di trasformazione dell'esistente e non solo di far fronte alle scottanti problematiche già con lungimiranza prefigurate dai Costituenti, è certamente rappresentato dall'approvazione della l. n. 883 del 1978, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, non casualmente coeva ad altre importanti riforme legislative approvate in quegli anni: ci si riferisce alla l. n. 180 del 1978 (sugli accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori), alla di poco successiva l. n. 162 del 1982 (sulla rettificazione dell'attribuzione del sesso), ma soprattutto alla l. n. 194 del 1978 sulla tutela sociale della maternità e l'IVG. Come già ricordato, non sono mancate critiche rivolte all'impostazione di quest'ultima, critiche che si sono fatte in larga parte risalire alla precedente e notissima decisione della Corte costituzionale, la sentenza n. 27 del 1975, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 546 c.p. per violazione dell'art. 32 Cost. Al riguardo, e senza poter qui riprendere considerazioni già svolte in altre sedi¹³, ci si limita a ribadire che, ad avviso di chi scrive e ferma restando la necessità di tener conto anche di altri interessi costituzionali rilevanti nella vicenda abortiva, la centralità che, sia nella sentenza del 1975 quanto nella legge del 1978, assume il diritto alla salute della donna sia tutt'altro che criticabile; riteniamo infatti che proprio la sottovalutazione del fondamento costituzionale del diritto di accesso all'IVG - nei casi e nelle forme, pur duttili e ampie prefigurate nella legge - possa aver determinato e continui a comportare aspri dibattiti sul tema.

Pur non potendo negare che un simile inquadramento, che appunto trova avallo nella giurisprudenza costituzionale anche più recente, possa favorire, ove non attentamente puntualizzato e meditato, una tendenza, tutt'altro che nuova e isolata, a "offuscare" l'autodeterminazione delle donne¹⁴, specie, ma non solo, nelle vicende relative alla procreazione, delle quali sono protagoniste (seppur mai assolute), va comunque ricordato che una parte delle critiche rivolte alla l. n. 194 del 1978 muovono dalla non condivisibile affermazione per cui l'aver ricondotto la scelta abortiva al riscontro di un problema di

sociale, non soltanto assenza di malattie o di infermità».

¹² A. D'ALLOIA, Oltre la malattia: *metamorfosi del diritto alla salute*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2014, p. 91.

¹³ M.P. IADICICCO, *La lunga marcia verso l'effettività e l'equità nell'accesso alla fecondazione eterologa e all'interruzione volontaria di gravidanza*, in *Rivista Aic*, 1/2018, riprese e sviluppate in *Id.*, *Procreazione umana*, cit., pp. 115 ss.

¹⁴ Critica l'assenza soprattutto nella giurisprudenza costituzionale di un richiamo al diritto all'autodeterminazione sessuale e riproduttiva delle donne ex art. 13 della Costituzione, quantomeno in lettura combinata con gli artt. 2, 3, 31 e 32, L. RONCHETTI, *La dimensione costituzionale dell'autonomia riproduttiva delle donne*, in *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, a cura di M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 106 ss.

salute della donna determini una mortificazione del diritto ad ella spettante di autodeterminazione su ogni questione relativa al proprio corpo. Invero, il richiamo costante e mai smentito all'art. 32 Cost., nel caso dell'aborto, come di ogni altro intervento sul corpo della persona che sia funzionale alla soluzione di un problema di salute, estensivamente inteso come stato di benessere psico-fisico, lungi dal mettere "fuori gioco" l'autodeterminazione individuale¹⁵, affianca a spazi di autonomia, la garanzia dell'erogazione delle prestazioni sanitarie, il che pare una garanzia tanto più necessaria e da rafforzare, specie ove si tratti di vicende eticamente controverse. L'autodeterminazione del paziente¹⁶ costituisce infatti uno degli aspetti che compone il nucleo forte o duro – o, per riprendere una nota metafora sui diritti¹⁷, la parte più protettiva dell'«ombrello» – del diritto alla salute e per questo capace di permeare l'organizzazione sanitaria¹⁸ e la conformazione della relazione tra medico e paziente. Il riconoscimento a ciascuna persona del diritto di autodeterminarsi in ordine all'avvio, alla prosecuzione o interruzione di qualsiasi trattamento terapeutico, ha consentito di modificare profondamente la relazione medico-paziente: ciascuna persona, ivi compresa la donna che richieda legittimamente che sia praticato l'aborto, esige di essere trattata non quale soggetto passivo, ma quale soggetto attivo; anche la donna, da infante o incapace, bisognosa di cure paternalistiche, qual era intesa secondo il paradigma ippocratico della cura e sulla base di concezioni diffuse in società patriarcali e maschiliste, diventa e pretende di essere riconosciuta come persona adulta, capace di compiere scelte responsabili, pure in relazione a vicende complesse come quelle dell'aborto. In altre parole, a noi sembra che dietro, la critica rivolta alla riconduzione dell'IVG all'art. 32 Cost., possa annidarsi un rilevante rischio - che coinvolge invero non solo il sesso femminile -, e cioè quello di perimetrare in termini troppo stringenti la nozione di salute e il relativo diritto costituzionalmente garantito e di scinderlo dalla autodeterminazione, la quale ne è invece componente essenziale.

Pare invece indispensabile accogliere gli ammonimenti provenienti da alcuni studi sul genere¹⁹ che, evidenziando la centralità e la ineludibilità (almeno allo stato attuale delle conoscenze scientifiche) del corpo femminile per il soddisfacimento di qualsiasi progetto procreativo o di genitorialità e per la realizzazione dell'aspettativa di vita (autonoma) del concepito, spingono a declinare meglio e "al femminile" il concetto di salute riproduttiva,

¹⁵ Sull'autonomia relazionale entro cui si inquadra (anche) l'art. 32 Cost., cfr. F. PIZZOLATO, *Autodeterminazione e relazionalità nella tutela della salute*, in *Corti Supreme e Salute*, 2018, pp. 429 ss.

¹⁶ Su cui si veda almeno L. CHIEFFI, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2019.

¹⁷ R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, Giuffrè, 2018, pp. 43 ss., ma riprendendo ed ulteriormente sviluppando una metafora già utilizzata in ID., *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion pratica*, 2000, p. 17.

¹⁸ Cfr. A. PIOGGIA, *Questioni di bioetica nell'organizzazione delle strutture sanitarie*, in *Diritto Pubblico*, 2008, pp. 420 ss.

¹⁹ V. i contributi di F. RESCIGNO, M. TOMASI e A. LORENZETTI, in *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella costituzione e nel costituzionalismo*, a cura di B. PEZZINI e A. LORENZETTI, Torino, Giappichelli, 2019, risp. pp. 203 ss., 215 ss., 243 ss.

tenendo conto proprio delle peculiarità di quel corpo sessuato, e sollecitano la prefigurazione di appropriate forme dialogiche e di confronto tra personale sanitario e donne; l'obiettivo principale dovrebbe essere quello di realizzare, anche su questo delicatissimo fronte, una reale "alleanza" tra medicina e donna. Sono infatti tutt'altro che esasperate le accuse rivolte ad alcuni medici e al personale sanitario, ancora troppo propensi ad assumere atteggiamenti paternalistici, se non proprio pedagogici e moraleggianti, nei confronti delle pazienti donne, nonché la perpetuazione, anche in quel contesto, di stereotipi attorno al c.d. sesso debole. Si tratta di questioni estremamente complesse, delle quali si condivide e si deve sottolineare la necessità di una appropriata e disincantata discussione, ma non per questo però persuadono quelle letture della disciplina dell'IVG che mirano a travolgere in una critica generalizzata il richiamo al diritto costituzionale alla salute. Senz'affatto negare che, anche facendo leva su quella base, possano verificarsi abusi e scivolamenti – specie nella instaurazione di un rapporto medico-paziente non improntato realmente sull'alleanza terapeutica, sull'attenzione all'esperienza concreta della singola donna, sulla capacità dei professionisti di aprirsi al vissuto personale e di avviare un dialogo formalmente e sostanzialmente rispettoso delle altrui convinzioni, sull'assunzione di adeguate scelte di carattere organizzativo nella sanità –, riteniamo, per l'appunto, che si tratta di travisamenti e di errori di prospettiva, forse non sempre "in buona fede", e che l'"aggancio" all'art. 32 Cost. sia appropriato anche in materia di aborto e persino preferibile in un ordinamento costituzionale che garantisce l'impegno pubblico nella protezione della salute pure nell'ottica del perseguimento della giustizia sociale.

3. Il contributo significativo della giurisprudenza costituzionale per la "definizione" di un rapporto denso di conseguenze

Venendo ora all'esame specifico del rapporto tra PMA e diritto alla salute, condotto attraverso il prisma della giurisprudenza costituzionale, occorre premettere che quella vocazione espansiva dell'art. 32 Cost., già particolarmente evidente sul finire degli anni '70, ha avuto ulteriori conferme nel corso nel tempo. Tra queste può annoverarsi, seppur con le sue originarie contraddittorietà in buona parte rimate dagli interventi caducatori e manipolativi della Consulta, la l. n. 40 del 2004, la quale ha inteso l'accesso alle pratiche di fecondazione assistita come rimedio ad una condizione patologica di sterilità o infertilità, anche ove le stesse non siano spiegabili secondo parametri rigorosamente scientifici (c.d. infertilità idiopatica).

Come noto, tutte le pronunce caducatorie sinora rese dalla Consulta sulla legge n. 40 del 2004 sono state fondate sul riscontro di una violazione dell'art. 32 Cost., ritenuta non giustificata dall'esigenza di preservare altri interessi di rilievo costituzionale. Così il limite relativo alla produzione embrionaria e l'obbligo del loro contestuale impianto (sent. n. 151 del 2009), il divieto per le coppie non sterili ma affette da patologie a trasmissione geneti-

ca di ricorrere alla PMA con diagnosi genetica preimpianto (sent. n. 96 del 2015), il divieto di avvalersi di gameti donati da terzi per rimediare ad una condizione di sterilità assoluta di uno o entrambi i membri della coppia (sent. n. 162 del 2014) sono stati rimossi dal giudice costituzionale sulla base del riconoscimento della loro funzionalizzazione a risolvere problemi riproduttivi, in linea con un'affermazione di principio fatta proprio dallo stesso legislatore (art. 1, l. n. 40), ma non coerentemente perseguita.

Quindi anche in occasione dell'elaborazione della l. n. 40 del 2004 e soprattutto all'esito della giurisprudenza costituzionale formatasi in materia, si è avuto modo di riscontrare la straordinaria attualità dell'art. 32 della Costituzione, «una delle previsioni maggiormente dotate di presbiopia»²⁰, capace di soddisfare tanto l'originario intento di vietare arbitrarie pratiche coattive o di sperimentazione sul corpo umano, quanto la sempre crescente necessità di rimettere alla consapevole e responsabile autodeterminazione individuale le decisioni sulla sottoposizione a qualsiasi trattamento sanitario, anche quelli più controversi di inizio e fine vita²¹. Tuttavia, occorre constatare che specie all'esito di questi ultimi sviluppi si sia affiancata, in maniera vieppiù crescente, l'esigenza di tracciare confini più chiari all'espansione del diritto alla salute. È evidente che la questione trascende il tema specifico della PMA e persino quello più generale della procreazione: la questione è decisamente più ampia²². L'affrancamento del concetto giuridico di salute da una dimensione prevalentemente biologico-fisica, per abbracciare anche quella etico-relazionale, ha posto il diritto dinanzi a nuove sfide, sollecitando interrogativi di non facile soluzione: quali linee di demarcazione, per quanto mobili, si possono tracciare per distinguere il diritto costituzionale alla salute dai meri desideri, dalle aspirazioni di benessere, di non turbamento dell'immagine di sé e delle relazioni sociali, e cioè da una serie di “zone grigie”²³ dall'incerta connotazione giuridica? Inoltre, quale peso assume, dal punto di vista del diritto, la percezione soggettivo-individualistica e la valutazione medico-scientifica di salute?

²⁰ G. D'AMICO, *Stato e Persona. Autonomia individuale e comunità politica*, in *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, a cura di F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI, Milano, Giuffrè, 2018, p. 120.

²¹ *Ivi*, p. 121. Sul versante del fine vita e precisamente del rifiuto delle cure, anche fino a lasciarsi morire, soltanto in anni più vicini ha trovato una compiuta e organica regolamentazione legislativa il consenso informato ai trattamenti sanitari e le disposizioni anticipate di trattamento (l. n. 219 del 2017), mentre, ancora più di recente, si è posta, all'esito di una travagliata e peculiare vicenda giudiziaria (caso Cappato), l'ancor più spinosa questione dell'assistenza medica al suicidio.

²² Si pensi, per fare solo un fugace e inevitabilmente parziale cenno, alla immensa mole di riflessioni prodotte in occasione delle crisi pandemica sulla interpretazione dell'art. 32 Cost., sulla complessità del diritto alla salute e sulla multidimensionalità soggettiva e oggettiva del disposto costituzionale, venuta ancora più allo scoperto in questa drammatica vicenda. Si vedano almeno i tanti studi apparsi in *Corti supreme e salute*, a partire dal n. 1/2020, nonché F. GRANDI, *L'art. 32 nella pandemia: sbilanciamento di un diritto o “recrudescenza” di un dovere?*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2021.

²³ A. D'ALLOIA, *Oltre la malattia: metamorfosi del diritto alla salute*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2014, p. 95.

Com'è stato efficacemente detto e persuasivamente argomentato²⁴, è impossibile «pre-determinare in astratto e al millesimo l'ampiezza e il confine dei singoli diritti sanciti in Costituzione», eppure è certo che quei confini esistano e che «debbano (prima o poi) entrare in campo e segnare il punto». Se dunque la perimetrazione dell'oggetto di un diritto è operazione indubbiamente complessa, per una pluralità di fattori che spingono verso l'espansione del medesimo, è altrettanto vero che i «confini contano (...). Essi permettono di tracciare le linee di confine che separano concetti, istituzioni e valori fondamentali»²⁵ con ciò contribuendo a delineare con maggiore precisione gli interessi di rilievo costituzionale che l'ordinamento intende proteggere e soddisfare e con questi di definire i compiti delle istituzioni pubbliche. Al contempo, va precisato che la determinazione dell'ampiezza di un diritto è un'operazione che non può essere condotta in astratto, ma deve svolgersi in concreto e, precisamente, tenuto conto dell'esistenza di altri diritti o interessi costituzionali, ai quali, in alcuni casi e al ricorrere di determinate condizioni, può essere accordata prevalenza, perciò provocando una compressione dell'oggetto del medesimo. La delimitazione dello spazio di protezione ed insieme la determinazione dei limiti derivati dal confronto con altri interessi di rilievo costituzionale deve essere condotta con grande equilibrio e circospezione; quanto va evitato, come dapprima precisato, è sia che una eccessiva riduzione dell'ambito di protezione, accordato alla salute della persona, possa fungere da volano per estromettere dal campo delle prestazioni sanitarie quelle che sollevano delicati conflitti etici, sia e non di meno che uno smisurato allargamento della concezione di benessere individuale possa condurre a ritenere non solo possibile, ma legittima la pretesa di avvalersi di qualsiasi tecnica per soddisfare un desiderio procreativo.

3.1. Queste nodali questioni, relative a confini e limiti del diritto alla salute, hanno trovato nel più recente periodo spazio anche in molte riflessioni dottrinali, sovente sollecitate dalla giurisprudenza costituzionale resa sulla legge n. 40 del 2004. Tali pronunce rilevano per molteplici ragioni: secondo alcuni la Corte avrebbe anzitutto contribuito a correggere un errore²⁶ in cui sarebbe incorso lo stesso legislatore nel ricondurre le tecniche di PMA ad

²⁴ P. VERONESI, Rights on the move: *come cambiano i diritti costituzionali (e le loro interpretazioni)*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2018, p. 77.

²⁵ A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 4.

²⁶ È la tesi di F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, Napoli, Jovene, 2020, pp. 25-26. A nostro avviso, se di errore si può parlare in questo ambito, va accuratamente precisato che quello tecnico-scientifico compiuto dal legislatore del 2004 è stato determinato non già per l'essersi questo spinto oltre quanto avrebbe potuto, ma prioritariamente per l'aver assunto scelte in un ambito anche terapeutico, trascurando le conseguenze delle stesse sulla salute della madre e gli aspetti di incoerenza sistemica della l. n. 40 del 2004. È evidente però che a monte della disciplina tracciata nella legge n. 40 non vi sono soltanto valutazioni di carattere propriamente scientifico, come in effetti tutte le disposizioni dichiarate incostituzionali dalla Consulta erano frutto di un errore scientifico. Non v'è dubbio che in ambito procreativo vengono in rilievo considerazioni ulteriori, nonché altri interessi, anche di rilievo costituzionale, così come è indubitabile che spetti al legislatore e non possa essere affidato alla responsabilità degli operatori sanitari l'assunzione di scelte fondamentali in ambito di tecnologie riproduttive, definendo le cautele

una prospettiva terapeutica, tradendo poi questa prospettiva. Al contempo quelle decisioni hanno offerto l'occasione per ribadire e precisare la portata di alcuni principi dalla stessa già enucleati, specie nella sentenza n. 282 del 2002, in materia di pratiche terapeutiche²⁷, restituendo così adeguati spazi di scelta all'autonomia e alla responsabilità del medico, che il legislatore del 2004 aveva irragionevolmente mortificato.

Il profilo che però a nostro avviso riveste un ruolo centrale nelle decisioni rese dalla Consulta sulla l. n. 40 del 2004 è proprio la delimitazione della portata di quel parametro costituzionale, profilo che è venuto in rilievo specie a partire dal giudizio di legittimità avente ad oggetto il divieto assoluto di fecondazione di tipo eterologo, o per meglio dire con donazione di gameti. Come noto, nel pronunciarsi su quella questione, il giudice delle leggi, senza disconoscere l'ampia discrezionalità del legislatore in un ambito, come quello riproduttivo, ad alta sensibilità etica e attraversato da conflitti tra vari interessi costituzionali, ha dichiarato l'incostituzionalità del divieto assoluto di avvalersi di gameti di donatori ove ciò costituisca il rimedio ad una condizione di sterilità della coppia. La riconduzione anche della fecondazione di tipo eterologo nell'ambito dei trattamenti sanitari funzionali a salvaguardare il diritto alla salute "della coppia" - ancorché quella tecnica dia luogo a questioni ulteriori e più problematiche rispetto alla fecondazione omologa - è stata dalla Corte operata muovendo da un'interpretazione estensiva, a nostro avviso pienamente condivisibile²⁸, dell'art. 32 Cost. Secondo il giudice delle leggi la sterilità e l'infertilità sono vere e proprie patologie della sfera riproduttiva, costitutive di una condizione di "disabilità", della quale il legislatore deve favorire (e non impedire) il superamento, nei limiti di compatibilità derivanti dalle esigenze di tutela di altri diritti costituzionali. Sebbene altre affermazioni contenute nella sent. n. 162 del 2014 e, in specie, il richiamo alla fondamentale e incoercibile libertà di autodeterminazione sull'aver o meno un figlio, avrebbero potuto offrire il destro per accedere ad una concezione soggettiva, individualistica, se non proprio, edonistica di salute e benessere, riteniamo che già in quella decisione la Corte abbia tentato di evitare questo scivolamento. Si è precisato infatti che non si può «soggettivizzare la nozione di salute, né (...) assecondare il desiderio di autocompiacimento dei componenti di una coppia, piegando la tecnica a fini consumistici»²⁹ e che pertanto, ai fini dell'accesso alla PMA eterologa, ogni accertamento sullo stato di salute dei membri

per il trattamento degli embrioni prodotti *in vitro* e la destinazione dei medesimi; non si può negare neppure che spetti pure solo al legislatore la definizione dello *status filiationis* del nato del ricorso alle tecniche di PMA.

²⁷ Proprio per questo si è giustamente sostenuto che il filone delle decisioni della Corte costituzionale sulla l. n. 40 del 2004 costituisca una delle due "serie" giurisprudenziali in cui si è ulteriormente sviluppato il "modello" prefigurato nella sent. n. 282 del 2002, così D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislativa e giurisdizionale*, Pisa, Pacini giuridica, 2019, p. 2.

²⁸ In tal senso anche G. D'AMICO, *La sentenza sulla fecondazione eterologa: il peccato di Ulisse*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, p. 666, secondo il quale proprio le puntualizzazioni della Corte sulla ricorrenza di patologie riproduttive non consentono di riconoscere in capo alla stessa le colpe dell'Ulisse dantesco, ovvero il superamento delle Colonne d'Ercole solo per soddisfare la propria sete di conoscenza.

²⁹ Punto 7 del Considerato in diritto.

della coppia e sull'idoneità della pratica terapeutica a risolverli è rimesso alle valutazioni della scienza medica. Pur condividendo presupposti ed esiti di quella sentenza, non si può negare che il percorso argomentativo compiuto nella stessa presenti qualche profilo di incertezza e, nonostante i tentavi di puntellamento e di arginamento compiuti dal giudice costituzionale, i rischi di scivolamento e persino di banalizzazione del diritto costituzionale alla salute in ambito procreativo siano alti.

Come in effetti avvertito da una parte della dottrina³⁰, più attenta alle possibili conseguenze di politica del diritto dischiuse dalla decisione del 2014, un'eccessiva enfaticizzazione del legame tra benessere psichico e ricorso funzionale alla tecnica a fini procreativi avrebbe potuto, ove non meglio puntualizzato, spianare la strada per sostenere la necessità di rimuovere anche altri limiti soggettivi e oggettivi di accesso alle tecniche di PMA e divieti di ricorso ad altre metodiche, come la surrogazione di maternità, che sollevano ulteriori e più complesse questioni. Il punto è indubbiamente cruciale, in quanto attorno all'estensione della garanzia offerta anche alla salute psichica si snoda la questione della definizione delle misure di attuazione e concretizzazione di quel diritto costituzionale.

La possibilità di fare maggiore chiarezza su questi profili si è ben presto palesata in occasione dei giudizi di legittimità costituzionale, promossi dai Tribunali di Pordenone e Bolzano e aventi ad oggetto diverse disposizioni della l. n. 40 del 2004, nella parte in cui vietano (e sanzionano in via amministrativa) l'accesso delle coppie omosessuali alle tecniche di PMA, perciò determinando, secondo i remittenti, anche la violazione dell'art. 32, primo comma, Cost.³¹. La questione presentava significativi profili di novità rispetto alle altre precedentemente affrontate dal giudice costituzionale ed evocate pure dai giudici *a quibus*. Questi ultimi, però, nel richiamare i precedenti pronunciamenti della Consulta chiedevano un nuovo intervento caducatorio dello stesso volto a rimuovere anche il limite rappresentato dal requisito soggettivo della diversità di sesso dei componenti della coppia, ritenendo che ciò costituisse il «coerente sviluppo delle decisioni già assunte»³².

Nel pronunciarsi sulla lamentata violazione dell'art. 32 Cost., la Corte ha avuto l'opportunità di delineare meglio il rapporto intercorrente tra diritto alla salute e ricorso alle tecniche di PMA e di precisare quali ulteriori ragioni giustifichino la permanenza (e la non

³⁰ A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 11 giugno 2014; V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo (ad una prima lettura di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2014. p. 7.

³¹ Tra i parametri invocati dai giudici remittenti figuravano, oltre all'art. 32, l'art. 2 (in quanto il divieto di accesso delle coppie dello stesso sesso alle tecniche di PMA e alla surrogazione di maternità lederebbe il «diritto fondamentale alla genitorialità dell'individuo»); l'art. 3 (giacché il divieto denoterebbe una disparità di trattamento basata sull'orientamento sessuale); e l'art. 117, co 1 (per la violazione degli artt. 8 e 14 CEDU, per la discriminatoria interferenza, in ragione dell'orientamento sessuale, nella vita familiare delle ricorrenti).

Pertanto quel giudizio investiva anche le tematiche della genitorialità delle coppie omosessuali e la determinazione del nucleo familiare del nato da PMA, trattate anche in successive decisioni: sent. n. 230 del 2020; sentt. nn. 32 e 33 del 2021 (nella prospettiva preminente della salvaguardia dei diritti dei nati e non già del diritto di accesso a quelle tecniche riproduttive).

³² Corte cost., sent. n. 221 del 2019, punto 11 del Considerato in diritto.

irragionevolezza) dei limiti soggettivi ed oggettivi di accesso alle medesime. E non solo. Nel dichiarare infondate tutte le questioni di legittimità costituzionale sollevate anche con riferimento ad altri parametri, il giudice costituzionale non ha mancato di rimarcare nuovamente (e sebbene non costituisse oggetto del giudizio) le *rationes* del perdurante divieto di maternità surrogata tanto per coppie omosessuali maschili, quanto per coppie eterosessuali³³. Ai nostri fini è ora opportuno focalizzare l'attenzione su quel passaggio della sent. n. 221 del 2019 in cui la Corte, nel richiamare i propri precedenti interventi caducatori e l'ampliamento della cerchia dei soggetti legittimati a ricorrere alla PMA che ne è conseguito, ha precisato che quelle pronunce si sono limitate a rimuovere «distonie, interne o esterne, della disciplina dettata dal legislatore», senza incidere – o incidendo solo in modo marginale – sulle scelte di fondo assunte nel 2004, ovvero quella di concepire le tecniche di PMA come funzionali alla risoluzione di patologie riproduttive e quella di assicurare comunque al nato una famiglia con duplice figura genitoriale maschile e femminile³⁴. Il giudice costituzionale, pur ammettendo che le proprie precedenti pronunce abbiano comunque limitato in parte la discrezionalità del legislatore, ha ritenuto non irragionevole la previsione del divieto di accesso alle tecniche di PMA per le coppie dello stesso sesso in quanto coerente con le scelte di fondo compiute dallo stesso in tema di famiglia e tutela del nato, laddove, invece, i divieti ed i limiti rimossi con le precedenti pronunce di incostituzionalità contraddicevano proprio la finalità terapeutica delle tecniche di fecondazione assistita, fatta propria, in linea di principio, dal legislatore del 2004, ma incoerentemente perseguita nella disciplina di dettaglio.

