

1

gennaio-aprile
2023**SoDiS**Società italiana di
Diritto Sanitario

CORTI SUPREME e SALUTE

Rivista diretta da
Renato Balduzzi

In evidenza:

- Dati scientifici e discrezionalità politica nella legislazione sugli obblighi vaccinali
- Maternità surrogata all'estero e *status* del nato
- Salute e salubrità ambientale nel prisma dell'Unione europea
- Il contributo strategico degli IRCCS nella gestione del fenomeno della mobilità sanitaria interregionale
- Risvolti penalistici dell'aiuto medico a morire

Contributi di:

P.O. Achard; C. Bellini; E. Cadamuro;
L. Cianci; V. Desantis; M. Gasparro; M. Massa;
F. Morganti; A. Renda; P. Scarlatti; S. Tattini

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); Giuseppe Campanelli (Università di Pisa); 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"); 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, Stefano Rossa, Alice Stevanato, Eugenio Tagliasacchi

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

Il presente fascicolo è pubblicato con il sostegno della Fondazione Cassa di Risparmio di Alessandria, nonché del PRIN 2020 "Il diritto costituzionale della salute e dell'organizzazione sanitaria dopo l'emergenza della pandemia" coordinato dall'Università Cattolica del Sacro Cuore (P.I. prof. Renato Balduzzi).

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

- M. MASSA, *Dati scientifici e discrezionalità politica nella legislazione sugli obblighi vaccinali* » 3
[Corte cost., sentt. 1 dicembre 2022-9 febbraio 2023, nn. 14 (red. Patroni Griffi), 15 (red. Petitti) e 16 (red. Barbera)]
- V. DESANTIS, *Osservazioni sulla pienezza del diritto alla salute e sull'indennizzo da vaccino ex art. 3 della l. n. 210/1992*..... » 19
[C. cost., sent. 9 febbraio-6 marzo 2023, n. 35, rel. San Giorgio, red. Petitti]
- M. GASPARRO, *Il dirigente pubblico (sanitario) e il principio della retribuzione onnicomprensiva: la valutazione del lavoro oltre l'orario "normale"* » 33
[Corte di Cassazione, sez. Lavoro, ord. 18 ottobre – 4 novembre 2022, n. 32617, pres. Manna, rel. Bellè]
- A. RENDA, *Maternità surrogata all'estero e status del nato: le Sezioni Unite confermano l'intrascrivibilità e ribadiscono la via dell'adozione in casi particolari*..... » 45
[Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, 8 novembre – 30 dicembre 2022, n. 38162, pres. Curzio, rel. Giusti]
- S. TATTINI, *Operatività ex post del divieto di maternità surrogata: torna al vaglio delle Sezioni Unite il dibattuto tema del riconoscimento del provvedimento straniero di adozione omoaffettiva* » 75
[Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sent. 8 novembre – 30 dicembre 2022, n. 38162, pres. Curzio, rel. Giusti]

Giurisprudenza straniera

- L. CIANCI, *Salute e salubrità ambientale nel prisma dell'Unione europea* » 91
[Corte di Giustizia dell'Unione europea (Grande Sezione), 22 dicembre 2022, causa C-61/21, JP c. Ministre de la transition écologique et Premier ministre]

Saggi

- P.O. ACHARD, C. BELLINI, *Il contributo strategico degli Istituti di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico (IRCCS) nella gestione del fenomeno della mobilità sanitaria interregionale* » 105
- E. CADAMURO, *Risvolti penalistici dell'aiuto medico a morire: dalle criticità degli approdi giurisprudenziali alle prospettive de iure condendo* » 125
- F. MORGANTI, *Consider the pangolin. Tutela costituzionale degli animali e diritto (umano) alla salute*..... » 147

Dibattiti

P. SCARLATTI, *Rappresentanza e pari opportunità tra i sessi nel sistema sanitario nazionale.*

Profili costituzionali» 161

Dati scientifici e discrezionalità politica nella legislazione sugli obblighi vaccinali*

[Corte cost., sentt. 1 dicembre 2022-9 febbraio 2023, nn. 14 (red. Patroni Griffi), 15 (red. Petitti) e 16 (red. Barbera)]

Michele Massa**

SOMMARIO: 1. Questioni, esiti, profili di interesse. – 2. *Amici* turbolenti. – 3. Inammissibilità per difetto di giurisdizione del TAR. – 4. Dati scientifici: aggiornati e ufficiali. – 5. Ambiti delle valutazioni scientifiche. – 6. Ambiti delle valutazioni politiche. – 7. Oneri e obblighi. – 8. Postilla: una quarta sentenza.

1. Questioni, esiti, profili di interesse

Le tre sentenze¹, delle quali qui si propone una prima lettura, sciogliono molte delle questioni sollevate in merito agli obblighi vaccinali per il contrasto del COVID-19, introdotti a partire dalla primavera del 2021 e più volte rimodulati². Insieme a una precedente de-

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università Cattolica del Sacro Cuore, michele.massa@unicatt.it.

¹ Sentenze 9 febbraio 2023, nn. 14-16, tutte discusse in pubblica udienza il 30 novembre 2022 e decise il 1° dicembre 2022.

² Una utile silloge delle evoluzioni normative si trova nella sentenza n. 15, p.to 7 in diritto.

cisione del Consiglio di Stato sulla stessa materia³, queste pronunce dovrebbero mettere la parola fine ad alcune turbolenze emerse, sia pure in modo piuttosto isolato, nella giurisprudenza di merito⁴ e concorrere a garantire la sostanziale tenuta, con alcuni aggiustamenti, dei principali pilastri della legislazione sull'emergenza pandemica⁵.

In estrema sintesi e con qualche semplificazione⁶, scomponendo i contenuti delle sentenze e integrandoli in una griglia logica unitaria, le questioni⁷ sollevate riguardavano:

- 1) quanto agli obblighi di per sé considerati, se sia conforme all'art. 32 Cost.:
 - a) sotto il profilo della sicurezza del trattamento sanitario, (continuare a) imporre vaccini dopo la somministrazione dei quali il sistema di farmacovigilanza abbia registrato un certo numero di segnalazioni di eventi avversi anche gravi⁸;

³ Cons. St., sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045. La decisione riguardava l'imposizione degli obblighi vaccinali ad esercenti professioni sanitarie ed operatori di interesse sanitario nella Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia, ma a tale scopo esaminava anche (p.to 23 ss.) eccezioni di illegittimità della retrostante normativa primaria in relazione alla Costituzione, alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Si è trattato di una decisione talmente approfondita, che ad alcuni è parso tendesse a sovrapporsi appunto alle competenze della Corte costituzionale: B. LIBERALI, *Le vaccinazioni contro il Covid-19 davanti alla Corte costituzionale. Profili processuali e di merito*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2022, p. 349.

⁴ Vedi anche Trib. Pisa 6 luglio 2022. Si noti che le ordinanze su cui si pronunciano le tre sentenze in commento sono relativamente numerose, ma sono in gran parte riconducibili a un numero ristretto di magistrati: le due ordinanze del TAR di Milano hanno lo stesso relatore e un collegio in gran parte uguale; le numerose ordinanze del Tribunale di Brescia sono firmate dallo stesso magistrato (solo in un caso come componente e presidente di un collegio). Allo stesso magistrato del Tribunale di Padova, che ha sollevato una delle questioni qui in esame, vanno ascritti (ordinanza del 17 dicembre 2021) i quesiti rivolti in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'UE nella causa C-765/21, discussa il 18 gennaio 2023.

⁵ Cfr. in particolare Corte costituzionale, sentenza 12 marzo 2021, n. 37 (con nota di L. CUOCOLO, F. GALLARATI, *La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale*, in questa *Rivista*, 2021, p. 1), sul riparto di competenze tra Stato e Regioni; sentenza 22 ottobre 2021, n. 198, sull'uso del d.P.C.m. per limitare le libertà individuali (con nota di A. LAMBERTI, *La Corte costituzionale e il salvataggio forzato dei DPCM: osservazioni a margine di Corte cost., sent. n. 198/2021*, in questa *Rivista*, 2021, p. 9, e con tesi critiche contro le quali cfr. convincentemente M. LUCIANI, *Salus, Modena, Mucchi*, p. 45, nonché, volendo, M. MASSA, *A General and Constitutional Outline of Italy's Efforts Against COVID-19*, in E. HONDIUS, AA. (a cura di), *Coronavirus and the Law in Europe*, Cambridge (UK), Intersentia, pp. 43-44. Il tema è ormai oggetto di trattazioni monografiche, cfr. L. CASTELLI, *Una fonte anomala. Contributo allo studio dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri*, Napoli, 2021; M. RUBECHI, *I decreti del Presidente. Studio su D.P.C.M., atti normativi del governo e dinamiche decisionali*, Torino, 2022; sentenze 22 giugno 2021, n. 128, e 11 novembre 2021, n. 213, sulla moratoria delle esecuzioni immobiliari; sentenze 23 dicembre 2020, n. 278, e 6 luglio 2021, n. 140, sulla sospensione dei termini di prescrizione. Gli aggiustamenti si trovano appunto nelle cit. sentenze nn. 213 e 140 del 2021, che temperano le misure rispettivamente in esame, in un caso sottolineandone la temporaneità, nell'altro rimarcando la necessità di certezza del diritto e prevedibilità.

⁶ Ad esempio, si prescinde dalle questioni dichiarate inammissibili per difetto di motivazione sulla manifesta infondatezza, o a quelle che le parti dei giudizi principali hanno tentato di portare alla cognizione della Corte costituzionale, andando al di là di quanto dedotto dai tribunali rimettenti.

⁷ Riassunte anche in B. LIBERALI, *op. cit.*, pp. 354 ss.

⁸ Questo tema occupa la maggior parte della sentenza n. 14 del 2023. È uno di quelli sollevati dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (CGA), oggetto di analisi corale in un numero speciale (1/2022) di *Nuove autonomie* (il quale prendeva spunto dall'ordinanza istruttoria precedente a quella di rimessione), oltre che di una ferma critica in A. POLICE, *Obbligo vaccinale tra giudice amministrativo e Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 2022, pp. 2264 ss. (anche questo nel contesto di una trattazione monografica, estesa a profili molteplici, anche civilistici, e aperta da E. GABRIELLI, U. RUFFOLO, *Introduzione*, *ivi*, pp. 2254-2255).

- b) sotto il profilo dell'idoneità rispetto allo scopo perseguito, imporre vaccini inadeguati a prevenire con certezza il contagio individuale⁹, in luogo di test capaci di rivelare volta per volta l'infezione eventualmente in atto in ciascun paziente¹⁰.
- 2) quanto agli stessi obblighi e alle limitazioni della loro portata, se sia conforme all'art. 32 Cost., nella fase del *trriage* pre-vaccinale:
 - a) ridurre il ruolo dei medici di medicina generale, a vantaggio di quelli vaccinatori, nella determinazione dei casi di esenzione giustificati da condizioni cliniche individuali¹¹;
 - b) non affiancare all'anamnesi l'esecuzione di esami di laboratorio o test genetici¹².
- 3) quanto al mancato adempimento degli obblighi e alle conseguenze di esso, nel caso consistenti nella sospensione dal lavoro e dalla retribuzione, se sia legittimo:
 - a) sotto il profilo della proporzionalità, il bilanciamento operato tra l'interesse collettivo alla tutela della salute e il diritto individuale al lavoro¹³, dipendente e autonomo¹⁴, principalmente con riguardo alla penalizzazione di tale diritto ritenuta troppo incisiva e non contenuta nel minimo indispensabile;
 - b) sotto il profilo della ragionevolezza, per quanto riguarda il lavoratore dipendente che abbia volontariamente rifiutato il vaccino, l'esclusione:
 - i) del cd. *repêchage*¹⁵, garantito invece per i lavoratori che non abbiano potuto vaccinarsi per condizioni cliniche personali;
 - ii) dell'erogazione di un assegno alimentare, previsto in altre situazioni come la sottoposizione a procedimenti disciplinari¹⁶.
 - c) ancora sotto il profilo della ragionevolezza, per quanto riguarda il lavoratore autonomo che abbia volontariamente rifiutato il vaccino:
 - i) l'esclusione della possibilità di organizzare il proprio lavoro con modalità alternative e sicure, prevista invece per alcuni lavoratori dipendenti, come appena detto;
 - ii) la parificazione di trattamento (ossia l'estensione dell'esclusione anzidetta) fra i nuovi aspiranti professionisti che chiedano l'iscrizione all'albo, da un lato, e, dall'altro, coloro che sono già iscritti da tempo.

⁹ Sentenza n. 15 del 2023, p.ti 10.3 e 11.1-2 in diritto.

¹⁰ Sentenza n. 14 del 2023, p.to 13.1 in diritto; sentenza n. 15 del 2023, p.to 11.3 in diritto.

¹¹ Sentenza n. 14 del 2023, p.to 14.1 in diritto.

¹² Sentenza n. 14 del 2023, p.to 14.2 in diritto.

¹³ Sentenza n. 14 del 2023, p.ti 13.2-3 in diritto; sentenza n. 15, p.ti 11.4 e 12 in diritto.

¹⁴ La posizione dei lavoratori autonomi, anche in relazione a quanto si dirà di seguito *sub c)*, è considerata nella sentenza n. 16 del 2023.

¹⁵ Sentenza n. 15 del 2023, p.ti 13.4-7 in diritto. Intesa, in questa sede, come l'onere per il datore di lavoro di adibire, se possibile, il lavoratore a mansioni che non implicino rischi di contagio, l'espressione «*repêchage*» è più comunemente usata quando, in relazione ai licenziamenti per giustificato motivo oggettivo, si debba verificare se fosse possibile una collocazione alternativa del lavoratore nella stessa azienda.

¹⁶ Sentenza n. 15 del 2023, p.to 14 in diritto.

- 4) infine, quanto all'adempimento degli obblighi vaccinali e precisamente alle modalità di espressione della volontà individuale, se sia conforme agli artt. 3 e 21 Cost. richiedere la sottoscrizione di un modulo di consenso informato¹⁷.

Tutte le questioni vengono rigettate: alcune per ragioni processuali, la maggior parte con estese motivazioni di merito. Alla base di queste considerazioni sta il *corpus* giurisprudenziale in materia di obblighi vaccinali già sviluppato dalla Corte costituzionale in passato, ora confermato e arricchito mediante l'esplicitazione di alcuni contenuti intrinseci ad esso. Nell'insieme, dunque, l'esito dei giudizi era ed è del tutto prevedibile.

Lasciando da parte la questione *sub* 4), dopo brevi annotazioni su due aspetti processuali, uno dei quali fa velo ad alcune interessanti questioni di merito, questo commento intende sottolineare la continuità fra le decisioni in esame e i precedenti – soprattutto la sentenza 18 gennaio 2018, n. 5¹⁸ – e mettere in luce, in modo prevalentemente descrittivo, alcuni dei numerosi profili di interesse¹⁹. In estrema sintesi, da queste decisioni si ritrae l'immagine di una discrezionalità legislativa condizionata alle valutazioni tecnico-scientifiche compiute dalle istituzioni di settore, ma comunque ampia, segnatamente in relazione agli strumenti giuridici da impiegare per realizzare una somministrazione adeguatamente capillare di vaccini di comprovata sicurezza e appropriatezza.

2. Amici turbolenti

Le prime due e più lunghe sentenze danno atto della presentazione di un numero cospicuo di interventi e opinioni scritte, di varia provenienza, tutti allineati alle censure dei tribunali rimettenti²⁰.

¹⁷ Sentenza n. 14 del 2023, p.to 14.1 in diritto. In dottrina, G. GUZZETTA, *Obbligo vaccinale e consenso informato. Profili problematici e aporie logiche*, in *Giur. it.*, 2022, pp. 2292 ss., 2296-2298, aveva sostenuto che l'obbligatorietà del vaccino fa venire meno la ragione (non dell'informazione, ma) del consenso, il quale al più può valere come attestazione della materiale collaborazione del paziente alla somministrazione, senza però imputazione dell'atto medico alla volontà del paziente stesso, né esonero dell'amministrazione sanitaria o di altri da eventuali responsabilità.

¹⁸ Anch'essa oggetto di commenti molteplici: cfr. ad es. C. PINELLI, *Gli obblighi di vaccinazione fra pretese violazioni di competenze regionali e processi di formazione dell'opinione pubblica*, in *Giur. cost.*, 2018, pp. 100 ss.; A. PATANÈ, *Obbligo di vaccinazione e riparto di competenze legislative*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, pp. 265 ss.; N. VETTORI, *Le decisioni in materia di salute tra precauzione e solidarietà. Il caso delle vaccinazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2018, pp. 181 ss.

¹⁹ Una cosa che *non* si intende fare, nemmeno indirettamente, è compilare una bibliografia ragionata – che pure sarebbe utilissima – della messe ormai sterminata di contributi in materia di obblighi vaccinali. Basta una consultazione di una qualsiasi banca dati (ad esempio, Do.Gi. dell'Istituto di informatica giuridica e sistemi giudiziari del CNR), per constatare che i relativi articoli (a tacere di monografie, collettanee, capitoli di libri ecc.) erano ancora poco numerosi fino al 2017, mentre si contano in parecchie decine dal 2021 (una sommaria consultazione, basata sulle parole dei titoli, ha restituito meno di 5 risultati in ciascuno degli anni dal 2013 al 2016; 41 nel 2018, anno della sentenza n. 5; 147 e 97, rispettivamente, nel 2021 e nel 2022). La selezione qui operata, in una nota a prima lettura, non deve considerarsi panoramica, né rappresentativa, ma al massimo esemplificativa di alcune delle trattazioni correnti.

²⁰ Sentenza n. 14 del 2023, p.ti 5 in fatto e 2 in diritto, nonché ordinanza senza numero allegata; sentenza n. 15 del 2023, in troppi p.ti in fatto perché sia il caso di citarli uno per uno e nel p.to 3 in diritto.

Non sorprende che gli interventi siano dichiarati inammissibili, alla stregua di principi pacifici, almeno in giurisprudenza. Più interessante che incorrano nello stesso destino gli atti che erano stati presentati in via principale come interventi e in subordine come opinioni scritte. La ragione dell'inammissibilità sta nell'eterogeneità, quanto a presupposti e modalità processuali, dei due istituti, i quali perciò non possono coesistere, nemmeno in via alternativa o subordinata, in uno stesso atto²¹.

È una conclusione del tutto convincente. A norma dell'art. 4 NI, il cd. *amicus curiae* è, in sostanza, un contributo istruttorio, proveniente da soggetti presuntivamente qualificati, il quale fa ingresso negli atti della Corte qualora il Presidente e il relatore²² lo ritengano «utile alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità»; come tutti gli atti e le risultanze istruttorie formate nel giudizio (artt. 7, 15, 17 NI) queste opinioni sono accessibili alle parti costituite²³, ma non conferiscono ai propri autori la qualità di parti. L'intervento resta, invece, legato alla titolarità di un interesse individuale giuridicamente protetto e dotato di talune caratteristiche, passa attraverso una valutazione collegiale sulla sussistenza di tale situazione soggettiva, e abilita l'interessato a interloquire a pieno titolo con gli altri soggetti processuali nell'ambito dell'incidente di legittimità.

3. Inammissibilità per difetto di giurisdizione del TAR

Le questioni sollevate dal TAR di Milano²⁴ cadono sotto una declaratoria di inammissibilità, per un particolare tipo di difetto di rilevanza, evidenziato dalla stessa Corte costituzionale, sembrerebbe, in via officiosa²⁵: il difetto di uno dei presupposti processuali del giudizio principale, vale a dire della giurisdizione del giudice rimettente. Il TAR aveva bensì motivato a questo proposito, in termini espliciti e non sbrigativi²⁶, ma la motivazione viene

²¹ Vedi i precedenti citati nella sentenza n. 15 del 2023, loc. ult. cit., e specialmente le sentenze 13 maggio 2022, n. 121, e 27 ottobre 2022, n. 221. In generale sugli *amici curiae*, da ultimo, A. VUOLO, *L'amicus curiae*, relazione al seminario del Gruppo di Pisa *Il processo costituzionale dopo la riforma delle norme integrative*, Milano, 12 novembre 2021, in versione provvisoria in www.gruppodipisa.it.

²² *Recte*: il Presidente «sentito il relatore». Formalmente, è il Presidente che prevale nella decisione di ammissione. Sostanzialmente, è il relatore, dato il suo ruolo nell'istruttoria, a trovarsi nella posizione migliore per opinare su quanto segue nel testo, ossia sull'utilità del contributo di ciascun *amicus*.

²³ Questa è un'altra differenza rispetto ai materiali istruttori formati al di fuori del giudizio, che siano raccolti nelle ricerche preliminari (informali e puramente interne, non consultabili dalle parti): ma si tratterà, allora, di dati normativi o giurisprudenziali, di pubblicazioni scientifiche o documenti ufficiali comunque accessibili al pubblico.

²⁴ Sentenza n. 15 del 2023, p.to 5 in diritto; sentenza n. 16 del 2023.

²⁵ La relativa problematica era stata affrontata nei giudizi principali, ma non sembra essere stata riproposta dall'Avvocatura generale dello Stato nel giudizio incidentale (quantomeno, le due sentenze non menzionano una specifica eccezione in tal senso).

²⁶ Cfr. le due ordinanze di rimessione, TAR Milano, 30 marzo 2022, n. 712 (n. RO 42/2022), p.ti 3.2-3; 16 giugno 2022, n. 1397 (n. RO n. 86/2022), p.ti 3.2-4.

ritenuta evidentemente implausibile alla luce del diverso avviso espresso, dopo la rimes-
sione, dalle Sezioni unite della Cassazione.

È una conclusione inusuale.

Non è la prima volta che si pone un caso del genere: un dubbio che investe uno dei presupposti processuali del giudizio principale – rispetto ai quali il sindacato della Corte costituzionale è normalmente prudentissimo – e che, però, nelle more del giudizio incidentale, viene sciolto dalla giurisprudenza di legittimità. Ad esempio, alcuni dei primi dubbi di legittimità costituzionale della cd. legge Severino erano stati sollevati dal TAR di Napoli e pervennero all'esame della Corte costituzionale quando ormai, nel frattempo, le Sezioni unite avevano chiarito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo. Ciò non impedì affatto alla Corte di entrare nel merito, «alla luce del principio di autonomia del giudizio costituzionale rispetto ai vizi del giudizio *a quo*»²⁷.

Certo, allora, militavano a favore dell'ammissibilità altre specifiche circostanze: questa tipologia di contenzioso elettorale aveva già condotto non solo al rigetto, in passato, di alcune eccezioni di inammissibilità (per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo), ma addirittura a decisioni di merito del Consiglio di Stato, il quale aveva inoltre ritenuto la questione di giurisdizione particolarmente controversa («aperta») e bisognosa di approfondimento²⁸. Nel caso odierno, non ci si poteva appigliare a pronunce di questo genere e tutto stava nel valutare con quale grado di evidenza le motivazioni del giudice ambrosiano apparissero implausibili. Una valutazione, a propria volta, opinabile.

Il rigore con cui essa è stata condotta e il conseguente esito di inammissibilità cambiano poco ai fini della sentenza n. 15: il TAR aveva sollevato questioni sul *repêchage* e sull'assegnazione alimentare per i lavoratori dipendenti essenzialmente omogenee ad altre, sollevate in giudizi civili, che sono state comunque risolte nel merito.

Diverso è il discorso per la sentenza n. 16. Qui l'inammissibilità preclude l'esame della fondatezza delle questioni riguardanti i lavoratori autonomi²⁹. Quale sarebbe stato il loro destino, se fossero state giudicate nel merito? E quale sarebbe, se venissero riproposte ritualmente da un giudice civile? La Corte nulla dice, nemmeno per implicito, nella sentenza n. 16. Non resta allora che riportarsi alle difese dell'Avvocatura generale dello Stato³⁰ e, soprattutto, agli argomenti evincibili dalle altre due sentenze. Sarebbe forse ingeneroso, in questo senso, ritenere che l'esito processuale sia stata una comoda via di fuga³¹: il com-

²⁷ Sentenza 19 novembre 2015, n. 236, p.to 3.1 in diritto.

²⁸ *Ivi*, p.to 3.2 in diritto.

²⁹ Riassunte sopra, *sub* 3.c).

³⁰ Sentenza n. 16 del 2023, p.to 9 in fatto.

³¹ Come alcuni ritengono sia avvenuto in altre occasioni: cfr. S. TROILO, *La Corte costituzionale e le questioni tecnico-scientifiche in materia sanitaria*, in *Quad. cost.*, 2020, p. 365. Il caso sarebbe l'ordinanza 9 novembre 2006, n. 369, in materia di fecondazione assistita (lì con l'argomento dell'aver il rimettente sollevato la questione su una sola delle varie disposizioni dalle quali lui stesso desumeva la norma sospetta).

plesso delle sentenze in commento fornisce indicazioni almeno indirette sul modo in cui la legislazione in esame può essere assoggettata a sindacato giudiziario.

A tutta prima, non sembrano affatto irresistibili le censure per irragionevolezza, in relazione a nessuna delle differenziazioni o uniformazioni enucleate: la situazione dei lavoratori autonomi è diversa da quella dei dipendenti, appunto perché la tutela della salute collettiva non è mediata dalla responsabilità organizzativa datoriale³²; rispetto a tale esigenza di tutela, è difficile ravvisare un fattore capitale di differenziazione nella posizione di coloro che sono già iscritti all'albo, anche se effettivamente essi sono esposti alla perdita non solo dei compensi (come avviene anche per i lavoratori dipendenti sospesi senza assegno alimentare), ma pure dell'avviamento professionale; la situazione di chi rifiuta di vaccinarsi non può essere paragonata a quella di chi non può farlo³³.

Più serio è il problema della proporzionalità, sotto il profilo del canone del minimo mezzo: non sarebbe stato sufficiente limitare il divieto di prestazioni professionali a quelle sole che comportano contatti e rischi di contagi interpersonali, come era previsto inizialmente³⁴? L'Avvocatura risponde: «rientra nella discrezionalità legislativa scegliere le modalità con cui fronteggiare la situazione pandemica in atto» e, in particolare, demandare agli Ordini professionali la sospensione *tout court* del professionista inadempiente. Si sarebbe potuto aggiungere: introdurre la delimitazione patrocinata dal TAR avrebbe complicato l'attuazione della normativa in questione, vale a dire avrebbe imposto ai competenti organi di vigilanza di accertare come in concreto fossero state organizzate le prestazioni in ipotesi svolte da professionisti non vaccinati³⁵. Come si è provato ad argomentare in altra sede³⁶, diversi fattori consigliano particolare prudenza nel sindacato giudiziario sulle misure pandemiche. Tra questi vi sono le ragioni d'urgenza nel disporre, che possono giustificare ponderazioni più speditive dei diversi interessi in gioco; e inoltre le esigenze di immediatezza e capillarità nell'applicazione, anche amministrativa, delle disposizioni; esigenze, queste ultime, che pure possono concorrere a sostenere in concreto discipline più schematiche e radicali, anche quando in astratto sarebbe stato possibile confezionarne

³² Così ancora l'Avvocatura generale dello Stato: sentenza n. 16 del 2023, p.to 9 in fatto.

³³ Arg. ex sentenza n. 15 del 2023, di cui cfr. specialmente p.ti 13.7 e 14.5: la maggiore protezione del diritto al lavoro di chi non ha potuto vaccinarsi rappresenta una misura solidaristica (posta, nel caso dei dipendenti, a carico del datore di lavoro) giustificata appunto da una situazione oggettiva, indipendente dalla volontà del lavoratore interessato e alla sua disponibilità ad adempiere, a propria volta, a un dovere di solidarietà.

³⁴ D.l. n. 44 del 2021, art. 4, comma 6, ultimo periodo: «[l']adozione dell'atto di accertamento da parte dell'azienda sanitaria locale determina la sospensione dal diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2».

³⁵ La stessa disciplina iniziale per accertare gli inadempimenti degli obblighi vaccinali era stata inizialmente dettata in termini tali, da farla ritenere ad alcuni farraginoso (R. ROMBOLI, *Obbligo di vaccinazione anti Covid e principi costituzionali: a proposito del d.l. n. 44/2021*, in *Quad. cost.*, 2021, p. 573) e barocca (P. VERONESI, *L'obbligo vaccinale anti-Covid per chi opera nella sanità: le ragioni costituzionali di una (legittima) scelta legislativa (come quella del green pass)*, in *Studium Iuris*, 2021, p. 1310), forse perché mirava precipuamente a una sorta di «corteggiamento» degli esitanti (*ivi*, p. 1318).

³⁶ M. MASSA, *A General and Constitutional Outline*, cit., p. 42.

di più differenziate, dettagliate o flessibili. Naturalmente, considerazioni siffatte andrebbero sviluppate calandole nella situazione epidemiologica e vaccinale specifica del momento in cui le misure in questione furono adottate. È un peccato che la relazione illustrativa del disegno di conversione del relativo decreto-legge³⁷ non si soffermi particolarmente sul punto.

4. Dati scientifici: aggiornati e ufficiali

Come i trattamenti sanitari vietati, così pure quelli obbligatori, compresi i vaccini, devono essere determinati «alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte [...], e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia»: è questo un passaggio della sentenza n. 5 del 2018 richiamato sia nella n. 14, sia nella n. 15 del 2023.

Al precedente di cinque anni fa le due decisioni più recenti si rifanno anche sotto altri due profili. In primo luogo, laddove affermano la necessità che i presupposti sanitari ed epidemiologici siano tenuti sotto osservazione costante, in modo che le misure siano opportunamente modulate nei contenuti e anche nella durata³⁸. Lo stesso era avvenuto nel 2018, quando anzi si era stigmatizzato che talune previsioni di controllo e referto periodico fossero state limitate, senza che fosse comprensibile il perché, solo ad alcuni dei vaccini pediatrici allora prescritti³⁹.

In secondo luogo, anche le sentenze in commento identificano i dati salienti con le rilevazioni e le interpretazioni offerte dalle autorità sanitarie ufficiali: Organizzazione mondiale della sanità e, più specificamente, Ministero della salute, Istituto superiore di sanità, Agenzia italiana del Farmaco, Agenzia europea per i medicinali⁴⁰. Anzi, chiosa la sentenza n. 14 quasi piccata⁴¹, il legislatore si è doverosamente basato sui dati forniti da queste autorità di settore, i quali «non possono [...] essere sostituiti con dati provenienti da fonti diverse, ancorché riferibili a “esperti” del settore [...] non è dato vedere con quali criteri scelti»⁴².

³⁷ A.S. n. 2463 (XVIII Legislatura). Si tratta del d.l. n. 172 del 2021, conv. in legge n. 3 del 2022.

³⁸ Sentenza n. 15 del 2023, p.to 8.2.1 in diritto.

³⁹ Sentenza n. 5 del 2018, p.to 8.2.5 in diritto.

⁴⁰ Sentenza n. 14 del 2023, p.to. 10 in diritto; sentenza n. 15 del 2023, p.to 10.3.4 in diritto.

⁴¹ P.to. 11 in diritto.

⁴² Un analogo disagio si trovava espresso in una interessante decisione amministrativa (TAR Trieste, 10 settembre 2021, n. 261, p.to 8.2): «per quanto attiene ai profili tecnico-scientifici delle censure (vale a dire le generali considerazioni sulla sicurezza e sull'efficacia dei vaccini contro il SARS-CoV-2 che accompagnano pressoché tutti i motivi di ricorso), il Tribunale non può prendere in considerazione l'alluvionale quantità di documenti, della più varia natura, provenienza ed attendibilità (che spaziano da interviste ed opinioni di esperti, ad articoli di stampa ufficiale e non, fino a studi scientifici di decine e decine di pagine), depositati dalla ricorrente. Nell'ambito di una disciplina caratterizzata, per il suo stesso statuto epistemologico, da un ineliminabile margine di incertezza, il giudice non può essere chiamato a “pesare”

A quest'ultimo proposito, uno dei giudici rimettenti aveva svolto una propria istruttoria e si era avventurato in un'autonoma lettura dei dati riferiti dalle autorità competenti, in rapporto ad altra documentazione anch'essa autonomamente reperita e interpretata, per giungere ai già enunciati dubbi sulla sicurezza dei vaccini⁴³. Diversamente, la Corte costituzionale non svolge alcuna istruttoria formale. Non lo aveva fatto nemmeno nel 2018, anche se allora aveva potuto appoggiarsi alle risultanze dell'istruttoria legislativa (e non solo)⁴⁴. Nondimeno, la ritrosia a esercitare i poteri istruttori resta del tutto condivisibile: come ha osservato di recente uno dei Vicepresidenti del Collegio, «la scelta degli interlocutori cui rivolgersi rischia essa stessa di non risultare imparziale», «[f]inanco l'impostazione iniziale delle questioni controverse non è di regola agevole e anche la formulazione dei quesiti da porre può sollevare contrasti»⁴⁵; considerazione a maggior ragione pertinente, quando le istituzioni tecnico-scientifiche e le amministrazioni sanitarie esprimono un avviso univoco e concorde⁴⁶. Come è stato osservato di recente, «[p]ensare che la giurisdizione sia affidataria privilegiata della garanzia-attuazione anche di quegli aspetti del diritto alla salute che implicano valutazioni tecnico-scientifiche e l'uso efficiente e razionale delle limitate risorse [...] disponibili è conclusione che si presta a diverse obiezioni»⁴⁷.

In questo senso pare che vada inteso l'inciso della sentenza n. 15, secondo cui «quando la scelta legislativa si fonda su riferimenti scientifici, “perché si possa pervenire ad una declaratoria di illegittimità costituzionale occorre che i dati sui quali la legge riposa siano incontrovertibilmente erronei o raggiungano un tale livello di indeterminatezza da non consentire

e valutare ogni singola opinione o fonte informativa, né avrebbe il potere e la competenza per farlo, ma deve fondare il proprio convincimento sulle informazioni ufficiali, veicolate dalle competenti autorità pubbliche, nello specifico l'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) e l'Istituto Superiore di Sanità (ISS)». La sentenza del TAR cit. era stata commentata favorevolmente da D. DONATI, *La legittimità dell'obbligo vaccinale per gli operatori sanitari*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, p. 120.

⁴³ Cons. giust. amm. Reg. sic., ord. 17 gennaio 2022, n. 38. Vedi poi, nell'ordinanza di rimessione (n. 351 del 2022, cit.) ad esempio p.to 18.1: il Consiglio mette a confronto il rapporto sulla farmacovigilanza del 2022, richiamato nella relazione del collegio peritale (su cui cfr. p.to 4), con quello del 2020. Inoltre (p.to 18.4) il Consiglio si avventura in una consultazione della banca dati europea della farmacovigilanza, per poi (p.to 18.5) delibare le diverse prospettive assunte dal collegio peritale, da un lato, e, dall'altro, dai consulenti dell'interessato in merito dai dati sulla sicurezza dei vaccini.

⁴⁴ A. IANNUZZI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in *Consulta online*, 2018, p. 88. Di questo autore cfr. altresì *Istruttoria e valutazioni tecnico scientifiche*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, n. 1, 2017; *Il diritto capovolto: regolazione a contenuto tecnico-scientifico e costituzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018; *Leggi “science driven” e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *Riv. BioDiritto*, 2020, n. 1 speciale, pp. 119 ss. Vedi diffusamente anche G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Torino, 2020.

⁴⁵ N. ZANON, *La Corte, i poteri istruttori e la dottrina*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 16. Vedi anche in argomento S. TROILO, *op. cit.*, pp. 356 ss.

⁴⁶ Peraltro, il nucleo dei dubbi del CGA si prestava a essere smentito seccamente: un conto sono le segnalazioni di eventi avversi, un altro l'analisi del segnale. Cfr. sentenza n. 14 del 2023, p.to 10.3 in diritto, ove si riportano le pertinenti valutazioni dell'AIFA.

⁴⁷ G. FONTANA, *Ricerca scientifica e libertà di cura. Scientismo ed antiscientismo nella prospettiva costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019, p. 327. Osservazione tanto più interessante, in quanto conclusiva a conclusione di un lungo studio complessivamente orientato, di per sé, a rimarcare gli spazi di autonomia del diritto rispetto alla scienza.

in alcun modo una interpretazione ed una applicazione razionali da parte del giudice”⁴⁸. Considerato che, immediatamente dopo, si passa appunto a considerare gli apporti delle istituzioni di settore, l’inciso sembra voler dire che, quando tali apporti danno indicazioni significative, univoche ed esenti da vizi macroscopici, non è dato invalidare le leggi che si basano su di essi⁴⁹. Il che, naturalmente, dà evidenza ancora maggiore al ruolo di queste autorità nel riempire di significato concetti anche costituzionali, come quello di salute o, quantomeno, di ciò che alla salute giova o nuoce⁵⁰: un aspetto sul quale l’Italia non è forse del tutto preparata, se durante la pandemia ha dovuto munirsi di un apposito Comitato tecnico-scientifico, allestito in tutta fretta, con un atto amministrativo commissariale⁵¹.

5. Ambiti delle valutazioni scientifiche

Un altro motivo di interesse delle sentenze nn. 14 e 15 del 2023 sta in alcune precisazioni sul campo da esse riconosciuto alle valutazioni scientifiche, aspetto che si intreccia con il duplice presupposto della beneficenza (o beneficalità) del trattamento imposto⁵² e della sua prevista innocuità (sicurezza)⁵³.

Sul primo profilo, in risposta ai dubbi del Tribunale di Padova, la Corte afferma che il beneficio atteso dal vaccino, in relazione alla pandemia, può ben consistere anche solo nella riduzione percentuale della complessiva circolazione del contagio⁵⁴, non necessariamente nell’attitudine a proteggere dal contagio ciascun singolo individuo con livelli di probabilità prossimi alla certezza.

⁴⁸ P.to 10.3.3 in diritto. È una citazione dalla sentenza n. 114 del 1998, dove però la questione si poneva in termini alquanto differenti: l’elemento normativo in questione (distinzione tra intossicazione abituale o cronica, da alcol da stupefacenti) era bensì tutt’altro che pacifico dal punto di vista scientifico (psichiatrico e medico-legale), ma poteva trovare un assestamento nell’interpretazione giurisprudenziale, inquadrato sistematicamente e logicamente (soprattutto alla luce del principio di colpevolezza).

⁴⁹ Il che non vuol dire affatto, peraltro, che in assenza di dati certi sia precluso al legislatore di intervenire: può, anzi deve, farlo secondo criteri di precauzione, oltre che di ragionevolezza e proporzionalità. Cfr. G. FONTANA, *op. cit.*, pp. 155 ss. (165-166 sull’applicazione del principio agli obblighi vaccinali); L. BUSATTA, *Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento e soggetto della regolazione*, in *Costituzionalismo.it*, 2021, p. 147.

⁵⁰ E quindi ai – decisivi – requisiti di integrità della ricerca scientifica che devono caratterizzare il loro operato: *ivi*, p. 160.

⁵¹ Vedi in argomento da ultimo G. RAGONE, *Imparare dalla pandemia: saperi scientifici e processi di decisione politica*, in *Quad. cost.*, 2022, pp. 73 ss.

⁵² È il primo presupposto pacificamente riconosciuto per la legittima imposizione di obblighi vaccinali: devono servire non solo a migliorare o a preservare la salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare quella degli altri. Si ricordi, peraltro, che la vaccinazione antitetanica è obbligatoria da lungo tempo (legge n. 292 del 1963: in età pediatrica, per alcune categorie di lavoratori e per gli sportivi affiliati alle federazioni del CONI) nonostante la malattia non si trasmetta da persona a persona. In proposito, l’ordinanza 22 luglio 2004, n. 262, ha rimarcato soprattutto la responsabilità di proteggere i minori, anche contro scelte pregiudizievoli dei genitori.

⁵³ È il secondo presupposto: dal trattamento imposto non devono essere previste conseguenze negative sulla salute di chi vi è assoggettato, tranne quelle normali di ogni intervento sanitario, temporanee e di scarsa entità, per questo tollerabili. Cfr. ad es. sentenza n. 15 del 2023, p.to 10.2 in diritto.

⁵⁴ Sentenza n. 15 del 2023, p.to 11.1 in diritto.

Sul secondo profilo, sono diversi i punti di interesse, entrambi enunciati in risposta al CGA. La sicurezza del vaccino non è esclusa dal fatto che, come per tutti i medicinali, la somministrazione possa determinare, in astratto, eventi avversi, anche gravi: anche quando questi rischi sussistano, e sia impossibile individuare preventivamente i pazienti per i quali essi possono concretizzarsi⁵⁵, decisiva è la stima – da compiersi, si ripete, alla luce dei dati scientifici ufficiali e aggiornati – dell’«incidenza a livello generale» del manifestarsi di tali eventi «anche in relazione alla loro gravità»⁵⁶. Chi e come stabilisce se il rischio di eventi avversi gravi, preventivabile in astratto, è determinabile in concreto, senza difficoltà insormontabili? Se, in altre parole, la somministrazione del vaccino, per risultare sicura, debba essere preceduta da determinati test, esami, verifiche o come meglio? La risposta si evince dalle osservazioni sulla asserita necessità di test pre-vaccinali e rimanda a quanto già detto: contano gli standard della pratica medica e le raccomandazioni delle autorità scientifiche istituzionali⁵⁷.

Queste osservazioni contribuiscono a dare spessore a quella che alcuni chiamano la riserva di scienza⁵⁸ ed altri gli accertamenti tecnici che condizionano la legittima erogazione e, a maggior ragione, l'imposizione di un trattamento sanitario⁵⁹. Sicuramente, queste valutazioni o accertamenti incorporano anche alcune delle «scelte tragiche» di cui parla la sentenza n. 14⁶⁰: appunto, la determinazione delle pratiche di *triage* congrue e la valutazione del rapporto tra rischi e benefici⁶¹. Il punto richiederebbe approfondimenti anche interdi-

⁵⁵ Nel qual caso, però, è dovuto un indennizzo, in forza di un filone giurisprudenziale anch'esso consolidato (su cui cfr. D. MORANA, *Obblighi e raccomandazioni in tema di vaccinazioni, tra discrezionalità legislativa ed estensione del diritto all'equo indennizzo*, in *Oss. AIC*, 2021, p. 233), applicabile a tutti i casi in cui una valutazione sia promossa nell'interesse pubblico, mediante la tecnica dell'obbligo o della raccomandazione, da parte di una Regione o dello Stato.

⁵⁶ Sentenza n. 14 del 2023, p.to 5.3 in diritto.

⁵⁷ *Ivi*, p.to 14.2 in diritto. Non è la prima volta che la Corte si confronta con il punto: cfr. sentenza 23 giugno 1994, n. 258, in cui la questione dell'insufficienza della anamnesi era stata posta in relazione al vaccino contro l'epatite B. La Corte la ritenne inammissibile, perché estranea ai propri poteri di intervento. Nondimeno, richiamò il legislatore a garantire «gli accertamenti preventivi idonei a prevedere ed a prevenire i possibili rischi di complicanze», sia pure «entro limiti di compatibilità con le [...] esigenze di generalizzata vaccinazione», dunque evitando «che la prescrizione indiscriminata e generalizzata di tutti gli accertamenti preventivi possibili, per tutte le complicanze ipotizzabili e nei confronti di tutte le persone da assoggettare a tutte le vaccinazioni oggi obbligatorie rendesse di fatto praticamente impossibile o estremamente complicata e difficoltosa la concreta realizzabilità dei corrispondenti trattamenti sanitari». La responsabilità di determinare questi «standards di fattibilità», si ripete, era ascritta al legislatore, le cui valutazioni discrezionali «potrebbero dover tenere anche conto del rapporto tra costi e benefici, eventualmente stabilendo criteri selettivi in ordine alla utilità – apprezzata anche in termini statistici – di eseguire gli accertamenti in questione».

⁵⁸ Ne esistono trattazioni anche monografiche: da ultimo, D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute*, Pisa, 2019.

⁵⁹ A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Riv. AIC*, 2021, pp. 432, 444.

⁶⁰ Riferendosi, peraltro, alla sentenza 18 aprile 1996, n. 118, sul caso assai spinoso del vaccino contro la poliomielite che, in casi rarissimi, innescava la malattia. A propria volta, questa terminologia è ricalcata su quella di un notissimo saggio statunitense del 1978, edito anche in Italia: P. BOBBIT, G. CALABRESI, *Scelte tragiche*, Milano, 1986. Vedi anche *Tragic choices, 42 anni dopo. Philip Bobbitt riflette sulla pandemia*, intervista di R. CONTI a P. BOBBIT, in *www.giustiziasieme.it* (17 maggio 2020).

⁶¹ Così la sentenza n. 14 del 2023, p.to 10.3 in diritto, laddove si riporta adesivamente che l'AIFA «sostiene con chiarezza che la CMA (*conditional marketing authorization*, autorizzazione all'immissione in commercio condizionata) «certifica

sciplinari qui impossibili, ma pare piuttosto evidente che si vada al di là dei profili strettamente biologici, in un campo di apprezzamenti statistici e clinico-pratici, ai confini con l'organizzazione e l'economia sanitaria⁶². È un crinale delicato. Certamente corrisponde ai molteplici risvolti del concetto di appropriatezza⁶³. Nondimeno, ci si potrebbe chiedere se, man mano che ci si sposta verso questi ultimi versanti, il confine con l'area rimessa alle valutazioni della legge e dell'amministrazione non si faccia più sfuggente. Per essere più chiari: non sembra seriamente revocabile in dubbio che l'attuazione del diritto costituzionale alla tutela della salute risenta della natura sociale di questo diritto e, dunque, della responsabilità pubblica di valutare l'efficienza e la razionalità dell'allocazione delle risorse⁶⁴. La questione, se mai, è quale sia il ruolo rispettivo della scienza e della politica, quando questo aspetto – più di quello clinico – si rivela quello decisivo. In ogni caso, quanto detto accresce l'importanza delle garanzie di aggiornamento, certezza e trasparenza delle procedure di valutazione delle autorità medico-sanitarie, nonché il problema delle decisioni e responsabilità politiche che si collocano a valle di valutazioni siffatte.

6. Ambiti delle valutazioni politiche

Il campo che le sentenze in esame riconducono in modo più ampio alle scelte politiche è, appunto, a valle delle valutazioni di appropriatezza: posto che determinati trattamenti e pratiche siano benefici, prevedibilmente innocui e appropriati, spetta alla politica stabilire

che la sicurezza, l'efficacia e la qualità dei medicinali autorizzati, nel caso specifico del vaccino, sono comprovate e che i benefici sono superiori ai rischi». Nessuna delle ordinanze decise con le pronunce in commento si è avventurata a sollevare la questione (agitata in dottrina: A. MANGIA, *op. cit.*, pp. 432 ss.) se gli accertamenti di efficacia e sicurezza presupposti dalla CMA siano di per sé insufficienti a giustificare l'obbligo vaccinale [il CGA l'ha dichiarata manifestamente infondata, cfr. ordinanza 22 marzo 2022, n. 351 (n. RO 38/2022), p.to 17.1]. Qualcosa di solo parzialmente simile si ritrova nel primo dei quesiti rivolti dal Tribunale di Padova alla Corte di Giustizia nella cit. causa C-765/21: «se le autorizzazioni condizionate della Commissione [...] possano essere considerate ancora valide [...] alla luce del fatto che, in più Stati membri [...] sono state approvare cure alternative al COVID SARS 2 efficaci e *in thesi* meno pericolose per la salute della persona» (altri, fra i quesiti contestualmente sollevati, riecheggiano alcuni dei dubbi respinti dalla Corte costituzionale con le sentenze in commento).

⁶² Profilo che emerge anche altrove: cfr. ad es. sentenza n. 15 del 2023, punto 11.3, laddove si esclude che l'esecuzione periodica e frequente di tamponi sia idonea a conseguire lo stesso risultato preventivo delle vaccinazioni (sia perché ovviamente essa non previene il contagio, né copre tutte le finestre di tempo, sia) perché «avrebbe avuto costi insostenibili e avrebbe comportato uno sforzo difficilmente tollerabile per il sistema sanitario, già impegnato nella gestione della pandemia» (sentenza n. 15 del 2023, p.to 11.3 in diritto; sentenza n. 14 del 2023, p.to 13.1 in diritto). Questi sono, però, aspetti che le due sentenze riconducono all'ambito di valutazione politica sulla proporzionalità dell'obbligo vaccinale agli scopi perseguiti.

⁶³ Risvolti clinici, organizzativi e financo temporali, che condizionano la stessa inclusione di un trattamento sanitario nei livelli essenziali di assistenza: cfr. R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio sanitario nazionale*, e M. COSULICH, G. GRASSO, *Le prestazioni sanitarie*, entrambi in R. BALDUZZI, G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, pp. 35, 347-349.

⁶⁴ Cfr., con riguardo alla materia qui in esame, G. FONTANA, *op. cit.*, p. 175, ed estesamente L. BUSATTA, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, 2018, pp. 83 ss.

come proporli al pubblico, se mediante la tecnica della persuasione o quella della prescrizione, e poi secondo quali formulazioni specifiche dell'una o dell'altra⁶⁵.

Anche questa affermazione è del tutto in linea con i precedenti. Vi si era affermato che rientra nella discrezionalità del legislatore non solo scegliere tra la raccomandazione e l'obbligo, ma anche, «nel secondo caso, calibrare variamente le misure, anche sanzionatorie, volte a garantire l'effettività dell'obbligo»⁶⁶. In effetti, «nell'orizzonte epistemico della pratica medico-sanitaria la distanza tra raccomandazione e obbligo è assai minore di quella che separa i due concetti nei rapporti giuridici»⁶⁷: la medicina può dire se un trattamento è appropriato e, in questo senso, doveroso in vista dell'obiettivo di garantire la salute; spetta alla politica tradurre questa doverosità medica in doverosità giuridica di prestazione, o addirittura in obbligo individuale di ricevere il trattamento, stabilendo le relative regole, condizioni e garanzie⁶⁸.

Le sentenze in esame squadernano molte delle dimensioni di questa discrezionalità e responsabilità, e la loro attitudine a mutare nel tempo, con il mutare delle circostanze. Nel caso, si è trattato di scegliere a quali categorie offrire prioritariamente il vaccino; poi, di introdurre gradualmente l'obbligo «solo dopo alcuni mesi dall'avvio della campagna vaccinale [...], tenendo conto, evidentemente, della non completa adesione allo stesso nell'ambito delle categorie interessate»⁶⁹; ancora, di stabilire gli esatti termini giuridici di questo obbligo, le procedure per la verifica del suo adempimento, le possibilità di ricollocazione in mansioni differenti e le ricadute sul trattamento retributivo. Valutazioni, le ultime due, che si intrecciavano a propria volta con quelle sulle esigenze operative di specifiche compagnie aziendali, segnatamente sanitarie⁷⁰, e in generale con la stima degli oneri posti a carico dei datori di lavoro.

Qui difficilmente si potevano applicare parametri costituzionali diversi dai principi generali di proporzionalità (bilanciamento di principi in una singola situazione normativa) e

⁶⁵ Torna alla mente la riflessione di N. BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1969, pp. 1313 ss.; *La funzione promozionale del diritto rivisitata*, in *Sociol. dir.* 1984, 3, pp. 7 ss. su incentivazione e sanzione come funzioni entrambe ascrivibili al diritto, anche se la raccomandazione può passare sia mediante l'offerta di veri e propri benefici (la somministrazione gratuita di un trattamento), sia mediante strategie di persuasione.

⁶⁶ Sentenza n. 5 del 2018, ancora p.to 8.2.1 in diritto.

⁶⁷ *Ivi*, p.to 8.2.4 in diritto. Su questo inciso cfr. le opposte valutazioni di A. IANNUZZI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni*, cit., p. 93, e D. MORANA, *Obblighi e raccomandazioni*, cit., p. 245.

⁶⁸ La comune finalità delle varie tecniche è evidenziata anche dalle sentenze 26 maggio 2020, n. 118, e 14 dicembre 2017, n. 269. Vedi in argomento B. LIBERALI, *op. cit.*, p. 344, ed *ivi* riferimenti agli altri saggi della stessa autrice su questo tema.

⁶⁹ Sentenza n. 15 del 2023, p.to 10.3.1 in diritto. Il piano è stato adottato e aggiornato con due decreti ministeriali del 2 gennaio e del 12 marzo 2021, in base alle norme previste nella legge di bilancio per il 2021 (n. 178 del 2020, art. 1, commi 457 e seguenti). Tuttavia, era stato già comunicato alle Regioni e discusso e approvato dal Parlamento nel dicembre 2020. Gli operatori sanitari e sociosanitari vi erano indicati come categorie da vaccinare con priorità assoluta, con le seguenti motivazioni (vedi il piano stesso in G.U., serie generale, 24 marzo 2021, n. 72, p. 29): rischio più elevato di contrarre l'infezione, nonché di trasmetterla a pazienti vulnerabili; opportunità di mantenere la resilienza del servizio sanitario; principio di reciprocità, indicato dallo *Strategic Advisory Group of Experts on Immunization* (SAGE) dell'OMS (*WHO SAGE values framework for the allocation and prioritization of COVID-19 vaccination*, 14 settembre 2020).

⁷⁰ Sentenza n. 15 del 2023, p.to 13.4 in diritto.

ragionevolezza (giudizio triadico sulle differenziazioni o uniformazioni di trattamento di due situazioni normative, in rapporto a un determinato principio costituzionale)⁷¹. Di queste applicazioni, ci si limita a sottolineare due aspetti: diversamente da quanto avvenuto in altri casi⁷², la Corte non abbraccia la logica dei numeri e si astiene dal considerare dati sui tassi di esitazione vaccinale, categoria per categoria, o sui problemi effettivi delle strutture sanitarie; in questo senso, il sindacato di proporzionalità si mostra particolarmente deferente. Inoltre, in modo del tutto condivisibile il giudizio accosta le norme speciali in esame al paradigma generale del rapporto di lavoro, sotto il profilo della sinallagmaticità e dei doveri per la tutela della sicurezza che incombono su tutte le imprese. Certo, ci sono differenze tra le due normative. In linea generale, rifiutare un vaccino (non obbligatorio per specifica previsione di legge, ma) fornito dal datore di lavoro, «su conforme parere del medico competente», per la prevenzione di un rischio specifico di contagio, comporta che il lavoratore sia adibito, «ove possibile, a mansioni equivalenti o, in difetto, a mansioni inferiori garantendo il trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza»⁷³; si discute, poi, di cosa dovrebbe accadere ove la ricollocazione non sia possibile⁷⁴. La normativa speciale, invece, ha sancito un obbligo espresso, ha assorbito in se stessa le valutazioni sulla necessità del vaccino; ha prefigurato con precisione, e variabile grado di rigore, le conseguenze del rifiuto di vaccinarsi; ha configurato in termini nettamente differenti i doveri di solidarietà nei confronti dei lavoratori che si trovano nell'impossibilità di svolgere le proprie mansioni per cause indipendenti dalla propria volontà. Ma qui, davvero, senza scomodare la teoria dell'emergenza come fonte fatto, sono la specificità della situazione e il carattere quasi (o forse proprio) provvedimentale delle misure adottate a rendere molto difficile che, nella comparazione con i paradigmi generali, si potesse addivenire a un'univoca conclusione di irragionevolezza.

⁷¹ Per maggiori, ancorché preliminari, precisazioni sul senso in cui uso queste categorie rinvio a M. MASSA, *Il giudizio di bilanciamento: una giurisprudenza costituzionale orientata al caso? Notazioni introduttive*, in corso di pubblicazione su *Lo Stato*. I riferimenti all'applicazione della tecnica del bilanciamento (ossia, del test giudiziario di proporzionalità, in applicazione del relativo principio) sono molto diffusi nella letteratura in argomento: cfr. ad es. C. PINELLI, *op. cit.*, p. 102; in riferimento ai vaccini contro il COVID-19 G. GEMMA, *La vaccinazione obbligatoria è utile ed è costituzionalmente legittima*, in *Rivista AIC*, 2021, pp. 338, 351, ma *passim*, il quale è tra coloro che hanno argomentato con maggiore perentorietà nel senso corrispondente al titolo, insieme ad A. RUGGERI, *La vaccinazione contro il Covid-19 tra autodeterminazione e solidarietà*, in *Dirittifondamentali.it*, 2021, pp. 170 ss. Vedi anche A. D'ALOIA, *Introduzione*, in *La tempesta del Covid. Dimensioni bioetiche*, a cura di Id., Milano, 2021, p. 20, il quale trova addirittura «sorprendente [...], almeno nei termini in cui è stata proposta, la discussione sulla obbligatorietà o meno del vaccino anti-Covid», a paragone delle limitazioni imposte ai diritti nella fase del cd. *lockdown*.

⁷² Il riferimento è sempre alla sentenza n. 5 del 2018, la cui analiticità era stata diffusamente notata, ad es. da C. PINELLI, *op. cit.*, il quale l'aveva messa in relazione con l'intento di rivolgersi anche all'opinione pubblica, in merito a una materia divenuta «scabrosa» (103).

⁷³ D.lgs. n. 81 del 2008, artt. 279, comma 2, e 42 (Testo unico in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, TUSL).

⁷⁴ Vedi in argomento M. MASSA, *Lavoro e vaccinazione contro il Covid-19. Note costituzionali su un dibattito giuslavoristico*, in *Quad. cost.*, 2021, pp. 89 ss.

7. Oneri e obblighi

Un ultimo aspetto merita di essere sottolineato per la sua assenza: la questione se l'imposizione dei vaccini in esame configurasse un onere o un obbligo. La legge parla testualmente di obbligo, anche se poi soggiunge che la vaccinazione «costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative dei soggetti obbligati». Nemmeno questa, peraltro, è una novità: anche la ben collaudata e già citata legge sulla vaccinazione antitetanica ne parlava in termini di obbligo quando lo prescriveva a coloro che fossero impegnati in determinate attività, lavorative o sportive, dunque come condizione per il legittimo svolgimento di queste stesse attività. Senza la pretesa di entrare in disamine dogmatiche, quando sia la legge a imporre un trattamento sanitario il confine tra le due categorie è certamente evanescente. È più facile parlare di obbligo, quando l'inadempimento sia passibile di sanzione penale o amministrativa. È più difficile farlo, quando la conseguenza sia la preclusione della libertà di iniziare una determinata attività, lo svolgimento della quale comporti rischi di infezione. In mezzo, c'è un mare di situazioni intermedie: ad esempio, la preclusione di un'attività già in corso, magari costituzionalmente tutelata⁷⁵, o comunque preclusioni tali e tante da incidere in modo rilevante sulla sfera giuridica e sulle abitudini di vita degli interessati⁷⁶.

Di tutto questo, tanto i rimettenti quanto la Corte costituzionale non si occupano. Ed è giusto così: il secondo comma dell'art. 32 Cost. si presta a essere interpretato nel senso che si applica a tutti in casi in cui una incisione della sfera giuridica soggettiva si ricolleggi al rifiuto di un trattamento sanitario⁷⁷; in tutti questi casi, devono essere osservate sia la riserva di legge, sia i «limiti imposti dal rispetto della persona umana»⁷⁸, sia i principi generali di proporzionalità e ragionevolezza.

8. Postilla: una quarta sentenza

Quando questo commento a prima lettura delle tre sentenze citate era prossimo alla chiusura, ne è sopraggiunta una quarta, anch'essa relativa alla vaccinazione contro il COVID-19, ma in una situazione normativa differente, vale a dire nel contesto dell'ordina-

⁷⁵ Era uno dei temi posti dal TAR della Lombardia.

⁷⁶ Cfr. in argomento P. VERONESI, *op. cit.*, pp. 1316 ss.

⁷⁷ Cfr. M. LUCIANI, *op. cit.*, pp. 47-49.

⁷⁸ L'analisi specifica di questa clausola è rimasta in secondo piano, rispetto ai contenuti della giurisprudenza costituzionale sugli obblighi vaccinali. Per alcune notazioni, sia pure con riguardo ad un altro tipo di trattamenti sanitari, coattivi e non semplicemente obbligatori, rinvio a M. MASSA, *Contenzione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg. X*, Padova, 2016, pp. 64-65.

mento militare⁷⁹. Delle questioni sollevate, ne è accolta solo una (le altre restano assorbite⁸⁰), relativa a un aspetto estraneo alle considerazioni svolte sopra. In estrema sintesi, la riserva di legge di cui all'art. 32, secondo comma, Cost., esigerebbe che la fonte primaria identifichi uno specifico vaccino, anche quando la decisione di renderlo obbligatorio è demandato all'autorità amministrativa. Il problema si è posto in relazione a una norma del codice dell'ordinamento militare che presentava appunto una lacuna siffatta; non riguarda la normativa specificamente dedicata alle vaccinazioni contro il COVID-19, neppure nella misura in cui esse si rivolgono al personale della difesa⁸¹. Non sembra quindi necessario soffermarsi qui su tale problema e sulla soluzione che esso ha ricevuto. Si possono solo riassumere alcune considerazioni già svolte in altra sede⁸²: non solo nell'art. 32, secondo comma, Cost. (il carattere «determinato» del trattamento sanitario imposto), ma anche nella legislazione esistono indici normativi chiari della necessaria specificità degli obblighi vaccinali; ciò, peraltro, non esclude che norme non altrettanto specifiche (come quelle del TUSL⁸³) possano attribuire rilevanza, e anche effetti sfavorevoli, al rifiuto di vaccinarsi (ad esempio, opposto dal lavoratore alla proposta, non certo di per sé obbligante, del datore di lavoro); non è contraddittorio ritenere un tale rifiuto costituisca contemporaneamente sia esercizio di un diritto soggettivo (rifiuto di trattamenti non specificamente prescritti dalla legge), sia causa di una situazione obiettiva che può comportare effetti giuridicamente rilevanti (nel caso, inidoneità alle mansioni a rischio di contagio, spostamento ad altre mansioni ecc.). Se poi, a questo proposito, riacquisti rilevanza la possibilità di distinguere oneri e obblighi, è questione che resta al di fuori non solo delle tre sentenze di cui sopra, ma anche della recentissima n. 23⁸⁴, che si può dunque oggi serenamente tralasciare.

⁷⁹ Sentenza 20 febbraio 2023, n. 25.

⁸⁰ Riguardavano la pretesa finalizzazione dell'obbligo vaccinale a finalità estranee alla tutela della salute (p.to 5 in fatto) e l'asserita violazione del rispetto della persona umana per il carattere non definitivo dell'autorizzazione all'immissione in commercio dei vaccini (p.to 7 in fatto).

⁸¹ Ivi vedi infatti p.to 7.2 in diritto.

⁸² M. MASSA, *Lavoro e vaccinazione contro il Covid-19*, cit., pp. 93-95, 99, 104.

⁸³ Le quali, si ribadisce, non menzionano un singolo vaccino, ma più generalmente qualsiasi vaccino che il datore di lavoro, su parere conforme del medico competente, proponga come misura di sicurezza contro il rischio di esposizione ad agenti biologici.

⁸⁴ Della quale v., in proposito, il p.to 5 in diritto: ivi, ritiene la Corte, veniva in rilievo un vero e proprio obbligo, come risulta dai lavori preparatori (5.2), tutt'altro che smentiti dall'interpretazione delle disposizioni in esame (5.1).

Osservazioni sulla pienezza del diritto alla salute e sull'indennizzo da vaccino ex art. 3 della l. n. 210/1992*

[C. cost., sent. 9 febbraio-6 marzo 2023, n. 35, rel. San Giorgio, red. Petitti]

Vincenzo Desantis**

SOMMARIO: 1. La pronuncia: informazioni di base. – 2. La decadenza “mobile” nei rapporti di durata: la questione. – 3. Decadenza dall'indennizzo vaccinale e decadenza “mobile” previdenziale: situazioni diverse o situazioni uguali? – 4. La soluzione della Corte: un buon compromesso? – 5. La pienezza del diritto alla salute: nuovo episodio. – 6. Conclusioni: la solidarietà corrisposta.

1. La pronuncia: informazioni di base

Con la sentenza n. 35/2023, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, della legge 25 febbraio 1992, n. 210 (*Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati*), nella parte in cui non prevede che il termine decadenziale previsto per richiedere l'indennità riconosciuta dalla legge decorra anche dal momento in cui ne sia stata affermata l'effettiva *indennizzabilità*¹.

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Assegnista di ricerca di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Trento, vincenzo.desantis@unitn.it.

La pronuncia in parola – ascrivendosi, a pieno titolo, entro il filone giurisprudenziale con cui la Corte ha, progressivamente, esteso il novero delle garanzie riconoscibili ai soggetti danneggiati da vaccinazioni e trattamenti a queste assimilabili – rimedia a una situazione di grave ingiustizia nell'accesso al ristoro per i danni subiti dalle pratiche mediche in questione, riaffermando, allo stesso tempo, la pienezza della tutela della salute e l'impossibilità che essa subisca cedimenti o restringimenti in ragione di interessi collegati alla finanza pubblica.

2. La decadenza “mobile” nei rapporti di lunga durata: la questione

L'ordinanza di rimessione con la quale il giudice *a quo* ha sollevato la questione di costituzionalità esaminata dalla Corte si appuntava sulla disposizione già menzionata² *nella parte in cui non prevedeva che l'effetto di decadenza conseguente alla presentazione della domanda oltre il triennio, decorrente dal momento in cui l'avente diritto risulti aver avuto conoscenza del danno, si limitasse ai ratei relativi al periodo antecedente al suddetto periodo triennale.*

Nel giudizio presupposto, la Corte di cassazione, giudice remittente, si trovava a decidere su un ricorso, proposto dal Ministro della Salute avverso una sentenza di appello, che, confermando la decisione di primo grado, aveva limitato gli effetti della decadenza prevista dalla disposizione censurata alle sole *rate* dell'indennizzo maturate entro il triennio (e, cioè, prima della scadenza del termine).

¹ Cfr. il PQM della sent., dove si legge: «Per Questi Motivi // La Corte costituzionale // 1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, della legge 25 febbraio 1992, n. 210 (Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati), nella parte in cui, al secondo periodo, dopo le parole «conoscenza del danno», non prevede «e della sua indennizzabilità» // 2) dichiara inammissibile l'intervento spiegato dall'Associazione malati emotrasfusi e vaccinati (AMEV). Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 9 febbraio 2023». Per un commento molto recente, v. M. CHIRONI, *Danni da vaccino: la conoscibilità dell'indennizzo è presupposto per la decorrenza del termine decadenziale. Il quesito della Corte di cassazione resta senza risposta*, in *Labor, Il lavoro nel diritto*, 6 aprile 2023, disponibile all'indirizzo: <https://www.rivistalabor.it/wp-content/uploads/2023/04/pdmr.pdf> (ultima consultazione d.d. 11 aprile 2023)

² L'art. 3, comma 1 della l. n. 210/1992 disponeva: «1. I soggetti interessati ad ottenere l'indennizzo di cui all'articolo 1, comma 1, presentano alla USL competente le relative domande, indirizzate al Ministro della sanità, entro il termine perentorio di tre anni nel caso di vaccinazioni o di epatiti post-trasfusionali o di dieci anni nei casi di infezioni da HIV. I termini decorrono dal momento in cui, sulla base delle documentazioni di cui ai commi 2 e 3, l'avente diritto risulti aver avuto conoscenza del danno. La USL provvede, entro novanta giorni dalla data di presentazione delle domande, all'istruttoria delle domande stesse e all'acquisizione del giudizio di cui all'articolo 4, sulla base di direttive del Ministero della sanità, che garantiscono il diritto alla riservatezza anche mediante opportune modalità organizzative».

Così interpretando, il giudice di merito aveva applicato analogicamente al caso di specie lo schema della c.d. *decadenza mobile*, stabilito per i trattamenti pensionistici, ai sensi dell'art. 47, comma 6, del d.P.R. 30 aprile 1970, n. 639³.

La questione, già battuta in occasione di altre vicende, è nota e si appunta sull'estensione di questa peculiare disciplina alle cause di decadenza previste dalla legge, in particolare laddove riguardino l'esercizio di diritti che maturano nel tempo, come sono – tra gli altri – anche quelli da risarcimento o da indennizzo di pregiudizi lungolatenti⁴.

A ben intendere, l'ordinanza che ha rimesso la questione alla Corte si interrogava sull'ipotesi che la disposizione censurata fosse incostituzionale per il fatto di escludere, una volta decorso il termine decadenziale previsto dalla legge, sia il conseguimento della parte di indennizzo maturata “in costanza di decorrenza dei termini”, sia la parte di esso che maturasse *successivamente* allo spirare del termine decadenziale.

In particolare, il quesito sottoposto alla Corte (e relativo, appunto, all'incostituzionalità della disposizione per la mancata previsione di un meccanismo di “decadenza mobile”) si chiedeva se la previsione di una decadenza formalmente automatica, come quella stabilita dalla legge, dovesse ritenersi costituzionalmente compatibile anche nella misura in cui essa concernesse pure la parte del danno indennizzabile maturata *dopo* il decorso del termine decadenziale (soluzione, questa, che avrebbe, conseguentemente, lasciato imprejudicato il diritto, da parte dei danneggiati, di richiedere il ristoro del danno subito per la parte prodottasi al di là dello spirare del termine decadenziale).

La questione, che involge anche profili di grande interesse e gravità, si mostra tanto più ardua e complessa quanto più si consideri che, come è noto, i danni derivanti da vaccinazioni, emotrasfusioni e trattamenti a queste assimilabili possono, sfortunatamente, assume-

³ La Corte rimettente espone di dover decidere sul ricorso proposto dal Ministero della salute avverso una sentenza d'appello che, nel confermare la decisione di primo grado, aveva ritenuto corretto applicarsi all'indennizzo per danno vaccinale chiesto oltre il termine triennale di legge il criterio della decadenza cosiddetta “mobile”, in base al quale la causa estintiva del diritto indennitario opera limitatamente ai ratei interni al triennio.

⁴ Sul tema della decadenza *mobile*, quantomeno con riguardo alla materia tributaria, v., tra gli altri, C. TAGLIENTE, *Considerazioni in materia di decadenza nei giudizi per prestazioni previdenziali*, in *Informazioni previdenziali*, 2012, p. 82; S. CATINI, *Le prestazioni previdenziali tra prescrizione e decadenza alla luce delle recenti modifiche*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2012, p. 657; M. MARASCA, *Ancora sulla decadenza sostanziale in materia previdenziale (Corte di cassazione, sezione lavoro, 23 agosto 2011, n. 17562)*. Con nota, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 1, 2012, p. 209; F. CATINI, *La prescrizione e la decadenza nelle prestazioni previdenziali nella prassi applicativa dell'INPS*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 4, 2014, p. 621. Sul danno lungolatente anche, specificamente, da emotrasfusioni cfr., invece, tra gli altri, A. LEPORE, *La decorrenza della prescrizione e i crediti risarcitori per danni lungolatenti*, in *Giurisprudenza italiana*, 2022, p. 2793; R. PUCCELLA, *Danno da vaccini, probabilità scientifica e prova per presunzioni*, in *Responsabilità civile e Previdenza*, n. 6, 2017, p. 1796; D. MARCELLO, *Responsabilità da emotrasfusioni e danni lungolatenti*, in *Le Corti fiorentine*, 2016, p. 81; M. GAZZARA, *Brevi note in tema di danni lungolatenti e assicurazione di r.c. professionale*, in *Le Corti salernitane*, n. 3, p. 390, 2014; A. QUERCI, *Sicurezza e danno da prodotti medicali*, Giappichelli, Torino, 2011; D. GIANTI, *Danno da emotrasfusione e questioni di legittimazione passiva: quando un errore costa caro*, commento a Cass. civ., Sez. III, 1 dicembre 2009, n. 25277, in *Danno e responsabilità*, n. 11, 2010; E. LA ROSA, *Danni da emotrasfusioni: evoluzione del sistema e principio di precauzione*, in F. ALCARO, C. FENGA, E. MOSCATI (a cura di), *Valori della persona e modelli di tutela contro i rischi ambientali e genotossici*, Firenze, Firenze University Press, 2008; p. 1; M. PULICE, *Il danno da emotrasfusione: dieci sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Pratica Medica & Aspetti Legali*, 2, n. 4, 2008, p. 185.

re dimensioni particolarmente critiche, capaci di condizionare, anche nel lungo periodo, la qualità della vita dei soggetti che ne siano colpiti⁵.

La Corte, riparametrando la misura del suo intervento sulle esigenze sottese al giudizio presupposto, fornisce una risposta utile alla risoluzione del caso concreto, lasciando, al contempo, il legislatore libero di regolare, discrezionalmente, modalità, termini e latitudine dell'esercizio del diritto indennitario.

3. Decadenza dall'indennizzo vaccinale e decadenza "mobile" previdenziale: situazioni diverse o situazioni eguali?

Nel corso del giudizio, il giudice remittente si avvedeva di non poter applicare analogicamente la normativa prevista per la decadenza mobile previdenziale⁶, per il fatto che la disposizione sulla decadenza dall'indennizzo vaccinale *non* faceva «*cenno alcuno ad un effetto decadenziale limitato a singole parti della prestazione economica oggetto del diritto*»⁷. Stando alla ricostruzione del contenuto dell'ordinanza di rimessione, così come operata dalla Corte, la mancanza di elementi sufficienti a operare un'applicazione analogica del criterio di decadenza mobile ha indotto il Giudice remittente a interrogarsi sulla *ragionevolezza* della previsione censurata (la quale non consente, come visto, di modulare gli effetti della decadenza dal diritto), operando un confronto tra questa disposizione e il *tertium comparationis* previdenziale, rappresentato, come si è detto, dalla decadenza *mobile* previdenziale *ex d.P.R. n. 639/1970*⁸: un quesito davvero interessante.

⁵ Cfr. *Ritenuto in fatto*, 1.2, Il periodo, dove si legge: «*Protraendosi ben oltre il triennio di legge, la menomazione vaccinale esigerebbe infatti una provvidenza capace di rispondere alle perduranti difficoltà di gestione dello stato patologico, specie quando l'inoculazione nociva è avvenuta in tenera età*».

⁶ Prospettabile in base all'art. 47, ultimo comma, del d.P.R. n. 639/1970, che recita: «*Le decadenze previste dai commi che precedono si applicano anche alle azioni giudiziarie aventi ad oggetto l'adempimento di prestazioni riconosciute solo in parte o il pagamento di accessori del credito. In tal caso il termine di decadenza decorre dal riconoscimento parziale della prestazione ovvero dal pagamento della sorte*».

⁷ Cfr. *Ritenuto in fatto*, 1.1, dove si legge: «*Ad avviso del giudice a quo, il criterio della decadenza "mobile", stabilito per i trattamenti pensionistici dall'art. 47, comma sesto, del d.P.R. 30 aprile 1970, n. 639 (Attuazione delle deleghe conferite al Governo con gli articoli 27 e 29 della legge 30 aprile 1969, n. 153, concernente revisione degli ordinamenti pensionistici e norme in materia di sicurezza sociale), non potrebbe essere esteso in via interpretativa all'indennizzo del danno vaccinale, atteso che l'art. 3, comma 1, della legge n. 210 del 1992 «non fa cenno alcuno ad un effetto decadenziale limitato a singole parti della prestazione economica oggetto del diritto». Avendo riguardo alla disciplina richiamata quale *tertium comparationis*, il confronto è operato con il comma 6 dell'art. 47 del d.P.R.*

⁸ Per una bibliografia essenziale sul giudizio di ragionevolezza nell'interpretazione costituzionale si rinvia, tra gli altri, a R. ROMBOLI, *Il giudizio di ragionevolezza: la nozione e le diverse stagioni della stessa attraverso la giurisprudenza costituzionale*, in *Revista de la Sala Constitucional*, 1, 2019, p. 20; M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Intervento presentato alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, 24-26 ottobre 2013; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2007, 50; R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Padova, Cedam, 2002, p. 159; P. BARILE, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte*

Il profilo in esame, affrontato solo incidentalmente dalla Corte⁹, offre, forse, l'occasione per svolgere qualche riflessione di carattere preliminare, prima di approfondire, più compiutamente, le argomentazioni con le quali la Corte ha motivato la declaratoria di incostituzionalità della disposizione censurata.

A tenore di quanto la stessa Corte riferisce circa l'ordinanza di rimessione, il giudice del rinvio avrebbe evidenziato che, *considerato l'analogo fondamento costituzionale delle due erogazioni pubbliche*¹⁰ – quella pensionistica e quella indennitaria – *entrambe fondate sugli obblighi di solidarietà sociale, fissati dalla Costituzione, ed entrambe caratterizzate da una “significativa estensione temporale periodica”*, la coesistenza di un regime giuridico differenziato tra le due disposizioni avrebbe potuto dare luogo a un'ipotesi di ingiustificata e irragionevole disparità di trattamento, assoggettando a una disciplina diversa due posizioni sostanzialmente assimilabili (due situazioni *eguali*, per il giudizio di ragionevolezza). In altre parole, postulando che i doveri di solidarietà sociale (*ex art. 2 Cost.*) a cui si improntano le erogazioni pubbliche (anche *ex art. 38 Cost.*) costituiscano la base alla quale ricondurre la doverosità di entrambe le prestazioni, il fatto che, nell'un caso, lo Stato prospetti la frazionabilità delle erogazioni garantite (per le ipotesi in cui vi sia un contenzioso sull'entità delle erogazioni previdenziali), mentre nell'altro non lo faccia, sembrerebbe dare luogo a una irragionevole disparità di trattamento, capace di avvantaggiare “una porzione” dei fruitori delle prestazioni pubbliche basate su relazioni di lunga durata, a scapito di un'altra. Anche in questo caso, gli interrogativi che è possibile estrapolare dal complessivo svolgimento delle considerazioni della sentenza non sembrano di poco conto. Come detto, la Corte non prende espressamente posizione sul punto, ma, venendo alle risposte prospettabili rispetto al problema evidenziato, la prima che sembra profilarsi è, certamente, quella, affacciata dall'Avvocatura dello Stato, ad avviso della quale *non* vi sarebbe sovrapposibilità tra le due situazioni prese a riferimento per l'evocato scrutinio di ragionevolezza.

Secondo la difesa erariale, indennizzo vaccinale e prestazioni pensionistiche non sarebbero *situazioni eguali* perché, innestandosi su rapporti giuridici costruiti in modo diverso (solo il primo dei due rapporti include e comporta l'adempimento di specifici oneri, quelli per l'appunto previdenziali), renderebbero giustificato e ragionevole che l'effetto deca-

costituzionale, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 21.

⁹ Il Giudice delle Leggi si sofferma, più diffusamente, sul contrasto della disposizione censurata e gli artt. 2 e 32, rilevando nell'interazione tra questi e la norma impugnata il profilo su cui si ravvisa l'incostituzionalità.

¹⁰ Cfr. *Ritenuto in fatto*, 1.2, dove si legge: «a quanto sopra emergerebbe la violazione degli evocati parametri, considerato l'«analogo fondamento costituzionale» delle due erogazioni pubbliche – quella pensionistica e quella indennitaria – entrambe «fondate sugli obblighi di solidarietà sociale fissati dalla Costituzione», ed entrambe caratterizzate da una «significativa estensione temporale periodica».

denziale previsto dalla normativa operi solo in un'ipotesi *pro quota* e non, come nella disposizione censurata, in senso *tombale*¹¹.

Ora, sotto certi aspetti, è innegabile che l'argomento di cui si è appena detto colga un effettivo profilo di differenziazione tra le due fattispecie. L'eguaglianza o la diseguaglianza delle situazioni, può, però, ricostruirsi anche in base ad altri indicatori, in ipotesi pure diversi da quello che guarda al *modo* nel quale si è andato formando il rapporto di lunga durata. Sulla scorta di questa impostazione è, allora, possibile, forse, argomentare anche nel senso dell'eguaglianza delle situazioni.

Prestando, ad esempio, attenzione ad alcuni dei possibili aspetti di comunanza che le due situazioni parrebbero presentare, oltre alla già evocata *base* giuridica, rintracciata nei doveri di solidarietà sociale *ex artt.* 2 e 38 Cost., e alla titolarità dell'obbligo di *dare* (radicato, in un caso e nell'altro) in capo allo Stato, possono darsi altri elementi di somiglianza.

In primo luogo, può, forse, segnalarsi che sia l'una che l'altra disposizione perseguono lo stesso *fine*, la previdenza e l'assicurazione statale in caso di malattia o infortunio, entrambi obiettivi correttamente connessi alla realizzazione di uno Stato sociale, come è quello descritto dalla Costituzione della Repubblica¹². In secondo luogo, la circostanza per cui, sia nell'uno che nell'altro caso, possa essere compromesso lo svolgimento della personalità dei singoli, garantito dallo Stato, o, ancora, il fatto che, sia nell'una che nell'altra ipotesi è, di nuovo, lo Stato, con legge, a fissare, nell'esercizio della sua discrezionalità (confermata anche dalla Corte), i meccanismi di decadenza che limitano l'esercizio dei diritti, farebbe pensare che le fattispecie non siano troppo distanti.

Profili come questi rendono, infatti, certamente più difficile sostenere che, mentre nel rapporto pensionistico è possibile prevedere il beneficio della frazionabilità *pro quota* dei diritti maturati, lo stesso non possa (o non debba) darsi anche nei rapporti sorti a seguito

¹¹ Cfr. *Ritenuto in fatto*, 6.1 ss., dove si legge: «6.1.– Nel replicare all'atto di costituzione di quest'ultima, l'Avvocatura sostiene che essa, facendo riferimento alla pubblicazione della citata sentenza n. 107 del 2012 come *dies a quo* del termine di decadenza del diritto all'indennizzo, abbia posto una questione estranea all'oggetto del giudizio incidentale, come definito dall'ordinanza di rimessione, la quale invero atterrebbe unicamente all'applicazione della decadenza "mobile" in caso di maturata decadenza. // Oltre che per la novità rispetto al *thema decidendum*, tale questione sarebbe inammissibile anche per irrilevanza, poiché nella specie la domanda di indennizzo non venne proposta a seguito della sentenza n. 107 del 2012, ma prima di essa, evidentemente nella convinzione già a quel tempo acquisita circa la titolarità del diritto, cui pure non aveva corrisposto l'osservanza del termine di legge: maturata la decadenza triennale – questa la tesi dell'Avvocatura –, "il rapporto giuridico tra soggetto danneggiato e Stato obbligato all'indennizzo si era pienamente esaurito, in quanto il termine triennale della decadenza, al momento della domanda, era completamente spirato"».

¹² Per una bibliografia essenziale sullo Stato sociale, si rinvia, tra gli altri, a D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, Jovene, 2003; O. POLICINO, *Lo Stato sociale*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Atlante di diritto pubblico comparato*, Torino, UTET, 2009; R. CAVALLO PERIN, L. LENTI, G.M. RACCA, A. ROSSI (a cura di), *I diritti sociali come diritti della personalità*, in *Quaderni del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Torino*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2010; F. RUGGERI, *Stato sociale, assistenza, cittadinanza: sulla centralità del servizio sociale*, Milano, Franco Angeli, 2013; G.G. BALANDI, *Attualità dello Stato sociale. Presentazione. Dalla assistenza alla previdenza e ritorno?*, in *Lavoro e diritto*, 2013, p. 319; G. ZAGREBELSKY, *Fondata sul Lavoro*, Torino, Giulio Einaudi Editore, 2014; S. GIUBBONI, A. PIOGGIA, *Lo Stato del benessere: dalla redistribuzione al riconoscimento*, in *Rivista di Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 2, 2015, p. 297; A. MORRONE, *Stato sociale e diseguaglianze. Persistenze costituzionali e problemi aperti*, in *Rivista di Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 4, 2020, p. 707.

di un danno da vaccino, nei quali lo Stato è sia il soggetto garante dei pregiudizi che possono derivare dall'inoculazione dei sieri, sia il soggetto che ha, secondo i casi, richiesto, imposto o raccomandato il relativo trattamento.

Affermare il contrario significherebbe sostenere che, mentre nel primo rapporto all'azione del cittadino corrisponde una garanzia dello Stato che si estingue "progressivamente", nel secondo, quello della somministrazione di alcuni trattamenti, il *dare* dei cittadini è corrisposto da un *ricevere* che è garantito solo per tre anni, trascorsi i quali ogni protezione deve ritenersi preclusa, anche a fronte di danni perpetui¹³: situazione, questa, che sembra dare luogo a uno squilibrio evidente.

D'altro canto, anche nelle ipotesi descritte dalla normativa censurata è possibile rintracciare un contributo attivo da parte del singolo (il cittadino che si è sottoposto a vaccinazione, anche solo raccomandata, ha prestato il proprio personale apporto alla costruzione della cosa pubblica, assumendo un rischio, seppur minimo, in vista del raggiungimento del superiore fine della salute come interesse della collettività)¹⁴. La circostanza di cui si è appena detto renderebbe necessario interrogarsi sull'opportunità di mantenere in vigore ipotesi normative nelle quali il cittadino vada incontro a un meccanismo di decadenza perpetuo anche con riferimento a rapporti di durata, caratterizzati da strascichi di lunghissimo corso. Proprio questo aspetto, niente affatto trascurabile, consente di concludere come segue.

A ben vedere, più che dalle vicende di costruzione del rapporto, elemento che l'Avvocatura invoca a sostegno della differenziabilità della disciplina tra le due ipotesi, la "differenza" tra una fattispecie regolata e l'altra si segnala solo per la gravità delle conseguenze derivanti dall'intervento della decadenza. Solo in un caso (quello dell'indennità), il beneficiario della prestazione che abbia subito un danno, in ipotesi anche suscettibile di spiegare i suoi effetti nel lungo periodo, perde la possibilità di accedere al diritto per l'intervento della decadenza¹⁵. Nel caso opposto, il diritto non si estingue in modo *definitivo* e "tombale".

¹³ Sull'ottenimento di ristori a fronte di danni di lungo corso, cfr., tra gli altri, I. RIGHETTI, *Prescrizione e danni lungolatenti*, in *Danno e responsabilità*, 2003, p. 847. Sul punto, si v. anche U. IZZO, *La decorrenza della prescrizione nell'azione risarcitoria da danno lungolatente: quali regole per governare l'incertezza probatoria?*, in *Danno e responsabilità*, n. 7-8, 2003, p. 853; V. VOZZA, *Malformazioni da talidomide: prescrizione del danno lungolatente e causalità "agevolata" nel processo civile*, in *Danno e responsabilità*, 2015, p. 1173;

¹⁴ Per ricostruire il "valore costituzionale" del vaccino, anche potenzialmente intendibile come adempimento di un dovere di solidarietà in vista del raggiungimento della salute pubblica, si rinvia agli scritti di C. DEL BÒ, *L'obbligo vaccinale durante la pandemia da Covid-19. Profili etici*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 2, 2022, p. 333; A. PATANÈ, *La costituzionalità dell'obbligo vaccinale all'interno del difficile equilibrio tra tutele e vincoli nello svolgimento dell'attività lavorativa*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, n. 2, 2021, p. 2; E. GARDINI, *Salute pubblica, libertà individuale e controllo sociale: le vaccinazioni obbligatorie in Italia*, in N. BARILE, N. STRIZZOLO, *Salute e Società*, XIX, n. 2, 2020, p. 149; S. PENASA, *Obblighi vaccinali: un itinerario nella giurisprudenza costituzionale comparata*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2018, p. 47; M. TOMASI, *Vaccini e salute pubblica: percorsi di comparazione in equilibrio fra diritti individuali e doveri di solidarietà*, in *Diritto pubblico, comparato ed europeo*, n. 2, 2017, p. 455.

¹⁵ Come nota la stessa Corte, i danni derivanti dalle vaccinazioni possono manifestarsi per molti anni, perché molte vaccinazioni vengono compiute in età infantile. Cfr. *Ritenuto in fatto*, 1.2, ultimo periodo.

Ebbene, questa evidenza, anziché costituire una ragione per *escludere* dall'applicazione della decadenza mobile i beneficiari dell'indennità da vaccino farebbe, al contrario, ritenere che la frazionabilità delle prestazioni riconosciute debba, *a fortiori*, essere riconosciuta anche a questi soggetti, perché gli stessi, oltre ad aver assolto a dei doveri nei confronti dello Stato (proprio come i beneficiari delle provvidenze pensionistiche), hanno anche (e addirittura) subito un danno al proprio diritto alla salute, di cui lo Stato deve farsi garante¹⁶.

4. La soluzione della Corte: un buon compromesso?

Come già si è avuto modo di accennare, con la sua pronuncia, la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata, aggiungendo, in via complementare a quanto già previsto, un *dies a quo* da cui calcolare la decorrenza del termine decadenziale per esercitare il diritto all'indennizzo (e lo fa, appunto, stabilendo che la disposizione censurata è incostituzionale nella parte in cui *non prevede*, dopo le parole, «conoscenza del danno», quelle «e della sua *indennizzabilità*»). L'effetto che sembra potrà, immediatamente, ricondursi alla pronuncia dovrebbe essere più o meno il seguente: chiunque, come le parti del giudizio presupposto, non abbia potuto ottenere l'indennizzo per il danno derivato dai trattamenti sanitari riguardati dalle estensioni operate dalla Corte è rimesso in termini per conseguire, dopo il riconoscimento della loro indennizzabilità, il ristoro per danni previsto dalla legge per le ipotesi che erano già riconosciute come indennizzabili.

Allo stesso modo, la soluzione adottata dalla Corte non prende, però, posizione sulla questione di carattere generale che sembrava porsi nell'ordinanza: quella che, cioè, si interrogava sull'incostituzionalità della disposizione censurata nella parte in cui *non prevedeva* un meccanismo di decadenza mobile per il diritto all'indennità da danno vaccinale.

Leggendo la sentenza, sembra, infatti, che resti, impregiudicata la decadenza *tombale* alla quale il richiedente può andare incontro per l'ipotesi in cui, a distanza di tre anni dalla conoscenza del danno subito (e della sua indennizzabilità), lasci infruttuosamente spirare il termine di legge previsto per richiederlo. Si tratta di una buona soluzione?

Per ammissione della stessa Corte, il Giudice delle Leggi si è ritenuto investito del compito di giudicare se fosse doveroso affermare una “mobilità” della decadenza, idonea a rimet-

¹⁶ In altre parole, come correttamente eccepito dall'ordinanza di rimessione, per come richiamata dalla stessa sentenza della Corte (cfr. *Ritenuto in fatto*, 1.2, III periodo) “Un “effetto decadenziale unitario”, come quello stabilito dalla norma censurata, determinerebbe viceversa «la piena frustrazione dello scopo dell'indennizzo», generando nel contempo «una vistosa ed irragionevole disparità di trattamento tra i soggetti destinatari di tale misura ed i pensionati». Per un approfondimento del ragionamento retrostante, si rinvia a una bibliografia essenziale in materia di qualificazione dell'onere di contribuzione previdenziale. Sul punto, si v. M. D'ONGHIA, M. PERSIANI, *Diritto della sicurezza sociale*, Torino, Giappichelli, 2022; R. PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, Cedam, 2022.

tere in termini i ricorrenti del giudizio presupposto, affinché gli stessi potessero richiedere un indennizzo per il danno subito a causa del vaccino (all'epoca dei fatti di causa, ai ricorrenti *non* era stato possibile avanzare una richiesta di questo tipo, perché il danno derivante dal vaccino inoculato, raccomandato e non obbligatorio, non era indennizzabile)¹⁷. Nel tentativo di riscontrare questa esigenza, l'operazione ermeneutica condotta dalla Corte, si mostra, però, non del tutto ineccepibile sotto, almeno, un aspetto: premesso che una declaratoria di incostituzionalità come quella prospettata dall'ordinanza di rimessione avrebbe, con ogni probabilità, avuto un "riflesso" ancora più garantista di quello effettivamente realizzato con la sentenza in commento, la decisione in parola, forzando, in qualche misura, il rigore richiesto dall'osservanza del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, ha realizzato una divaricazione tra *petitum* e decisione forse eccessivamente rilevabile. Riscontrando, in modo piuttosto condivisibile, l'esigenza pratica di apprestare una soluzione concreta per il giudizio presupposto, il Giudice delle Leggi non ha preso posizione su un'altra accezione della "mobilità" della decadenza, vale a dire quella posta in gioco dall'interrogativo sulla frazionabilità delle prestazioni nell'arco temporale sotteso alla durata di danni lungolatenti, prodotti dal vaccino.

In altre parole, se, da un lato, la Corte ha affermato la *mobilità* del *dies a quo* per l'esercizio del diritto (ponendo, praticamente, fuori termine le sole richieste di indennizzo avanzate a tre anni di distanza dal riconoscimento dell'indennizzabilità dei danni derivanti da alcuni trattamenti), dall'altro non ha preso espressamente posizione sulla "mobilità" oggetto della questione di costituzionalità, che si interrogava sulla compatibilità costituzionale di un meccanismo di decadenza fisso (e, appunto, non mobile), che escludeva, in un colpo solo, il diritto all'indennizzo, per tutta la sua durata.

La mancata adozione di una posizione espressa sul punto sembra, perciò, far sì che, lasciando infruttuosamente spirare un termine decadenziale (seppure lungo) per richiedere l'indennizzo da danno (in ipotesi lungolatente e sicuramente indennizzabile), l'effetto della decadenza sia ancora "tombale" ed abbia, quindi, l'attitudine di estinguere non solo il godimento del ristoro maturato antecedentemente all'intervento della decadenza, ma anche quello successivo, in via definitiva. Una conclusione di questo tipo sembrerebbe scongiurabile solo nella misura in cui la *prestazione indennitaria nuova* di cui parla la Corte (la quale, in uno con la *nuova categoria di beneficiari*, integra la "platea" delle ipotesi escluse dall'operare della decadenza) possa coincidere con la parte del diritto all'in-

¹⁷ All'esordio del punto 3.3 del *Considerato in diritto*, la Corte restringe l'impatto della sua decisione, precisando che si occuperà della "mobilità" della decadenza, solo dal punto di vista della collocazione del suo *dies ad quem* e non anche da quello, in stile "previdenziale", che ne consentirebbe una frazionabilità per escludere, in via "tombale", l'accesso a prestazioni future. Il passaggio recita: «Questa Corte deve ritenersi dunque investita della questione, necessariamente implicata dallo specifico profilo legato all'estensione della decadenza "mobile" alla materia de qua, riguardante la decorrenza del termine triennale nel caso in cui il diritto all'indennizzo non fosse previsto dalla legge al momento della conoscenza del danno e sia poi sorto soltanto per effetto della menzionata sentenza n. 107 del 2012.»

dennità che matura *dopo* il termine decadenziale, per l'ipotesi di danni *lungolatenti*, come possono essere quelli da vaccino¹⁸.

Come si può intuire, però, tale ricostruzione è difficilmente percorribile. Molto più verosimilmente, le *nuove* prestazioni indennitarie che ricadono entro lo "spettro irriducibile" di tutela, tracciato, in questa sentenza, dalla Corte, sono quelle la cui *novità* comporta un nuovo manifestarsi del danno, sempre riconducibile all'evento, e non già un danno uguale, che *si rinnova* nel tempo. Di qui la conseguenza che devono continuare a ritenersi *decaduti* (perché non richiesti) i benefici astrattamente previsti *a ristoro* dei danni conosciuti entro tre anni dal loro manifestarsi (e, dopo la sentenza della Corte, dalla loro indennizzabilità).

Questa soluzione interpretativa si salda, d'altronde, con le affermazioni che la Corte stessa svolge in materia di discrezionalità del legislatore nella fissazione di termini decadenziali per richiedere l'indennizzo per il danno derivante dai visti trattamenti¹⁹.

In linea di principio, non osta, infatti, alla pienezza del diritto indennitario la circostanza che il legislatore richieda che il suo esercizio avvenga entro e non oltre il termine dei tre anni, calcolati dal momento di avvenuta conoscenza del danno riconducibile al trattamento.

Il fatto che, però, lo stesso termine decorresse anche per il conseguimento di ristori che, entro i tre anni dalla conoscenza del danno, non erano pacificamente erogabili, escludeva e vanificava la stessa *ratio* delle disposizioni sull'indennità, dando luogo a un'evidente e illegittima alterazione del patto di solidarietà idealmente siglato tra i singoli e la collettività sociale, con la garanzia dello Stato.

Con la sua pronuncia, dunque, la Corte ha meritoriamente posto rimedio ai pregiudizi derivanti dal verificarsi di ipotesi come quella descritta nel caso di specie, senza, allo stesso tempo, sovrapporsi al ruolo del legislatore, che resta, in questo modo, libero di determinare, per il futuro, eventuali e ulteriori *mobilità* dei termini di decadenza, restringendo, in ipotesi, l'estinzione dei benefici previsti dalla legge alla sola misura in cui essi maturano

¹⁸ Il profilo su cui può insistere il dubbio interpretativo di cui sopra è rappresentato dal punto 6 del *Considerato in diritto*, Il periodo, dove si legge: «*L'art. 3, comma 1, della legge n. 210 del 1992, ove dispone che il termine di tre anni per la presentazione della domanda, pur a fronte di una prestazione indennitaria "nuova", ovvero di una "nuova" categoria di beneficiari, aggiunta dalla sentenza di illegittimità costituzionale, decorra comunque dal pregresso momento di conoscenza del danno, pone una limitazione temporale che collide con la garanzia costituzionale del diritto alla prestazione, ne vanifica l'esercizio e, in definitiva, impedisce il completamento del "patto di solidarietà" sotteso alla pronuncia additiva.*»

¹⁹ Per una ricostruzione della disciplina sull'indennizzo da vaccino, cfr., tra gli altri: M. RIZZUTI, *Il problema dei danni da vaccinazione obbligatoria*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, p. 541; G. PONZANELLI, *L'indennizzo ex lege 210 dovuto anche in assenza di un obbligo a sottoporsi ad un trattamento sanitario*, in *Danno e responsabilità*, 2012, p. 1063; F. ANSELMO, *Trasfusioni, vaccinazioni obbligatorie, somministrazione di emo-derivati e casi d'indennizzo e di risarcimento del danno per i cittadini contagiati*, in C. DEFILIPPI, F. ANSELMO (a cura di), *Le nuove responsabilità dello Stato verso il cittadino*, Padova, Cedam, 2006; G. PONZANELLI, *Vaccinazioni obbligatorie: un'ulteriore lacuna della legge n. 210/1992*, in *Danno e responsabilità*, 2003, p. 154; G. PONZANELLI, *"Pochi ma da sempre": la disciplina sull'indennizzo per il danno da vaccinazione, trasfusione o assunzione di emoderivati al primo vaglio di costituzionalità*, in *Foro italiano*, I, 1996, p. 2328;

prima dell'intervento di una causa di decadenza. In modo, forse, auspicabile, il legislatore del futuro potrebbe sostituire il termine decadenziale stabilito per avanzare la richiesta di ristoro con un termine prescrizioneale, più ampio e, forse, maggiormente idoneo a garantire, in modo pieno, un fondamentale diritto dell'individuo (che è, naturalmente, il diritto alla salute, *ex art. 32 Cost.*)²⁰.

5. La pienezza del diritto alla salute, nuovo episodio

«Da ultimo, l'interveniente rappresenta che una pronuncia di accoglimento delle sollevate questioni “determinerebbe un notevole impatto organizzativo in ragione della rilevante platea di soggetti coinvolti, stimabile nell'ordine di diverse migliaia di interessati”, con “conseguente rilevante aggravio di oneri per la finanza pubblica”²¹.

La Corte costituzionale riassume, in questo modo, le controdeduzioni con le quali la difesa erariale ha prospettato i maggiori aggravii che sarebbero derivati alle finanze dello Stato per l'ipotesi di applicazione, al caso di specie, di un meccanismo di “decadenza mobile”, come quello prospettato dal Giudice remittente.

Anche su questo punto, la sentenza della Corte è decisamente apprezzabile, perché consente al Giudice costituzionale di affermare, una volta di più, che le prestazioni dello Stato sociale non possono essere oggetto di contingentamenti sulla scorta di ragioni che ineriscono alla finanza pubblica, pena lo svuotamento del contenuto stesso dei diritti sociali, posizioni che innervano dal profondo l'intera costruzione della Repubblica e, da ultimo, la nostra stessa forma di Stato²².

Per l'ennesima volta, e con effetti di cui sembra potremo beneficiare tutti, la Corte mostra di non tollerare razionamenti di sorta in ordine all'erogazione delle prestazioni indennitarie, dovute a seguito di pregiudizi come quello di cui è causa nel giudizio presupposto.

²⁰ In generale, sull'estensione di questo diritto, si rinvia, tra gli altri, a C. PICOCCHI, *Il diritto alla salute nella Costituzione italiana: l'adempimento di una promessa difficile*, in *Estudios Constitucionales*, 20, n. especial Santiago, 2022; C. MAGNANI, *I vaccini e la Corte costituzionale: la salute tra interesse della collettività e scienza nelle sentenze 268 del 2017 e 5 del 2018*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 4, 2018; M. SICLARI, *La giurisprudenza costituzionale sull'art. 32, primo comma, Cost.*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 46, n. 1, 2013, p. 85; G.M. FLICK, *La salute nella Costituzione italiana*, in *Aa.Vv., Centenario della costituzione dell'ordine dei medici*, Federazione Nazionale Ordini Medici Chirurghi e Odontoiatri, Health Communication, Roma, 2010, p. 13.

²¹ Cfr. *Ritenuto in fatto*, 2.2., ultimo periodo.

²² La Corte prende posizione su questo aspetto nel punto 7 del *Considerato in diritto*, dove si legge: «Non rilevano qui i maggiori oneri organizzativi e di finanza pubblica paventati dall'Avvocatura nell'atto di intervento: da un lato, la deduzione è formulata in modo assertivo e privo di qualsiasi riferimento alle situazioni interessate dalla pronuncia; dall'altro, il sistema della vaccinazione di massa si fonda – nel quadro costituzionale e nella percezione sociale – sull'effettività dell'indennizzo, quale compensazione del sacrificio individuale per un interesse collettivo. E la giurisprudenza di questa Corte è costante nell'affermare che “[è] la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione” (così, sentenza n. 275 del 2016; nello stesso senso: sentenze n. 10 del 2022, n. 142 del 2021, n. 62 del 2020, n. 169 del 2017)».

Iscrivendosi nel solco di una giurisprudenza costituzionale già piuttosto nutrita sul punto²³, la Corte riafferma la “superprimazia” del diritto alla salute, rivendicando l'impraticabilità di un bilanciamento tra le posizioni espresse dall'art. 32 Cost. e l'interesse alla tutela della finanza pubblica. In questo senso, la pronuncia in commento compone un *tandem* con la sentenza n. 107 del 2012, opportunamente richiamata dallo stesso Giudice costituzionale, con la quale la Corte ha, come è noto, *esteso* la tutela indennitaria alle ipotesi di danno derivanti da alcune vaccinazioni solo *raccomandate* e non già obbligatorie.

La lettura combinata di entrambe le pronunce sembra, tra le altre cose, rivelare: (1) che l'obbligo di *dare* dello Stato, in ipotesi di questo genere, può (e magari deve) prendere in considerazione i maggiori aggravii che l'addizione di prestazioni può determinare, solo, eventualmente, sotto il profilo del *quantum* e non già dell'*an* (la tutela deve essere, in ogni caso, garantita); (2) che la tutela del diritto alla salute non può che garantirsi adottando un'impostazione ampia e “sostanzialistica” del riconoscimento di benefici e provvigioni, perché, limitando o subordinando l'erogazione delle indennità alle sole ipotesi di avvenuta osservanza di strenui requisiti formali (termini decadenziali anziché prescrizionali, applicazioni restrittive anziché estensive o analogiche e quant'altro), si corre il rischio di escludere dalla tutela situazioni altrettanto (e decisamente) meritevoli di protezione.

Non solo, escludere la praticabilità di estensioni della tutela per ciò che concerne il diritto alla salute sembrerebbe avere l'effetto di accordare, all'art. 32 Cost., un valore più programmatico che precettivo, rimettendo le virtualità applicative di questa disposizione alla specificazione (talvolta “escludente”) del legislatore²⁴.

²³ Come è noto, la ormai storica sentenza-capofila di questa giurisprudenza (sent. n. 307/1990) si è riferita ai danni, *extra art. 2043 c.c.*, accusati in ragione della vaccinazione obbligatoria antipoliomielitica, ma, nel corso del tempo, ha conosciuto importanti estensioni e svolgimenti, ad avviso di chi scrive tutti pienamente inquadrabili nei termini di un equilibrato e rispettoso contemperamento di posizioni sul punto. Per un commento sulla sent. n. 307 si rinvia, tra gli altri, a D. POLETTI, *Danno alla salute, vaccino antipolio e diritto all'indennizzo*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1991, p. 85. Sul punto si v. anche G. PONZANELLI, *Lesione da vaccino antipolio: che lo Stato paghi l'indennizzo!*, in *Foro italiano*, 1990, p. 2697. Negli anni, “l'onda lunga” di questa prima sentenza della Corte ha dapprima, e inevitabilmente, condizionato l'approvazione della l. n. 210/1992, ricognitiva del diritto all'indennizzo in favore dei soggetti che avessero riportato dei danni a causa di vaccinazioni obbligatorie (previste dalla legge o imposte dalle autorità sanitarie), per poi dare luogo ai successivi interventi normativi, tra i quali annoveriamo anche le disposizioni oggetto di censura della pronuncia in commento. Sul punto, l'approdo, da ultimo, raggiunto dalla Corte è quello che, con profonde ricadute anche per il caso di cui al giudizio presupposto, *estende* il riconoscimento all'indennità *ex art. 1* della l. n. 210/1992 «*anche a fronte di gravi e permanenti lesioni all'integrità psico-fisica insorte a seguito di alcune, specificamente, individuate, vaccinazioni non obbligatorie, ma raccomandate*» (così il *Considerato in diritto*, 5.3). La giurisprudenza costituzionale in materia di estensioni si esprime, soprattutto, attraverso le sentenze nn. 107/2012 e 268/2017. Prima di questa giurisprudenza, altre sentenze avevano *subordinato* la legittimità dell'obbligo vaccinale proprio al riconoscimento di un effettivo diritto all'indennizzo per il caso di danni. Sul punto si v., ad esempio, le sentt. nn. 14 e 15 del 2023, n. 5 del 2018 e n. 258 del 1994.

²⁴ Il richiamo, anche terminologico, si rivolge alla nota *divisio* delle norme programmatiche e precettive nel dibattito immediatamente successivo all'entrata in vigore della Costituzione. Per una bibliografia essenziale sul punto, si rinvia a P. BARILE, *La Costituzione come norma giuridica*, Firenze, Barbera, 1951; P. CALAMANDREI, *La prima sentenza della Corte costituzionale*, Padova, Cedam, 1956; V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue norme di principio*, Milano, Giuffrè, 1952; A. ANZON, *La “inefficacia giuridica” di norme “programmatiche”*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2004; E. LAMARQUE, *La Costituzione come fonte direttamente applicabile dal giudice: dalla nascita della Costituzione repubblicana agli sviluppi attuali*, in V. BARSOTTI (a cura di), *La Costituzione come fonte direttamente applicabile dal giudice*, Quaderni del dotto-

Casi come quello analizzato sembrano, d'altronde, mostrare come il legislatore sia, in effetti, in grado di configurare diversi “regimi di godimento” del bene *salute*, sebbene lo stesso sia un “patrimonio” che la Costituzione assegna a chiunque (come sappiamo, si tratta, addirittura, di un caso in cui la Costituzione stessa *non* si riferisce, anche esplicitamente, ai soli cittadini)²⁵. Per tutte le ragioni evidenziate, la pronuncia in commento sembra porsi in ideale e perfetta linea di continuità con le posizioni che la Corte costituzionale ha avuto modo di esprimere, nel tempo, rispetto al diritto all'indennità derivante *da contagio* o *da altra apprezzabile* malattia causalmente riconducibile alla vaccinazione²⁶.

6. Conclusioni: la solidarietà corrisposta

La sentenza in parola, riaffermando l'effettività del diritto all'indennizzo, dovuto per il caso di danni derivanti da vaccinazioni o trattamenti assimilabili, esclude che il suo godimento possa essere l'oggetto privilegiato di alcune interpretazioni restrittive, argomentando la necessità di una pienezza della tutela che sembra assicurare nel profondo la stessa dimensione del nostro vivere associato²⁷.

Servendosi di un dedalo di affermazioni rapide, ma efficaci, la Corte chiarisce che le prestazioni a cui si ha diritto in ragione della titolarità di questa posizione giuridica soggettiva (il diritto alla salute) sono previste a garanzia del patto di solidarietà tra singolo e collettività, e, inserendosi nel delicato complesso dei rapporti tra salute individuale e collettiva, costituiscono la manifestazione esteriore dell'obbligo dello Stato di assicurare e garantire, al massimo grado, la posizione dei singoli, specie quando sono chiamati a esporsi a dei rischi considerati strumentali al raggiungimento della tutela collettiva.

In altre parole, il ruolo che è chiamato a svolgere il circuito istituzionale in queste situazioni sembra tale da escludere che lo Stato possa, in alcun modo, spogliarsi delle vesti

to fiorentino in Scienze giuridiche, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013, p. 79; M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2013.

²⁵ Sul punto, v. L. BUSATTA, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, Giappichelli, 2018; F. MINNI, A. MORRONE, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2013; M. CARTABIA, 2012; *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2012, p. 445; E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012; C. VIDETTA, *Corte costituzionale e indennizzo per lesioni alla salute conseguenti a trattamenti vaccinali. Nuove prospettive*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 3, 2013, p. 1030.

²⁶ Cfr. *Considerato in diritto*, punto 5.

²⁷ Beninteso, con questa pronuncia la Corte realizza, senza ombra di dubbio, un'estensione del diritto alla salute, sebbene – come spiegato – la stessa non sia esattamente la stessa che avrebbe potuto disporre se avesse valorizzato, in modo più puntuale, la direzione nella quale sembrava deporre la questione di costituzionalità. In quest'ultimo caso, la Corte non avrebbe, semplicemente, “spostato” il periodo di decadenza, rendendolo *reviviscete* per le ipotesi di neo-affermata indennizzabilità di un danno, ma avrebbe spalancato le porte a un meccanismo di decadenze progressive da “spalmare” lungo il rapporto di durata. Una soluzione, questa, che non è detto non adotti in futuro: come visto, l'impostazione complessiva della sentenza non depone, certo, in questo senso, ma, allo stesso tempo, non esclude questa possibilità.

di garante nei rapporti che involgono il diritto alla salute. Quanto detto appare, massimamente, necessario per evitare che i singoli restino “traditi” dall’estrinsecazione formale della propria comunità (lo Stato, per l’appunto) nell’ipotesi in cui insorgano complicazioni a seguito dell’adempimento di un obbligo o in ragione dell’adesione a una raccomandazione istituzionale.

Evitare un’evenienza di questo tipo è, come si può intuire, quanto mai necessario e farlo impedendo che la pienezza della tutela sia esclusa sulla scorta di eccezioni più formali che sostanziali (quali, ad esempio, la mancata ed espressa “ricomprensione” di una specifica situazione, bisognosa di tutela, tra quelle espressamente indicate dalle legge), è, senz’altro, una sfida cruciale, oltre che un’aspettativa legittima.

Quanto si dice è, peraltro, tanto più vero se si pensa che, nelle ipotesi di cui al caso del giudizio presupposto, è proprio lo Stato a “distribuire” i sacrifici necessari, per raggiungere il beneficio collettivo.

Di qui, su tutte, una conclusione: dato il particolare “quadrante” nel quale ci troviamo a operare, i consueti limiti all’interpretazione analogica sembrano dover essere più cedevoli del solito, perché il valore a cui è sotteso il ricorso a meccanismi interpretativi che *ampliano* la portata della tutela, oltre che senz’altro primario, è qui garantito, in modo particolareggiato, dallo Stato, che deve farsene garante, nella più ampia cornice di un patto sociale che lo stesso instaura con ogni soggetto. In altre parole, allo Stato, responsabile del raggiungimento e del mantenimento della salute collettiva, non è dato di “trincerarsi” a ridosso di limiti formali, per ridurre le erogazioni nei confronti di coloro che rendono realizzabile il benessere collettivo (i cittadini, appunto): al ricorrere di situazioni che lo abbiano sostanzialmente pregiudicato, il diritto alla salute richiede di poter essere esercitato pienamente, se del caso anche nuovamente perimetrando la sua estensione.

Asserire il contrario significherebbe, con ogni probabilità, pretendere che i cittadini siano solidali tra di loro, senza che, però, lo Stato lo sia, in tutto o in parte, nei loro riguardi: un risultato, questo, che ogni ordinamento dovrebbe sforzarsi di evitare, se del caso anche forzando i limiti ermeneutici dell’interpretazione delle norme²⁸.

²⁸ La soluzione in parola, propensa a forzare i limiti semantici della disposizione censurata in vista dall’estensione analogica del meccanismo di tutela ricavato per altre fattispecie riprende, d’altronde, le soluzioni decisorie adottate, sul punto, dalle decisioni di merito e si rivela una soluzione adottabile e utile anche *pro futuro*, in vista di un ipotetico (ma auspicato) ulteriore ampliamento della tutela indennitaria per i danni lungolatenti derivati da pratiche mediche legittime.

Il dirigente pubblico (sanitario) e il principio della retribuzione onnicomprensiva: la valutazione del lavoro oltre l'orario "normale"*

[Corte di Cassazione, sez. Lavoro, ord. 18 ottobre – 4 novembre 2022,
n. 32617, pres. Manna, rel. Bellè]

Mattia Gasparro**

SOMMARIO: 1. I fatti di causa e i motivi di ricorso – 2. Il lavoro straordinario nell'ambito della Dirigenza medica – 3. Il principio di onnicomprensività – 4. La natura giuridica dell'attività lavorativa svolta all'interno delle Commissioni mediche: la retribuzione di risultato – 5. Considerazioni conclusive.

ABSTRACT:

La decisione annotata si focalizza sulla possibilità che il lavoro svolto da un dirigente medico all'interno delle apposite Commissioni mediche, predisposte dall'INPS, venga riconosciuto come lavoro straordinario, in quanto eccedente le 38 ore settimanali previste dal CCNL Sanità Area Dirigenza 2002-2005. In particolare, la Suprema Corte, ragionando sull'istituto del lavoro straordinario nel pubblico impiego, arriva ad affermare il principio secondo cui, stante l'onnicomprendività retributiva, di cui al D.lgs. n. 165 del 2001, art. 24, comma 3, alcuna ulteriore remunerazione, a carico del datore di lavoro, a titolo di compenso per lavoro straordinario, può essere erogata nei confronti del dirigente pubblico che riceve incarichi che possano impegnarlo anche oltre l'orario "normale" stabilito dalla contrattazione collettiva.

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Avvocato nel foro di Roma, avv.mattiasgasparro@gmail.com.

The annotated decision focused about the possibility to identify a Doctor Manager's overtime work, realized in appropriate medical fees by INPS, because it's been beyond 38 weekly-hours, as expected by CCNL Manager Area 2002-2005. In particular, the Supreme Court, reasoning about the institute of extraordinary work in public employment, affirmed that, in according to all-encompassing salary, expected by D.lgs. n. 165 del 2001, art. 24, comma 3, the Maganer must not give an overtime work salary, tough the public manage receive tasks who can occupy him beyond the Collective Agreement ordinary weekly-hours.

1. I fatti di causa e i motivi di ricorso

L'azione legale che ha condotto la Cassazione alla pronuncia che si andrà a commentare è stata azionata da un dirigente medico INPS che aveva chiesto l'accertamento del diritto a percepire, come lavoro straordinario, un'integrazione retributiva per l'attività lavorativa svolta nelle Commissioni mediche di verifica sull'invalidità civile.

Il ricorrente ha impugnato, presso la Corte di Cassazione, la sentenza emessa dalla Corte di Appello di Salerno, la quale aveva riformato il provvedimento (di accoglimento) del Tribunale di Nocera Inferiore.

In particolare, il ricorso è stato costruito su due motivi: il primo, basato sulla violazione dell'art. 89 del CCNL Dirigenza Area VI¹ (che prevede un orario di lavoro pari a 38 ore settimanali) e sulla conseguente mancata qualificazione dell'attività svolta come lavoro straordinario, in violazione dell'art. 2108 c.c. e dell'art. 5 del D.lgs. n. 66 del 2003², evidenziando che seppure il lavoratore fosse stato inquadrato come dirigente medico di seconda fascia, in realtà rivestiva una qualifica solo nominalmente definita dirigenziale, in quanto concretamente priva di quei caratteri di autonomia gestionale ed organizzativa tipici di un profilo apicale in senso proprio; il secondo, invece, fondato sulla violazione e falsa applicazione della L. n. 248 del 2005³, art. 10, in quanto la CdA di Salerno avrebbe dovuto riconoscere il lavoro all'interno delle Commissioni come attività istituzionali dell'ente previdenziale, spettando così al dirigente l'incremento stipendiale da lavoro straordinario e non la retribuzione di risultato.

¹ Contratto collettivo nazionale di lavoro relativo al personale dirigente dell'Area VI per il quadriennio normativo 2002-2005 e biennio economico 2002-2003, art. 89, nel quale, ai commi 1 e 2, si legge che: "1. nell'ambito dell'assetto organizzativo dell'Ente, il personale dell'area medica assicura la propria presenza in servizio e organizza il proprio tempo di lavoro e i propri impegni di lavoro anche esterni correlandoli in modo flessibile alle esigenze della struttura e all'espletamento dell'incarico affidato, in relazione agli obiettivi e ai programmi da realizzare. 2. L'orario di lavoro è stabilito in 38 ore settimanali, al fine di assicurare l'efficienza dei servizi e per favorire lo svolgimento delle attività gestionali correlate all'incarico affidato...".

² D.lgs. n. 66 del 2003 - Attuazione delle direttive 93/104/CE e 2000/34/CE concernenti taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro. L'art. 5 citato dalla decisione annotata è rubricato "Lavoro straordinario".

³ L. n. 248 del 2005, che ha attuato il D.L. 30/09/2005, n. 203, recante "Misure di contrasto all'evasione fiscale e disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria". Nello specifico, l'art. 10 disciplina il trasferimento all'I.N.P.S. di competenze in materia di invalidità civile e certificazione di regolarità contributiva ai fini dei finanziamenti comunitari.

2. Il lavoro straordinario nell'ambito della Dirigenza medica

Individuate, sinteticamente, le vicende fattuali e giuridiche sulle quali la Suprema Corte è stata chiamata a pronunciarsi, è necessario – per la comprensione della disamina giuridica effettuata dal Collegio – partire dall'inquadramento normativo del lavoro straordinario generalmente inteso, per poi approfondire l'istituto nell'ambito della dirigenza medica.

La definizione di lavoro straordinario è dettata dai D.lgs. n. 66/2003 e D.lgs. n. 213/2004, attraverso i quali l'ordinamento nazionale si è conformato alla Direttiva n. 104/1993, come modificata dalla Direttiva n. 34/2000, entrambe inglobate dalla direttiva di codificazione n. 88/2003⁴.

Siffatta regolamentazione definisce il lavoro straordinario come quella tipologia di prestazione lavorativa prestata oltre l'orario normale di lavoro.

È interessante ricordare che lo strumento regolatorio principale del lavoro straordinario è la contrattazione collettiva, alla quale può sostituirsi, solo in via suppletiva, la limitazione legale⁵.

Tale assunto si evince implicitamente dall'art. 5 del D.lgs. n. 66/2003, il quale afferma espressamente che il ricorso a prestazioni di lavoro straordinario deve essere "contenuto"⁶. Orbene, l'attività della dirigenza sanitaria, nel suo complesso, è regolata dall'art. 15 del D.lgs. n. 502 del 1992, il quale, al comma 3, sostiene che essa sia caratterizzata dall'autonomia tecnico-professionale «*nell'ambito di indirizzi operativi e programmi di attività promossi, valutati e verificati a livello dipartimentale ed aziendale, finalizzati all'efficace utilizzo delle risorse e all'erogazione di prestazioni appropriate e di qualità*»⁷. Il dirigente, infatti, è responsabile del risultato raggiunto anche se necessitante un impegno orario superiore a quello stabilito dal contratto.

Del resto, con l'aziendalizzazione della sanità pubblica, tutti i dirigenti (fatta eccezione per quelli amministrativi) svolgono un'attività professionale accompagnata da un incarico gestionale in senso proprio⁸.

D'altronde, per i medici occorre sottolineare che la qualifica dirigenziale è automaticamente connessa alla loro professionalità, cosicché tutti i medici dipendenti delle aziende

⁴ R. PESSI, *Lezioni di Diritto del Lavoro*, Torino, Giappichelli Editore, 2018, pp. 322 ss.

⁵ Sul punto, si veda, G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e Processo del Lavoro e della Previdenza Sociale privato e pubblico*, VII Edizione, in *Omnia trattati giuridici*, Vicenza, UTET Giuridica, 2017, p. 1065.

⁶ Sul significato di "lavoro straordinario contenuto": C. PISANI, *Norme fondamentali commentate di Diritto del Lavoro*, Torino, Giappichelli Editore, 2016, p. 25; P. ZARATTINI e R. PELUSI, *Manuale Lavoro*, 11° Edizione, Milano, Novecento Editore, 2016, p. 240.

⁷ D.lgs. 502 del 1992, art. 15 (Disciplina della dirigenza medica e delle professioni sanitarie).