Proprio a quest'ultimo riguardo meritano particolare attenzione le puntualizzazioni, riportate nella sent. n. 221 del 2019, sull'estensione della portata del diritto costituzionale alla tutela della salute ai fini della rivendicazione dell'accesso alle tecniche di PMA. In quella decisione si ribadisce che la nozione costituzionale di salute «non può essere estesa fino a imporre la soddisfazione di qualsiasi aspirazione soggettiva o bisogno che una coppia (o anche un individuo) reputi essenziale, così da rendere incompatibile con l'evocato parametro ogni ostacolo normativo frapposto alla sua realizzazione»³⁵. A ben vedere, una simile precisazione era recata anche all'interno della decisione del 2014 sulla fecondazione di tipo eterologo e per questo può destare qualche perplessità la lettura di quel passaggio in cui il giudice costituzionale, nel 2019, ha parlato di una «contraria affermazione che pure si rinviene nella sentenza n. 162 del 2014». Invero, e come già osservato, le ordinanze di rimessione dei giudici *a quibus* facevano leva sulla ideale continuità tra i loro *petita* e gli esiti delle precedenti sentenze caducatorie della Consulta, ma, come precisato anche dal

³³ Ritiene questa decisione un punto di arrivo e di snodo della giurisprudenza costituzionale in materia di PMA e gestazione per altri, F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione*, cit., pp. 156-157, avendo in particolare la Corte marcato la distinzione tra le due pratiche, o meglio, tra i non sempre coincidenti valori costituzionali coinvolti nelle stesse.

³⁴ Corte cost., sent. n. 221 del 2019, punto 11 del Considerato in diritto.

³⁵ Corte cost., sent. n. 221 del 2019, punto 16 del Considerato in diritto.

giudice costituzionale, gli esiti e le motivazioni che sorreggevano quelle pronunce non possono essere sganciati dalle fattispecie specifiche da cui originavano e precisamente dalle pretese fatte valere dalle coppie ricorrenti nei giudizi principali, le quali si sostanziano non già nel soddisfacimento di un mero desiderio di genitorialità, quanto nella richiesta di superare ostacoli riproduttivi derivanti da patologie assolute e irreversibili³⁶. Marcate quindi ulteriormente le differenze tra infertilità “fisiologica” della coppia omosessuale ed infertilità “patologica”³⁷, la Corte non ha ravvisato la violazione dell’art. 32 della Costituzione, denunciata da entrambi i remittenti, ma, nella vicenda specifica all’esame del Tribunale di Bolzano, motivata anche dal riscontro di malattie riproduttive di entrambe le donne unite civilmente. Secondo il giudice costituzionale, l’accesso di queste alla fecondazione con donazione di sperma non avrebbe potuto comunque realizzarsi all’esito di una pronuncia – pur teoricamente praticabile tramite una resezione del *petitum* – che avesse circoscritto la sua portata alle sole donne sterili parti di una coppia omosessuale, venendo così incontro anche ad esigenze di carattere strettamente terapeutico³⁸. Quanto sollecitato invece dal Tribunale di Bolzano avrebbe presupposto comunque la rimozione del requisito soggettivo della diversità di sesso, ritenuto invece, dal giudice costituzionale un limite non irragionevole, anche se non costituzionalmente imposto³⁹, e coerente con le «idee di base» fatte proprie dal legislatore nel regolare l’accesso alle tecnologie riproduttive. Quindi la precisazione riportata nuovamente nel 2019, per cui non ogni sofferenza psichica derivante dalla frustrazione del proprio desiderio di genitorialità può ritenersi una violazione del diritto costituzionale alla salute – che, come tale, imporrebbe al legislatore di attivarsi per rimediare al *vulnus* di quel diritto costituzionale e di farlo senza discrimina-

³⁶ Più severo, ma attentamente argomentato, il giudizio di C. TRIPODINA, *Contrordine: la determinazione di avere un figlio (se delle coppie omosessuali) non è “incoercibile”*. La Corte costituzionale allo specchio della fecondazione eterologa, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, pp. 2623 ss., espresso alla luce di una lettura “allo specchio” della sent. n. 221 del 229 con i precedenti pronunciamenti della Corte in materia e, in particolare, con la sent. n. 162 del 2014.

³⁷ Punto 12 del Considerato in diritto: «l’infertilità “fisiologica” della coppia omosessuale (femminile) non è affatto omologabile all’infertilità (di tipo assoluto e irreversibile) della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive: così come non lo è l’infertilità “fisiologica” della donna sola e della coppia eterosessuale in età avanzata. Si tratta di fenomeni chiaramente e ontologicamente distinti. L’esclusione dalla PMA delle coppie formate da due donne non è, dunque, fonte di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull’orientamento sessuale».

³⁸ Corte cost., sent. n. 221 del 2019, punto 17 del Considerato in diritto: «La presenza di patologie riproduttive “è un dato significativo nell’ambito della coppia eterosessuale”, in quanto fa venir meno la normale fertilità di tale coppia. Rappresenta invece una variabile irrilevante (...) nell’ambito della coppia omosessuale, la quale sarebbe infertile in ogni caso». Il passaggio argomentativo decisivo per dichiarare l’infondatezza della questione è quindi il requisito soggettivo dell’orientamento sessuale (ritenuto comunque non discriminatorio), non già la condizione di salute della coppia. Come precisato anche nel punto 16: «Se così non fosse, sarebbero destinate a cadere automaticamente, in quanto frustranti il desiderio di genitorialità, non solo la limitazione (...) in esame, ma tutte le altre limitazioni all’accesso alla PMA poste dall’art. 5, comma 1, della l. n. 40 del 2004: limitazioni che la stessa sentenza n. 162 del 2014 ha, per converso, specificamente richiamato anche in rapporto alla fecondazione eterologa». Critica la distinzione, rimarcata dalla Corte nella sent. n. 221 del 2019, tra infertilità “fisiologica” e “patologica”, A. COSSIRI, *Coppie omosessuali e divieto di assistenza medica al concepimento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, pp. 2635.

³⁹ M. MANETTI, *La decostituzionalizzazione del paradigma eterosessuale nella genitorialità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, p. 2613. Così anche Coste cost., sent. n. 230 del 2020.

re le persone per il proprio orientamento sessuale –, deve essere letta in parallelo con le considerazioni relative agli ulteriori interessi costituzionali che sarebbero venuti in rilievo allargando le condizioni soggettive di accesso alle tecniche di PMA, con ricadute anche sul divieto di maternità surrogata. Senz'affatto rinnegare in effetti che anche tale metodica possa costituire un rimedio a gravi patologie riproduttive, ciò non farebbe venire meno l'esigenza di tener conto degli ulteriori interessi costituzionali implicati e delle esigenze di tutela che ne discendono.

Piuttosto, le più marcate puntualizzazioni relative alla finalità terapeutica delle tecniche di PMA e alla portata del diritto alla salute riproduttiva possono essere lette come un tentativo del giudice costituzionale di arginare derive interpretative scaturenti dallo sganciamento delle proprie parole dalla specificità dei casi affrontati. Ci si riferisce, in particolare, alla tendenza ad enfatizzare alcuni passaggi giurisprudenziali nei quali si è fatto richiamo all'incoercibilità dell'autodeterminazione riproduttiva, alla tutela anche delle «esigenze della procreazione»⁴⁰, come pure al richiamo, specie da parte della giurisprudenza comune, al rispetto della vita privata e familiare, garantito dall'art. 8 CEDU, per ricavarvi l'esistenza di un implicito diritto a diventare genitori, anche mediante tecniche di PMA.

Si rivela altresì importante sottolineare che, nella sent. n. 221 del 2019, non hanno trovato accoglimento alcuni argomenti messi in campo dal Tribunale di Bolzano e sostenuti, in particolare, dalle parti del giudizio principale costituitesi in giudizio dinanzi alla Corte. Queste, infatti, hanno avuto dapprima cura di specificare la peculiarità della loro condizione, e cioè di essere affette ognuna da patologie riproduttive⁴¹, per poi insistere principalmente sulla esigenza di salvaguardare il loro diritto alla vita privata e familiare e all'autodeterminazione riproduttiva. Al fine precipuo di dimostrare l'irragionevole disparità di trattamento riservata dal legislatore alle coppie omosessuali, in ragione appunto del loro orientamento sessuale, hanno sostenuto, tra l'altro, come una medesima patologia fosse considerata diversamente dal legislatore ove la donna sia parte di una coppia eterosessuale o omosessuale⁴² e come sia stata del tutto ignorata la condizione di infertilità "fisiologia o sociale" che comunque colpisce le coppie lesbiche. Ma, specie in alcuni passaggi successivi, le parti costituite hanno finito per imboccare un percorso argomentativo più accidentato, se non proprio contraddittorio rispetto a quanto precedentemente sostenuto.

⁴⁰ Cfr. M. D'AMICO, *La tutela della salute nella procreazione medicalmente assistita fra progresso scientifico e interpretazione della Corte costituzionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue 2/2019, pp. 456 ss.

⁴¹ Cfr. Punto 2.2 del *Ritenuto in fatto*: «Si sono costituite F. F. e M. R., ricorrenti nel giudizio a quo, chiedendo l'accoglimento delle questioni. Preliminarmente, le parti costituite pongono in evidenza come la vicenda oggetto del giudizio principale sia diversa da quella che ha dato origine alle pur analoghe questioni sollevate dal Tribunale ordinario di Pordenone. In quel caso, infatti, la coppia è composta da persone dello stesso sesso, ma non consta che esse presentino individualmente alcuna patologia riproduttiva. Nella fattispecie in esame, di contro, a entrambe le ricorrenti sono state diagnosticate patologie riproduttive, sicché l'infertilità non è solo di coppia, ma anche individuale».

⁴² *Ibidem*: «la discriminazione si apprezzerrebbe nel raffronto tra una coppia di donne con patologie riproduttive e una coppia eterosessuale con la donna affetta dalla medesima patologia. La donna in coppia con un uomo potrebbe, infatti, fruire della PMA, mentre la donna in coppia con un'altra donna non vi ha accesso».

Esse hanno posto infatti l'accento sull'esigenza di fugare un possibile equivoco, ovvero quello di considerare la fecondazione assistita con donazione di gameti un «rimedio terapeutico»⁴³, laddove invece non si tratterebbe di una cura vera e propria, ma solo di una tecnologia riproduttiva che consente di «aggirare» la patologia. Su questa base quindi la coppia ricorrente nel giudizio principale dinanzi al Tribunale di Bolzano ha mirato sostanzialmente a denunciare il carattere marcatamente discriminatorio del «giudizio di simpatia» espresso dal legislatore del 2004 solo nei riguardi delle coppie eterosessuali, chiedendo quindi che lo stesso fosse rimosso, anche perché – a loro avviso e sebbene in aperta contraddizione con l'iniziale puntualizzazione del loro stato di salute – «le finalità terapeutiche potrebbero rilevare solo agli effetti dell'art. 32 della Costituzione e degli obblighi di sanità pubblica dello Stato», laddove, invece, in quella sede esse rivendicavano soltanto il rispetto del loro diritto all'«autodeterminazione riproduttiva»⁴⁴.

Non è difficile scorgere in queste affermazioni almeno due aspetti che meritano di essere rimarcati: in primo luogo, l'assunzione di una precisa strategia in ordine alla questione nodale dei diritti rivendicati dalle ricorrenti, strategia che, facendo leva su una logica antidiscriminatoria, mira a parificare e uniformare le istanze rivendicate dalle coppie omosessuali maschili e femminili, onde farne derivare il riconoscimento di un “neutro” diritto alla genitorialità; in secondo luogo la persistente critica rivolta alla prospettiva terapeutica, quale condizione oggettiva di accesso alle tecniche di PMA omologa ed eterologa (e ad altre tecniche complementari). Se, quanto alla prima posizione, si condivide pienamente quanto sostenuto da attente studiose⁴⁵, e cioè che quella prospettiva antidiscriminatoria conduce a cancellare la differenza dei sessi nella riproduzione⁴⁶ e mira a rimuovere tutti i limiti soggettivi legislativamente fissati per l'accesso alle pratiche riproduttive (senza tener conto delle diverse ponderazioni di interessi di volta in volta implicati), con riferimento alla critica rivolta all'inquadramento terapeutico del diritto di accesso alla PMA (e all'IVG), anch'essa a noi sembra da respingere con decisione, specie quando quell'affermazione muove da una rappresentazione alternativa tra diritto alla salute e diritto all'autodeterminazione, che anche qui si è inteso confutare. Inoltre, quella lettura dissociata dell'autode-

⁴³ Cfr. Punto 2.5 del *Ritenuto in fatto*.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2015 (nonché in numerosi altri scritti); E. OLIVITO, *(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga*, in *Osservatoriocostituzionale.it*, n. 2/2012.

⁴⁶ Resta fermo il convincimento di chi scrive quanto all'indifferenza del sesso, dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere nell'assolvimento dei doveri genitoriali e la necessità di una piena parità tra uomo e donna nell'assunzione della responsabilità genitoriale, che è cosa ben diversa, ma altrettanto rilevante, della realtà biologica della riproduzione e della preservazione della relazione materna. E tuttavia con ciò non si intende condividere le proposte di abbandonare le tradizionali denominazioni dei due genitori (“padre” e “madre”), in favore delle locuzioni neutre “genitore 1” e “genitore 2”, una sostituzione, questa, sovente criticata anche nella “arena politica”, ma per ragioni o con argomentazioni che sottendono un mal celato atteggiamento omofobico.

terminazione femminile e del diritto alla salute pare non tener adeguatamente conto dei “benefici” in termini di doverosità dell'erogazione di alcune prestazioni sanitarie, anche in presenza di dissensi di natura etica, derivante dalla loro riconduzione all'art. 32 Cost., nonché del fondamento personalistico e solidaristico del diritto alla tutela della salute.

4. La densità dei problemi affiorati dopo gli interventi caducatori della Consulta e l'inserimento della fecondazione assistita nei LEA

Come più volte già precisato, la funzionalizzazione di alcune tecniche di fecondazione assistita alla soluzione di problemi di salute (riproduttiva) è operazione impegnativa, in quanto gravida di importanti conseguenze sul piano dei doveri delle istituzioni pubbliche e delle garanzie di effettività dei diritti rivendicati dalle coppie. Per altri versi, però, l'aggancio all'art. 32 Cost. può dar luogo ad ulteriori insidie, oltre a quella dei confini concettuali del diritto alla salute, per investire anche la dimensione sociale e propriamente prestazionale del relativo diritto, coinvolgendo, ancora più monte, la concezione dei diritti sociali a prestazione e il loro carattere condizionato. Vi è in effetti una forte concatenazione tra questi profili, tanto più evidente considerata la relazione biunivoca tra concezione del bene salute e le diverse forme di tutela giuridica del diritto alla salute⁴⁷. Focalizzando l'attenzione su queste ultime e, più precisamente, sulla tutela cd. attiva, che si sostanzia nell'apprestamento delle prestazioni sanitarie, è noto come l'aspirazione all'erogazione universalistica e globale delle stesse sia destinata a fronteggiarsi con la scarsità delle risorse organizzative e finanziarie all'uopo indispensabili.

Si è già avuto modo di riscontrare come non siano mai mancati e persistano a tutt'oggi, nonostante gli univoci orientamenti della giurisprudenza costituzionale, posizioni oltranziste che revocano in dubbio la riconduzione di alcune pratiche entro l'ambito di protezione assicurato dall'art. 32 Cost. In particolare, molto ricorrente è l'affermazione per la quale anche le più sofisticate tecniche di PMA non consentono di curare, nel senso di reintegrare, la capacità riproduttiva di una coppia; come si è avuto modo di precisare, siffatte osservazioni si rilevano prive di fondamento, considerata la portata assunta, anche al di fuori dell'ambito propriamente riproduttivo, dalle nozioni di patologia, cura e trattamento terapeutico e soprattutto accedendo ad una nozione di salute che travalica le cure in senso stretto. Ma un versante ancor più ampio di critiche proviene da quanti, pur non negando che alcune scelte in ambito riproduttivo possano essere giustificate anche da esigenze terapeutiche, *lato sensu* intese, finiscono però per concepire queste prestazioni sanitarie e

⁴⁷ Su questi profili v. almeno R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio sanitario nazionale*, in *Manuale di diritto sanitario*, a cura di R. Balduzzi, G. Carpani, Bologna, Neldiritto editore, 2013, pp. 24 ss.

il loro sempre più ricorrente utilizzo come un “lusso”, non compatibile con la limitatezza delle risorse economiche devolute alla sanità. La destinazione di risorse anche per quelle prestazioni si rivelerebbe troppo controversa, specie se messa a confronto con la necessità di finanziare altre prestazioni meno problematiche dal punto di vista etico. Simili rilievi critici finiscono per assumere toni particolarmente forti nel momento in cui si innestano nel più ampio dibattito relativo ai diritti sociali, all’interno del quale resistono tesi sulla persistente “minorità” dei medesimi⁴⁸ e, in specie, dei diritti sociali a prestazione, i quali richiedono una mobilitazione di risorse ben maggiore di quella dei “classici” diritti di libertà; ma quelle affermazioni possono assumere pure declinazioni meno severe, ma particolarmente efficaci, come quella di confinare nel limbo dell’ineffettività il diritto di accesso ad alcune prestazioni a causa di inerzie, omissioni o conflitti sull’apprestamento delle condizioni materiali a ciò funzionali, tanto più ricorrenti quando si tratta di prestazioni medico-sanitarie eticamente controverse. Ed è proprio questo quanto, a nostro avviso, si è concretamente verificato, dopo il lungo percorso giurisprudenziale, culminato con le già citate sentenze della Corte costituzionale, che hanno consentito la praticabilità della PMA con donazione di gameti e la diagnosi genetica preimpianto. La sent. n. 162 del 2014, annullando l’irragionevole divieto assoluto di donazione di gameti a fini procreativi, lungi dal “chiudere la partita”, ha rimandato ad un preciso e doveroso compito cui sono chiamati i poteri pubblici⁴⁹: rendere effettivo l’accesso alla fecondazione di tipo eterologo quando la richiesta provenga da soggetti infertili, ovvero «affetti da patologie produttive di una disabilità». Altrettanto complesso si è rivelato, anche dopo la sent. n. 96 del 2015, il percorso per l’accesso alla diagnosi preimpianto, vuoi per la carenza di interventi normativi volti, in particolare, a specificare le gravi patologie a trasmissione genetica che ne giustificano la praticabilità, vuoi per la mancata assunzione di misure organizzative⁵⁰ e di acquisizione di dotazioni tecnologiche. In un caso come nell’altro, comunque, l’ineffettività dell’accesso a quelle tecniche, e di qui lo svuotamento del diritto alla salute e la sostanziale vanificazione degli obblighi pubblici di tutela, si è realizzato attraverso il consolidamento di una chiave da lettura, tutt’altro che condivisibile, che declina il diritto di accesso alle prestazioni sanitarie come «diritto finanziariamente condizionato»⁵¹. Non potendo qui riprendere i rilievi

⁴⁸ G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, Il Mulino, 2017, pp. 165 ss.; cfr. anche le ampie e approfondite riflessioni di M. BENVENUTI, (voce) *Diritti sociali*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Agg. V, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 219 ss.

⁴⁹ Cfr. Trib. Trento, sez. Lavoro, ord. 16 febbraio 2017, ove si precisa che «la tutela giuridica in favore delle coppie assolutamente infertili assume connotati non solo oppositivi (con conseguente incostituzionalità di norme e illegittimità di provvedimenti amministrativi che vietassero il ricorso alle tecniche di PMA – come statuito da Corte cost. 162/2014 in ordine all’art.4 co. 3 L. 19.2.2004, n. 40), ma anche pretensivi, attenendo al “nucleo irriducibile del diritto alla salute” inteso quale diritto sociale ad una prestazione essenziale da parte del Servizio Sanitario Nazionale».

⁵⁰ Che tra l’altro la Consulta (sent. n. 96 del 2005) aveva ritenuto di dover affidare a strutture pubbliche specializzate.

⁵¹ L’espressione diritti finanziariamente condizionati è di F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, Il Mulino, 1990, p. 30.

critici mossi a quella concezione⁵², ci si limita ad osservare che sul problematico scenario dischiuso dalle decisioni della Consulta hanno inciso il mancato inserimento della PMA omologa ed eterologa nei LEA e il lungo ritardo nell'aggiornamento dell'elenco di quelle prestazioni; omissioni e ritardi su cui hanno non poco pesato le difficoltà di copertura dei costi dei LEA, a fronte di risorse finanziarie sempre più limitate e di stringenti limiti di bilancio.

Ad oggi, nonostante l'evoluzione dello scenario di partenza, la situazione concreta delle coppie interessate a ricorrere alle tecniche di PMA o alla diagnosi preimpianto per ragioni terapeutiche non pare di molto mutata. Quantunque anche la giurisprudenza amministrativa abbia offerto un significativo contributo per la garanzia dell'accesso alla PMA con donazione dei gameti⁵³, sebbene finalmente qualcosa si sia “mosso” anche sul piano politico e non solo giudiziale – considerata l'approvazione del d.P.C.M. 12 gennaio 2017 recante i nuovi LEA –, nonostante, in tempi ancora più recenti, la Corte costituzionale abbia oltremodo sottolineato la doverosità dell'erogazione e del finanziamento delle prestazioni ivi elencate⁵⁴, i rischi di ineffettività ed iniquità, anche per persistenti differenziazioni su base territoriale, nell'accesso alle tecniche suddette è ancora alto. Con riguardo alla diagnosi genetica preimpianto, infatti, va precisato che siffatta metodica non è stata inserita nell'elenco dei LEA ed è questo un problema⁵⁵ che si va a sommare a quello della mancata elencazione delle gravi patologie a trasmissione genetica, che ne legittimano il ricorso, e a quello della mancata definizione di procedure e controlli per le strutture pubbliche specializzate, autorizzate a svolgere quegli interventi. In relazione invece alla fecondazione assistita omologa e eterologa, se, per un verso, la loro esplicita inclusione nei LEA e, precisamente, nelle prestazioni di specialistica ambulatoriale ha consentito di non metterne più in discussione l'erogazione in tutto il territorio nazionale, per altri versi, quell'inserimento non ha dissipato del tutto i dubbi sulla loro riconducibilità al c.d. nucleo essenziale del diritto alla salute, il che evidentemente è cosa di straordinaria rilevanza, tanto quanto la “capienza” dell'art. 32 Cost., in quanto consente di dare concretezza alla funzione essenziale di tutela della salute in capo alla Repubblica, definendo ciò che l'ordinamento considera obbligatorio ed essenziale fornire all'individuo titolare di quel diritto.

⁵² Sia consentito rinviare a quanto più ampiamente trattato in M.P. IADICICCO, *op. cit.*, pp. 120 ss., e soprattutto alla letteratura ivi richiamata.

⁵³ V. almeno TAR Veneto, sent. 501 del 2015; TAR Lombardia, Sez. III, n. 2271/2015, Consiglio di Stato, sent. n. 3297/2016; TAR Lombardia, Sez. III, n. 1681/2019, su cui F. SICILIANO, *Sull'apporto delle dinamiche del diritto amministrativo alla tutela della decisione di avere figli con la tecnica della PMA eterologa: dalla “relativizzazione” del vuoto normativo all'orizzonte delle generazioni future*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2020, pp. 209 ss.

⁵⁴ In part. v. Corte cost., sent. n. 62 del 2020, sulla quale criticamente A. MORRONE, *La “visione trascendente” dei Lea e la realtà del Ssn*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2020.

⁵⁵ Affrontato da alcuni giudici ordinari aditi ai sensi dell'art. 700 c.p.c. V. Trib. Milano, sez. I civ., 18 aprile 2017; Trib. Vercelli, sez. civ.-Lavoro, 15 ottobre 2018.

Inoltre, si rinvengono, a tutt'oggi e nonostante il lungo travaglio dell'aggiornamento dei LEA, ulteriori indugi e ritardi su alcuni profili, in ispecie, nella definizione dei costi dei trattamenti e delle tariffe a carico delle coppie; questi rallentamenti potrebbero nuovamente offrire il destro per vanificare le previsioni normative e confinare ancora nel limbo dell'ineffettività il soddisfacimento del fondamentale diritto alla salute delle coppie che rivendicano l'accesso a quelle tecniche. Ora, se da un lato l'inclusione anche della PMA con donazione di gameti nei LEA non consentirà più che si ripeta quanto accaduto, dopo la sent. n. 162 del 2014, e cioè che alcune Regioni operino irragionevoli distinzioni tra i due trattamenti di PMA omologa ed eterologa al deliberato, anche se magari non dichiarato, scopo di rendere più gravoso l'accesso a quest'ultima prestazione perché eticamente più controversa (e non solo perché sia necessario, come in effetti è, garantire anche altri interessi ivi implicati); dall'alto lato, il complesso meccanismo di determinazione dei ticket sanitari, che impegna sia lo Stato, quanto le Regioni, sta determinando ulteriori ritardi nell'avvio dei trattamenti. Va infatti ricordato che l'art. 49 del d.P.C.M. sui LEA del 2017 affida alle Regioni il compito di definire la misura delle compartecipazioni alla spesa a carico delle coppie che si sottopongono alla PMA con donazione di gameti; ma, come precisato nelle norme transitorie e finali⁵⁶, le disposizioni concernenti le nuove prestazioni in materia di assistenza specialistica ambulatoriale entreranno in vigore solo a seguito dell'approvazione del decreto ministeriale che stabilisce le tariffe massime delle prestazioni, decreto ad oggi ancora non emanato e il cui ritardo sta determinando la persistenza di incertezze e significative differenze all'interno del territorio della Repubblica quanto all'effettività ed equità nell'accesso a tali trattamenti.

⁵⁶ Art. 64, comma 2: «Le disposizioni in materia di assistenza specialistica ambulatoriale (...) entrano in vigore dalla data di pubblicazione del decreto del Ministro della salute di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita l'Agenzia per i servizi sanitari regionali, previa intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, (...) per la definizione delle tariffe massime delle prestazioni previste dalle medesime disposizioni».