⁸ M.S. BONOMI, L. PETRONE (A cura di), *La dirigenza e le professioni sanitarie*, in *Federalismi.it – Osservatorio di Diritto Sanitario*, 2018, n. 0

sanitarie sono inquadrati come dirigenti a prescindere dallo svolgimento di incarichi di direzione di strutture.

Tuttavia, il CCNL Area sanità, all'art. 30, ha precisato che eventuali prestazioni eccezionali, al di fuori dei margini di responsabilità previsti dalla norma del '92, rientrassero nella definizione di lavoro straordinario, ai sensi dell'art. 5 del D. lgs. 66 del 2003, ma a determinate condizioni.

Infatti, il lavoro straordinario:

- è riconosciuto ai dirigenti, per i servizi di guardia e di pronta disponibilità;
- è compensato a domanda del dirigente con riposi sostitutivi da fruire, compatibilmente con le esigenze di servizio, di regola entro il mese successivo tenuto conto delle ferie maturate e non fruite;
- è espressamente autorizzato dal direttore responsabile sulla base delle esigenze organizzative e di servizio individuate dalle Aziende ed Enti, rimanendo esclusa ogni forma generalizzata di autorizzazione.

Ne deriva che tale istituto giuslavoristico è di difficile applicazione nei confronti della categoria dirigenziale in senso esteso, proprio in ragione dell'importanza della qualifica attribuita al lavoratore nella struttura dell'Amministrazione sanitaria e dal necessario risultato da conseguire, in relazione ai programmi concordati, alle funzioni attribuite e al fabbisogno dell'utenza⁹.

Inoltre, il CCNL applicato ha previsto la c.d. retribuzione di risultato, strettamente correlata alla realizzazione dei programmi e progetti aventi come obiettivo il raggiungimento dei risultati prestazionali prefissati e, in qualche modo, sostitutiva della retribuzione derivante dal possibile straordinario.

In questo senso, la decisione annotata ragiona sul principio del lavoro "oltre orario", partendo da quanto statuito dalle Sezioni Unite del 2009.

In particolare, la Suprema Corte *«ragionando in ambito di dirigenza sanitaria, ha fissato il principio per cui il riconoscimento di compenso per lavoro straordinario può aversi, a parte il caso dell'eccedenza dai limiti della ragionevolezza (che nel caso di specie non ricorre), soltanto qualora la normativa collettiva o la prassi aziendale o il contratto individuale delimitino un orario normale rispetto al quale possa misurarsi la straordinarietà della prestazione»*¹⁰.

Invero, l'intervento negoziale, introduttivo della retribuzione di risultato come compensativa dell'eventuale superamento dell'orario normale, derivante della complessità degli incarichi e il bisogno di raggiungere il risultato prefissato, rende tale principio "sterile" in ambito di dirigenza sanitaria.

⁹ Si consenta, il rinvio a M. GASPARRO, *Manuale di Diritto e Lavoro nella Pubblica Amministrazione Sanitaria*, Bari, Cacucci Editore, 2023, pp. 163 ss.

¹⁰ Cass. civ., Sez. Unite, n. 9146 del 17.4.2009, la quale ha chiarito il principio secondo cui il dirigente medico che svolge attività oltre orario in ragione dei suoi compiti e obiettivi non ha diritto alla percezione di una retribuzione integrativa.

A questo punto, la Corte di legittimità, riprendendo le S.U., ha affermato che «non è possibile la distinzione tra il superamento dell'orario di lavoro preordinato al raggiungimento dei risultati assegnati e quello imposto da esigenze del servizio ordinario, poiché la complessiva prestazione del dirigente deve essere svolta al fine di conseguire gli obiettivi propri e immancabili dell'incarico affidatogli», escludendo, di conseguenza, la possibilità che la partecipazione alle Commissioni mediche comportasse una retribuzione aggiuntiva, attività che, invece, sono già tutelate dal principio della remunerazione onnicomprensiva.

3. Il principio di onnicomprensività

In generale, nell'ambito della dirigenza pubblica, vi è il problema della tipologia di compensi da erogare, in applicazione del regime di onnicomprensività retributiva, a chi svolge incarichi conferiti dalla P.A.

Infatti, l'art. 24 del D.lgs n. 165 del 2001 disciplina il principio di onnicomprensività del trattamento economico della dirigenza pubblica.

Il suddetto articolo, prima di tutto, ancora la retribuzione dei dirigenti alla contrattazione collettiva, prevedendo che il trattamento economico accessorio debba essere correlato alle funzioni attribuite e alle connesse responsabilità, nonché che l'indicazione della retribuzione fondamentale e accessoria sia riportata nei contratti individuali di lavoro¹¹.

Tuttavia, ciò che risulta rilevante è, appunto, la previsione del principio di onnicomprensività, cioè di un trattamento economico destinato a remunerare tutte le funzioni e i compiti attribuiti ai dirigenti, secondo i parametri stabiliti dal D.lgs. n. 165 del 2001, nonché qualsiasi incarico loro conferito in ragione dell'ufficio ricoperto o comunque direttamente assegnato dall'amministrazione presso cui prestano servizio o su designazione della stessa¹². Ancora, si determina che i compensi dovuti da terzi vengano corrisposti direttamente alla medesima amministrazione e confluiscono nelle risorse destinate al trattamento economico accessorio della dirigenza.

Tuttavia, al fine di sciogliere taluni dubbi interpretativi, è importante focalizzarsi su quanto sostenuto dal Consiglio di Stato in un parere reso al Ministero del Welfare nel 2005¹³.

Tale parere, avendo ad oggetto la categoria dei dirigenti pubblici *tout court*, travolge necessariamente anche l'ambito della dirigenza sanitaria, il quale pur presentando caratteri di specialità resta, comunque, di connotazione pubblicistica e, di conseguenza, rientrante nell'alveo applicativo delle norme del TUPI.

¹¹ A. CARACCILO, *L'onniprensività della retribuzione del dirigente pubblico*, in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2021, n. 1, pp. 163 ss.

¹² F. VALFRÈ, *Il principio di onnicomprensività retributiva per la dirigenza e le posizioni organizzative*, *Azienditalia - Il Personale*, 2006, n. 6, p. 354 (commento alla normativa).

¹³ Consiglio di Stato, adunanza della Comm. Speciale Pubblico Impiego, Sez. II, n. 173/2004.

Ebbene, la Commissione si è pronunciata su tre distinte tipologie di incarichi¹⁴ che vengono separatamente definite e considerate, giungendo sempre alla conclusione della loro sottoposizione al regime di onnicomprensività.

I primi sono gli incarichi conferiti «*in ragione dell'ufficio*», cioè quelli strettamente collegati alla pubblica funzione del dirigente, la cui attività può, oltretutto, riflettersi sul raggiungimento degli obiettivi assegnati allo stesso.

Questa fattispecie è riconducibile in maniera pacifica al principio dell'onnicomprendività. I secondi sono gli incarichi assegnati ai dirigenti «*su designazione*» dell'amministrazione, cioè conferiti mediante una valutazione discrezionale che tenga conto delle qualità professionali possedute dal soggetto.

In questa seconda tipologia rientrano gli incarichi che prevedono la partecipazione di un rappresentante dell'amministrazione, di solito con qualifica dirigenziale, in organi di diversi enti o in particolari commissioni.

Ne deriva che i compensi relativi ricadono nel regime dell'onnicomprendività, in quanto tali attività risultano connesse al rapporto tra il dirigente e l'amministrazione, della quale il funzionario cura l'interesse e ne esprime la volontà¹⁵.

Last but not least, la Commissione ha affrontato la più complessa categoria degli incarichi «*comunque*» conferiti dall'amministrazione di appartenenza comprendenti i cd. incarichi *intuitu personae*, atteso che l'amministrazione, in detta circostanza, potrebbe rivolgersi anche a soggetti esterni.

Anche in questo caso la Commissione speciale ritiene applicabile il principio di onnicomprensività.

Le conclusioni a cui è arrivato il Consiglio di Stato traggono origine dalla constatazione che le varie riforme della dirigenza pubblica, introducendo lo strumento contrattuale quale disciplina dei singoli rapporti, hanno consentito non solo di riportare la retribuzione all'impegno e alla complessità dei compiti, ma anche di corrispondere un trattamento economico accessorio collegato ai risultati effettivamente conseguiti nell'espletamento dell'attività.

D'altronde, dato il carattere negoziale del rapporto è da escludere che possa configurarsi una prestazione imposta per unilaterale volontà di una delle parti, trattandosi, del resto, sempre di incarichi che devono essere accettati dall'interessato che può liberamente rifiutare l'ulteriore aggravio del carico di lavoro.

La Commissione speciale, dunque, conclude che la corresponsione di un trattamento economico onnicomprensivo appare coerente con i fondamentali principi di correttezza e di

¹⁴ Tali tipologie sono specificamente indicate nel testo dell'art. 24 c. 3 del D.lgs n. 165/2001: incarichi conferiti ai dirigenti in ragione del loro ufficio o comunque conferiti dall'amministrazione presso cui prestano servizio o su designazione della stessa.

¹⁵ L. BUSICO, *Il trattamento economico del dirigente pubblico*, in *Lavoroprevidenza.com*, 2008, n. 3.

trasparenza posti alla base dell'organizzazione dei pubblici uffici e con il principio della proporzionalità della retribuzione, costituzionalmente garantito *ex art. 36*.

La decisione annotata, in qualche modo, riprende i principi già espressi dalla giurisprudenza amministrativa.

Infatti, nell'affrontare l'impatto del principio di onnicomprensività su altre aree dirigenziali, la S.C. parte da «*un contesto argomentativo più ampio*», che trova la sua fonte proprio nell'art. 24 del D. lgs 165 del 2001.

Tanto è che anche secondo la recente Suprema Corte «*il trattamento economico fondamentale ed accessorio remunera tutte le funzioni ed i compiti attribuiti ai dirigenti, secondo il sistema compensativo (trattamento fondamentale - retribuzione di posizione - retribuzione di risultato)*».

Da ciò scaturisce l'eccezionalità delle norme che riconoscono integrazioni retributive per determinate prestazioni, in quanto, nella maggior parte dei casi, gli incarichi dirigenziali sono da ricomprendere nell'ambito della retribuzione onnicomprensiva¹⁶.

Venendo alla dirigenza medica, la Corte di legittimità statuisce che la previsione di cui all'art. 65 CCNL dell'area dirigenziale sanitaria «*non è dunque disposizione speciale, ma mera espressione di un principio immanente al sistema della dirigenza pubblica secondo cui, per riconoscere remunerazioni ulteriori, sono necessarie previsioni espresse e derogatorie del principio di onnicomprensività di cui si è detto; ciò vale anche per il superamento dell'orario "normale" fissato dal CCNL e che giustifica la remunerazione su base oraria (o in altro modo) delle ore svolte in eccedenza, solo se ciò sia espressamente previsto dalla medesima contrattazione collettiva e alle condizioni da essa fissate*».

Tuttavia, l'unicità della Dirigenza sanitaria, come visto nel paragrafo precedente è direttamente espressa dal Legislatore con il D.lgs. n. 502 del 1992, il quale si pone come *lex specialis* rispetto alle normative che disciplinano l'area dirigenziale pubblica *tout court*.

È in questa ottica che il ragionamento testé esposto, in relazione al compenso delle ore eccedenti, rinvia ai principi affermati dalle S.U. e dal Consiglio di Stato, secondo i quali spetta al T.U., *ex art. 2*, comma 3, e art. 24, comma 1, la regolazione dei compensi.

A ulteriore e definitiva conferma della coerenza del percorso deduttivo intrapreso dalla giurisprudenza di legittimità, si segnala che il CCNL Dirigenza sanitaria 2016-2018, all'art. 93 – rubricato «*retribuzione di risultato e relativa differenziazione*» – al comma 5, chiarisce che quanto previsto in materia di retribuzione di risultato è confermato quanto previsto dall'art. 65, comma 3, ultimo periodo del CCNL del 5.12.1996¹⁷.

Tale richiamo normativo è fondamentale, poiché conferma – come indicato dal comma 3 del suddetto articolo richiamato – che «*la retribuzione di risultato compensa anche l'eventuale superamento dell'orario di lavoro ... per il raggiungimento dell'obiettivo assegnato*».

¹⁶ F.V. PONTE, *Riflessioni intorno al principio di onnicomprensività della retribuzione nel pubblico impiego*, in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2019, n. 3, pp. 219 ss.

¹⁷ CCNL dell'Area Sanità, triennio 2016-2018, art. 93 «*retribuzione di risultato e relativa differenziazione*».

In definitiva, anche ove la controversia fosse stata incardinata nell'attuale contesto storico-normativo, la soluzione adottata dalla Suprema Corte in commento non avrebbe potuto esser diversa, stante il chiaro rinvio che l'attuale CCNL Dirigenza sanitaria effettua al precedente contratto collettivo, rendendo – dunque – la retribuzione onnicomprensiva.

A questo punto della trattazione, rimane un ultimo nodo da sciogliere.

Nello specifico, non resta che accertare se i compiti attribuiti costituiscano una mera reiterazione quantitativa di incarichi muniti di caratteri istituzionali, cioè presenti nella contrattazione collettiva di una propria remunerazione unitaria ed aggiuntiva (ad es. i turni di pronta disponibilità nel servizio sanitario)¹⁸, oppure se detti incarichi vadano compensati in via essenzialmente risarcitoria, attraverso opportuni ristori, allorquando il loro espletamento determini un superamento di dimensioni significative rispetto all'andamento ordinario del servizio dirigenziale o violi le norme sui riposi¹⁹.

4. La natura giuridica dell'attività lavorativa svolta all'interno delle Commissioni mediche: la retribuzione di risultato

Capita molto spesso che le norme della contrattazione collettiva si rivelano di scarsa utilità ai fini di una esatta quantificazione dell'orario di lavoro.

Infatti, dopo aver ricordato la particolarità della posizione ricoperta dal dirigente, le sue funzioni e le sue responsabilità, si limitano a precisare che la relativa prestazione lavorativa non è quantificabile, anche se, successivamente, dispongono che essa tende a correlarsi in linea di massima, ma pur sempre con ampia discrezionalità, all'orario della tipologia di lavoro di fronte alla quale si trova il dirigente.

Il principio che ha mosso l'attività negoziale delle parti sociali, alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale, ha tentato di coniugare la tutela dell'integrità fisica del lavoratore con le particolarità (e l'elasticità) del dirigente²⁰.

Tuttavia, l'individuazione del limite quantitativo della prestazione di lavorativa dirigenziale non è di facile lettura e l'unico criterio elaborato nel corso degli anni è quello della ragionevolezza della suddetta prestazione.

Specificamente, tale criterio coincide con la quantità di lavoro che può essere tollerata dal dirigente, senza che ne consegua alcun pregiudizio psico-fisico.

¹⁸ V. Cass. civ., Sez. lavoro, Ordinanza, n. 436 del 13.1.2021.

¹⁹ V. anche Cass. civ., Sez. lavoro, Ordinanza, n. 16711 del 5.8.2020 e Cass. civ., Sez. lavoro, Ordinanza, n. 30811 del 28.11.2018.

²⁰ P. Dui, *Il Rapporto di Lavoro Dirigenziale*, Milano, IPSOA Editore, 2002, pp. 143 ss.

Dunque, è compito del Legislatore andare a individuare i limiti oltre i quali la prestazione dirigenziale divenga usurante e, conseguentemente, al di fuori di cosiddetti “compiti istituzionali”.

La L. n. 248 del 2005, che ha convertito il D.L. n. 203 del 2005, all’art. 10, ha previsto il «trasferimento all’I.N.P.S. di competenze in materia di invalidità civile e certificazione di regolarità contributiva ai fini dei finanziamenti comunitari», da cui è conseguita la qualificazione delle attività svolte dai medici presso le Commissioni come proprie dell’Ente pubblico.

Difatti, nel caso di specie, come si apprende dalla vicenda fattuale, lo stesso ricorrente ha riconosciuto che, dal 2007, lo svolgimento delle verifiche presso le Commissioni d’invalidità civile è attività istituzionale propria dell’Ente.

D’altra parte, come già accennato, il carattere atipico del lavoro straordinario, soprattutto considerando il rispetto dei parametri di spesa cui si deve attenere l’Amministrazione, fa sì che il compenso dello stesso lavoro straordinario venga riconosciuto soltanto in casi specificamente previsti (come, a titolo di esempio, per la attività connessa alle guardie mediche o alla pronta disponibilità).

Invero, nell’ambito della dirigenza pubblica, l’eccezionalità dello straordinario acquisisce ancora più rilevanza, poiché è sempre condizionata alla non operatività della retribuzione di risultato e all’autorizzazione obbligatoria da parte dell’Azienda.

L’attività svolta nelle commissioni mediche non è eccezionale ma istituzionale, e, dunque, essa deve essere considerata come ordinaria sia per l’Ente, sia per i dirigenti che la espletano²¹.

Tale assunto è ulteriormente argomentato dalla Corte di legittimità, la quale afferma che l’attività del dirigente «*pur in presenza di un superamento dell’orario “normale”, [non] possa essere riportata all’ipotesi di cui all’art. 89, comma 6, del CCNL 2002-2005 (secondo cui “gli enti, nell’ambito della rispettiva autonomia organizzativa ed ordinamentale, individuano le attività per lo svolgimento delle quali è consentito eventualmente l’eccezionale ricorso a ore di lavoro straordinario”) in quanto... il servizio presso le Commissioni di Verifica non è appunto “eccezionale”*».

In effetti, l’orario di 38 ore settimanali (art. 89, comma 2) è “modellabile” rispetto all’incarico affidato che resta il riferimento primario dell’attività dovuta, come, del resto, è evidenziato dal concetto di “flessibilità”, di cui al comma 1, rispetto agli obiettivi e ai programmi da raggiungere²².

All’esito di questa prospettazione, la Suprema Corte arriva a respingere la tesi del ricorrente, secondo cui l’indicazione di un orario “normale” determinasse una integrazione retributiva su base oraria, in quanto le prestazioni dovute sono bilanciate sui bisogni degli

²¹ Cass. civ., Sez. lavoro, Ordinanza, n. 20801 del 28.6.2022.

²² A. CARDILLO, *Brevi cenni sulla riforma dell’orario di lavoro dei dirigenti medici del S.S.N.*, in *il Diritto Amministrativo – rivista giuridica*, 2018, n. 1.

incarichi attribuiti e sono remunerate, coerentemente con il disposto del D. lgs. n. 165 del 2001, art. 24, comma 3, dalle retribuzioni di posizione e di risultato, oltreché dai tavoli sindacali.

Ne consegue che il monte orario deve essere, per lo più, visto come un mero parametro per valutare, a fini operativi e se del caso anche poi risarcitori, eventuali abnormi eccedenze.

A ulteriore sostegno di quanto finora affermato, lo stesso ricorrente ha confermato di avere percepito la retribuzione di risultato per le prestazioni effettuate.

In conclusione, nel caso di specie, non solo lo straordinario non potrebbe essere riconosciuto, poiché coperto dal principio di onnicomprensività²³, ma, addirittura, è proprio la contrattazione collettiva a prevedere esplicitamente che la retribuzione di risultato venga in soccorso anche a queste particolari prestazioni mediche.

Chiarendo ogni dubbio ed esercitando pienamente la sua funzione nomofilattica, la Corte di Cassazione ha estrapolato da tale questione giuridica il seguente principio: *«in forza del principio di onnicomprensività di cui al D. Lgs. n. 165 del 2001, art. 24, comma 3, al dirigente pubblico cui siano attribuiti incarichi che possano impegnare anche oltre l'orario "normale" stabilito dalla contrattazione collettiva non spetta, salvo espressa diversa previsione della contrattazione collettiva medesima, alcuna ulteriore remunerazione a carico del datore di lavoro a titolo di compenso per lavoro straordinario»*²⁴.

5. Considerazioni conclusive

Volendo terminare l'annotazione con una considerazione, si ritiene agevole affermare che il CCNL non esplicita mai che il dirigente è tenuto obbligatoriamente a svolgere prestazioni sanitarie straordinarie.

Piuttosto, tale obbligo, lo si ricava dalle richieste (necessità) delle ASL coinvolte.

Del resto, qualunque medico conosce le sue responsabilità e la doverosità di rimanere in servizio laddove ci fossero, ad esempio, turni scoperti²⁵.

Invero, se – da un lato – in ambiti lavorativi di tale portata, dove è prevista la continuità assistenziale, rinnegare l'obbligatorietà del lavoro oltre l'orario "normale" pare, attualmente, un paradosso logico, oltreché giuridico; dall'altro lato bisogna sempre tenere in considerazione che la definizione dell'orario di lavoro – di tutti i lavoratori – involge la loro dignità, la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro e anche la salute dei lavoratori stessi

²³ M. LUCCA, *L'onniconcomprensività del trattamento economico in ambito pubblico*, in *LexItalia*, 2012, n. 11, pp. 3 ss.

²⁴ Cass. civ., Sez. lavoro, Ordinanza, n. 32617 del 4.11.2022, p. 3.

²⁵ S. SIMONETTI, *Il nuovo CCNL della dirigenza medica e sanitaria. Commento alla nuova disciplina*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2020.

(nel nostro caso dei dirigenti sanitari), con impatto indiretto (ma negativo) sugli *stakeholders* del Servizio Sanitario Nazionale²⁶.

In ogni caso, il ricorso al lavoro straordinario deve essere previsto solo per fronteggiare situazioni di eccezionalità e sempre mediate espressa autorizzazione da parte del dirigente responsabile, restando priva di valore ogni forma di autorizzazione generalizzata.

Ancora una volta, il CCNL ribadisce il concetto secondo cui tali prestazioni non possono essere utilizzate come fattore ordinario di programmazione del tempo di lavoro e di copertura dell'orario di lavoro.

In tal senso, si vuole evidenziare come il ricorso indiscriminato alle prestazioni di lavoro straordinario, sovente viene utilizzato a copertura del normale orario di lavoro. In questi casi ci si chiede: come si fa a distinguere l'attività istituzionale da quella straordinaria? Quando il dirigente svolge attività istituzionale?²⁷

In conclusione, anche su questi aspetti si auspicano opportuni interventi in sede di negoziazione sindacale.

²⁶ L. TRIA, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e il diritto sociale dell'Unione garantiscono ad ogni lavoratore il diritto a una chiara delimitazione della durata massima dell'orario di lavoro. Tale garanzia vale anche per i dirigenti del Servizio Sanitario Nazionale*, in *LavoroDirittiEuropa*, 2020, n. 1, p. 15.

²⁷ Sul punto, sia permesso un umile rinvio a M. GASPARRO, *Manuale di Diritto e Lavoro nella Pubblica Amministrazione Sanitaria*, Bari, Cacucci Editore, 2023, p. 270.

Maternità surrogata all'estero e status del nato: le Sezioni Unite confermano l'intrascrivibilità e ribadiscono la via dell'adozione in casi particolari*

[Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, 8 novembre – 30 dicembre 2022, n. 38162, pres. Curzio, rel. Giusti]

Andrea Renda**

SOMMARIO: 1. I precedenti, la questione e il *decisum*. – 2. I perché della proibizione della surrogazione di maternità. – 3. La tutela del nato fra trascrizione dell'atto di nascita straniero (o richiesta di efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero) e adozione in casi particolari.

ABSTRACT:

Con la sentenza n. 38162/2022 la Cassazione a Sezioni Unite si è pronunciata sullo strumento giuridico attraverso il quale è possibile tutelare il nato da maternità surrogata effettuata all'estero, dopo aver approfondito le ragioni del divieto di surrogazione sancito dall'ordinamento italiano (oltre che dalla maggior parte degli ordinamenti europei), che essa individua nella tutela della dignità della donna. In effetti, la maternità surrogata tratta la madre come semplice «portatrice gestazionale» e quindi la degrada a mero mezzo per la soddisfazione degli scopi procreativi altrui. Pertanto, il divieto ha fondamento costituzionale ed esprime un principio di ordine pubblico internazionale. Di conseguenza, l'atto di nascita straniero o la sentenza straniera non possono essere riconosciuti in Italia per la parte in cui attribuiscono la genitorialità al soggetto che non ha un legame biologico con il figlio. Secondo la Suprema Corte, il modo più appropriato per tutelare il minore è fare ricorso all'adozione in casi particolari. Il saggio, dopo aver condiviso l'idea secondo la quale la maternità surrogata in tutte le sue forme lede la dignità della donna e aver sottolineato che essa

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Professore ordinario di Diritto privato nell'Università Cattolica del Sacro Cuore, andrea.renda@unicatt.it.

lede contemporaneamente la salute della donna e la dignità del nascituro e del neonato (poiché tratta il figlio come prodotto del lavoro del corpo della donna e come oggetto di consegna), si sofferma sull'alternativa tra trascrizione integrale dell'atto di nascita e adozione in casi particolari e discute quale delle due sia quella meno contrastante con i principi generali del sistema. Anche se l'applicazione dell'adozione in casi particolari al convivente (eterosessuale o omosessuale) del genitore biologico richiederebbe un esplicito intervento legislativo, questa opzione appare meno dirimpente dell'altra, che vanifica l'adozione piena ed è contraddittoria rispetto alla scelta dell'ordinamento di consentire la contestazione della maternità in caso di supposizione di parto.

In the judgement no. 38162/2022 the Supreme Court of Cassation, in its maximum composition (“Sezioni Unite”), ruled the matter of the legal instrument through which it is possible to protect the child born from surrogacy carried out abroad, after having deepened the reasons for the prohibition of surrogacy established by the Italian legal system (as well as by most European legal systems), identified in the protection of the dignity of the woman. Indeed, surrogacy treats the mother as a simple «gestational carrier» and thus degrades her to a mere means for the satisfaction of other people’s procreative purposes. Therefore, the prohibition has a constitutional foundation and expresses a principle of international public order. Consequently, the foreign birth certificate or the foreign judgement cannot be recognized in Italy limited to the part in which they attribute parenthood to the subject who has not a biological link with the child. According to the Supreme Court, the most appropriate way to protect the child is to apply simple adoption (“adozione in casi particolari”). The essay, after having agreed with the idea according to which surrogacy in all its forms harms the dignity of the woman and having stressed that it harms at the same time the woman’s health and the dignity of the unborn and newborn child (since surrogacy treats the child as a product of the work of the woman’s body and as an object of delivery), focuses on the alternative between full transcription of the birth certificate and simple adoption and discusses which of the two is the one less conflicting with the general principles of the system. Even though the application of simple adoption to the (heterosexual or homosexual) cohabitant of the biological parent would require an explicit legislative provision, this way seems less disruptive than the other one, which frustrates full adoption and is contradictory to the choice of the legal system to allow the contestation of maternity in case of supposition of childbirth.

1. I precedenti, la questione e il *decisum*

È noto che già nel 2019 le Sezioni Unite avevano affrontato la questione se sia riconoscibile automaticamente in Italia il provvedimento giurisdizionale straniero dichiarativo della genitorialità del partner del genitore biologico del bambino nato da surrogazione di maternità compiuta all'estero secondo la *lex loci*¹, pronunciandosi in senso negativo². Partendo

¹ Il caso riguardava una coppia omosessuale composta da due uomini di cittadinanza italiana, coniugati secondo la legge dell'Ontario (Canada), che aveva fatto accesso secondo la legge di quel paese a tecniche di procreazione assistita eterologa con surrogazione di maternità: una donna aveva donato ovociti e un'altra donna aveva portato a compimento la gravidanza; uno dei due uomini aveva dato il proprio contributo genetico. Con un primo provvedimento canadese, trascritto in Italia, si era accertato che genitore è l'uomo che ha dato il seme. Un secondo provvedimento canadese aveva accertato la genitorialità anche del partner del genitore biologico. Di questo secondo provvedimento si è chiesto il riconoscimento in Italia.

² Cass. Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193 (in *Familia*, 2019, p. 345, con nota di M. BIANCA, *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite: ordine pubblico versus superiore interesse del minore?*; in *Fam. e dir.*, 2019, p. 653, con note di M. Do-

dal presupposto teorico che la nozione di ordine pubblico internazionale comprende non solo i principi fondamentali della Costituzione e delle fonti internazionali, ma pure «il modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti», le Sezioni Unite avevano condiviso il giudizio, espresso dalle sezioni semplici in altra occasione, che la norma che vieta la surrogazione di maternità sia di ordine pubblico, perché posta a tutela sia della dignità umana della gestante che dell'adozione³. Del pari, avevano ribadito la valutazione, compiuta dalla Corte Costituzionale, secondo cui con tale divieto il legislatore ha sottratto al giudice ogni possibilità di bilanciamento tra interesse del minore e principio di verità, dando prevalenza in ogni caso a quest'ultimo, che riveste natura pubblica perché volto ad impedire una pratica che offende in modo intollerabile la dignità della donna⁴. In sostanza, il «bilanciamento [è] effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione». Pertanto, le Sezioni Unite avevano affermato il principio per cui il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero, per la parte in cui dichiara la genitorialità del partner del genitore biologico, trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali. Restava ferma la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, qual è in specie l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44 co. 1° lett. d) L. n. 184/1983. Insomma, altra era la strada per allacciare un rapporto genitoriale tra il partner del genitore biologico e il bambino.

La questione teorica, lungi dall'essere stata chiusa, è anzi approdata alla Corte costituzionale, la quale è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 12 co. 6° L. n. 40/2004, dell'art. 18 D.P.R. n. 396/2000 e dell'art. 65 co. 1° lett. g) L. n. 218/1995, nella parte in cui non consentono, per contrasto con l'ordine pubblico italiano, che possa

GIOTTI, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri* e di G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*; in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2019, p. 737, con nota di U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*; in *Giur. it.*, 2020, p. 543, con nota di A. VALONGO, *La c.d. «filiazione omogenitoriale» al vaglio delle Sezioni unite della Cassazione*. Cfr. anche V. BARBA, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione*, in *GenIUS*, 2019-2, p. 1 ss. e G. LUCCIOLI, *Qualche riflessione sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 in materia di maternità surrogata*, in *GenIUS*, 2020-1, p. 1 ss.).

³ Il riferimento va a Cass., 11 novembre 2014, n. 24001 (in *Corr. giur.*, 2015, p. 471, con nota di A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*; in *Foro it.*, 2014, I, c. 3414, con nota di G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 1235, con nota di C. BENANTI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*), che ha ravvisato la *ratio* del divieto di surrogazione nella tutela della dignità costituzionalmente tutelata della gestante e nella salvaguardia dell'istituto dell'adozione («al quale soltanto l'ordinamento affida - attraverso una disciplina governata da regole poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori - la realizzazione di progetti di genitorialità privi di legami biologici con il nato»).

⁴ Cfr. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272 (in *Corr. giur.*, 2018, p. 446, con nota di G. FERRANDO, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 547, con note di A. GORGONI, *Art. 263 cod. civ.: tra verità e conservazione dello status filiationis* e di U. SALANITRO, *Azioni di stato e favor minoris tra interessi pubblici e privati*; in *Giur. it.*, 2018, p. 1830, con nota di E. FALLETTI, *Il riconoscimento in Italia dello status di figlio nato da surrogacy straniera*).

essere riconosciuto e dichiarato esecutivo il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento, nell'atto di stato civile di un minore procreato tramite maternità surrogata, del c.d. genitore d'intenzione non biologico, per contrasto con gli artt. 2, 3, 30, 31, 117 co. 1° Cost., in relazione all'art. 8 CEDU, agli artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione 20 novembre 1989 delle Nazioni Unite sui diritti dei minori e dell'art. 24 della Carta di Nizza⁵. La Consulta, giudicando della questione, l'ha dichiarata inammissibile, salvo ravvisare un'insufficiente protezione degli interessi del minore nato da surrogazione di maternità, che richiede un "indifferibile" intervento del legislatore⁶. La Corte, pur volendo dare continuità alla propria giurisprudenza secondo la quale il divieto penalmente sanzionato di surrogazione di maternità è posto a tutela della dignità della donna (nel § 5.1 della motivazione in diritto si legge infatti che «gli accordi di maternità surrogata comportano un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate»), ha affermato che ciò non può andare a scapito del minore, ritenendo indiscutibile che «l'interesse di un bambino accudito sin dalla nascita (nel caso oggetto del giudizio a quo, ormai da quasi sei anni) da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo è quello di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia, ovviamente senza che ciò abbia implicazioni quanto agli eventuali rapporti giuridici tra il bambino e la madre surrogata», perché tale legame è parte integrante della stessa identità del bambino, anche «laddove il nucleo in questione sia strutturato attorno ad una coppia composta da persone dello stesso sesso, dal momento che l'orientamento sessuale della coppia non incide di per sé sull'idoneità all'assunzione di responsabilità genitoriale» (§ 5.4).

La Corte – pur essendo dell'idea che l'interesse del minore «non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro controinteresse in gioco» e che, quindi, esso debba essere bilanciato, alla luce del criterio di proporzionalità, «con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore; scopo di cui si fanno carico le sezioni unite civili della Corte di cassazione, allorché negano la trascrivibilità di un provvedimento giudiziario straniero, nella parte in cui attribuisce lo *status* di genitore anche al componente della coppia che abbia partecipato alla surrogazione di maternità, senza fornire i propri gameti» (§ 5.5) – ha quindi concluso che il bilanciamento corretto sia quello che giunga ad assicurare comunque «tutela all'interesse del minore al riconoscimento giuridico del suo rap-

⁵ Cass., 29 aprile 2020, n. 8325, ord. rimessione, in *www.dejure.it*.

⁶ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33 (in *Fam. dir.*, 2021, p. 684, con note di M. DOGLIOTTI, *Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile?* e di G. FERRANDO, *La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori*; in *Famiglia*, 2021, p. 391, con note di A. MORACE PINELLI, *La tutela del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. L'intervento della Corte costituzionale, in attesa del legislatore*, e di N. CHIRICHALLO, *Maternità surrogata e adozione in casi particolari: il doppio "non liquet" della Consulta*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 609, con nota di B. CECCHINI, *L'omogenitorialità ancora al vaglio della Corte costituzionale*).

porto con entrambi i componenti della coppia che non solo ne abbiano voluto la nascita in un Paese estero in conformità alla *lex loci*, ma che lo abbiano poi accudito esercitando di fatto la responsabilità genitoriale». Tale tutela «dovrà, in questo caso, essere assicurata attraverso un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia stata accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino», poiché «ogni soluzione che non dovesse offrire al bambino alcuna *chance* di un tale riconoscimento, sia pure *ex post* e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice, finirebbe per strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata» (§ 5.7). Pertanto, reputata legittima – nel solco della giurisprudenza della Corte EDU⁷ – la scelta del legislatore di non consentire in ogni caso la trascrizione di atti di stato civile o di provvedimenti giudiziari stranieri che riconoscano sin dalla nascita del bambino lo *status* di padre o di madre al «genitore di intenzione» (§ 5.7), ma considerata in pari tempo insufficiente la via dell'adozione in casi particolari *ex art. 44, lett. d L. adoz.*, poiché questa «non attribuisce la genitorialità all'adottante» (*sic*) e rende incerta la sussistenza del rapporto di parentela adottato e parenti dell'adottante, la Corte ha additato al legislatore la strada di un'adozione da congegnare «in modo più aderente alle peculiarità della situazione in esame, che è in effetti assai distante da quelle che il legislatore ha inteso regolare per mezzo dell'art. 44, comma 1, lettera d)» L. adoz. (§ 5.8). Ciò non senza concludere nel senso che al legislatore stesso «deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco» (§ 5.9).

La pronuncia della Consulta non ha mancato di mostrare limiti argomentativi. Basti richiamare, fuggevolmente, due. Da un punto di vista tecnico, palese è che non sia vero che l'adozione in casi particolari non instauri un rapporto genitoriale tra adottante e adottato, fondato su un vero e proprio *status filiationis*. La peculiarità è, piuttosto, che tale stato è aggiuntivo a (e non privativo di) quello di figlio dei genitori biologici, il quale non viene meno (art. 55 L. adoz. e art. 300 co. 1° c.c.), salvo dire che la responsabilità genitoriale viene ad essere esercitata dall'adottante o dagli adottanti (art. 48 co. 1° L. adoz.), i quali hanno l'obbligo di «mantenere l'adottato, di istruirlo ed educarlo conformemente a quanto prescritto dall'articolo 147 del codice civile» (co. 2°). Dal punto di vista sistematico, poi, la strada che essa pare additare al legislatore – quella di una nuova adozione piena del

⁷ Cfr. in particolare Corte EDU, *Grande Chambre*, parere consultivo 10 aprile 2019, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, p. 764, con nota di A.G. GRASSO, *Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale*, nella giurisprudenza di questa Corte vale infatti il principio per cui il riconoscimento del legame di filiazione – imposto dal diritto del minore al rispetto della vita privata di cui all'art. 8 CEDU – tra il nato all'estero a seguito di surrogazione di maternità e la «madre d'intenzione», designata come madre legale nell'atto di nascita legittimamente formato nel paese straniero in cui la surrogazione è avvenuta, non richiede necessariamente la trascrizione dell'atto di nascita straniero nei registri di stato civile, potendo avvenire tramite (tra l'altro) adozione, purché il diritto interno ne garantisca effettività e celerità, nell'interesse superiore del minore.

minore nato (soltanto all'estero?) da surrogazione da parte della coppia dello stesso sesso – sarebbe foriera di un'incongruenza non meno grave del problema che così si intenderebbe risolvere. A questa stregua, infatti, si determinerebbe una disparità di trattamento rispetto alla medesima coppia, alla quale ad oggi si nega l'adozione piena di un minore abbandonato quand'anche sia unita civilmente, al pari di come, con scelta dichiarata non costituzionalmente illegittima proprio di recente dalla stessa Corte, si nega di accedere alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, in ragione dell'insussistenza di un diritto costituzionale incondizionato alla genitorialità⁸.

Ad ogni modo la pronuncia, apparendo più come di inammissibilità per inesistenza di una rima obbligata⁹ (§ 5.9) che di incostituzionalità accertata ma non dichiarata¹⁰, non sembrava prestarsi a far ritenere superato il diritto vivente risultante dalle Sezioni Unite del 2019, fermo restando l'invito a rimeditare il problema, rivolto però al legislatore. Non sembrava, in particolare, poter essere richiamata per giustificare il passaggio proprio al riconoscimento automatico, la cui esclusione essa ha espressamente ritenuto compatibile con i valori costituzionali (§ 5.7). Eppure, essa è stata addotta dalla prima sezione della Suprema Corte – la stessa che aveva sollevato l'incidente di costituzionalità – a sostegno della necessità di una nuova rimessione alle Sezioni Unite. Ciò al fine di provocare l'accoglimento del principio del riconoscimento automatico del provvedimento straniero nella sua intrezza, sem-

⁸ Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221 (in *Corr. giur.*, 2019, p. 1460, con nota di G. RECINTO, *La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche "chiarimento" ed alcuni "revirement"*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 548 ss., con nota di I. BARONE, *Fecondazione eterologa e coppie di donne: per la Consulta il divieto è legittimo*; in senso critico verso la pronuncia, M.C. VENUTI, *La genitorialità procreativa nella coppia omoaffettiva (femminile). Riflessioni a margine di Corte cost. n. 221/2019*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, p. 664 ss. e U. SALANITRO, *A strange loop. La procreazione assistita nel canone della Corte costituzionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 206 ss.), la quale all'interrogativo «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» ha risposto che debba escludersi che «la PMA possa rappresentare una modalità di realizzazione del "desiderio di genitorialità" alternativa ed equivalente al concepimento naturale, lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati» (§ 10). La Corte, restringendo quindi la portata dell'affermazione del diritto all'autodeterminazione della coppia, sul quale Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162 (in *Europa dir. priv.*, 2014, p. 1105, con nota di C. CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*; in *Corr. giur.*, 2014, p. 1068, con nota di G. FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione «eterologa»*; in *Fam. dir.*, 2014, p. 753, con nota di V. CARBONE, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*; in *Diritto pers. famiglia*, 2014, p. 1005, con nota di L. D'AVACK, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*; in *Foro it.*, 2014, I, c. 2324, con nota di G. CASABURI, «Requiem» (gioiosa) per il divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa: l'agonia della l. 40/04) ha fondato la declaratoria di illegittimità costituzionale del divieto di eterologa, ha chiarito che le tecniche di PMA sono legittimamente intese come rimedio alla sterilità o infertilità umana di una coppia che «riproduca il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una madre e di un padre» (§ 10). Insomma, non v'è né un diritto costituzionalmente garantito della coppia dello stesso sesso alla genitorialità, né un diritto incondizionato della coppia di sesso diverso a generare tramite biotecnologie.

⁹ È la celebra formula di V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giur. cost.*, 1976, I, p. 1694.

¹⁰ Con questa tipologia di sentenze «il giudice delle leggi riconosce chiaramente – nella motivazione – l'incostituzionalità della normativa; tuttavia, fa un salto logico e invece – nel dispositivo – non annulla la legge, sia pure «per il momento», in ragione di un bilanciamento fra valori costituzionali» (A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, p. 212).

plicemente temperato da una verifica – rimessa peraltro all'ufficiale di stato civile – che la surrogazione si sia svolta con adesione libera, consapevole e non determinata da necessità economiche da parte della donna, sulla base della revocabilità del consenso alla rinuncia all'instaurazione del rapporto di filiazione sino alla nascita del bambino, e con necessità di un apporto genetico alla procreazione da parte di uno dei due «genitori intenzionali»¹¹. È in questo contesto che si inserisce la pronuncia che si annota, la quale ha confermato l'orientamento delle Sezioni Unite del 2019, affermando il principio per cui, poiché la maternità surrogata, quali che siano le modalità della condotta e gli scopi perseguiti, offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane, non è automaticamente trascrivibile il provvedimento giudiziario straniero, al pari dell'originario atto di nascita, che indichi quale genitore del bambino il «genitore d'intenzione», che insieme al padre biologico ne ha voluto la nascita ricorrendo alla surrogazione nel Paese estero, sia pure in conformità della *lex loci*. Nondimeno – anche qui in continuità con il precedente del 2019 – è ribadito che l'adozione in casi particolari (*ex art. 44, co. 1, lett. d), L. adoz.*) rappresenta lo strumento che consente di dare riconoscimento giuridico, con il conseguimento dello *status* di figlio, al legame di fatto con il partner del genitore genetico, che ha condiviso il disegno procreativo e ha concorso nel prendersi cura del bambino sin dal momento della nascita. Tale strumento, infatti, è ritenuto idoneo ad assicurargli gli stessi diritti propri dei bambini nati in condizioni diverse, grazie a una più precisa ricostruzione della sua efficacia giuridica e alla sopravvenuta idoneità dello stesso a procurare l'instaurazione del rapporto di parentela tra adottato e parenti dell'adottante, in virtù di altra pronuncia della Corte costituzionale frattanto intervenuta¹². Ciò «allo stato dell'evoluzione dell'ordinamento» e salvo interventi legislativi auspicati ma non indispensabili ad assicurare la tutela del diritto del minore al riconoscimento del legame sorto in forza del rapporto affettivo instaurato e vissuto con colui che ha condiviso il disegno genitoriale. A questo principio la Corte arriva dopo un'ampia e argomentata motivazione, con la quale essa mostra di ritenere integrati e non scindibili i due aspetti che il tema della surrogazione di maternità implica, ossia i perché del vigente divieto e il modo in cui, nonostante il suo aggiramento all'estero, si può costituire in Italia lo *status* di figlio in capo al nato. A dispetto della sempre più diffusa abitudine – che il dibattito pubblico manifesta, non soltanto tra i non giuristi – a considerare il secondo aspetto come irrelato al primo, nel segno del «La surrogazione sarà anche vietata, ma i nati vanno riconosciuti come figli», questa pronuncia ha il pregio metodologico – che le consente di pervenire a una soluzione equilibrata nel

¹¹ Cass., 21 gennaio 2022, n. 1842, ord. rimessione, in *www.dejure.it*.

¹² Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79 (in *Famiglia*, 2022, p. 349, con nota di M. BIANCA, *La Corte costituzionale e il figlio di coppia omoaffettiva. Riflessioni sull'evoluzione dei modelli di adozione*) ha statuito che «l'art. 55 della legge n. 184 del 1983, nella parte in cui esclude, attraverso il rinvio all'art. 300, secondo comma, cod. civ., l'instaurarsi di rapporti civili tra il minore adottato in casi particolari e i parenti dell'adottante, viola gli artt. 3, 31, secondo comma, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU».

merito – di trattare il profilo della tutela dei figli *a partire dalla premessa* di un'approfondita e non evasiva messa a fuoco di cosa la surrogazione di maternità è e del perché essa è vietata, non già *nonostante questa premessa o indipendentemente da essa*. Ma i pregi di una pronuncia che, per nitore del dettato e sobrietà espositiva si staglia nel panorama attuale della giurisprudenza civile di legittimità, non finiscono qui. Tra gli ulteriori ne vanno annoverati due, anch'essi metodologici: anzitutto, il rispetto per la divisione dei poteri, preannunciato in apertura come petizione di principio¹³ e osservato nel merito della soluzione data¹⁴; in secondo luogo, il rispetto per la dottrina stessa, che si manifesta nella sicura conoscenza dei principali orientamenti in materia e si traduce nel recepimento, non acritico, di argomenti elaborati o valorizzati in sede scientifica.

Come tale, questa pronuncia meriterebbe di essere letta e discussa anche al di fuori della cittadella dei giuristi, in modo da poter contribuire – con la forza degli argomenti che adduce – alla formazione del convincimento dei cittadini su di un tema che interroga e divide. Sorprende, per contro, come il dibattito pubblico sul tema abbia potuto accendersi a seguito della circolare ministeriale che ha richiamato i prefetti a comunicare ai Sindaci, quali ufficiali di stato civile, a non dare corso – proprio a seguito del pronunciamento delle Sezioni Unite – alla trascrizione degli atti e dei provvedimenti stranieri ricognitivi della genitorialità del partner del genitore biologico del nato da surrogazione all'estero¹⁵: tale circolare è stata infatti percepita come il frutto di una scelta politica del Governo, anziché come la doverosa attuazione del principio di diritto appena statuito dall'organo nomofilattico nella sua suprema composizione. Eppure, la sentenza delle Sezioni Unite non solo risolve (peraltro, direttamente nel merito *ex art. 384 c.p.c.*, con il rigetto della domanda di riconoscimento del provvedimento straniero) il caso concreto deferito alla cognizione del giudice, ma anche – essendo stata appena emessa, risultando incontrastata anche in passato e anzi conforme ad altra delle stesse Sezioni Unite – sortisce un effetto altamente persuasivo, che rasenta la vincolatività, nell'interpretare le disposizioni applicabili dagli ufficiali di stato civile nel senso di escludere la trascrivibilità. Cionondimeno, la pronuncia è stata ignorata, sia come fonte del divieto di trascrizione (*rectius*: di intendimento del corretto significato dell'ordine pubblico, ostativo alla trascrizione), che come fonte di

¹³ Cfr. Cass. Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, § 6: «Si tratta di materia di particolare rilevanza etico-sociale: è dunque il legislatore rappresentativo a doversi porre quale interprete della coscienza sociale, ad avere le antenne per intercettarla e tradurla in atti normativi. È il legislatore in prima battuta a dover effettuare il bilanciamento dei valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati nel momento dato nella coscienza sociale». V. anche il § 7: «La valutazione in sede interpretativa non può spingersi sino alla elaborazione di una norma nuova con l'assunzione di un ruolo sostitutivo del legislatore. La giurisprudenza non è fonte del diritto. [...] Il rispetto del pluralismo e dell'equilibrio tra i poteri, profilo centrale della democrazia, perché la ricerca dell'effettività deve seguire precise strade compatibili con il principio di leale collaborazione e con il dialogo istituzionale che la Corte costituzionale ha avviato con il legislatore».

¹⁴ Salvo quanto si dirà in appresso circa il problema della forzatura in merito all'art. 44 lett. d) L. adoz., che essa ha il demerito non già di aver introdotto, recependola da un orientamento consolidato, bensì di non aver superato, alla volta di altre soluzioni sistematicamente più sobrie: *infra*, § 3.

¹⁵ Circolare Min. Interno, 3/2023 del 19 gennaio 2023.

orientamento del dibattito culturale sulla surrogazione di maternità, all'insegna di un'italica tendenza a inneggiare alla legalità – e alla magistratura che se ne fa garante – quando la legge converge con i propri *desiderata*, prescindendone quando non li soddisfa. L'opinione pubblica è stata così indotta a credere che si fosse compiuto un *revirement* in via politico-amministrativa, con regressione della tutela dei nati da coppie omosessuali (peraltro, di tutte le coppie omosessuali) rispetto a quella già conquistata. A chi ha cercato di contrastare questa narrazione si è opposto che il sistema, nel prevedere l'adozione in casi particolari come unico strumento di tutela dei nati, presenta una lacuna, con buona pace della distinzione – essenziale a uno Stato di diritto – tra lacuna in senso tecnico, cioè mancanza di una norma applicabile, e lacuna in senso assiologico o ideologico, cioè mancanza della norma postulata come giusta¹⁶.

A fronte di questo inquinamento del dibattito, pare opportuno in via preliminare ristabilire la chiarezza su alcuni profili salienti. Anzitutto, mai nessuna pronuncia della Cassazione a sezioni semplici aveva affermato la trascrivibilità di atti e provvedimenti relativi a nati da surrogazione all'estero, per la parte relativa al committente privo di legame biologico con il nato¹⁷, sicché anteriormente alla pronuncia che si annota valeva il precedente delle Sezioni Unite del 2019 e quindi la trascrizione integrale, se praticata in tali casi, era già *contra legem*. In secondo luogo, le Sezioni Unite n. 30401/2022 non fanno alcuna distinzione a seconda che a ricorrere alla surrogazione sia una coppia di sesso diverso oppure una coppia dello stesso sesso, con la conseguenza che la negata trascrizione integrale non si fonda su di una pretesa contrarietà alla c.d. omogenitorialità, ma su ragioni intrinseche al divieto di surrogazione e, quindi, «taglia» trasversalmente il problema del sesso e del genere del committente privo di legame biologico. Infine, la circolare in questione non vieta la trascrizione degli atti di nascita e dei provvedimenti giurisdizionali stranieri relativi a nati da coppie dello stesso sesso, qualora non si sia fatto ricorso alla surrogazione di maternità, cioè ai nati da coppie di donne che secondo la *lex loci* abbiano avuto accesso alla procreazione assistita eterologa con seme di un terzo. Tali atti restano quindi trascrivibili, perché secondo la stessa Suprema Corte non sono produttivi di effetti contrari all'ordine

¹⁶ Cfr. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2010, p. 333 ss. e già N. BOBBIO, *Lacune del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1963, p. 419 ss.

¹⁷ In questa sede si preferisce il termine «committente» al sintagma «genitore d'intenzione», che presuppone già deciso che il partner del genitore biologico sia genitore proprio in virtù dell'intenzione. In realtà, ciò è esattamente quanto è da dimostrare dal punto di vista giuridico, peraltro adducendo una fattispecie costitutiva legalmente contemplata, giacché in materia di *status* vige una riserva di legge in ordine al modo in cui questi sorgono e si estinguono.

pubblico¹⁸, a conferma che la discriminante non è l'omosessualità dell'aspirante genitore, ma la tecnica tramite la quale si mira a far nascere un bambino per diventarne genitori¹⁹. Ciò posto, nel prosieguo si approfondiranno gli aspetti più importanti della motivazione della pronuncia annotata, in punto di fondamento del divieto e di tecniche di tutela del nato.

2. I perché della proibizione della surrogazione di maternità

Una parte importante della motivazione è dedicata alla ricerca dei beni protetti dal divieto di surrogazione della maternità enunciato all'art. 12, co. 6 L. n. 40/2004. L'esito di questa ricerca conduce la Corte a individuarlo principalmente nella dignità della donna. Il fondamento dignitario del divieto sembra in effetti assorbente, cioè da solo sufficiente a giustificare costituzionalmente la scelta proibitiva compiuta dal legislatore, ma non esime dal vagliare preliminarmente la correlazione tra questa e la tutela della salute, percorrendo un itinerario che le Sezioni Unite non esplorano, come risulta dalla circostanza stessa che la parola «salute» mai compaia nella sentenza.

In questa prospettiva, si sbaglierebbe a pensare che una gravidanza surrogata non ponga questioni correlate alla salute diverse da quelle normalmente implicate da una comune gravidanza e non si carichi quindi di problemi supplementari. L'esatto rilievo per cui la gravidanza condotta dalla donna surrogata, a volerla considerare come un atto di disposizione del proprio corpo *ex art. 5 c.c.*, non comporti generalmente – al pari di una qualsiasi gravidanza – una «diminuzione permanente» dell'integrità fisica della gestante vale solo a escludere che essa sia vietata a questo titolo, ma, come non dimostra che non vi siano altre ragioni a ispirarne il divieto, così nulla dice sulle altre implicazioni tra surrogazione e salute. Anche il confronto con la donazione di ovociti, che si arrestasse alla constatazione

¹⁸ Cfr. almeno Cass., 30 settembre 2016, n. 19599 (in *Corr. giur.*, 2017, p. 181, con nota di G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*; in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2017, p. 362, con nota di G. PALMERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*; in *Giur. it.*, 2017, p. 2075, con nota di C. FOSSÀ, *Il paradigma del best interest of the child come roccaforte delle famiglie arcobaleno*) e Cass., 23 agosto 2021, n. 23319, in *www.dejure.it*.

¹⁹ È appena il caso di osservare che la differenziazione di trattamento tra i nati da P.M.A. che all'estero sono iscritti come figli di coppie di donne e i nati da surrogazione che all'estero sono iscritti come figli di coppie di uomini (al pari che di coppie di sesso diverso), *sub specie* della trascrivibilità dell'atto di nascita dei primi e dell'intrascrivibilità dell'atto di nascita dei secondi, con possibilità di adozione in casi particolari, non costituisce una ingiustificata disparità di trattamento, violativa del principio di uguaglianza. Essa è, al contrario, costituzionalmente giustificata, avuto riguardo sia al fatto che situazioni oggettivamente diverse nella considerazione legislativa e in relazione ai principi costituzionali coinvolti – quali sono il nascere da P.M.A. eterologa e il nascere da surrogazione di maternità – per costante giurisprudenza costituzionale meritano di essere trattate in modo ragionevolmente diverso, sia al fatto che la differenza di trattamento è proporzionata (sicché non eccede la ragionevolezza) poiché entrambe le categorie di nati conseguono lo stato di filiazione, sia pur tramite fattispecie diverse, e vanno così soggette agli stessi diritti e agli stessi obblighi nei confronti dei propri genitori.

che quest'ultima comporta rischi per la salute della donatrice in conseguenza della necessità di sottoporsi a uno o più cicli di stimolazione ovarica (al punto da risultare pressoché inesistente nella prassi)²⁰, che l'altra tecnica non comporta, si limiterebbe a considerare un profilo della questione, ignorandone altri.

In realtà, uno sguardo alla contrattualistica straniera che disciplina la surrogazione, là dove essa è ammessa o tollerata, non tarda a svelare che la salute stessa della donna surrogata è massicciamente implicata dai molti e penetranti condizionamenti che questa tecnica determina in ordine al modo in cui si resta incinte e alle modalità con le quali si è chiamate a condurre la gravidanza e a partorire il nato²¹. Nell'ipotesi, ormai largamente prevalente nella prassi mondiale, in cui la surrogazione avvenga con conferimento di ovociti di una donna terza rispetto sia alla "gestatrice" che alla committente²², la madre surrogata è infatti tenuta a prestarsi al trasferimento di tanti embrioni per volta, nonché a tanti trasferimenti successivi nel tempo, quanti sono quelli ritenuti idonei ad assicurare le maggiori *chances* di successo della gravidanza. Nel primo caso, ella corre esattamente quel rischio di problematiche connesse a gravidanze gemellari, che la disciplina italiana della P.M.A. comportava nel prevedere la necessità di un «unico e contemporaneo impianto [di embrioni], comunque non superiore a tre» (art. 14, co. 2 L. n. 40/2004), al punto da essere dichiarata incostituzionale per violazione del diritto alla salute della donna²³. Nel secondo caso, ella corre il rischio di compromissione della propria salute per effetto del susseguirsi nel tempo di plurimi tentativi di impianto, in obbedienza al solo criterio dell'efficienza a determinare la gravidanza, sulla base di un consenso espresso anticipatamente perché la gravidanza è

²⁰ Non a caso, la Relazione del Ministro della Salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita, anno 2022 (ma relativa al 2020), in <https://www.salute.gov.it>, p. 9 del pdf, attesta che dei 6738 cicli di P.M.A. eterologa con donazione di ovociti il 98% è stato effettuato con ovociti importati dall'estero, mentre solo il 2% con ovociti donati in Italia (ove, peraltro, non è previsto neanche rimborso spese per la donatrice).

²¹ Il tema è stato lambito, sia pur entro una motivazione anch'essa incentrata sulla dignità, dal *Tribunal Supremo* spagnolo, 31 marzo 2022, n. 277 (reperibile in <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0e6219d460d65731/20220405>), § 7 dei *Fundamentos de derecho*, Tercero.

²² Ciò è quanto accade in virtù dell'intreccio tra biotecnologie e mercato. Difatti, gli ovociti non provengono dalla «gestatrice», anzitutto perché tramite gli ovociti di una terza donna si rende realizzabile l'obiettivo di una somiglianza fisica del nato con i committenti, eventualmente impedito ove si ricorresse agli ovociti della «gestatrice» stessa, e poi perché il mercato ha interesse ad accentuare la parcellizzazione di una già *split motherhood*, al fine di scongiurare il rischio che la «gestatrice» si immedesimi nel ruolo di madre, a tal punto da rifiutarsi di consegnare il neonato alla nascita, con conseguente contenzioso: lo rilevano anche le Sezioni Unite, osservando che la surrogata «potrebbe sempre cambiare idea, e proprio per disincentivare ciò è prassi comune che l'embrione sia formato con l'ovocita di un'altra donna» (§ 2). Ma gli ovociti non provengono neanche dalla committente, sia per soddisfare l'esigenza delle coppie straniere di fare affidamento su ovociti già disponibili, così da non doversi sottoporre all'estero alle tecniche tramite le quali vengono estratti, sia per massimizzare le *chances* di successo della pratica, che potrebbero ridursi o azzerarsi ove la patologia della donna committente abbinata a problemi all'utero problemi di fertilità in senso stretto.

²³ Corte Cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *Giur. cost.*, 2009, 1656, con note di M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata* e di C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la «Costituzione che non vale più la pena difendere?»*.

programmata per altri e quindi costituisce un risultato dovuto anziché un obiettivo personale, rispetto al quale la donna conservi la propria autodeterminazione.

V'è, poi, la rinuncia al segreto medico che la donna effettua, per la necessaria condivisione con i committenti delle informazioni sul suo stato di salute. Soprattutto, la soggezione alle prescrizioni farmacologiche e di condotta che i medici i quali l'hanno in carico nell'interesse dei committenti possono somministrarle, in funzione esclusiva del buon risultato della gravidanza (dai test causali sull'uso di alcol e droga, all'indicazione del tipo di parto), comporta la sottoposizione a trattamenti sostanzialmente imposti, perché accettati in via preventiva e generica, senza consenso attuale, informato e specifico. Spicca, ancora, il profilo per cui determinate clausole dell'accordo ora le vietano, ora la obbligano – sotto minaccia di risoluzione dell'accordo stesso, in mancanza – a interrompere la gravidanza in dipendenza di circostanze contrattualmente contemplate o a procedere a una riduzione embrionaria o fetale selettiva della gravidanza gemellare su domanda dei committenti²⁴. È lecito chiedersi come sia possibile che, se – almeno secondo il diritto italiano – già il padre del concepito non può esercitare alcun veto sulla scelta della madre di interrompere la gravidanza²⁵, possano essere terzi a condizionare sia in positivo che in negativo l'esercizio del diritto al quale tale scelta mette capo. Sullo sfondo resta infine, inevaso ma incombenente, l'interrogativo circa le ricadute che la cessione del neonato ai committenti subito dopo il parto possa avere sulla salute psichica della donna. È evidente, allora, come questa tecnica si fondi su di una sistematica limitazione del diritto della gestante di decidere in merito alla propria salute e comporti il rischio di una potenziale, ma reiterata e anche grave lesione della salute stessa. In un contesto ordinamentale – anche internazionale – in cui la salute ha subito nel corso degli ultimi decenni quello «slittamento semantico» che porta a intenderla da semplice mancanza di malattia a completo benessere psicofisico, al punto da darsi rilievo addirittura – per esempio – al *Body integrity identity disorder* (BIID), che fa sentire malati per la sensazione di vivere in un corpo non corrispondente alla sua

²⁴ Simili clausole sono presenti nel *Sample Gestational Surrogacy Agreement* disponibile in <https://www.allaboutsurgacy.com/sample-gestational-surrogacy-contract/>.