Il consenso informato al trattamento di P.M.A. e la sua irrevocabilità a proposito di alcune recenti ordinanze... “da ignorare”*

Franca Meola**

SOMMARIO: 1. Le ragioni per le quali, in certi “casi”, è meglio “ignorare”. – 2. La (ir-)rilevanza della contraria volontà del *partner* maschile al prosieguo di un progetto genitoriale già avviato a mezzo P.M.A. in alcune recenti decisioni dei giudici di merito. – 3. La dubbia impostazione giudiziale della *querelle* concernente la revocabilità del consenso al trattamento di P.M.A. – 4. La contrarietà del divieto di revoca del consenso di cui all’art. 6, comma 3, ult. cpv., L. n. 40/2004, ai principi fondamentali in materia di consenso informato. – 5. La vacillante “solidità” dell’art. 6, L. n. 40/2004, alla luce di una lettura sistematica del disposto di cui ai commi 1 e 3. – 6. L’incidenza della disciplina del consenso alla P.M.A. sul benessere psichico del *partner* maschile della coppia: ulteriori dubbi di costituzionalità. – 7. Procreazione e autodeterminazione: quale, in questa prospettiva, l’incidenza della revoca del consenso sul trattamento di P.M.A.? – 8. Le preminenti ragioni di tutela dell’embrione in un opinabilissimo bilanciamento di interessi. – 9. Per una riscrittura, in via legislativa, della disciplina del consenso (e la sua revoca) al trattamento di P.M.A. in prospettiva costituzionale: qualche considerazione di sintesi.

ABSTRACT:

Il saggio prende spunto da alcune recenti ordinanze dei giudici di merito e riflette criticamente sul rilievo giudizialmente accordato alla volontà del *partner* maschile della coppia, che, dopo aver prestato il proprio assenso al ricorso alle tecniche di P.M.A., prima che tale trattamento si completi a

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Avvocato, cultore della materia in Diritto Pubblico e Diritto costituzionale, cultore della materia in Bioetica, cultore della materia in Diritto costituzionale; franca.meola@libero.it; avvocato.meola@alice.it.

mezzo dell'impianto in utero degli embrioni formati, scelga di interrompere non soltanto il legame di coppia ma anche e soprattutto la ricerca del figlio, revocando il consenso originariamente manifestato ai fini dell'impiego delle nuove metodiche procreative. In questa prospettiva l'attenzione si focalizza sull'art. 6, commi 1 e 3, della legge n. 40 del 2004, e dalla lettura che di tale disposto è stata offerta in via giudiziaria trae motivo per marcarne i molti profili di criticità, che si palesano anzitutto nella scelta a favore di uno sforzo interpretativo della lettera della legge in luogo di una più proficua remissione degli atti alla Corte costituzionale, al fine di vagliare la fondatezza dei dubbi posti da quello stesso dettato normativo.

The paper takes its cue from some recent orders of the judges of merit and critically reflects on the judicial relief granted to the will of the male partner of the couple, who, after having given his consent to the use of MAP techniques, before this treatment is completed by means of the implantation in utero of the formed embryos, chooses to interrupt not only the couple bond but also and above all the search for the child, revoking the consent originally expressed for the purpose of using the new procreative methods. In this perspective, attention is focused on art. 6, paragraphs 1 and 3, of law no. 40 of 2004, and from the reading of this provision that was offered in court, he draws reason to highlight the many critical profiles, which are revealed above all in the choice in favor of an effort to interpret the letter of the law in place of a more profitable remission of the acts to the Constitutional Court, in order to assess the validity of the doubts posed by that same legislative provision.

1. Le ragioni per le quali, in certi “casi”, è meglio “ignorare”

Già anni fa, confrontandosi con uno dei temi ancora oggi tra i più controversi dell'ampio panorama delle questioni connesse alla diffusione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita (d'ora in poi, P.M.A.), uno dei giuristi più attenti a cogliere la problematicità delle vicende di inizio vita definiva il provvedimento giudiziale che andava commentando un'ordinanza “da ignorare”¹.

Esaminandone attentamente i contenuti, l'esimio studioso, compendiava così, già nel titolo, la propria contrarietà nei riguardi dell'autorizzazione concessa in via pretoria dal Tribunale capitolino all'impiego della maternità surrogata, ed ancor più l'opinabilità di uno sforzo interpretativo, che, mai come nel caso di specie, si palesava frutto di un attivismo giudiziario, che, in quanto non richiesto dalla fattispecie, e neppure necessario, pareva piuttosto aver soddisfatto esigenze di protagonismo del giudicante.

Sebbene espressa in relazione ad un provvedimento incidente su una problematica assolutamente diversa, l'aggettivazione scelta nell'occasione dal giurista al fine di definire il rilievo dell'ordinanza che andava annotando pare ad oggi ben prestarsi a spiegare la portata non meno controversa della decisione recentemente assunta da alcuni giudici di

¹ Il riferimento è al commento offerto, a margine dell'ordinanza pronunciata in tema di maternità surrogata dal Tribunale di Roma il 17 febbraio 2000, da L. d'AVACK, *Nascere per contratto: un'ordinanza del tribunale civile di Roma da ignorare*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2000, n. 2, p. 706 ss.

merito a favore del trasferimento degli embrioni crioconservati nell'utero della *partner* femminile di coppie non più unite, ma separate, anche giudizialmente. E ciò nonostante l'assenza di un perdurante assenso da parte del *partner* maschile, ed anzi a fronte della revoca del consenso da questi originariamente espresso a favore del ricorso alle nuove metodiche procreative².

In effetti, per quanto “forte” e “severa”, la scelta lessicale *de qua* pare quella in grado più di altre di cogliere al meglio non soltanto la naturale contrarietà che, anzitutto sul piano etico, suscita un provvedimento giudiziale costrittivo di una paternità non voluta ed afflittivo dell'effettivo interesse del figlio che verrà alla luce, ma anche e soprattutto le molte e diverse perplessità che lo stesso solleva sul piano squisitamente giuridico. In questa prospettiva, anzi, tale scelta si presta a denunciarne efficacemente e con immediatezza l'opinabilità anzitutto in termini di rispondenza al diritto vigente, quindi di riconducibilità al diritto vivente, ed infine sul piano della conformità al più corretto bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti che vengono in rilievo in tema.

Qualunque sia, infatti, tra quelle appena indicate, la prospettiva entro la quale si decide di calare l'analisi dei contenuti delle predette ordinanze, le considerazioni di sintesi che esse infine sollecitano evidenziano nell'operato dell'interprete molti profili di criticità, che si palesano anzitutto nella scelta a favore di uno sforzo interpretativo della lettera della legge in luogo di una più proficua remissione degli atti alla Corte costituzionale, al fine di vagliare la fondatezza dei dubbi posti da quello stesso dettato normativo³. Sicché, pur contribuendo ad accendere la discussione su una delle tante questioni di certa problematicità ancora oggi legate ad un dettato normativo da sempre oggetto di critiche e scardinamento, le decisioni *de quibus* hanno finito per perdere l'opportunità di farsi, al contempo, strumenti di implementazione, all'interno del sistema, di regole giuridiche effettivamente espressive di quello spirito della legge e di quel sistema valoriale con cui pure i magistrati sono stati chiamati a confrontarsi.

² Il richiamo è a Tribunale di Perugia, ordinanza cautelare del 28 novembre 2020, inedita; Tribunale di S. Maria C.V., ordinanza cautelare dell'11 ottobre 2020; nonché Tribunale di S. Maria C.V., ordinanza collegiale del 27 gennaio 2021. Il testo delle ordinanze pronunciate dal Tribunale di S. Maria C.V. è pubblicato sul sito della rivista *Biolaw Journal*, al sito *Biodiritto.org*.

³ Per una disamina delle questioni poste dai casi giudiziari in commento, ed un'analisi dei dubbi di costituzionalità sollevati dalle conferenti disposizioni legislative (specificamente, art. 5, comma 1, ed art. 6, commi 1 e 3, L. n. 40/2004), sia consentito il rinvio a F. MEOLA, *Quando si dice non più Ragionando sugli artt. 5, comma 1, e 6, commi 1 e 3, della legge n. 40 del 2004*, in *BiolawJournal – Rivista di Biodiritto*, n. 1 del 2021, sul sito *Biodiritto.org*.

2. La (ir-)rilevanza della contraria volontà del *partner* maschile al prosieguo di un progetto genitoriale già avviato a mezzo P.M.A. in alcune recenti decisioni dei giudici di merito

Pur a fronte della riconoscibilità, all'interno delle ordinanze in commento, di talune specificità argomentative che valgono a marcarne la singolarità, è indubbio che le vicende giudiziarie da cui queste stesse ordinanze sono state provocate hanno ugualmente richiamato l'attenzione dell'interprete sulla rilevanza della contraria volontà del *partner* maschile al prosieguo di un progetto genitoriale già avviato, manifestata attraverso la revoca, pur tardiva, del consenso originariamente prestata al ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

In entrambi i casi, infatti, protagonista della vicenda dedotta alla cognizione giudiziaria è una coppia il cui rapporto, fin da subito caratterizzato da un alto tasso di conflittualità, sfocia infine nell'avvio di un giudizio di separazione, ma soprattutto, per quel che qui rileva, nel rifiuto da parte dell'uomo di quella ricerca di genitorialità che, pure, agli inizi, era stata concordemente avviata dai coniugi e da questi perseguita a mezzo del ricorso alle nuove tecnologie riproduttive.

I fatti e le questioni da essi poste hanno così catalizzato l'interesse dei giudici nei riguardi delle prescrizioni normative concernenti, tra l'altro, le modalità di prestazione del consenso al trattamento di P.M.A., ma anche (e soprattutto) la sua revoca.

Tuttavia, proprio rispetto a tali profili, l'approccio definitorio dei magistrati che con essi si sono confrontati pare infine sollevare molte più questioni di quante, con le loro pronunce, quegli stessi magistrati abbiano avuto la pretesa di risolvere.

3. La dubbia impostazione giudiziale della *querelle* concernente la revocabilità del consenso al trattamento di P.M.A.

Ad inverare tale giudizio è certo il modo in cui i giudici impostano e risolvono la *querelle* concernente la revocabilità del consenso al trattamento di P.M.A. alla luce del dato letterale della L. n. 40/2004, ed in particolare della disposizione (art. 6) che, dopo aver specificato le modalità di espressione del consenso della coppia a tal tipo di trattamento, stabilisce infine che la volontà di avvantaggiarsi delle nuove metodiche procreative può essere revocata da ciascuno dei *partners* «fino al momento della fecondazione dell'ovulo» (art. 6, comma 3, ult. cpv.).

Per quanto si tratti di una previsione normativa che, come si evidenzierà di qui a breve, pone problemi di forte pregnanza teorica, nelle argomentazioni addotte dai giudici al fine di definire le vicende giudiziarie dedotte alla propria cognizione la dubbia portata di tale disposizione viene scalzata da una lettura del testo che non solo confuta ogni perplessi-

tà in ordine alla conformità e non contraddizione dello stesso a precisi diritti e principi fondamentali, ma finisce per attribuire ad esso una valenza paradigmatica, in quanto strumentale a garantire la tutela di quel concepito che, *in incipit*, la legge pure addita quale soggetto meritevole di tutela⁴. Alla volontà della coppia, divenuta irrevocabile, viene infatti riconosciuta, unitamente alla funzione determinativa della maternità e paternità, anche quella attributiva dello *status filiationis*⁵. Sicché, chiosano i giudici, deve perciò stesso escludersi «la rilevanza di comportamenti e di eventi successivi alla fecondazione dell'ovulo»⁶; ed in questo senso deve negarsi peso alla scelta di interrompere la ricerca del figlio, manifestata dal *partner* maschile della coppia attraverso la revoca del consenso originariamente manifestato ai fini dell'impiego delle tecniche di P.M.A.

Benché apparentemente robusto e consequenziale, l'impianto argomentativo che sorregge il *decisum* dei giudici, e spinge infine a definire quella procreativa come una libertà che «si è esercitata e si è esaurita con la fecondazione»⁷, presta in realtà il fianco a molte critiche, anche piuttosto severe, che, dalla rilettura del disposto dell'art. 6 della L. n. 40 del 2004 in chiave costituzionale, traggono motivo per evidenziare i tanti dubbi che la disposizione *de qua* pone anzitutto alla luce dei principi fondamentali che governano il “consenso informato” quale condizione di legittimità nel/del trattamento sanitario, oltre che bene-interesse tutelabile di per sé, indipendentemente dalla tutela del bene salute. Né, in questa prospettiva, sono poche le criticità messe in evidenza alla luce della necessità di una lettura sistematica del disposto di cui ai commi 1 e 3 del dettato dell'articolo in esame. Tuttavia, ad alimentare perplessità di ancora maggiore spessore riguardo alla correttezza dell'impostazione offerta dai giudici riguardo alla revoca del consenso già prestato al trattamento di P.M.A. è soprattutto l'evidente sua contrarietà alla tutela di quel diritto alla salute, che, nella sua dimensione psichica, può certo ritenersi potenzialmente leso dalla realizzazione di un progetto di filiazione che la previsione dell'irrevocabilità del consenso a seguito della fecondazione pare chiaramente tratteggiare in termini di costrizione anziché libertà. Ciò che, del resto, finisce per negare l'uguale tutela accordata dal testo costituzionale altresì alla scelta di non procreare, ovvero di non essere obbligati ad una genitorialità non voluta.

Sullo sfondo, peraltro, si staglia una questione ancor più dubbia, ovvero la rispondenza della regola della non revocabilità del consenso alle tecniche di P.M.A. successivamente alla fecondazione dell'ovulo a quella che, a favore dell'embrione, viene definita, con affer-

⁴ Art. 1, comma 1, legge n. 40 del 19 febbraio 2004, contenente *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, pubblicata in G.U. n. 45 del 24 febbraio 2004: «Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, *compreso il concepito*» (nel testo, corsivo nostro).

⁵ Tribunale di S. Maria C.V., ordinanza cautelare dell'11 ottobre 2020, cit., p. 5.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Tribunale di S. Maria C.V., ordinanza cautelare dell'11 ottobre 2020, cit., p. 6.

mazione assolutamente controvertibile, un'esigenza di «protezione assoluta, parificabile a quella di un vero e proprio soggetto di diritto»⁸.

In questo senso, quindi, i casi giudiziari che da ultimo hanno acceso l'attenzione della riflessione dottrinale sulla questione del consenso al trattamento di P.M.A. e la sua revoca non hanno semplicemente offerto ragioni per un ripensamento del conferente dettato legislativo che, anche in prospettiva *de jure condendo*, risulti utile a renderne il contenuto rispondente al quadro normativo di riferimento, ed *in primis* all'insieme dei principi e dei valori costituzionali conferenti in tema. Piuttosto, hanno costituito un'importante occasione di riflessione in vista del recupero della più corretta prospettazione giuridica del ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e delle finalità che esso soddisfa, nonché della specificazione di quale sia il più giusto bilanciamento fra i diritti di tutti i soggetti coinvolti nella vicenda procreativa, “compreso il concepito”.

4. La contrarietà del divieto di revoca del consenso di cui all'art. 6, comma 3, ult. cpv., L. n. 40/2004, ai principi fondamentali in materia di consenso informato.

Come è noto, al disposto legislativo che, consentendo la revoca del consenso prestato da ciascuno dei *partners* della coppia legittimata all'accesso alla P.M.A. solo fino al momento della fecondazione dell'ovulo, obbliga poi a procedere all'impianto in utero degli embrioni formati, la giurisprudenza costituzionale ha, ad oggi, consentito di derogare solo nell'ipotesi in cui l'esecuzione del trattamento di P.M.A. risulti, per ragioni sopravvenute, contraria all'interesse alla salute della madre⁹.

In particolare, secondo quanto deciso dalla Corte, che nell'occasione più direttamente interviene sulla disposizione in tema di crioconservazione degli embrioni¹⁰, il relativo divieto, nella sua assolutezza, può essere derogato in tutti i casi in cui il medico rilevi fondati rischi per la salute della donna nel procedere al loro impianto¹¹, sicché, in questa stessa ipotesi, la previsione che limita l'interruzione del trattamento di P.M.A. alla sola ipotesi di

⁸ Tribunale di Perugia, ordinanza cautelare del 28 novembre 2020, cit., p. 4.

⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 151 dell'08 maggio 2009, in Consultaonline.it.

¹⁰ Come si ricorderà, con la sentenza n. 151 dell'08 maggio 2009, cit., i giudici costituzionali hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 2 dell'art. 14, limitatamente alle parole “ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre” e del comma 3 dello stesso articolo nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio per la salute della donna.

¹¹ Per una puntuale disamina dei contenuti di tale decisione si rinvia a: G. DI GENIO, *Il primato della scienza del diritto (ma non sui diritti) nella fecondazione assistita*, in *Forumcostituzionale.it*; L. TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) di decidere*, in *Consultaonline.it*; D. CHINNI, *La procreazione medicalmente assistita tra “detto” e “non detto”. Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004*, in *Consultaonline.it*; S. AGOSTA, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009)*, in *Forumcostituzionale.it*.

una revoca del consenso precedentemente prestato a questo stesso trattamento, espressa prima della fecondazione dell'ovulo, risulta naturalmente superata.

Inopinabilmente, così sentenziando, i giudici costituzionali hanno superato molte delle più severe critiche rivolte dalla dottrina quanto alla rispondenza del dettato legislativo in questione a taluni beni e diritti di rilievo assolutamente fondamentale¹². Ed hanno altresì inevitabilmente inciso sull'operatività dell'art. 6, comma 3, o meglio sull'ambito applicativo di tale ultima prescrizione.

Tuttavia, per quanto si sia trattato di un primo importante intervento caducatorio, correttivo di uno dei maggiori profili criticità del testo, non pochi sono i dubbi di legittimità costituzionale che ad oggi¹³ possono ancora porsi relativamente alla previsione di cui all'art. 6, comma 3, in punto di irrevocabilità del consenso al trattamento medico di P.M.A. dopo la fecondazione dell'ovulo¹⁴.

Su tale questione, infatti, pur al tempo sollevata dal giudice remittente, la Corte costituzionale, sempre nella sentenza n. 151/2009, non si è espressa, evidenziandone piuttosto l'inammissibilità in ragione del difetto di motivazione sulla rilevanza nel giudizio *a quo*¹⁵. In questo modo, la decisione dei giudici costituzionali ha lasciato del tutto irrisolto il problema del consenso (o meglio della sua revoca) al trattamento di P.M.A., sia sotto il profilo sistematico che sotto quello pratico-operativo, in quanto la relativa decisione è pur sempre demandata al medico, in base ad un'opzione di carattere squisitamente tecnico-scientifica, legata alle condizioni fisiche della donna e al possibile pericolo per la sua salute, e non al soggetto direttamente interessato al trattamento.

¹² Su cui vedi *infra*, paragrafo 8.

¹³ È bene ricordare che, in tempi successivi alla sentenza n. 151 dell'08 maggio 2009, cit., la Corte Costituzionale è stata nuovamente chiamata a valutare la disposizione del comma 3 dell'art. 6 della Legge 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita (P.M.A.) nella parte in cui si stabilisce che la richiesta di procedere alla PMA "può essere revocata fino al momento della fecondazione dell'ovulo" dal Tribunale di Firenze (ordinanza n. 166 del 7 dicembre 2012, in G.U. in Gazzetta Ufficiale, 17 luglio 2013, Prima serie speciale n. 29, pp. 65-76). In particolare, tale questione è stata riproposta dal Tribunale fiorentino unitamente alla richiesta di annullamento del divieto di sperimentazione sugli embrioni di cui all'art. 13 commi 1 e 2 della medesima Legge 40/2004. Anche in tale occasione, però, la Corte non ha affrontato, nel merito, i dubbi di costituzionalità che, al riguardo, sono stati dedotti alla propria cognizione; sicché, ad oggi, la questione *de qua* risulta ancora non giudicata.

¹⁴ Si tratta di dubbi la cui fondatezza è decisamente negata da C. CASINI, M. CASINI, *Sulla pretesa incostituzionalità dell'art. 6, terzo comma, della Legge n. 40 del 2004*, in *Diritto, mercato, tecnologia (Dimt.it)*, 19 febbraio 2016. Agli occhi di tali studiosi, infatti, la *ratio legis* sottesa all'art. 6, comma 3, L. n. 40/04 è assolutamente robusta, tale da resistere solidamente alle cesure di incostituzionalità formulate dai giudici di merito. In particolare, rendendo esplicita tale *ratio*, da loro definita addirittura «evidente», i giuristi citati spiegano: «con la fecondazione un nuovo essere umano inizia la sua esistenza. Esso è un soggetto titolare di diritti (art. 1), il primo dei quali è quello alla vita: non può dunque essere distrutto, né esposto a rischio di distruzione. Inoltre nascono in favore del nuovo essere umano obblighi soprattutto nei soggetti che lo hanno generato. Il dovere di "mantenerlo" è addirittura di rango costituzionale, sancito com'è dall'art. 30 Cost. ("È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli anche se nati fuori del matrimonio"). In ordine alla PMA questo dovere è particolarmente intenso, dal momento che il figlio è venuto all'esistenza per libera e meditata decisione ed è stato anche strenuamente ricercato».

¹⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 151 dell'08 maggio 2009, cit., punto 8 del *Considerato in diritto*.

In buona sostanza, la modifica introdotta dalla Consulta con la sentenza n. 151/2009 non ha in alcun modo inciso, con riferimento al disposto dell'art. 6, L. n. 40/2004, sul problema del rispetto dei principi fondamentali in materia di consenso informato quale condizione di legittimità nel/del trattamento sanitario, che, invece, devono trovare nella fattispecie piena operatività, non vertendosi in ipotesi di trattamento sanitario obbligatorio (T.S.O.)¹⁶. E neppure ha inciso sul piano della garanzia del consenso informato, quale bene-interesse tutelabile di per sé, indipendentemente dalla tutela del bene salute¹⁷, in quanto espressione di quella libertà di autodeterminazione che l'art. 32 Cost. costruisce in termini di diritto fondamentale.

In relazione a tali profili, quindi, la disposizione *de qua*, sebbene sprovvista di sanzione¹⁸, finisce per determinare un grave *vulnus* all'interno del sistema, quale oggi finemente definito dalle pronunce delle supreme magistrature.

Qui, immediato è il richiamo alla giurisprudenza della Corte costituzionale, che, a far data dalla sentenza n. 438/2008, ha chiaramente evidenziato come la riconducibilità della pratica del consenso informato negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione, in cui trova fondamento, pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona, quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto nonché delle eventuali terapie alternative¹⁹.

¹⁶ Si tratta di un principio esplicitato in molte disposizioni di carattere fondamentale, sia a livello interno che internazionale e sovranazionale, quali: gli artt. 2, 13, comma 1, e 32, comma 2, Cost.; l'art. 3 Carta dei Diritti fondamentali dell'U.E.; nonché l'art. 5 Convenzione di Oviedo. Esso, inoltre, torna in numerose disposizioni normative sub-costituzionali, quali: l'art. 33, commi 1 e 5, della legge n. 833/1978, sull'*Istituzione del servizio sanitario nazionale*; l'art. 4 della legge n. 458/1967, sul *Trapianto del rene tra persone viventi*; l'art. 14 della legge n. 194/1978, contenente *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*; l'art. 2 della legge n. 164/1982, avente ad oggetto *Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*; l'art. 121 del d.P.R. n. 309/1990 – *Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza*; gli artt. 1 e 2 d.m. 27 aprile 1992 - *Disposizioni sulle documentazioni tecniche da presentare a corredo delle domande di autorizzazione all'immissione in commercio di specialità medicinali per uso umano, in attuazione della direttiva n. 91/507/CEE*. Tale diritto ha inoltre trovato riconoscimento in molte e significative sentenze, a far data dalla pronuncia della Corte Costituzionale n. 438/2008 (su cui, anche per rimandi alla dottrina a commento, vedi *infra*). A questa si affiancano le decisioni della Corte di Cassazione nn. 10014/1994; 364/1997; 7027/2011; 5444/2006; 26972/2008; 10741/2009; 2847/2010.

¹⁷ Corte di Cassazione, sentenza n. 2847/2010, cit.

¹⁸ Assolutamente peculiare è la chiave di lettura che, per questa parte della disposizione in commento, è stata offerta da C. CASINI, M. CASINI, *Sulla pretesa incostituzionalità dell'art. 6, terzo comma, della Legge n. 40 del 2004*, cit. Secondo tali studiosi, infatti: «Saggiamente la Legge 40/2004 prevede la irrevocabilità del consenso dopo la generazione dell'embrione, ma non prevede nessuna sanzione per il caso che la donna non voglia il trasferimento in utero. Nessuna coazione è possibile. Di fatto il consenso della donna è necessario, ma la norma dell'art. 6/3 resta una guida all'azione, particolarmente importante. Il diritto conosce le norme qualificate "men che perfette", quelle cioè che prescrivono un comportamento ma non lo sanzionano e non lo attuano in modo alternativo. Ma come è noto la funzione del diritto positivo è prima di tutto preventiva, vuole essere, appunto, una "guida all'azione". La norma non è quindi inutile. L'esclusione della coercibilità non esclude la ragionevolezza e la legittimità costituzionale della norma che afferma e disciplina l'obbligo».

¹⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 438 del 23 dicembre 2008, punto 4 del *Considerato in diritto*.

Proprio in applicazione di tali principi, la Corte di Cassazione²⁰ ha quindi esplicitamente sancito che il diritto al consenso informato, in quanto diritto irretrotrattabile della persona, va comunque e sempre rispettato dal personale sanitario, a meno che non ricorrano situazioni di urgenza, a seguito di un intervento concordato e programmato e per il quale sia stato richiesto ed ottenuto il consenso, che pongano in gravissimo pericolo la vita della persona, ovvero si tratti di trattamento sanitario obbligatorio. La stessa Corte, anzi, ha precisato che l'acquisizione del consenso al trattamento terapeutico rappresenta per il sanitario un obbligo assolutamente inderogabile, tale cioè che non assume alcuna rilevanza, per escluderlo, la circostanza che l'intervento *absque pactis* sia stato effettuato in modo tecnicamente corretto²¹.

In particolare, però, per quel che qui rileva, è importante marcare che, alla luce di una giurisprudenza oramai granitica, il consenso informato deve essere presente in ogni fase del trattamento sanitario. Esso, cioè, «deve essere presente sia nella fase di formazione del consenso, sia nella fase antecedente che in quella di esecuzione del contratto, riconducibile (come in altri settori) alla clausola generale di buona fede del nostro ordinamento civilistico *ex artt. 1175, 1337, 13745 c.c.*»²².

Si tratta di un profilo che, nell'economia del tema trattato, riveste un'assoluta centralità. Se, infatti, si parte dal presupposto, legislativamente accolto (art. 1, legge n. 40/2004), che le tecniche di P.M.A. sono un trattamento medico²³, appare giocoforza incontrovertibile che anche in relazione ad esse debbano trovare applicazione i principi validi per qualsiasi trattamento sanitario, in forza dei quali il consenso libero ed informato del paziente, in qualità di presupposto legittimante l'intervento del medico, deve sussistere prima, e durante tutto il trattamento, non vertendosi in ipotesi di T.S.O.

Né tale conclusione pare possa seriamente esser messa in discussione, posto che, laddove la si confutasse, si finirebbe per ciò stesso per contraddire la scelta legislativa che in quel presupposto riposa, e quindi per negare quella peculiare configurazione delle tecniche di P.M.A. che, in realtà, emergendo *in apicibus*, rappresenta addirittura una delle direttrici di sviluppo del dettato normativo di cui alla legge n. 40 del 2004. Chiamato, infatti, a stabilire se il desiderio di avere un figlio tramite l'uso delle nuove tecnologie riproduttive meriti di essere sempre e comunque soddisfatto, o se sia invece giustificabile la previsione di specifiche condizioni di accesso alle pratiche considerate, il legislatore ha chiaramente ed espressamente configurato il ricorso alle tecniche *de quibus* come rimedio alla sterilità

²⁰ Corte di Cassazione, n. 16543/2011.

²¹ *Ibidem*.

²² Così, Corte di Cassazione, sentenza n. 10741/2009.

²³ Decisamente critici nei riguardi della configurabilità della P.M.A. quale trattamento terapeutico sono C. CASINI, M. CASINI, *Sulla pretesa incostituzionalità dell'art. 6, terzo comma, della Legge n. 40 del 2004*, cit. Gli illustri studiosi, infatti, giudicano «assai discutibile che la PMA possa essere assimilata ad una vera e propria terapia», in quanto «anche se nasce un figlio la sterilità resta e non è sanata». E del resto, «anche se una conturbante selezione embrionale può evitare la nascita di un figlio affetto dalle malattie potenzialmente ereditate dai genitori, la malattia resta».

o infertilità umana avente una causa patologica e non altrimenti rimovibile, escludendo quindi in maniera netta che la P.M.A. possa rappresentare una modalità di realizzazione del “desiderio di genitorialità” alternativa ed equivalente al concepimento naturale, lasciata alla libera determinazione degli interessati²⁴.

Conseguentemente, la previsione di cui all’art. 6, comma 3, ultimo capoverso, che, in relazione a tale tipo di trattamento, esclude la possibile revoca del relativo consenso a seguito della fecondazione dell’ovocita, sebbene già di per sé sprovvista di sanzione per l’ipotesi di violazione, e sia pur oggi sicuramente ridotta nella sua portata, per effetto della previsione di una valutazione medica comparativa inerente la prioritaria tutela della salute della donna, rappresenta comunque una palese violazione dell’enunciato principio regolativo del rapporto medico/paziente, posto che il paziente viene espropriato della possibilità di revocare l’assenso al medico di eseguire atti sicuramente invasivi della propria integrità psico/fisica²⁵.

Né, in senso contrario, pare possa fondatamente argomentarsi, al pari di quanto fanno invece i giudici di merito, che, nel caso di specie, la disciplina sul consenso informato sia stata volontariamente derogata dal legislatore in ragione dei rilevanti interessi oggetto di tutela, sì da consentire limiti alla sua naturale revocabilità in ogni fase del trattamento²⁶. È questa infatti una chiave interpretativa alquanto opinabile, e non tanto perché contrasta con il dettato letterale della legge. Piuttosto, qui il richiamo alla deroga pare semplicemente strumentale a corroborare l’idea di una (presunta) preminenza accordata dal legislatore all’embrione, dimenticando i diritti e gli interessi degli altri soggetti coinvolti nella vicenda procreativa, comunque meritevoli di tutela, e la conseguente esigenza di un loro giusto bilanciamento, di fatto sconfessata, al pari dei dubbi di legittimità che, già per i profili qui accennati, sono stati evidenziati con riferimento al dettato legislativo in esame.

Ed invece, proprio per tali profili, sono più che evidenti le perplessità che, in punto di legittimità, da sempre, e quindi anche nell’ambito dei giudizi in esame, avrebbero seriamente e fondatamente consentito di provocare un incidente di costituzionalità, ed è anche solo intuitivo l’importante apporto che l’esito di tale giudizio avrebbe offerto all’impostazione della questione oggetto d’analisi; sicuramente più di quanto abbia da trarsi da quell’opinabile sforzo interpretativo in cui i giudici hanno inutilmente preferito insistere.

²⁴ Cfr. art. 1, L. 40/2004, cit.

²⁵ In questo senso, Tribunale di Firenze, ordinanza n. 166 del 7 dicembre 2012, cit.

²⁶ Così, Tribunale di S. Maria C.V., ordinanza collegiale del 27 gennaio 2021, cit., p. 6.

5. La vacillante “solidità” dell’art. 6, L. n. 40/2004, alla luce di una lettura sistematica del disposto di cui ai commi 1 e 3

Del resto, i dubbi in ordine alla “solidità” della previsione normativa in esame paiono chiaramente rafforzarsi alla luce di una pur necessaria lettura sistematica del disposto di cui all’art. 6 della legge n. 40 del 2004.

Questo, infatti, al comma 1, pone, a carico del medico preposto al trattamento di P.M.A., l’obbligo di fornire, a chi vi si sottopone, tutte le informazioni prescritte dalla legge stessa. Al riguardo, anzi, la disposizione *de qua* appare alquanto puntuale laddove precisa che tali informazioni devono vertere «sui metodi, sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all’applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti, nonché sulle relative conseguenze giuridiche per la donna, per l’uomo e per il nascituro», ovvero lì dove puntualizza che queste stesse informazioni «devono essere fornite per ciascuna delle tecniche applicate». Lo scopo, dichiarato ma anche solo intuitivo, è quello di garantire «il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa».

Ebbene, ripensata alla luce di tale previsione, la regola dell’irrevocabilità del consenso di cui al comma 3 pare assolutamente stridente con la necessità da parte del medico di acquisire, da parte di chi è interessato al trattamento, il consenso utile all’espletamento di ogni fase della procedura di P.M.A.

In particolare, l’irrelevanza in cui di fatto è confinata la diversa volontà che il soggetto manifesta al trattamento a seguito della fecondazione dell’ovocita rende alquanto incomprensibile la *ratio* di quell’obbligo informativo che, anche a seguito della formazione dell’embrione, grava comunque sul personale medico.

In questo senso, dunque, accedere all’interpretazione giudiziale proposta, che spezza la continuità logico-giuridica tra le previsioni di cui al 1 e 3 comma dell’articolo in esame, significa fondamentalmente scontrarsi con una discrasia che non può dirsi affatto “apparente”.

Sostenere, infatti, che «il disposto dell’art. 6, 1° e 3° comma, deve essere interpretato tenendo conto della *ratio legis*, volta alla tutela non solo degli interessi privatistici dei soggetti coinvolti ma anche pubblicistici di ordine etico e sanitario», sicché «l’interpretazione logica impone dunque di ritenere che, ferma la necessità per la struttura di adempiere agli obblighi informativi per ogni fase del trattamento, il consenso dovrà essere rinnovato solo in caso di rilevate problematiche o anomalie del processo»²⁷ significa in realtà contraddire appieno la scelta legislativa che, come già evidenziato, ha *expressis verbis* configurato il ricorso alle tecniche *de quibus* quale trattamento terapeutico di contrasto alla sterilità e/o

²⁷ Così, Tribunale di S. Maria C.V., ordinanza collegiale del 27 gennaio 2021, cit., p. 7.

infertilità, sì da ricondurre le questioni ad esso collegate nell'alveo delle regole preposte alla salvaguardia del diritto alla salute, costituzionalmente tutelato all'art. 32 Cost.

Né, ad avallare l'interpretazione qui criticata pare utile richiamare il dettato del "Regolamento recante norme in materia di manifestazione della volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, in attuazione dell'art. 6, comma 3, della legge 10 febbraio 2004, n. 40"²⁸.

In realtà, tale richiamo, che per i giudici elide la necessità di integrare il consenso già pre-stato, ferma restando la necessità di fornire alle parti le informazioni relative alle singole fasi, non pare per nulla risolutivo. Esso, infatti, finisce semplicemente per spostare i dubbi di legittimità su palesati dal piano legislativo a quello regolamentare, senza affatto consentire un più saldo ancoraggio della disposizione in esame.

Per quel che qui rileva, però, quanto appena osservato costituisce soprattutto un'ulteriore importante riprova della necessaria declinazione del trattamento di P.M.A. in termini di trattamento terapeutico, con l'ovvia conseguenza che è alla stregua di tale impostazione, sposata dalla dottrina ancor prima di esser positivizzata dal legislatore, che risulta necessario valutare e risolvere le diverse problematiche che esso solleva, anzitutto con riferimento al rispetto al diritto alla salute ed all'autodeterminazione di chi vi si sottopone.

6. L'incidenza della disciplina del consenso alla P.M.A. sul benessere psichico del *partner* maschile della coppia: ulteriori dubbi di costituzionalità

In effetti, sebbene già radicati nelle considerazioni appena svolte, i motivi di dubbio manifestati nei riguardi della previsione che delimita le possibilità di revoca del consenso originariamente prestato dalla coppia all'accesso alle tecniche di P.M.A., additando nella fecondazione dell'ovulo il termine ultimo ai fini di una sua utile espressione, paiono tra l'altro irrobustirsi laddove se ne valuti l'incidenza sul bene fondamentale alla salute.

Qui, peraltro, il riferimento non è più alla sola esigenza di tutela della vita e dell'integrità fisica della donna, già oggetto di un significato e delicato *balancing test* da parte della Corte, che, come già osservato, su di esso si è infine espressa con la sentenza n. 151/2009. Piuttosto, la particolare attenzione che, nell'occasione, è stata rivolta dal giudicante alla tutela del bene psico/fisico della madre, pare fondatamente aprire alla possibilità che l'eccezione di incostituzionalità sulla quale la Corte si è pronunciata venga oggi riformulata in

²⁸ Si tratta del regolamento emanato con decreto 28 dicembre 2016, n. 265, in G.U. n. 40 del 17.02.2017, a proposito del quale i giudici evidenziano come esso «all'art. 1, dopo aver elencato gli elementi minimi di conoscenza necessari alla formazione del consenso informato, prevede, al comma secondo, che "senza necessità di integrare il consenso già acquisiti", gli elementi informativi di cui al comma 1, lettere c), f), g), h) ed o), sono forniti in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita».

relazione alla salvaguardia del benessere psichico del padre; benessere che potrebbe risultare gravemente compromesso in conseguenza dei limiti per questa via opposti dall'art. 6, comma 3, ultimo capoverso alla possibilità di rifiutare l'impianto in utero della *partner* degli embrioni già formati.

Né a tale rilievo potrebbe negarsi spessore in ragione della dimensione solo psichica e non anche fisica del bene salute che verrebbe negativamente inciso dal prosieguo del trattamento medico in assenza del consenso di chi vi è sottoposto.

Una simile interpretazione, infatti, cozzerebbe in pieno con la definizione che del bene "salute" è accolta a livello costituzionale, e con la pienezza della tutela che il testo fondamentale offre di esso, definendolo, unico tra i tanti, diritto "fondamentale" (art. 32, comma 1, Cost.).

Del resto, in ragione della ricchezza semantica del termine, in cui attualmente confluiscono anche i valori etici, morali e religiosi della persona, cui pure vengono paramtrate le scelte concernenti il benessere psico/fisico della stessa, non pare dubbio che alla salute possa oggi correttamente guardarsi come all'espressione più significativa di quella *Weltanschauung*, che correntemente compendia la percezione piena che ognuno ha di sé e della realtà in cui è calato e con la quale si rapporta.

Dal canto suo, la stessa Corte costituzionale ha più volte affermato, in maniera chiara e decisa, che il diritto alla salute, su cui la disciplina in tema di procreazione medicalmente assistita è destinata naturalmente ad incidere, va inteso "nel significato, proprio dell'art. 32 Cost., comprensivo anche della salute psichica oltre che fisica"²⁹, precisando, altresì, che la tutela di quella psichica "deve essere di grado pari a quello della salute fisica"³⁰. E sempre la Corte ha pure ricordato che tale nozione corrisponde a quella sancita dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, secondo la quale: "Il possesso del migliore stato di sanità possibile costituisce un diritto fondamentale di ogni essere umano" (Atto di costituzione dell'OMS, firmato a New York il 22 luglio 1946)³¹.

Sicché, argomentare, come fanno i giudici, che eventuali problematiche psicologiche a danno di chi rifiuti la prosecuzione del progetto genitoriale vadano sconfessate alla luce delle uguali problematiche che possono interessare l'altro genitore «per non vedere realizzato il progetto di filiazione nonostante l'affidamento determinato dal consenso e l'avvenuta fecondazione»³² significa di fatto eludere il problema, senza che lo stesso possa dirsi risolto alla luce di quel bilanciamento degli interessi delle parti con la tutela dell'aspettativa di vita dell'embrione, cui i giudici espressamente si riferiscono e che, invece,

²⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 251 del 04 luglio 2008. Analogamente, sentenze n. 113 del 06 aprile 2004; n. 253 del 18 luglio 2003. I testi di tutte queste sentenze sono reperibili sul sito Consultaonline.org.

³⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 167 del 10 maggio 1999, in Consultaonline.org.

³¹ Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 10 giugno 2014, cit., punto 7 del *Considerato in diritto*.

³² Tribunale di S. Maria C.V., ordinanza collegiale del 27 gennaio 2021, cit., p. 6.

per le ragioni di cui si dirà appresso, rappresenta uno dei profili di maggiore criticità delle decisioni in commento.

7. Procreazione e autodeterminazione: quale, in questa prospettiva, l'incidenza della revoca del consenso sul trattamento di P.M.A.?

Né quello alla salute è l'unico diritto che, anche solo potenzialmente, rischia di essere pregiudicato in ragione dei limiti entro i quali la legge accorda rilievo al rifiuto opposto all'impianto in utero degli embrioni formati a seguito della fecondazione.

Piuttosto, ad essere in discussione è altresì quel diritto all'autodeterminazione che, in materia procreativa, si declina altresì quale diritto a non generare, *quid est* ad una genitorialità non imposta, oggi comunemente riconosciuto quale diritto fondamentale, espressione della libertà e dell'autonomia della persona, che, pur in assenza di un esplicito suo richiamo a livello costituzionale, internazionale, ovvero sovranazionale, trova comunque, nel nostro ordinamento, un deciso fondamento nel combinato disposto dagli artt. 29, 30 e 31 della Costituzione³³, ed anzitutto dell'art. 2, che riconosce e garantisce i diritti inviolabili della persona umana.

Ed è proprio in funzione della esigenza primaria di tutelare la persona umana in una delle sue funzioni più intime e private, che il momento procreativo, quale espressione massima della personalità del soggetto, ha finito per acquistare sempre maggiore rilevanza, atteggiandosi non solo come diritto nei confronti dello Stato per l'apprestamento e la predisposizione dei mezzi e delle strutture che rendano possibile ed effettiva tale facoltà naturale, ma anche e soprattutto come diritto svincolato e libero da qualsivoglia intervento pubblico o privato diretto a coercire o condizionare il singolo nell'esercizio concreto di tale diritto³⁴. Ferma, dunque, la rilevanza ed il chiaro fondamento costituzionale del diritto in esame, è peraltro indubbio che, nelle nuove modalità in cui oggi viene esercitato, per mezzo dell'impiego di tecniche sempre più sofisticate, quali quelle messe a punto dalla medicina riproduttiva, esso incontra i limiti naturalmente derivanti dalla necessità di rispettare gli altri valori fondamentali costituzionalmente garantiti. E tra questi, *in primis*, il diritto del nascituro a fruire e godere della doppia figura genitoriale, per essere istruito, educato e mantenuto da entrambi i genitori, nell'ambito di un contesto di coppia, per la garanzia di un equilibrato ed armonico sviluppo psico-fisico.

³³ A livello legislativo, tale diritto trova una sua importante espressione nell'art. 1 della legge n. 194 del 1978, contenente *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*, che, per la prima volta, sancisce l'impegno dello Stato a garantire l'esercizio del «diritto alla procreazione cosciente e responsabile».

³⁴ Per una trattazione attenta ed esaustiva del tema, si rinvia al recente lavoro monografico di M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020, *passim*.

È questo un bilanciamento che, sebbene in anni precedenti all'approvazione della legge n. 40 del 2004, ha trovato una sua definizione in un'ordinanza del Tribunale di Bologna³⁵, che, ad oggi, non soltanto resta l'unico precedente giurisprudenziale effettivamente e direttamente riferibile ai casi indagati, ma anche quello che pare meglio indagare la problematica in esame.

Il giudice bolognese, infatti, è il primo che, occupandosi di un caso di fecondazione artificiale *in vitro* (F.I.V.E.T.), con crioconservazione degli embrioni, afferma chiaramente che, nell'ipotesi considerata, «i diritti fondamentali e personalissimi di entrambi i genitori biologici, all'esercizio della libera determinazione alla paternità o alla maternità, devono essere necessariamente collocati sullo stesso piano e ricevere pari dignità e tutela costituzionale»³⁶. Diversamente, infatti, da quanto accade in caso di procreazione naturale, in cui è il concepimento «l'evento che fa iniziare nella donna la gravidanza», con la creazione dell'embrione ed il suo successivo annidamento ed attecchimento nell'utero della stessa, sicché è irrilevante se, con l'accoppiamento, sia stato fecondato un ovocita che poi non ha attecchito in utero, «nella fecondazione artificiale *in vitro*, le due fasi fondamentali e sostanzialmente diverse, sono visibili ed apprezzabili separatamente»³⁷. E di fatto, in tale ipotesi, al momento della fecondazione dell'ovocita *in vitro*, con conseguente creazione di un embrione, segue la fase del suo trasferimento nell'utero della donna che, in caso di annidamento, determinerà l'avvio della gravidanza vera e propria.

Ebbene, osserva il giudicante, «fino a quando non vi sia stato il trasferimento dell'embrione nell'utero della donna con determinazione dell'inizio della gravidanza, i diritti fondamentali dei genitori biologici sull'embrione, che è frutto dell'unione dei rispettivi gameti, ed i diritti fondamentali alla libera autodeterminazione alla procreazione, devono essere valutati, garantiti e tutelati sullo stesso piano paritetico». E ciò perché è solo dopo il trasferimento dell'embrione nel corpo della donna e con l'insorgenza della gravidanza che il diritto alla maternità o meno della donna prevale decisamente sul diritto alla paternità dell'uomo. Ed in questo senso depone anche il disposto della legge n. 194 del 1978 sull'interruzione volontaria della gravidanza, in cui la scelta di accedere alle pratiche abortive, nel rispetto dei presupposti e delle condizioni legislativamente fissate, è rimessa esclusivamente alla madre, che è la sola a poter esercitare al riguardo la propria libertà di autodeterminazione, sia pur entro i limiti normativamente stabiliti.

Conseguentemente, in caso di fecondazione *in vitro*, ed in assenza di una gravidanza, i diritti di entrambi i *partners* della coppia non possono che essere considerati paritetici e perciò ricevere pari tutela.

³⁵ Tribunale di Bologna, ordinanza 9 maggio 2000.

³⁶ *Ibidem.*

³⁷ *Ibidem.*

E ciò in omaggio al diritto alla libera ed incoercibile autodeterminazione alla procreazione, la cui gravidanza è stata ribadita ancora di recente dalla Corte costituzionale, secondo cui: «la determinazione di avere o meno un figlio [...] concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali»³⁸.

Proprio se riletta in tale prospettiva, la soluzione offerta dal giudice bolognese, sia pur precedente all'approvazione della legge in tema di accesso alle tecniche di P.M.A., pare oggi offrire argomenti utili per tornare a riflettere sul “peso” che, nel bilanciamento imposto dalla fattispecie considerata, deve riconoscersi al diritto di autodeterminazione in ambito procreativo, ed in particolare sulle ragioni che possono infine spiegare il preminente rilievo accordato alla scelta di non avere un figlio.

Sotto tale profilo, in effetti, è indubbio che, sotteso al consenso originariamente prestato al ricorso alle tecniche di procreazione artificiale, vi sia, da parte di chi lo presta, l'intimo convincimento di far nascere il figlio in una famiglia in grado di garantire al nato la possibilità di godere e fruire dei suoi diritti costituzionalmente garantiti, tra i quali, tra l'altro, quello primario e fondamentale ad una famiglia, e, con essa, un riferimento fondamentale per un integrale ed equilibrato sviluppo della sua personalità, così come garantito dall'art. 30 della Costituzione.

Ma quando a tale convincimento subentra una diversa consapevolezza in ordine non soltanto alla solidità del rapporto di coppia, ma anche e soprattutto in relazione alla scelta di un figlio, che non è più oggetto di ricerca e desiderio, non pare possa dubitarsi, al pari di quanto evidenziato dal Tribunale bolognese, che imporre la genitorialità al *partner* costituirebbe una palese ed inammissibile violazione del suo diritto fondamentale alla procreazione come atto consapevole, libero e responsabile, oltre a causare una grave lesione e violazione dei diritti costituzionalmente garantiti del nascituro.

Più precisamente, la coercizione alla procreazione e l'imposizione della genitorialità, oltre a risultare violativi del principio di autodeterminazione ai danni di chi abbia revocato il proprio assenso al ricorso alle tecniche di P.M.A., potrebbero ingenerare grave danno al successivo sviluppo psico-fisico del nascituro, oltre che suoi precisi diritti quale quello di godere di una famiglia in grado di mantenerlo, istruirlo ed educarlo.

Ecco allora che, anche per tali profili, le perplessità sollevate in relazione all'art. 6, comma 3, ultimo capoverso, L. n. 40/2004, ben avrebbero potuto fondare un controllo di costituzionalità della disposizione *de qua* che, nelle more di un sempre auspicabile intervento legislativo, “emendi”, per le ragioni indicate, il testo di tale articolo, riconducendone le previsioni nell'alveo costituzionale.

³⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 10 giugno 2014, cit., punto 6 del *Considerato in diritto*.

8. Le preminenti ragioni di tutela dell'embrione in un opinabilissimo bilanciamento di interessi

Né, al fine di confutare i dubbi e le perplessità fin qui sollevati, può fondatamente argomentarsi, al pari di quanto sostenuto invece dai giudici di merito, che il legislatore ha inteso conferire tutela preminente alla vita e allo sviluppo dell'embrione³⁹, a ciò orientando l'intero testo legislativo in tema di accesso alla P.M.A., e quindi anche la disciplina del consenso e la sua revoca al trattamento in questione⁴⁰.

L'argomento, che ripropone l'annosa e *vexata quaestio* della tutela dell'embrione, è di assoluta centralità.

Esso peraltro deve oggi tener conto di quanto, riguardo alle esigenze ed i limiti di tutela dell'embrione, risulta dall'elaborazione di un'ormai significativa giurisprudenza costituzionale.

Qui, il riferimento è anzitutto alla sentenza n. 151 del 2009 più volte ricordata. È in occasione di tale decisione, infatti, che la Corte afferma espressamente che la tutela dell'embrione non è assoluta⁴¹, e che, anzi, neppure la legge n. 40/2004 la ritiene tale⁴². Piuttosto, secondo i giudici costituzionali, tale tutela è «limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento» con gli ulteriori beni ed interessi emergenti in ambito⁴³.

³⁹ Si tratta di un'affermazione su cui c'è unanimità di vedute da parte del Tribunale di Perugia (ordinanza cautelare del 28 novembre 2020, cit., p. 4), e del Tribunale di S. Maria C.V. (ordinanza cautelare dell'11 ottobre 2020, cit., pp. 7, 8; ordinanza collegiale del 27 gennaio 2021, cit., p. 5).

⁴⁰ Completamente diversa è l'impostazione che alla questione indagata viene data da C. CASINI, M. CASINI, *Sulla pretesa incostituzionalità dell'art. 6, terzo comma, della Legge n. 40 del 2004*, cit., i quali ritengono opportuno applicare anche alla discussione sull'art. 6 comma 3 l'orientamento che, a proposito dello *status* dell'embrione e del tipo di tutela da accordare ad esso, emerge dalla sentenza 229/2015. In questa, osservano studiosi, «si scrive chiaramente che l'embrione non è una cosa». E tale puntualizzazione, ai loro occhi, acquista subito un valore paradigmatico. Spiegano, infatti, che quella in questione è «una affermazione coerente con l'altra recentissima decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo che nella causa "Parrillo c. Italia" del 27 agosto 2015 ha stabilito che l'embrione non può essere oggetto di proprietà. Se non né una cosa, non è un oggetto; se non è un oggetto, non può essere che un soggetto. In effetti è quanto si legge nella sentenza 229/2015, sia pure con l'annotazione che il bilanciamento del diritto alla vita dell'embrione con altri beni, anche essi costituzionalmente protetti, può condurre ad un affievolimento della "soggettività" (*rectius*: della tutela) dell'embrione. In ogni caso, anche in questa logica, la qualità di soggetto non viene meno». Ed aggiungono: «Va ricordato che la indicazione della sentenza 229/2015 è coerente con i pareri ripetutamente formulati dal Comitato nazionale di bioetica (22 giugno 1996 su "Identità e statuto dell'embrione umano"; 11 aprile 2003 su "Ricerche utilizzanti embrioni umani e cellule staminali"; 15 luglio 2005 su "Considerazioni bioetiche in merito al c.d. Ootide"; 18 novembre 2005 su "Adozione per la nascita di embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (PMA)"; 16 dicembre 2005 su "Aiuto alle donne in gravidanza e depressione post-partum") e con la precedente sentenza costituzionale n. 27 del 18 febbraio 1975 in tema di aborto, specialmente secondo la interpretazione precisata nella successiva decisione della Consulta n. 35 del 10 febbraio 1997».

⁴¹ Corte costituzionale, sentenza n. 151 dell'08 maggio 2009, cit., punto 6.1 del *Considerato in diritto*.