Da C. SHALEV, A. MORENO, H. EYAL, M. LEIBEL, R. SCHUZ, T. EL-DAR-GEVA, *Ethics and regulation of inter-country medically assisted reproduction: a call for action*, in *Israel Journal of Health Policy Research*, 2016, 5, p. 59 ss. si apprende, poi, che «A business model that guarantees an end product and caters to the preferences of customers has also led to what is known as 'twin' or 'twibling' surrogacy, where two surrogate mothers are hired at the same time in order to maximize the chance of a live birth. At a 'surrogacy fair' in Israel, in February 2013, attended by 15 surrogacy agencies from Israel and the USA, one agency offered potential customers a track of 'parallel pregnancies' in which several women would carry pregnancies for a single prospective family, so as to increase the chance of producing a child within a certain time frame. It was implied that if the achieved pregnancies exceeded the planned number of children, the 'excess' pregnancies would be terminated. The women carrying the aborted pregnancies have no say in the decision» (p. 6 dell'estratto pdf).

²⁵ Peraltro, «la riconduzione della disciplina abortiva al modello della tutela della salute della donna – almeno negli enunciati principi – anziché al paradigma dell'autonomia esistenziale rende non irragionevole l'immedesimazione tra colei la cui salute è in gioco e colei cui spetta decidere»: A. RENDA, *Gravidanza (interruzione della)*, in *Diritto civile*, a cura di Martuccelli e Pescatore, Milano, 2011, p. 866.

immagine idealizzata, sì da far desiderare di subire delle amputazioni²⁶, risulterebbe singolare che non si potesse denunciare la contrarietà della surrogazione di maternità al diritto della donna alla salute, intesa quest'ultima nel suo nocciolo duro di integrità psico-fisica. A ciò s'aggiunga che la surrogazione limita, oltre che il diritto alla salute, anche taluni diritti di libertà della gestante, impedendole anzitutto di esercitare la funzione generativa per se stessa per tutto il tempo in cui è incinta per altri, e poi condizionando le sue scelte di vita, di alimentazione, di circolazione e di sessualità durante la gravidanza.

Si potrebbe obiettare che ciò non vale ove la surrogazione si svolga secondo modalità che lascino la donna libera di decidere sul come rimanere incinta, come condurre la gravidanza e partorire, finanche sul se cedere il neonato ai committenti. L'obiezione ipotizza un'alternativa che fondamentalmente è fuori dalla realtà, perché oggi la surrogazione, nel contesto globalizzato, si inserisce entro un vero e proprio mercato (prevalentemente extraeuropeo) dei servizi riproduttivi, nel quale mediante appositi intermediari si vende non tanto un bambino, quanto una discendenza legale, cioè un pacchetto completo composto dal bambino più l'atto di nascita o la sentenza attributiva della genitorialità ai committenti²⁷: un mercato nel quale nulla è lasciato alla libera determinazione della gestante, in funzione della minimizzazione del rischio di non conseguire il risultato atteso dai committenti. Nondimeno, da un punto di vista teorico l'obiezione ha il potere di mettere in luce che una surrogazione «dell'empireo», non contrattualizzata, non pone l'ordine di problemi sin qui esaminati, ma ne pone altri²⁸. Qui il discorso sulla dignità si fa assorbente e il contributo della pronuncia annotata è centrale.

Le Sezioni Unite, infatti, sviluppano l'argomento fondato sulla dignità con ben maggiore profondità di quanto sia le precedenti Sezioni Unite del 2019 che la Corte costituzionale nel 2017 avessero fatto, adducendo all'epoca motivazioni piuttosto stereotipe²⁹. Icasti-

²⁶ Un cenno in M. DELL'UTRI, *Diritto e corpo*, in *Giur. it.*, 2021, p. 1499, cui si deve il virgolettato nel testo.

²⁷ Osserva V. CALDERAI, *Ordine pubblico internazionale e Drittwirkung dei diritti dell'infanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, p. 493 che «la discendenza legale è la merce venduta nel mercato transnazionale della riproduzione, nel quadro di una competizione tra ordinamenti all'insegna della deregolamentazione».

²⁸ Peraltro, anche una surrogazione come quella ipotizzata nel testo pone un problema di insufficiente tutela sia del diritto del nato all'identità personale, quantomeno *sub specie* di conoscenza delle origini biologiche e/o genetiche, tramite l'accesso alle informazioni identificative della «gestatrice» o di colei che ha conferito gli ovociti, sia del diritto del nato alla salute stessa, ove quest'ultima richieda il rilascio di informazioni che presuppongono l'identificazione della donna che ha partorito o di quella che ha prestato i gameti. Se la fattispecie si compie all'estero, normalmente né la contrattualistica in essere né la disciplina legislativa applicabile garantiscono come indefettibile l'uno e l'altro diritto. Se la fattispecie si compie in Italia, si ripropone la questione dell'inadeguatezza della tutela ad oggi riconosciuta al nato da P.M.A. eterologa rispetto al diritto di conoscere le proprie origini (sul quale A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in *Aic*, 2012, p. 1 ss.). La strada di applicare analogicamente al nato da eterologa l'art. 28 L. adoz. sembra infatti irragionevolmente ostacolata, anche se non impedita, dall'assoggettamento dell'eterologa alla disciplina di cui al D.Lgs. 25 gennaio 2010, n. 16, la quale si ispira al principio dell'anonimato del donatore di organi, cellule e tessuti. Difatti, la «donazione di cellule riproduttive da parte di persone diverse dal partner» è stata assoggettata all'Allegato III del D.lgs. n. 16/2010 (senza, però, che si faccia espressa parola del problema dell'accesso all'identità del donatore).

²⁹ Per contro, a ben vedere in Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit. non si trova alcuna affermazione propria del contrasto tra surrogazione e dignità umana, tutto riducendosi a citazioni (non particolarmente convincenti) delle S.U. del 2019 e della

camente, si osserva che questa pratica smarrisce «il senso umano della gravidanza e del parto, riducendo la prima a mero servizio gestazionale e il secondo ad atto conclusivo di tale prestazione servente», perché utilizza il corpo di un'altra persona «come mero supporto materiale per la realizzazione di un progetto altrimenti irrealizzabile»³⁰. Pur nella consapevolezza che per una parte dell'opinione pubblica vale una concezione soggettiva della dignità umana, per cui non può ritenersi indegno ciò che il singolo reputa per sé degno, e viceversa³¹, ossia una concezione che fa della dignità una variabile dipendente dell'autodeterminazione individuale, fino a ridurla a quest'ultima³², nondimeno testuale è la riconduzione a un'idea oggettiva di dignità, cioè quella di impossibilità di strumentalizzazione e autostrumentalizzazione dell'essere umano³³.

In quest'idea continua a vivere nell'era post-moderna il lascito della tradizione filosofica moderna, che si compendia nell'imperativo categorico kantiano «Agisci in modo da trattare l'umanità, sia nella tua persona che in quella di ogni altro, sempre anche come fine e mai semplicemente come mezzo»³⁴. Vero essendo che l'uomo può essere trattato, da se stesso come da altri, come un mezzo, l'uomo stesso non può però essere trattato esclusivamente come un mezzo, perché l'uomo è un fine in sé. Che una gravidanza per altri, quand'anche consapevolmente assunta, tratti la donna esclusivamente come un mezzo risulta, anzitutto, tenuto conto dell'assorbimento delle facoltà corporee e psichiche che la gravidanza determina nella donna per tutta la sua durata, in ragione sia dell'immedesimazione tra il suo corpo e quello della vita nascente ospitata, che del condizionamento psichico che ne deriva. Considerata l'entità di tale assorbimento e del conseguente sacrificio, la degradazione della donna a mero mezzo si produce per effetto della scissione che la programmazione della gravidanza per altri comporta tra il significato biologico e sociale suo proprio (diventare madre) e il risultato avuto di mira (far diventare madre altra donna o genitore altri), con avulsione di quel risultato da colei che l'ha prodotto. Se si può certo avere di mira una destinazione ad altri del risultato della propria condotta, non lo si può fare quando per produrre questo risultato ci si espone al sacrificio di tutta la propria persona, che

pronuncia n. 272/2017 della Corte costituzionale stessa.

³⁰ Cass. Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, § 16. Qui le Sezioni Unite riprendono quasi testualmente l'argomentare di G. LUCCIOLI, *La maternità surrogata di nuovo all'esame delle Sezioni Unite. Le ragioni del dissenso*, in *www.giustiziainsieme.it* (28-10-2022).

³¹ Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari-Roma, 2012, p. 210: «la vita degna di essere vissuta [...] è quella che la persona autonomamente costruisce come tale».

³² Cfr. ora per un esempio di questa impostazione G. CRICENTI, *Gli atti di disposizione del corpo come atti self regarding*, in *Giur. it.*, 2021, p. 1503 ss.

³³ Sulla dignità A. NICOLUSSI, C. RUSCONI, *Volti e risvolti della dignità umana. A settant'anni dell'art. 1 della costituzione tedesca*, in *Jus*, 2019, p. 3 ss. in generale e p. 45 ss. a proposito della surrogazione, dove anche riferimenti alla giurisprudenza tedesca. Sulla dignità della donna, lesa dalla pratica in discorso, V. CALDERAI, *Scritto sul corpo. Genealogia della surrogazione di maternità*, in *Giur. it.*, 2021, p. 1527 ss.

³⁴ Quella indicata nel testo è la seconda formulazione dell'imperativo categorico (I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, trad. it., in *Scritti morali* a cura di Chioldi, Torino, 1970, p. 88).

viene ridotta così a mero mezzo per un fine altrui. È pur vero che si può dare la vita per altri, ma non ci si può obbligare a farlo. E come non ci si può obbligare a farlo, così non ci si può obbligare a restare incinte per altri. Peraltro, mentre si può dare la propria vita per altri senza previa obbligazione, non si può dare il proprio figlio ad altri, anche se non ci si è obbligati a farlo, perché il risultato della gravidanza è la nascita di una persona nuova, che non può essere trasferita a terzi né con condotte negoziali volte ad attribuirne ad altri la genitorialità, né con condotte materiali dirette ad attribuire ad altri il controllo fisico del nato. Inoltre, la degradazione a mero mezzo risulta dalla circostanza che la gravidanza è esperienza che nel genere umano è caratteristica solo della donna, connotandone la più singolare specificità rispetto al maschile, e – finché l'ectogenesi non diventerà realtà – non è replicabile da macchine o cose, con la conseguenza che il risultato stesso di essa non è eguagliabile altrimenti. Pertanto, l'asservimento a fini altrui denega il *proprium* naturale della donna (riconosciuto, peraltro, anche dalla Costituzione agli artt. 31, co. 2 e 37, co. 1), agguagliandolo a mezzo di produzione.

Di qui il fondamento costituzionale del divieto, se è vero che la dignità (al di là delle sue testuali emersioni nel dettato costituzionale: artt. 3, co. 1 e 41, co. 2 Cost.) è un superprincipio, poiché è attribuito non comprimibile di ogni persona, e la persona è *Grundnorm* dell'ordinamento³⁵. Il divieto, quindi, non è il frutto di una scelta discrezionale del legislatore³⁶. Del resto, radicandosi nei principi qualificanti del sistema, esso preesisteva alla legge n. 40/2004, così da condurre già da prima a qualificare come nulli – a rigore, per illiceità dell'oggetto – e quindi inefficaci gli accordi di surrogazione, ora nulli per contrasto con la norma imperativa posta *ex professo*³⁷. Di qui la sua natura di ordine pubblico internazionale, che non trova la propria ragion d'essere nella sanzione criminale, la quale piuttosto esprime l'allarme sociale che il disvalore della condotta manifesta e mira così a dissuadere più efficacemente i consociati dal porla in essere³⁸. In altri termini, se è vero

³⁵ Per C. CASTRONOVO, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998, p. 1 «se una *Grundnorm* si debba trovare, che alla stessa Costituzione sia in grado di dare fondazione, al rispetto della persona quale misura normativa elementare occorrerà fare capo». Della dignità come «valore supercostituzionale» parla A. RUGGERI, *Esperienze di giustizia costituzionale, dinamiche istituzionali, teoria della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 3617.

³⁶ Correttamente lo rileva anche la pronuncia annotata, § 27: «Ha, infatti, errato la Corte d'appello a ritenere che il divieto, posto dal legislatore italiano, di maternità surrogata sia frutto di una scelta discrezionale e ad escludere che esso esprima principi fondanti a livello costituzionale che impegnino l'ordine pubblico».

³⁷ Cfr. Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Foro it.*, 1990, I, c. 298, con nota senza titolo di G. PONZANELLI; in *Giur. it.*, 1990, I, 2, p. 296, con nota di G. PALMERI, *Maternità «surrogata»: la prima pronuncia italiana*, secondo il quale «l'atto dispositivo del proprio corpo, implicato dal contratto di maternità surrogata [...] non può mai rilevare come oggetto di una preventiva obbligazione dell'avente diritto a compierlo o a permettere che altri lo compia su di lei ed è comunque contrario alla legge, all'ordine pubblico e, almeno in caso di onerosità, anche al buon costume». *Contra*, limitatamente a una surrogazione gratuita, Trib. Roma, ord. 17 febbraio 2000, in *Corriere giur.*, 2000, p. 483, con nota di M. SESTA, *La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale*.

³⁸ Nella giurisprudenza più recente il tentativo di restringere la nozione di ordine pubblico internazionale, compiuto da Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, cit., secondo la quale «i principi di ordine pubblico devono essere ricercati esclusivamente nei principi supremi e/o fondamentali della nostra Carta costituzionale, vale a dire in quelli che non potrebbero essere sovvertiti dal legislatore ordinario» (§ 7), è stato disatteso da Cass. Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601 (in *Foro it.*,

che non ogni sanzione penale tutela valori fondamentali, il divieto in parola è di ordine pubblico perché presidia un valore fondamentale, in quanto costituzionalmente inviolabile, che la legge coerentemente assiste con la tutela penale. Ma anche se quest'ultima mancasse la conclusione non cambierebbe. L'essere la dignità un valore condiviso della civiltà europea si rispecchia, peraltro, nell'orientamento maggioritario degli ordinamenti europei, volto a vietare la surrogazione di maternità³⁹.

Questo discorso conserva il suo fondamento anche in confronto con l'ipotesi di una surrogazione gratuita, rispetto alla quale relativamente di recente si sono diffuse tesi volte a difenderne il valore dal punto di vista etico e/o a suffragarne l'ammissibilità dal punto di vista giuridico. Esemplicativamente, ora si sostiene che la surrogazione gratuita debba considerarsi ammessa in via interpretativa⁴⁰ (nonostante il chiaro tenore generale dell'art. 12, co. 6 L. n. 40/2004), ora si afferma che essa dovrebbe quantomeno essere ammessa *de iure condendo*, perché dettata da interessi solidaristici⁴¹ (soccorrere una donna che non

2017, I, c. 2613, con note di A. PALMIERI E R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*; E. D'ALESSANDRO, *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piovve*; R. SIMONE, *La responsabilità civile non è solo compensazione: punitive damages e deterrenza*; P. G. MONATERI, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite*) in materia di danni punitivi, la quale entro un'articolata motivazione esprime l'intendimento di non assecondare alcuna riduzione del controllo operato tramite l'ordine pubblico e chiarisce che, per quanto la semplice diversità tra un istituto straniero e la legge italiana non si traduca nel contrasto del primo con l'ordine pubblico, resta ferma la necessità che, specie nel diritto sostanziale, la legge straniera non produca effetti incompatibili con i principi costituzionali, quand'anche gli stessi non siano principi inviolabili. Di seguito, le Sezioni Unite hanno sciolto il contrasto affermando che la compatibilità con l'ordine pubblico deve essere valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche «del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindersi nella ricostruzione delle nozioni di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico» (Cass. Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit., § 12.2), sconfessando così il presupposto teorico fatto proprio da Cass. 30 settembre 2016, n. 19599. Le Sezioni Unite del 2022, qui annotate, hanno confermato quest'ultima posizione (§ 15). Ad ogni modo, anche a intendere l'ordine pubblico internazionale nel senso restrittivo sopra richiamato, la tutela della dignità umana, che costituisce un principio inviolabile della Costituzione, non potrebbe non far rientrare il divieto di surrogazione entro il perimetro di tale più restrittiva concezione.

³⁹ La surrogazione è vietata in tutti gli ordinamenti europei a eccezione di quelli di Albania, Cipro, Georgia, Grecia, Paesi Bassi, Portogallo, Regno Unito, Russia e Ucraina.

⁴⁰ È la tesi di A.G. GRASSO, *Per un'interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata*, in *Teoria e critica della reg. soc.*, 2018, p. 151 ss. e *amplius* ID., *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status* (Torino 2022), p. 31 ss. Cfr. anche U. SALANITRO, *A strange loop*, cit., p. 219 secondo il quale il divieto non vale in caso di «surrogazione solidale, in cui la donna che si mette a disposizione è mossa da intenti nobili e solidali, ogni qualvolta almeno uno dei membri della coppia abbia fornito i propri gameti». Similmente V. SCALISI, *Maternità surrogata: come "fare cose con regole"*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1100. Tali tesi sono state preparate dalle prese di posizione di P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in *Tratt. dir. fam.* diretto da P. Zatti, I, 1, Milano 2011, p. 69 s. e S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, p. 52, al quale ultimo si deve l'espressione «solidarietà tra donne» come sorta di scriminante della liceità della tecnica.

⁴¹ I. CORTI, *Maternità per sostituzione e dignità umana*, in *GenIUS*, 2017-2, p. 20 ss. Più restrittiva la proposta di A. RUGGERI, *La maternità surrogata, overosia quando fatti e norme urtano col dettato costituzionale e richiedono mirati e congrui interventi riparatori da parte di giudici e legislatore*, *ivi*, p. 64, volta a circoscrivere il ricorso alla tecnica alla sola cerchia familiare «si da potersi presumere – ed è una presunzione, nondimeno, soggetta alla prova del contrario – la gratuità dell'offerta del corpo, testimonianza e conferma a un tempo della solidarietà spontaneamente offerta da una persona a un'altra».

può restare incinta)⁴². Tali tesi necessitano di essere considerate, anzitutto, in funzione al grado di «realtà» del presupposto empirico dal quale muovono e, in secondo luogo, in relazione al bene protetto, come sin qui messo a fuoco.

Dal primo punto di vista, l'esperienza insegna che una surrogazione gratuita allo stato puro è estranea alla realtà. Nella prassi, infatti, nei paesi che ammettono o tollerano la surrogazione, purché gratuita, sono convenuti rimborsi spese palesemente sproporzionati per eccesso rispetto alle spese, che dissimulano un vero e proprio corrispettivo. Nulla, poi, può impedire che sotto le mentite spoglie di una donazione isolata dai committenti alla «gestatrice» si nasconda un corrispettivo. Per esempio, in Canada, dove in astratto è gratuita, occorrono circa 30.000 dollari per rimborsare la *surrogate* e tra i 5.000 e 15.000 dollari per la *egg donor*, che quindi donatrice non è. La gratuità, allora, sembra solo un modo scaltro di posizionarsi nell'atlante del mercato mondiale dei servizi riproduttivi. Dilguatasi la gratuità, a maggior ragione svanisce l'altruismo che dovrebbe sottenderla, sol che si pensi che quasi sempre i committenti e la gestante non si conoscono in anticipo, ma sono messi in contatto da intermediari professionali retribuiti che si incaricano di reperire sul mercato anche gli ovociti, con la conseguenza che la seconda non persegue alcuno scopo di soccorso verso i primi.

Dal secondo punto di vista, se il fondamento del divieto riposa sul divieto di strumentalizzazione e autostrumentalizzazione della persona umana, non è l'assenza di un corrispettivo in denaro a fare la differenza. Anche nella variante gratuita la donna degrada se stessa a esclusivo mezzo di soddisfacimento dei fini altrui, per ben nove mesi. Se ha fondamento l'ancoraggio del divieto alla dignità, cioè al valore originario di ogni persona, indipendente sia dall'altrui riconoscimento che dalla concezione di sé, risulta impossibile restringerne l'operatività alla sola surrogazione onerosa, perché anche in quella gratuita la donna rinuncia a ciò a cui non può rinunciare. In altri termini, l'altruismo attiene alla natura del fine perseguito, ma presuppone pur sempre l'auto-riduzione della donna a mezzo per perseguirlo. Anche la variante gratuita, insomma, manifesta quel triste riduzionismo, che fa della donna una portatrice gestazionale («gestational carrier», si legge nella contrattualistica

⁴² L'idea del soccorso solidale, peraltro, si fa problematica allorché sia riferita a committenti dello stesso sesso, i quali secondo la legislazione italiana non possono accedere alla P.M.A. eterologa, sulla base di una scelta – come rammento *supra*, § 1 – ritenuta costituzionalmente conforme da Corte cost. 23 ottobre 2019, n. 221, cit. In tal caso, infatti, non ci si limita ad aiutare una coppia che contingentemente non può procreare figli per impossibilità di portare a compimento una gravidanza, come con la donazione di ovociti si aiuta una coppia in cui la donna non può concepire un embrione per problemi agli ovuli, ma può rimanere incinta. Forzando il limite dell'*imitatio naturae* che la legge ha istituito nel disciplinare l'accesso alle tecniche di procreazione artificiale, si consente invece l'accesso alla genitorialità a una coppia che ontologicamente non può concepire, contribuendo così – con quello che si chiama «aiuto» – a sovvertire il criterio legale della generazione tramite biotecnologie. Coerentemente, allora, chi propugna il modello della surrogazione altruistica ha cura di limitarne l'operatività all'ipotesi in cui vi facciano ricorso coloro che, secondo l'art. 5 L. n. 40/2004, potrebbero accedere alla fecondazione eterologa (A.G. GRASSO, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, cit., p. 84).

anglosassone⁴³): ma la donna non può essere una sorta di *sberpa*, perché nella gravidanza e nel parto ella investe risorse psichiche ed emotive, oltre a dover fare molte rinunce, al pari di ogni madre e a differenza di qualsiasi incubatrice. Va da sé, poi, che se la surrogazione è onerosa a giustificare la proibizione concorre il divieto di commercializzazione del corpo umano enunciato dalla Convenzione di Oviedo (art. 21) e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 3, co. 2 lett. c), che certo ne aggrava il disvalore. Questo orientamento è fatto proprio anche dalle Sezioni Unite, che osservano – di nuovo, icasticamente – che «nulla cambia per la madre e per il bambino se la surrogazione avviene a titolo oneroso o gratuito. Indipendentemente dal titolo, oneroso o gratuito, e dalla situazione economica in cui versa la madre gestante (eventuale stato di bisogno), la riduzione del corpo della donna ad incubatrice meccanica, a contenitore di una vita destinata ad altri, ne offende la dignità, anche in assenza di una condizione di bisogno della stessa e a prescindere dal concreto accertamento dell'autonoma e incondizionata formazione del suo processo decisionale⁴⁴. La precisazione è tanto più importante, ove si pensi che nel caso concreto la surrogazione era avvenuta in Canada (al pari, d'altronde, che in quello deciso dalle Sezioni Unite nel 2019). La posizione assunta dal nostro ordinamento, per come ricostruito dalle Sezioni Unite, è, pertanto, quella per cui il divieto di surrogazione non si fonda sull'incomerciabilità del corpo umano, ma più radicalmente sull'indisponibilità dello stesso, la quale sussiste quando l'atto di disposizione coinvolga il corpo per intero e continuativamente nel tempo. Due considerazioni restano da fare. La prima impone di prendere posizione rispetto a una surrogazione nella quale, per ipotesi, sia riconosciuto il diritto di ripensamento della gestante⁴⁵. In verità, tale diritto non intacca l'obbligo principale (di prestazione, per arieggiare la nomenclatura del diritto delle obbligazioni) di portare a compimento la gravidanza e gli obblighi integrativi e strumentali posti in funzione del risultato della nascita. Inoltre, la realizzazione della pratica consiste pur sempre nella consegna di un neonato in funzione dell'acquisizione della qualità di genitore in capo al committente, preparata da quanto necessario affinché dal punto di vista dello stato civile non risulti la maternità di colei che partorito e risulti, al contrario, la maternità della committente o la genitorialità del committente di sesso maschile: consiste, quindi, nella cessione di un bambino appena partorito, consumata anteriormente alla formazione dell'atto di nascita dello stesso. Il contrasto con la dignità permane, quindi, sia per l'essersi assoggettate a una gravidanza che è programmata per altri salvo ripensamento, sia per l'aver trattato se stesse come portatrici e non

⁴³ L'espressione risale a *Johnson v. Calvert*, Cal. Super. Ct., Orange Co., Dept. 11, No. X633190 (22-10-1990), secondo cui la madre surrogata «is the gestational carrier of the child, a host in a sense» e la sua «relationship to the child is analogous to that of a foster parent providing care, protection and nurture».

⁴⁴ Cass. Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, § 18.

⁴⁵ È quanto è ora previsto in Portogallo, in cui la Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro, ha modificato – a seguito della sentenza del Tribunal Constitucional de Portugal 24-4-2018, n. 25 – l'art. 10, comma 8 Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, stabilendo che il consenso della madre surrogata può essere revocato sino al momento della formazione dell'atto di nascita, che deve avvenire entro venti giorni dalla nascita.

come madri e il nato non come figlio ma come cosa oggetto di consegna. In altri termini, la facoltà di ripensamento alla nascita può preservare la libertà morale della gestante consentendole di pentirsi della scelta compiuta, ma non esclude affatto il disvalore del fare della gravidanza un mezzo per fini altrui. Ove tale facoltà non sia esercitata, non è escluso neanche il disvalore aggiuntivo, caratteristico di ogni cessione pur non programmata in anticipo rispetto al concepimento o alla nascita, di alterare lo stato civile del nato e di consegnarlo materialmente a coloro che beneficiano dell'alterazione di stato. Se esercitata, resta escluso il disvalore della cessione, ma permane quello della strumentalizzazione della gravidanza, insita nella potenzialità della cessione programmata e poi rinnegata. La gratuità dell'impegno, evidentemente, non tocca nessuno di questi due nuclei di disvalore⁴⁶. La seconda considerazione impone di non sottacere - benché le Sezioni Unite non ne facciano parola e il dibattito stesso in materia tenda a prescindere - che la surrogazione, onerosa o gratuita che sia, contrasta con la dignità non solo della donna, ma anche del nascituro, dedotto in oggetto del contratto e trattato come prodotto del lavoro della donna attraverso il corpo, e del nato, degradato a cosa oggetto di consegna, che si accetta purché non viziata o difettosa⁴⁷. La tecnica, ove contrattualizzata, implicherebbe logicamente la coercibilità dell'obbligo di consegna, che ripugna alla coscienza comune⁴⁸. Ma, al di là della coercibilità, a ben vedere è la consegna in quanto tale a sottendere una cessione e quindi la riduzione del bambino a cosa. La gratuità, ancora una volta, non toglie niente del disvalore, poiché un neonato, come non può essere venduto, così non può essere donato, non essendo una cosa. Per di più, alcuni casi verificatisi all'estero dimostrano che l'aspettativa di chi ricorre alla tecnica sia quella di ricevere un bambino «sano», il quale soltanto costituisce adempimento esatto in senso qualitativo dell'obbligazione contratta dalla «gestatrice»⁴⁹. Di qui il dibattito sulla possibilità di estendere alla fattispecie la disciplina

⁴⁶ Peraltro, è stato giustamente osservato che la gratuità non è garanzia sufficiente della stessa libertà del volere, quantomeno *in itinere*, perché «le stesse relazioni personali e familiari, con l'affermarsi e il consolidarsi di specifiche aspettative - condivise e diffuse nella comunità degli affetti - nei riguardi di un determinato comportamento o atteggiamento che la persona assumerà o non revocherà (ad esempio, la maternità per conto della sorella, dell'amica) possono incidere e compromettere la libertà di scelta e di ripensamento di un impegno eventualmente assunto»: così M.C. VENUTI, *Atti di disposizione del corpo e principio di gratuità*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, p. 847 nota 43.

⁴⁷ Anche secondo E. BILOTTI, *Dignità della persona e interesse del minore nel dibattito sul riconoscimento della genitorialità d'intenzione in caso di nascita da madre surrogata*, in *Liber amicorum per Giuseppe Vettori*, Firenze, 2022, poiché è in gioco la dignità del nascere dell'uomo e quindi «la dignità del generato nel rapporto con gli adulti che se ne prendono cura in qualità di genitori» (p. 407), anche la surrogazione gratuita pregiudica la dignità del generato (p. 414), permettendo agli adulti di «relazionarsi al generato secondo una logica utilitaristica».

⁴⁸ Anche S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p. 63 con riferimento alla legislazione della California nella quale «si è affermato l'obbligo della donna di consegnare il figlio, così assimilato a un qualsiasi oggetto da sottrarre con la forza al debitore inadempiente», osserva che «non si manifesta soltanto una insopportabile crudeltà giuridica, quanto piuttosto una riduzione del diritto a mero tramite di scambi mercantili, a strumento di espulsione di qualsiasi valore irriducibile al calcolo economico».

⁴⁹ C. SHALEV, A. MORENO, H. EYAL, M. LEIBEL, R. SCHUZ, T. EL-DAR-GEVA, *Ethics and regulation*, cit., p. 7 (dell'estratto pdf) riferiscono il caso di due gemelli partoriti nel 2014 da una donna thailandese, dei quali uno affetto da sindrome di Down e perciò rifiutato dai committenti australiani, che hanno invece «preso» la sorellina sana.

dei vizi propria dei contratti d'opera, a tutela del diritto dei committenti all'esatto adempimento, il quale implicitamente conferma la sostanza reificante del fenomeno nei confronti del nato stesso. Il relativo divieto, pertanto, tutela anche la dignità del nascituro.

3. La tutela del nato fra trascrizione dell'atto di nascita straniero (o richiesta di efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero) e adozione in casi particolari

Chiarito il fondamento del divieto di surrogazione, le Sezioni Unite hanno affrontato il problema successivo e conseguente, cioè quello di come trattare il bambino nato dalla surrogazione compiuta all'estero secondo la *lex loci*. È il problema più spinoso, perché qui occorre bilanciare l'esigenza di coerenza con il valore della dignità, protetto dal divieto, e la dignità del nato stesso, che non ha colpa del modo in cui è venuto al mondo e merita protezione al pari di ogni altro bambino, salvo però ricordare che la dignità del nascere è una delle stesse ragioni del divieto.

Sia la sentenza della Corte costituzionale n. 33/2021, sia le Sezioni Unite in commento correttamente riconoscono che «non è qui in discussione un preteso «diritto alla genitorialità» in capo a coloro che si prendono cura del bambino. Ciò che è qui in discussione è unicamente l'interesse del minore a che sia affermata in capo a costoro la titolarità giuridica di quel fascio di doveri funzionali agli interessi del minore che l'ordinamento considera inscindibilmente legati all'esercizio di responsabilità genitoriali»⁵⁰. Da qui il dilemma: riconoscimento automatico, tramite trascrizione dell'atto di nascita o richiesta di efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero nella loro interezza, oppure adozione in casi particolari? È un dilemma che si mantiene nell'alveo dell'alternativa tracciata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e ne riproduce l'equivoco. La Corte Edu, infatti, da una parte esclude che negare effetti alla surrogazione compiuta all'estero integri una violazione del diritto alla vita familiare del committente privo di legame biologico; dall'altra, sostiene che tale negazione integri una violazione del diritto del figlio alla vita privata⁵¹. Ma siccome la tutela del diritto del figlio alla vita privata richiederebbe il riconoscimento del rapporto di filiazione con il committente tramite la tecnica dello *status*, il committente stesso si vede riconoscere quel diritto alla genitorialità nei confronti del nato da surrogazione, che in astratto che si è detto non sussistere. Ne deriva un paradosso: la realizzazione del diritto alla vita privata del nato si traduce nella realizzazione di quello stesso diritto alla vita fa-

⁵⁰ È il § 5.4 della pronuncia di Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit., ripreso e fatto proprio nella sostanza della motivazione delle Sezioni unite del 2022. Una chiara sconfessione della sussistenza di un diritto alla genitorialità è provenuta da Corte cost. 23 ottobre 2019, n. 221, cit. (cfr. *supra*, § 1 nota 8) ed è condivisa dalle Sezioni Unite in commento, § 21.2.

⁵¹ Cfr. Corte EDU, 21 luglio 2016, Foulon e Bouvet c. Francia; da ultimo *Id.*, 2 novembre 2022, D.B. e altri c. Svizzera, nonché *Id.*, 6 dicembre 2022, K.K. e altri c. Danimarca.

miliare del committente privo di legame biologico, che si è escluso in linea di principio. In sostanza, il riconoscimento dello *status* di figlio implica il riconoscimento dello *status*, simmetrico, di genitore. Con il che, la soluzione al problema finisce per essere adesiva a quel diritto alla genitorialità, che si è affermato non esigere tutela.

In realtà, se lo scopo da perseguire è attribuire diritti al minore, impedendo che chi con la propria volontà ha dato causa alla nascita di un bambino possa successivamente disinteressarsene, si dovrebbe applicare una regola diversa: una regola che, lungi dall'ispirarsi alla perentorietà della tecnica dello *status*, spezzi la reciprocità di diritti e obblighi propria dello *status* e configuri esclusivamente obblighi a carico del responsabile sociale della procreazione, senza conferirgli una posizione compiutamente familiare, oltre a prevedere un titolo successorio del nato nei suoi confronti, ma non viceversa. In altra sede abbiamo cercato di dimostrare che la soluzione più coerente del problema consista nell'applicare al nato da surrogazione, nei confronti del partner del genitore biologico, l'art. 279 c.c. in materia di filiazione non riconoscibile⁵². A questa stregua si sancirebbero obblighi del committente che prescindono dall'accertamento di stato e che proprio perché scissi dallo *status* di figlio non si accompagnano né agli obblighi reciproci del figlio (art. 315 *bis*, co. 4 c.c.), né ai diritti successori del committente nei confronti del figlio nella successione necessaria (art. 536 c.c.) e in quella legittima (artt. 568, 571 e 582 c.c.). Tale disciplina unirebbe la tutela del nato alla deterrenza, realizzando quest'ultima sul piano sul quale è congruo che operi, cioè non quello dei diritti del figlio, ma quello dei diritti del committente, al quale soltanto è rimproverabile il disvalore della condotta posta in essere al fine di acquisire una genitorialità altrimenti preclusa.

Le Sezioni Unite, però, si mantengono nell'alveo dell'alternativa tra trascrizione integrale e adozione in casi particolari, che è la sola conosciuta dalla giurisprudenza. Questa alternativa corre tra soluzioni diverse ma comunque ispirate alla logica dello *status* e quindi asseverative della reciprocità, a riprova che limitarsi a questa gamma di opzioni sottende probabilmente il proposito di non frustrare l'aspirazione alla genitorialità del committente privo di legame biologico. È, allora, a questa stregua che il problema verrà affrontato in questa sede, per valutare comparativamente la fondatezza di ciascuno dei due poli dell'alternativa.

Al riguardo, non si può fare a meno di osservare in via preliminare che l'adozione in casi particolari, allorché i committenti non siano coniugati e quindi non si faccia questione della lett. b) dell'art. 44, ripropone il problema della forzatura in merito alla lett. d) di quella norma, in cui la constatata impossibilità di affidamento preadottivo, che per ragioni testua-

⁵² Rinviamo al nostro *Ancora sulla surrogazione di maternità. Ragioni del divieto e tecniche di tutela del nato*, in corso di pubblicazione in *Europa dir. priv.* Proposte affini sono quelle di A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, in *Europa dir. priv.*, 2019, p. 762 s. di applicare l'art. 128, co. 3, c.c. e quella di E. BILOTTI, *La tutela dei nati a seguito di violazione dei divieti previsti dalla l. n. 40/2004. Il compito del legislatore dopo il giudizio della Corte costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 923 ss. di applicare al nato, su sua istanza e dietro verifica dell'interesse del minore, la disciplina della responsabilità genitoriale di cui al Titolo IX del Libro Primo del codice civile.

li e sistematiche è evidentemente di fatto (del resto, solo un fatto può essere oggetto di constatazione), si allarga nella giurisprudenza a quella di diritto, sovvertendo il senso dei limiti posti dalla legge nelle altre lettere⁵³. In verità, posto che l'art. 44 consente l'adozione in deroga all'art. 7 L. adoz., relativo alla dichiarazione di adottabilità che scatta in caso di abbandono del minore, la lett. d) deroga alla deroga e quindi ripristina la regola, perché rende possibile l'adozione in casi particolari qualora sia intervenuta la dichiarazione di adottabilità e, tuttavia, l'affidamento preadottivo sia impossibile nel caso concreto. Poiché, infatti, l'affidamento preadottivo è la fase successiva alla dichiarazione di adottabilità, il riferimento a esso presuppone che il minore sia in stato di abbandono e perciò adottabile. Ciò trova conferma nella pronuncia della Corte Costituzionale che, rendendo possibile l'adozione sulla base della lett. d) allorché il minore rimasto privo di assistenza da parte di genitori ancora in vita sia accudito da un parente entro il quarto grado che chieda di adottarlo, ha presupposto che si possa prescindere dalla dichiarazione formale di adottabilità e dal fallimento di un affidamento preadottivo, ma non dall'abbandono del minore⁵⁴. Tale adozione, pertanto, è particolare in quanto l'adottante può essere una persona singola e non deve osservare l'*iter* procedimentale dell'adozione piena, oltre a non estinguere il rapporto coi genitori di sangue. L'unica adozione in casi particolari che prescinde, oltre che dalla formale dichiarazione dello stato di adottabilità, anche dalla condizione sostanziale di abbandono che ne è il presupposto, è quella di cui alla lett. b), relativa al figlio del coniuge. Le altre la richiedono necessariamente, come si ricava dal fatto che i rispettivi presupposti (orfananza [lett. a e lett. c] e impossibilità di affidamento preadottivo [lett. d]) sottendono l'abbandono del minore. Inoltre, l'art. 11 co. 1 L. adoz., nello stabilire che in caso di decesso dei genitori il tribunale per i minorenni provveda a dichiarare *sic et simpliciter* lo stato di adottabilità, «salvo che esistano istanze di adozione ai sensi dell'art. 44», richiede che vi sia stato di abbandono e, quindi, presuppone che l'adozione in casi particolari possa essere alternativamente disposta a parità di abbandono del minore rispetto a quella piena, esclusa ovviamente l'adozione del figlio del coniuge⁵⁵.

⁵³ In questo senso, per prima nella giurisprudenza di legittimità Cass. 22 giugno 2016, n. 12962, in *Nuovo dir. civ.*, 2016, p. 91, con nota di E. BILOTTI, *L'adozione semplice del figlio del convivente (dello stesso sesso)*; in *Corr. giur.*, 2016, p. 1203, con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*; in *Giur. it.*, 2016, p. 2573, con note di A. SPADAFORA, *Adozione, tutela dell'omogenitorialità ed i rischi di eclissi della volontà legislativa* e di I. RIVERA, *La sentenza della Corte di Cassazione n. 12962/2016 e il superiore interesse del minore*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1135, con nota di G. FERRANDO, *Il problema dell'adozione del figlio del partner. Commento a prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 12962 del 2016* (p. 1213 ss.); in *Famiglia*, 2016, p. 295, con nota di C. IRTI, *L'adozione del figlio del convivente (omosessuale): la Cassazione accoglie l'interpretazione evolutiva dell'art. 44, lett. d)*, l. n. 184 del 1983; Cass. Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit.; *contra* Trib. min. Piemonte e Valle d'Aosta, 11 settembre 2015 e Trib. min. Milano, 17 ottobre 2016, in *www.dejure.it*. In dottrina, in senso critico E. BILOTTI, *Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni*, in *Dir. fam. e pers.*, 2017, p. 882 ss. e A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, cit., p. 767.

⁵⁴ Corte Cost., 7 ottobre 1999, n. 383, in *Dir. famiglia*, 2000, p. 529.

⁵⁵ Per una più puntuale dimostrazione della tesi che la lett. d) si riferisca alla sola impossibilità di fatto rinviamo al nostro *Ancora sulla surrogazione di maternità. Ragioni del divieto e tecniche di tutela del nato*, cit.

Nonostante questi argomenti, la forzatura sembra ormai essersi cristallizzata nel diritto vivente e segnare un punto di non ritorno. Eppure, malgrado l'indubbia forzatura, è proprio la via dell'adozione in casi particolari ad opera del committente privo di legame biologico, imboccata dalle Sezioni Unite nel 2019 e oggi confermata con dovizia di argomenti dalle nuove Sezioni Unite, a lasciarsi preferire, perché dotata di un maggior grado di integrazione sistematica e più coerente in termini di politica del diritto rispetto a quella della trascrizione integrale. Tale soluzione, peraltro, si rivela omogenea a quanto vale in Francia per scelta del legislatore⁵⁶ e in Spagna per via giudiziaria⁵⁷.

Negare la trascrizione integrale dell'atto di nascita si giustifica per varie ragioni.

Anzitutto, postulare un qualunque automatismo nell'accertamento di stato significa contraddire frontalmente la scelta proibitiva compiuta dall'ordinamento entro l'ambito territoriale sottoposto alla propria sovranità. Significa, cioè, attribuire effetti costitutivi di *status* in capo al committente privo di legame biologico a quella stessa fattispecie che, se realizzata in Italia, non può produrla. Così si mina la coerenza del sistema con un'antinomia per opposizione contraria, qual è quella che intercorre tra il divieto della surrogazione e l'obbligo di riconoscerle effetti, se compiuta all'estero⁵⁸. Per di più, implicitamente, si incentiva il turismo procreativo⁵⁹. Non va dimenticato che, poiché non sussiste un diritto costituzionale incondizionato di diventare genitore, che il nostro ordinamento manchi di tutelare, e poiché la surrogazione contrasta con la dignità, farvi ricorso all'estero non è espressione di una libertà del cittadino di scegliere qualcosa che semplicemente in Italia non c'è. È, invece, un atto compiuto in frode alla legge⁶⁰ ed espressivo di disprezzo per i valori costituzionali, perché – attraverso una condotta che, se compiuta in Italia, integrerebbe il reato previsto dall'art. 12, co. 6 L. n. 40/2004 per il fatto di ricorrere alla surrogazione⁶¹, nonché

⁵⁶ La legge sulla bioetica del 2 agosto 2021 (loi n. 2021-1017 du 2 août 2021) ha modificato l'art. 47 *Code civil* – secondo cui qualsiasi atto straniero dello stato civile, redatto secondo la *lex loci*, fa fede, salvo che i fatti ivi dichiarati non corrispondano alla realtà – stabilendo che la corrispondenza a realtà sia valutata secondo il diritto francese. Di conseguenza, siccome il diritto francese stabilisce che madre è colei che partorisce, l'atto di nascita straniero che indichi come madre la committente non può far fede, perché stabilisce un dato falso, e come tale non è trascrivibile *in parte qua*. La trascrizione è doverosa per la sola parte relativa al genitore biologico. La committente non ha altra scelta che ricorrere all'adozione. Lo stesso vale per il coniuge di sesso maschile del padre, che sia geneticamente estraneo al nato.

⁵⁷ Cfr. il *Tribunal Supremo* spagnolo, 31 marzo 2022, n. 277, cit., § 10 ss. dei *Fundamentos de derecho*, *Cuarto*.

⁵⁸ In generale N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, p. 209 ss.

⁵⁹ Le Sezioni Unite sottolineano che «nella non trascrivibilità si esprime la legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata» e che «Il riconoscimento *ab initio*, mediante trascrizione o delibazione del provvedimento straniero di accertamento della genitorialità, dello *status filiationis* del nato da surrogazione di maternità anche nei confronti del committente privo di legame biologico con il bambino, finirebbe in realtà per legittimare in maniera indiretta e surrettizia una pratica degradante. L'automatismo del riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore di intenzione sulla base del contratto di maternità surrogata e degli atti di autorità straniere che riconoscono la filiazione risultante dal contratto, non è funzionale alla realizzazione del miglior interesse del minore, attuando semmai quello degli adulti che aspirano ad avere un figlio a tutti i costi» (§ 21.1).

⁶⁰ Così anche A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, cit., p. 756 nota 93 e 763.

⁶¹ La dottrina penalistica è infatti concorde nel ritenere soggetti attivi del reato (oltre a organizzatori, intermediari e personale medico) anche i committenti, come del resto si arguisce dall'art. 12, co. 8 L. n. 40/2004, che non comprende tra i casi di non punibilità dell'uomo e della donna ai quali sono applicate le tecniche la fattispecie di cui al co. 6: v. *amplius*

il reato di alterazione di stato mediante falsità in atto di nascita (art. 567, co. 2 c.p.) per il fatto di far risultare dall'atto di nascita la committente come madre⁶² – esso è volto a eludere un divieto posto a tutela di un bene giuridico primario.

In secondo luogo, dar corso a un automatismo rispetto al committente privo di legame biologico significa introdurre una genitorialità sociale fondata sulla sola scelta, ma senza la mediazione del controllo dell'interesse del minore, quindi esclusivamente negoziale nel suo fondamento. Ciò sarà forse coerente con la nomenclatura invalsa di «genitore d'intenzione», ma è contrario al sistema costituzionale, del quale l'interesse del minore è parte integrante, al punto che lo stesso ordine pubblico internazionale ne annovera la salvaguardia⁶³. Se si vuole essere coerenti con il proposito di tutelare esclusivamente l'interesse del minore e non quello dell'aspirante genitore, bisogna convenire che non basta aver voluto un figlio tramite surrogazione perché, alla nascita del bambino, scatti l'interesse del minore ad avere come genitore chi, senza legame biologico, ha fatto quella scelta. Negare l'automatismo significa, quindi, prediligere l'interesse del minore e impedire così una sorta di concorrenza sleale con l'adozione. Anche l'adozione piena, infatti, esprime un modello di genitorialità per scelta, ma si inserisce entro un procedimento giurisdizionale diretto a verificare che la scelta di essere genitori provenga da soggetti affettivamente idonei e capaci di educare, istruire e mantenere l'adottando (art. 6, co. 2 L. adoz.) e che questa scelta corrisponda all'interesse del minore. Di qui, per es., i limiti di età, ispirati all'*imitatio naturae*. Per di più, sul modello dell'atto di scelta si innesta quello dell'accudimento, come dimostra la necessità dell'affidamento preadottivo e di una valutazione del suo andamento (artt. 22, co. 8 e 23 L. adoz.), a riprova del fatto che la pura volontà non basta a garantire l'interesse del minore, la cui soddisfazione necessita di una messa alla prova che richiede sia tempo che un controllo giurisdizionale. Ebbene, perché mai la genitorialità per surrogazione, a parità di modello di genitorialità sociale rispetto all'adozione e cioè di criterio fondativo (l'atto di volontà), dovrebbe andare immune da un controllo assimilabile? Che qui lo scopo perseguito sia prevalentemente acquisitivo di una genitorialità altrimenti preclusa dalla natura, anziché di accoglienza di un minore già in vita⁶⁴, non toglie che il minore abbia eguale diritto ad avere come genitori soggetti idonei a prendersi cura di lui.

M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale*, in *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, a cura di PESCE, Napoli, 2022, p. 144. Lo stesso argomento dovrebbe valere a includere la madre surrogata.

⁶² Per i presupposti civilistici del reato di alterazione di stato insito nello spostamento del rapporto naturale di procreazione mediante falso, cui ambiscono i committenti, v. A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, cit., pp. 486 ss. Per l'analisi della fattispecie di reato, a C. TRANQUILLO, *Contributo allo studio del reato di alterazione di stato tramite surrogazione di maternità*, in www.penalecontemporaneo.it (17 novembre 2015).

⁶³ Cfr. il § 21.2 delle Sezioni Unite: «Non v'è nel sistema normativo un paradigma genitoriale fondato unicamente sulla volontà degli adulti di essere genitori e destinato a concorrere liberamente con quello naturalistico».

⁶⁴ Incentra proprio sul fatto che nella P.M.A. il minore «non esiste, ma è oggetto di progettazione» la differenziazione di trattamento tra adozione e P.M.A. in merito alla verifica di idoneità in concreto degli aspiranti genitori P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. famiglia*, 2005, p. 223.

Si potrebbe obiettare che, poiché un simile controllo non vale nella P.M.A. eterologa – in cui c'è solo la fissazione di criteri soggettivi di accesso, comunque ispirati all'*imitatio naturae* (art. 5 L. n. 40/2004) al fine di fondare la genitorialità sul modello strutturale dissimetrico proprio dei legami biologici, dal quale non può prescindere neanche in laboratorio⁶⁵ – esso non dovrebbe valere neanche nella surrogazione. È agevole replicare che la surrogazione non è assimilabile alla P.M.A. eterologa. Non lo è, anzitutto, perché la surrogazione è vietata in quanto lesiva della dignità, con la conseguenza che non è affatto irragionevole trattare diversamente due fattispecie diverse, delle quali l'una ammessa e l'altra riprovata. Esigere di valutare l'idoneità genitoriale della o del committente costituisce una risposta proporzionata alla condotta di chi ha scelto di perseguire una genitorialità per pura intenzione tramite una tecnica che tratta “gestatrice” e nato come cose. Soprattutto, non le è assimilabile sotto il profilo di una comune appartenenza al *genus* delle tecniche di concepimento tramite biotecnologie. Al di là del fatto che la surrogazione presuppone un concepimento «artificiale», *in vivo* o *in vitro*, essa è, in realtà, una tecnica di cessione del neonato ad altri, semplicemente innovata rispetto alla tradizionale cessione di neonato susseguente al concepimento naturale e accompagnata, o meno, dalla supposizione di parto della cessionaria. Essa, infatti, non è preordinata all'innescio del processo generativo ad opera di chi aspira alla genitorialità, come accade nell'eterologa con donazione di ovociti, ma mira all'ottenimento di una persona umana già nata, attribuendola a chi desidera acquistarne la genitorialità a processo generativo già concluso. Poiché, quindi, elude la necessità di ricorrere all'adozione per diventare genitori, è congruo postulare un controllo assimilabile a quello che vale nell'adozione, il ricorso alla quale è stato eluso⁶⁶.

⁶⁵ Al riguardo dei limiti soggettivi di accesso, com'è noto, Corte cost. 23 ottobre 2019, n. 221, cit. ha affermato che «non può considerarsi irrazionale e ingiustificata, in termini generali, la preoccupazione legislativa di garantire, a fronte delle nuove tecniche procreative, il rispetto delle condizioni ritenute migliori per lo sviluppo della personalità del nuovo nato. In questa prospettiva, l'idea, sottesa alla disciplina in esame, che una famiglia *ad instar naturae* – due genitori, di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile – rappresenti, in linea di principio, il “luogo” più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato non può essere considerata, a sua volta, di per sé arbitraria o irrazionale. E ciò a prescindere dalla capacità della donna sola, della coppia omosessuale e della coppia eterosessuale in età avanzata di svolgere validamente anch'esse, all'occorrenza, le funzioni genitoriali. Nell'esigere, in particolare, per l'accesso alla PMA, la diversità di sesso dei componenti della coppia – condizione peraltro chiaramente presupposta dalla disciplina costituzionale della famiglia – il legislatore ha tenuto conto, d'altronde, anche del grado di accettazione del fenomeno della cosiddetta “omogenitorialità” nell'ambito della comunità sociale, ritenendo che, all'epoca del varo della legge, non potesse registrarsi un sufficiente consenso sul punto» (§ 13.1).

⁶⁶ Non sembra che per escludere che la surrogazione sia una cessione di neonato basti il collegamento genetico tra uno dei “genitori d'intenzione” e il nato, secondo quanto avrebbe deciso la Corte Suprema di Israele (citata da C. SHALEV, A. MORENO, H. EYAL, M. LEIBEL, R. SCHUZ, T. EL-DAR-GEVA, *Ethics and regulation*, cit., p. 6 dell'estratto pdf). In specie, non sembra che basti la connessione biologica tra committente di sesso maschile e nato per escludere che la pratica in discorso integri una nuova forma di cessione del neonato. Il contributo genetico materno sembra in verità indispensabile, perché uno dei due titoli astrattamente attributivi della maternità – quello biologico o gestazionale, quello genetico – deve sussistere perché la donna che il diritto qualifica come madre sia tale e non sia soltanto la cessionaria di un figlio altrui. Sennonché, tale contributo è diventato rarissimo nella prassi (*supra*, § 2 nota 22). Di conseguenza, nella sua manifestazione ordinaria, in cui il concepimento avviene tramite ovociti di una terza donna, la surrogazione è una cessione. Non vale obiettare che basti l'intenzione, come titolo potenzialmente concorrente con quello biologico-gestazionale e con quello genetico. L'obiezione, infatti, è una petizione di principio in difetto di una qualsiasi norma di legge che dia

In terzo luogo, l'automatismo destabilizza il sistema delle azioni di stato. È noto che in virtù del combinato disposto degli artt. 238-240 c.c. lo stato di figlio nato o concepito in matrimonio può essere contestato senza limiti di tempo in caso di sostituzione di neonato o supposizione di parto, addirittura in presenza di un possesso di stato conforme all'atto di nascita. In sostanza, l'azione consente di contestare la maternità, e di conseguenza la matrimonialità del nato, sulla base della prova del mancato parto della donna indicata come madre nell'atto di nascita, benché il nato abbia il possesso di stato di figlio nei confronti di tale donna e finanche quando il marito ne sia il padre biologico. Ora, se si desse corso alla trascrizione integrale dell'atto di nascita straniero del nato da surrogazione, si renderebbe incomprensibile il perché si possa contestare lo stato di figlio in caso di supposizione di parto o sostituzione di neonato, mentre non lo si possa fare nel caso in cui colei che risulta madre dall'atto di nascita egualmente non abbia partorito, per avere fatto ricorso alla surrogazione all'estero. Com'è possibile che si disconosca la maternità della donna cessionaria di un neonato concepito naturalmente, mentre si debba riconoscere la maternità della committente? In altri termini, come si giustifica la coerenza di un sistema che tramite la trascrizione riconosce come madre la committente di un accordo di surrogazione, sol che vi abbia fatto ricorso all'estero, e non riconosce invece come madre colei che abbia fatto risultare la propria maternità inscenando un parto inesistente, rispetto a un neonato ritrovato o a vario titolo ricevuto da altri, ovvero abbia sostituito il proprio neonato con quello di altri o abbia subito la sostituzione del proprio neonato con quello altrui, pur avendolo eventualmente accudito al pari della committente?⁶⁷

all'intenzione rilevanza costitutiva della maternità: norma che, lungi dall'essere superflua, risulta al contrario necessaria entro un sistema in cui in materia di *status* vige una riserva di legge. Tale non può essere, evidentemente, né l'art. 8 L. n. 40/2004, che si riferisce alla P.M.A. omologa e (oggi) eterologa, né l'art. 9, co. 1 della stessa legge, che sostanzialmente stabiliva che il consenso maritale all'eterologa con inseminazione da parte di un terzo, allorché questa – prima dell'intervento della Corte costituzionale – era vietata, fosse costitutivo della paternità. Questa posizione, condivisa dalla dottrina maggioritaria (per A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, cit., p. 769 nota 109 «l'eterologa, come sostengono la Corte costituzionale e la Corte di cassazione, anche quando era vietata era concepita come meno grave della maternità surrogata e, comunque, il fatto che la legge 40/2004 riservi solo per l'eterologa la possibilità della costituzione dello *status* genitoriale esclude direttamente tale possibilità per la maternità surrogata»; del pari per U. SALANITRO, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, sub art. 9, in *Comm. al codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Famiglia, III, Torino, 2018, p. 1752, «il silenzio del legislatore, in questo caso, non va considerato indicativo di lacune, ma piuttosto come una tecnica normativa volta a richiamare la disciplina generale della filiazione»; *contra*, con riguardo all'art. 9 L. n. 40/2004, M.C. VENUTI, *La condizione giuridica dei bambini nati da gestazione per una coppia di uomini*, in *www.articolo29.it*, 2018, p. 10 s.), è ora fatta propria anche dalle Sezioni Unite, § 21.2, le quali osservano che «Dalla disciplina degli artt. 8 e 9 della legge 40 del 2004, tuttavia, non possono trarsi argomenti per sostenere l'idoneità del consenso a fondare lo stato di figlio nato a seguito di surrogazione di maternità. Lo spazio entro il quale il consenso risulta idoneo ad attribuire lo stato di figlio in difetto di legame genetico è circoscritto ad una specifica fattispecie – la fecondazione eterologa – ben diversa e ben distinta dalla surrogazione di maternità. In caso di maternità surrogata, la genitorialità giuridica non può fondarsi sulla volontà della coppia che ha voluto e organizzato la procreazione assistita, così come avviene per la fecondazione assistita».

⁶⁷ Che questo costituisca un esito che il sistema non asseconda risulta peraltro, implicitamente ma chiaramente, dalla motivazione della già citata pronuncia della Corte costituzionale n. 272/2017. Essa, resa con riguardo al caso di un bambino nato all'estero da surrogazione di maternità alla quale avevano fatto ricorso un uomo e una donna non coniugati, che avevano effettuato il riconoscimento del nato sempre all'estero ottenendo poi la trascrizione dell'atto di nascita in Italia, ha considerato illimitatamente proponibile l'azione di impugnazione per difetto di veridicità – corrispondente,

La via dell'adozione in casi particolari da parte del partner del genitore biologico ha, comparativamente, minori difetti. Naturalmente, per le ragioni dette sarebbe quantomeno opportuno che venisse codificata dal legislatore attraverso l'enunciazione di una nuova lettera dell'art. 44 L. adoz., ove non si integri l'ipotesi del coniugio - di cui alla lett. b) - tra genitore biologico e adottante. Ciò in coerenza sia con la separazione costituzionale dei poteri, che con la riserva di legge in materia di *status*.

Anzitutto, questa soluzione attenua la distonia sistematica che obiettivamente si dà quando un ordinamento che vieta una certa pratica riconosce gli effetti prodotti da quella stessa pratica, ove compiuta all'estero. Lo *status* italiano viene infatti a prodursi per effetto di una fattispecie diversa da quella che fa sorgere lo *status* all'estero, annoverando elementi supplementari e una sentenza costitutiva resa a seguito di una valutazione discrezionale del giudice. All'antinomia per opposizione contraria subentra così una più blanda antinomia per opposizione contraddittoria⁶⁸ tra il divieto della surrogazione e il permesso dei suoi effetti, in dipendenza di certi requisiti, che non mina alla base la coerenza dell'ordinamento. La soluzione adottiva tratta poi la questione in modo più maturo e profondo, degno della serietà dei valori in gioco. Così si assicura una soluzione coerente con la dimensione istituzionale della filiazione, la quale non è un affare meramente privato, che possa liquidarsi con la recezione di un accordo, come dimostra il principio di indisponibilità dello *status*, che implica l'impossibilità dell'autonomia privata di incidere sulle fattispecie costitutive ed estintive dello stato di figlio, il cui monopolio è riservato alla legge.

Nel merito, l'adozione applicata alla surrogazione esprime un modello in cui le due polarità possibili della genitorialità sociale, potenzialmente alternative, cioè la scelta *pro futuro* e l'accudimento nel tempo, si ricongiungono, a tutto vantaggio del minore, che può diventare figlio in quanto voluto e accudito dal committente. Applicata alla surrogazione, l'adozione in casi particolari sembra così esprimere un modello di genitorialità sociale adeguato alla complessità della fattispecie. È un modello in cui l'intenzione è corroborata da un accudimento protratto, rivelatosi conforme all'interesse del minore e accompagnato dalla rinnovazione dell'intenzione originaria, frattanto comprovata dai fatti⁶⁹.

nella filiazione non matrimoniale, a quella di contestazione dello stato, di cui si parla nel testo - del riconoscimento compiuto dalla donna committente, senza che l'interesse del minore alla continuità affettiva con la madre legale che l'ha frattanto accudito possa condizionarne la proponibilità. Se, infatti, ordinariamente il giudice deve bilanciare tra l'interesse alla verità dello *status* e quello del minore a eventualmente conservare lo *status* di figlio del genitore il cui falso riconoscimento è impugnato, nel caso di nascita da surrogazione di maternità l'interesse alla verità assume natura pubblica e prevale in ogni caso. Di conseguenza, la contestabilità dello *status* di figlio nei confronti della committente depone contro la trascrizione dell'atto straniero di nascita per la parte relativa alla genitorialità di questa, se non si vuole imputare all'ordinamento l'antinomia tra il riconoscimento automatico dello stato straniero e la sua (anche immediata, ma peraltro imprescrittibile) contestazione, cioè tra la pretesamente doverosa produzione di una risultanza fittizia e la sua eliminazione, la quale, a tacer d'altro, comporta un inutile dispendio di risorse giuridiche.