⁴² Corte costituzionale, sentenza n. 151 dell'08 maggio 2009, cit., punto 6.1 del *Considerato in diritto*.

⁴³ Sotto tale profilo, un approccio assolutamente diverso nei riguardi della pronuncia *de qua* è quello di C. CASINI, M. CASINI, *Sulla pretesa incostituzionalità dell'art. 6, terzo comma, della Legge n. 40 del 2004*, cit., i quali, a proposito dei riflessi di tale decisione sul piano della tutela dell'embrione, osservano che, sebbene nell'occasione la Corte abbia annullando il limite massimo di tre embrioni generabili nell'unità di un ciclo e l'obbligo del loro immediato trasferimento, al contrario essa non ha annullato «il principio, ivi scritto, di un dovere di trasferimento, manifestato dalle parole "da realizzare non

La Corte, insomma, non nega rilievo alla dignità dell'embrione, né tantomeno disconosce il fondamento costituzionale della sua tutela.

Anzi, in una sua successiva pronuncia, chiarisce in maniera inequivoca che «la dignità dell'embrione, quale entità che ha in sé il principio della vita (ancorché in uno stadio di sviluppo non predefinito dal legislatore e tuttora non univocamente individuato dalla scienza), costituisce, comunque, un valore di rilievo costituzionale riconducibile al precetto generale dell'art. 2 Cost.»⁴⁴.

Tuttavia, come ogni altro valore costituzionale, anche la tutela dell'embrione deve, secondo la Corte, essere oggetto di bilanciamento⁴⁵.

Ed in questa prospettiva la giurisprudenza costituzionale è assolutamente chiara nel circoscrivere la relativa discrezionalità legislativa entro limiti inderogabili, specificamente individuati, oltre che nel rispetto dei principi di autonomia e responsabilità del medico debitamente autorizzato al trattamento dal paziente⁴⁶, altresì nella salvaguardia dei diritti fondamentali.

Qui, di nuovo, il rimando è alla sentenza n. 151 del 2009.

È in essa, infatti, che i giudici costituzionali, cassando l'obbligo di un unico e contemporaneo impianto e del numero massimo di embrioni da trasferire in utero, censurano l'irragionevolezza di un trattamento identico di fattispecie diverse, che di fatto nega al medico «la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento, con conseguente individuazione, di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto». Ed è sempre in tale sentenza che viene, al contempo, salvaguardata pure la salute della donna, sottratta all'obbligo di sottoporsi ad un trattamento potenzialmente pregiudizievole, quale conseguenza della previsione, infine censurata, della creazione di un numero di embrioni pari a tre «in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive» della stessa.

Di qui, quindi, la declaratoria di illegittimità che colpisce non solo la disposizione che nulla prevede a proposito della necessità che il trasferimento degli embrioni, da realizzare

appena possibile», principio coerente con l'irrevocabilità del consenso una volta avvenuto il concepimento, fissato nel 3° comma dell'art. 6». Sicché, marcano gli studiosi, ancor «più significativa è [...] la infondatezza del dubbio di costituzionalità che la sentenza 151/2009 aveva già dichiarato inammissibile». Del resto, chiosano infine i giuristi qui citati, a quanto fin qui evidenziato occorre aggiungere «che nella sentenza ora citata la preoccupazione di salvaguardare la vita dell'embrione, nonostante l'allentamento dei limiti originariamente stabiliti dalla Legge 40/2004, emerge dalla consapevole e motivata conservazione del principio secondo cui le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario».

Conseguentemente, concludono: «Sembra [...] che la questione di costituzionalità debba essere considerata infondata».

⁴⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 229 dell'11 novembre 2015, cit.

⁴⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 151 dell'08 maggio 2009, cit., e sentenza n. 96 del 05 giugno 2015, cit.

⁴⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 151 dell'08 maggio 2009, cit., punto 6.1 del *Considerato in diritto*, in cui, tra i più significativi precedenti giurisprudenziali in tema, vengono ricordate le sentenze n. 282 del 2002 e n. 338 del 2003.

non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio per la salute della donna⁴⁷, ma anche quella che sancisce l'obbligo di unico e contemporaneo impianto degli embrioni prodotti, comunque non superiore a tre⁴⁸. Ciò che finisce non soltanto per introdurre una deroga al divieto generale di crioncoservazione, il cui ricorso, anzi, diventa ora necessario in presenza di embrioni non impiantati per scelta medica, ma per superare altresì la previsione che limita l'interruzione del trattamento di P.M.A. alla sola ipotesi di una revoca del consenso già prestato a tale trattamento, espressa prima della fecondazione dell'ovulo.

Il richiamo, pur sommario, a tale pronuncia ed ai suoi contenuti è certamente significativo. Calato, infatti, in un contesto che riflette sulla portata ed i limiti della relativa previsione, esso vale anzitutto a ricordare come la posizione di un divieto assoluto di revoca del consenso alla P.M.A. a seguito della fecondazione dell'ovulo trovasse originariamente la propria *ratio* nel divieto, anch'esso assoluto, di crioconservazione di embrioni.

Tuttavia, per quel che qui rileva, il richiamo alla giurisprudenza costituzionale *de qua*, e la deroga ad essa apposta al dettato legislativo, al fine di salvaguardare il superiore diritto alla salute della madre⁴⁹, vale soprattutto a rimarcare come la tutela dell'embrione non sia affatto assoluta, ma debba essere sempre e comunque oggetto di bilanciamento con i diversi diritti degli altri attori della scelta a favore della realizzazione di un progetto di filiazione. Sicché, il richiamo ai lavori preparatori⁵⁰ su cui i giudici pure si attardano al fine di avallare la (presunta) preminenza degli interessi facenti capo al concepito, pare, in questa prospettiva, quanto mai anacronistico.

La "relatività" della tutela così accordata all'embrione formato a mezzo di P.M.A. finisce allora per corroborare i dubbi di legittimità già per altri profili espressi con riferimento alla disposizione che, comprimendo la possibilità di revoca del consenso originariamente prestato all'accesso alle tecniche di P.M.A., delimita la sua valida manifestazione fino al momento della fecondazione dell'ovulo, in particolare, ponendo in termini ancor più stringenti il dubbio su quali siano le ragioni per le quali i diritti dell'embrione, già destinati a soccombere a fronte delle preminenti esigenze di salvaguardia della salute della madre, non dovrebbero ritenersi regressivi anche dinanzi alla necessità di tutelare l'integrità psichica del padre, che potrebbe risultare lesa dal prosieguo del trattamento di P.M.A. E ciò

⁴⁷ Art. 14, comma 3, L. n. 40/2004, cit.

⁴⁸ Art. 14, comma 2, L. n. 40/2004, cit.

⁴⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 151 dell'08 maggio 2009, cit., e sentenza n. 96 del 05 giugno 2015, cit. In realtà, la crioconservazione degli embrioni è diventata addirittura una necessità a seguito della caducazione del divieto di ricorso alla fecondazione eterologa, che presuppone per l'appunto la crioconservazione degli embrioni che, non utilizzati nell'ambito del trattamento procreativo, vengono donati, ma anche in ragione della declaratoria di illegittimità del divieto di diagnosi preimpianto che comporta di per sé la crioconservazione degli embrioni risultati infine inidonei all'impianto in utero.

⁵⁰ Tribunale di S. Maria C.V., ordinanza collegiale del 27 gennaio 2021, cit., pp. 4, 5.

soprattutto quando sia dato registrare la mancanza di un perdurante assenso all'esaurimento del trattamento medico in parola.

Né pare corretto, in senso contrario a quanto fin qui osservato, ricordare l'ancora recente intervento dei giudici di Cassazione⁵¹ che ha ribadito l'irrevocabilità del consenso prestato dal *partner* all'inseminazione (nel caso di specie, eterologa) della donna una volta che sia intervenuta la fecondazione dell'ovulo. Il richiamo a tale giurisprudenza non sembra pertinente.

Sussiste, infatti, una differenza di fondo importante tra il caso deciso dagli Ermellini e quello che, all'indomani della rottura del rapporto di coppia, vede opporsi in giudizio la donna, che chiede l'autorizzazione all'impiego in utero degli embrioni prodotti a mezzo della P.M.A., ed il *partner*, che, invece, contrasta tale richiesta, manifestando un netto rifiuto al prosieguo del trattamento, sia pur in forza di una revoca tardivamente esercitata. Nel caso definito dalla pronuncia dei supremi giudici di legittimità, la tutela accordata mediante l'inibizione dell'azione di disconoscimento della paternità *ex art.* 235, commi 1 e 2, c.c. (oggi art. 244 c.c.) ha riguardo al figlio già nato per effetto del consenso originariamente prestato al ricorso alla fecondazione eterologa, e che, in caso di esperibilità ai suoi danni dell'azione *de qua*, verrebbe ad essere privato di una delle due figure genitoriali e del connesso rapporto affettivo ed assistenziale, stante l'impossibilità di accertare la reale paternità a fronte dell'impiego di seme di provenienza ignota.

Per tale profilo, quindi, tale sentenza si ricollega ad un ormai risalente filone giurisprudenziale che nel consenso prestato dal marito all'inseminazione eterologa della moglie individua una condotta socialmente rilevante di assunzione di responsabilità verso una nuova vita nata, utile a fondare la relazione parentale che in questo modo viene a crearsi non più nel rapporto biologico di sangue (che qui evidentemente manca) ma in quel principio di responsabilità procreativa, in ragione del quale risulta infine legittima l'inibizione dell'esercizio dell'azione di disconoscimento ai danni del nato.

Tale giurisprudenza, come è noto, trova primi importanti precedenti anzitutto nella sentenza della Corte di Cassazione del 16 marzo 1999 n. 2315⁵² e quindi, nella decisione del Tribunale di Napoli del 28 giugno 1999⁵³. È con tali pronunce, infatti, che, sia da parte dei giudici di legittimità che di merito, si afferma per la prima volta il principio per cui "non è contestabile con l'azione di disconoscimento della paternità la legittimità del figlio nato a seguito di inseminazione eterologa"⁵⁴.

Tuttavia, anche ad una lettura superficiale di tali pronunce, e delle altre in cui si è consolidato l'indirizzo giurisprudenziale *de quo*, appare chiaro che l'obiettivo dei giudici, specie

⁵¹ Corte di Cassazione, ordinanza n. 30294/17.

⁵² Corte di Cassazione, sentenza 16 marzo 1999, n. 2315, in *Il Foro Italiano*, 1999, I, p. 1834 ss.

⁵³ Tribunale di Napoli, sentenza 24 giugno 1999, in *Giustizia civile*, 1999, n. 9, p. 2507 ss.

⁵⁴ Tribunale di Napoli, sentenza 24 giugno 1999, cit.

in epoca anteriore al varo della legge n. 40/2004, ed alla positivizzazione del divieto di disconoscimento della paternità e di anonimato della madre (art. 9), è sempre stato quello di tutelare adeguatamente il nato in conseguenza del ricorso alle nuove tecnologie riproduttive, garantendogli un'adeguata tutela dei propri diritti, ed anzitutto una relazione parentale giuridicamente rilevante con chi ne aveva voluto (e determinato) la nascita.

Al contrario, nel caso di cui si discute, il figlio non è ancora nato. Anzi, non c'è ancora un figlio, ma un embrione. Tale embrione, peraltro, non è neppure già impiantato in utero. Piuttosto, esso è crioconservato.

E non vi è chi non veda che si tratta di condizioni assolutamente diverse, e che, quindi, in punto di diritto, devono essere trattate in maniera ragionevolmente diversa.

In particolare, se non pare discutibile la piena tutela del nato dalle tecniche di procreazione medicalmente assistita, a mezzo dell'imputazione della paternità a chi abbia acconsentito a tale trattamento ed al divieto di esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità ai suoi danni (ma anche di anonimato della madre) (art. 9, legge n. 40/2004), già con riferimento all'embrione impiantato in utero occorre tener conto del peculiare bilanciamento realizzato dalla Corte a far data dall'ormai storica sentenza n. 27/1975. Operando un delicato e significativo *balancing test*, la Corte, nell'occasione, nel decidere in senso contrario all'aspettativa di vita dell'embrione in utero, precisa che «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare». Sicché, la gravidanza può essere interrotta «quando l'ulteriore gestazione implichi danno, o pericolo, grave, medicalmente accertato nei sensi di cui in motivazione e non altrimenti evitabile, per la salute della madre». Più di recente, quindi, e precisamente nella sentenza n. 151/2009 più volte richiamata, la necessità, qui marcata, di accordare prevalenza ai beni della vita e della salute della madre a fronte dell'aspettativa di venire al mondo dell'embrione già attecchito in utero è stata ribadita dalla Corte anche con riferimento a quello in vitro. Ed infatti, nel bilanciamento, l'aspettativa di nascita di questi, a mezzo del successivo impianto in utero, finisce per risultare regressiva a fronte della necessità di preservare la vita e la salute della madre, che viene quindi messa nelle condizioni di non dover subire, a proprio danno, tale impianto.

Alla luce di ciò, quindi, il problema a cui, nell'ipotesi considerata, l'interprete è chiamato a dare una definizione è quello di stabilire la rilevanza che, nel bilanciamento con le aspettative di nascita dell'embrione in vitro, debba accordarsi ai diritti del *partner* maschile della coppia, a partire da quello alla libertà personale, alla salute psichica e all'autodeterminazione, tenuto conto della sua partecipazione al trattamento di P.M.A., e dei danni che potrebbero essere prodotti su tali suoi diritti dal prosieguo del relativo protocollo, in assenza di un suo perdurante consenso, e nel contesto di una rottura del rapporto di coppia all'interno del quale il progetto filiale aveva originariamente preso forma.

9. Per una riscrittura, in via legislativa, della disciplina del consenso (e la sua revoca) al trattamento di P.M.A. in prospettiva costituzionale: qualche considerazione di sintesi

Più in generale, i molti dubbi di legittimità che sono stati fin qui sollevati con riferimento al disposto dell'art. 6, comma 3, ultimo capoverso, della L. n. 40/2004 dimostrano, anche solo per il profilo in questione, quanto ancora sia lunga la strada da percorrere al fine di rendere il dettato legislativo al meglio rispondente alle sue stesse finalità, indicate, in *incipit*, nella tutela di tutti i soggetti coinvolti nella vicenda procreativa, ivi compreso il concepito⁵⁵.

⁵⁵ Che i dubbi avanzati a proposito del dettato legislativo qui analizzato non siano assolutamente privi di ogni fondamento risulta del resto comprovato da quanto concluso dal Comitato per i diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite il 7 marzo 2019; risultanze, queste, oggi leggibili in un documento a firma degli Avvocati Filomena Fallo, Gianni Baldini, Angioletto Calandrini, e del Prof. Dott. Cesare P.R. Romano, liberamente consultabile sul sito dell'associazione Luca Coscioni.

In tale documento si ricorda che, chiamato infatti a pronunciarsi sulla Comunicazione No. 22/2017, con la quale era stata lamentata la violazione da parte dell'art. 6 della legge n. 40 del 2004 degli Articoli del *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali* 3, 10, 12 e 15 e Articoli del Protocollo Opzionale 3, comma 2, lett. (b), (d) e (e), il Comitato, «decidendo nel merito la suddetta comunicazione, ha concluso che il divieto imposto alla ricorrente di ritirare il consenso al trasferimento dell'embrione nel proprio utero e la limitazione, imposta a entrambi i ricorrenti, al godimento del loro diritto alla salute riproduttiva, costituiscono una violazione dell'articolo 12, nei confronti di entrambi i ricorrenti, e dell'articolo 12 nei confronti [della sola ricorrente di sesso femminile], letto in combinato disposto con l'articolo 3 del Patto». Quindi, deliberando ai sensi dell'articolo 9 (1) del Protocollo Opzionale, sempre il Comitato ha ritenuto che lo Stato-parte «abbia violato l'articolo 12, in combinato disposto con l'articolo 3, e l'articolo 12 del Patto». Infine, sempre il documento richiamato ricorda che, «alla luce delle osservazioni contenute nella comunicazione in esame, il Comitato ha formulato le proprie conclusioni insieme a una serie di raccomandazioni destinate all'Italia:

12.1 Alla luce delle informazioni fornite e delle circostanze della fattispecie in esame, il Comitato ritiene che il divieto imposto alla ricorrente di ritirare il consenso al trasferimento dell'embrione nel proprio utero e la limitazione, imposta a entrambi i ricorrenti, al godimento del loro diritto alla salute riproduttiva, costituiscono una violazione dell'articolo 12, nei confronti di entrambi i ricorrenti, e dell'articolo 12 nei confronti di S. C., letto in combinato disposto con l'articolo 3 del Patto.

12.2 Il Comitato, deliberando ai sensi dell'articolo 9 (1) del Protocollo Opzionale, ritiene che lo Stato-parte abbia violato l'articolo 12, in combinato disposto con l'articolo 3, e l'articolo 12 del Patto. Alla luce delle osservazioni contenute nella comunicazione in esame, il Comitato formula le seguenti raccomandazioni destinate allo Stato-parte.

Raccomandazioni relative ai ricorrenti

13. Lo Stato-parte è obbligato ad offrire ai ricorrenti un rimedio efficace, ivi compreso: (a) creare le condizioni appropriate affinché i ricorrenti abbiano il diritto ad accedere ai trattamenti di fecondazione in vitro, confidando che il loro diritto a ritirare il consenso ai trattamenti medici sia rispettato; (b) assicurare che la ricorrente sia tutelata da qualsiasi intervento medico non desiderato e che il suo diritto a prendere liberamente le decisioni che riguardano il proprio corpo sia rispettato; (c) concedere a S.C. un adeguato risarcimento dei danni fisici, psicologici e morali subiti; (d) rimborsare ai ricorrenti le spese legali ragionevolmente sostenute per la elaborazione della presente comunicazione.

Raccomandazioni generali

14. Il Comitato ritiene che le procedure raccomandate nel contesto di comunicazioni individuali possano includere la garanzia che un caso simile non si ripeta e ricorda che lo Stato-parte ha l'obbligo di impedire simili violazioni in futuro. Il Comitato rileva che lo Stato-parte deve assicurare che la propria legislazione e la sua effettiva applicazione siano coerenti con gli obblighi stabiliti dal Patto. In particolare, lo Stato-parte ha l'obbligo di:

(a) adottare provvedimenti legislativi e/o amministrativi atti a garantire a tutte le donne il diritto a prendere liberamente le decisioni relative agli interventi medici che riguardino il proprio corpo, garantendo in particolare il loro diritto a ritirare il proprio consenso al trasferimento degli embrioni nell'utero;

Tuttavia, di là dalle tante questioni di merito che, in ragione di quanto osservato, ancora oggi necessitano di essere definite nel segno della ragionevolezza e del più giusto bilanciamento degli interessi in gioco, l'opinabile tentativo di recupero, in via giudiziaria, di quella conformità a Costituzione chiaramente mancante nella disciplina ancora vigente in tema, pare anzitutto evidenziare quanto sia oramai urgente ed indifferibile affrontare e risolvere le molte criticità di quello scavalco del potere giudiziario su quello legislativo quanto alla regolamentazione delle più diverse problematiche connesse all'accesso alle tecniche di P.M.A. che, scandendone già da tempo i rapporti secondo un schema suppletivo, oggi ancora pare più che mai attuale.

In questo senso, quindi, ai casi giudiziari che hanno prepotentemente accesso i riflettori su uno dei tanti profili di dubbia legittimità ancora presenti nel testo legislativo in esame deve altresì guardarsi come ad un'occasione di recupero (non più solo retorico) di uno *spatium decidendi* propriamente politico, che, specie in questi ambiti, non può essere né soppresso, né tantomeno occupato da altri organi, a partire da quello giudiziario.

(b) adottare provvedimenti legislativi e/o amministrativi atti a garantire l'accesso a tutti i trattamenti riproduttivi generalmente disponibili e di consentire a tutte le persone di ritirare il proprio consenso al trasferimento degli embrioni per la procreazione, garantendo che tutte le limitazioni all'accesso a questi trattamenti siano conformi ai criteri stabiliti dall'articolo 4».

Ciò posto, il documento che tanto riferisce evidenzia pure che «in conformità con l'articolo 9, comma 2, del Protocollo Opzionale e ai sensi della Rule 18, paragrafo 1, delle Regole di Procedura Provvisorie previste dal Protocollo Opzionale, il Comitato ha chiesto all'Italia di presentare al Comitato, entro il termine di sei mesi, una risposta scritta che contenga informazioni sulle misure adottate in seguito alle osservazioni e alle raccomandazioni del Comitato. Si richiede inoltre allo Stato-parte di pubblicare le osservazioni del Comitato e di diffonderle ampiamente, in un formato accessibile, affinché esse raggiungano tutti i settori della popolazione».

Sul punto, pur dando atto che «alla luce delle raccomandazioni riportate, il Governo Italiano in data 26 settembre 2019, ha presentato al Comitato sui diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite una relazione che ripercorre quanto già conosciuto dal Comitato sulle modifiche relative alla Legge 40 del 2004, avvenute in epoca precedente alle raccomandazioni emesse dal Comitato e per esclusivo intervento della Corte Costituzionale a seguito di attivazione delle giurisdizioni da parte dei destinatari della citata Legge 40/04», il documento in esame rileva però come da tale relazione emerga chiaramente che:

« – nessuna delle raccomandazioni inviate all'Italia ha trovato adempimento; – il governo italiano si è limitato a pubblicare le osservazioni del Comitato senza garantirne diffusione ampia, in un formato accessibile, ma che non raggiunge facilmente tutti i settori della popolazione».

Più nello specifico, dal documento esaminto emerge non soltanto che nessuna di tali raccomandazioni è stata adempiuta, ma che, tra l'altro, il diritto di accesso alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita nel nostro Paese è stato anche ulteriormente limitato poiché con D.P.C.M. del 12 gennaio 2017, che definisce i nuovi LEA, ha introdotto il limite di età per l'accesso alle tecniche di P.M.A. a carico del S.S.N. individuato in 46 anni per la donna, ed ha escluso le tecniche di diagnosi sull'embrione a carico del Servizio Sanitario Nazionale.

Sicché, *in primis*, si è chiesto che il Ministro della Salute rimuova il limite di 46 anni per l'accesso delle donne alle tecniche di P.M.A. in quanto non conforme alle previsioni dall'art. 5 della Legge 40/04 che individua invece come unico limite di accesso la verifica dell'età potenzialmente fertile della coppia, e si integrino i LEA con anche le tecniche diagnostiche sull'embrione a seguito di fecondazione medicalmente assistita.

Nello stesso tempo, però, si è altresì chiesto che, senza indugio alcuno, nell'aggiornamento delle linee guida della Legge 40/2004 ai sensi dell'art. 7, si proceda senza indugio alcuno a modificare l'art. 6, prevedendosi il diritto di revocare il consenso al trasferimento dell'embrione in utero in qualunque momento per fondati motivi.

Per un approfondimento dei limiti della legislazione nazionale in materia e delle richieste che sono state conseguentemente avanzate al fine di rendere l'accesso alle tecniche di P.M.A. non solo maggiormente fruibile, ma rispettoso dei diritti di tutti i soggetti coinvolti, si rimanda alla lettura del testo integrale del documento *de quo* sul sito Associazione-lucacoscioni.it.

Anche perché proprio il ricorso alle aule giudiziarie ha già da tempo palesato, sia pure per altri profili, tutti i propri limiti. Il moltiplicarsi di giudicati tra loro disomogenei, ovvero discordanti, e comunque assolutamente opinabili, ha infatti già da anni spinto qualcuno a parlare non scorrettamente di “lotteria forense”⁵⁶.

Del resto, sia pur in termini completamente diversi, non meno complesso, agli stessi scopi, pare pure il ricorso alla Corte costituzionale. E non solo perché, come evidenziano i casi in commento, la proposizione del giudizio di legittimità resta comunque nella disponibilità del giudice ordinario, il cui protagonismo potrebbe ben spingere questi a preferire un più tortuoso percorso interpretativo in luogo di una certo più utile remissione degli atti alla Consulta. Piuttosto, il costante tentativo di trasferire alla Corte il compito, assai delicato e complesso, di emendare il testo della legge in esame, riscrivendone i contenuti nel segno della ragionevolezza e della costituzionalità, non pare sempre foriero degli esiti sperati. Specie su questioni ad oggi ancora fortemente divisive ed assolutamente controverse, è frequente infatti registrare una certa ritrosia da parte della Corte, che trincerata dietro difetti formali e/o procedurali, e la conseguente adozione di decisioni di rito, quella che in realtà è una chiara volontà di non entrare nel merito delle questioni dedotte alla propria cognizione. Quella della Corte si palesa così come una scelta che, correttamente, può definirsi “politica”. E non solo per i contenuti, ma soprattutto per le finalità. Essa infatti pare chiaramente indirizzare un monito all’organo parlamentare affinché si faccia parte diligente nell’apportare al testo normativo in esame gli opportuni correttivi, ma soprattutto nel procedere a meglio definirne la portata, a mezzo di quelle integrazioni che un sempre più significativo contenzioso giudiziario, e con esso le molte difficoltà quotidianamente affrontate dagli operatori del comparto sanitario nella materiale implementazione delle disposizioni vigenti nella prassi, palesano come sempre più urgenti, oltre che necessarie. E ciò perché, come insegna già da molti anni proprio la giurisprudenza costituzionale, si tratta di questioni, che, infine, per la loro portata, non possono che essere sanate dal legislatore “nell’individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti”⁵⁷.

⁵⁶ Così, A. LISERRE, *L’attesa di una legge nelle questioni bioetiche*, in *Rassegna amministrativa della sanità*, 2001, n. 2, p. 119.

⁵⁷ Corte Costituzionale, sentenza 22-26 settembre 1998, n. 347, in *Consultaonline.it*, punto 4 del *Considerato in diritto*.