⁶⁸ N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 209 ss.

⁶⁹ Le Sezioni Unite sono inequivoche al riguardo. Dapprima osservano che «alla base della domanda di adozione particolare da parte del genitore sociale, ai sensi dell'art. 44, primo comma, lettera d), c'è la condivisione, con il genitore biologico, della responsabilità conseguente alla scelta di aver dato vita al progetto procreativo in un Paese estero in

Il tribunale per i minorenni deve effettuare un vaglio di merito, valutando una serie di parametri (art. 57, co. 3 L. adoz.). L'interesse del minore deve essere preso sul serio dal giudicante, non solo affinché il ricorso all'adozione in casi particolari non risulti un mero espediente per raggiungere il medesimo risultato della trascrizione integrale dell'atto di nascita o del riconoscimento pieno del provvedimento giurisdizionale, che si sono negati in linea di principio, ma anche per rispetto del minore. Perché l'interesse del minore venga preso sul serio, infatti, esso deve essere suscettibile di verifica e quindi anche di falsificazione in dipendenza delle circostanze del caso concreto. È quindi possibile un esito negativo del controllo e di conseguenza un provvedimento di rigetto che, come tutela il nato di contro all'acquisizione di una genitorialità che si riveli sconveniente nel caso concreto, così sventa ogni effetto premiale verso il committente, altrimenti insito nell'automatismo⁷⁰. Non per ciò, peraltro, ogni rapporto con il committente resterebbe escluso, grazie ai principi elaborati dalla Consulta sulla continuità affettiva. Questi consentono di modulare su controllo del giudice una persistente frequentazione pur quando l'adozione non sia

conformità della *lex loci*; c'è, inoltre, il rapporto costante di affetto e di cura all'interno dell'unica famiglia nella quale il bambino è cresciuto. In altri termini, alla condivisione, da parte della coppia, della decisione di far venire al mondo il bambino, liberamente impegnandosi ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità, fanno seguito e si associano l'accudimento, l'allevamento e la cura del minore» (§ 11). Di seguito aggiungono che «L'automatico riconoscimento della genitorialità intenzionale già accertata all'estero non realizza la pienezza di tutela del minore, che richiede invece una particolare conformazione, con i caratteri della effettività e della stabilità, impressa dalla concomitante e acclarata situazione di fatto» (§ 12). E ancora: «il riconoscimento della genitorialità non può essere affidato ad uno strumento di carattere automatico. L'instaurazione della genitorialità e il giudizio sulla realizzazione del miglior interesse del minore non si coniugano con l'automatismo e con la presunzione, ma richiedono una valutazione di concretezza: quella valutazione di concretezza che postula il riscontro del preminente interesse del bambino a continuare, con la veste giuridica dello *status*, un rapporto di cura e di affettività che, già nei fatti, si atteggia a rapporto genitoriale. Una diversa soluzione porterebbe a fondare l'acquisto della genitorialità sulla sola scelta degli adulti, anziché su una relazione affettiva già di fatto instaurata e consolidata» (§ 21.3). «Il titolo che giustifica la costituzione dello stato è fondato, non sull'intenzione di essere genitore, ma sulla condivisione del progetto genitoriale seguita dalla cura e dal rapporto affettivo costanti; il provvedimento del giudice presuppone, inoltre, un giudizio sul miglior interesse del bambino e una verifica in concreto dell'idoneità del genitore istante» (§ 26). Insistita è l'enfasi sulla «verifica in concreto di conformità al superiore interesse del minore» (§ 12).

⁷⁰ A chi obietta che la via dell'adozione in casi particolari non dà tutela al nato qualora il genitore d'intenzione si dilegui dalla sua vita, astenendosi dal presentare la relativa domanda giudiziale (per tutti U. SALANITRO, *Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa?*, in *Giur. it.*, 2022, 1831), può replicarsi che al minore non spetta un diritto allo stato di figlio della o del committente biologicamente estraneo, fondato sulla sola volontà espressa da questo (peraltro, all'estero) in un *punctum temporis*, ma spetta (anche secondo la giurisprudenza della Corte EDU) il diritto al riconoscimento di un legame familiare di fatto che, partendo dal progetto procreativo in cui quell'intenzione si è manifestata, si consolidi in una comunione di vita rivelatrice dell'affettività propria di ciò che è familiare. Il dileguarsi, quindi, dovrebbe palesare l'insussistenza di quello stesso legame che costituisce l'oggetto del diritto da tutelare. Peraltro, la via accennata prima, qual è quella di applicare l'art. 279 c.c., non dà luogo al problema dell'impossibilità di costituire un legame con un genitore renitente, perché prescinde dall'attivazione di quest'ultimo, il quale figura come legittimato passivo di un'azione proponibile innanzi al tribunale ordinario dal figlio tramite – se minore – un curatore speciale nominato dal giudice, su istanza del genitore esercente la responsabilità genitoriale (cioè il genitore biologico rispetto al quale l'atto di nascita straniero è stato trascritto o il provvedimento giudiziario straniero ha prodotto effetti) o del pubblico ministero. Quanto all'eventualità del diniego dell'assenso del genitore biologico (quand'anche esercente la responsabilità genitoriale) all'adozione da parte del partner o ex partner, la sua rilevanza impeditiva è superata dall'interpretazione che le Sezioni Unite danno dell'art. 46 2° co. L. adoz., alla stregua della quale tale rifiuto «appare ragionevole soltanto se espresso nell'interesse del minore, ossia quando non si sia realizzato tra quest'ultimo ed il genitore d'intenzione quel legame esistenziale la cui tutela costituisce il presupposto dell'adozione» (§ 11).

stata pronunciata, sempreché l'interruzione del rapporto di fatto col committente – non abbastanza proficuo da giustificare la formalizzazione giuridica – sia controproducente per il minore⁷¹. Per converso, una volta pronunciata l'adozione il rapporto che ne deriva guadagna la pienezza di effetti propria di ogni rapporto di filiazione e vale a inserire l'adottato nella famiglia anche estesa dell'adottante⁷².

Infine, a questa stregua si realizza parità di trattamento tra il nato da surrogazione compiuta in Italia in violazione del divieto e il nato da surrogazione compiuta all'estero in elusione del divieto. Solo così, infatti, si impedisce che il secondo si avvantaggi di un accertamento automatico di stato che al primo è precluso nel rapporto con la committente o il committente, i quali possono diventare genitori solo tramite adozione in casi particolari, previo mancato riconoscimento del nato ad opera della madre surrogata (si suppone, nubile) e riconoscimento dello stesso da parte del committente uomo che ne sia il padre biologico.

⁷¹ Cfr. Corte cost., 20 giugno 2016, n. 225 (in *Corr. giur.*, 2017, p. 175, con nota di G. DE MARZO, *Sul diritto del minore a conservare rapporti significativi con l'ex compagna della genitrice biologica*; in *Fam. dir.*, 2017, p. 305, con nota di F. TOMMASEO, *La Corte costituzionale sulla tutela degli affetti extrafamiliari del fanciullo*; in *Foro it.*, 2016, I, c. 3329, con nota di G. CASABURI, *Genitorialità omosessuale, un passo indietro della Consulta e molti altri (avanti ed in giro) della Cassazione*).

⁷² Cfr. *supra*, § 1 nota 12.

Operatività *ex post* del divieto di maternità surrogata: torna al vaglio delle Sezioni Unite il dibattuto tema del riconoscimento del legame filiale tra il nato all'estero da maternità surrogata e il c.d. genitore d'intenzione*

[Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sent. 8 novembre – 30 dicembre
2022, n. 38162, pres. Curzio, rel. Giusti]

Sara Tattini**

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. Natura giuridica ed effetti dell'accordo di maternità surrogata nell'ordinamento italiano. – 3. Le Sezioni Unite del 2019 sulla (non) riconoscibilità dello stato di figlio nato all'estero da madre surrogata. – 4. Il nuovo invito rivolto alle Sezioni Unite alla luce del denunciato «vuoto normativo» risultante dalla pronuncia costituzionale n. 33/2021. – 5. (Segue). Interpretazione avanzata dalla Sezione rimettente. – 6. L'intervento delle Sezioni Unite: sentenza 30 dicembre 2022, n. 38162. – 7. Sull'adeguatezza della proposta ermeneutica avanzata dalle Sezioni Unite.

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Dottoranda in Ecologia dei sistemi culturali e istituzionali (curriculum "Democrazia sostenibile e solidale: diritti, doveri e istituzioni") presso l'Università del Piemonte Orientale, sara.tattini@uniupo.it.

ABSTRACT:

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione intervengono nuovamente al fine di chiarire la possibilità di colmare, in via interpretativa, il denunciato vuoto normativo in tema di riconoscimento del legame filiale tra il nato all'estero da maternità surrogata e il genitore d'intenzione – non biologico – all'interno di una coppia omoaffettiva.

The Supreme Court's Civil Joint Divisions rule again on the possibility to address, through judicial interpretation, the problem of recognizing the status filiationis of the child, born abroad as a result of surrogacy, and the intended – not biological – parent within a same sex couple.

1. Il caso

Con l'ordinanza n. 1842 del 21 gennaio 2022, la Corte di Cassazione ha rimesso al Primo Presidente – per l'eventuale trasmissione alle Sezioni Unite – un articolato quesito, al fine di rispondere, nelle more dell'intervento del legislatore, alle sempre più frequenti istanze di riconoscimento del legame di filiazione tra il minore venuto al mondo in seguito al ricorso alla maternità surrogata di una coppia omoaffettiva e il genitore c.d. "intenzionale", *i.e.* colui che non vanta rapporti di carattere biologico con il nato.

Il problema sorge in virtù dell'espresso divieto di maternità surrogata, penalmente sanzionato nel nostro ordinamento ai sensi della legge 19 febbraio 2004, n. 40, che al comma 6 dell'articolo 12 sanziona penalmente "chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità".

Il caso concreto a cui l'ordinanza si riferisce trae origine dalla richiesta, da parte di due cittadini italiani coniugati in Canada, e uniti civilmente in Italia, di riconoscimento di una sentenza della *British Columbia Supreme Court*, con la quale è stata accertata la sussistenza di un rapporto di filiazione tra il minore, nato tramite la gestazione per altri, e il genitore d'intenzione.

A fronte del rifiuto dell'ufficiale dello stato civile di Verona di procedere alla trascrizione della sentenza canadese per mancanza di dati normativi o precedenti giurisprudenziali sul punto, gli interessati hanno presentato domanda di riconoscimento giudiziale della sentenza in questione alla Corte d'Appello di Venezia, che ha deciso in senso favorevole alla trascrizione, ai sensi dell'art. 67 della legge n. 218/1995.

Contro la sentenza della Corte d'Appello veneta, ha proposto ricorso per Cassazione l'Avvocatura dello Stato, nell'interesse del Ministero dell'Interno e del Sindaco di Verona, evidenziando, tra i vari motivi di impugnazione, il contrasto del provvedimento oggetto del ricorso con i principi fondanti dell'ordine pubblico, tra cui la nozione di filiazione, intesa nell'ordinamento giuridico italiano come discendenza da persone di sesso diverso, disciplinata anche dalle norme in materia di fecondazione assistita, anche eterologa, nonché con il divieto di maternità surrogata, tecnica di procreazione vietata penalmente dalla legge nazionale.

Con l'ordinanza interlocutoria del 29 aprile 2020, la Prima Sezione civile della Corte di Cassazione, preso atto del principio di diritto affermato in precedenza dalle Sezioni Unite, con sentenza 8 maggio 2019, n. 12193, ha manifestato l'esigenza di rivedere tale impostazione, invocando l'intervento della Corte Costituzionale. In base al principio precedentemente affermato dal Supremo Consesso, era da escludersi, per contrasto all'ordine pubblico, la possibilità di riconoscere lo *status* di filiazione tra il nato da maternità surrogata e il genitore d'intenzione – e non biologico –, salva la possibilità di ricorrere all'adozione *ex art.* 44, comma 1, lett. d), l. 184/1983. Tale istituto, definito adozione in casi particolari, è stato introdotto al fine di tutelare il diritto del minore alla famiglia in presenza di determinate situazioni, tassativamente indicate dal legislatore, nelle quali, pur non rinvenendosi un completo abbandono morale e materiale del minore – condizione che porterebbe a una pronuncia di adozione legittimante – si ritiene opportuno e auspicabile, nel preminente interesse del minore, procedere all'adozione.

Con l'ordinanza interlocutoria citata, i giudici di legittimità hanno dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6; del D.P.R. n. 396 del 2000, art. 18; della L. n. 218 del 1995, art. 64, comma 1, lett. g), «nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento del c.d. genitore d'intenzione non biologico nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestazione per altri (altrimenti detta “maternità surrogata”)»¹.

Nelle parole dei giudici rimettenti, il parere consultivo 10 aprile 2019 della *Grand Chambre* della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in materia di maternità surrogata, affermando l'indiscussa prevalenza del diritto del minore ad avere entrambi i genitori sul divieto di maternità surrogata, avrebbe imposto «scelte ermeneutiche differenti»² rispetto a quelle recentemente proposte dalle Sezioni Unite nella citata decisione del 2019.

Con sentenza 9 marzo 2021, n. 33, la Corte Costituzionale, pur riconoscendo che corrisponde all'interesse del bambino, «accudito sin dalla nascita da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo»³, «ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia»⁴, ha dichiarato la questione inammissibile. Le ragioni di tale pronuncia vanno individuate anzitutto nel rispetto della discrezionalità del legislatore, chiamato per primo a pronunciarsi in materia, ma si rintracciano altresì nella delicatezza e nella complessità di una materia fortemente divisiva, nell'ambito della quale emergono molte perplessità, soprattutto nei

¹ Cass., 29 aprile 2020, n. 8325.

² *Ibidem*.

³ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33.

⁴ *Ibidem*

confronti della tecnica della gestazione per altri, espressamente stigmatizzata dal giudice costituzionale.

A parere della Consulta, al fine di evitare una *capitis deminutio* del tutto ingiustificata dei diritti del minore, occorre assicurare la tutela degli interessi del bambino al riconoscimento del suo rapporto giuridico anche con il genitore non biologico «attraverso un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia stata accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino»⁵. In proposito, secondo la Corte, l'adozione in casi particolari, quale strumento alternativo al riconoscimento giuridico dello *status* di filiazione instauratosi *de facto*, costituisce «una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma non ancora del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali»⁶. La Consulta evidenzia come tale istituto, infatti, non attribuisca la genitorialità all'adottante e richieda, per il suo perfezionamento, il necessario consenso del genitore biologico, che potrebbe non essere prestato in casi di sopravvenuta crisi della coppia. Inoltre, è questione controversa se l'adozione *ex art. 44 L. 184/193* consenta o meno di stabilire vincoli di parentela tra il bambino e la famiglia dell'adottante. Secondo la Corte, dunque, per garantire al minore nato da maternità surrogata la tutela giuridica richiesta dai principi convenzionali e costituzionali, l'adozione in casi particolari «dovrebbe dunque essere disciplinata in modo più aderente alle peculiarità della situazione in esame, che è in effetti assai distante da quelle che il legislatore ha inteso regolare per mezzo dell'art. 44, comma 1, lettera d), della legge n. 184 del 1983»⁷.

In questo complesso scenario si colloca l'ordinanza n. 1842 del 21 gennaio 2022, con la quale la Prima Sezione della Corte di Cassazione ha invocato un ripensamento di quanto statuito dalle Sezioni Unite con pronuncia n. 12193/2019, segnalando l'esigenza di individuare una linea interpretativa che risponda all'urgente esigenza di tutela del minore in attesa di un compiuto intervento da parte del legislatore.

2. Natura giuridica ed effetti dell'accordo di maternità surrogata nell'ordinamento italiano

Il caso in esame si colloca all'interno del delicato tema della c.d. maternità surrogata, pratica espressamente vietata all'interno dell'ordinamento italiano *ex lege* 19 febbraio 2004, n. 40.

⁵ *Ibidem.*

⁶ *Ibidem.*

⁷ *Ibidem.*

Alla base della surrogazione di maternità⁸ vi è, di norma, un accordo in virtù del quale una donna si obbliga, a titolo oneroso ovvero gratuito, a mettere a disposizione il proprio utero al fine di condurre una gravidanza per conto di una coppia committente – o di un'altra donna – che, a sua volta, si impegna ad assumere la responsabilità genitoriale del nato. A seconda che il materiale genetico utilizzato provenga esclusivamente dai committenti oppure sia totalmente o parzialmente estraneo a questi, si distingue la surrogazione c.d. omologa da quella c.d. eterologa.

Appare chiaro, dunque, da quanto sopra descritto che «la maternità surrogata si pone all'interno del fenomeno della procreazione artificiale pur non costituendo di per sé alcuna tecnica procreativa; l'utilizzo di tali tecniche è “mezzo” per realizzare le diverse ipotesi di surrogazione»⁹.

L'accordo di surrogazione di maternità può essere stipulato gratuitamente ovvero dietro dazione di un corrispettivo: se con riguardo alla prima ipotesi si possono rinvenire motivazioni altruistiche, nell'ambito di un rapporto di solidarietà tra famiglie, nel secondo caso emerge, di fatto, una mercificazione del corpo femminile e delle funzioni biologiche connesse alla gestazione e al parto, che porta con sé il rischio di diffusione di più gravi fenomeni di sfruttamento ai danni di donne in condizioni di particolare vulnerabilità¹⁰.

Circa la natura giuridica dell'accordo di maternità surrogata, occorre evidenziare come, a seconda della pattuizione o meno di un corrispettivo, si tenda ad attribuire all'atto qualificazione diversa, segnatamente di *contratto* o di *negozio giuridico non patrimoniale*.

In particolare, si ritiene che nel caso di gratuità della prestazione non sia possibile ritenere sussistente il requisito della patrimonialità *ex art.* 1321 c.c. – anche in considerazione dello spirito di liberalità per il quale il consenso è stato prestato – e che, dunque, ciò impedisca di qualificare tecnicamente come un contratto l'accordo di maternità surrogata¹¹.

⁸ Per approfondimenti in materia di maternità surrogata, si veda *ex multis*, I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2011, p. 1489 ss.; A. LORENZETTI, *Maternità surrogata* (voce), in R. SACCO (diretto da), *Digesto delle Discipline privatistiche – Sezione Civile*, Aggiornamento, 2011, p. 617 ss.

⁹ Così F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 75.

¹⁰ In questo senso B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, in *Riv. BioDiritto*, 2, 2014, p. 162 il quale auspica, in relazione a tali più gravi fenomeni, un pronto intervento da parte dell'ordinamento attraverso l'introduzione di opportuni sistemi di prevenzione e contrasto, anche nell'ambito di una disciplina della realtà del c.d. “turismo procreativo”, *i.e.* la condotta di chi si rivolga a Stati esteri, dotati di una legislazione permissiva in tema di maternità surrogata, al fine di intraprendere un percorso di procreazione assistita che, invece, è vietato nel proprio Paese.

¹¹ È di questo avviso M. SESTA, *La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale*, in *Corr. giur.*, 4, 2000, p. 483 ss. Opinione conforme si rinviene anche in Trib. Roma, ord. 17 febbraio 2000, in *For. it.*, 2000, p. 971, dove si legge che, in relazione a un accordo gratuito di maternità surrogata, è preferibile parlare di *negozio* laddove «difetta il requisito della corrispettività essendo escluso qualsiasi pagamento ed essendo stato concesso il consenso per spirito di liberalità».

Altra dottrina¹², tuttavia, critica la predetta impostazione in quanto trascurerebbe che il *discrimen* tra negozi patrimoniali e negozi non patrimoniali va rintracciato sotto il profilo causale, guardando alla natura dell'interesse soddisfatto e non tanto alla previsione o meno di un corrispettivo – se così fosse, peraltro, si arriverebbe paradossalmente a negare la qualificazione di contratto a quegli atti di disposizione patrimoniale posti in essere per spirito di liberalità, come la donazione.

In quest'ottica, dunque, dovrebbe più correttamente parlarsi di negozi *patrimoniali* aventi ad oggetto, appunto, interessi patrimoniali e negozi *familiari*, volti a soddisfare interessi di natura personale o, comunque, non patrimoniale.

Sulla base di tale distinzione, allora, l'accordo di maternità surrogata ben potrebbe collocarsi all'interno della seconda categoria, presentandosi come *negozio familiare atipico*: a prescindere dall'onerosità o meno della prestazione, infatti, con tale accordo le parti intendono concretizzare un progetto di vita familiare alla presenza di uno o più figli¹³.

Le riflessioni prettamente teoriche sulla qualificazione giuridica dell'accordo di maternità per surrogazione, tuttavia, non debbono distogliere l'attenzione sulle altre e più urgenti problematiche che ruotano attorno a tale fattispecie.

Ancorché espressamente vietati in Italia, gli accordi di maternità surrogata sono regolamentati e del tutto leciti in altri Paesi e ciò porta molti cittadini italiani a realizzare all'estero le proprie aspirazioni genitoriali, nel rispetto della *lex loci*, per poi chiedere in Italia il riconoscimento del legame filiale con il nato tramite maternità per surrogazione. Gli effetti di tale c.d. "turismo procreativo" sono il vero nodo cruciale della surroga di maternità, in quanto all'esito della gestazione, pur vietata in Italia, viene al mondo un nuovo soggetto che necessita di adeguate risposte da parte dell'ordinamento, a partire proprio dal riconoscimento dello *status filiationis* con i genitori committenti – vale a dire, oltre al genitore biologico, anche quello d'intenzione – attesa la netta dissociazione tra maternità genetica e maternità, per così dire, "sociale".

3. Le Sezioni Unite del 2019 sulla (non) riconoscibilità dello stato di figlio nato all'estero da madre surrogata

A fronte del vuoto normativo sul tema, è la giurisprudenza che nel corso di questi ultimi anni ha cercato di fornire risposta ai sempre più frequenti interrogativi circa la legittimità o meno del riconoscimento del genitore diverso da quello biologico in relazione al nato all'estero da madre surrogata.

¹² B. SALONE, *op. cit.*

¹³ B. SALONE, *op. cit.*

Lo specifico problema, posto già all'attenzione delle Sezioni Unite nel 2019¹⁴, riguarda l'ammissibilità della dichiarazione di efficacia, all'interno nell'ordinamento giuridico italiano, del provvedimento straniero che attribuisca la genitorialità a chi non sia biologicamente legato al nato¹⁵.

Con la pronuncia n. 12193, i giudici del Supremo Consesso, pronunciandosi in senso negativo, hanno fondato il proprio *decisum* sulla nozione di ordine pubblico internazionale¹⁶, offrendone una diversa e più ampia interpretazione rispetto a precedenti pronunce di legittimità¹⁷.

In materia di ordine pubblico occorre evidenziare che, laddove il concetto venga inteso in senso normativo, come insieme razionale e omogeneo «di valori e di principi che informano e fondano un ordinamento positivo determinato»¹⁸, tale concetto può declinarsi in ordine pubblico *interno* e ordine pubblico *internazionale*. Mentre il primo, nell'ambito di operatività del diritto privato, tende ad arginare l'autonomia dei privati all'interno di un determinato ordinamento giuridico, il secondo rappresenta una sorta di concetto valvola e può essere metaforicamente inteso come una recinzione volta, a seconda dei casi, a limitare o consentire l'ingresso nell'ordinamento giuridico nazionale di norme, sentenze e provvedimenti stranieri. Di conseguenza, si nota come al variare dei contesti in cui l'ordine pubblico, in senso normativo, può essere fatto valere, i suoi contenuti rimangano immutati e possano individuarsi, in ogni caso, in un sistema unitario di principi che, in un dato momento storico, costituiscono il fulcro della struttura etico, sociale ed economica di una specifica collettività¹⁹.

¹⁴ Cass., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193.

¹⁵ Il caso di specie originava dalla domanda di riconoscimento di una pronuncia della *Superior Court of Justice* dell'Ontario che aveva ordinato l'integrazione dell'atto di nascita con l'indicazione, come secondo genitore, del coniuge dell'altro genitore (coppia c.d. *same sex*) non legato biologicamente al nato.

¹⁶ Sulla nozione e sulla portata del concetto di ordine pubblico internazionale si veda C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e telescopi)*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017, p. 119 ss, secondo la quale «se l'ordinamento giuridico è il complesso degli elementi normativi che caratterizzano una determinata collettività, in un determinato ambito territoriale, in un determinato momento storico, l'ordine pubblico internazionale è il recinto deputato a evitarne la contaminazione con elementi di ordinamenti giuridici altri, qualora ciò possa inquinare i profili qualificanti». Sul tema anche F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova, Cedam, 2007.

¹⁷ Il riferimento è a Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, che aveva identificato la nozione di ordine pubblico con il «complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati ad un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria». Sul punto si veda, inoltre, F. ANGELINI, *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale? Le S.U. della Corte di cassazione fanno punto sull'ordine pubblico internazionale e sul divieto di surrogazione di maternità. Riflessioni intorno alla sentenza n. 12193 del 2019 e non solo*, in *Riv. AIC*, 2, 2020.

¹⁸ F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, cit., p. 27 ss.

¹⁹ C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico*, cit., p. 120-121.

Si legge nella decisione dei giudici di legittimità come la concezione di ordine pubblico non possa ridursi *sic et simpliciter* a quei diritti e principi fondamentali contenuti nella Costituzione, nei Trattati fondativi, nella Carta dei Diritti Fondamentali e nella CEDU, ma debba contemplare, altresì, il modo in cui i predetti valori «si sono concretamente incarnati nella disciplina dei singoli istituti», nonché «l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindere nella ricostruzione delle nozioni di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico»²⁰.

Nell'ottica di tale impostazione, viene riconosciuta al limite dell'ordine pubblico internazionale la funzione di garantire la coerenza interna dell'ordinamento, così da impedire l'ingresso nel sistema di norme, pronunce e atti stranieri in contrasto con i principi fondamentali alla base del nostro ordinamento.

La rilevanza attribuita dalle Sezioni Unite, non solo ai principi fondamentali della Costituzione e delle fonti sovranazionali, ma anche alla normativa ordinaria che esprime detti valori ha portato la Corte a individuare nel divieto di maternità per surrogazione *ex art. 12, c. 6, l. n. 40/2004* il limite di ordine pubblico al riconoscimento del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata e il genitore d'intenzione. Secondo la Corte il divieto *ex lege n. 40/2004* integra un principio di ordine pubblico in quanto posto a presidio di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione, rispetto ai quali la maternità per surrogazione si pone apertamente in conflitto. Non arrestandosi ad affermare la contrarietà della fattispecie della maternità per surrogazione all'ordine pubblico, i giudici di legittimità hanno evidenziato la necessità di predisporre una tutela nei confronti del frutto di tale pratica, vale a dire il nato, privo di responsabilità per violazione del divieto, il cui interesse alla conservazione dello *status* sembra destinato ad affievolirsi di fronte al bilanciamento dei valori operato dal legislatore con la l. 40/2004. Per fronteggiare le esigenze di tutela del bambino, le Sezioni Unite hanno proposto di conferire rilievo al rapporto genitoriale attraverso il ricorso all'adozione in casi particolari prevista dall'art. 44, c. 1, lett. d), l. n. 184/1983, istituto con il quale verrebbe così preservata la continuità della relazione affettiva ed educativa eventualmente instauratasi tra il minore e tale soggetto²¹.

²⁰ Cass. Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, *cit.*

²¹ Sul punto A. MORACE PINELLI, *Non si attende il legislatore. Lo spinoso problema della maternità surrogata torna all'esame delle Sezioni unite*, in *Giustizia Insieme*, 2022.

4. Il nuovo invito rivolto alle Sezioni Unite alla luce del denunciato «vuoto normativo» risultante dalla pronuncia costituzionale n. 33/2021

Con la pronuncia n. 33/2021, la Corte Costituzionale, pur condividendo la valutazione delle Sezioni Unite del 2019 in tema di contrarietà all'ordine pubblico della maternità per surrogazione, ha ritenuto il rimedio della adozione c.d. in casi particolari insufficiente a tutelare il nato, adottando una prospettiva primariamente rivolta all'interesse al sano e armonico sviluppo del minore e richiamandosi ai parametri di certezza, celerità ed effettività individuati dalla Corte EDU nel parere consultivo del 2019.

Nelle parole della Consulta, oggetto di discussione non sarebbe «un preteso “diritto alla genitorialità” in capo a coloro che si prendono cura del bambino», quanto piuttosto «l'interesse del minore a che sia affermata in capo a costoro la titolarità giuridica di quel fascio di doveri funzionali agli interessi del minore che l'ordinamento considera inscindibilmente legati all'esercizio di responsabilità genitoriali. Doveri ai quali non è pensabile che costoro possano *ad libitum* sottrarsi»²².

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, i giudici costituzionali hanno sollecitato il legislatore a intervenire sul tema attraverso l'introduzione di previsioni specifiche, idonee a soddisfare il superiore interesse del minore²³, nato all'estero da maternità surrogata, a instaurare un legame di filiazione anche con il genitore d'intenzione.

È in questo quadro che si colloca l'ordinanza interlocutoria del 2022 – la seconda all'interno del medesimo procedimento – con la quale la I Sezione della Corte di Cassazione, preso atto del vuoto normativo denunciato dalla Corte Costituzionale, invoca un nuovo intervento delle Sezioni Unite, al fine di chiarire la possibilità di colmare in via interpretativa tale lacuna attraverso il ripensamento del contrasto della maternità surrogata con l'ordine pubblico.

Attesa l'inidoneità del diritto vivente, così come tratteggiato nella pronuncia a Sezioni Unite del 2019, a impedire la lesione di diritti fondamentali del minore e la contemporanea inadeguatezza, così come emerso dalla pronuncia n. 33/2021 della Corte Costituzionale, della soluzione offerta dall'istituto dell'adozione in casi particolari, la Corte di Cassazione ritiene sussistenti i presupposti per investire nuovamente della questione il Supremo Con-

²² Corte Cost., 9 marzo 2021, n. 33.

²³ Per approfondimenti in materia di *best interest of the child* si vedano, *inter alia*, F. ANGELO, *Il divieto di maternità surrogata e il superiore interesse del minore*, in *Giustizia Civile*, 2020, p. 647 ss.; I. ANRÒ, *Il principio del superiore interesse del minore: tra ipotesi di “abuso” e diritti fondamentali nel contesto della giurisprudenza delle Corti europee*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017, p. 55 ss.; E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, FrancoAngeli, 2016.

sesso, al fine di stabilire *se e come* sia possibile superare in via interpretativa la situazione di stasi creatasi *de facto*.

A parere della Sezione rimettente, «che si sia di fronte a una situazione di vuoto normativo è convinzione che deriva dal venir meno dei due assunti su cui si basava il precedente delle Sezioni Unite» vale a dire, in primo luogo, «il bilanciamento a priori in via generale e astratta, compiuto implicitamente dal legislatore e basato sull'attribuzione al divieto penale della surrogazione di maternità di un valore prevalente rispetto al riconoscimento della filiazione nei confronti del genitore intenzionale»; in seconda battuta, la possibilità per il genitore intenzionale di ricorrere all'adozione in casi particolari come «via, alternativa alla delibazione della sentenza straniera o alla trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero»²⁴.

5. (Segue). Interpretazione avanzata dalla Sezione rimettente

La soluzione ermeneutica avanzata della Sezione rimettente, nelle more di un intervento innovativo da parte del legislatore, si muove nell'ottica del bilanciamento suggerita dalla Corte costituzionale e dalla Corte EDU, ed è quella di ammettere il riconoscimento del rapporto di filiazione costituito all'estero, a seguito di un accordo di maternità surrogata, nei confronti del genitore d'intenzione all'interno di una coppia *same sex*, previa valutazione specifica da parte del giudice, nel caso concreto, dell'interesse del minore, della tutela della dignità della donna che ha condotto la gestazione e della non elusione delle norme sull'adozione.

La Prima Sezione, dunque, prendendo le distanze da quell'idea di imposizione al singolo dei valori della persona, anche oltre quanto da questo voluto in maniera assolutamente libera, consapevole e non condizionata, ritiene che si dovrebbe escludere il contrasto con l'ordine pubblico, con conseguente ammissione di delibazione, laddove la pratica della maternità surrogata sia considerata lecita nell'ordinamento di origine, in quanto frutto di una scelta libera e consapevole, revocabile sino alla nascita del bambino e indipendente da contropartite economiche.

L'attenta disamina di queste condizioni, a parere della Corte, non avrebbe l'effetto indiretto di legittimare una pratica vietata, ma consentirebbe semplicemente di recepire l'atto di assunzione della responsabilità genitoriale, irrevocabile a partire dall'inizio del processo procreativo. In particolare, dovrebbero essere debitamente considerati l'adesione libera e consapevole e non determinata da esigenze di ordine economico della donna alla gestazione, [la] revocabilità del consenso alla rinuncia all'instaurazione del rapporto di filiazio-

²⁴ Cass., 21 gennaio 2022, n. 1842.

ne fino alla nascita del bambino, [la] necessità di un apporto genetico alla procreazione da parte di uno dei due genitori intenzionali [e la] valutazione in concreto degli effetti dell'eventuale diniego del riconoscimento sugli interessi in conflitto». Solo una puntuale verifica circa la presenza di tali elementi consentirebbe di affermare che nel caso concreto vi è stata una corretta valutazione delle istanze di tutela della c.d. madre surrogata, riequilibrando il rapporto tra diritti della donna e diritti del bambino²⁵.

Come osservato da alcuni Autori, l'interpretazione avanzata dalla Sezione rimettente appare «un tentativo per così dire “alto”, di contemperare interessi ritenuti in conflitto tra loro»²⁶, il cui esito consisterebbe nell'individuare un punto di equilibrio, nel quale entrambi gli interessi in conflitto ricevono adeguata tutela.

Il problema, tuttavia, è quello di stabilire se effettivamente un conflitto sussista tra i predetti beni giuridici: è possibile ritenere meglio tutelata la dignità della donna laddove il diritto del bambino ad avere entrambi i genitori giuridicamente riconosciuti venga sacrificato?²⁷. In effetti, una volta che il processo di procreazione venga avviato e il bambino sia nato, non si comprende come il rifiuto di riconoscere lo *status filiationis* possa in qualche modo risanare quel *vulnus* e ripristinare la dignità lesa²⁸. Tale bene giuridico, forse, verrebbe davvero tutelato attraverso un intervento del legislatore a monte, che influisse direttamente, per quanto possibile, sulle cause che portano molte coppie a intraprendere un percorso di maternità surrogata²⁹.

6. L'intervento delle Sezioni Unite: sentenza 30 dicembre 2022, n. 38162

Con la pronuncia a Sezioni Unite 30 dicembre 2022, n. 38162, la Corte di Cassazione conferma il proprio precedente orientamento³⁰, volto a negare cittadinanza all'interno dell'ordinamento nazionale al provvedimento straniero di riconoscimento dello *status filiationis* del nato da maternità surrogata nei confronti del c.d. genitore d'intenzione, respingendo, dunque, l'interpretazione avanzata dalla Sezione rimettente.

Giova evidenziare, in ogni caso, come la decisione della Corte non si limiti semplicemente ad avallare una delle interpretazioni prospettate, ma sviluppi, altresì, precise valutazioni

²⁵ In questo senso G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, in *Questione Giustizia*, 2022.

²⁶ G. FERRANDO, *op. cit.*

²⁷ Per uno specifico approfondimento si veda G. FERRANDO, *op. cit.*

²⁸ G. FERRANDO, *op. cit.*

²⁹ Sul tema G. FERRANDO, *op. cit.*, propone quale possibile soluzione, fra l'altro, «una disciplina dell'adozione più aperta nei requisiti (anche persone singole, coppie dello stesso sesso), più celere e snella nelle procedure (anche per l'adozione internazionale), più flessibile negli effetti».

³⁰ Espresso a Sezioni Unite con sentenza 8 maggio 2019, n. 12193.

con riguardo al senso delle scelte in atto nell'ordinamento nazionale in materia di maternità surrogata, evidenziando le ragioni per le quali anche l'istituto *ex art. 44 L. 84/1983* possa utilmente essere impiegato in relazione alla tutela del *best interest of the child*.

Secondo i giudici del Supremo Consesso, il legislatore italiano, nel vietare ogni forma di maternità surrogata, ha inteso tutelare la dignità di ogni essere umano nella sua dimensione oggettiva, precludendo, così, qualsiasi possibilità di rinuncia da parte del soggetto interessato: «indipendentemente dal titolo, oneroso o gratuito, e dalla situazione economica in cui versa la madre gestante (eventuale stato di bisogno), la riduzione del corpo della donna ad incubatrice meccanica, a contenitore di una vita destinata ad altri, ne offende la dignità, anche in assenza di una condizione di bisogno della stessa e a prescindere dal concreto accertamento dell'autonoma e incondizionata formazione del suo processo decisionale»³¹.

Nella consapevolezza che l'approdo interpretativo suggerito dall'ordinanza di rimessione è avvallato da una significativa parte del pensiero giuridico e culturale italiano, nonché dalla giurisprudenza di legittimità di molti Paesi occidentali, la Corte di Cassazione evidenzia tuttavia come, di fronte a una precisa scelta legislativa a tutela di valori fondamentali, non sia consentito all'interprete «ritagliare dalla fattispecie normativa, per escluderle dal raggio di operatività dell'ordine pubblico internazionale, forme di surrogazione che, sebbene in Italia vietate, non sarebbero in grado di vulnerare, per le modalità della condotta o per gli scopi perseguiti, il nucleo essenziale del bene giuridico protetto»³².

La finalità perseguita dal legislatore nel punire la surrogazione di maternità in via assoluta consiste nel tutelare in via immediata la dignità della gestante su commissione e nel prevenire, al contempo, secondo la logica della *c.d. slippery slope*, potenziali estreme derive di manifestazione del fenomeno.

Di conseguenza, attesa l'assolutezza del divieto di maternità surrogata, che si traduce nel punire tale pratica a prescindere dalle modalità della condotta e dagli scopi perseguiti, qualora la gestazione per altri risulti il frutto di una scelta libera e consapevole della donna, revocabile fino alla nascita del bambino e indipendente da contropartite economiche, il giudice non potrà ravvisare l'assenza di una lesione della dignità della donna e, con essa, l'insussistenza del contrasto con l'ordine pubblico internazionale.

A parere dei giudici di legittimità, la sentenza n. 33 del 2021 della Corte Costituzionale non ha determinato alcun vuoto normativo, attesa la natura di pronuncia di inammissibilità – e non di illegittimità costituzionale³³ – della stessa, né ha comportato il superamento del diritto vivente, rappresentato dalla sentenza delle Sezioni Unite del 2019.

³¹ Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162.

³² *Ibidem*.

³³ Nella pronuncia Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, si esclude, altresì, che dal testo della sentenza n. 33 del 2021 della Corte Costituzionale emergano caratteri propri delle sentenze di illegittimità accertata e non dichiarata: «la Corte non ha disposto alcun rinvio ad altra udienza, né ha indicato un termine al legislatore per intervenire; e non ha

Sotto il primo aspetto, invero, la Consulta, pur rilevando alcune criticità legate alla normativa censurata, ha escluso la sussistenza di profili di incostituzionalità, rivolgendo al Parlamento un auspicio di revisione legislativa, privo di ogni carattere di vincolatività, teso all'individuazione di una soluzione migliore rispetto a quelle oggi esistenti per la tutela dell'interesse del bambino.

Con riguardo alla soluzione proposta dalle Sezioni Unite del 2019, inoltre, la Corte Costituzionale, pur evidenziando l'insufficienza di una tutela del nato nelle forme dell'adozione in casi particolari, ha comunque negato la possibilità di un accertamento *ab initio* di una genitorialità assolutamente intenzionale in tutti o in taluni casi di nascita da una madre surrogata.

Preso atto dell'inerzia del legislatore nell'adeguare l'istituto *ex art.* 44, L. 184/1983 ai principi costituzionali e sovranazionali, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione evidenziano, tuttavia, come il nuovo intervento del Giudice delle leggi³⁴ nel 2022 abbia effettivamente comportato il venire meno di una delle criticità sottolineate, dalla stessa Consulta, nella precedente pronuncia n. 33. A seguito di tale pronunciamento, infatti, gli effetti dell'adozione in casi particolari in di punto relazioni di parentela con i familiari dell'adottante sono stati equiparati a quelli dell'adozione, per così dire, ordinaria, con eliminazione, dunque, di quegli impedimenti che prima ostavano alla costituzione di tali rapporti civili.

In considerazione del portato della sentenza della Corte Costituzionale, a parere dei giudici di legittimità, l'adozione in casi particolari, così come attualmente disciplinata, appare strumento «potenzialmente adeguato al fine di assicurare al minore nato da maternità surrogata la tutela giuridica richiesta dai principi convenzionali e costituzionali, restando la valutazione in ogni caso sottoposta al vaglio del giudice nella concretezza della singola vicenda e ferma la possibilità per il legislatore di intervenire in ogni momento per dettare una disciplina ancora più aderente alle peculiarità della situazione»³⁵.

Muovendo da tali premesse, la Corte di Cassazione ribadisce, dunque, l'impossibilità di trascrizione del provvedimento giudiziario straniero e, *a fortiori*, dell'originario atto di nascita, che indichino quale genitore del bambino il committente privo di legame biologico con il nato, sulla base di un triplice ordine di ragioni.

Innanzitutto in quanto l'automatico riconoscimento, mediante trascrizione o delibazione del provvedimento straniero di accertamento della genitorialità, dello *status filiationis* del nato da maternità surrogata anche nei confronti del c.d. genitore d'intenzione non è

affermato l'incostituzionalità, esprimendo invece l'invito al legislatore ad "adeguare" la specifica normativa vigente in materia di adozione in casi particolari (...) al fine di assicurare una migliore garanzia dell'interesse del minore».

³⁴ Il riferimento è a Corte Cost., sent. 28 marzo 2022, n. 79. Per un'approfondita analisi della pronuncia si veda, in particolare, E. CRIVELLI, *La Corte costituzionale garantisce i rapporti di parentela a tutti i minori adottati: nota alla sentenza n. 79 del 2022*, in *Riv. AIC*, 5, 2022.

³⁵ Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162.

diretto alla realizzazione del c.d. *best interest of the child* e comporterebbe, in realtà, la legittimazione indiretta di «una pratica degradante»³⁶.

In secondo luogo, perché non può ritenersi che il desiderio di genitorialità realizzatosi attraverso il ricorso alla procreazione medicalmente assistita possa legittimare «un presunto diritto alla genitorialità comprensivo non solo dell'*an* e del *quando*, ma anche del *quomodo*»³⁷.

Infine, poiché il riconoscimento della genitorialità non può tradursi in un automatismo, nelle forme di una delibazione o della trascrizione di un provvedimento straniero, necessitando, al contrario, di una valutazione specifica e concreta, che tenga in considerazione anche la sussistenza di una relazione affettiva instauratasi *de facto*.

Esclusa, dunque, l'automatica trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero, a fronte della perdurante necessità di fornire tutela al superiore interesse del minore, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione evidenziano come l'istituto a cui far riferimento sia, in tal caso, quello dell'adozione *ex art. 44, L. 184/1983*. Tale strumento, in effetti, soprattutto in seguito alla pronuncia n. 78 del 2022 del giudice delle leggi, si rivela adeguato in quanto, nelle parole della Suprema Corte, «non dà rilevanza al solo consenso e non asseconda attraverso automatismi il mero desiderio di genitorialità; dimostra, piuttosto, una precisa vocazione a tutelare l'interesse del minore al riconoscimento giuridico del suo rapporto anche con colui che, insieme al padre biologico, ha condiviso e attuato il progetto del suo concepimento e, assumendosi la responsabilità della cura e dell'educazione, ha altresì concorso in fatto a instaurare quella organizzazione di vita comune diretta alla crescita e allo sviluppo della personalità che è la famiglia»³⁸.

I giudici di legittimità rimangono fermi, dunque, nel ritenere che l'interesse del minore, nato a seguito di surrogazione di maternità, di ottenere il riconoscimento giuridico del proprio rapporto con il genitore di intenzione trova tutela, nell'ordinamento italiano, attraverso una verifica in concreto da effettuarsi da parte del giudice nell'ambito dell'istituto dell'adozione in casi particolari.

7. Sull'adeguatezza della proposta ermeneutica avanzata dalle Sezioni Unite

Non v'è dubbio come la questione relativa al riconoscimento dello *status filiationis* del nato tramite maternità surrogata si mostri particolarmente delicata, trovandosi al crocevia di inevitabili interferenze. Da un lato, l'introduzione di un'eventuale disciplina che regolarizzi

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

gli effetti civili di un comportamento penalmente sanzionato dall'ordinamento – quale è il ricorso a pratiche di maternità per surrogazione – metterebbe a serio rischio la sistematicità dell'ordinamento, dando luogo a un'evidente antinomia. Dall'altro lato, è innegabile come in tali situazioni emerga, in parallelo, l'impellente esigenza di tutelare il miglior interesse del minore, il quale, per il fatto di essere venuto al mondo, diviene titolare di diritti propri, autonomi e indipendenti rispetto ai genitori.

Si tratta di riflettere, dunque, sull'adeguatezza della soluzione proposta in via pretoria, attraverso il richiamo all'istituto dell'adozione in casi particolari, avversata da quanti, al contrario, invocano un urgente intervento legislativo sul tema.

Se è vero che l'interesse del minore può e deve essere considerato in tutti quei casi concreti di bambini nati attraverso la pratica della gestazione per altri, nel momento in cui si ritenga necessaria una compiuta regolamentazione in materia, si dimentica, forse, che tale normativa riguarderebbe anche bambini non ancora concepiti né nati, il cui interesse non sarebbe altro che «una proiezione (solitaria) di un alquanto problematico “diritto alla genitorialità” dei committenti»³⁹.

Peraltro, a ben vedere, in tema di maternità surrogata il legislatore è già intervenuto, anche piuttosto chiaramente, dettando un divieto assoluto della pratica in questione, in quanto «carica di disvalore per la frattura della genitorialità che reca in sé, con potenziali ricadute pregiudizievoli sia sui minori che sulle donne coinvolte»⁴⁰.

Si può, dunque, ritenere adeguata la proposta delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione di ricorrere all'istituto dell'adozione *ex art.* 44 L. 184/1983, in quanto tesa non tanto a subordinare il diritto del figlio allo *status* e alla relazione con il genitore c.d. d'intenzione all'esigenza dell'ordinamento di sanzionare e prevenire condotte antiggiuridiche dei genitori, quanto piuttosto a dare voce e soddisfare proprio il c.d. *best interest of the child*. L'interesse all'identità filiale del minore verrà, infatti, perseguito attraverso una verifica in concreto, operata dal giudice, che riguardi sia il rapporto instauratosi tra il nato e il genitore istante, sia l'idoneità e le capacità genitoriali di quest'ultimo.

Queste considerazioni devono essere, peraltro, collocate nel nuovo contesto in cui si muove l'istituto *ex art.* 44 L. 184/1983, così come mutuato all'esito della pronuncia 28 marzo 2022, n. 79 della Corte Costituzionale. Attesa l'unitarietà dello *status* di figlio, viene meno quel precedente divieto di relazioni familiari tra l'adottato *ex art.* 44 L. 184/193 e i parenti dell'adottante, con la conseguente estensione e operatività, nei confronti dell'adottato, di quelle tutele personali e patrimoniali scaturenti dal riconoscimento giuridico dei legami parentali.

L'adozione in casi particolari, pertanto, evitando di assecondare, per il tramite di meri automatismi, il desiderio di genitorialità, appare lo strumento migliore per rispondere a

³⁹ In questi termini E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Riv. AIC*, 2, 2018.

⁴⁰ C. TRIPODINA, *op. cit.*, p. 132.

quella precisa e concreta necessità di tutelare l'interesse del bambino al riconoscimento dello *status filiationis* anche nei confronti di quel soggetto che abbia condiviso e portato a termine il progetto di concepimento, contribuendo a predisporre quell'organizzazione di vita comune diretta alla crescita e allo sviluppo della personalità che è la famiglia.

Giurisprudenza straniera

Giurisprudenza
straniera

Tra salubrità dell'aria e salute umana. Prime note su *JP c. Ministre de la Transition écologique et Premier ministre**

[Corte di Giustizia dell'Unione europea (Grande Sezione), 22 dicembre 2022, causa C-61/21, *JP c. Ministre de la transition écologique et Premier ministre*]

Licia Cianci**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La qualità dell'aria nel prisma dell'Unione europea: una ricostruzione. – 3. I fatti della causa. – 4. L'audacia delle conclusioni dell'Avvocato Generale e il pragmatismo formalista della Corte di Giustizia. – 5. Un approccio di deflazione del contenzioso: come la Corte ha costruito un "castello in aria". – 6. Alcune riflessioni conclusive.

ABSTRACT:

L'interconnessione tra l'inquinamento atmosferico e la salute umana è innegabile, dati i potenziali effetti dannosi del primo sulla seconda. La Corte di Giustizia dell'Unione europea si è sovente pronunciata su questioni legate all'inquinamento, affrontando nello specifico anche il tema della qualità dell'aria. Nel quadro legislativo e alla luce dell'ampia giurisprudenza della Corte in materia, il presente contributo intende commentare la decisione *JP c. Ministre de la Transition écologique et Premier ministre*. Dopo aver analizzato le conclusioni dell'Avvocato Generale, il commento intenderà fornire un'analisi critica della sentenza. Riflettendo sulle più ampie implicazioni delle misure

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato nell'Università di Genova. Componente dell'Unità di ricerca n. 5 "La tutela della salute: profili di diritto europeo e comparato", nell'ambito del PRIN 2020 "Il diritto costituzionale della salute e dell'organizzazione sanitaria dopo l'emergenza della pandemia", licia.cianci@edu.unige.it.

di qualità dell'aria per la tutela di taluni diritti fondamentali, si ritiene che, evitando di esprimersi in ordine alla rilevanza delle norme sulla qualità dell'aria per garantire i diritti individuali, la Corte di Lussemburgo non solo abbia perso un'opportunità per promuovere la politica ambientale europea, ma abbia altresì indebolito la portata della Direttiva 2008/50/CE.

The interconnection between air pollution and human health is undeniable, given the former's potential detrimental effects on the latter. The Court of Justice of the European Union has often decided cases on environmental pollution, specifically addressing the quality of air as well. Within the legislative framework and in light of the Court's extensive case law on the matter, the present contribution aims at commenting the decision JP c. Ministre de la Transition écologique et Premier ministre. After having analyzed the Advocate General's conclusions, the comment will critically assess the judgement. Reflecting on the wider implications of air quality measures for the protection of fundamental rights, it is argued that, in failing to assess air quality norms as intended to grant individual rights, the Luxembourg Court has not only missed an opportunity to foster European environmental politics, but it has also weakened the scope of the Directive 2008/50/CE.

1. Introduzione

Nel quadro della protezione dell'ambiente, gli obiettivi della disciplina sulla qualità dell'aria si intrecciano inevitabilmente con la tutela della salute umana. Comprendere se la normativa europea in materia conferisca o meno un diritto rivendicabile è un tema di lungo dibattito. La traiettoria giurisprudenziale della Corte di Giustizia dell'Unione europea sembrava essersi consolidata in senso positivo, avendo essa stabilito che il *corpus* normativo europeo prevede «un obbligo chiaro, preciso e incondizionato»¹ in capo agli Stati membri di conformarsi agli *standard* previsti per la qualità dell'aria. I giudici di Lussemburgo hanno altresì rilevato che, ogniqualvolta il superamento dei valori limite possa danneggiare la salute umana, i soggetti coinvolti debbano essere in grado di fare affidamento su tali norme per poter far valere i propri diritti². Ancorché in una pronuncia che non riguardava direttamente la responsabilità di uno Stato membro, la Corte ha inoltre affermato il diritto dei singoli di poter fare affidamento sulle disposizioni della direttiva 2008/50/CE al fine di chiedere alle autorità competenti l'istituzione di un piano d'azione per il miglioramento della qualità dell'aria³.

¹ Corte di Giustizia dell'Unione europea (Grande Sezione), 19 dicembre 2019, causa C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe eV contro Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2019:1114, paragrafo 56.

² Corte di Giustizia dell'Unione europea, 30 maggio 1991, causa C-361/88, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica federale di Germania*, ECLI:EU:C:1991:224, paragrafo 16; Corte di Giustizia dell'Unione europea (Seconda Sezione), 25 luglio 2008, causa C-237/07, *Dieter Janecek contro Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2008:447, paragrafo 38.

³ Corte di Giustizia dell'Unione europea (Grande Sezione), 19 novembre 2014, causa C-404/13, *The Queen, su istanza di: ClientEarth contro The Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs*, ECLI:EU:C:2014:2382.

Gli orientamenti appena richiamati parrebbero difficilmente riconciliabili con l'esito di una recente sentenza della Corte: le norme europee sulla qualità dell'aria⁴ non configurano un diritto individuale in capo ai singoli né un diritto al risarcimento nei confronti di uno Stato membro per i danni causati dalla mancata conformità ai valori limite. Così ha deciso la Grande Camera della Corte di Giustizia nel caso *JP c. Ministre de la Transition écologique et Premier ministre*⁵ nell'ambito di un ricorso pregiudiziale proposto dalla *Cour administrative d'appel de Versailles*, ai sensi dell'articolo 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

Partendo da una ricostruzione della decisione, particolarmente rilevante sotto molteplici profili, il presente contributo intende analizzarne la portata alla luce del più ampio contesto di riferimento, che sembrerebbe richiedere un approccio necessariamente integrato tra il perseguimento di *standard* di qualità dell'aria e la protezione del diritto alla salute.

2. La qualità dell'aria nel prisma dell'Unione europea: una ricostruzione

L'esame nel merito delle questioni sottoposte allo scrutinio della Corte necessita di una preliminare contestualizzazione della disciplina sulla qualità dell'aria prevista a livello europeo.

Nel quadro della politica ambientale dell'Unione⁶, il tema della qualità dell'aria ha progressivamente assunto rilievo preminente⁷. Parallelamente al crescente interesse per le questioni ambientali a livello internazionale⁸, anche le politiche dell'Unione europea sono

⁴ La Corte di Giustizia prende in considerazione nello specifico gli artt. 13, paragrafo 1, e l'articolo 23, paragrafo 1, della direttiva 2008/50/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa alla qualità dell'aria ambiente e per un'aria più pulita in Europa.

Inoltre, poiché il ricorrente ha lamentato un danno a partire dal 2003, la Corte ha analizzato anche le seguenti disposizioni: artt. 3 e 7 della direttiva 80/779/CEE del Consiglio, del 15 luglio 1980, concernente valori limite e valori guida di qualità atmosferica per l'anidride solforosa e per le particelle in sospensione; artt. 3 e 7 della direttiva 85/203/CEE del Consiglio, del 7 marzo 1985, concernente le norme di qualità atmosferica per il biossido di azoto; artt. 4, 7, 8 e 13 della direttiva 96/62/CE del Consiglio, del 27 settembre 1996, in materia di valutazione e di gestione della qualità dell'aria ambiente; artt. 4, 5 e 9 della direttiva 1999/30/CE del Consiglio, del 22 aprile 1999, concernente i valori limite di qualità dell'aria ambiente per il biossido di zolfo, il biossido di azoto, gli ossidi di azoto, le particelle e il piombo.

⁵ Corte di Giustizia dell'Unione europea (Grande Sezione), 22 dicembre 2022, causa C-61/21, *JP c. Ministre de la transition écologique et Premier ministre*, ECLI:EU:C:2022:1015.

⁶ Per un'analisi indirizzata a ricostruire la normativa europea sul tema, si veda M. GASPARNETTI, *La Direttiva 2008/50/CE sulla qualità dell'aria: applicazione e prospettive di revisione*, in *Istituzioni del federalismo*, 2015, num. spec., pp. 105-124.

⁷ Sulle politiche ambientali europee v. M. ONIDA, *Il diritto ambientale dell'UE nel tempo, tra agenda europea e politiche nazionali*, in *Federalismi.it*, 2020, n. 7, pp. 92 ss.

⁸ Per una disamina ad ampio raggio della tutela dell'ambiente nel diritto internazionale, si vedano G. TAMBURELLI, *Ambiente (diritto internazionale)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 2004; H. HOHMAN (Ed.), *Basic Documents of International Law*, London, Graham & Trotman, 1995; P.W. BIRNIE, A. BOYLE, C. REDGWELL, *International Law and the Environment*, Oxford, Oxford University Press, 2009; A. FODELLA, L. PINESCHI (a cura di), *La protezione dell'am-*

intervenute in questo settore. L'adozione della Convenzione sull'Inquinamento Atmosferico Transfrontaliero di Lungo Raggio nel 1979, che prevedeva un piano d'azione per limitare l'inquinamento atmosferico attraverso una serie di misure previste in diversi protocolli⁹, ha stimolato l'adozione in sede europea di numerosi atti. Una regolazione a livello sovranazionale è parsa particolarmente adeguata anche alla luce della natura del fenomeno dell'inquinamento atmosferico, le cui caratteristiche non sono circoscrivibili entro i confini di un solo territorio e assumono carattere transfrontaliero¹⁰.

A far data dagli anni Ottanta, infatti, è cresciuta l'attività normativa europea in tema di qualità dell'aria. Essa era originariamente contenuta in diverse direttive concernenti le emissioni di anidride solforosa e particelle in sospensione¹¹, le emissioni di piombo¹², l'inquinamento atmosferico generato dal funzionamento degli impianti industriali¹³, nonché le emissioni di biossido di azoto¹⁴, la valutazione e gestione della qualità dell'aria ambiente¹⁵ e i valori limite per il biossido di zolfo, il biossido di azoto, gli ossidi di azoto, le particelle e il piombo¹⁶. Già in tali direttive emergeva chiaramente che l'obiettivo di lungo periodo consisteva nel conseguimento di *standard* di salubrità dell'aria, tali da minimizzare gli effetti collaterali per la salute umana e per l'ambiente.

I livelli massimi di concentrazione per dodici inquinanti sono oggi contenuti principalmente in due direttive¹⁷. Nello specifico, la direttiva 2008/50/CE relativa alla qualità dell'aria ambiente e per un'aria più pulita¹⁸ ha armonizzato gli *standard* sulla qualità dell'aria

biente nel diritto internazionale, Torino, Giappichelli, 2009; P. SANDS, J. PEEL, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012; P.M. DUPUY, J.E. VIÑUALES, *International Environmental Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

⁹ G. D'ANDREA, *La tutela della qualità dell'aria*, in R. GIUFFRIDA, F. AMABILI (a cura di), *La tutela dell'ambiente nel diritto internazionale ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 209 ss.

¹⁰ P. BOLOGNA, *Inquinamento atmosferico*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Vol. II, Padova, CEDAM, 2012, p. 2.

¹¹ Direttiva 80/779/CEE del Consiglio, del 15 luglio 1980, relativa ai valori limite e ai valori guida di qualità dell'aria per l'anidride solforosa e le particelle in sospensione.

¹² Direttiva 82/884/CEE del Consiglio, del 3 dicembre 1982, concernente un valore limite per il piombo contenuto nell'atmosfera.

¹³ Direttiva 84/360/CEE del Consiglio del 28 giugno 1984 concernente la lotta contro l'inquinamento atmosferico provocato dagli impianti industriali.

¹⁴ Direttiva 85/203/CEE del Consiglio del 7 marzo 1985 concernente le norme di qualità atmosferica per il biossido di azoto.

¹⁵ Direttiva 96/62/CE del Consiglio del 27 settembre 1996 in materia di valutazione e di gestione della qualità dell'aria ambiente.

¹⁶ Direttiva 1999/30/CE del Consiglio del 22 aprile 1999 concernente i valori limite di qualità dell'aria ambiente per il biossido di zolfo, il biossido di azoto, gli ossidi di azoto, le particelle e il piombo.

¹⁷ Direttiva 2004/107/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 dicembre 2004 concernente l'arsenico, il cadmio, il mercurio, il nickel e gli idrocarburi policiclici aromatici nell'aria ambiente; direttiva 2008/50/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa alla qualità dell'aria ambiente e per un'aria più pulita in Europa.