La U.S. Supreme Court respinge per la terza volta l'attacco all'Obamacare*

Enzo Balboni**

1. La *U.S. Supreme Court* ha neutralizzato nel giugno scorso, per la terza volta in nove anni, un assalto contro il pezzo più pregiato della legislazione domestica d'impronta democratica: l'*Obamacare Act* approvato per la prima volta dal Congresso nel marzo 2010 che, più sobriamente e realisticamente il Presidente e il Congresso a maggioranza progressista, avevano battezzato *Patient Protection and Affordable Care Act* (in sigla *ACA*).¹ Già nel titolo Obama e i democratici avevano inteso mettere in risalto la "sostenibilità" del progetto, ancora alla ricerca di un consenso trasversale ampio e tuttora ben lontano dai modelli adottati negli Stati occidentali d'Europa e in Canada, dove la tutela della salute è un diritto della persona, non una semplice libertà lasciata all'iniziativa individuale dei singoli. Questa volta, la decisione *California v. Texas No. 19-840* ha coinvolto in modo paradigmatico sui lati opposti dello schieramento politico, la California che difendeva la legge contro il Texas. Ai due Stati si erano aggiunti come *plaintiffs* due privati cittadini. Va subito chiarito che non è stata una decisione presa sul merito della riforma, ma preliminare e procedurale. In effetti, la questione è stata risolta fin da subito quando sei giudici hanno aderito alla proposta del relatore Stephen Breyer di ritenere che coloro che avevano proposto il caso non avessero un sufficiente *locus standi* (legittimazione a ricorrere) perché non avevano saputo dimostrare alla Corte di essere stati colpiti e danneggiati in modo diretto dalle disposizioni impugnate. In buona sostanza, non potevano lamentare una *direct injury* su un loro bene giuridicamente tutelato.

* Contributo referato dalla Direzione della rivista.

** Professore emerito di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università Cattolica del Sacro Cuore.

¹ Per un'ampia ed eccellente ricostruzione dei precedenti dell'ACA e dei suoi contenuti, alla luce della prima delle tre sentenze della Corte Suprema che risale al 2012, si può vedere il saggio di C. BOLOGNA, *Dall'approvazione della riforma sanitaria alla decisione della Corte suprema: la parabola (inconclusa) dell'Obamacare*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (15 ottobre 2012), pp. 28.

Tuttavia, anche se la questione si è risolta sul piano della ammissibilità del ricorso (come, del resto, avviene in modo analogo davanti a tutte le Corti costituzionali del mondo) e in grazia di ciò la legge è sopravvissuta, le implicazioni d'ordine politico dell'accaduto si sono fatte subito sentire, da una parte e dall'altra degli schieramenti che continuano ad essere particolarmente ostili su questa materia.

Chi ha difeso la legittimità della legge attuale – ad es. Xavier Becerra, il californiano ministro della salute e dei servizi umani del Governo federale – ha subito dichiarato che gli americani avrebbero così potuto continuare a godere del diritto di accedere a cure sostenibili, senza discriminazioni. Invece i *top level republicans* nella Camera dei Rappresentanti rilasciavano un'aspra dichiarazione secondo la quale, preso atto delle ragioni processuali ostative, “la sentenza non modificava il fatto che l'Obamacare avesse fallito ad adempiere le sue promesse, mentre continuava a far del male alle famiglie dei lavoratori d'America”. Il tono, come si avverte subito, è risentito e non per caso la questione sanitaria è stata al centro del divisivo scontro per la presidenza nel novembre dello scorso anno. Uguale animosità ed aspri contrasti si sono visti nel corso delle audizioni dei tre candidati a giudici supremi, proposti da Trump ed approvati dalla (allora!) maggioranza repubblicana del Senato, particolarmente nel caso della giudice Amy Conney Barrett. Quest'ultima posizione è interessante perché Barrett, nel caso in esame, ha unito il suo voto a supporto delle argomentazioni di Breyer, insieme a quella di un altro giudice “trumpiano”: Brett Kavanaugh, a Clarence Thomas più il *Chief Justice* John Roberts. A loro si sono aggiunte, ovviamente, le due giudici di provenienza democratica: Sonia Sotomayor ed Elena Kagan, come era da aspettarsi.

E così si raggiunge la larga maggioranza di 7 a 2, con la quale il caso è stato deciso, essendo rimasti dall'altra parte solo Samuel Alito – che ha espresso un'aspra *dissenting opinion* confermando il suo ruolo di falco all'interno dell'attuale maggioranza della Corte – e uno dei giudici conservatori da poco nominati, Neil Gorsuch.

2. Mi sono soffermato a lungo sulle accennate posizioni di schieramento politico perché da ciò viene, in prevalenza, l'interesse per la decisione, soprattutto se vista da uno straniero, e da questo lato dell'Atlantico.

Ho già avuto occasione in passato di occuparmi della materia con un mio commento² alla prima sentenza della SCOTUS che risale al 2012, essendo affiancato da un insigne cattedratico della Columbia University, Mark Barenberg³.

² E. BALBONI, *La sentenza Obamacare vista dalla sponda europea: il brigantino di Tocqueville ha iniziato il lungo viaggio di ritorno verso il vecchio continente dei diritti*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2013, n. 2, pp. 241-253.

³ M. BARENBERG, *L'Obamacare nel prisma delle dottrine costituzionali della Corte Suprema: una lettura critica*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2013, n. 2, pp. 227-240.

Entrambi, in quella occasione, sottolineammo l'importanza della decisione che avallava, dichiarandola costituzionalmente conforme alla Costituzione, una legislazione federale in tema di cure mediche rivolte a larghe categorie di cittadini che ne erano, di fatto, prive o molto carenti, muovendosi in tal modo in senso contrario al *main stream* che percepisce la tutela della salute come una libertà dell'individuo (e della sua famiglia) ed una responsabilità primaria del singolo che deve farvi fronte attraverso una assicurazione privata, acquistata sul libero mercato concorrenziale, a meno che non si trovi nella fascia più povera della nazione e salvo il fatto della copertura assicurativa da parte del datore di lavoro. Sono però sempre decine di milioni gli americani senza tutela.

Una specie di compromesso tra democratici e repubblicani si era resa necessaria per ottenere da parte dei secondi almeno una non belligeranza attiva, dopo che la scelta più dura e dirimente, la c.d. *Public Option* - che avrebbe potuto essere varata sotto la spinta dell'Amministrazione federale, facendo di questa, di fatto, una temibile concorrente delle compagnie private -, era stata lasciata cadere dall'influente senatore Joe Lieberman.

Si era in effetti subitoalzata nel Paese un'accusa di "*socialism*", che nel linguaggio politico nordamericano è sinonimo di comunismo. Così la maggioranza aveva ripiegato sull'*individual public mandate*, che imponeva a tutti i residenti negli USA di avere una copertura minima per le prestazioni essenziali e, per ottenere ciò, incorporava una sanzione per coloro che non si fossero assicurati stipulando una polizza sul libero mercato, per la tutela della loro salute e di quella dei loro familiari.

L'esclusione delle *preexisting conditions*, cioè l'impossibilità delle compagnie di assicurazione di discriminare negativamente (anche solo trascinando nel tempo l'apertura della polizza in ragione di patologie pregresse), e l'allargamento della tutela in ambito familiare ai figli fino al compimento del ventiseiesimo anno d'età furono davvero rilevanti risultati intervenuti con l'approvazione dell'ACA fin dal 2010.

Va sempre ricordato, a sigillare la decisiva politicità della materia nella temperie dei tempi che si stavano vivendo, che il *Chief Justice* Roberts, nel momento in cui diede nel giugno del 2012, anno di elezioni, il suo voto determinante per la valutazione di costituzionalità dell'ACA, apertamente dichiarò che considerava come scelta migliore quella di lasciar decidere la questione all'intero popolo americano, che si sarebbe recato alle urne per le *general elections* pochi mesi dopo. La rielezione di Obama nel novembre 2012 valse come postuma conferma di tutto un percorso, sul piano giuridico, ma soprattutto politico.

3. Nel corso del secondo mandato di Obama (2013-2016) l'Amministrazione democratica si sforzò di allargare l'accesso a *Medicaid* per milioni di americani che erano ancora privi di assicurazione e di ampliare talune clausole restrittive. Ma per far ciò aveva bisogno di un non ostruzionismo in Congresso e della collaborazione degli Stati. È ovvio che, data l'estrema politicità della materia, i repubblicani di Washington mantennero la loro ostilità, mentre quelli che le vennero incontro furono in grandissima prevalenza gli Stati a conduzione democratica. Gli altri rimasero contrari e l'animosità andò crescendo con l'avvicinarsi della conclusione degli otto anni obamiani, anzi si acutizzò nel corso dell'aspra contesa elettorale tra Hillary Clinton (la quale a suo tempo aveva tentato invano, col marito Bill, di

“sfondare” il muro del diniego di una qualche forma di servizio sanitario para-nazionale) e Donald Trump, il quale fin da allora era ostile, promettendo soltanto, ma in modo assolutamente generico, che avrebbe aggiustato i danni e i difetti dell’ACA. Ma, in quattro anni di dominio repubblicano alla Presidenza e nel Congresso (quanto meno al Senato) tra il 2017 e il 2020, i detentori del potere non hanno fatto niente su questo fronte, temendo evidentemente una “frustata di ritorno” che sarebbe probabilmente intervenuta se l’ACA fosse stato abolito.

Va segnalato, peraltro, che nel 2017 il Congresso era intervenuto su una clausola decisiva della legge – quella che stabiliva una penalità (consistente in una multa di entità variabile) per coloro che non avessero acquistato una assicurazione sanitaria – portando addirittura tale penalità a zero. In tal modo, si argomentava, veniva meno il principio legale che aveva sostenuto l’argomento principale del *Chief Justice* Roberts, che, proprio sul fatto di una sostanziale equivalenza al *power to tax*, aveva poggiato il suo voto, decisivo, a favore di una competenza federale (e non statale) nella materia.

Dopo la modifica del 2017, due privati cittadini iniziarono un percorso giudiziario nello Stato del Texas, sostenendo che l’*individual mandate*, non essendo più munito di salvaguardia sanzionatoria, era diventato incostituzionale trascinandolo con sé il resto della legge. Dopo aver ottenuto vittoria nelle Corti inferiori e nella *United States Court of Appeals* per il Quinto Circuito, la questione era approdata alla Corte Suprema.

4. Come si è detto all’inizio il caso è stato deciso in via preliminare (rispetto al merito) dichiarando che sia i due privati cittadini, sia gli Stati del Texas e della California che si erano inseriti nel processo – evidentemente con posizioni contrapposte – non erano riusciti a dimostrare a SCOTUS di esser stati colpiti da quel tipo di *direct injury* che è indispensabile in *common law* per avere accesso alle Corti di giustizia.

Il tessuto dell’argomentazione legale della *opinion* di *Justice* Breyer – divenuta, alla fine, largamente prevalente, come si è visto – ripercorre ed intreccia diversi precedenti a sostegno del suo ragionamento. Ma essendo codesti meramente processuali, molto tecnici ed ovviamente legati alla giurisprudenza nordamericana, non paiono interessanti per il lettore italiano, anzi europeo.

Più calzante sarebbe stato l’argomento della eventuale resezione di una clausola della legge, sempre attinente al punto cruciale dello *individual mandate*, da vedere nel prisma del possibile travolgimento dell’ACA nel suo insieme. Probabilmente, sarà questo il percorso di eventuali ulteriori attacchi ad una normativa che, pur con le sue mancanze e difetti, comincia ad essere percepita, dopo undici anni, come una che è qui per restarvi.

Questo sarà un possibile futuro scenario, connotato peraltro di grande incertezza, dal momento che una eventuale maggioranza repubblicana (senza Trump?) si troverebbe in difficoltà a sottrarre, nuovamente, posizioni giuridiche di protezione che ormai cominciano ad essere percepite come *granted*, perché incamminate sulla via di un diritto da riconoscere ai cittadini, e basta.

Del resto, molti cittadini di media cultura, che si pongano a riflettere sulla materia *sine ira ac studio* e soprattutto coloro che risiedono su quel confine, fanno fatica a darsi ragione

del fatto che nel vicino Canada un servizio sanitario federal-nazionale funziona bene e a costi decisamente inferiori.

Pioniera, su questa strada, era stata la *Great Society* di Lyndon Johnson negli anni '60, che almeno aveva introdotto i programmi federali *Medicare* e *Medicaid*. Proprio questa è, in conclusione, l'ultima riflessione da fare. *Usque tandem* il primo Paese del mondo libero-occidentale potrà continuare a respingere l'idea che il *general welfare* dei suoi cittadini *non* include la tutela della salute come diritto della persona?

Come scrivevo, ottimisticamente, otto anni fa, il Brigantino *Le Havre* che nel 1830 aveva portato Alexis de Tocqueville nel Nuovo Mondo, dove aveva trovato libertà e democrazia, riportandone la buona novella in Europa, con l'*ACA* aveva cominciato finalmente il suo viaggio di ritorno, dopo aver importato il nucleo generativo dell'idea, fatta propria dall'intero Vecchio Continente, che il *general welfare* è monco, misero e non giustificabile senza il diritto alla tutela della salute riconosciuto in via universale, completa e tendenzialmente gratuita.

L'emergenza da COVID-19: da prova di resistenza a occasione di crescita per la magistratura di sorveglianza*

Leonardo Circelli**

L'impatto della pandemia sulla realtà penitenziaria italiana viene spesso associato agli eventi di marzo 2020 con i detenuti di molte carceri che protestavano nei confronti dell'amministrazione rivolgendosi al mondo esterno impauriti per il diffondersi del contagio nel loro mondo e per le conseguenze che questa inedita situazione avrebbe avuto sulla loro vita quotidiana. Il ricordo dell'immagine dei tetti del carcere di S. Vittore il 9 marzo 2020 esprime, icasticamente, il sommovimento trasmesso alla magistratura di sorveglianza tutta, chiamata a calare nel nuovo contesto i propri compiti istituzionali di vigilanza sugli Istituti di pena conformando l'esercizio della giurisdizione alle norme primarie e secondarie dettate in via di urgenza.

È stato, condivisibilmente, posto in luce che il particolare momento storico ha fatto emergere una serie di criticità del sistema penitenziario amplificando, secondo alcuni senza rimedio, i punti deboli del rapporto tra giurisdizione e amministrazione della giustizia sul terreno dell'esecuzione penale. È, al tempo stesso, altrettanto vero che la magistratura di sorveglianza si è vista assegnare un ruolo nevralgico nell'applicazione della normativa emergenziale con la possibilità di cogliere, attuando gli interventi richiestile, una serie di opportunità per migliorare i propri *standard* di efficienza alla ricerca di metodi organizzativi più evoluti da rendere stabili e duraturi.

Per raggiungere gli obiettivi della riduzione del sovraffollamento carcerario ampliando l'accesso all'esecuzione presso il domicilio per le pene non superiori ai 18 mesi; dell'individualizzazione dell'accertamento delle condizioni sanitarie per i detenuti fragili, esposti a rischi maggiori e difficilmente gestibili in caso di contagio da COVID-19; della durata straordinaria dei permessi-premio e delle licenze a detenuti semi-liberi la prima azione

* Contributo referato dalla Direzione della rivista.

** Magistrato di sorveglianza.

dell'Ufficio è stata quella di *tenere il passo* richiesto per attuare gli interventi costituendo nuclei specializzati di polizia penitenziaria ad ausilio dell'azione di magistrati e del personale in raccordo con le direzioni degli Istituti nell'acquisizione di documenti e informazioni. È stata costituita una sorta di filiera per ottimizzare la gestione delle richieste dal ricevimento alla definizione delle stesse, incrociando i dati disponibili per contenere ogni diseconomia temporale assicurando – nonostante il *lockdown* – la quotidiana presenza di almeno due magistrati in ufficio. Si è attuata, di pari passo, la movimentazione mirata dei fascicoli di liberazione anticipata maturi per la decisione in modo da agevolare, in via propedeutica ove possibile, il raggiungimento del limite edittale di accesso alla detenzione domiciliare speciale.

Dal versante dello *jus dicere* la legislazione emergenziale ha, per forza di cose, condizionato la declinazione dei parametri legali di accesso alle misure alternative “classiche” e i presupposti del rinvio dell'esecuzione della pena per motivi di salute. Ciò è avvenuto valorizzando i poteri del magistrato di sorveglianza nella *dosimetria della finalità contenitiva e propulsiva delle misure* in sede di applicazione in via provvisoria ed urgente ai sensi degli artt. 47, comma 4, e 47-ter, comma 1-*quater*, OP. Sotto connesso profilo i maggiori rischi di contagio da COVID-19 e/o il prevedibile accrescimento delle difficoltà di gestione di complicità sanitarie in ambito murario nei confronti di detenuti in *condizioni di vulnerabilità* sono stati gestiti, in chiave parimenti “anticipatoria”, attraverso il potere del magistrato di sorveglianza di ordinare in via provvisoria e urgente il differimento dell'esecuzione della pena per grave infermità fisica, ai sensi dell'art. 684, comma 2, c.p.p.

Il tema della *tutela del diritto alla salute negli Istituti di pena* è cruciale – come dimostrato dall'interesse suscitato nel dibattito dottrinale – per comprendere la delicatezza del compito svolto dalla magistratura di sorveglianza mentre il *virus* si espandeva sul territorio nazionale. Si è imposta la necessità di valutare con sollecitudine e attenzione le condizioni di salute dei detenuti portatori di pregresse patologie osservate – in base alla *Reportistica dell'Istituto Superiore della Sanità periodicamente aggiornata per tipologia di campioni* – con maggior frequenza nei soggetti ammalati o deceduti per complicità da COVID-19 e tali da rendere concreto il rischio di esposizione a contagio con difficoltà di ricorrere ai trattamenti necessari alla gestione di eventuali complicità. Il 15 marzo 2020 l'OMS ha dettato le linee di intervento e le procedure per la prevenzione e il controllo della diffusione del virus nelle carceri quali ambienti fonte di maggiori rischio di contagio. Il 20 marzo 2020 il Comitato per la prevenzione della tortura e dei trattamenti e pene inumani o degradanti del Consiglio d'Europa ha dettato i «*Principi relativi al trattamento delle persone private della libertà personale nell'ambito della pandemia di coronavirus COVID-19*» auspicando in un'ottica preventiva ogni azione per proteggere la salute e la sicurezza delle persone private della libertà, attraverso le misure necessarie e proporzionate allo scopo, tra cui la detenzione extra-muraria giustificata dalle condizioni di particolare fragilità del soggetto in relazione all'esigenza di evitare il contagio. L'applicazione di tali principi è stata armonizzata con l'assunto, da sempre affermato in giurisprudenza, secondo cui ai fini del rinvio obbligatorio o facoltativo della pena *ex artt. 146 e 147, cp*, è doveroso muovere dall'accertamento, attuale e concreto, delle condizioni di salute del detenuto e dalla possi-

bilità di gestione e trattamento dell'infermità da parte del polo sanitario nel circuito penitenziario. In tal modo il nuovo aspetto della fragilità correlata ai maggiori rischi connessi al pericolo di contagio – congiuntamente all'età e al quadro di comorbilità dell'interessato – si è imposto nel giudizio di compatibilità della detenzione muraria con la tutela della salute del detenuto senza abdicare, in caso negativo, al bilanciamento con le esigenze di sicurezza della collettività ai fini della concessione della detenzione domiciliare per grave infermità fisica.

La marcata accelerazione in direzione dell'*innovazione e della digitalizzazione dei servizi* è stato l'aspetto della legislazione d'urgenza destinato, più di ogni altro, a lasciare un segno sulla futura organizzazione della giurisdizione. In particolare, il plesso normativo delle *Nuove misure urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia civile, penale, tributaria e militare* di cui all'art. 83, commi 3, 12, 12-bis e 12-quinquies, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, modificato dall'art. 3, del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28, convertito dalla legge 25 giugno 2020, n. 70, ha collocato le attività degli Uffici di sorveglianza tra quelle necessarie e indifferibili per i procedimenti riguardanti misure di sicurezza detentive (REMS, Casa di cura e custodia e Casa di lavoro) sia nel caso di misura già applicata sia quando penda richiesta di applicazione della stessa; per le persone detenute quando esse o i loro difensori espressamente richiedono che si proceda; per la sospensione cautelativa e revoca delle misure alternative ai sensi dell'art. 51-ter, OP; per gli internati sottoposti a misure di sicurezza personali non detentive (espulsione, libertà vigilata) quando i condannati o i difensori espressamente richiedano che si proceda; per il riesame a termine delle misure di sicurezza non detentive; per condannati ammessi al differimento provvisorio dell'esecuzione della pena ai sensi degli artt. 146, 147, cp e 47-ter, commi 1-ter, e 1-quater, OP.

In tale cornice anche nell'Ufficio capitolino si sono definite – su impulso della dirigenza – le soluzioni organizzative per attuare la normativa primaria e secondaria di contenimento degli effetti negativi dell'emergenza epidemiologica sullo svolgimento dell'attività giudiziaria, tra le quali va ad iscriversi la *partecipazione alle udienze mediante videoconferenze o con collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia*. È nato il Protocollo ispirato alle Linee guida del CSM del 27.3.20 e condiviso con l'Avvocatura per la disciplina della celebrazione delle udienze *in camera di consiglio c.d. partecipata* attraverso l'apposita piattaforma (*Teams*) previa calendarizzazione per fasce orarie dei collegamenti con i difensori e gli Istituti di pena (REMS e strutture terapeutiche per i soggetti internati), coinvolgendo magistrati e personale in una formula operativa che, dopo le iniziali difficoltà dovute all'impatto culturale della scelta e alla carenza di risorse, è durata fino all'estate del 2021 (cfr., da ultimo l'art. 7, del decreto-legge 23 luglio 2021, n. 105 che non ha prorogato l'art. 23, comma 5, del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, in materia di udienze a distanza). Di pari passo si è proceduto con misure *ad hoc* a incentivare la digitalizzazione delle attività amministrative complementari autorizzando, per via telematica all'indirizzo PEC, la trasmissione e/o il

deposito delle istanze e di ogni altro atto diverso da impugnazioni, opposizioni, reclami ed appelli, lungo la scia dell'innovazione prevista dai commi 13, 14 e 15, del citato art. 83, del decreto-legge n. 18/20, che ha esteso il ricorso al *Sistema di notificazioni e comunicazioni telematiche* e, per gli imputati e le altre parti, l'invio all'indirizzo di posta certificata del difensore di fiducia.

Al di là del frangente storico, come si è anticipato, le *disposizioni in materia di detenzione domiciliare* di cui all'art. 123, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, prorogato dall'art. 30, del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, e, da ultimo, dall'art. 6, del decreto-legge 23 luglio 2021, n. 105, fino al 31.12.21, sono stata l'occasione propizia per ampliare le prospettive di riflessione sull'*esecuzione penale fuori dal carcere* rilanciando una serie di progettualità e riattivando percorsi di modernizzazione e revisione delle buone prassi.

In particolare, nei rapporti con il Provveditorato regionale dell'amministrazione penitenziaria e con l'Ufficio dell'esecuzione penale esterna il tribunale di sorveglianza di Roma ha curato un Protocollo di Intesa che, in sostituzione del precedente del 2019, ha inteso migliorare i modelli di interazione, l'efficienza della comunicazione, il dialogo cooperativo, il monitoraggio e il raccordo costruttivo tra le attività neuralgiche ai fini dell'accesso alle misure alternative e ai benefici penitenziari dalla gestione delle istanze (anche con riguardo ai soggetti in stato di libertà) all'osservazione scientifica della personalità, dalla redazione dell'indagine socio-familiare allo snellimento della fase dell'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali.

Attraverso programmi individualizzati predisposti da ciascun magistrato dell'Ufficio romano è stata impressa un'opportuna accelerazione alla definizione dei *procedimenti semplificati di accesso alle misure alternative per le pene non superiori a un anno e sei mesi*, ai sensi dell'art. 678, comma 1-ter, cpp, inserito dal decreto legislativo 2 ottobre 2018, n. 123 (*Riforma dell'ordinamento penitenziario, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere a), d), i), l), m), o), r), t) e u), della legge 23 giugno 2017, n. 103*).

Il tribunale di sorveglianza di Roma si è infine adoperato, in chiave pro-attiva, entrando a far parte della cabina di regia del *Progetto della Direzione generale della regione Lazio cofinanziato dalla Cassa delle Ammende per l'anno 2021 in tema di residenzialità e inclusione sociale per i soggetti detenuti e liberi in sospensione* offrendo a tutti i magistrati uno strumento valutativo e un'occasione di *feedback* al fine di garantire il buon esito dei provvedimenti di accesso alle misure alternative.

Pandemia e carcere. Una breve analisi*

Alessandro Torri**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le scelte normative. – 2.1. Quanto alle vicende dei permessi premio. – 2.2. Quanto alle prescrizioni “speciali” in tema di detenzione domiciliare. – 2.3. Quanto alle misure cautelari. – 3. Gli obblighi internazionali. – 4. Riflessioni conclusive.

1. Premessa

È ormai noto che nel dicembre 2019, nella provincia cinese di Wuhan, sia iniziata la diffusione del coronavirus identificato quale SARS-CoV-2¹. L'Organizzazione Mondiale della Sanità ha dichiarato l'emergenza internazionale per la salute pubblica il successivo 30 gennaio 2020 e il Governo italiano ha recepito tale indicazione tramite dichiarazione di stato di emergenza sanitaria il giorno successivo, pronunciata dal Consiglio dei Ministri e pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 31 gennaio 2020².

Da tale intervento è trascorso circa un mese prima che il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria (DAP) assumesse le prime determinazioni finalizzate a contrastare la diffusione del COVID-19 all'interno degli ambienti carcerari. Tali indicazioni – peraltro –

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Avvocato nel foro di Genova, dottore di ricerca in diritto e procedura penale, alessandrotorri@lambertistudio.it.

¹ Cfr. *WHO-convened Global Study of Origins of SARS-CoV-2: China Part, Joint WHO-China Study 14 January-10 February 2021*, p. 7. Reperibile tramite il sito internet dell'Organizzazione Mondiale per la Sanità tramite <https://www.who.int/publications/i/item/who-convened-global-study-of-origins-of-sars-cov-2-china-part>.