¹⁸ Direttiva 2008/50/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa alla qualità dell'aria ambiente e per un'aria più pulita in Europa. A commento, cfr. A. MURATORI, *Per un'aria più pulita in Europa: la nuova Direttiva 2008/50/CE sulla qualità dell'aria ambiente*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2008.

e sull'inquinamento diffuso, stabilendo i limiti alla concentrazione di una serie di agenti inquinanti e le modalità di monitoraggio e comunicazione del rilevamento. Inoltre, il legislatore europeo ha previsto la predisposizione di un piano di miglioramento nei casi in cui i livelli di inquinanti nell'aria superino i valori limite previsti dalla normativa in parola¹⁹. Nel sistema dell'Unione europea, la tutela settoriale della qualità dell'aria rientra nel quadro giuridico indirizzato a salvaguardare l'ambiente. La tutela di siffatto bene trova pertanto fondamento in alcuni principi di carattere generale²⁰. In ottemperanza agli obiettivi generali in materia ambientale previsti ai sensi dell'articolo 191, paragrafo 1, TFUE²¹, la direttiva sulla qualità dell'aria mira dunque alla tutela e al miglioramento della salubrità dell'ambiente. Nell'architettura della direttiva è fornita, inoltre, un'indicazione sulla stretta correlazione tra ambiente e salute: la riduzione della concentrazione di agenti patogeni e nocivi è indirizzata altresì a proteggere la salute umana.

Pare interessante notare due distinti profili circa l'effettivo raggiungimento degli obiettivi della direttiva sulla salubrità dell'aria. Da un lato, gli Stati membri non sono riusciti a far fronte, con i soli strumenti nazionali, alla riduzione dei livelli di inquinamento, anche per le difficoltà di coordinamento tra i vari livelli di governo. Dall'altro lato, anche il mercato integrato ha esercitato effetti sull'implementazione delle politiche ambientali. Sovente, infatti, la Corte di Giustizia ha ritenuto le misure nazionali adottate a tutela dell'ambiente non proporzionate rispetto ad altri rilevanti principi europei (e.g., libera circolazione delle merci²²).

Tali difficoltà di attuazione e recepimento da parte degli Stati membri sono peraltro rese evidenti dai numerosi procedimenti di infrazione avviati dalla Commissione europea²³. A

¹⁹ Gli Stati membri devono provvedere alla predisposizione di piani per la qualità dell'aria per le zone e per gli agglomerati che superano i valori soglia, così come previsto ai sensi dell'articolo 23, paragrafo 1, direttiva 2008/50/CE.

²⁰ A. RIZZO, *L'affermazione di una politica ambientale dell'Unione europea. Dall'Atto Unico europeo al Trattato di Lisbona*, in R. GIUFFRIDA, F. AMABILI (a cura di), *La tutela dell'ambiente nel diritto internazionale ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 21-53, spec. 27 ss.

²¹ M. MONTINI, *Gli obiettivi, i principi e i criteri della politica ambientale dell'Unione europea*, in S. NESPOR, L. RAMACCI (a cura di), *Codice dell'Ambiente*, Milano, Giuffrè, 2022, pp. 95-99.

²² Sul punto, cfr. Corte di Giustizia dell'Unione europea (Grande Sezione), 15 novembre 2005, causa C-320/03, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica d'Austria*, ECLI:EU:C:2005:684, paragrafi 87-95. Per un commento, si veda C. DI SERI, *La proporzionalità nell'adozione di misure a tutela dell'ambiente: il divieto di circolazione nel Land Tirolo (Corte di Giustizia CE, Grande Sezione, sentenza 15 novembre 2005 nella causa C-320/03)*, in *Rassegna avvocatura dello Stato*, 2005, n. 4.

²³ Cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia dell'Unione europea (Prima Sezione), 15 novembre 2012, causa C-34/11, *Commissione europea contro Repubblica portoghese*, ECLI:EU:C:2012:712; Corte di Giustizia dell'Unione europea (Prima Sezione), 19 dicembre 2012, causa C-68/11, *Commissione europea contro Repubblica portoghese*, ECLI:EU:C:2012:815; Corte di Giustizia dell'Unione europea (Terza Sezione), 5 aprile 2017, causa C-488/15, *Commissione europea contro Repubblica di Bulgaria*, ECLI:EU:C:2017:267; Corte di Giustizia dell'Unione europea (Terza Sezione), 22 febbraio 2018, causa C-336/16, *Commissione europea contro Repubblica di Polonia*, ECLI:EU:C:2018:94; Corte di Giustizia dell'Unione europea (Settima Sezione), 24 ottobre 2019, causa C-636/18, *Commissione europea contro Repubblica francese*, ECLI:EU:C:2019:900; Corte di Giustizia dell'Unione europea (Settima Sezione), 30 aprile 2020, causa C-638/18, *Commissione europea contro Romania*, ECLI:EU:C:2020:334; Corte di Giustizia dell'Unione europea (Grande Sezione), 10 novembre 2020, causa C-644/18, *Commissione europea contro Repubblica italiana*, ECLI:EU:C:2020:895.

prescindere dalle modalità di ricorso, la Corte di Giustizia si è sovente pronunciata sull'interpretazione e applicazione delle norme europee sulla qualità dell'aria, ritendendo che esse conferissero un diritto individuale. In due distinte pronunce del 1991²⁴ riguardanti il mancato recepimento da parte della Germania degli *standard* di qualità dell'aria per il piombo e l'anidride solforosa, i giudici di Lussemburgo hanno chiarito espressamente che l'obbligo imposto agli Stati membri di prescrivere valori limite configurasse diritti individuali in capo ai singoli. Pertanto, ogniqualvolta il superamento di tali soglie potesse avere effetti negativi sulla salute umana, gli interessati dovevano essere in grado di invocare tali norme per far valere i propri diritti.

3. I fatti della causa

Il caso esaminato dalla Grande Sezione è originato dal ricorso di un soggetto che ha adito il *Tribunal administratif de Cergy-Pontoise* con un duplice obiettivo. Da un lato, egli intendeva chiedere l'annullamento della decisione con cui la pubblica autorità locale si era rifiutata di adottare le misure necessarie per risolvere i propri problemi di salute, asseritamente legati all'inquinamento atmosferico dell'aria. Dall'altro, il soggetto leso chiedeva di ottenere il risarcimento dei danni cagionati dal superamento dei valori massimi di sostanze inquinanti nell'agglomerato di Parigi²⁵, zona di residenza del ricorrente. Il risarcimento richiesto alla Francia è stato quantificato nella cifra di 21 milioni.

Il tribunale nazionale di primo grado ha rigettato il ricorso presentato, ritenendo che le disposizioni della direttiva 2008/50 non attribuissero in capo ai singoli un diritto al risarcimento per eventuali danni cagionati dal peggioramento della qualità dell'aria.

Adita dal ricorrente, la *Cour administrative d'appel de Versailles* ha sospeso il procedimento per sottoporre alla Corte di Giustizia dell'Unione europea una questione pregiudiziale. Nello specifico, la Corte nazionale ha chiesto di chiarire se gli articoli 13 e 23 della direttiva conferissero ai singoli un diritto al risarcimento nel caso in cui la violazione degli obblighi previsti avesse cagionato un danno alla salute, connesso eziologicamente al de-

Per un commento dell'ultima sentenza richiamata, cfr. L. BUSATTA, *Dal mancato rispetto delle politiche europee per la qualità dell'aria ai diritti delle generazioni future: come conciliare salute, economia e ambiente?*, in *Corti Supreme e Salute*, 2021, n. 1, pp. 21-34; S. PITTO, *La Corte di Giustizia boccia (ancora) le misure dell'Italia e delle sue regioni su qualità dell'aria ed emissioni in atmosfera*, in *DPCE Online*, 2022, n. 3, pp. 1735-1744.

²⁴ Corte di Giustizia dell'Unione europea, 30 maggio 1991, causa C-59/89, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*, ECLI:EU:C:1991:225, paragrafo 19; Corte di Giustizia dell'Unione europea, 30 maggio 1991, causa C-361/88, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*, ECLI:EU:C:1991:224, paragrafo 16.

²⁵ Per quanto riguarda tale zona, il superamento dei valori limite fissati per il biossido di azoto e per il materiale particolato (PM10) è peraltro già stato accertato dai giudici di Lussemburgo rispettivamente in Corte di Giustizia dell'Unione europea (Settima Sezione), 24 ottobre 2019, causa C-636/18, *Commissione europea c. Repubblica francese*, ECLI:EU:C:2019:900; Corte di Giustizia dell'Unione europea (Decima Sezione), 28 aprile 2022, causa C-286/21, *Commissione europea c. Repubblica francese*, ECLI:EU:C:2022:319.

terioramento delle condizioni dell'aria. In altre parole, il nucleo centrale della questione pregiudiziale si è concentrato su un aspetto particolare. Esso ha imposto ai giudici di verificare se, a fronte dell'inadeguatezza delle misure adottate da uno Stato membro per adeguare la qualità atmosferica ai parametri di riferimento, il singolo potesse chiedere e ottenere un risarcimento per la violazione degli Articoli 13 e 23 della direttiva sulla qualità dell'aria.

4. L'audacia delle conclusioni dell'Avvocato Generale e il pragmatismo formalista della Corte di Giustizia

Prima di analizzare il percorso argomentativo del collegio giudicante, pare utile ripercorrere preliminarmente le conclusioni dell'Avvocato Generale. Da un lato, tali riflessioni hanno fatto perno sulla prescrizione dell'obbligo per gli Stati membri di prevedere piani per la qualità dell'aria, nonché di adottare misure volte a ridurre il periodo di superamento dei valori limite stabiliti dalla direttiva²⁶. Dall'altro, l'articolato ragionamento dell'Avvocato Generale Kokott ha sottolineato la correlazione tra l'imposizione di tali valori limite e la protezione dell'ambiente e della salute umana.

Pur non vincolando la Corte di Giustizia, le conclusioni dell'Avvocato Generale sono rilevanti e possono contribuire a orientare la successiva decisione in seno al consesso giudicante. Nella particolare questione in commento, esse sono risultate di preminente interesse, in primo luogo, perché antitetiche rispetto all'esito del ragionamento della Corte e, in secondo luogo, poiché hanno evidenziato chiaramente, attraverso una solida struttura argomentativa, l'esistenza di una connessione tra la qualità dell'aria e la salute.

In tema di tutela della salubrità dell'aria vige il principio della responsabilità dello Stato²⁷ per gli eventuali danni cagionati agli individui da violazioni del diritto dell'Unione, imputabili allo Stato stesso²⁸. Ciò impone di accertare se, nel caso concreto, l'inosservanza dei valori soglia previsti possa legittimare una richiesta di risarcimento del danno. Una risposta affermativa è possibile solo allorché si verificano tre distinte condizioni, ossia che la norma conferisca diritti ai soggetti lesi, che la violazione sia sufficientemente qualificata e che sussista un nesso eziologico tra la violazione della norma e il danno subito.

Quanto premesso ha imposto di esaminare le norme relative ai valori soglia e alle misure da adottare per migliorare la qualità dell'aria. Tale analisi è risultata necessaria al fine di

²⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott, 5 maggio 2022, causa C-61/21, *JP contro Ministre de la Transition écologique et Premier ministre*, paragrafo 64.

²⁷ La Corte di Lussemburgo ha iniziato a sviluppare l'interpretazione del regime giuridico della responsabilità di ciascuno Stato membro per i danni cagionati ai singoli in Corte di Giustizia dell'Unione europea, 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Andrea Francovich e altri c. Repubblica italiana*, ECLI:EU:C:1991:428, paragrafo 33.

²⁸ Corte di Giustizia dell'Unione europea, 19 dicembre 2019 (Grande Sezione), causa C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe eV c. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2019:1114, paragrafi 54 e 55.

verificare che queste disposizioni fossero sufficientemente chiare da poter individuare il contenuto di eventuali diritti conferiti ai singoli. Stabilita la chiarezza delle disposizioni in parola, l'Avvocato Generale ha precisato che la mera adozione di piani per la salubrità dell'aria da parte delle autorità pubbliche di ciascuno Stato membro non sarebbe di per sé sufficiente per adempiere agli obblighi derivanti dal quadro normativo²⁹. Per verificare se i valori limite e l'obbligo di migliorare la qualità dell'aria attribuiscano un diritto, è dunque imprescindibile analizzare gli obiettivi delle direttive³⁰, le quali sono indirizzate a tutelare l'ambiente e la salute umana.

In una prospettiva più generale, esse risultano in linea rispetto agli obblighi dell'Unione in materia di tutela dell'ambiente e della sanità pubblica previsti ai sensi degli articoli 3 TUE e 191 TFUE, oltre che dagli articoli 2, 3 e 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE³¹. Peraltro, è proprio sulla base delle medesime premesse che la Corte aveva precedentemente stabilito la possibilità per gli individui eventualmente danneggiati di poter fare affidamento su siffatte disposizioni³². Coerentemente con tali premesse, infatti, a giudizio dell'Avvocato Generale le norme imperative in questione porrebbero un obbligo di tutela in capo agli Stati membri e conferirebbero un corrispettivo diritto individuale ai singoli³³.

Sotto il profilo della responsabilità dello Stato, l'Avvocato Generale ha precisato che, laddove è senz'altro vero che i costi dovrebbero essere primariamente sopportati dai soggetti responsabili della compromissione della qualità dell'aria, in base al principio chi inquina paga³⁴, ciò non risulterebbe tuttavia sufficiente a esentare gli Stati membri. Questi ultimi sarebbero pure responsabili per aver autorizzato determinate attività, oltre che per non aver impedito il verificarsi delle situazioni di inquinamento.

Parimenti importante pare il rilievo sulla legittimazione ad agire per ottenere il risarcimento, che l'Avvocato Generale ha circoscritto a una categoria definibile di soggetti interessati. Di tal guisa, il danno *de quo* non sarebbe qualificabile come diffuso. L'Avvocato Generale ha delimitato il perimetro dei soggetti danneggiati a determinate categorie svantaggiate, senza ricomprendervi la totalità della popolazione³⁵.

²⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott, 5 maggio 2022, causa C-61/21, *JP contro Ministre de la Transition écologique et Premier ministre*, paragrafo 65.

³⁰ *Ibid.*, paragrafo 72.

³¹ *Ibid.*, paragrafo 73. Per una disamina della tutela ambientale intesa come diritto fondamentale, cfr. A. RIZZO, *L'affermazione di una politica ambientale dell'Unione europea. Dall'Atto Unico europeo al Trattato di Lisbona*, cit., pp. 38-45.

³² Corte di Giustizia dell'Unione europea, 30 maggio 1991, causa C-361/88, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica federale di Germania*, ECLI:EU:C:1991:224, paragrafo 16.

³³ Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott, 5 maggio 2022, causa C-61/21, *JP contro Ministre de la Transition écologique et Premier ministre*, paragrafo 76.

³⁴ Per una panoramica completa, cfr. G. MOSCHELLA, A.M. CITRIGNO (a cura di), *Tutela dell'ambiente e principio "chi inquina paga"*, Milano, Giuffrè, 2014.

³⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott, cit., paragrafi 95-102.

Per tali ragioni, gli obblighi derivanti dalle direttive rispetto ai valori soglia e ai piani per il miglioramento della qualità dell'aria sarebbero idonei al conferimento di diritti azionabili in capo agli individui. Questi ultimi vanterebbero perciò un diritto al risarcimento nei confronti dello Stato membro che non abbia adempiuto a tali obblighi.

Con riguardo alla seconda questione, posto che la responsabilità dello Stato possa essere accertata solo allorquando si verifichi una violazione qualificata delle norme in parola, l'Avvocato Generale ne ha rilevato la configurabilità a fronte del chiaro obbligo di rispettare i limiti ivi previsti e di elaborare piani di miglioramento contenenti misure concrete. Con riguardo alla sussistenza del nesso di causalità tra violazione delle norme e l'eventuale danno, l'Avvocato Generale ha sottolineato che l'onere della prova rimarrebbe a carico dell'interessato, il quale sarebbe tenuto a dimostrare di aver soggiornato per un periodo rilevante nelle zone di superamento dei limiti. Al contempo, il soggetto danneggiato dovrebbe altresì dimostrare la relazione tra l'inquinamento e il danno e, in ultimo, l'esistenza di un nesso eziologico diretto tra il soggiorno nei luoghi menzionati e il danno lamentato³⁶. Tale ingente onere della prova sembrerebbe di per sé sufficiente a evitare ricorsi temerari, nonché a ridurre l'eventuale accoglimento di richieste di risarcimento a carico dello Stato. Ben diversa è invece la decisione della Corte di Giustizia che, chiariti i termini della propria competenza, ha impostato il proprio *iter* argomentativo su due ragionamenti principali.

In primo luogo, i giudici di Lussemburgo hanno fatto riferimento alla responsabilità dello Stato, che non è riconosciuta in maniera automatica per la mera violazione del diritto dell'Unione³⁷. Come si è già avuto modo di osservare, il diritto al risarcimento in capo al singolo si configura al verificarsi di tre distinte condizioni³⁸.

Partendo dall'analisi della prima, i giudici hanno sottolineato la configurabilità di tale diritto non solo quando espressamente attribuito dal diritto dell'UE, ma anche in relazione agli obblighi imposti agli individui, agli Stati membri e alle istituzioni dell'Unione³⁹. La Corte ha inoltre sottolineato come la violazione di siffatti obblighi da parte di uno Stato membro – in ostacolo all'esercizio da parte dei singoli di diritti ad essi conferiti dalle disposizioni del diritto UE – comporti la possibilità di ottenere un risarcimento, a prescindere dall'eventuale effetto diretto delle disposizioni interessate.

Nel merito della questione, la Corte di Giustizia ha ritenuto che le norme richiamate della direttiva sulla qualità dell'aria fossero sufficientemente chiare sì da consentire l'individuazione di un duplice obbligo in capo agli Stati membri. Attraverso tale obbligo si è imposto,

³⁶ *Ibid.*, paragrafi 126-141.

³⁷ F. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati per violazione del diritto dell'Unione*, Milano, Giuffrè, 2012; A. DI MARCO, *La responsabilità extracontrattuale dello Stato per violazioni del diritto dell'UE*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017.

³⁸ Corte di Giustizia dell'Unione europea (Grande Sezione), 22 dicembre 2022, causa C-61/21, *JP c. Ministre de la transition écologique et Premier ministre*, paragrafi 43-46.

³⁹ *Ibid.*, paragrafo 46.

per un verso, di garantire il rispetto del livello massimo previsto specificamente per gli agenti inquinanti e, per altro verso, di porre rapidamente rimedio all'eventuale superamento di tali valori limite attraverso misure adeguate elaborate in piani di azione per il miglioramento della salubrità dell'aria⁴⁰.

Le argomentazioni sin qui svolte sembrerebbero condurre a conclusioni convergenti con quelle dell'Avvocato Generale e diverse rispetto a quelle effettivamente tratte dalla Corte di Giustizia. Quest'ultima ha invece ritenuto che le disposizioni di cui agli articoli 13 e 23 fossero indirizzate a realizzare esclusivamente un obiettivo generale di protezione dell'ambiente e della salute, conformemente a quanto previsto ai sensi dell'articolo 1 e dal secondo considerando della direttiva⁴¹. Pertanto, la Corte ha respinto l'interpretazione che tali disposizioni potessero essere interpretate nel senso di conferire un diritto al risarcimento dei danni subiti dai singoli⁴². Difettando la sussistenza della prima delle tre condizioni, il collegio giudicante ha ritenuto di non procedere oltre e ha stabilito che le disposizioni scrutinate non configurassero un diritto al risarcimento in capo ai singoli. Essi, dunque, potranno esclusivamente agire nei confronti di ciascuno Stato membro al fine di ottenere la programmazione di un piano di miglioramento della qualità dell'aria.

5. Un approccio di deflazione del contenzioso: come la Corte ha costruito un "castello in aria"

Nell'architettura della sentenza, il punto nodale consiste nella qualificazione di tali disposizioni come inidonee ad attribuire un diritto al risarcimento. Sembrerebbe pertanto possibile rilevare alcuni profili di criticità in ordine alla decisione in commento, che peraltro si pone in termini di netta discontinuità rispetto ai precedenti arresti giurisprudenziali in materia brevemente richiamati⁴³.

A giudizio della Corte, a fronte degli obblighi previsti dagli articoli 13, paragrafo 1, e 23, paragrafo 1, della direttiva 2008/50, nonché dalle disposizioni analoghe delle direttive precedenti, non corrisponderebbe alcun diritto individuale.

Rispetto alla responsabilità degli Stati membri, vero è che generalmente la Corte ha rilevato profili di responsabilità solo come *extrema ratio*, allorquando altri meccanismi del diritto dell'Unione non siano risultati sufficienti. Ciononostante, il collegio ha tracciato

⁴⁰ Corte di Giustizia dell'Unione europea (Seconda Sezione), 25 luglio 2008, causa C-237/07, *Dieter Janecek contro Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2008:447.

⁴¹ Corte di Giustizia dell'Unione europea (Grande Sezione), 22 dicembre 2022, causa C-61/21, *JP c. Ministre de la transition écologique et Premier ministre*, paragrafo 55.

⁴² *Ibid.*, paragrafo 56.

⁴³ Corte di Giustizia dell'Unione europea (Seconda Sezione), 25 luglio 2008, causa C-237/07, *Dieter Janecek contro Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2008:447.

un percorso argomentativo non convincente rispetto alle premesse. Invero, partendo da considerazioni di più ampio respiro, la Corte ha tratto conclusioni inappaganti e non del tutto coerenti, probabilmente per il timore di generare un imponente contenzioso a carico degli Stati membri⁴⁴.

Eppure, la chiave per dipanare tale nodo era stata limpidamente offerta dalle argomentazioni dell'Avvocato Generale, secondo cui il riconoscimento di un diritto al risarcimento ai sensi degli articoli 13 e 23 della direttiva non conferirebbe un diritto generale alla totalità dei cittadini che risiedono nelle zone i cui valori eccedono quelli previsti⁴⁵, poiché il costo dell'inquinamento atmosferico sarebbe per lo più sostenuto dalle persone maggiormente vulnerabili e svantaggiate; queste ultime, infatti, tendono a stabilirsi in zone altamente inquinate e non dispongono di mezzi sufficienti per trasferirsi in altro luogo. Inoltre, secondo l'Avvocato Generale, anche l'onere della prova previsto a carico dei ricorrenti avrebbe potuto fungere da filtro rispetto a potenziali richieste pretestuose.

La Francia ha sostenuto che la Corte ha tradizionalmente affermato il principio della responsabilità dello Stato e, dunque, il corrispettivo diritto al risarcimento a fronte dell'accertamento di un nesso causale tra la condotta dello Stato e la violazione dei diritti dei singoli a pagamenti o a benefici economici⁴⁶ (e.g., la garanzia delle retribuzioni e dei diritti pensionistici in caso di fallimento del datore di lavoro⁴⁷; le richieste di risarcimento dei viaggiatori di pacchetti turistici in caso di fallimento dell'operatore turistico⁴⁸; la protezione dei depositi⁴⁹; la tutela degli investitori contro prezzi eccessivi in caso di acquisto⁵⁰; il diritto al risarcimento delle vittime di reati⁵¹). Pertanto, non potrebbe essere riconosciuto alcun risarcimento in assenza di violazione di un interesse finanziario o di uno specifico diritto a contenuto economico.

⁴⁴ P. DE PASQUALE, "Francovich ambientale"? Sarà per un'altra volta. Considerazioni a margine della sentenza *Ministre de la Transition écologique*, in *BlogDUE*, 4 gennaio 2023, p. 7-8.

⁴⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott, cit., paragrafo 100.

⁴⁶ *Ibid.*, paragrafo 89.

⁴⁷ Corte di Giustizia dell'Unione europea, 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Andrea Francovich e altri c. Repubblica italiana*, ECLI:EU:C:1991:428; Corte di Giustizia dell'Unione europea (Seconda Sezione), 25 gennaio 2007, causa C-278/05, *Carol Marilyn Robins e a. c. Secretary of State for Work and Pensions*, ECLI:EU:C:2007:56; Corte di Giustizia dell'Unione europea (Terza Sezione), 25 aprile 2013, causa C-398/11, *Thomas Hogan e altri c. Minister for Social and Family Affairs, Ireland e Attorney General*, ECLI:EU:C:2013:272.

⁴⁸ Corte di Giustizia dell'Unione europea, 8 ottobre 1996, cause riunite C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C-190/94, *Erich Dillenkofer, Christian Erdmann, Hans-Jürgen Schulte, Anke Heuer, Werner, Ursula e Trosten Knor contro Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:1996:375, paragrafi 33-46.

⁴⁹ Corte di Giustizia dell'Unione europea (Quarta Sezione), 25 marzo 2021, causa C-501/18, *BT c. Balgarska Narodna Banka*, ECLI:EU:C:2021:249.

⁵⁰ Corte di Giustizia dell'Unione europea (Quarta Sezione), 10 dicembre 2020, causa C-735/19, *Euromin Holdings (Cyprus) Limited*, ECLI:EU:C:2020:1014.

⁵¹ Corte di Giustizia dell'Unione europea (Grande Sezione), 16 luglio 2020, causa C-129/19, *Presidenza del Consiglio dei Ministri c. BV*, ECLI:EU:C:2020:566.

Giova notare come nella decisione in commento la Corte sembrerebbe aver fornito un'interpretazione depotenziata del principio di effettività del diritto dell'Unione⁵², laddove, anche rispetto a tale profilo, le conclusioni dell'Avvocato Generale risultano particolarmente significative nella misura in cui hanno rimarcato che la prolungata violazione dei valori limite stabiliti dalla direttiva sulla qualità dell'aria leda un interesse giuridico di particolare rilievo, assiologicamente sovraordinato rispetto agli interessi patrimoniali. Inoltre, l'Avvocato Generale ha sottolineato che la giurisprudenza sul principio di responsabilità dello Stato non è stata indirizzata a preservare gli interessi finanziari, ma a garantire l'efficacia del diritto dell'UE attraverso la tutela dei diritti attribuiti ai singoli, così come previsto dal sistema dei Trattati⁵³.

Un ulteriore passaggio merita particolare attenzione. La decisione sembrerebbe aver incentivato i singoli a rivolgersi ai tribunali nazionali e a chiedere alle autorità domestiche l'adozione di adeguati piani d'azione contro l'inquinamento atmosferico, ma non anche a esperire l'azione di risarcimento dei danni cagionati da un'aria insalubre. Per quest'ultimo profilo, la Corte sembrerebbe aver sostenuto l'opportunità di una applicazione centralizzata del diritto ambientale dell'Unione europea, alla luce del ruolo delle procedure di infrazione avviate dalla Commissione europea nello stimolare l'accertamento di possibili violazioni degli obblighi positivi del diritto dell'UE. Ciò vorrebbe dire che, posta la facoltà di adire i tribunali nazionali per gli individui che vivono in zone inquinate, e che perciò ritengono di aver subito un danno alla propria salute, i diritti di tali soggetti sarebbero sufficientemente garantiti dalla possibilità di intraprendere un *iter* giudiziario per le vie nazionali, pur a fronte dell'esito indeterminato dello stesso. A seguito della decisione in parola permangono, infatti, numerose incertezze sull'effettiva possibilità di ottenere un risarcimento per il danno subito. In questo senso, dunque, si sostiene che, al fine di arginare l'ipotesi di un contenzioso pretestuoso, la Corte avrebbe costruito un "castello in aria" nel ritenere adeguato siffatto sistema.

Con riguardo alla correlazione tra l'aria salubre e la salute, stupisce inoltre che il ragionamento della Corte non si sia esteso all'analisi dei diritti fondamentali degli individui. Inoltre, i riferimenti ai principi generali dell'UE in materia ambientale – strettamente correlata alla protezione della salute umana – sono stati utilizzati per sostenere l'impossibilità di poter invocare le norme imperative in parola, contrariamente a quanto era stato suggerito dalle conclusioni dell'Avvocato Generale⁵⁴ e a quanto precedentemente rilevato dalla Corte stessa.

⁵² Sul principio di effettività del diritto dell'Unione, cfr. P. PIVA, *Il principio di effettività della tutela giurisprudenziale del diritto dell'Unione europea*, Napoli, Jovene, 2012.

⁵³ Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott, cit., paragrafo 92.

⁵⁴ *Ibid.*, paragrafo 38: «Per tali ragioni la Corte ha dichiarato che, in tutti i casi in cui l'inosservanza dei provvedimenti imposti dalle direttive relative alla qualità dell'aria e a quella dell'acqua potabile, e che mirano a tutelare la sanità pubblica, possa mettere in pericolo la salute delle persone, queste ultime devono poter invocare le norme di ordine pubblico

Il richiamo alla sentenza *Janecek* risulta infatti importante sia dal punto di vista procedurale che sostanziale. Per quanto concerne il primo profilo, la Corte aveva riconosciuto il diritto delle persone fisiche o giuridiche – direttamente interessate dal rischio di superamento dei valori limite di PM10 o delle soglie di allarme – di richiedere alle autorità competenti l'elaborazione di un piano d'azione. Con riguardo al secondo profilo, i giudici avevano altresì sostenuto l'idoneità di taluni atti di riconoscere anche diritti sostanziali ai singoli, la cui salute deve essere adeguatamente tutelata attraverso la legislazione ambientale dell'Unione.

Argomenti giuridici a supporto di un approccio integrato tra qualità dell'aria e salute, dunque, non erano estranei ai precedenti orientamenti della Corte di Giustizia ed erano stati richiamati nelle conclusioni dell'Avvocato Generale. Ciononostante, i giudici di Lussemburgo non li hanno presi in considerazione e, trincerandosi in una decisione dettata da un certo rigore e formalismo, si sono concentrati esclusivamente sulla prima condizione necessaria per accertare la responsabilità dello Stato membro, ritenendo che le norme scrutinate non conferissero un diritto al risarcimento.

6. Alcune riflessioni conclusive

La ricostruzione del quadro normativo di riferimento, nonché degli argomenti utilizzati dall'Avvocato Generale e dalla Corte di Lussemburgo, consente di poter svolgere alcune considerazioni conclusive, che tuttavia aprono la strada a una futura riflessione di più ampio respiro.

Dall'indagine condotta sembrerebbe emergere, in primo luogo, un orientamento inadatto a garantire l'efficacia del diritto dell'UE in materia. Se da un lato, la Corte non sembra disincentivare *in toto* i ricorsi attraverso i meccanismi nazionali, dall'altro essa appare favorire un'applicazione centralizzata del diritto dell'UE, la cui portata risulta però affievolita. A seguito della sentenza in commento, infatti, risulta ancor più incerto il possibile esito di richieste di risarcimento per i danni cagionati alla salute dal superamento dei valori limite. In secondo luogo, i giudici non hanno tenuto conto di un aspetto strettamente connesso al *thema decidendum* della controversia, ossia della componente dei diritti fondamentali degli individui. Specialmente i diritti alla vita, all'integrità della persona e alla salute sono infatti strettamente connessi alla salubrità dell'ambiente. A tal proposito, la sentenza sembrerebbe svuotare la portata della direttiva. Il collegio, infatti, non è riuscito a integrare

che esse contengono (v. citate sentenze 30 maggio 1991, causa C-361/88, Commissione/Germania, e causa C-59/89, Commissione/Germania, nonché 17 ottobre 1991, Commissione/Germania)».

un approccio olistico in grado di dar conto del rapporto di assoluta interdipendenza tra ambiente e salute⁵⁵.

A fronte delle reiterate condotte degli Stati membri che ignorano i limiti imposti per il miglioramento della qualità dell'aria, il ruolo della Corte di Giustizia pare certamente preminente, specialmente per il riconoscimento in via interpretativa della funzionalità della protezione della salubrità dell'aria rispetto alla salute umana. Alla luce dell'analisi svolta, tuttavia, sembrerebbe potersi rilevare che la Corte di Lussemburgo abbia, ancora una volta, posticipato il riconoscimento delle responsabilità degli Stati membri⁵⁶ e abbia adottato un approccio eccessivamente formalista, in netta discontinuità rispetto a precedenti pronunce di certo più audaci.

⁵⁵ Si vedano le considerazioni di L. BUSATTA, *Le politiche europee per la qualità dell'aria e le sfide di un concetto polisemico di salute*, in *Corti Supreme e Salute*, 2018, n. 3, pp. 501 ss.

⁵⁶ Per medesime considerazioni su un diverso caso dinanzi la Corte di Lussemburgo, cfr. F. GALLARATI, *Caso Carvalbo: la Corte di Giustizia rimanda l'appuntamento con la giustizia climatica*, in *DPCE Online*, 2021, n. 2.

Il contributo strategico degli Istituti di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico (IRCCS) nella gestione del fenomeno della mobilità sanitaria interregionale*

Paola Olimpia Achard** e Chiara Bellini***

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La mobilità sanitaria interregionale ed i LEA. – 3. Il contributo strategico degli IRCCS. – 4. Conclusioni.

ABSTRACT:

La gestione moderna dei Servizi Sanitari Regionali (SSR) si fonda sulla capacità di instaurare e gestire relazioni di valore tra le Organizzazioni Sanitarie che insistono nel territorio regionale, mediante l'adozione di comportamenti strategici di natura collaborativa e competitiva (co-competizione). Il fenomeno della mobilità sanitaria interregionale sotto il profilo gestionale è considerato tra il mix di indicatori utilizzati per valutare la performance dei SSR. In particolare, l'analisi del fenomeno della mobilità sanitaria interregionale consente di apprezzare la capacità del SSR di soddisfare i bisogni di salute del contesto epidemiologico di riferimento. Il lavoro ha la finalità di mostrare come la presenza di un insieme articolato di Organizzazioni Sanitarie nei SSR possa concorrere a garantire i Livelli Essenziali di Assistenza (LEA) contribuendo conseguentemente alla gestione della mobilità sanitaria interregionale. Nell'ambito di questo lavoro la lettura strategica del fenomeno mobilità sanitaria interregionale viene condotta individuando il rapporto tra la presenza degli Istituti di

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco. L'articolo è stato proposto dalle Autrici in risposta alla *call for papers* intitolata "La mobilità sanitaria interregionale".

** Professore associato di Economia e gestione delle imprese nell'Università dell'Aquila. Componente dell'Unità di ricerca n. 3 "L'organizzazione del Servizio sanitario nazionale e l'effettività del diritto alla salute", nell'ambito del PRIN 2020 "Il diritto costituzionale della salute e dell'organizzazione sanitaria dopo l'emergenza della pandemia", paolaolimpia.achard@univaq.it.

*** Dottoranda di ricerca in Ingegneria Industriale e dell'Informazione e di Economia, Università dell'Aquila, chiara.bellini@graduate.univaq.it.

Ricovero e Cura a Carattere Scientifico (IRCCS) e l'effetto sulla mobilità sanitaria interregionale. Il focus specifico dello studio sugli IRCCS è dovuto a diverse ragioni. Rispetto ad altre Organizzazioni Sanitarie, gli IRCCS sono caratterizzati dalla presenza di numerose interdipendenze strategiche tra le aree della ricerca e della pratica clinica. Pertanto, gli IRCCS consentono un'importante evoluzione del SSR, da un approccio basato sul concetto di evidenza scientifica, a un approccio basato sul trasferimento della conoscenza nelle attività mediche. Inoltre, per perseguire le loro specifiche finalità strategiche, gli IRCCS operano in cooperazione e collaborazione con altre strutture sanitarie e non sanitarie apportando maggior valore ai SSR. Infine, gli IRCCS svolgono un ruolo chiave nel posizionamento del Servizio Sanitario Nazionale (SSN) italiano nello scenario internazionale, europeo in particolare. Per rispondere all'obiettivo di ricerca, il lavoro realizza una panoramica del fenomeno della mobilità sanitaria interregionale correlato all'erogazione dei LEA. Successivamente, viene delineato il profilo strategico degli IRCCS e la loro diffusione nell'ambito dei SSR. Infine, viene condotta un'analisi comparativa tra i SSR volta a mettere in luce il contributo apportato dalla presenza degli IRCCS, nei SSR, in termini di appropriatezza (clinica ed organizzativa) dei servizi erogati (LEA) e aumento della mobilità sanitaria interregionale attiva e riduzione di quella passiva.

The existing management of the Regional Health Services (RHSs) is based on their ability to establish and manage valuable relationships among the Health Organizations that insist on the regional territory, through the adoption of a strategic behavior, collaborative and competitive (co-competition). The interregional healthcare mobility from a managerial point of view is considered among one of the indicators used to evaluate the performance of RHSs. The analysis of the phenomenon of interregional mobility allows to appreciate the ability of the RHS to meet the health needs of the reference epidemiological context. The work shows how the presence of an articulated set of Healthcare Organizations in the RHS can contribute to guaranteeing the Essential Levels of Assistance (ELA), so contributing to the management of interregional mobility. The strategic analysis of the interregional mobility phenomenon is conducted by identifying the relationship between the presence of Scientific Research, Hospitalization and Healthcare Institutes (IRCCS) and the effect on interregional mobility. The specific focus of the study on IRCCS is due to several reasons. Compared to other Healthcare Organizations, IRCCSs are characterized by the presence of numerous strategic interdependencies between the areas of research and clinical practice. Therefore, IRCCSs allow an important evolution of the RHS, from an approach based on the concept of scientific evidence, to an approach based on the transfer of knowledge in medical practice. Furthermore, to pursue their specific strategic goals, IRCCSs operate in cooperation and collaboration with other health and non-health structures, bringing greater value to the RHSs. Finally, IRCCSs play a key role in the positioning of the Italian National Health Service in the international scenario, especially in Europe. To fulfill the research objective, the work creates an overview of the phenomenon of interregional health mobility related to the provision of ELA. Subsequently, the strategic profile of IRCCSs and their dissemination within the RHSs is outlined. Finally, a comparative analysis is conducted between RHSs aimed at highlighting the contribution made by the presence of IRCCSs in the RHSs in terms of appropriateness (clinical and organizational) of the services provided (ELA) and the increase in active interregional mobility and reduction of the passive one.

1. Introduzione

La Costituzione italiana all'art. 32¹ protegge la salute come diritto fondamentale dell'individuo e come interesse della collettività; la salute si configura, quindi, come un valore primario dell'ordinamento costituzionale. Il diritto alla salute viene garantito attraverso il Servizio Sanitario Nazionale (SSN), istituito con la legge n. 833/1978². Il SSN si configura come un sistema di soggetti, strutture e servizi che hanno lo scopo di garantire a tutti i cittadini, in condizioni di uguaglianza, l'accesso universale all'erogazione equa di prestazioni sanitarie. Il susseguirsi di riforme che ha interessato il SSN nel tempo (D.Lgs n. 502/1992; D.Lgs n. 299/1999; L. 3/2001)³, ha portato alla creazione dell'odierno assetto istituzionale che risulta composto dai livelli: centrale, regionale, aziendale e territoriale. Il SSN è, quindi, un sistema multilivello in cui ad ogni ambito sono riconosciute specifiche aree di responsabilità e di competenza⁴ (legislativa, amministrativa, economica, finanziaria, strategica, organizzativa e gestionale).

Il SSN si caratterizza per la presenza di 20 SSR nell'ambito dei quali operano 239 Aziende Sanitarie pubbliche, che si distinguono in: 118 Aziende Sanitarie Locali (ASL), 53 Aziende Ospedaliere (AO), 17 Aziende Ospedaliere Universitarie (AOU) e 52 Istituti di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico (di cui 30 privati IRCCS)⁵. A queste si aggiungono oltre 25.000 strutture territoriali, articolate in ambulatori e laboratori, strutture semi-residenziali, strutture residenziali, altre strutture (come ad esempio centri dialisi, centri di salute mentale e consultori) (CERGAS- Bocconi, 2021)⁶.

Il SSN garantisce, attraverso i Servizi Sanitari Regionali (SSR), l'erogazione dei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA) ai cittadini. I LEA sono l'insieme di servizi e di prestazioni in ambito preventivo, ospedaliero e distrettuale che il SSN è tenuto a erogare a tutti i cittadini, gratuitamente o dietro pagamento di una quota di partecipazione (ticket).

Il meccanismo di controllo della capacità di garantire servizi sanitari appropriati, tradotta nel grado di efficacia (intesa come la capacità di soddisfare il bisogno di salute) delle prestazioni sanitarie, si fonda sul monitoraggio dei LEA. La rispondenza ai LEA e la capacità

¹ Articolo n. 32, Costituzione della Repubblica Italiana, Parte I – Titolo II Rapporti Etico-Sociali.

² Legge n. 833/1978, *Istituzione del Servizio Sanitario Nazionale*, Gazzetta Ufficiale n. 360, dicembre 1978.

³ D.Lgs n. 502/1992, *Riordino della disciplina in materia sanitaria*, a norma dell'articolo 1 della legge 23 ottobre 1992, n. 421, Gazzetta Ufficiale n. 4, gennaio, 1994. - D.Lgs n. 229/1999, Norme per la razionalizzazione del Servizio sanitario nazionale, a norma dell'articolo 1 della legge 30 novembre 1998, n. 419, Gazzetta Ufficiale n. 165, Luglio, 1999. - Legge Costituzionale n. 3/2001, Modifiche al Titolo V della Parte II della Costituzione, Gazzetta Ufficiale n. 248, Ottobre, 2001.

⁴ P.O. ACHARD, *Economia e organizzazione delle imprese sanitarie*, Milano, Franco Angeli, 1999; P.O. ACHARD, V. CASTELLO, S. PROFILI, 2004. *Il governo del processo strategico nelle aziende sanitarie*, Milano, Franco Angeli, 2004.

⁵ MINISTERO DELLA SALUTE, <https://www.salute.gov.it/portale/ricercaSanitaria/dettaglioContenutiRicercaSanitaria.jsp?lingua=italiano&id=794&area=Ricerca%20sanitaria&menu=ssn&tab=2>, ultimo accesso: 09 febbraio 2023.

⁶ CERGAS - BOCCONI, *Rapporto Oasi 2021-Osservatorio sulle Aziende e sul Sistema Sanitario Italiano*, Milano, Egea, 2021.

di erogare servizi sanitari appropriati (Monitoraggio LEA, 2019)⁷ rappresentano un fattore competitivo per i SSR quindi per le aziende sanitarie che costituiscono il gruppo regionale. Anche la Corte costituzionale ne riconosce l'importanza nella tenuta del SSN “*che vede collocata al centro della tutela costituzionale la persona umana, non solo nella sua individualità, ma anche nell'organizzazione delle comunità di appartenenza che caratterizza la socialità del servizio sanitario*”⁸.

Il governo regionale, nel perseguimento delle proprie finalità strategiche, ha la possibilità di differenziare l'offerta sanitaria (es. aggiungere, articolare e specificare prestazioni sanitarie) sulla dimensione quali-quantitativa dei servizi.

Il raggiungimento di un valore positivo (maggiore o uguale a 160) nella valutazione LEA (DM n. 19A03764/2019)⁹ esprime la capacità dei SSR di rispondere in modo appropriato ai bisogni di salute del contesto epidemiologico di riferimento. Il legame tra i LEA e la mobilità sanitaria interregionale è rinvenibile nel fatto che la libera scelta del luogo di cura è relativa a prestazioni sanitarie comprese nei LEA¹⁰. Un livello inadeguato di garanzia nei LEA determina un valore apprezzabile di mobilità sanitaria interregionale passiva. Ai fini di questo lavoro si precisa che si farà riferimento alle prestazioni sanitarie rientranti nei LEA; perché, considerare le prestazioni extra-LEA sarebbe difficilmente apprezzabile.

I flussi di mobilità interregionale sono diffusamente richiamati nel mix di indicatori che evidenziano le differenze di performance tra i SSR (principalmente insieme a: spesa sanitaria; tempi di attesa; quota di ricoveri ospedalieri con elevato rischio di inappropriately; tasso di ospedalizzazione per patologia; speranza di vita in buona salute; tasso di mortalità evitabile; accessibilità ai servizi). Lo studio dei flussi di migrazione dei cittadini per servizi sanitari indica il livello di appropriatezza (rispetto agli indicatori LEA ovvero appropriatezza ed efficacia nell'utilizzo delle risorse) delle prestazioni erogate, considerato sulla base di diversi fattori come, ad esempio, la qualità delle cure ed il rispetto dei tempi d'attesa. Pertanto, l'analisi della migrazione sanitaria può essere utilizzata come indicatore dell'appropriately dei servizi sanitari offerti dai SSR. La scelta di mobilità degli utenti, infatti, si considera una delle dimensioni della capacità di rispondere efficacemente alla domanda di salute. In questo lavoro, con il termine appropriatezza si fa riferimento all'appropriately dei servizi (clinica) ed all'appropriately del setting assistenziale (organizzativa) (Lavis and Anderson, 1996)¹¹.

⁷ MINISTERO DELLA SALUTE, *Monitoraggio dei LEA attraverso la cd Griglia LEA. Metodologia e risultati dell'anno 2019*, Maggio 2021.

⁸ CORTE COSTITUZIONALE, sent. 14 luglio 2021 n. 142.

⁹ DM n. 19A03764/2019, Nuovo sistema di garanzia per il monitoraggio dell'assistenza sanitaria, Gazzetta Ufficiale n. 138, Marzo, 2019.

¹⁰ CORTE DEI CONTI, *Referto al Parlamento sulla gestione finanziaria dei servizi sanitari regionali, esercizi 2020-2021, 2022*.

¹¹ J.N. LAVIS, G.M. ANDERSON, *Appropriateness in health care delivery: definitions, measurement and policy implications*, in *CMAJ: Canadian Medical Association Journal*, 154 (3), 1996, p. 321.

Sebbene la mobilità sanitaria interregionale sia il risultato della massima espressione della libertà di scelta del luogo di cura (D.Lgs n. 502/1992)¹² e rappresenti uno degli effetti della logica della competizione amministrata (D.Lgs 56/2000; L. 3/2001)¹³, negli ultimi anni si è tradotta nella disomogenea capacità dei SSR di far fronte in modo appropriato ai bisogni di salute del territorio di competenza. In dettaglio, la Riforma del Titolo V della Costituzione, avvenuta con Legge Costituzionale n. 3/2001 ha affidato la potestà legislativa in materia di sanità alle Regioni. La *devolution* ha ampliato il potere decisionale, manageriale ed organizzativo della governance regionale al fine di favorire lo sviluppo di un'offerta di servizi sanitari maggiormente coerente con i bisogni nell'ambito geografico di riferimento. Le principali differenze nella capacità di risposta ai bisogni di salute della popolazione ed il livello di sviluppo delle politiche e dei servizi sanitari (Cicchetti, Gasbarrini 2016; Rapporto OASI, 2022)¹⁴ che si rilevano in relazione alla performance possono essere principalmente ricondotte a fattori di natura strategica, organizzativa, gestionale ed ambientale che caratterizzano i diversi SSR.

Il presente lavoro illustra come i SSR che risultano *adempienti* nella valutazione LEA, sono quelli ai quali corrisponde un livello elevato di mobilità sanitaria attiva ed un livello contenuto di mobilità sanitaria passiva. Ad oggi, si rileva che nei SSR più attrattivi è presente un modello di *governance* che contempla un'articolazione differenziata e diversificata di Organizzazioni Sanitarie che costituiscono la rete sanitaria regionale. Le peculiarità strategiche degli IRCCS hanno un effetto positivo sull'armonizzazione delle diverse Organizzazioni Sanitarie che compongono i SSR. In particolare, la vocazione all'innovazione e la capacità di gestire le relazioni cooperative interaziendali favoriscono l'evoluzione ad un approccio basato su una logica di gestione e non di puro inseguimento della domanda di salute.

Per perseguire gli obiettivi di questo lavoro il punto di partenza (*cf.* par. 2) è rappresentato dalla correlazione tra la mobilità interregionale e i livelli di erogazione dei LEA. Il fine è quello di mettere in evidenza il legame che intercorre tra i flussi di migrazione sanitaria ed il livello di adempienza dei SSR ai LEA. Parallelamente viene condotto lo studio degli IRCCS sotto il profilo del contributo strategico e gestionale e viene analizzata la loro diffusione nei SSR (*cf.* par. 3). Infine, viene svolta un'analisi comparativa tra i SSR mirata ad evidenziare il contributo apportato dalla presenza degli IRCCS in termini di: incremento

¹² D.Lgs n. 502/1992, *Riordino della disciplina in materia sanitaria*, a norma dell'articolo 1 della legge 23 ottobre 1992, n. 421, Gazzetta Ufficiale n. 4, gennaio 1994.

¹³ D.Lgs n. 56/2000, *Disposizioni in materia di federalismo fiscale*, a norma dell'articolo 10 della legge 13 maggio 1999, n. 133, Gazzetta Ufficiale n. 62, marzo 2000. L. n. 3/2001, *Modifiche al Titolo V della Costituzione*, Gazzetta Ufficiale n. 248, ottobre 2001.

¹⁴ A. CICCHETTI e A. GASBARRINI, *The healthcare service in Italy: regional variability*. *Eur Rev Med Pharmacol Sci*, 20(1 Supplemento), pp. 1-3, 2016; CERGAS – Bocconi, *Rapporto Oasi 2021-Osservatorio sulle Aziende e sul Sistema Sanitario Italiano*, Milano, Egea, 2022.

dell'appropriatezza dei servizi erogati (LEA), aumento della mobilità sanitaria interregionale attiva e riduzione di quella passiva (*cfr.* par. 4).

Il lavoro intende essere anche un elemento di riflessione sulle potenzialità derivanti dallo sviluppo di un approccio fondato sulla valorizzazione delle relazioni interaziendali nell'ambito della *governance* regionale e della conseguente gestione delle Organizzazioni Sanitarie (implicazione per i professionisti) ed intende contribuire a delineare il quadro di conoscenze sugli approcci strategici nell'ambito dei sistemi sanitari.

2. La mobilità sanitaria interregionale ed i LEA

La mobilità sanitaria interregionale è quel fenomeno che si verifica quando i cittadini usufruiscono di prestazioni sanitarie erogate da Organizzazioni Sanitarie presenti in un SSR diverso da quello di residenza. È possibile distinguere la mobilità sanitaria interregionale, dalla mobilità intra-regionale e la mobilità transfrontaliera. La mobilità sanitaria interregionale viene distinta in mobilità sanitaria attiva e mobilità sanitaria passiva. La mobilità sanitaria attiva indica l'indice di attrazione di un SSR, evidenziando le prestazioni sanitarie offerte ai cittadini non residenti; la mobilità sanitaria passiva, al contrario, mostra l'indice di fuga da un SSR indicando le prestazioni sanitarie erogate ai cittadini al di fuori della Regione di provenienza. La mobilità sanitaria interregionale rappresenta, quindi, un indicatore grezzo di performance dei SSR sia per l'intrinseca rilevanza economico-finanziaria, sia soprattutto perché sintetizza il livello di soddisfazione delle prestazioni erogate, tenendo conto di diversi fattori come ad esempio: qualità percepita delle cure; rispetto dei tempi d'attesa; valutazioni professionali dei clinici; accessibilità ai servizi (Bortolan, 2020)¹⁵. Inoltre, l'analisi dei flussi di mobilità rientra nell'insieme di indicatori individuati come rilevanti per la misurazione dell'efficacia gestionale (Cantù, 2002)¹⁶ nel settore sanitario. La mobilità sanitaria interregionale attiva e passiva assume importanza anche sotto il profilo economico-finanziario. Ogni anno il SSR che eroga prestazioni ai cittadini non residenti viene rimborsato da quello di residenza dell'utente. Nel 2021 la mobilità sanitaria interregionale ha generato un valore pari a circa 2,5 miliardi di euro¹⁷ a fronte di una spesa

¹⁵ F. BORTOLAN, *Mobilità sanitaria: l'interpretazione dell'agenzia*, in *Misure di potenziamento del SSN in funzione dell'emergenza Covid-19*, in *Quaderno Monitor*, n. 44, 2020, pp. 58-65.

¹⁶ E. CANTÙ, *La struttura del SSN italiano*, in E. ANESSI PESSINA, E. CANTÙ (a cura di), *L'aziendalizzazione della sanità in Italia: Rapporto OASI 2002*, Milano, Egea.

¹⁷ QUOTIDIANO SANITÀ, https://www.quotidianosanita.it/studi-e-analisi/articolo.php?articolo_id=108449, ultimo accesso: 09 febbraio 2023.

sanitaria corrente pari a 127,834 miliardi di euro¹⁸. La mobilità interregionale passiva ha determinato un valore economico pari poco più a 115 milioni di euro¹⁹.

Il confronto tra l'indice di attrazione e quello di fuga consente di apprezzare l'efficacia dei SSR nel soddisfare i bisogni di salute della popolazione residente. Il fenomeno della mobilità sanitaria interregionale può ricondursi a due aspetti: la capacità di garantire adeguati LEA e la libera scelta del luogo di cura. In tal senso, la tutela della salute è assicurata non solo dal fatto che ogni SSR è tenuto a fornire le prestazioni sanitarie rientranti nei LEA, ma anche dal fatto che indipendentemente dalla Regione di residenza, gli utenti possono accedere ai servizi che non ricadono nell'ambito di quelli di competenza territoriale. Le motivazioni che possono sottendere a tale scelta da parte dell'utenza sono ascrivibili a diversi aspetti, come ad esempio: la presenza di Organizzazioni Sanitarie di eccellenza o altamente specializzate nella cura di malattie rare; l'esistenza di differenze percepite nella qualità delle prestazioni sanitarie erogate dalle strutture extra-regionali; oppure, la prossimità geografica (D.Lgs 502/1992; Scheda n. 4 – Patto per la Salute 2019-2021)²⁰. Le situazioni appena richiamate rientrano in quella che viene definita la mobilità accettabile. Quest'ultima, infatti, si verifica quando i ricoveri fuori Regione si rendono necessari per l'alta specializzazione delle cure richieste, nello specifico per quelle circostanze caratterizzate da ricoveri con DRGs (Fetter e Freeman, 1986)²¹ ad alta complessità.

La figura 1 mostra i dati dell'ultimo aggiornamento disponibile (anno 2019) ai flussi di mobilità per ricoveri ordinari per acuti in strutture pubbliche e private accreditate. La posizione di ogni SSR risulta dall'incrocio simultaneo di due variabili: l'indice di fuga (asse delle ascisse) e l'indice di attrazione (asse delle ordinate). L'indice di fuga mostra la propensione degli utenti ad allontanarsi dalla propria Regione per usufruire delle prestazioni richieste. Esso è dato dal rapporto tra i ricoveri degli utenti residenti fuori Regione sul totale dei ricoveri effettuati dalle strutture regionali. L'indice di attrazione, al contrario, rappresenta la capacità di un SSR di attrarre utenti provenienti da un altro SSR. Questo tasso è calcolato mediante il rapporto tra i ricoveri effettuati per pazienti provenienti da altri SSR ed il totale dei ricoveri effettuati dalle strutture del SSR. Entrambi gli indicatori vengono utilizzati come *proxy* della qualità reale e/o percepita dell'offerta sanitaria.

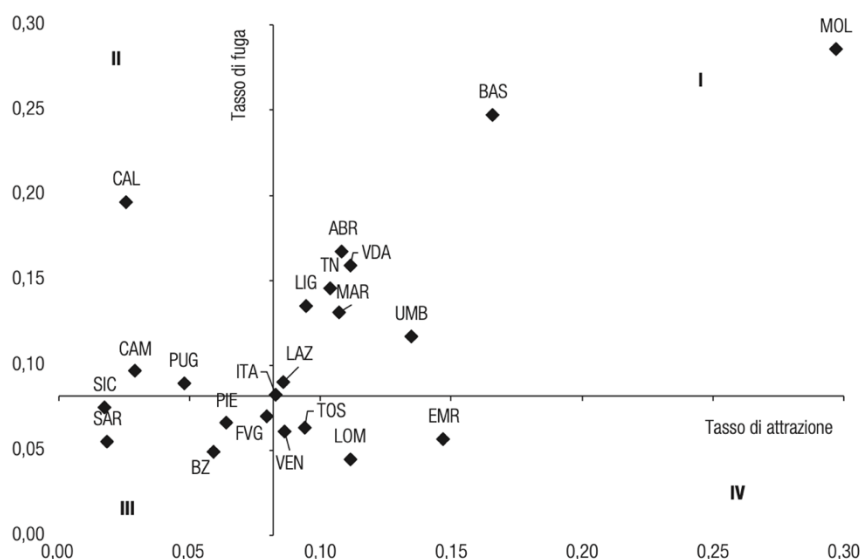
¹⁸ MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, *Il Monitoraggio della Spesa Sanitaria Rapporto n. 9*, 2022, pp. 7-10.

¹⁹ PORTALE STATISTICO AGENAS, <https://stat.agenas.it/web/index.php?r=public%2Findex&report=16>, ultimo accesso: 9 febbraio, 2023.

²⁰ CONFERENZA DELLE REGIONI E DELLE PROVINCE AUTONOME, *Patto per la Salute 2019-2021*, dicembre, 2019.

²¹ R.B. FETTER, J.L. FREEMAN, *Diagnosis Related Groups: Product Line Management within Hospitals*, in *Academy of Management Review*, gennaio 1986.

Figura 1: Matrice attrazione-fuga (2019)

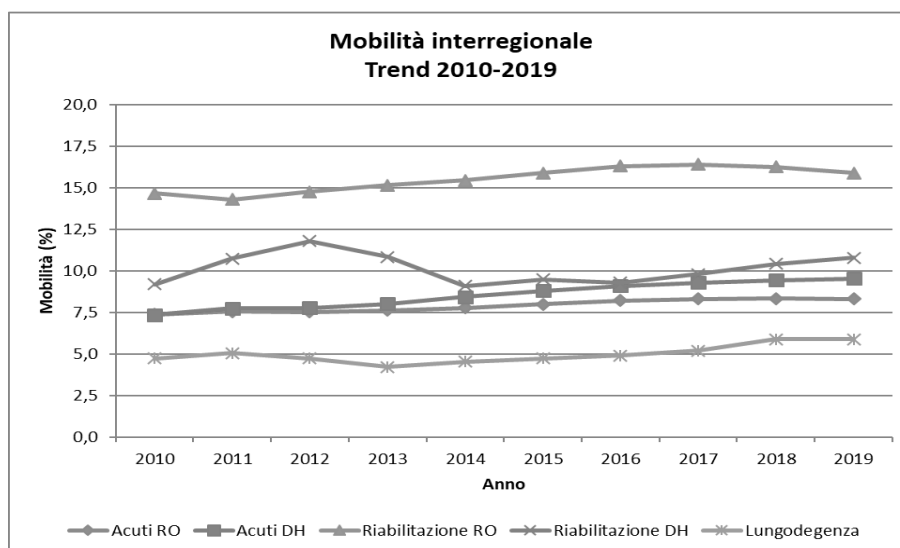


Fonte: Rapporto OASI 2021 basato su dati SDO Ministero della Salute (anno 2019).

Per interpretare il posizionamento dei SSR nell'ambito della matrice attrazione-fuga (figura 1) è possibile individuare 4 quadranti: I) SSR specializzati; II) SSR in deficit; III) SSR auto-sufficienti; infine, IV) SSR attrattivi. Il posizionamento dei SSR attrattivi, riportato in figura 1, è confermato dall'analisi della matrice che mette in relazione il saldo della mobilità in valori economici con il saldo della mobilità in volumi.

Nel periodo 2008-2019, il volume complessivo dei flussi di mobilità interregionale per attività di ricovero ordinario per acuti è complessivamente aumentato dello 0,9%. Tra i posizionamenti più evidenti emergono quelli delle Regioni: Lombardia, Emilia-Romagna, Toscana e Veneto. I SSR richiamati si differenziano per indici di fuga contenuti ed indici di attrazione al di sopra della media nazionale (ITA). Al contrario, la Regione Calabria collocandosi nel II quadrante presenta un elevato tasso di fuga (19,6%) ed un indice di attrazione contenuto (2,6%). Infine, vi è un gruppo di SSR come, ad esempio, Basilicata e Molise che mostrano una mobilità diffusa con indici di fuga ed attrazione entrambi elevati. La figura 2, invece, mostra la tendenza della mobilità sanitaria interregionale, nel periodo 2010-2019, ponendo in evidenza le tipologie di attività in funzione dello specifico regime di ricovero: per acuti, per riabilitazione e per lungodegenza in regime di ricovero ordinario e diurno. Si osserva come, pur con qualche leggera variazione, la percentuale di ricoveri in mobilità, per ciascun tipo di attività e regime di ricovero, si mantenga sostanzialmente costante nel tempo, rispettivamente: nell'intorno del 8% per l'attività per acuti in regime ordinario; del 9% per l'attività per acuti in regime diurno; del 16% per l'attività di riabilitazione in regime ordinario; del 10% per l'attività di riabilitazione in regime diurno; del 6% per l'attività di lungodegenza.

Figura 2: Trend mobilità interregionale per tipologia di attività e regime di ricovero (2008-2019)



Fonte: Ministero della Salute – Rapporto attività di ricovero ospedaliero, dati SDO anno 2019.

A questo si aggiungono i flussi sanitari generati dalla domanda di cura e assistenza per patologie oncologiche, determinando a livello nazionale il 10% della mobilità passiva per ricoveri per acuti. Il fenomeno, sebbene sia diffuso tra i SSR, genera percentuali di migrazione sanitaria interregionale passiva maggiormente rilevanti nelle Regioni meridionali: Campania (1,4%), Calabria (1,05%), Sicilia (0,97%) e Puglia (0,82%)²².

L'analisi della matrice attrazione-fuga (figura 1) e della tendenza della mobilità per tipologia di attività e regime di ricovero (figura 2), mettono in evidenza l'esistenza di SSR più attrattivi ed indicano come le prestazioni che determinano maggiori flussi di mobilità rientrano tra quelli per attività in regime di ricovero.

I dati fino ad ora presentati sono parzialmente confermati da quelli relativi agli anni successivi, per i quali l'analisi della mobilità interregionale è stata maggiormente articolata, con la distinzione in due macrocategorie: evitabile ed accettabile. L'area relativa alla mobilità accettabile è suddivisa in due categorie: ricoveri caratterizzati da DRGs ad alta complessità e mobilità di prossimità in assenza di offerta che viene valutata in circa 42 milioni di euro (36% della mobilità passiva totale).

La mobilità evitabile valutata in circa 50 milioni di euro (44% della mobilità passiva totale) a sua volta è suddivisa in mobilità inappropriata (derivata da ricoveri in regime ordinario con almeno un DRG ad alto rischio di inappropriately) di prossimità (ricoveri entro 50 km

²² MINISTERO DELLA SALUTE, *Rapporto annuale sull'attività di ricovero ospedaliero. Dati SDO 2019*, ottobre 2020, pp. 280 ss.

e 60 minuti tra il comune di residenza e la struttura di ricovero), e altra mobilità di non prossimità.

La mobilità evitabile fa, quindi, riferimento a quella quota di migrazione sanitaria dovuta all'inadeguatezza dell'offerta, ovvero all'assenza di prestazioni di medio/bassa complessità, all'appropriatezza dell'offerta rispetto alle evidenze epidemiologiche.

L'analisi della mobilità evitabile, nella prospettiva gestionale è quindi imputabile all'inadeguatezza dei SSR di garantire risposte efficaci ai bisogni di salute in termini di garanzia spazio-temporale e di qualità assistenziale.

Dal confronto dei saldi regionali delle mobilità (anno 2021) si conferma che il posizionamento dei primi quattro SSR (Emilia-Romagna, Lombardia, Veneto e Toscana) è in linea con l'analisi della matrice attrazione-fuga; a cui si aggiungono le regioni Piemonte e Molise. Parallelamente, vi è corrispondenza anche tra i SSR collocati in una posizione critica, il cui saldo di mobilità è risultato negativo (anno 2021): Calabria, Campania, Sicilia, Puglia. A queste si aggiungono i SSR Abruzzo e Liguria, i quali sebbene risultino SSR specializzati (figura 1) mostrano un tasso di fuga maggiore del tasso di attrazione. Le motivazioni che sottendono questo fenomeno sono riconducibili per la Regione Abruzzo, ad esempio, alle criticità generate: dalla gestione delle risorse Covid; dalla gestione delle relazioni con le strutture private accreditate operanti nel territorio; dalla carenza di una corretta programmazione della rete ospedaliera e dalla necessità di potenziamento della rete territoriale²³.

Al fine di offrire un quadro di analisi più completo è possibile integrare i dati relativi alla mobilità sanitaria interregionale in relazione alla valutazione conseguita nel monitoraggio LEA (griglia *ex* DPCM n. 17A02015/2017). I SSR, in base all'Intesa Stato-Regioni del 23 Marzo 2005²⁴, e a tutte le successive integrazioni deliberate in sede di Conferenza Stato-Regioni su Patto della Salute, sono tenuti ad una serie di adempimenti per accedere al maggior finanziamento da parte del SSN. Le Regioni sottoposte a tali adempimenti sono quelle ordinarie e la Regione Sicilia; sono invece escluse la Valle d'Aosta, le due Province Autonome di Bolzano e Trento, il Friuli-Venezia Giulia e la Sardegna. Tra gli adempimenti da rispettare c'è il mantenimento nell'erogazione dei LEA. Il controllo, effettuato dagli attori preposti a livello centrale (Comitato LEA)²⁵, avviene sulla base di un insieme predeterminato di indicatori che sono distribuiti tra le macroaree di: prevenzione collettiva e sanità pubblica, assistenza ospedaliera ed assistenza distrettuale (DPCM, 2017)²⁶. Come detto, i

²³ CORTE DEI CONTI, *Referto al Parlamento sulla gestione finanziaria dei servizi sanitari regionali*, esercizi 2020-2021, 2022, pp. 169-71.

²⁴ CONFERENZA PERMANENTE PER I RAPPORTI TRA LO STATO LE REGIONI E LE PROVINCE AUTONOME DI TRENTO E BOLZANO, *Intesa, ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, in attuazione dell'articolo 1, comma 173, della legge 30 dicembre 2004, n. 311*, Gazzetta Ufficiale n. 105, marzo 2005.

²⁵ Decreto Ministero della Salute 21 novembre 2005, *Comitato permanente per la verifica dell'erogazione dei livelli essenziali di assistenza*.

²⁶ DPCM n. 17A02015/2017, *Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza*, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, Gazzetta Ufficiale n. 65, marzo 2017.

SSR risultano *adempienti* o meno nell'erogazione dei LEA se raggiungono un valore soglia pari a 160. In base all'ultima valutazione disponibile (anno 2019), eccetto Molise e Calabria tutti i SSR risultano adempienti. In particolare, le Regioni Veneto (222), Toscana (222), Emilia-Romagna (221), Lombardia (215), Marche (212), Umbria (211), Liguria (206), Abruzzo (204) e Lazio (203) hanno conseguito un punteggio complessivo maggiore a 200, scostandosi positivamente dal valore soglia. L'analisi pur confermando nel suo complesso la rappresentazione in figura 1 e le tendenze in figura 2, articola come i SSR Umbria, Liguria, Abruzzo e Lazio si configurano come specializzati quindi, sebbene risultino adempienti ai LEA, sono attrattivi solo per alcuni servizi e prestazioni. In generale, sebbene per la quasi totalità dei SSR il risultato sia stato positivo, si apprezzano ampi margini di miglioramento. In dettaglio, nell'ambito della sanità pubblica il grado di copertura vaccinale antinfluenzale negli anziani e la diffusione di programmi di screening di primo livello sono i servizi che necessitano di essere rafforzati. Nell'assistenza ospedaliera le aree di miglioramento sono rinvenibili nella necessità di adeguare il grado di appropriatezza dei ricoveri ospedalieri in relazione ai diversi target di utenza. Infine, in merito all'assistenza distrettuale le principali debolezze si apprezzano: nella capacità di garantire livelli adeguati di posti letto nelle strutture residenziali e semi-residenziali per la gestione degli utenti disabili ed anziani; nell'appropriatezza dell'assistenza farmaceutica e nello sviluppo della rete di emergenza-urgenza. In tutte le macroaree assistenza collettiva, ospedaliera e distrettuale, è auspicabile un incremento del livello di appropriatezza nell'erogazione di alcuni servizi sanitari. Tale necessità deriva dal presupposto che la qualità dei servizi sanitari è correlata positivamente al concetto di *outcome* e non soltanto di *output* (Cartabellotta et al. 2022)²⁷. Raggiungere degli *outcome* di salute per i SSR si traduce nella capacità di garantire un'erogazione efficace delle prestazioni sanitarie, quindi in grado di soddisfare i bisogni di salute della popolazione. Questo presuppone il superamento della logica fondata esclusivamente sull'*output*, vale a dire sulla capacità di erogare in modo efficiente i servizi sanitari, che in questo contesto corrisponde al raggiungimento del valore soglia nell'erogazione dei LEA. Nel 2019 è stato introdotto il Nuovo Sistema di Garanzia (NSG), il quale permette di misurare secondo le dimensioni dell'equità, dell'appropriatezza e dell'efficacia che tutti i cittadini italiani ricevano le cure e le prestazioni rientranti nei LEA. Secondo i risultati della sperimentazione del nuovo sistema di monitoraggio, per l'anno 2019, si apprezza che 6 SSR risultano inadempienti (Valle d'Aosta, PA Bolzano, Molise, Basilicata, Calabria e Sicilia) con maggiori criticità nelle aree dell'assistenza distrettuale e della prevenzione. In base al nuovo metodo di valutazione il punteggio complessivo per ciascuna area è determinato dalla media pesata dei punteggi degli indicatori CORE dell'area stessa, comprensivi di tutti i premi/penalità, e viene espresso con un punteggio compreso tra 0 e 100. Le Regioni

²⁷ N. CARTABELLOTTA, E. COTTAFAVA, R. LUCERI, M. MOSTI, *5° Rapporto GIMBE sul Servizio Sanitario Nazionale*, Fondazione GIMBE, Bologna, ottobre 2022, www.salviamo-ssn.it/5-rapporto, ultimo accesso: 9 febbraio 2023.

vengono considerate *adempienti* se raggiungono un punteggio tra 60 e 100 in ciascuna delle tre macroaree; con un punteggio inferiore a 60 anche in una sola macroarea le Regioni vengono classificate inadempienti. In altri termini, a differenza della Griglia LEA, il NSG non sintetizza la valutazione dei tre macro-livelli in un unico punteggio, ma misura in maniera indipendente la garanzia di ciascuno di essi.

Il monitoraggio sperimentale mette in luce come le aree di maggior debolezza che caratterizzano i SSR (anche quelli adempienti) nell'erogazione dei LEA sono riconducibili all'area distrettuale e all'area ospedaliera. Gli aspetti richiamati risultano del tutto in linea con l'analisi della tendenza della mobilità interregionale (figura 2) per tipologia di attività e di ricovero. Le aree di criticità nell'erogazione dei LEA sono in buona parte sovrapponibili con le motivazioni che sottendono al fenomeno dei flussi di mobilità passiva. Ad esempio, tra gli indicatori core utilizzati per valutare l'assistenza ospedaliera vi è il tasso di ospedalizzazione (ordinario e diurno) standardizzato in rapporto alla popolazione residente oppure il rapporto tra ricoveri attribuiti a DRG ad alto rischio di inappropriatelyzza (Allegato B Patto per la Salute 2010-2012) e ricoveri attribuiti a DRG non a rischio di inappropriatelyzza in regime ordinario. Invece, tra gli indicatori dell'area rientra il numero di anziani non autosufficienti in trattamento sociosanitario residenziale in rapporto alla popolazione residente, per tipologia di trattamento (intensità di cura).

Tra i SSR che risultano adempienti a tutte e tre le macroaree (anno 2020), si rilevano Piemonte, Lombardia, P.A. di Trento, Veneto, Friuli-Venezia Giulia, Emilia-Romagna, Toscana, Umbria, Marche, Lazio e Puglia. Al contrario i SSR che presentano un punteggio inferiore alla soglia in una o più macroaree sono:

- Liguria (prevenzione), Abruzzo (prevenzione), Molise (ospedaliera) e Sicilia (prevenzione), in una macroarea;
- Campania (distrettuale; ospedaliera), Basilicata (prevenzione; ospedaliera), Valle d'Aosta (distrettuale; ospedaliera), P.A. di Bolzano (prevenzione; distrettuale) e Sardegna (distrettuale; ospedaliera), in due macroaree;
- Calabria in tutte le macroaree.

In particolare, le due maggiori criticità evidenziate nell'area della prevenzione riguardano, nei SSR meridionali ed insulari, la bassa percentuale di cittadini che hanno partecipato a programmi di screening; ed invece, in alcune aree settentrionali basso grado di copertura vaccinale infantile. In merito all'ambito distrettuale, è nell'area dei servizi territoriali dedicati alle cure palliative e per l'assistenza sanitaria e sociosanitaria in ambito domiciliare e residenziale che si riscontrano importanti criticità concentrate prevalentemente, ma non esclusivamente, nei territori meridionali ed insulari. Infine, per l'area ospedaliera va operata una distinzione. Per quanto concerne il rispetto degli standard di ospedalizzazione

e l'appropriatezza dei ricoveri²⁸ il differenziale nei punteggi assegnati, dal NSG, tra SSR settentrionali e meridionali è nullo o minimo. Invece, in merito agli indicatori di qualità ed efficacia delle cure (es. proporzione di interventi per alcuni tipi di tumore) i SSR centro-meridionali si collocano tutti al di sotto della soglia minima (ad eccezione di: Abruzzo, Puglia e Basilicata).

Nel paragrafo successivo viene messo in evidenza il contributo strategico degli IRCCS nella gestione della mobilità sanitaria interregionale.

3. Il contributo strategico degli IRCCS

Gli Istituti di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico (IRCCS) sono Ospedali di eccellenza che perseguono finalità di ricerca, prevalentemente clinica e traslazionale, nel campo biomedico ed in quello della organizzazione e gestione dei servizi sanitari ed effettuano prestazioni di ricovero e cura di alta specialità o svolgono altre attività aventi i caratteri di eccellenza (D.Lgs n. 288/2003 e s.m.i.)²⁹. Ciò che caratterizza gli IRCCS, rispetto alle altre aziende sanitarie, risiede nella presenza di numerose interrelazioni strategiche (Porter, 1985; Grant, 2021)³⁰ tra le aree di business della ricerca e della pratica clinica. Essi, pertanto, si configurano come i principali attori attraverso cui evolvere da un approccio basato sul concetto generico di evidenza scientifica ad uno in cui l'efficacia dei processi emerge dal trasferimento di conoscenza nell'attività medica. La duplice presenza di competenze di ricerca e di competenze cliniche attribuisce agli IRCCS il ruolo di promotori dell'innovazione in tema di percorsi diagnostici, assistenziali ed organizzativi. La diffusione di una cultura orientata alla ricerca contribuisce ad incrementare la competitività dei SSR e con essi dell'intero SSN al fine di favorire un cambiamento positivo che abbia impatto diretto sulla qualità, l'efficacia e l'appropriatezza (PNRS, 2020-2022)³¹.

La rilevanza del ruolo degli IRCCS è confermata dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), nell'ambito del quale la componente 2 della missione 6 (SALUTE)³², viene dedicata al potenziamento dell'innovazione, della ricerca e digitalizzazione del SSN. A questo si

²⁸ Dm n. 70/2015, *Regolamento recante definizione degli standard qualitativi, strutturali, tecnologici e quantitativi relativi all'assistenza ospedaliera*, Gazzetta Ufficiale, n. 127, giugno 2015.

²⁹ D. Lgs. n. 288/2003, *Riordino della disciplina degli Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, a norma dell'articolo 42, comma 1, della legge 16 gennaio 2003, n. 3*, Gazzetta Ufficiale n. 250, ottobre 2003.

³⁰ M.E. PORTER, *Competitive Advantage. Creating and Sustaining Superior Performance*, New York, free press, pp. 33-61. R.M. GRANT, *Contemporary strategy analysis*, in New York, John Wiley & Sons Inc., 2021.

³¹ MINISTERO DELLA SALUTE, *Programma Nazionale della Ricerca Sanitaria (PNRS) 2020-2022*, dicembre, 2021, pp. 18 ss.

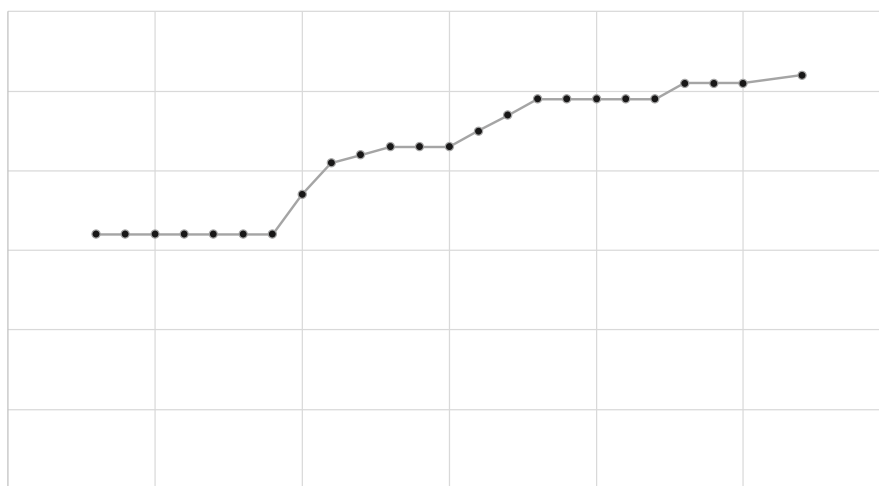
³² PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA (PNRR), *Missione 6: SALUTE -componente 2: innovazione, ricerca e digitalizzazione del Servizio Sanitario Nazionale*, 2021.

aggiunge la spinta promossa dall'approvazione della Legge 129/2022³³ con la quale il Governo, al fine di rafforzare la qualità della ricerca sanitaria e di consolidare le politiche di ricerca del Ministero della Salute, è stato delegato a adottare una serie di decreti legislativi mirati a disciplinare nel breve periodo il riordino degli IRCCS. In dettaglio, nel dicembre del 2022 è stato approvato il D.Lgs n. 200/2022, *Riordino della disciplina degli Istituti di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico*, il quale ha confermato il ruolo chiave della ricerca sanitaria soprattutto nella prospettiva del trasferimento dei risultati della ricerca.³⁴

Ad oggi, come detto, sono attivi 52 IRCCS di cui 22 di natura pubblica e 30 di diritto privato. In totale sono 11 gli IRCCS, rispettivamente 4 pubblici e 7 privati, che hanno effettuato il processo di trasformazione in Fondazioni IRCCS.

L'analisi dell'evoluzione nel tempo (figura 3) degli Istituti mostra che dal 1998 al 2022 si è passati da un numero iniziale di 32 ad un totale di 52 IRCCS³⁵, evidenziando la loro progressiva diffusione nell'ambito del SSN. Oggi, gli IRCCS rappresentano il 22% del totale delle Aziende Sanitarie operanti nel SSN.

Figura 3 Evoluzione temporale degli IRCCS (1998-2022)



Fonte: elaborazione autori su dati Ministero della Salute, 2022.

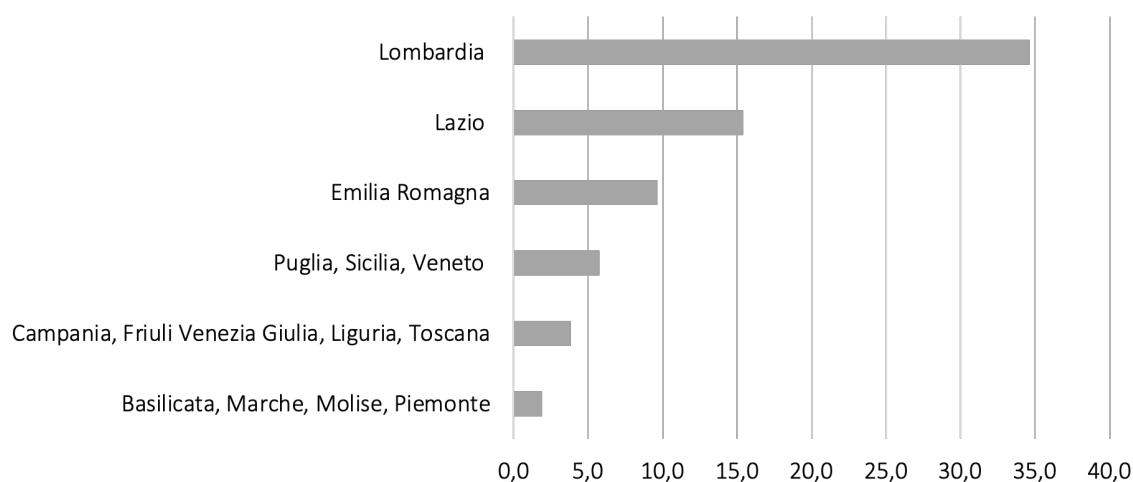
³³ Legge n. 129/2022, *Delega al Governo per il riordino della disciplina degli Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, di cui al decreto legislativo 16 ottobre 2003, n. 288*, Gazzetta Ufficiale n. 204, settembre 2022.

³⁴ D.Lgs n. 200/2022, *Riordino della disciplina degli Istituti di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico*, Gazzetta Ufficiale n. 304, dicembre 2022.

³⁵ MINISTERO DELLA SALUTE, <https://www.salute.gov.it/portale/ricercaSanitaria/dettaglioContenutiRicercaSanitaria.jsp?lingua=italiano&id=794&area=Ricerca%20sanitaria&menu=ssn&tab=>, ultimo accesso: 09 febbraio 2023.

Analizzando la presenza degli IRCCS nell'ambito dei diversi SSR (figura 4) si apprezza una distribuzione disomogenea nel contesto nazionale che risulta sbilanciata positivamente in favore di alcuni SSR e mostra la loro assenza in altri. In valore assoluto, il SSR in cui si registra il maggior numero di IRCCS è la Lombardia per un totale di 18 IRCCS (35,29% del totale), di cui 14 di diritto privato e 4 di natura pubblica. A seguire vi è il Lazio con 8 IRCCS (il 16% del totale) di cui 2 pubblici e 6 privati; la Regione Emilia-Romagna con 5 IRCCS (10% del totale) di cui 4 pubblici ed 1 privato; e poi la Regione Veneto, Puglia e Sicilia con 3 IRCCS, con un'incidenza pari a circa il 6% di ciascuna Regione sul totale.

Figura 4 Diffusione degli IRCCS nei SSR in percentuale del totale



Fonte: elaborazione autori su dati Ministero della Salute, 2022.

Il finanziamento complessivo per la ricerca corrente³⁶ degli IRCCS, nel 2020, è stato di circa 162 milioni di euro, oltre il 95% di essi è stato attribuito in funzione del raggiungimento degli obiettivi strategici di ricerca. L'entità degli investimenti nel campo della ricerca spiega, almeno in parte, la crescente importanza che questi istituti stanno assumendo; infatti, le capacità e le competenze strategiche, organizzative e di gestione finanziaria, aggiunte al pool di competenze chiave a forte carattere specialistico (Prahalad e Hamel, 1990)³⁷, contribuiscono in modo significativo al posizionamento competitivo degli IRCCS nello scenario italiano ed europeo.

³⁶ MINISTERO DELLA SALUTE, <https://www.salute.gov.it/portale/ricercaSanitaria/menuContenutoRicercaSanitaria.jsp?lingua=italiano&area=Ricerca%20sanitaria&menu=corrente>, ultimo accesso: 09 febbraio 2023.

³⁷ L.K. PRAHALAD, G. HAMEL, *The Core Competence of the Corporation*, in *Harvard Business Review*, n. 68, 1990, pp. 79-91.

La rilevanza strategica degli IRCCS deriva anche dal fatto che tali aziende ricoprono una posizione determinante in tema di internazionalizzazione del SSN. L'attività di ricerca degli IRCCS, infatti, si esplica prevalentemente nell'ambito di reti cooperative nazionali ed internazionali.

A livello europeo, nello specifico, gli IRCCS italiani sono attori della rete europea ERANet. Quest'ultima favorisce lo sviluppo di partnerships tra Organizzazioni pubbliche e private in Europa a supporto: dell'attrazione di finanziamenti per specifiche aree di ricerca; della diffusione di conoscenza; dello sviluppo di nuove competenze in ambito sanitario (Pavani e Plonski, 2019)³⁸.

L'operare nelle reti di ricerca permette agli IRCCS di attivare circoli virtuosi che favoriscono l'accesso a risorse e competenze critiche per lo sviluppo di nuova conoscenza e *know-how* da traslare nei processi di cura e assistenza (Robson et al. 2019)³⁹. È proprio attraverso questa logica che gli IRCCS assumono rilevanza nei percorsi di innovazione clinica, gestionale ed organizzativa dei servizi sanitari. Il D.Lgs 200/2022 ha, ulteriormente, ampliato il ruolo ricoperto dall'area della ricerca riconoscendo agli IRCCS la possibilità di promuovere la nascita di start-up e spin-off innovativi nel settore biomedicale e nel settore biotecnologico. Questo favorisce l'attivazione di flussi di conoscenza che permettono di sperimentare modelli di innovazione nelle diverse aree tematiche Major Diagnostic Category (MDC), riconosciute a livello internazionale, in cui gli IRCCS presentano i caratteri di eccellenza. Il profilo strategico degli IRCCS supporta, quindi, il consolidamento del posizionamento competitivo dei SSR in cui essi operano con intervento diretto o indiretto nelle tre macroaree sanitarie.

Al fine di evidenziare il contributo strategico degli IRCCS in tema di mobilità sanitaria, è possibile effettuare un'analisi comparativa tra l'analisi della matrice attrazione-fuga (figura 1), gli esiti della valutazione LEA e la diffusione degli IRCCS nei SSR (figura 4).

Dall'analisi emerge che i SSR nei quali la presenza degli IRCCS è alta (figura 4) il livello di mobilità sanitaria passiva è inferiore. Infatti, nelle Regioni in cui il numero di IRCCS è maggiore (Lombardia, Emilia-Romagna e Veneto) il tasso di attrazione, mobilità sanitaria attiva, è elevato, mentre il tasso di fuga, mobilità passiva, è contenuto. In tale contesto si rileva un'unica apparente eccezione per la Regione Lazio facilmente spiegabile dal combinato disposto delle peculiarità del SSR e dal disallineamento temporale delle misurazioni rispetto alle caratteristiche gestionali delle fasi della sanità regionale. Infatti, il SSR Lazio è uscito dal regime di commissariamento nel mese di marzo 2020. L'andamento dei disavanzi sanitari della Regione Lazio, a partire dall'anno 2006, evidenzia un progressivo calo con una riduzione del rapporto tra disavanzo e Fondo Sanitario Regionale al di sotto della soglia del 5% a partire dall'esercizio 2014, fino ad arrivare nell'esercizio 2018 ad un avanzo

³⁸ C. PAVANI, G.A. PLONSKI, *Opening new pathways for innovation in healthcare*, in *Innovation and Development*, 2019.

³⁹ M.J. ROBSON, C.S. KATSIKEAS, B.B. SCHLEGELMILCH, B. PRAMBÖCK, *Alliance capabilities, interpartner attributes, and performance outcomes in international strategic alliances*, in *Journal of World Business*, 54(2), 2019, pp. 137-153.

di 6,384 milioni di euro⁴⁰. I dati LEA, dal 2013 al 2019, mostrano un progressivo incremento del livello di adempienza, confermato dai risultati del NSG (2020) in cui la Regione Lazio si colloca tra i SSR in grado di raggiungere un punteggio superiore alla sufficienza (60) in tutte e tre le macroaree. Il superamento delle criticità preesistenti al 2020 è riconducibile: alla migliorata capacità di gestione dei servizi sanitari in termini di allocazione delle risorse finanziarie; all'incremento del personale; ed alla coerente programmazione della rete ospedaliera (D.M. 70/2015). La Corte dei conti evidenzia che dal 2017 al 2021, il saldo della mobilità interregionale è migliorato passando da -268.062 (2017) a -212.620 (2021), registrando una variazione significativa nel periodo 2020-2021 pari al -7,84%⁴¹. In merito all'analisi del fenomeno della mobilità interregionale, va messo in luce che storicamente l'Ospedale Pediatrico Bambino Gesù (IRCCS) e l'Ospedale San Giovanni Battista di Roma non sono compresi nel saldo regionale ed essi generano flussi di mobilità attiva presentando rispettivamente un saldo (anno 2021) pari rispettivamente a 49,47 milioni di euro e 590 mila euro. In dettaglio, la mobilità sanitaria regionale attiva (2021) è pari circa 188 milioni di euro, a cui se venissero sommati i valori generati dall'Ospedale Pediatrico Bambino Gesù e dall'Ospedale San Giovanni Battista di Roma si supererebbe il valore della mobilità sanitaria passiva pari circa a 203 milioni di euro. Relativamente alle risorse ed alle competenze presenti nel SSR, si è assistito alla conferma del carattere scientifico degli otto IRCCS operanti nel territorio regionale avvenuta tra gli anni 2019-2022⁴².

Va comunque specificato che la significatività della presenza degli IRCCS non va intesa in rapporto al numero in senso stretto, quanto piuttosto all'ampiezza del pool di alte specialità che insistono nel territorio regionale.

Parallelamente, i SSR che risultano pienamente adempienti nella valutazione LEA sono quelli in cui la diffusione degli IRCCS è maggiore. In dettaglio, i SSR che presentano uno scostamento positivo apprezzabile dai valori soglia sono le Regioni Veneto, Toscana, Emilia-Romagna, Lombardia ed il su esaminato Lazio (*cf.* fig. 4). Inoltre, approfondendo l'analisi si rileva che anche rispetto alle aree di criticità nell'erogazione dei LEA, come ad esempio nell'assistenza ospedaliera, le Regioni in cui gli IRCCS sono più diffusi mostrano scostamenti negativi dal valore soglia più contenuti rispetto alle altre. Questo aspetto è riconducibile alla natura strategica degli IRCCS: sono Organizzazioni Sanitarie che oltre a perseguire finalità di ricerca, effettuano prestazioni di ricovero e cura di alta specialità o svolgono altre attività aventi i caratteri di eccellenza. Infatti, prendendo in considerazione tra i valori di mobilità c.d. effettiva, l'analisi dei tassi di attrazione e del valore medio dei

⁴⁰ REGIONE LAZIO - Decreto del Commissario ad Acta n. U00081/2020, *Piano di riorganizzazione, riqualificazione e sviluppo del Servizio Sanitario Regionale 2019-2021*, giugno, 2020.

⁴¹ CORTE DEI CONTI, *Referto al Parlamento sulla gestione finanziaria dei servizi sanitari regionali*, esercizi 2020-2021, pp. 133-138, 2022.

⁴² MINISTERO DELLA SALUTE, <https://www.salute.gov.it/portale/ricercaSanitaria/dettaglioContenutiRicercaSanitaria.jsp?lingua=italiano&id=794&area=Ricerca%20sanitaria&menu=ssn&tab=2>, ultimo accesso: 09 febbraio 2023.

ricoveri in mobilità attiva si conferma la tendenza osservata: i SSR (Lombardia, Veneto, Emilia-Romagna) in cui la compresenza degli IRCCS è considerevole presentano una percentuale di attrazione maggiore associata ad un valore maggiore di ricoveri in mobilità attiva⁴³.

A conferma di tali considerazioni si aggiunge anche un fenomeno di carattere economico-finanziario. La Legge di Bilancio 2021⁴⁴ ha determinato un incremento del Fondo Sanitario Nazionale (FSN), portandolo a circa 121 milioni di euro. Tra gli aspetti che hanno determinato l'aumento del FSN si rileva un ammontare pari a 20 milioni di euro destinato esclusivamente alla compensazione della mobilità sanitaria verso gli IRCCS⁴⁵.

Tale fenomeno trova ulteriore conferma nell'analisi comparativa, da cui emerge che i SSR in cui gli IRCCS sono presenti in misura ridotta o sono del tutto assenti, si posizionano tutti nel II quadrante della matrice attrazione-fuga (figura 1). Al contempo, si tratta degli stessi SSR che si collocano ad un livello di adempienza LEA poco al di sopra del valore soglia. A ciò si aggiunge che sono le Regioni in cui le aree di maggiore criticità nell'erogazione LEA si rilevano nell'ambito dell'assistenza ospedaliera e di quella distrettuale. In particolare, i SSR Calabria, Campania, Puglia e Sicilia mostrano, seppur in misura diversa, debolezze rispetto a: tassi di ospedalizzazione; disponibilità di posti letto in strutture residenziali e semiresidenziali (per anziani e disabili); percentuale annuale di consumo di farmaci; ed infine, gestione della rete emergenza-urgenza. Questi aspetti risultano del tutto in linea con l'analisi del trend della mobilità interregionale (figura 2), in cui si evidenzia che le principali determinanti dei flussi in uscita sono correlate alla soddisfazione dei bisogni sanitari per riabilitazione e patologie acute.

4. Conclusioni

Il lavoro ha evidenziato come i SSR in cui la compresenza di una pluralità ed articolazione di Organizzazioni Sanitarie, tra cui gli IRCCS, è maggiore mostrano un grado di attrattività più elevato rispetto agli altri, presentando livelli di mobilità interregionale passiva contenuti. Contestualmente, questi stessi SSR sono in grado di conseguire un migliore posizionamento nell'erogazione dei LEA, sebbene anch'essi presentino delle discrete aree di miglioramento. L'analisi condotta ha mostrato come le scelte strategiche a livello regionale influenzino la capacità di gestire il fenomeno della mobilità interregionale, attraverso la creazione di SSR in cui è presente un mix di risorse, competenze ed alte specialità. Emerge

⁴³ PORTALE STATISTICO AGENAS, <https://stat.agenas.it/web/index.php?r=public%2Findex&report=16>, ultimo accesso: 9 febbraio, 2023.

⁴⁴ Legge di Bilancio 2021, commi 403-404, vol. 2, sez. I, *Fabbisogno sanitario standard anno 2021*.

⁴⁵ N. CARTABELLOTTA, E. COTTAFAVA, R. LUCERI, M. MOSTI, *5° Rapporto GIMBE sul Servizio Sanitario Nazionale*. Fondazione GIMBE: Bologna, ottobre 2022. Disponibile a: www.salviamo-ssn.it/5-rapporto. Ultimo accesso 9 febbraio 2023.

che la maggiore articolazione del sistema regionale porta al diffondersi di sistemi reticolari sia in senso orizzontale che verticale, favorendo un miglior governo dei bisogni di salute. Infatti, il legame strategico tra la presenza IRCCS e lo sviluppo del territorio nei SSR è molto forte, come individuato anche nel PNRR dalle due missioni (M6C1 ed M6C2) e le conseguenti approvazioni del DM 77/2022 e del D.Lgs 200/2022. In particolare, gli IRCCS assumono un ruolo rilevante nei processi di creazione del valore (Porter e Kramer, 2019)⁴⁶ derivante non soltanto dalla capacità di valorizzazione delle interdipendenze interne tra le diverse aree di business aziendali, ma soprattutto dal potenziale che scaturisce dalle sinergie create con le altre Organizzazioni Sanitarie del SSR e non solo. Un potenziale che è correlato alla capacità degli IRCCS di promuovere rapporti cooperativi e collaborativi con altre Organizzazioni pubbliche e private (Achar, 2019)⁴⁷, appartenenti non soltanto al settore sanitario. Le collaborazioni sono finalizzate al perseguimento delle priorità strategiche delineate nell'ambito della programmazione aziendale e regionale. L'adozione di un approccio strategico di tipo co-competitivo (Hoffman et al. 2018)⁴⁸ da parte degli IRCCS genera la massimizzazione del livello di competitività a livello aziendale ed interaziendale, supportato dalla creazione di un sistema di relazioni meglio rispondente alla complessità che caratterizza i bisogni di salute odierni.

I SSR nei quali gli IRCCS sono riusciti ad armonizzare le posizioni ricoperte dalle diverse Organizzazioni Sanitarie, presentano rispettivamente dei livelli elevati e contenuti di mobilità attiva e passiva. La promozione di un approccio collaborativo nelle azioni strategiche degli IRCCS ha supportato il processo di creazione di sistemi aziendali integrati nel territorio regionale, finanche con i servizi territoriali. L'analisi ha rivelato come la capacità di governare in modo armonico ed integrato la domanda di salute, contribuisce a conseguire un livello maggiore di appropriatezza nell'erogazione dei LEA ed a contenere il fenomeno della mobilità interregionale passiva. Emerge quindi che la capacità di promuovere relazioni cooperative con la pluralità di Organizzazioni Sanitarie e non sanitarie che insistono nel SSR contribuisce efficacemente a rispondere ai bisogni di salute del contesto epidemiologico di riferimento (Akman et al. 2022)⁴⁹. L'orientamento alla gestione delle Aziende Sanitarie dovrebbe fondarsi, quindi, sui driver strategici di cooperazione, co-competizione ed innovazione gestionale. Questo contribuirebbe, inoltre, a supportare proattivamente il processo di cambiamento progettato nell'ambito della Missione #6 del PNRR e rafforzato dal DM n. 77/2022 in materia di regolamento e standard per l'assistenza territoriale su cui

⁴⁶ M.E. PORTER, M.R. KRAMER, *Creating shared value*, in G.G. Lenssen, N.C. Smith (eds.) 2019, *Managing Sustainable Business*. Switzerland: Springer Nature, pp. 323-346.

⁴⁷ P.O. ACHAR, *Strategic Management of Public-Private Partnerships: Actors, Aims, and Capabilities*, in R.M. CLARK, S. HAKIM (eds.) 2019, *Public Private Partnerships*, Switzerland, Springer Nature, pp. 261-280.

⁴⁸ W. HOFFMANN, D. LAVIE, J.J. REUER, E. A. SHIPILOV, *The Interplay of competition and cooperation*, in *Strategic Management Journal*, 39(12), pp.3033-3052, 2018.

⁴⁹ M. AKMAN, D.A. BAŞER, B.U. KOBAN, T. MARTI, P. DECAT, Y. LEFEUVRE, R. MILLER, *Organization of primary care*, in *Primary Health Care Research & Development*, 23, e49, 2022.

anche recenti interventi della Corte dei Conti hanno messo in luce l'importanza di ridurre i divari territoriali esistenti tra i SSR, i quali trovano conferma sia nell'analisi del monitoraggio del NSG dei LEA sia nello studio del fenomeno della mobilità sanitaria interregionale.

Risvolti penalistici dell'aiuto medico a morire: dalle criticità degli approdi giurisprudenziali alle prospettive *de iure condendo**

Elena Cadamuro**

SOMMARIO: 1. L'“ultimo viaggio” verso la Svizzera non si interrompe: le conseguenze delle lacune della disciplina italiana in tema di aiuto a morire. – 2. Un problematico bilanciamento di diritti al “confine della vita”: gli approdi giurisprudenziali nel caso Cappato/dj Fabo. – 3. Dalla pronuncia sul caso Trentini al naufragio del referendum sull'omicidio del consenziente. Considerazioni *de iure condito*. – 4. Riflessioni conclusive in prospettiva di riforma dell'impianto penalistico.

ABSTRACT:

L'articolo propone un'analisi critica dell'attuale disciplina dell'aiuto medico a morire, evidenziandone le principali problematicità sotto il profilo penalistico. In particolare, l'Autrice, ripercorrendo gli ultimi approdi giurisprudenziali, l'esito referendario nonché i lavori parlamentari in materia, propone degli interventi che, in prospettiva *de iure condendo*, potrebbero essere considerati dal legislatore per giungere ad una compiuta disciplina in materia di “fine-vita”.

*The paper proposes a critical analysis of the current regulatory framework for “medical assistance in dying”, from the criminal law point of view. In particular, the Author, taking into account the recent case law, the referendum outcome and the parliamentary proceedings in this subject, suggests measures that, in a *de iure condendo* perspective, could inspire the future lawmaker in this area.*

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Assegnista di ricerca in diritto penale nell'Università di Padova, elena.cadamuro@unipd.it.

1. L'“ultimo viaggio” verso la Svizzera non si interrompe: le conseguenze delle lacune della disciplina italiana in tema di aiuto a morire

I recentissimi comunicati comparsi nella pagina web dell'Associazione Luca Coscioni¹ con cui si rendono note le tragiche scelte della sig.ra Elena², del sig. Romano³ e del sig. Massimiliano⁴, di essere accompagnati in Svizzera per ricorrere al suicidio assistito, accendono ancora una volta i riflettori sul dibattito evidentemente tutt'altro che sopito in tema di aiuto a morire.

Nonostante gli ultimi approdi giurisprudenziali – ci si riferisce in particolare all'ormai noto duplice intervento della Corte costituzionale dapprima con ordinanza n. 207/2018 e poi con sentenza n. 242/2019 sul caso Cappato/dj Fabo, con cui è stata dichiarata la parziale illegittimità dell'art. 580 c.p.⁵ –, la perdurante mancanza di un intervento organico del legislatore italiano in materia dimostra di riverberarsi negativamente sulle scelte tragiche che i cittadini si ritrovano a compiere per porre fine ad una situazione di sofferenza insostenibile, legata a condizioni di salute di estrema gravità⁶.

Ci si riferisce, in particolare, non solo a quei casi di richiesta di aiuto al suicidio – come dimostrano appunto i comunicati poc'anzi richiamati – in cui non si riscontrano tutti i requisiti previsti dalla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale sul caso Cappato\dj Fabo per l'accesso alla procedura in Italia, ma altresì a quei casi non ancora attratti nell'ambito del penalmente lecito poiché la richiesta di aiuto a morire, a causa di fattori fortuiti connessi alle diversità oggettive dei quadri morbosi, comporterebbe un'azione del terzo che

¹ <https://www.associazionelucacoscioni.it/cosa-facciamo/fine-vita-e-eutanasia>.

² Comunicato del 2.08.2022. La signora Elena, 69 anni, era affetta da microcitoma polmonare, <https://www.associazionelucacoscioni.it/notizie/comunicati/e-morta-adelina>.

³ Comunicato del 25.11.2022. Il signor Romano, 82 anni, era affetto da Parkinson dal 2020, <https://www.associazionelucacoscioni.it/notizie/comunicati/morte-romano>.

⁴ Comunicato dell'8.12.2022. Il signor Massimiliano, 44 anni, era affetto da sclerosi multipla da 6 anni, <https://www.associazionelucacoscioni.it/notizie/comunicati/e-morto-massimiliano-in-svizzera-illogico-morire-lontano-dai-miei-cari>.

⁵ Per un'esauriente disamina di tale pronunce v., con riferimento all'ordinanza n. 207/2018, AA.VV., *Il capo Cappato: riflessioni a margine della Corte Costituzionale n. 207 del 2018*, S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di), Napoli, Edizioni scientifiche italiane 2019; con riferimento alla sentenza n. 242/2019, si rimanda a AA.VV., *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, G. D'ALESSANDRO, O. DI GIOVINE (a cura di), Milano, Giappichelli, 2020.

⁶ Invero, nella precedente legislatura, con il disegno di legge A.S. n. 2553, approvato dalla Camera dei deputati in prima lettura il 10 marzo 2022 e recante disposizioni in materia di “morte volontaria medicalmente assistita”, c.d. d.d.l. Bazoli (reperibile in <https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/54050.htm>), si è manifestata una volontà del Parlamento di intervenire in materia. Si tratta tuttavia di un testo normativo che per i motivi che di seguito verranno indicati – anche alla luce delle scelte legislative invece adottate in altri Stati – solleva numerosi problemi. Per un commento v. S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Fine vita tra riforme legislative straniere e la proposta referendaria italiana: un confronto tra modelli*, in www.federalismi.it, n. 14/2022, pp. 166 ss.

condurrebbe direttamente alla morte⁷, diversamente dunque da quanto avviene nell'aiuto al suicidio, dove il dominio sull'azione esecutiva resta integralmente nelle mani di chi si toglie la vita. A questa già complessa casistica, si devono infine aggiungere tutti quei casi che, seppur ora "coperti" dalla pronuncia della Corte costituzionale, per le ragioni che di seguito si andranno ad analizzare, continuano a creare notevoli problemi applicativi⁸.

Si rinviene così un intricato panorama di situazioni non oggetto di disciplina specifica nel contesto italiano, tale da ingenerare non pochi profili problematici sia sotto l'aspetto giuridico che etico.

Considerato che nella sentenza n. 242/2019 la Corte costituzionale ha riformulato con vigore l'auspicio che il Parlamento intervenga sollecitamente con una compiuta disciplina della materia, vale la pena di soffermarsi su tali profili. Si tratta di aspetti della materia suscettibili di prossimi o futuri sviluppi, in virtù delle varie pronunce giurisprudenziali che si sono susseguite a partire dal caso Cappato/dj Fabo, tenendo conto che una riflessione sulle principali questioni del fine-vita porta necessariamente ad interrogarsi sulle conseguenti ricadute penali delle scelte che si intraprendono in tale contesto.

2. Un problematico bilanciamento di diritti al "confine della vita": gli approdi giurisprudenziali nel caso Cappato/dj Fabo

Prima di proporre i punti salienti degli ultimi interventi giurisprudenziali in tema di "aiuto medico a morire", che rendono impellente un intervento organico del legislatore, si ritiene utile partire da una seppur breve riflessione circa il bene giuridico sotteso alle norme penalistiche che rilevano nel contesto oggetto di trattazione, ossia l'omicidio del consenziente (art. 579 c.p.) e l'aiuto al suicidio (art. 580 c.p.), nella convinzione che possa costituire una valida premessa per meglio focalizzare gli approdi giurisprudenziali nonché i possibili sviluppi legislativi sul tema.

È evidente come nell'attuale momento storico sia controverso stabilire sia l'effettivo significato sia la latitudine della tutela penale della vita. Se infatti è indubitabile che la vita costituisca un bene primario di rilevanza costituzionale implicita (la cui tutela funge cioè

⁷ Casi dunque rientranti nella c.d. eutanasia attiva. In merito alle criticità circa l'uso del termine "eutanasia" nel contesto dell'aiuto medico a morire, si rimanda a T. VITARELLI, *Verso la legalizzazione dell'aiuto (medico) a morire? Considerazioni "multilivello"*, in *Sist. pen.*, 7 febbraio 2022, e dottrina *ivi* citata. Sulla terminologia con cui tradizionalmente si indicano le varie modalità di attuazione della pratica eutanasi si rimanda, nella manualistica, a G. COCCO, E.M. AMBROSETTI, *I reati contro le persone*, (in *Trattato breve di diritto penale – Parte Speciale*), Padova, 2014, 84 ss.; cfr., altresì, S. TORDINI CAGLI, *Le forme dell'eutanasia*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI, *Il governo del corpo*, Tomo II del *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Milano, 2011, pp. 1819 ss.

⁸ Basti pensare all'esperienza della Asl marchigiana, nei casi "Mario" (Federico Carboni) e "Antonio", su tale casistica v. M. IMMACOLATO, *Suicidio assistito. L'esperienza della Asl Toscana Nord Ovest che ha "già" applicato la sentenza della Corte Costituzionale*, in *www.quotidianosanita.it*, 10 febbraio 2022.

da presupposto logico-ontologico per la salvaguardia di altri beni di rilevanza costituzionale esplicita, tra cui la libertà, la dignità umana e la salute)⁹, è tuttavia ancora oggetto di discussione l'angolazione prevalente che tale tutela deve assumere, nell'alternativa se la vita sia da considerare protetta soprattutto come diritto individuale o altresì come interesse della collettività¹⁰.

Partiamo allora dall'impostazione del codice penale Rocco degli anni '30: la visione pubblicistico-autoritaria del bene vita – tutelato non in sé ma in funzione di interessi esterni – ne costituisce la matrice ideologica, secondo la tradizionale opinione per cui la protezione penale viene accordata non solo nell'interesse dell'individuo ma anche nell'interesse della collettività in quanto l'ordinamento giuridico attribuisce alla vita del singolo un valore sociale e ciò in considerazione dei doveri che incombono sull'individuo verso la famiglia e lo Stato. Tale impostazione trova traduzione tanto nell'art. 579 c.p. in cui, attraverso l'incriminazione dell'omicidio del consenziente – seppur prevedendosi una pena più mite in virtù del minor disvalore sotto il profilo oggettivo, poiché il reato offende la vita ma non la libertà di autodeterminazione, e sotto il profilo soggettivo, poiché il consenso attenua sia la colpevolezza che la capacità a delinquere del reo –, la tutela penale della vita scatta a prescindere dalla volontà della persona titolare del bene¹¹, quanto nell'art. 580 c.p.¹².

In quest'ultimo caso si tratta di una norma che assolve la funzione di completare la tutela del bene-vita: se non è punibile infatti lo stesso soggetto che tenta di darsi la morte, sono punibili i terzi che, realizzando condotte volte a promuovere la scelta suicidaria o anche solo ad agevolarne l'esecuzione, contribuiscono in entrambi i casi a cagionare la distruzione del bene protetto¹³.

⁹ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*. Vol. II, tomo I – *I delitti contro la persona*, Torino, 2020, p. 2.

¹⁰ V. le riflessioni di D. NERI, *Il diritto di decidere la propria fine*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI, *Il governo del corpo*, cit., pp. 1785 ss.

¹¹ Preme precisare come il consenso nella fattispecie funga da attenuante, quale elemento differenziatore ai fini della determinazione della pena rispetto alle ipotesi di omicidio doloso, e non costituisce causa di giustificazione. È vero infatti che la norma di cui all'art. 50 c.p. (consenso dell'avente diritto) esclude la punibilità di chi lede o pone in pericolo un diritto con il consenso della persona che può validamente disporne, ma affinché il consenso espliciti l'effetto di escludere l'illiceità penale del fatto, deve esserci non solo il consenso valido ma la stessa disponibilità del bene. Per quel che concerne dunque il bene-vita, l'indisponibilità è ricavabile dall'art. 5 c.p. (norma che vieta gli atti di disposizione del proprio corpo che cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica), trattandosi tradizionalmente di un bene giuridico la cui conservazione rappresenta un prevalente interesse sociale (questo è quanto emerge dalla Relazione illustrativa del codice penale Rocco, reperibile in <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/1930/10/26/251/sg/pdf>), sul punto v. G. BEGUINOT, *Il rifiuto dell'abbandono sociale della sofferenza*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2022, pp. 128 ss.

¹² Sulle varie riflessioni in dottrina circa il bene giuridico tutelato da tale norma v. DE FRANCESCO, *Il suicidio assistito nel quadro sistematico della relazione con l'altro*, in *Leg. pen.*, 16 marzo 2020.

¹³ Per una trattazione sui profili di rilevanza penale e di liceità del suicidio e delle condotte di cooperazione di terzi, v. S. CANESTRARI, *Ferite dell'anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, Bologna, 2021; per un'analisi anche in chiave comparatistica, v. D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Sist. pen.*, fasc. 7-8/2018, pp. 57 ss.; v. altresì, D. PROVOLO, § 2, in E. PALERMO, D. PROVOLO, E. CADAMURO, *Profili penali dell'aiuto a morire: problematiche attuali e considerazioni de iure condendo anche in prospettiva comparatistica*, in *Resp. Med.*, n. 1/2022, p. 122 ss.p

Ora, l'impianto di matrice personalistica¹⁴, sotteso al sistema costituzionale vigente, non esclude che sia possibile concepire delle limitazioni alla tutela del bene-vita, giustificate dalla necessità di un contemperamento con altri beni giuridici di rilevanza costituzionale¹⁵. Si tratta tuttavia di un'operazione non sempre agevole. In particolare, nella casistica in tema di fine-vita, i problemi più complessi si sono verificati a fronte dell'affermazione del diritto all'autodeterminazione terapeutica in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale, quale appunto diritto personalissimo del soggetto di rilevanza costituzionale¹⁶, che ha portato in tempi recenti, a fronte del recepimento degli orientamenti maggioritari riguardo all'autodeterminazione alle cure¹⁷, all'approvazione della l. 219/2017 sul consenso informato, dove si riconosce il diritto di rifiutare o interrompere qualsiasi trattamento sanitario, ancorché necessario alla propria sopravvivenza¹⁸. In tale contesto, dunque, il diritto all'autodeterminazione fa la sua comparsa ponendosi in dialogo con gli altri diritti elencati dalla stessa legge, tra cui il diritto alla vita, alla salute e alla dignità della persona¹⁹.

Proprio questo riconoscimento, inserito nella l. 219/2017, ha in un certo modo acuito il bisogno di risposta per talune situazioni in essa non contemplate²⁰. Si è posto infatti il

¹⁴ In particolare, l'art. 2 cost., nella prospettiva personalistica, pone l'uomo e non lo Stato al centro del modello socio-ordinamentale, così G. BALBI, *L'omicidio del consenziente. Alcune riflessioni sul quesito referendario*, in *Sist. pen.*, 11 febbraio 2022, p. 2. Si tratta di un'impostazione che trova conferma in altri luoghi del testo costituzionale: emblematiche sul punto le previsioni contenute nell'art. 32 cost., per cui il diritto alla salute è riconosciuto primariamente come diritto dell'individuo e poi come interesse della collettività, precisandosi che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge» e che comunque «la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana», v. A. MORELLI, *Il principio personalista nell'era dei populismi*, in *Consulta-online*, n. 2/2019, p. 364. Per una ricostruzione della rilevanza assiologica del principio personalista nella Costituzione italiana, v. R. BALDUZZI, *Protezione e tutela della persona: lo sguardo delle scienze giuridiche*, in F. ANELLI, A. CESARIO, M. D'ORIA, C. GIULIODORI, G. SCAMBIA (a cura di), *Persona e medicina. Sinergie sistemiche per la medicina personalizzata*, Milano, 2021, pp. 261 ss.

¹⁵ V. le premesse del gruppo di lavoro in materia di aiuto medico a morire dell'Università di Trento nel documento di sintesi *"Aiuto medico a morire e diritto: per la costruzione di un dibattito pubblico plurale e consapevole"*, in *www.bio-diritto.org*, 11 settembre 2019.

¹⁶ In tema di autodeterminazione e scelte terapeutiche v. N. VICECONTE, *L'ultima tessera del domino: il "caso Englaro" è chiuso*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2018, pp. 80 ss.

¹⁷ Specie con i noti casi relativi alla morte di Piergiorgio Welby e di Eluana Englaro.

¹⁸ Per una approfondita analisi della normativa si rinvia a S. CANESTRARI, *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Leg. pen.*, 19 dicembre 2018; v. altresì M. PICCINI, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo "critico" sulla l. n. 219/2017 in dialogo con S. RODOTÀ*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2018, pp. 121 ss.

¹⁹ A. CARMINATI, *Il principio di autodeterminazione terapeutica nella Costituzione italiana e i suoi risvolti ordinamentali*, in *Giur. pen. web*, 2019, 1-bis, pp. 3 ss. Per approfondimenti penalistici, v. L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219/2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 2/2018, pp. 415 ss. Sul tema si veda, per considerazioni più generali sul diritto all'autodeterminazione nella relazione terapeutica, E. PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale. Profili problematici del diritto all'autodeterminazione*, Padova, Cedam, 2000, *passim*.

²⁰ Rispetto ai «confini» della disciplina contenuta in tale legge, v. L. BUSATTA, N. ZAMPERETTI, *Scelte di (fine) vita: cambia il diritto, può cambiare la medicina?*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 1/2022, pp. 661 ss., secondo i quali «la legge n. 219 del 2017 non si occupa né di eutanasia [...] né di suicidio assistito [...]. In questo senso, essa si muove ancora all'interno del paradigma biologistico della medicina classica. [...] La legge quindi promuove ogni supporto affinché una persona, se lo

problema se il diritto all'autodeterminazione terapeutica, declinato nella l. 219/2017 come diritto di rifiutare o interrompere qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario, anche salvavita, possa risultare determinante anche nel legittimare la persona malata, seppur in ben precise circostanze, a scegliere il momento terminale della propria esistenza, percepita come non più corrispondente alla propria concezione della dignità e del sé²¹. A fronte di tali dilemmi, ancora una volta, la giurisprudenza è stata chiamata ad intervenire prima dell'intervento del legislatore, dimostratosi inerte. Con le pronunce susseguitesesi nel caso Cappato/dj Fabo si è così assistito di nuovo al protagonismo della giurisprudenza nel delineare un ulteriore spazio di liceità penale tra autodeterminazione del paziente e tutela della vita.

In particolare, la Corte d'Assise di Milano, nella oramai nota ordinanza di rimessione della questione di incostituzionalità dell'art. 580 c.p. avanti la Corte costituzionale²², tra le

desidera e dopo aver ricevuto un'adeguata informazione sulla propria situazione clinica, possa immaginare e portare a compimento il proprio progetto di vita e questo fino al punto da riconoscerle il diritto di far prevalere la propria storia sul dato biologico – limitando l'intervento della tecnica medica (pur clinicamente adeguato ed efficace) nel sostenerlo». Gli autori evidenziano pertanto che, in base alla legge in commento, la persona non può chiedere alcun intervento diretto contro la vita, può cioè solo «chiedere di essere lasciata morire, non di essere aiutata attivamente a farlo». Si spinge oltre, invece, la ricostruzione proposta da una parte della dottrina penalistica, per tutti, cfr. M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 2/2016, pp. 555 ss., il quale – in un contributo peraltro antecedente all'approvazione della stessa l. 219/2017 – sostiene che essendo «consentito rifiutare trattamenti salvavita in corso di esecuzione (caso Welby), e ciò senza alcun obbligo di motivare il rifiuto, si possiede già il diritto di morire grazie all'aiuto di un medico» (spec. pp. 568 s.). Sul tema v. altresì il contributo monografico di L. RISCATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo di laicità nell'esperienza personalistica*, Torino, 2008, pp. 25 ss. Per una diversa chiave di lettura di tutto l'impianto della legge 219/2017, v. L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»? cit.*

²¹ Si tratta di un tema evidentemente molto divisivo, rispetto al quale si prospettano differenti soluzioni, basti ricordare la recente sentenza del *Bundesverfassungsgericht* sul § 217 StGB, in cui la Corte è giunta ad affermare l'esistenza di un diritto costituzionalmente garantito di autodeterminarsi alla morte, persino non soggetto a limitazioni o a condizioni relative al tipo di situazione in cui la decisione viene presa. Per un commento v. G. FORNASARI, *Paternalismo hard, paternalismo soft e antipaternalismo nella disciplina penale dell'aiuto al suicidio. Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht a confronto*, in *Sist. pen.*, 11 giugno 2020; B. MAGRO, *Il suicidio assistito tra inviolabili diritti di libertà e obblighi di prestazione positiva nella decisione del tribunale costituzionale tedesco sul § 217 StGB*, in *Diritto penale XXI secolo*, n. 1/2020, pp. 5 ss.; A. MANNA, *Esiste un diritto a morire? Riflessioni tra Corte costituzionale italiana e Corte costituzionale tedesca*, in *disCrimen*, 26.5.2020. Per una lettura critica della citata sentenza cfr. L. EUSEBI, *Moriremo di autodeterminazione? Brevi note su BVG 26 febbraio 2020*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2020, pp. 59 ss. L'A. pone infatti in evidenza come sia «del tutto discutibile che l'autodeterminazione propria dell'essere umano trovi una modalità caratterizzante del suo realizzarsi nel ricevere aiuto per la morte [...] piuttosto che nel ricevere incondizionatamente, attraverso la relazione di cura, l'aiuto necessario affinché essa possa esprimersi, senza essere recisa, anche nei contesti di precarietà esistenziale». Nel contesto italiano, la Corte costituzionale si è arrestata ben prima della soglia raggiunta dalla Corte tedesca, non riconoscendo alcun diritto generale della persona a decidere come e quando morire e sottolineando invece che «quando viene in rilievo il bene della vita umana, la libertà di autodeterminazione non può mai prevalere incondizionatamente sulle ragioni di tutela del medesimo bene, risultando, al contrario, sempre costituzionalmente necessario un bilanciamento che assicuri una sua tutela minima», ciò in quanto il bene-vita, nell'ambito dei diritti fondamentali della persona, si colloca in «posizione apicale» (Corte cost., sent. 2 marzo 2022, n. 50, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la richiesta di referendum di abrogazione parziale dell'art. 579 c.p., in *Guida dir.*, n. 10/2022), su tale aspetto v. il commento di M. ROMANO, *Suicidio assistito e Corti costituzionali italiana e tedesca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, p. 44. Si tratta di una presa di distanza da un «diritto a morire» quale conseguenza di un «generico diritto all'autodeterminazione individuale» già ben definita nell'ordinanza n. 207/2018 cit., come evidenzia R. BALDUZZI, *L'alleanza terapeutica può includere l'aiuto a morire?*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2019, pp. 181 ss.

²² Ordinanza Corte Assise Milano del 14.2.2018, reperibile in www.biodiritto.org.

argomentazioni proposte, ha sviluppato proprio quella attinente il bene giuridico sotteso alla norma oggetto di sindacato, un'argomentazione sulla quale, a fronte delle riflessioni poc'anzi sviluppate, preme soffermarsi.

Secondo la Corte d'Assise, se non vi è dubbio che la formulazione della norma di cui all'art. 580 c.p. risenta del principio della sacralità/indisponibilità della vita, da tutelarsi a prescindere dalla volontà dell'individuo, in correlazione agli obblighi sociali ritenuti preminenti per la concezione dell'epoca, è pur vero che il principio personalistico, quale principio cardine della Costituzione, impone ora di mettere al centro la persona e la sua capacità di autodeterminazione, anche in relazione alle scelte di fine-vita. D'altro canto è dallo stesso diritto primario alla libertà personale²³ che deriva il potere di ciascuno di disporre del proprio corpo, salvo casi eccezionali, previsti dalla legge. La Corte mette in luce, in particolare, come la centralità del diritto del paziente all'autodeterminazione in riferimento ai trattamenti sanitari trovi oramai riconoscimento in molteplici fonti: nella giurisprudenza interna²⁴, nella giurisprudenza della Corte EDU²⁵ e nella normativa sovranazionale²⁶ e, da ultimo, nella legge n. 219 del 2017.