² Cfr. Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, 1° febbraio 2020, n. 26, pp. 11-12, con la quale si rilevava la «necessità di realizzare una compiuta azione di previsione e prevenzione, [che] impone l'assunzione immediata di iniziative di carattere straordinario ed urgente, per fronteggiare adeguatamente possibili situazioni di pregiudizio per la collettività presente sul territorio nazionale», ragione per la quale si riteneva: «necessario provvedere tempestivamente a porre in essere tutte le iniziative di carattere straordinario sia sul territorio nazionale che internazionale, finalizzate a fronteggiare la grave situazione internazionale determinatasi». *Ex post* lascia basiti, rispetto all'impatto economico che la pandemia ha avuto, l'importo inizialmente stanziato per fronteggiarla: «per l'attuazione dei primi interventi, nelle more della valutazione dell'effettivo impatto dell'evento in rassegna, si provvede nel limite di euro 5.000.000,00 a valere sul Fondo per le emergenze nazionali di cui all'articolo 44, comma 1, del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1».

non inerivano l'intero territorio nazionale, bensì la sola area geografica ove l'infezione si è sviluppata prima (il riferimento è all'astensione dal lavoro per i dipendenti provenienti da determinati comuni lombardi e la sospensione delle traduzioni che abbiano come luogo di partenza o destinazione i Provveditorati di Torino, Milano, Padova, Bologna e Firenze) e disponevano l'istituzione di una specifica unità di crisi³.

Disposizioni più concrete giungevano solo alcuni giorni dopo, con la Circolare del 25 febbraio 2020, la quale aveva efficacia sull'intero territorio nazionale e introduceva anche in ambito carcerario le indicazioni inerenti l'isolamento degli individui sintomatici, dei casi sospetti e il contenimento dell'ulteriore diffusione del virus, enunciando tutte quelle disposizioni definitive dei sintomi e norme comportamentali per le conseguenti condotte che, purtroppo, nel giro di breve tempo, divennero un *mantra* che iniziò a regolare pressoché ogni contesto delle nostre vite.

Le prime critiche a tali note giungevano dal Garante nazionale dei detenuti, il quale osservava come le previsioni del DAP, da un lato, fossero state oggetto di applicazione disomogenea che aveva determinato ingiustificate disparità di trattamento⁴; dall'altro lato, come le stesse omettessero di fornire indicazioni riguardo alle modalità di sanificazione degli ambienti né di altre misure igienico-sanitarie volte a contrastare il diffondersi della malattia⁵. Sotto tale ultimo aspetto si aggiunga che, invece, le istituzioni internazionali, dopo pochi giorni dalle citate note del DAP⁶, entravano espressamente nel merito delle contromisure concrete da assumere per limitare la diffusione del contagio in ambito carcerario⁷. L'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani ammoniva riguardo ai particolari rischi

³ Cfr. Circolare D.A.P. 22 febbraio 2020: «Raccomandazioni organizzative per la prevenzione del contagio del coronavirus», <https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/resources/cms/documents/1bac21052b29c5a5daa8525f9e18499b.pdf>, nonché S. TALINI, *I giorni dell'emergenza sanitaria*, in *Il carcere alla prova dell'emergenza sanitaria*, a cura di M. RUOTOLO e S. TALINI, Napoli, Jovene, 2020, pp. 8-9.

⁴ S. TALINI, *I giorni dell'emergenza sanitaria*, cit., p. 42.

⁵ Cfr. Nota del Garante nazionale e del portavoce della conferenza dei garanti territoriali sui provvedimenti assunti sulla prevenzione del covid-19 negli istituti detentivi per adulti e minori reperibile sul sito del Garante stesso all'indirizzo <https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/resources/cms/documents/15f03de99f77d523f00dd50d65883475.pdf>.

Appare opportuno segnalare che la particolare delicatezza, se non vulnerabilità, del sistema carcerario rispetto alle malattie contagiose. Proprio in occasione del COVID-19 taluni studi davano atto di come già le influenze del secolo scorso avessero mietuto vittime nella popolazione carceraria. In particolare, cfr. S. A. KINNER, J. T. YOUNG, K. SNOW, L. SOUTHALAN, D. LOPEZ-ACUÑA, C. FERREIRA-BORGES, É O'MOORE, *Prisons and custodial settings are part of a comprehensive response to COVID-19*, in *The Lancet*, 2020, p. 5, pp. 188-189; L.L. STANLEY, *Influenza at San Quentin Prison, California* in *Public Health Rep.*, 1919, 34, pp. 996-1008.

⁶ Invero vi è una nota DAP, quella del 26 febbraio 2020, che indica prescrizioni, se non sanitarie, quantomeno igieniche, e – fra queste – si legge «usare la mascherina solo se si sospetta di essere malato o si assistono persone malate» (cfr. F. BASENTINI, *Indicazioni per la prevenzione della diffusione del contagio da Coronavirus (COVID-19) presso le sedi del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria*, in <https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it>).

⁷ P. BUFFA, *Quando l'emergenza si concretizza in carcere. Il caso Lombardo*, in *Il carcere alla prova dell'emergenza sanitaria*, a cura di M. RUOTOLO e S. TALINI, Napoli, Jovene, 2020, pp. 95-96 osserva come l'esperienza vissuta con il virus H1N1 nel 2009 non fosse servita poiché non ne era rimasta adeguata memoria istituzionale siccome le procedure adottate in occasione di tale pandemia non erano state formalizzate e la relativa esperienza è pressoché andata perduta; negli stessi termini l'Autore anche in *Carcere e pandemia. Tra la ricerca delle responsabilità e l'urgente necessità di apprendere*, in *Diritto Penale e Uomo*, 1° luglio 2020, pp. 4-5.

corsi da chi si trovi in istituti pubblici, ontologicamente più permeabili alla diffusione di infezioni⁸; l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) che prevedeva – al contrario delle citate note del DAP – precisi protocolli di igienizzazione, specifici per gli ambienti carcerari e le problematiche materiali correlate agli stessi (per tutte la possibilità di utilizzare composti diversi dalla candeggina nel caso in cui questa non potesse essere ammessa nel carcere per motivi di sicurezza)⁹. Più recentemente, l'aggiornamento dell'identico documento dell'OMS, pur dando atto della circostanza che le proporzioni pandemiche dell'infezione sono state tali da sconvolgere i piani di prevenzione sanitaria predisposti (o forse, più concretamente, che avrebbero dovuto predisposti) ha ribadito l'importanza di tutelare la condizione dei detenuti anche (*recte*, soprattutto) in tali delicati frangenti, precisando che le istituzioni nazionali devono garantire la tutela dei loro diritti umani, far sì che non siano esclusi dal resto della società e possano disporre di cure mediche e informazioni adeguatamente¹⁰.

A ben vedere il carcere non è un ambiente chiuso e impermeabile alla società esterna come di primo acchito si potrebbe immaginare: quotidianamente, infatti, il personale di polizia penitenziaria, così come gli altri dipendenti, fanno la spola fra il carcere e il “mondo esterno”, al pari di magistrati, avvocati, insegnanti, altri educatori e assistenti sociali che, nell'esercizio delle rispettive funzioni, entrano ed escono sovente dal carcere o – peggio – interagiscono con più penitenziari differenti¹¹. Così come taluni dei condannati possono trovarsi a entrare e uscire dall'istituto, per partecipazione a udienze, attività risocializzanti, godere di permessi premio o in applicazione della semilibertà.

Rilievi analoghi a quelli sollevati del Garante venivano mossi dalla Dottrina che interveniva sull'argomento, collocando tali problemi e carenze nell'ambito dell'ormai sistemico sovraffollamento carcerario¹².

Allo stesso giorno in cui il Consiglio dei Ministri dichiarava l'emergenza sanitaria, infatti, vi erano circa 10.000 detenuti in eccesso rispetto alla capienza regolamentare degli istituti

⁸ High Commissioner updates the Human Rights Council on human rights concerns, and progress, across the world, Human Rights Council 43rd Session, Item 2, Geneva, 27 February 2020 <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/NewsDetail.aspx?NewsID=25621&LangID=E> R. DE VITO, *La gestione dell'emergenza Sanitaria. Il punto di vista del magistrato*, in *Il carcere alla prova dell'emergenza sanitaria*, a cura di M. RUOTOLO e S. TALINI, Napoli, Jovene, 2020, p. 112 e A. MORRONE, *La gestione dell'emergenza sanitaria. Il punto di vista del medico*, in *Il carcere alla prova dell'emergenza sanitaria*, a cura di M. RUOTOLO e S. TALINI, Napoli, Jovene, 2020, p. 121.

⁹ World Health Organization, Europe, *Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention*, 15th March 2020, pp. 19-21, reperibile tramite <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/336525/WHO-EURO-2020-1405-41155-55954-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹⁰ World Health Organization, Europe, *Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention*, 8th February 2021, 5, reperibile tramite <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/339830/WHO-EURO-2021-1405-41155-57257-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹¹ R. DE VITO, *La gestione dell'emergenza Sanitaria*, cit., pp. 112-113.

¹² G. DARAIO, *Emergenza epidemiologica da Covid-19 e sistema penitenziario*, in *Dir. pen. e proc.*, 2020, 7, pp. 933-935; G.L. GATTA, *Considerazioni a margine delle (e oltre le) rivolte*, in *Sistema penale*, 12 marzo 2020, F. MAISTO, *Il carcere: come non si è governata l'emergenza infezione*, in *Giustizia insieme*, 26 giugno 2020.

carcerari, come reso noto dall'ufficio statistiche del Ministero di Giustizia. Dei 60.971 detenuti del tempo, 18.872 erano non definitivi (cioè in attesa di giudizio o con sentenza non definitiva), mentre 1.238 erano ammessi alla semilibertà¹³.

In buona sostanza ci si trovava, subito prima del propalarsi della malattia, in una situazione già di per sé "patologica", anche solo avendo riguardo alle numerose condanne subite dall'Italia davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo a causa della *mala gestio* del sovraffollamento carcerario¹⁴.

La commistione di incertezze (proprie tanto del mondo carcerario quanto dell'intera società civile, posta di fronte a un virus ignoto, contagioso e – quantomeno alla prima ora – letale), sovraffollamento e pericolo per la salute e per la vita, ha determinato numerose rivolte carcerarie¹⁵, alcune delle quali – quantomeno secondo le notizie di cronaca – sedate con sproporzionata e ingiustificata violenza¹⁶.

2. Le scelte normative

Il presente scritto non si prefigge lo scopo di esaminare analiticamente tutte le disposizioni introdotte dal legislatore nel periodo dell'emergenza sanitaria in materia di privazione della libertà personale, sia perché tale approfondimento è già stato svolto, con maggiori

¹³ Cfr. DIPARTIMENTO DELL'AMMINISTRAZIONE PENITENZIARIA – Ufficio del Capo del Dipartimento – Sezione Statistica, *Detenuti presenti – aggiornamento al 31 gennaio 2020*, reperibile tramite https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?contentId=SST245309&previousPage=mg_1_14.

¹⁴ G. DARAIO, *Emergenza epidemiologica*, cit., p. 934, con particolare riferimento alla nota n. 4.

¹⁵ D. ALIPRANDI, *Modena. Pestaggi, mancato soccorso e morte: la denuncia di 5 detenuti sulla rivolta*, in *Il Dubbio*, 15 dicembre 2020; F. MAISTO, *Il carcere: come non si è governata l'emergenza infezione*, cit.; per completezza si ritiene di riportare anche l'opinione di altri commentatori che ritenevano le rivolte eterodirette e volte a modificare gli assetti di potere criminale all'interno delle carceri (Così G. GALULLO, *Rivolta e morti nelle carceri, i veri motivi e l'attenta regia*, in *Il Sole 24 ore*, 9 marzo 2020). P. BUFFA, *Quando l'emergenza si concretizza in carcere*, cit., p. 97, ha affermato che «la rivolta di San Vittore è iniziata esattamente subito dopo un incontro tra i detenuti e il direttore organizzato esattamente al fine di dare tutte le informazioni necessarie»; R. DE VITO, *La gestione dell'emergenza Sanitaria*, cit., p. 109, con riferimento ad altra struttura detentiva, ha rilevato, invece, che «è bene sapere che nel carcere di Modena l'8 marzo 2020 i detenuti entravano in rivolta non soltanto in conseguenza del "taglio dei colloqui" con i familiari (e della mancata comunicazione delle soluzioni telematiche alternative), ma anche in ragione del primo caso di positività accertato tra la popolazione detenuta». Non disponendo di elementi si ritiene che, se anche vi sono state altre ragioni di rivolta, la *mala gestio* sanitaria ne ha costituito concausa o, quantomeno, facile occasione.

¹⁶ Il riferimento è, in primo luogo, alla relazione resa in Parlamento dalla Ministra Cartabia, la quale ha riferito di una perquisizione di massa disposta – illegittimamente – con ordine orale «emanato a scopo dimostrativo, preventivo e satisfattivo, finalizzato a recuperare il controllo del carcere e appagare presunte aspettative del personale di polizia penitenziaria», occasione per perpetrare le violenze a seguito delle quali è sorta un'indagine per «delitti di concorso in torture pluriaggravate, maltrattamenti pluriaggravati, lesioni personali pluriaggravate, falso in atto pubblico aggravato, calunnia, favoreggiamento, frode processuale, depistaggio [...] pluriaggravati dalla minorata difesa, dall'aver agito per motivi abietti o futili, con crudeltà, con abuso di poteri, violazione di doveri inerenti alla funzione pubblica, con l'uso delle armi e dall'aver concorso nei delitti un numero superiore a cinque unità» come si apprende dalla trascrizione stenotipica della sessione della Camera dei Deputati del 21 luglio 2020, reperibile tramite <https://documenti.camera.it/leg18/resoconti/assemblea/html/sed0544/stenografico.pdf>.

competenze, in altri contributi¹⁷, sia perché la natura temporanea (quantomeno secondo l'originale *voluntas legis*) delle stesse ne rende meno utile una completa rassegna che non sia tempestiva. L'intento è soltanto di evidenziare come talune scelte normative siano state incongrue e come altre abbiano compromesso l'efficacia della dichiarata *ratio* delle contingenti riforme.

2.1. Quanto alle vicende dei permessi premio e delle licenze premio

Il primo intervento normativo sui permessi premio si colloca nel D.L. 8 marzo 2020, n. 11 «misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria». L'art. 1 prevedeva la sospensione dei termini e i rinvii d'ufficio delle udienze; l'art. 2, *inter alia*, prescriveva la celebrazione delle udienze in camera di consiglio anche oltre alle ipotesi previsti dall'ordinamento; sospensione dei termini di prescrizione, decadenza e di fase delle misure cautelari; autorizzazione ai depositi telematici.

Per quanto qui rileva, invece, il Decreto Legge in esame prevedeva – all'art. 2 co. IX – la “facoltà” per la magistratura di sorveglianza di «sospendere, nel periodo compreso tra la data di entrata in vigore del presente decreto ed il 31 maggio 2020, la concessione dei permessi premio di cui all'articolo 30-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354, del regime di semilibertà ai sensi dell'articolo 48 della medesima legge e del decreto legislativo 2 ottobre 2018, n. 121». Detta disposizione andava letta in combinato disposto con la previsione dell'art. 2 lett. u) D.P.C.M. 8 marzo 2020, che si concludeva con la “raccomandazione” «di limitare i permessi e la libertà vigilata o di modificare i relativi regimi in modo da evitare l'uscita e il rientro dalle carceri, valutando la possibilità di misure alternative di detenzione domiciliare».

Si sorvola in questa sede sulla scelta di inserire in una fonte, pur non primaria ma pur sempre precettiva, contenuti di *soft law*, cioè un invito. Si sottolinea, però, che ulteriore elemento di perplessità è determinato dalla circostanza che tale indicazione non precettiva non è rivolta alla pluralità dei consociati (come, ad esempio, le raccomandazioni di non uscire se non indispensabile e di lavarsi le mani), bensì a una categoria di persone specifica (i magistrati di sorveglianza) che già dispone di precise competenze in materia. La circostanza, poi, che un potere dello stato (esecutivo) rivolga una raccomandazione a un

¹⁷ Fra i molti si ricordano G.M. PAVARIN, *Coronavirus e carcere*, in *Giustizia insieme*, 12 marzo 2020; V. MANCA, *Covid-19 e carceri: un'emergenza al quadrato, umana e sanitaria*, in *Il Penalista*, 16 marzo 2020; G. GIOSTRA, *L'emergenza carceraria non è un incendio al di là del fiume*, in *Diritto di difesa*, 28 marzo 2020; E. DOLGINI, G.L. GATTA, *Carcere, coronavirus, decreto “cura Italia”: a mali estremi, timidi rimedi*, in *Sistema penale*, 20 marzo 2020; M. PERALDO, *Licenze, permessi e detenzione domiciliare “straordinari”; il decreto “ristori” (D.L. 28 ottobre 2020, n. 137) e le misure eccezionali in materia di esecuzione penitenziaria*, in *Sistema penale*, 16 novembre 2020.

altro potere dello stato (giudiziario) stride con il principio democratico della separazione dei poteri¹⁸.

Quel che più si desidera evidenziare, però, è che, trascorsi pochi giorni, il Governo mutò decisamente indirizzo, decidendo che i permessi non erano un elemento negativo, bensì uno strumento da utilizzare – anche oltre ai limiti previsti dall’Ordinamento penitenziario. *Revirement* certamente apprezzabile, sia al fine di evitare il pericolosissimo meccanismo di entrate e uscite da e verso il carcere¹⁹, che per liberare – seppur temporaneamente – posti letto, utilissimi per istituire punti di quarantena per i nuovi ingressi o per isolare i detenuti positivi o potenzialmente infetti²⁰.

Le ulteriori modifiche alla disciplina introdotte dal “Decreto ristori” (D.L. 28 ottobre 2020, n. 137) appaiono di poco rilievo. L’art. 28 D.L. cit. sostituisce la locuzione «sono concesse licenze» (che era prevista dall’art. 124 L. 24 aprile 2020, n. 17) con quella «possono essere concesse licenze», ma essendo rimasta invariata la clausola finale, che fa salvi i casi in cui il magistrato di sorveglianza «ravvisi gravi motivi ostativi alla concessione della misura» la variazione pare essere più una sfumatura linguistica che una modifica del contenuto pre-cettivo della norma²¹.

Altrettanto i permessi premio, per i quali il Decreto ristori prevede una peculiare disciplina (art. 29 D.L. 137/2020) che permette la concessione degli stessi oltre ai limiti ordinari, così come per le licenze ai semi-liberi. La peculiarità, però, è che possono fruire di tale peculiare disciplina soltanto i detenuti «cui siano stati già concessi i permessi di cui all’articolo 30-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354 e che siano stati già assegnati al lavoro all’esterno ai sensi dell’articolo 21 della legge 26 luglio 1975, n. 354 o ammessi all’istruzione o alla formazione professionale all’esterno ai sensi dell’articolo 18 del decreto legislativo 2 ottobre 2018, n. 121». Restrizione, da un lato, comprensibilmente volta a concedere il beneficio a chi abbia già dato buona prova di sé nelle condizioni più simili alla libertà; dall’altro lato, tale da “tarpare le ali” dell’istituto che, in questo specifico contesto, non ha natura premiale bensì di tutela igienico-sanitaria.

¹⁸ G.M. PAVARIN, *Coronavirus e carcere*, cit., per il quale: «il Governo non può di certo “raccomandare” nulla alla giurisdizione».

¹⁹ In tal senso C.S.M., *Parere sul Disegno di Legge n. 1766 Atto Senato di conversione in legge del Decreto legge 17 marzo 2020 n. 18 recante “Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all’emergenza epidemiologica da COVID-19”*, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 70 del 17 marzo 2020, delibera 26 marzo 2020, 18; del medesimo avviso G. DARAI, *Emergenza epidemiologica*, cit., 942.

²⁰ M. BORTOLATO, *COVID-19 e carcere, tra tutela del diritto alla salute ed esigenze di prevenzione*, Relazione tenuta presso la Scuola superiore della magistratura, 11 gennaio 2020, ove si osserva che le licenze straordinarie ai detenuti in semilibertà hanno liberato da subito circa 600 posti letto nella totalità degli istituti, destinati per lo più agli isolamenti sanitari preventivi; dello stesso avviso E. DOLCINI, *Carcere e covid-19: una cronistoria dal decreto “cura Italia” al “decreto ristori”*, in *Riv. It. Dir. pen. proc.*, 2021, 1, 14.

²¹ E. DOLCINI, *Carcere e covid-19: una cronistoria dal decreto “cura Italia” al “decreto ristori”*, cit., 25; M. PERALDO, *Licenze, permessi e detenzione domiciliare “straordinari”; il decreto “ristori” (D.L. 28 ottobre 2020, n. 137) e le misure eccezionali in materia di esecuzione penitenziaria*, cit., 4.

Non basta, poiché la formulazione letterale della disposizione – come già rilevato da altri Autori – è particolarmente infelice: l’interpretazione letterale della stessa, infatti, impone la concorrente presenza di due requisiti: (i) aver già fruito di permessi premio; (ii) svolgere lavoro esterno o, in alternativa a questo, essere ammessi a formazione scolastica o professionale esterna. Emerge, però, che i detenuti che possano contare sui due presupposti in maniera congiunta siano pochissimi, numeri così esigui da rendere tendenzialmente la norma priva di ogni efficacia. Vi è chi ha proposto²², dunque, un’interpretazione sistematica prevedendo i requisiti tutti come alternativi e, quindi: (i) aver già fruito di permessi; oppure (ii) svolgere lavoro esterno; oppure (iii) essere stato ammesso alla formazione *extra moenia*. Tale *escamotage* appare certamente di buon senso e preferibile rispetto alla lettura che priva di effetto utile la norma in parola, tuttavia, la circostanza che il legislatore abbia scelto la congiunzione “e” fra le prime due ipotesi e la “o” subito dopo indurrebbe a escludere che tale lettura combaci con la (certamente confusa) *voluntas legis*²³.

2.2. Quanto alle prescrizioni “speciali” in tema di esecuzione delle pene detentive brevi presso il domicilio

Già per contrastare il sovraffollamento carcerario che, nel decennio passato, ci costò numerose condanne davanti alla Corte di Strasburgo e lo stato di “sorvegliati speciali” del Consiglio d’Europa sino all’8 marzo 2016²⁴, il legislatore del 2010 aveva introdotto l’ipotesi di detenzione domiciliare tramite la L. 26 novembre 2010, n. 199 (c.d. “Svuotacarceri”)²⁵, con un provvedimento che (*more italico*) nato come temporaneo e urgente, è divenuto ordinario²⁶.

Fin dalla prima ora del pericolo per la salute cagionato dalla diffusione del coronavirus, si è fatto ricorso a tale strumento, per i detenuti con pena complessiva o residua inferiore ai diciotto mesi che non fossero stati condannati per delitti *ex art. 4-bis* O.P., né presentassero pericolo di fuga o recidiva.

Lo strumento, dunque, esisteva già e aveva anche dato prova di buona efficienza, nonostante sia indispensabile che il detenuto disponga (ovviamente) di un domicilio ove scontare la pena²⁷ e sarebbero – forse – bastati pochi e modesti interventi per adattare la

²² M. PERALDO, *Licenze, permessi e detenzione domiciliare “straordinari”; il decreto “ristori” (D.L. 28 ottobre 2020, n. 137) e le misure eccezionali in materia di esecuzione penitenziaria*, cit., 6.

²³ F. GIANFILIPPI, *Il contrasto all’emergenza epidemiologica in carcere nel D.L. “Ristori”*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 7, p. 193; S. TALINI, *I giorni dell’emergenza sanitaria*, cit., p. 38.

²⁴ A tale riguardo E. DOLCINI, *Carcere e covid-19: una cronistoria dal decreto “cura Italia” al “decreto ristori”*, cit. 6.

²⁵ Quanto all’istituto originario si rinvia a S. Turchetti, *Legge svuotacarceri e esecuzione della pena presso il domicilio: ancora una variazione sul tema della detenzione domiciliare?*, in *Dir. pen. cont.*, 14 dicembre 2010; F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, VI ed., 2019, p. 321 e ss.; M. PELLISSERO, *La detenzione domiciliare: i vantaggi in chiave deflattiva e il problema dell’offerta trattamentale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2016, 2, p. 559 ss. (il quale evidenzia la finalità di contrasto del sovraffollamento carcerario).

²⁶ E. DOLCINI, *Carcere e covid-19: una cronistoria dal decreto “cura Italia” al “decreto ristori”*, cit., p. 10.

²⁷ *Ibi*, p. 11, ove l’Autore ricorda che nel decennio 2010-2019 l’istituto ha permesso l’uscita dalle carceri di 26.849 detenuti.

misura alle contingenti esigenze di igiene e salute. Il legislatore, introducendo una nuova disciplina speciale e “nuovamente temporanea” con l’art. 123 D.L. 17 marzo 2020, n. 123 (cd. “cura Italia”), ha eliso il requisito consistente nella relazione sulla condotta del detenuto da parte della direzione carceraria, intervento effettivamente positivo per evitare tempi morti e accelerare la scarcerazione. Per fruire di questa semplificazione, però, il detenuto deve chiedere l’applicazione della disciplina *ex* “cura Italia” e, quindi, sottostare ai diversi requisiti introdotti dal legislatore.

Quanto ai requisiti e alle eccezioni, brevemente, si evidenzia che la valutazione circa l’assenza di pericolo di fuga e recidiva scompare formalmente, ma la generica previsione (all’art. 123 co. II D.L. cit.) di «gravi motivi ostativi alla concessione della misura» pare far rientrare dalla finestra quanto appena uscito dalla porta²⁸, anzi, anche con una genericità che appare criticabile, a maggior ragione in considerazione della *ratio* dell’introduzione di questa ennesima procedura speciale²⁹. Altrettanto criticabile (*recte* già criticata³⁰) la scelta del legislatore di prevedere una preclusione assoluta di accesso al beneficio *de quo* per i condannati per delitti di cui agli artt. 572 e 612-*bis* c.p., riedizione delle preclusioni introdotte dal cd. Codice Rosso, prive di ogni congruenza con la *ratio* emergenziale della procedura *ad hoc*. Non si comprende, infatti, perché la preclusione debba essere assoluta quando, ad esempio, il detenuto possa disporre di un domicilio diverso da quello della persona offesa, magari a rilevante distanza (si ricorda che la detenzione domiciliare può essere scontata anche in luoghi pubblici, case di cura, centri di recupero e non necessariamente in un’abitazione privata), tanto – a maggior ragione – considerato che la disciplina originaria della L. 199/2010 prevede una valutazione di tutela della persona offesa molto più duttile e che permette benissimo di escludere dal beneficio il condannato che chieda di scontare la pena residua al domicilio della persona offesa, ma anche di concederlo ove non vi siano pericoli specifici.

Insomma, una vera e propria linea Maginot, tanto inespugnabile quanto risibilmente facile da aggirare: è stato ritenuto, infatti, che la disciplina ordinaria resta pur sempre applicabile, dunque, i condannati per tali titoli di reato potranno avvalersi di questa anziché di quella speciale di fresca introduzione³¹. La scelta di utilizzare la disciplina ordinaria in luogo

²⁸ *Ibidem*; V.A. PULVIRENTI, *COVID-19 e diritto alla salute dei detenuti: un tentativo, la riuscito, di semplificazione del procedimento per la concessione dell’esecuzione domiciliare della pena (dalle misure straordinarie degli artt. 123 e 124 del d.l. n. 18/2020 alle recenti novità del d.l. n. 29/2020)*, in *Leg. Pen.*, 26 maggio 2020, p. 31 e ss.; E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Carcere, coronavirus, decreto “cura Italia”: a mali estremi, timidi rimedi*, cit.

²⁹ M. PERALDO, *Licenze, permessi e detenzione domiciliare “straordinari”; il decreto “ristori” (D.L. 28 ottobre 2020, n. 137) e le misure eccezionali in materia di esecuzione penitenziaria*, cit.; V.F. SOVIERO, *Il carcere ai tempi del coronavirus*, in *penaledp.it*, 3 aprile 2020.

³⁰ E. DOLCINI, *Carcere e covid-19: una cronistoria dal decreto “cura Italia” al “decreto ristori”*, cit., pp. 11-12; S. TALINI, *I giorni dell’emergenza sanitaria*, cit., si è espressa criticamente riguardo alla natura assoluta delle eccezioni (p. 15) e definendo le stesse “punitive” (p. 39).

³¹ F. GIANFILIPPI, *Il contrasto all’emergenza epidemiologica in carcere nel D.L. “Ristori”*, cit., 195; M. RUARO, *Le disposizioni relative all’esecuzione penale del D.L. “Cura Italia” (D.L. 17 marzo 2020, n. 18, conv. L. 24 aprile 2020, n. 27)*, in *Cass. pen.*, 6, 2020; in giurisprudenza *Mag. Sorv. Spoleto*, 27 marzo 2020.

di quella *ex* “cura Italia”, a prescindere dal titolo del reato, pare pressoché dovuta in ogni caso, poiché il legislatore del 2020, in un periodo in cui non erano reperibili nemmeno le mascherine, ha ritenuto di subordinare la concessione della misura all’applicazione di un «controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici resi disponibili per i singoli istituti penitenziari» (così art. 123 co. III D.L. cit.) con la sola eccezione dei minorenni e dei detenuti di maggiore età con pena residua inferiore ai sei mesi. Si tratta, in buona sostanza dei c.d. braccialetti elettronici (in realtà delle cavigliere) che già in tempi ordinari scarseggiano per le persone sottoposte a misura cautelare, così da frustrare grandemente l’applicazione concreta dell’art. 275-*bis* c.p.p. e che, certamente, non potevano divenire di pronto e diffuso reperimento durante la pandemia³².

Forse sarebbe stato più efficace non intervenire in maniera così variegata sull’istituto, ma limitarsi a prevedere semplificazioni procedurali e, in ipotesi, innalzare la soglia della pena residua per accedere al beneficio, in ipotesi portandolo – temporaneamente – da diciotto mesi a due anni³³, soglia che già si trova per l’istituto di cui all’art. 47-*ter* O.P.

2.3. Quanto alle misure cautelari

L’unico intervento effettuato dal legislatore in materia di misure cautelari, come già ricordato, è consistito nella norma che ne prolunga i termini di fase e complessivi³⁴.

La scelta di proroga, in palese violazione degli artt. 13 e 27 Cost., è stata dettata da esigenze organizzative degli uffici giudiziari come apertamente espresso nella Relazione illustrativa del D.L. 18/2020, ove si legge: «la riformulazione contenuta al comma 4, sempre in ragione delle inevitabili ricadute che sulla funzionalità degli uffici sta producendo l’aggravamento e il protrarsi della situazione emergenziale, affianca alla generalizzata sospensione dei termini, e per la sua stessa durata, la sospensione del corso della prescrizione e la sospensione dei termini di durata massima delle misure cautelari, custodiali e non, di cui agli articoli 303 e 308 del codice di procedura penale»³⁵.

Scelte di per sé criticabili perché contrarie ai principi di civiltà giuridica e di eccezionalità che giustificano l’applicazione e il mantenimento delle misure cautelari, vieppiù custodiali,

³² M. PERALDO, *Licenze, permessi e detenzione domiciliare “straordinari”; il decreto “ristori” (D.L. 28 ottobre 2020, n. 137) e le misure eccezionali in materia di esecuzione penitenziaria*, cit.; F. FIORENTIN, *Decreto legge “Cura Italia”: le misure adottate dal Governo per affrontare l'emergenza COVID-19 in materia penitenziaria*, in *ilpenalista.it*, 20 marzo 2020, il quale evidenziava che la clausola di invarianza economica rende ancora più difficile se non impossibile nuovi approvvigionamenti di tali dispositivi; . DARAIO, *Emergenza epidemiologica*, cit., pp. 937-393.

³³ Già di identico avviso i ben più autorevoli E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Carcere, coronavirus, decreto “cura Italia”: a mali estremi, timidi rimedi*, cit.

³⁴ Quanto alla disamina della pluviale congerie normativa che nel tempo si è succeduta per le varie proroghe si rinvia a D. CIMADOMO, *La sospensione dei termini di durata delle misure cautelari personali per emergenza epidemiologica da Covid-19. A proposito di virus...*, in *Dir. pen. proc.* 2020, 7, p. 915-916.

³⁵ Reperibile in <https://www.ordineavvocatichietai.it/2020/03/18/relazione-illustrativa-decreto-legge-17-marzo-2020-n-18-2/>.

e – altresì – incongruenti rispetto all’esigenza di rapida diminuzione della popolazione carceraria per limitare le possibilità di contagio³⁶.

Illustri commentatori avevano auspicato un’integrazione dell’art. 275 c.p.p. che prevedesse per il giudice l’espresso dovere di ponderazione fra inadeguatezza di misure diverse dal carcere ed emergenza sanitaria³⁷. Altri Autori, nel valutare le successive scelte del legislatore hanno censurato il disinteresse dimostrato verso le persone sottoposte a misura cautelare della detenzione, espressamente definendo l’istituto “carcerazione preventiva”, non certo per *lapsus*, bensì per denunciare prese di posizione legislative che già sarebbero state stridenti con il sistema cautelare del vecchio ordinamento e che sono state del tutto abnormi con quello attuale, fondato sull’applicazione del principio costituzionale di presunzione d’innocenza³⁸.

3. Gli obblighi internazionali

Quando, a seguito di una lecita decisione giudiziaria, nell’ossequio del duplice vincolo imposto dall’art. 13 Cost., un individuo – in conseguenza di una propria violazione del patto sociale – si trova privato della libertà personale, questi versa in una condizione di succubanza nei confronti dell’autorità che coercitivamente lo trattiene.

L’altra faccia della medaglia del medesimo patto sociale impone che lo Stato “prenda in carico” detto individuo, cioè – quantomeno – ne garantisca l’incolumità durante il periodo in cui si trova ristretto. Tale previsione rientra nella tutela del diritto alla vita previsto dall’art. 2 CEDU, il quale non costituisce unicamente una tutela contro la volontaria privazione della vita, bensì una ben più ampia obbligazione di tutela da parte dello Stato. La giurisprudenza della Corte EDU, infatti, ha già avuto modo di sottolineare che «l’articolo 2 CEDU riguardo un diritto di rango primario e costituisce uno dei valori costitutivi di una società democratica»³⁹. La Corte di Strasburgo aveva già precisato che l’art. 2 § 1 CEDU presenta due aspetti differenti, costituiti da un obbligo negativo (non cagionare la morte di una persona) ma contempla anche «obblighi positivi, di *facere*, per la tutela della vita degli

³⁶ D. CIMADOMO, *La sospensione dei termini di durata delle misure cautelari personali per emergenza epidemiologica da Covid-19. A proposito di virus...*, cit., 918 ha commentato: «il florilegio di scelte belluine ha prodotto effetti considerevoli»

³⁷ E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Carcere, coronavirus, decreto “cura Italia”: a mali estremi, timidi rimedi*, cit.; E. DOLCINI, *Carcere e covid-19: una cronistoria dal decreto “cura Italia” al “decreto ristori”*, cit., p. 15.

³⁸ . DARAIO, *Emergenza epidemiologica*, cit., p. 944. Rilievi critici anche nel *Documento dell’Associazione tra gli Studiosi del Processo penale: “Emergenza COVID-19 e custodia in carcere: perplessità e proposte, anche in vista della conversione del d.l. n. 18/2020”*, in *Sistema penale*.

³⁹ Corte EDU, Sez. III, 21 dicembre 2010, n. 45744, *Jasinkis c. Lettonia*, § 58, reperibile nelle lingue operative della Corte tramite *budoc.echr.coe.int*; con nota di N. PLASTINA, in *Cass. pen.*, 2011, 10, p. 3598.

individui»⁴⁰, con particolare riferimento agli individui che si trovino sotto la giurisdizione statale⁴¹.

Da tale obbligo la stessa Corte ha precisato gli individui reclusi si trovano in condizione di vulnerabilità e le Autorità hanno dovere di proteggerle⁴², dovere che diviene particolarmente pregnante quando la persona sottoposta a privazione della libertà personale soffre di *handicap*, poiché in tali ipotesi incombe sull'Autorità l'onere di provare di aver profuso particolare cura al fine di garantire che le condizioni di detenzione siano adeguate rispetto alle peculiari esigenze dettate dalla disabilità⁴³.

Oltre all'obbligazione di garantire l'esistenza in vita, poi, si affianca anche la previsione dell'art. 3 CEDU, cioè il divieto di tortura, pene e trattamenti che siano inumani e degradanti, riguardo alla quale il Consiglio d'Europa ha istituito uno specifico Comitato di prevenzione, fra le cui attribuzioni rientra anche quella di verificare le qualità di vita dei detenuti e, *inter alia*, le cure mediche che vengono loro garantite. Ciò perché, già nel 1998 il Consiglio d'Europa aveva emanato una raccomandazione relativa alla tutela della salute dei detenuti, la quale evidenziava come la messa a disposizione di adeguate cure mediche sia un'obbligazione degli Stati⁴⁴, la cui violazione può determinare la contestazione di comportamenti inumani e degradanti. Tale Raccomandazione prescrive non soltanto che i detenuti debbano avere diritto a cure mediche, ma anche che queste debbano essere continue e con standard adeguati, ad esempio prevedendo la possibilità che il medico del carcere chieda l'intervento di specialisti. È altresì specificato che la tutela della salute in ambito carcerario non si esaurisce nel fornire cure mediche ma garantire un ambiente salubre⁴⁵.

Dal 1998 a oggi si sono succedute ulteriori e più articolate Raccomandazioni del Consiglio d'Europa, sino alla più recente, che – recependo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo – espressamente statuisce⁴⁶ «*Prison authorities shall safeguard the health of all prisoners in their care*»⁴⁷.

⁴⁰ Corte EDU, Naumenco N. PLASTINA, in *Cass. pen.* 2011, 10, 3598.

⁴¹ A tale riguardo si rinvia a LCB c. Regno Unito, 9 giugno 1998 e Osman c. Regno Unito, 28 ottobre 1998.

⁴² Corte EDU, Sez. III, 21 dicembre 2010, n. 45744, cit. § 59.

⁴³ Corte EDU, Price c. Regno Unito, n. 33394/96 § 30; Farbuths c. Lettonia, n. 4672/02, § 56.

⁴⁴ COUNCIL OF EUROPE, *Recommendation* No. R (98) 7 in <https://rm.coe.int/09000016804fb13c> alla quale ha fatto seguito COUNCIL OF EUROPE, *Recommendation Rec(2006)2*, in https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d8d25.

⁴⁵ *Ibidem*, § 27: «*A health education programme should be developed in all prison establishments. Both inmates and prison administrators should receive a basic health promotion information package, targeted towards health care for persons in custody*».

⁴⁶ E si ricorda, tuttavia, che la fonte in parole non ha valore cogente, ma che la stessa può essere certamente tenuta in considerazione per valutare se in una condotta materiale tenuta in un caso specifico possano emergere profili di responsabilità.

⁴⁷ EUROPEAN COMMITTEE FOR THE PREVENTION OF TORTURE, *Recommendation Rec(2006)2-rev*, in https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016809ee581.

Con specifico riferimento al COVID-19, poi, il Comitato europeo di prevenzione della tortura ha introdotto raccomandazioni che facevano riferimento alla necessità di garantire l'umanità del trattamento detentivo anche – e a maggior ragione – in questa difficile circostanza⁴⁸. Nel concetto di umanità del trattamento deve rientrare lo sforzo dello stato perché la detenzione avvenga nel rispetto delle norme di distanziamento e di profilassi sanitaria previste⁴⁹.

Infatti la giurisprudenza della Corte EDU – riprendendo il tema della premessa, relativo alla pericolosa correlazione fra condizioni insalubri e sovraffollamento – aveva già avuto modo di affermare che: «Un carcere sovraffollato implica spazio ristretto e non igienico; una costante mancanza di *privacy* (anche durante lo svolgimento di funzioni basilari come l'uso del gabinetto), ridotte attività fuori-cella, dovute alla richiesta di aumento del personale e dello spazio disponibili; servizi di assistenza sanitaria sovraccarichi; tensione crescente e quindi più violenza tra i detenuti e il personale. La lista è lunga dall'essere esaustiva»⁵⁰.

E, ancora, la Corte sovranazionale è recentemente intervenuta in materia di correlazione fra carcere duro (*ex art. 41-bis* L. 354/1975) e contestazione di trattamenti inumani e degradanti. La sentenza in parola è di particolare rilievo poiché, dopo innumerevoli decisioni che hanno sempre riconosciuto la compatibilità fra il regime *ex art. 41-bis* O.P. e l'art. 3 CEDU e, quindi, la “*non violation*” della disposizione che vieta i trattamenti iniqui⁵¹. Nel caso in parola, infatti, la violazione è stata ritenuta sussistere non nella disciplina di particolare rigore *tout-court*, bensì nell'applicazione della stessa a un condannato anziano e in defedate condizioni di salute, senza adeguata motivazione circa le peculiari ragioni per le quali, nonostante le scadenti condizioni di salute, il detenuto fosse – comunque – considerato di pericolosità tale da rientrare nell'applicazione dell'art. 41-*bis* O.P.⁵².

⁴⁸ EUROPEAN COMMITTEE FOR THE PREVENTION OF TORTURE, *Statement of principles relating to the treatment of persons deprived of their liberty in the context of the coronavirus disease (COVID-19) pandemic*, in https://sistemapenale.it/pdf_contenuti/1584794857_cpt-covid-statement-of-principles.pdf; con commento di G.L. GATTA, *Coronavirus e persone private della libertà: l'Europa ci guarda. Le raccomandazioni del CPT del Consiglio d'Europa*, in *Sistema penale*, 21 marzo 2020.

⁴⁹ V. POLIMENI, *Il diritto alla salute dei detenuti ai tempi del covid-19: strumenti di tutela e possibili profili di violazione dell'art. 3 CEDU*, in *Riv. It. Med. Legale*, 2020, 2, p. 855.

⁵⁰ Corte EDU, Grande Camera, 20 ottobre 2016, Muršić c. Croazia, n. 7334/13 § 13.

⁵¹ Corte EDU, Sez. I, 25 ottobre 2018, Provenzano c. Italia, n. 55080/13, § 144 «Il Governo ha rinviato alla giurisprudenza della Corte in cui la quest'ultima aveva valutato diversi aspetti del regime speciale e li aveva considerati compatibili con la Convenzione. Ha citato, in particolare, i ricorsi Gallico c. Italia, n. 53723/00, 28 giugno 2005; Argenti c. Italia, n. 56317/00, 10 novembre 2005; Campisi c. Italia, n. 24358/02, 11 luglio 2006; Enea c. Italia [GC], n. 74912/01, CEDU 2009; Madonia c. Italia, n. 55927/00, 6 luglio 2004; e Genovese c. Italia (dec.), n. 24407/03, 10 novembre 2009».

⁵² Corte EDU, Sez. I, 25 ottobre 2018, cit., § 156 «Data la gravità della situazione, la Corte ritiene che, nel marzo 2016 quando è stata prorogata l'applicazione del regime di cui all'articolo 41 bis, non soltanto la dichiarazione dei motivi che militavano a favore della proroga avrebbe dovuto essere maggiormente particolareggiata e convincente, ma si sarebbe dovuto tener conto dell'evoluzione del deterioramento cognitivo del ricorrente (si veda Vinter e altri c. Regno Unito [GC], nn. 66069/09 e altri 2, §§ 119-22, CEDU 2013 (estratti). Benché il decreto fornisca un resoconto dettagliato dei precedenti penali del ricorrente, del suo ruolo di spicco nell'organizzazione criminale e della provata perdurante operatività di tale organizzazione, la Corte rileva che, a parte i due riferimenti descritti nei paragrafi 77 e 78 *supra*, che rinviano ai

In questa sede non si entra nel merito delle modalità di repressione delle rivolte, nonostante le notizie di informazione indichino (con particolare riferimento all'istituto di Santa Maria Capua Vetere) indagini preliminari in ordine agli abusi commessi dalla Polizia penitenziaria. Le prime denunce in materia fanno ipotizzare, però, che l'evento non sia legato a un unico carcere, bensì tragicamente diffuso e, se tali condotte venissero accertate, si aprirebbe un ulteriore fronte di violazione dei diritti umani dei detenuti, da accertarsi – prima ancora che davanti alla Corte di Strasburgo – in sede nazionale⁵³.

4. Riflessioni conclusive

Dagli stessi dati del Ministero di Giustizia emerge che, se fino al 29 di febbraio 2020 il dato dei detenuti presenti è persino aumentato (61.230), a partire dalla fine di marzo dello stesso anno si è assistito a un cambio di rotta. Significativo che già le statistiche di marzo rilevano la diminuzione, poiché antecedenti rispetto agli effetti ogni misura normativa *ad hoc*⁵⁴, essendo i detenuti a quella data scesi a 57.846, di cui 17.804 non definitivi, dato ulteriormente calato a 53.904 (di cui 16.458 non definitivi) al 30 aprile 2020, dato rimasto pressoché invariato sino a oggi⁵⁵.

rapporti della DDA di Palermo e della DNA, il decreto non contiene alcuna altra menzione della situazione cognitiva del ricorrente. Inoltre non sembra che nel testo del decreto vi sia alcuna traccia visibile di una esplicita e autonoma valutazione da parte del Ministro della giustizia della situazione cognitiva del ricorrente al momento in cui è stata presa la decisione. Il limitato spazio concesso a tali circostanze e l'assenza di una esplicita valutazione rendono difficile per la Corte accertare in quale modo e in quale misura siano state ponderate tali circostanze nel valutare se prorogare le restrizioni. Conseguentemente, la Corte non può che concludere che nella motivazione del decreto non vi sono prove sufficienti che dimostrino che sia stata effettuata una reale rivalutazione relativa ai rilevanti cambiamenti della situazione del ricorrente, in particolare al suo cruciale declino cognitivo».

⁵³ D'altra parte i rapporti dell'associazione Antigone danno atto di numerose condanne inerenti carceri differenti per lesioni, maltrattamenti e torture perpetrate in danno dei detenuti (da ultimo si veda il rapporto del 2021 reperibile tramite <https://www.rapportoantigone.it/diciassettesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/covid-e-pandemia-in-italia/>)

⁵⁴ Se è vero, infatti, che le prime disposizioni compaiono nel D.L. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. "decreto Cura Italia"), è altrettanto difficile ipotizzare, considerati i tempi dei procedimenti, specie per così come previsti dalla norma citata, possano aver speso i loro effetti dopo 13 giorni dall'entrata in vigore della stessa.

⁵⁵ Tramite la sezione statistiche del sito internet del Ministero di Giustizia si apprende che

- al 31 maggio 2020 i detenuti presenti erano 53.387;
- al 30 giugno 2020 i detenuti presenti erano 53.579;
- al 31 luglio 2020 i detenuti presenti erano 53.619;
- al 31 agosto 2020 i detenuti presenti erano 53.921;
- al 31 settembre 2020 i detenuti presenti erano 54.277;
- al 30 ottobre 2020 i detenuti presenti erano 54.868;
- al 31 novembre 2020 i detenuti presenti erano 54.368;
- al 31 dicembre 2020 i detenuti presenti erano 53.364;
- al 31 gennaio 2021 i detenuti presenti erano 53.329;
- al 28 febbraio 2021 i detenuti presenti erano 53.697;
- al 31 marzo 2021 i detenuti presenti erano 53.509;
- al 30 aprile 2021 i detenuti presenti erano 53.608;
- al 31 maggio 2021 i detenuti presenti erano 53.660.

Le ulteriori previsioni normative (quelle di ottobre 2020, *in primis*) non sembrano aver avuto alcun effetto, stante la sostanziale costanza del numero di persone detenute.

Altrettanto, appare significativo osservare che la diminuzione dei detenuti ha avuto proporzione pressoché identica fra quelli definitivi e quelli sottoposti a misura cautelare (in tale categoria sommando quelli in attesa di giudizio e con giudizio non definitivo), ambito nel quale – come già rilevato⁵⁶ – il legislatore, anziché intervenire con strumenti deflattivi, ha scelto di sospendere i termini di fase delle misure cautelari⁵⁷, provvedimento che avrebbe potuto determinare un *trend* opposto a quello che si è riscontrato. Ne consegue che la diminuzione della popolazione carceraria sottoposta a misura cautelare deve essere ascritta esclusivamente alla diligenza e allo scrupolo dei singoli magistrati e difensori richiedenti provvedimenti in materia di misure cautelari e dei giudici che hanno tempestivamente assunto i relativi provvedimenti⁵⁸.

Proprio questa distonia, fra provvedimenti normativi diametralmente opposti, e identici effetti riguardo alla diminuzione della popolazione *in vinculis* induce a ritenere che anche il calo dei detenuti definitivi debba essere ascritto più alle singole decisioni assunte che non al differente “strumentario” normativo nelle mani degli operatori del diritto⁵⁹. D'altra parte, le critiche provenienti pressoché da tutte le associazioni di pratici del diritto e dalle cattedre della Dottrina, non permettono di aver neppure un “ragionevole dubbio” circa l'utilità e la concreta efficacia delle riforme introdotte.

Si è trattato di una legislazione pluviale e isterica⁶⁰, dello stesso periodo in cui si imponeva ai cittadini di sottoscrivere “autodichiarazioni” in materie (come quella sanitaria) che, secondo il tenore letterale della stessa fonte normativa istitutiva dell'autocertificazione, sono escluse da tale istituto. Mentre le disposizioni in materia di libertà personale certamente mal si prestano a essere assunte febbrilmente e, auspicabilmente, potranno essere oggetto di riforma più organica, in termini da consentire, da un lato, il rispetto in via continua-

⁵⁶ G. DARAIO, *Emergenza epidemiologica*, cit., p. 952.

⁵⁷ D. CIMADOMO, *La sospensione dei termini di durata delle misure cautelari personali per emergenza epidemiologica da Covid-19*, cit., p. 916.

⁵⁸ Dello stesso avviso E. DOLCINI, *Carcere e covid-19: una cronistoria dal decreto “cura Italia” al “decreto ristori”*, cit., p. 17, e C. MINNELLA, *Coronavirus ed emergenza carceri: la via del ricorso alla Corte di Strasburgo*, in *Sistema Penale*, 15 maggio 2020 il quale afferma che «Una ‘coraggiosa’ giurisprudenza di sorveglianza ha utilizzato alcuni istituti già presenti nell’ordinamento penitenziario rileggendone i relativi requisiti applicativi».

⁵⁹ Quanto al quadro giurisprudenziale sia permesso il rinvio a A. DELLA BELLA, *La magistratura di sorveglianza di fronte al COVID: una rassegna dei provvedimenti adottati per la gestione dell'emergenza sanitaria*, in *Sistema Penale*, 29 aprile 2020; V. MANCA, *Umanità della pena, diritto alla salute ed esigenze di sicurezza sociale: l'ordinamento penitenziario a prova di (contro)riforma*, in *Giurisprudenza penale*, 2 maggio 2020.

⁶⁰ Tanto che, con riferimento alle misure cautelari, ci si è interrogati circa «Irragionevolezza o “semplice” irrazionalità?» (cfr. D. CIMADOMO, *La sospensione dei termini*, cit., p. 916), domanda alla quale lo stesso Autore offriva risposta considerando le riforme del periodo: «Il florilegio di scelte belluine», mentre altra Dottrina ha chiosato che «Le norme che reiteratamente hanno disposto la protrazione dei termini di fase delle misure cautelari (non di quello “complessivi”) sono intrinsecamente irrazionali», così G. FLORA, “Covid regit actum”. *Emergenza sanitaria, norme eccezionali e deroghe (“ragionevoli”?) ai principi costituzionali*, in *www.penaledp.it*, 12 maggio 2020.

tiva da parte dell'Italia delle prescrizioni in materia di prevenzione del sovraffollamento carcerario; dall'altro lato di introdurre – anche tramite l'adeguata normativa secondaria – strumenti di prevenzione e di contrasto di diffusione di malattie infettive in ambito carcerario⁶¹.

⁶¹ La natura patogena del carcere viene rimarcata da A. MORRONE, *La gestione dell'emergenza sanitaria*, cit., p. 121; a conforto di tale assunto i dati offerti dal Rapporto 2021 di Antigone (già citato) indicano che, presi tre riferimenti temporali, il dato dei contagi carcerari si è rilevato sempre superiore a quello della popolazione libera:

- Aprile 2020: nelle carceri italiane 18,7 ogni 10.000 persone – in Italia 16,8 ogni 10.000 persone;
- Dicembre 2020: nelle carceri italiane 179,3 – in Italia 110,5;
- Febbraio 2021: nelle carceri italiane 91,1 – in Italia 68,3.