A parere della Corte d'Assise di Milano, proprio argomentazioni siffatte possono allora giustificare un cambio di prospettiva nell'individuazione del bene giuridico protetto dall'art. 580 c.p., spostando l'oggetto della tutela sulla libertà di autodeterminazione del singolo: se il bene giuridico tutelato, secondo una lettura sistematica della norma, è costituito dalla libertà di autodeterminazione, ne deriverebbe l'illegittimità costituzionale di quelle condotte che, pur apportando un aiuto materiale, non alterano il processo di formazione della volontà del soggetto che ha già maturato, autonomamente e liberamente, il proprio intento suicidario²⁷. Si tratta tuttavia di un'impostazione non accolta dalla Corte costituzionale²⁸. D'altronde assumere l'autodeterminazione della persona come oggetto di tutela della norma in esame sembra rappresentare più una "rimodulazione" dell'impianto di tutela apprestata, che una "interpretazione" della norma stessa²⁹.

La prospettazione poc'anzi sviluppata circa l'affermarsi in campo terapeutico del diritto all'autodeterminazione, quale frutto di una complessa evoluzione sul piano culturale e giuridico, che ha preso forma in particolare nelle pronunce giurisprudenziali in tema di fine-vita, ha dato modo di rilevare come, rispetto ai divieti contenuti nel codice penale Rocco, l'autodeterminazione del singolo ponga semmai un problema di eventuali limiti

²³ Art. 13 Cost.

²⁴ A partire appunto dai casi Welby ed Englaro.

²⁵ V., a titolo esemplificativo, sentenza Gross c. Svizzera, 14.05.2013.

²⁶ V. artt. 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

²⁷ A. MASSARO, *Il "caso Cappato" di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?* in *Dir. pen. cont.*, 14 giugno 2018, pp. 6 ss.

²⁸ Corte cost., ordinanza n. 207/2018, in *Guida dir.*, n. 1/2019, p. 63.

²⁹ D. PULITANÒ, *Problemi del fine vita, diritto penale, laicità politica. A proposito di un referendum abrogativo*, in *Sist. pen.*, 19 ottobre 2021.

ad una tutela paternalistica del diritto alla vita, costringendo dunque l'interprete ad un giudizio di bilanciamento tra diritti, senza tuttavia che le esigenze di tutela dell'uno possano soppiantare quelle dell'altro. Si tratta di limiti che la stessa Corte costituzionale ha individuato, nello specifico, nel "diritto ad una vita dignitosa" e nel "diritto al rifiuto di trattamenti terapeutici" a fronte di una patologia irreversibile ed in presenza di condizioni di vita ritenute intollerabili per la persona malata.

Entrando nel merito della decisione, in primo luogo la Corte costituzionale chiarisce come l'incriminazione dell'aiuto al suicidio non possa ritenersi di per sé incompatibile con la Costituzione, trovando essa una perdurante giustificazione (anche nell'ipotesi di chi ne agevoli «in qualsiasi modo l'esecuzione») nella finalità di «proteggere il soggetto da decisioni in suo danno», creando intorno al soggetto debole una sorta di «cintura protettiva», inibendo ai terzi di cooperare in qualsiasi modo con lui»³⁰. Tuttavia, secondo la Consulta, argomentazioni siffatte in merito alla sfera di tutela della norma incriminatrice non possono impedire di considerare alcune condizioni-limite, «inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta»³¹, in cui una persona può ritrovarsi. Si tratterebbe proprio delle condizioni riscontrabili nella situazione in cui si trovava Fabiano Antoniani (dj Fabo): persona affetta da patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche ritenute assolutamente intollerabili, tenuta in vita per mezzo di trattamenti di sostegno vitale ma pienamente capace di autodeterminarsi.

La Corte, a fronte di una prospettata necessità di adeguamento delle rigidità del codice Rocco alle esigenze della realtà, rinviene dunque i profili di illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. attorno a questa precisa ipotesi, delineando così il margine di incompatibilità fra il divieto assoluto di aiuto al suicidio e la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie: il preminente valore riconosciuto alla vita, se «non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari»³², non può neanche «tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato [...] di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri, quale alternativa reputata maggiormente dignitosa alla predetta interruzione»³³.

Come noto, a fronte di una protratta inerzia del legislatore, a tale ordinanza ha fatto seguito l'ulteriore pronuncia della Corte costituzionale con cui è stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 580 c.p. «per violazione degli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge

³⁰ V. § 4 della decisione.

³¹ Il riferimento è a situazioni cliniche rese possibili dagli sviluppi della scienza medica e della tecnologia, spesso capaci di impedire la morte di pazienti in condizioni estremamente compromesse, ma non di restituire loro una sufficienza di funzioni vitali.

³² Il riferimento è appunto alle ipotesi contemplate ora dalla l. n. 219/2017 (v. artt. 1 e 2).

³³ V. § 9.

n. 219 del 2017 – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi dianzi indicati –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona: tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale; affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili; pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente»³⁴.

Quindi è in questo preciso contesto che l'incriminazione dell'aiuto al suicidio entra in contrasto con i principi costituzionali, mettendo in discussione quelle esigenze di tutela della vita che negli altri casi, invece, continuano a giustificare – sempre secondo la ricostruzione proposta dalla Corte costituzionale – la tutela penalistica³⁵.

3. Dalla pronuncia sul caso Trentini al naufragio del referendum sull'omicidio del consenziente. Considerazioni de iure condito

Nonostante il succitato intervento della Corte costituzionale debba guardarsi con favore, non mancano profili argomentativi della decisione dai quali scaturiscono inevitabilmente incertezze applicative e vuoti di tutela. D'altro canto si tratta di una pronuncia di illegittimità riguardante una norma penale, con cui si è cercato di sopperire ad un vuoto di disciplina rispetto ad una questione complessa sul fine-vita che non può che richiedere un intervento organico, con approccio multidisciplinare, del legislatore italiano.

Un aspetto particolarmente rilevante è costituito dal fatto che la Corte ha individuato i requisiti necessari per l'area di "non punibilità" delle condotte di agevolazione al suicidio facendo riferimento alle circostanze fattuali che caratterizzavano la situazione di Fabiano Antoniani, da cui è originato il giudizio. Tuttavia, tale *modus operandi*, crea una evidente difficoltà di individuare gli estremi di tutti i requisiti previsti e, *in primis*, del requisito dell'essere il paziente sottoposto a trattamenti di sostegno vitale³⁶, in altre situazioni che pure, sul piano sostanziale, sembrano assimilabili al caso Cappato/dj Fabo e comportano

³⁴ Corte cost. n. 242/2019, cit. V. l'analisi di S. CANESTRARI, *Una sentenza "inevitabilmente infelice": la "riforma" dell'art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4/2019, pp. 2159 ss.

³⁵ Sul punto v. R. BARTOLI, *Le problematiche del fine vita tra orientamenti della corte costituzionale e proposta di referendum abrogativo*, in *Sist. pen.*, fasc. n. 11/2021, p. 16, secondo il quale può parlarsi di una nuova «concezione solidaristica basata sulla vulnerabilità ovvero sulla malattia».

³⁶ Lett. c), secondo l'elencazione contenuta nell'ordinanza n. 207/2018 Corte cost., cit.

quindi una aspettativa di ricevere lo stesso trattamento³⁷. Si tratta infatti di un requisito con evidente capacità escludente rispetto a importanti patologie di analoga gravità.

Ecco appunto che all'indomani della sentenza di assoluzione di Marco Cappato nel processo milanese per la morte di Fabiano Antoniani³⁸, un nuovo caso è stato portato davanti alla Corte d'Assise di Massa³⁹, dove lo stesso Marco Cappato e Mina Welby erano imputati *ex art. 580 c.p.* per aver rafforzato e agevolato l'esecuzione del proposito suicidario di Davide Trentini, malato irreversibile che, a differenza però di Antoniani, non era dipendente da un respiratore artificiale o da altri macchinari.

Le soluzioni adottate dalla giurisprudenza in tale caso non fanno altro che confermare i limiti della pronuncia della Corte costituzionale ma allo stesso tempo dimostrano il rischio di un allargamento dei confini entro cui la stessa Corte costituzionale ha rinvenuto l'illegittimità della norma di cui all'art. 580 c.p.

Nello specifico, i giudici hanno proposto una interpretazione di portata generale del requisito in questione, sulla base dei richiami fatti dalla Corte costituzionale alla l. 219/2017⁴⁰, nella parte in cui si riconosce al paziente il diritto di rifiutare e interrompere qualsiasi "trattamento sanitario". Così intesa, la locuzione utilizzata dalla Corte costituzionale sarebbe idonea a ricomprendere ogni intervento «realizzato con terapie farmaceutiche o con l'assistenza di personale medico o paramedico o con l'ausilio di macchinari medici» (oltre a nutrizione e idratazione artificiali, per espressa previsione normativa). La conseguenza, ai fini dell'interpretazione del requisito *sub c)*, è che «la dipendenza da "trattamenti di sostegno

³⁷ Sulla scelta effettuata dalla Corte costituzionale v. le riflessioni di S. SEMINARA, *Morte assistita, suicidio ed eutanasia (tra Corte costituzionale, quesito referendario e Parlamento)*, in *Dir. pen. proc.*, n. 7/2022, pp. 936 ss., il quale osserva come la Corte costituzionale, ben consapevole del «rischio dei gradini successivi o del piano inclinato» a cui si espongono le scelte in tema di aiuto a morire – nel senso che ammessa una data soluzione subito si può affacciare una successiva, per la quale si reclama parità di trattamento – ha volutamente accordato rilievo decisivo alle condizioni di un malato che già avrebbe potuto, secondo quanto previsto dalla l. 219/2017, esercitare il diritto all'interruzione delle cure andando incontro alla morte (v. in particolare par. 2.3 della sentenza Corte cost. 242/2019). In tale prospettiva, sempre secondo l'A., la Corte si è limitata a «eliminare uno stridente contrasto tra il diritto inviolabile di rifiutare o interrompere il trattamento terapeutico e il diritto a una morte dignitosa», senza alcun richiamo al principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), che avrebbe invece comportato un'ingerenza rispetto a scelte che competono solo al Parlamento. Sul punto cfr. F. VIGANÒ, *Diritti fondamentali e diritto penale al congedo della vita: esperienze italiane e straniere a confronto*, in *Sist. pen.*, 12 gennaio 2023, p. 28, secondo il quale la *ratio decidendi* della Corte si colloca invece proprio nella logica del principio di eguaglianza, «ancorché illuminato dal riferimento alla dignità della persona», che ha permesso di giungere alla rimozione di una irragionevole disparità di trattamento creata dal legislatore che da un lato, proprio nell'ambito della l. 219/2017, permette al paziente, in determinate condizioni, di giungere alla morte rifiutando i trattamenti, e dall'altro non consente di pervenire al medesimo risultato con modalità più rapide, considerate dal paziente più conformi al proprio concetto di dignità. Criticamente rispetto a tale riconosciuta analogia di posizioni, evidenziando i rischi del c.d. "prossimo passo", v. M. ROMANO, *Aiuto al suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari, eutanasia (sulle recenti pronunce della Corte costituzionale)*, in *Sist. pen.*, 8 gennaio 2020.

³⁸ Corte Assise di Milano, 30 gennaio 2020, n. 8, reperibile in *Sist. pen.*, 6 febbraio 2020, nota di C. CUPPELLI, *Il caso (Cappato) è chiuso, ma la questione (agevolazione al suicidio) resta aperta*.

³⁹ C. Ass. Massa, sent. 27 luglio 2020 (dep. 2 settembre 2020), reperibile in *Giur. penale web*, n. 9/2020, nota di A. MASSARO, *La dipendenza da trattamenti di sostegno vitale nelle procedure di suicidio medicalmente assistito: ridefinizione o interpretatio abrogans? Note a margine della sentenza di assoluzione di Marco Cappato e Mina Welby nel caso Trentini*.

⁴⁰ Si fa richiamo del § 8 dell'ord. 207/2018, cit.

vitale” non significa necessariamente ed esclusivamente “dipendenza da una macchina”, ma rilevano altresì tutti quei trattamenti sanitari che se interrotti porterebbero alla «morte del malato anche in maniera non rapida»⁴¹. Tale interpretazione tenta dunque di superare il “carattere escludente” del requisito della dipendenza da trattamento di sostegno vitale, che emerge nel momento in cui – riferendosi alla situazione di Fabiano Antoniani – si intende che esso ricorra solamente nei casi di dipendenza da un macchinario. La Corte d'Assise, invece, propende per un'altra lettura, che pone in luce, al contrario, una particolare indeterminazione del requisito, se inteso appunto come sottoposizione del malato a qualsiasi trattamento sanitario, sia esso farmacologico o assistenziale, intendendo così che qualsiasi soggetto malato possa definirsi dipendente dal trattamento sanitario che gli è stato proposto per il proprio stato patologico⁴².

Secondo quanto riportato dal consulente di parte nel processo, Davide Trentini dipendeva da una duplice forma di sostegno vitale: farmacologico e assistenziale⁴³. È questa la ricostruzione accolta dalla Corte che ha comportato quindi il riconoscimento nel caso di specie del requisito in esame, con conseguente assoluzione degli imputati, confermata altresì in appello⁴⁴.

È evidente come si tratti di problemi interpretativi dei requisiti che necessariamente dipendono dall'organo giudicante e che quindi possono variare di processo in processo, comportando disparità in termini di tutela apprestata. Basti pensare che, per tale via, si potrebbe giungere ad applicazioni estensive in casi ad esempio di malattie oncologiche, di malattie degenerative molto aggressive, come persino in casi in cui vi siano delle non autosufficienze della persona che implicino assidui interventi assistenziali.

Pur nella convinzione che i tempi siano maturi per una riflessione estesa alle molteplici istanze in materia di aiuto a morire⁴⁵, proprio tenendo presente che il dibattito si sviluppa necessariamente nel complesso campo dei diritti individuali e della sfera etica, risulta difficile pensare che lo strumento di intervento per una tutela compiuta possa essere quello

⁴¹ V. § 15.2. della sentenza citata.

⁴² V. criticamente F. LAZZERI, *A che punto è la notte? La liceità dell'aiuto al suicidio, oltre DjFabio: la nozione di “trattamenti di sostegno vitale” nella sentenza sul caso Trentini*, in *Sist. pen.*, 14 settembre 2020.

⁴³ In particolare, quanto alla dipendenza farmacologica, la stabilità del paziente si reggeva infatti su un delicato equilibrio nel loro dosaggio, non solo di quelli antidolorifici (la cui riduzione, facendo aumentare gli spasmi, avrebbe peggiorato la funzione respiratoria), ma anche di quelli antipertensivi (senza i quali si sarebbe prodotto uno scompenso cardiaco); quanto invece alla necessità di interventi assistenziali, si trattava di una dipendenza riconducibile alla compromissione della funzione della defecazione nel corso dell'ultimo anno di vita del paziente: poiché la progressiva paralisi della muscolatura (anche intestinale) aveva causato una stipsi cronica, si erano resi necessari interventi periodici, a cadenza settimanale, di evacuazione manuale finalizzati a evitare occlusioni, potenzialmente fatali. Sul punto v. p. 19 della sentenza dove si riporta la ricostruzione del CT dr. Riccio.

⁴⁴ Corte d'Assise di Appello di Genova, 20 maggio 2021, reperibile in *www.giurisprudenzapenale.com*, 19 luglio 2021.

⁴⁵ Una prova è data dalle continue scelte tragiche – di cui si è dato esempio nelle nostre premesse (par. 1) – che il malato può ritrovarsi a compiere, non trovando ascolto la richiesta di non essere lasciato solo ad attuare una decisione riguardante il congedo dalla vita tenacemente perseguita, sul punto v. le considerazioni di M. ROMANO, *Aiuto al suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari, eutanasia (sulle recenti pronunce della Corte costituzionale)*, cit., p. 8.

delle pronunce giurisprudenziali, con esiti differenti a seconda della diversa sensibilità dell'organo giudicante⁴⁶.

Si consideri peraltro che il rischio di un siffatto *modus operandi* probabilmente è stato colto dalla stessa Corte d'Assise di Massa nel momento in cui proponeva un'altra via, diversa da quella dell'interpretazione estensiva del requisito in esame, per riportare comunque la vicenda di Davide Trentini nella nuova ipotesi di non punibilità delineata dalla Corte costituzionale. In particolare, la Corte d'Assise di Massa ha prospettato la possibilità di un'applicazione analogica del requisito di cui alla lett. c), sul presupposto che questo, in quanto elemento costitutivo di una scriminante e destinato a operare in *bonam partem*, sarebbe sottratto al divieto di analogia, ex art. 25, secondo comma, Cost. e che dirimente, quindi, sarebbe solo l'individuazione dell'identità di *ratio*, data dall'omogeneità delle situazioni sostanziali nella vicenda Antoniani e Trentini. In verità, sia che si segua la prima o la seconda strada⁴⁷, il risultato pare univocamente quello del sostanziale svuotamento di un requisito di accesso indicato dalla Corte costituzionale in virtù della propria valenza selettiva⁴⁸.

È pur vero che nell'intervento della Corte costituzionale sembrano non mancare spiragli di apertura verso altra casistica, diversa da quella sottoposta al suo esame, in particolare dove si ribadisce con vigore «l'auspicio che la materia formi oggetto di sollecita e compiuta disciplina da parte del legislatore», disciplina che, secondo la Corte, dovrebbe, d'altro canto, «investire una serie di profili, variamente declinabili in base a scelte discrezionali» del legislatore stesso.

Il fatto che la Corte, a fronte della peculiarità del caso affrontato, abbia espressamente indicato il rigoroso requisito della sottoposizione a trattamento di sostegno vitale per l'accesso alla procedura ed abbia cercato di ricostruire la «circoscritta area di non conformità costituzionale della fattispecie criminosa» dell'aiuto al suicidio creando altresì un collegamento con la l. 219/2017, per l'avvertita necessità di dare un'alternativa percepita come più dignitosa al malato rispetto alla sedazione terminale e alla terapia del dolore – conseguenti appunto all'interruzione dei presidi di sostegno vitale, come previsto nella legge richiama-

⁴⁶ Si richiamano le considerazioni di V. VIOLINI, *Elementi di criticità della vicenda Cappato: una ipotesi sul futuro del "diritto a morire"*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2020, p. 317, secondo la quale i giudici si sono ritrovati a dover ricercare scelte di compromesso, con gli strumenti a loro disposizione, per sopperire all'inerzia del legislatore e alla conflittualità tra forze politiche ampiamente differenziate su «questioni a sfondo fortemente etico».

⁴⁷ Per una critica all'argomentazione di tipo analogico, qualificata come interpretazione "*contra legem*", poiché volta a colmare una lacuna in verità intenzionale, contro dunque i principi generali in materia penale, cfr. F. LAZZERI, *A che punto è la notte? La liceità dell'aiuto al suicidio, oltre DjFabio: la nozione di "trattamenti di sostegno vitale" nella sentenza sul caso Trentini*, cit.

⁴⁸ A. MASSARO, *La dipendenza da trattamenti di sostegno vitale nelle procedure di suicidio medicalmente assistito: ridefinizione o interpretatio abrogans? Note a margine della sentenza di assoluzione di Marco Cappato e Mina Welby nel caso Trentini*, cit., p. 106 ss.

ta⁴⁹ – non significa che non vi sia la possibilità di saggiare nella giusta sede, ossia quella parlamentare, l'opportunità di scelte più ampie⁵⁰.

Ecco perché proprio allo scopo di non discriminare tra tipi di malati a causa di fattori fortuiti connessi alle diversità oggettive dei quadri morbosi, emerge l'esigenza di ripensare e disciplinare compiutamente il problema dell'aiuto medico a morire, anche a prescindere dalle modalità della sua concreta esecuzione, non potendo la giurisprudenza sopperire ulteriormente a tale lacuna.

Si deve considerare, inoltre, che il requisito della dipendenza da trattamento di sostegno vitale indicato dalla Corte, non è l'unico a creare difficoltà sul piano applicativo. Vengono infatti indicati altri requisiti specifici affinché la procedura si compia entro il confine della liceità penale delineato dalla Corte, ma si tratta di requisiti che, pur chiaramente enunciati, risultano allo stesso tempo laconici. Pensiamo, ad esempio, al ruolo della struttura pubblica del sistema sanitario nazionale a cui, secondo quanto indicato dalla Corte, spetta la verifica delle «modalità di esecuzione»: ma a quale organo è in concreto rimessa l'esecuzione? Con quale strumento?⁵¹ Ancora, a tale verifica, necessariamente di carattere clinico, si affianca il ruolo dei comitati etici che, per la loro terzietà e indipendenza (anche rispetto alle strutture sanitarie stesse), vengono richiamati con la funzione di fornire un parere allo scopo di garantire la tutela delle situazioni di particolare vulnerabilità. Quale debba essere tuttavia la portata di tale parere è un profilo che ha sollevato non pochi interrogativi con soluzioni differenziate. Si è infatti sostenuto che il comitato non debba fornire valutazioni cliniche, né accertare la sussistenza di requisiti o verificare la capacità

⁴⁹ In altri termini, si tratteggia uno spazio di liceità dell'aiuto materiale al suicidio, quale evoluzione logico normativa del diritto al rifiuto delle cure, così M. B. MAGRO, *The last dance. Riflessioni a margine del c.d. caso Cappato*, in *Dir. pen. cont.*, 12 giugno 2019.

⁵⁰ P. ZATTI, *La questione dell'aiuto medico a morire nella sentenza della Corte costituzionale: il "ritorno al futuro" della l. 219/2017*, in *Resp. med.*, n. 1/2022, p. 158. Sul punto v. criticamente le considerazioni di M. AZZALINI, *Prigionieri del noto? La Consulta chiude il caso Cappato ma rischia di perdersi nel "labirinto" del fine vita*, in *Nuova Giur. Civ.*, n. 2/2020, pp. 357 ss., secondo il quale, «paradossalmente, è proprio perché tenta un passo avanti ai limiti del perimetro del noto, [...] che la pronuncia di cui si è trattato finisce col disvelare la profonda inadeguatezza di un approccio che necessita un ripensamento di fondo». Nella dottrina penalistica, si è inoltre posto in luce come la Corte abbia fatto propria una sorta di «soft paternalism» (così S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, in F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., p. 48), poiché prudentemente non giunge a considerazioni sostanziali né con riferimento all'eutanasia attiva né al suicidio assistito, a fronte invece del dichiarato obiettivo di espandere lo spettro applicativo della tutela della dignità umana fino a ricomprendere la fase terminale della vita attraverso il riconoscimento di un «diritto alla piena dignità anche nel morire», sul punto v. C. CUPELLI, *Il caso Cappato: autodeterminazione e dignità nel morire*, in F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., p. 87.

⁵¹ In un quadro variegato e composito, pur tra i tanti nodi creati dalla pronuncia della Corte sul piano applicativo, si può far menzione di iniziative atte a dare risposte pronte secondo le indicazioni della Corte costituzionale. Ci si riferisce, ad esempio, all'operato dell'Azienda USL Toscana Nord Ovest (ATNO) che ha approvato una apposita delibera (n. 780 del 13 settembre del 2021) dal titolo "Indirizzi operativi per la verifica dei requisiti previsti dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 242/2019" al fine di dare attuazione a quanto indicato sotto il profilo procedurale dalla sentenza, v. M. IMMACOLATO, *Suicidio assistito. L'esperienza della Asl Toscana Nord Ovest che ha "già" applicato la sentenza della Corte Costituzionale*, cit.

delle persone⁵², ma non è mancato chi abbia interpretato il ruolo attivo di controllo del comitato come necessità di addivenire ad un parere sullo specifico caso clinico, finanche prospettando il compito di disporre le basi – attraverso un’opportuna opera di mediazione – per «una compiuta attuazione degli ideali dell’alleanza terapeutica»⁵³. Si tenga peraltro presente che mentre la Corte costituzionale, nel richiamare il ruolo dei comitati etici, fa riferimento all’art. 12, co. 10 lett. c), d.l. n. 158/2012 che affida a ciascun comitato etico per la sperimentazione clinica la competenza oltre che per i pareri necessari e vincolanti rispetto al procedimento di autorizzazione delle sperimentazioni cliniche dei medicinali, anche su «ogni altra questione sull’uso dei medicinali e dei dispositivi medici, sull’impiego di procedure chirurgiche e cliniche»⁵⁴, vi sono in realtà Regioni in cui da anni operano comitati etici per la pratica clinica che svolgono, tra l’altro, proprio la funzione di fornire concretamente un supporto per dilemmi etici e casi complessi attraverso l’espressione di pareri consultivi: trattasi dunque di organismi che se costituiti appaiono i più idonei ad esercitare il compito indicato dalla Corte.

Gli aspetti problematici non mancano nemmeno per gli ulteriori due requisiti attinenti alla volontà, libera ed autonoma, di ricorrere al suicidio e alla richiesta condizione di patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che la persona reputa intollerabili. Quanto al primo, vi è il problema dell’individuazione dei criteri in base ai quali considerare la scelta e la conseguente condotta suicidaria realmente autonoma e libera: ci si domanda, ad esempio, se le sofferenze di matrice psicologica o esistenziale a cui è sottoposto il malato che chiede aiuto nel morire possano compromettere l’accertamento di tale requisito⁵⁵, come anche se particolari *status* del malato, pensiamo alla minore età, possano ostacolare a priori tale tipo di accertamento⁵⁶.

⁵² Si rimanda sul punto alle considerazioni di L. BUSATTA, M. PICCINI, D. RODRIGUEZ, G. MARSICO, *Comitati etici territoriali e suicidio assistito. Quel decreto va rivisto*, in *Quotidianosanità.it*, 7 febbraio 2022.

⁵³ L. D’AVACK, *L’aiuto al suicidio medicalizzato sotto il controllo della Corte costituzionale*, in *Dir. fam. e pers.*, n. 4/2019, pp. 1707 ss.

⁵⁴ Trattasi peraltro di comitati i cui ruoli devono essere ridefiniti, secondo quanto disposto dall’art. 2, l. 11 gennaio 2018, n. 3. Tuttavia, sullo schema di decreto ministeriale che recentemente il Ministero della Salute ha proposto alle Regioni, il dibattito si è acceso posto che tra i compiti espressi si fa rientrare ora anche a quello indicato dalla Corte costituzionale in tema di fine vita, senza che il Parlamento sul punto si sia espresso, criticamente v. L. BUSATTA, M. PICCINI, D. RODRIGUEZ, G. MARSICO, *Comitati etici territoriali e suicidio assistito. Quel decreto va rivisto*, cit.

⁵⁵ Sul punto si rimanda alle considerazioni di S. CANESTRARI, *Ferite dell’anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, cit., pp. 29 ss. Cfr. le considerazioni di G. DE FRANCESCO, *Il suicidio assistito nel quadro sistematico della relazione con ‘l’altro’*, in *Leg. pen.*, 16.3.2020, p. 8, secondo il quale «non risulta incongruo osservare che le gravi sofferenze che il soggetto si trova a subire non possano non rendere ancor più ‘convinta’ e consapevole (rispetto ai casi di turbamenti ‘nell’anima’, secondo il lessico di Canestrari) – ed al contempo, per ciò stesso, meno difficile da verificare – la scelta di interrompere una vita ormai priva dell’interesse a prolungarla».

⁵⁶ Per aperture in questo senso v. M. AZZALINI, *Prigionieri del noto? La Consulta chiude il caso Cappato ma rischia di perdersi nel “labirinto” del fine vita*, cit. Di certo non si può non considerare che, riferendosi la Consulta proprio alla situazione di quei malati che già potrebbero porre termine alla propria esistenza tramite l’interruzione delle cure, secondo quanto previsto dall’art. 1 l. 219/2017, la stessa legge, all’art. 3, disciplina anche la situazione del malato minorenne, sancendo la legittimazione ad esprimere il consenso o il rifiuto del trattamento sanitario in favore degli esercenti responsabilità genitoriale o tutori, con possibilità di adire il giudice in caso di conflitto tra medico curante e rappresentanti

Della complessità della questione è d'altro canto consapevole la stessa Corte costituzionale quando indica come necessaria una regolamentazione del legislatore sulle modalità di verifica medica della sussistenza di presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'assistenza a morire e, nell'attesa di tale intervento, subordina la non punibilità proprio al rispetto delle modalità previste dalla normativa sul consenso informato, sulle cure palliative e sulla sedazione profonda e continua (art. 1 e 2, l. 219/2017).

Quanto infine al riferimento alle caratteristiche della patologia, merita particolare attenzione la condizione del paziente generata dalla malattia psichica, opzione che, se presa in considerazione, inevitabilmente esige una seria riflessione circa i criteri di accertamento, implicando un dialogo necessariamente multidisciplinare tra i professionisti di area medica⁵⁷.

Le riflessioni fin qui avanzate circa la necessità di un intervento ad ampio respiro da parte del legislatore, che tenga conto dei vari profili in gioco, trovano conferma anche nella argomentazione avanzata dalla Corte costituzionale per dichiarare inammissibile il *referendum* relativo alla incostituzionalità dell'art. 579 c.p.⁵⁸. La Corte, infatti, chiarisce che la disciplina dell'omicidio del consenziente, così come ora costruita ex art. 579 c.p., non è l'unica disciplina della materia compatibile con il rilievo costituzionale del bene-vita e lo

legali del minore. Rispetto a tale ultima categoria di malati, è evidente come ai più generali interrogativi in tema di aiuto a morire se ne aggiungano di ulteriori, peculiari alle caratteristiche dei soggetti in questione. Tuttavia, anche senza volersi spingere a considerare l'ipotesi di peculiari soluzioni eutanasiche per i soggetti minorenni, come peraltro avviene in altri ordinamenti (per i profili problematici v. l'analisi comparatistica proposta da L. GOISIS, *Riflessioni comparatistiche in tema di eutanasia e aiuto al suicidio*, in *Dir. pen. proc.*, n. 8/2019, pp. 1085 ss.), già l'attuale assetto normativo interno costringe l'interprete a confrontarsi con siffatti nodi critici, palesando, anche su questo fronte, la necessità di interventi accorti del legislatore, volti ad apprestare una tutela peculiare secondo il «miglior interesse del minore», per recenti approfondimenti sul punto v. E. CIPANI, *Interruzione del trattamento vitale e miglior interesse del minore: il caso Parfitt v. Regno Unito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3/2021, pp. 1145 ss.; cfr. altresì R. POTENZANO, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari sui minori e decisioni di fine vita. Riflessioni comparatistiche*, in *Dir. fam. e pers.*, fasc. n. 3/2019, pp. 1307 ss. Per una prospettazione più generale delle tematiche legate al consenso del minore in ambito medico v. M. PICCINNI, *Il consenso al trattamento medico del minore*, Padova, 2007.

⁵⁷ V. D. PROVOLO, § 2, in E. PALERMO, D. PROVOLO, E. CADAMURO, *Profili penali dell'aiuto a morire: problematiche attuali e considerazioni de iure condendo anche in prospettiva comparatistica*, cit., p. 130 s. Si tratta peraltro di un'opzione consentita in altri Paesi europei, tra cui il Belgio, di recente salito agli onori della cronaca sia per un discusso caso di eutanasia nei confronti di una ragazza, Shanti De Corte, di 23 anni, affetta da depressione, la cui regolarità è stata tuttavia accertata dalla Commissione federale responsabile del controllo sull'eutanasia che ha per ora chiuso il caso (https://www.repubblica.it/esteri/2022/10/09/news/belgio_sbanti_de_corte_morta_deutanasia_a_23_anni_per_depressione_incolume_nella_strage_isis_a_bruelles_non_si_era_mai_-369293391/), sia per una sentenza della CEDU secondo cui l'eutanasia concessa a una donna di 64 anni affetta da depressione clinica ha violato l'art. 2 della Convenzione Edu, sul presupposto che l'indagine penale dell'autorità belga non è stata svolta in maniera ragionevolmente celere ed essendo la disciplina nazionale non sufficientemente idonea ad assicurare la fondamentale indipendenza della *Commission fédérale*, v. G. ALESSI, *Corte Europea dei Diritti dell'Uomo – Mortier v. Belgio: ricorso all'eutanasia di una donna che soffre di depressione cronica*, in *biodiritto.org*, 4 ottobre 2022.

⁵⁸ Corte cost. 50/2022 cit. Sui motivi dell'inammissibilità v. M. ROMANO, *Eutanasia legale e referendum: le ragioni dell'inammissibilità*, in *Sist. pen.*, 25 gennaio 2022; nonché R. BARTOLI, *Le problematiche del fine vita tra orientamenti della Corte costituzionale e proposta di referendum abrogativo*, in *Sist. pen.*, 22 novembre 2021. Poneva invece la questione se le indubbe incongruenze della disciplina che sarebbe residua da una abrogazione referendaria fossero motivo sufficiente per dichiarare la inammissibilità delle proposte M. DONINI, *Il senso "ammissibile" del quesito referendario sull'aiuto a morire*, in *Sist. pen.*, 30 novembre 2021.

stesso legislatore può dunque intervenire per apportare modifiche o sostituire la disciplina vigente con una differente, non trattandosi di una norma a contenuto costituzionalmente vincolato. Quello che la Corte esclude, invece, è proprio la possibilità di intervenire in materia con una abrogazione pura e semplice di norme come quella in esame⁵⁹, perché non verrebbe in tal modo preservato quel «livello minimo di tutela» richiesto dai referenti costituzionali⁶⁰. Quest'ultimo sarebbe invece stato proprio il risultato del successo dell'iniziativa referendaria. Senza qui aver pretese di ripercorrere l'*iter* che ha condotto alla presentazione della proposta referendaria e alla successiva dichiarazione di inammissibilità, basti ricordare che l'approvazione del *referendum* avrebbe reso lecito l'omicidio di chi vi abbia validamente consentito, a prescindere dai motivi per i quali il consenso è prestato, dalle forme in cui è espresso, dalla qualità dell'autore del fatto e dai modi in cui la morte è provocata, comportando così il venir meno di ogni tutela. Si sarebbe trattato insomma di una liceità ben più estesa rispetto ai casi nei quali la fine della vita è voluta dal consenziente prigioniero del suo corpo a causa di malattia irreversibile, di dolori e di condizioni psicofisiche non più tollerabili, seppur questi fossero tuttavia gli intenti dichiarati dai promotori⁶¹.

4. Riflessioni conclusive in prospettiva di riforma dell'impianto penalistico

A fronte della complessità della materia affrontata, della delicatezza delle garanzie da approntare e del numero delle questioni da definire, è quanto più necessario un intervento organico, con una legge *ad hoc*⁶², con cui definire chiaramente i termini e i limiti dell'aiuto a morire. Solo una volta definito il contesto e la procedura da seguire sarà possibile definirne altresì i risvolti penalistici, attraverso una opportuna rimodulazione delle fattispecie criminose citate.

Invero, il legislatore ha cercato di rispondere a tale esigenza, come dimostrano i lavori parlamentari della passata legislatura, tuttavia il disegno di legge presentato in Parlamento⁶³ non soddisfa, anche per quanto attiene la disciplina penalistica⁶⁴. Prima tuttavia di porne

⁵⁹ La Corte definisce la normativa a tutela della vita quale normativa di «natura costituzionalmente necessaria» (§ 5, Corte cost. 50/2022 cit.).

⁶⁰ V. § 5.3.

⁶¹ V. § 3.2. Sulla divergenza tra le finalità dichiarate dal comitato promotore del referendum e i risultati a cui avrebbe condotto l'esito positivo dello stesso v., in particolare, § 3.3. Corte cost. 50/2022 cit., in dottrina cfr. O. DI GIOVINE, *Brevi note sul referendum, in tema di c.d. eutanasia legale*, in *Sist. pen.*, 25 gennaio 2022; v. altresì D. PULITANÒ, *Problemi del fine vita, diritto penale, laicità politica. A proposito di un referendum abrogativo*, in *Sist. pen.*, 19 ottobre 2021.

⁶² Come peraltro indicato dalla stessa Corte costituzionale nell'ordinanza n. 207/2018, cit.

⁶³ D.d.l. Bazoli, cit.

⁶⁴ Per un'analisi delle criticità che rivestono l'intero impianto normativo del disegno di legge si rimanda a quanto prospettato da E. PALERMO, § 3, in E. PALERMO, D. PROVOLO, E. CADAMURO, *Profili penali dell'aiuto a morire: problematiche attuali e considerazioni de iure condendo anche in prospettiva comparatistica*, cit., pp. 132 ss.

in luce gli aspetti più lacunosi, preme precisare che, allo stato attuale del dibattito, per i motivi che sono stati fino ad ora esaminati, la prospettiva di una riforma che riguardi la normativa penalistica, posta a presidio della vita e dunque, in particolare, una riforma che riguardi gli artt. 579 e 580 c.p., non può che partire dalla necessità di circoscrivere il problema dell'aiuto a morire nella cornice della relazione di cura e fiducia tra medico e paziente – secondo le direttive peraltro tracciate dalla Corte costituzionale con il richiamo alla l. 219/2017⁶⁵ – come necessità di dare risposte al malato a fronte di una situazione che nasce dalla perdita della salute e comporta sofferenza fisica e/o psichica ritenuta insopportabile: ecco perché appare opportuno utilizzare la terminologia “aiuto medico a morire”⁶⁶. In questo preciso contesto, infatti, la rigorosa tutela penale del bene-vita dovrebbe trovare un limite nella prevalenza della tutela del bene salute fisica e/o psichica della persona sofferente e nel connesso diritto all'autodeterminazione terapeutica. Si è dato conto di come il principio sia ormai consolidato per quanto attiene al diritto del paziente e/o del suo rappresentante legale a rifiutare cure ritenute non appropriate, così come a chiedere l'interruzione di cure già avviate (art. 1, comma 5, l. n. 219/2017).

Quali dunque i possibili scenari di riforma degli artt. 579 e 580 c.p., dopo l'intervento della Corte costituzionale che ha introdotto nell'art. 580 c.p. una scriminante procedurale per il suicidio medicalmente assistito? In primo luogo l'esigenza avvertita è quella di un discorso unitario di revisione per entrambe le fattispecie⁶⁷.

Si tratta di un auspicio fondato sulla convinzione che, nel contesto della relazione terapeutica ed alla luce di principi già normati, entrando dunque nel terreno circoscritto dell'aiuto medico a morire, non serva continuare a dare rilievo, in particolare sul piano penalistico,

⁶⁵ Non manca chi vede tale assunto come problematico, in particolare in presenza delle condizioni richiamate dalla Corte, tra cui quella in tema di obiezione di coscienza. La Corte infatti precisa che la «declaratoria di illegittimità costituzionale si limita a escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici. Resta affidato, pertanto, alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato»: si tratta di una opzione che introduce una configurazione oppositiva dei ruoli del medico e paziente, incidendo sulla stessa possibilità di instaurare una autentica relazione terapeutica, nello spirito indicato dalla l. 219/2017, così B. PEZZINI, *Fine vita, sanità, salute nel caso Cappato/Antoniani: la sequenza decisionale ordinanza 207/2018 – sentenza 242/2019*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2020, p. 311.

⁶⁶ Sul punto può essere utile richiamare i contributi del Gruppo “Un diritto gentile”, pubblicati in *Resp. med.*, n. 1/2022, tra questi, in particolare, P. ZATTI, *La questione dell'aiuto medico a morire nella sentenza della Corte costituzionale: il ritorno al futuro della l. 219/2017*, cit., secondo il quale «l'aiuto medico a morire trova senso e luogo nello spazio della cura: non cura della malattia – se l'espressione si intende come ricerca di guarigione o remissione – ma cura della persona malata nella sua sofferenza non più tollerabile». Risulta d'interesse richiamare anche il contributo di M. PICCINNI, *La richiesta di aiuto a morire: spazi per una risposta politica “gentile” e per un intervento del legislatore*, per un'analisi delle complessità sottesa a tale scelta (nello spec. pp. 141 ss.).

⁶⁷ Prospetta tale necessità S. CANESTRARI, *Ferite dell'anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, cit., pp. 32 ss., il quale auspica una riforma generale dei delitti contro la persona poiché danno luogo a esiti sanzionatori così intensi da apparire censurabili sotto il profilo della ragionevolezza-proporzionalità; cfr. inoltre L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo di laicità nell'esperienza personalistica*, cit., p. 79, la quale già prospettava come un intervento di depenalizzazione della partecipazione materiale all'altrui suicidio dovesse comportare un intervento in egual misura anche nella norma di cui all'art. 579 c.p., intendendo, in tale contesto, «l'eutanasia attiva consensuale come un “suicidio per mano altrui”».

alle diverse modalità pratiche con cui si giunga ad accompagnare la persona malata alla morte: tra queste si intende quindi sia il procurare attivamente la morte della persona che chiede di essere aiutata a morire, sia il tenere un comportamento che sia di ausilio per l'esecuzione dell'intento del malato di porre fine alla propria sofferenza – il quale mantiene tuttavia il dominio sull'azione – sia infine il limitarsi a non mettere in atto trattamenti salvavita, lasciando che la patologia in atto, non contrastata da interventi medici, faccia il suo corso (quest'ultimo è il caso già scriminato *ex art. 1, comma 6, l. 219/2017*⁶⁸). Siffatta conclusione trova le sue origini già nelle riflessioni avviate, tra l'altro ancor prima della l. 219/2017, con riferimento all'interruzione su richiesta del paziente di un trattamento in atto, per la quale si renda necessario il comportamento attivo del medico⁶⁹. Al riguardo, la dottrina penalistica, ormai da tempo, parla di condotta omissiva mediante azione⁷⁰. Il passaggio ulteriore che si chiede al legislatore è di concepire dunque la possibilità di una condotta attiva del medico, che in determinate ben circoscritte situazioni “tragiche” viene dall'ordinamento autorizzato ad agire per consentire al paziente di porre fine a sofferenze da lui sentite come insostenibili⁷¹.

Siamo consapevoli delle obiezioni a tali proposte basate sulla preoccupazione della c.d. “china pericolosa”⁷². Sotto questo profilo meritano indubbiamente estrema attenzione le considerazioni in ordine ai possibili rischi di un uso improprio della rinuncia ai trattamenti sanitari, secondo quella logica di “cultura dello scarto”⁷³ che potrebbe sottendere tutti gli indirizzi *lato sensu* eutanasi.

Il primo rischio che si prospetta è quello di un condizionamento legato a ragioni economiche, in quanto in grado di ridurre «gli oneri umani della *care* nei confronti dei pazienti»⁷⁴, il secondo, quello di non fornire sufficiente aiuto e sostegno al paziente, generando nello stesso quel senso di abbandono che potrebbe portare alla rinuncia alla vita⁷⁵.

Proprio questa consapevolezza induce tuttavia a riflettere sulla necessità di contestualizzare le scelte, tenendo conto che l'intervento del medico non solo non è sempre in grado di guarire, ma anche, talora, nonostante la somministrazione di tutte le cure possibili, non è in grado di ovviare alle situazioni più estreme di sofferenza del paziente stesso.

⁶⁸ E. PALERMO FABRIS, *Orizzonte e limiti della cura*, in *Resp. med.*, n. 1/2019, p. 45.

⁶⁹ M. DONINI, *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire. L'opzione “non penalistica” della Corte costituzionale di fronte a una trilogia inevitabile*, in *Giur. cost.*, 2018, pp. 2855 ss.

⁷⁰ Per tutti, F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, pp. 1007 ss.

⁷¹ In senso critico rispetto alla possibilità indicata v. M. ROMANO, *Suicidio assistito e Corti costituzionali italiana e tedesca*, cit., p. 60.

⁷² L. EUSEBI, *Diritto a vivere, suicidio, eutanasia*, in *Corti supreme e salute*, n. 2/2020, p. 510.

⁷³ V. il richiamo al pensiero di Papa Francesco in L. EUSEBI, *Diritto a vivere, suicidio, eutanasia*, cit., p. 503.

⁷⁴ Così L. EUSEBI, *Diritto a vivere, suicidio, eutanasia*, cit., p. 502.

⁷⁵ V. ancora L. EUSEBI, *Diritto a vivere, suicidio, eutanasia*, cit., p. 505.

Ecco perché riteniamo che le derive, poc'anzi paventate, possano e debbano essere scongiurate attraverso un'attenta enunciazione delle condizioni in presenza delle quali l'aiuto medico a morire possa essere autorizzato e, sotto il profilo organizzativo, attraverso la predisposizione di rigorosi controlli che dovrebbero comunque riguardare l'intera procedura, non limitandosi alla fase del rilascio dell'autorizzazione. Ci si riferisce alla necessità di concepire una rigorosa procedura medicalizzata in grado di dare adeguate garanzie e di circoscrivere la liceità dei comportamenti solo a casi determinati, rigorosamente confinati in un aiuto medico a morire per situazioni estreme di vita non più "vivibile". Non "cultura dello scarto", dunque, ma attenzione assoluta ai bisogni del singolo malato, in una logica, il più possibile, preservativa della vita⁷⁶.

La modifica invocata dovrebbe allora tradursi nell'inserimento di una scriminante procedurale all'interno delle due fattispecie penali, in grado di garantire la tutela del bene ritenuto prevalente attraverso il rispetto di una procedura rigorosa⁷⁷. In particolare, in un contesto come quello dell'aiuto medico a morire, la scriminante consente di giungere al risultato non tanto di liberalizzare, quanto di disciplinare «bilanciamenti che lasciano al singolo margini decisivi di una scelta autonoma, fissati certi presupposti di maturazione della scelta stessa, oltre che di legittimità sostanziale del contesto»⁷⁸.

La proposta di legge approvata dalla Camera nella scorsa Legislatura⁷⁹ pare tuttavia non aver recepito l'auspicio di un così prospettato intervento omnicomprensivo, poiché in essa si fa riferimento solamente alla fattispecie di aiuto al suicidio (art. 580 c.p.), senza nessuna apertura verso l'estensione di analoga scriminante alla fattispecie di omicidio del consenziente (art. 579 c.p.) che, dunque, a fronte della dichiarazione di inammissibilità del referendum abrogativo da parte della Corte costituzionale, mantiene inalterato il suo rigore punitivo senza nessuna considerazione del contesto in cui la condotta venga posta in essere.

Nella proposta di legge, l'estensione della non punibilità viene prevista, invece, per la fattispecie di omissione di soccorso di cui all'art. 593 c.p.: trattasi tuttavia di fattispecie del tutto residuale e di scarso rilievo nelle ipotesi prese in esame. Il fatto di non considerare

⁷⁶ Per riflessioni sulla possibilità di considerare il «vivere con dignità» quale «oggetto di una prospettiva "sanamente laica" della tutela della vita», v. L. RISCATO, *La Consulta e il suicidio assistito: l'autodeterminazione "timida" fuga lo spettro delle chine scivolose*, in *Leg. pen.*, 16.3.2020, p. 10. A questo proposito può risultare di fondamentale importanza valorizzare, anche in questo contesto, quanto previsto dall'art. 5 della l. n. 219/2017, che nel disciplinare la pianificazione condivisa delle cure affida ad un dialogo costante con il paziente, nel rispetto più assoluto della sua volontà, gli interventi medici da effettuare.

⁷⁷ Sul punto, tra gli altri, A. MANNA, *Esiste un diritto a morire? Riflessioni tra Corte costituzionale italiana e Corte costituzionale tedesca*, in *DisCrimen*, 26 maggio 2020, p. 5.; cfr. altresì F. CONSULICH, *Stat sua cuique dies. Libertà o pena di fronte all'aiuto al suicidio?*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, n. 1/2019, p. 120 ss.

⁷⁸ Risultano pienamente attuali, anche nel mutato quadro normativo, le considerazioni svolte sul punto da attenta dottrina all'indomani del caso Welby, così infatti M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno spazio libero dal diritto*, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 902 ss.

⁷⁹ D.d.l. Bazoli, cit.

l'omicidio del consenziente lascia così scoperte di tutela tutte le ipotesi più problematiche di soggetti fragili che non siano in grado di agire in via autonoma per dare attuazione alla volontà di porre fine ad una situazione esistenziale insostenibile, perché gravata da sofferenze fisiche e/o psichiche insopportabili.

Peraltro, l'opzione della scriminante procedurale adottata nel contesto dell'aiuto medico a morire si rinviene già in altri ordinamenti europei⁸⁰. In particolare, a titolo esemplificativo, si può richiamare la recente legge spagnola del 2021 che legalizza la "*prestación de ayuda a morir*", comprendendo tanto l'eutanasia attiva, quanto il suicidio medicalmente assistito⁸¹.

A questa prima opzione di intervento minimo, che comporterebbe, in prospettiva *de iure condendo*, una modifica della soluzione normativa adottata all'art. 8 del d.d.l. citato (dove è appunto contenuta la disciplina penalistica), nel senso di prevedere la riforma contestuale delle due fattispecie di omicidio del consenziente (art. 579 c.p.) e di aiuto al suicidio (art. 580 c.p.), attraverso la previsione di una scriminante procedurale nei termini prospettati, se ne può aggiungere un'altra più estesa⁸² e volta a creare quella gradualità nella risposta sanzionatoria che si rinviene nella disciplina spagnola⁸³.

L'occasione infatti potrebbe essere feconda non solo per valutare anche l'inserimento di una circostanza attenuante per l'eventuale aiuto a morire fornito "*pietatis causa*", senza tuttavia il rispetto delle procedure previste, ma pur sempre in presenza delle condizioni cliniche considerate per l'attivazione della procedura, ma altresì la previsione di una diversa risposta sanzionatoria per le differenti fattispecie di istigazione e di aiuto al suicidio previste dall'art. 580 c.p.

Non si dimentichi che proprio l'equiparazione, sotto il profilo del disvalore e della stessa offensività, tra determinazione/istigazione e aiuto al suicidio, è stata posta dalla Corte d'Assise di Milano quale questione da cui partire per giungere a sostenere l'incostituzionalità dell'art. 580 c.p. nel processo contro Marco Cappato, nel caso Antoniani⁸⁴. Nello specifico, il ragionamento della Corte si basa sulla constatazione della violazione del prin-

⁸⁰ V. l'analisi comparatistica di D. PROVOLO, § 2, in E. PALERMO, D. PROVOLO, E. CADAMURO, *Profili penali dell'aiuto a morire: problematiche attuali e considerazioni de iure condendo anche in prospettiva comparatistica*, cit., pp. 122 ss.

⁸¹ Sull'*iter* storico che ha portato la Spagna all'adozione di una tale normativa v. A. TIGRINO, *La riflessione penalistica spagnola in materia di fine vita: dalle elaborazioni d'epoca franchista alla ley orgánica de regulación de la eutanasia del 18 marzo 2021*, in *Leg. pen.*, 27 marzo 2021.

⁸² Si tratta di una possibilità di riforma già oggetto di riflessione in E. PALERMO, D. PROVOLO, E. CADAMURO, *Profili penali dell'aiuto a morire: problematiche attuali e considerazioni de iure condendo anche in prospettiva comparatistica*, cit., pp. 132 ss.

⁸³ Il legislatore spagnolo ha infatti opportunamente riformulato l'art. 143 del codice penale, considerando anche questa specifica situazione. Per un commento all'articolata procedura v. P.Q. CARDINALI, *La legalizzazione dell'eutanasia in Spagna ed un confronto con la normativa sul "fine vita" in Italia*, in *Giurisprudenza Penale*, fasc. n. 4/2021; F. LAZZERI, *Dum Romae (non) consulitur, la Spagna approva una legge che disciplina l'eutanasia attiva*, in *Sist. pen.*, 22 marzo 2021.

⁸⁴ In particolare, v. la questione *sub b)* dove la legittimità costituzionale della norma è posta in discussione poiché prevede che le condotte di agevolazione dell'esecuzione del suicidio, che non incidano sul processo deliberativo dell'aspirante suicida, siano sanzionabili con la pena della reclusione da 5 a 10 anni, senza distinzione rispetto alle condotte di

cipio di eguaglianza-ragionevolezza, che si apprezzerebbe proprio tenuto conto dell'equiparazione *quoad poenam* delle condotte di determinazione e rafforzamento del proposito suicidario, da un lato, alla semplice agevolazione, dall'altro, condotte che evidentemente si presentano come caratterizzate da un coefficiente di offensività radicalmente diverso. Una simile irragionevole equiparazione si risolverebbe, sempre secondo la Corte d'Assise di Milano, anche in un difetto di proporzionalità del trattamento sanzionatorio, atto a compromettere la funzione rieducativa della pena.

La Corte costituzionale non è entrata nel merito di tale questione ed ha giustificato siffatta mancanza considerando in *re ipsa* il rapporto di subordinazione tra le questioni poste dall'organo rimettente. Il ragionamento seguito è del seguente tenore: «appare, infatti, evidente che le censure relative alla misura della pena hanno un senso solo in quanto le condotte avute di mira restino penalmente rilevanti: il che presuppone il mancato accoglimento delle questioni intese a ridefinire i confini applicativi della fattispecie criminosa»⁸⁵. La motivazione riportata non può che destare però qualche perplessità, poiché l'intervento della Corte costituzionale non ha comportato un'attrazione nell'ambito del penalmente lecito di qualsivoglia situazione di aiuto al suicidio, ma solamente di quel peculiare segmento che si configura come suicidio medicalmente assistito, peraltro in presenza di tutti i requisiti richiesti dalla procedura delineata. Permane pertanto, a nostro avviso, la necessità di intervenire per dare una gradualità all'intervento sanzionatorio, nei termini prospettati appunto dalla Corte d'Assise di Milano, prevedendo cioè un trattamento sanzionatorio più mite per quelle condotte che non incidano nella sfera deliberativa dell'individuo, viziandone la autonomia e spontaneità, in modo tale da costituire contributo causale alla realizzazione del comportamento suicidario⁸⁶.

Le soluzioni fin qui prospettate sembrano dunque poter offrire risposte ragionevoli ad una questione complessa come quella dell'aiuto medico a morire che, come si è cercato di dar conto, si inserisce in contesti di dibattito altamente divisivi e intrisi di complesse questioni etico-giuridiche: la difficoltà del percorso non deve tuttavia indurre il legislatore a sottrarsi dal dovere di tentare comunque di intraprenderlo.

istigazione, per ritenuto contrasto con gli artt. 3, 13, 25 comma 2 e 27 comma 3 Cost.» (Ordinanza Corte Assise Milano del 14.2.2018, cit.).

⁸⁵ Corte cost., ordinanza n. 207/2018, cit., § 1.

⁸⁶ Per una diversificazione delle modalità sanzionatorie dell'art. 580 c.p. cfr. anche L. EUSEBI, *Diritto a vivere, suicidio, eutanasia*, cit., p. 509.

Tutela costituzionale degli animali e diritto (umano) alla salute*

Francesca Morganti**

SOMMARIO: 1. *Consider the pangolin*. – 2. *One Health*: una definizione operativa. – 3. (Segue). Equilibrio ambientale, salute animale, salute umana. – 4. Alcune osservazioni sulla recente riforma costituzionale in materia di ambiente e «tutela degli animali». – 5. Conclusioni.

ABSTRACT:

A partire da una riflessione sull'ambivalenza del pangolino, a rischio di estinzione e (forse) pericoloso per l'uomo, si tenterà, nel lavoro che segue, di valutare l'impatto sull'ordito costituzionale della recente riforma degli artt. 9 e 41 Cost., indagando l'esatta portata del nuovo art. 9, comma 3, che affida «i modi e le forme di tutela degli animali» alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, e analizzando, sempre in ottica costituzionalistica, la contraddittoria relazione tra approccio *One Health*, indiscutibilmente alla base della novella, e protezione degli animali (oltre che come componenti di comunità biologiche, anche) come singoli «esseri senzienti».

After pondering the «weird ambivalence» of the pangolin, «endangered and (perhaps) dangerous», the paper will focus on the recent amendments to articles 9 and 41 of the Italian Constitution, on their relationship with the One Health paradigm and their impact on the legal consideration of animals, both as members of a biological community and individual «sentient beings».

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco. L'articolo è stato proposto dall'Autrice in risposta alla *call for papers* intitolata “*One World, One Health... Which Law?* Dimensioni e implicazioni giuridiche di un paradigma di tutela integrata della salute umana, animale e ambientale”.

** Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”, francesca.morganti@outlook.com.

1. Consider the pangolin

In un suo scritto del 2020, *Did pangolin trafficking cause the Coronavirus pandemic?*¹, David Quammen, profetico autore di *Spillover: Animal infections and the next human pandemic* (2012)², evidenziava la «strana ambivalenza» del *pangolin*, il pangolino, a un tempo specie in pericolo e (forse) pericolosa³.

È stato ipotizzato che una popolazione di pangolini – piccoli mammiferi squamosi, vagamente somiglianti a dei formichieri – abbia funto da «ospite intermedio», tra i pipistrelli e l'uomo, di quello che è poi diventato il SARS-CoV-2; l'ipotesi è tuttora contemplata dall'OMS⁴.

I pangolini, d'altro canto, sono animali a rischio d'estinzione, soprattutto a causa degli intensi flussi commerciali – illegali⁵ – che hanno ad oggetto le loro squame, impiegate in alcune medicine tradizionali, e i loro pelli, apprezzati anche in Occidente, oltre alla carne, consumata in diverse aree dell'Asia e dell'Africa (ed è proprio al consumo di carne che sono spesso legati i «salti» zoonotici).

L'ambivalenza del pangolino, minacciato dall'uomo e per l'uomo (forse) minaccia, diviene simbolo delle sfide che il diritto, e il diritto pubblico *in primis*, deve e dovrà affrontare nel relazionarsi al mondo animale: la tutela obiettiva degli animali in quanto «esseri senzienti»⁶ si interseca con l'interesse estetico-ecologico per la biodiversità e la ricchezza degli ecosistemi, che spinge a privilegiare i selvatici rari; in questo quadro si inserisce, alla luce di fenomeni zoonotici sempre più numerosi, la preoccupazione per la salute umana, ormai legata a doppio filo a quella animale (e ambientale).

In ottica costituzionalistica, e sulla scorta della recente riforma degli articoli 9 e 41 Cost. – che fa proprio, ancorché implicitamente, questo approccio *One Health* – sarà importante indagare l'esatta portata dell'attuale art. 9, comma 3, Cost., che affida «i modi e le forme di

¹ D. QUAMMEN, *Did pangolin trafficking cause the Coronavirus pandemic?*, in *The New Yorker*, 24 agosto 2020.

² D. QUAMMEN, *Spillover: Animal infections and the next human pandemic*, New York, W.W. Norton & Company, 2012.

³ L'A. parla di «weird ambivalence» del pangolino, «endangered and (perhaps) dangerous».

⁴ Si v., da ultimo, il *report* preliminare dello *Scientific Advisory Group for the Origins of Novel Pathogens* (SAGO) dell'OMS, pubblicato nel giugno 2022 e disponibile su: <https://www.who.int/publications/m/item/scientific-advisory-group-on-the-origins-of-novel-pathogens-report>.

⁵ I pangolini sono annoverati tra le «specie minacciate di estinzione per le quali esiste o potrebbe esistere una azione del commercio» (cfr. art. 2 e Appendice D) dalla Convenzione sul commercio internazionale delle specie animali e vegetali selvatiche minacciate di estinzione (c.d. CITES, che sta per *Convention on International Trade in Endangered Species*), sottoscritta a Washington nel 1973, ratificata e resa esecutiva in Italia con l. 19 dicembre 1975, n. 874. Sono parti della Convenzione, oltre all'Italia, altri centottantuno Paesi e la stessa Unione europea.

⁶ Espressione utilizzata, com'è noto, (non solo, ma soprattutto) nell'art. 13 TFUE, in base al quale: «Nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali *in quanto esseri senzienti*, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale» (enfasi aggiunta).

tutela degli animali» alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. Si tratta, come sembra a prima lettura, di una mera norma *sulla* produzione? Ovvero contiene, come pure è stato sostenuto, elementi *di* produzione, attribuendo rilevanza costituzionale – con tutti i *caveat* del caso – al benessere animale?

Rimarrebbe da chiedersi, in ogni caso, se una tutela parcellizzata di quest'ultimo possa comunque ritrovarsi nella restante parte del testo costituzionale, e *in primis* nell'art. 32 Cost., vista l'evidenziata interdipendenza tra equilibrio ambientale, salute animale e salute umana. E rimane da chiedersi, in ultimo, come muoversi quando questi interessi non siano allineati, e se il nuovo art. 9, comma 3, Cost., possa fornire elementi utili per l'interprete in sede di bilanciamento.

Si tenterà, nel prosieguo del lavoro, di porre – in via del tutto preliminare rispetto a (ipotizzabili) evoluzioni normative e giurisprudenziali – alcune basi per le riflessioni in questione, esplorando gli interrogativi suesposti più che formulando risposte compiute, comunque tenendo ferma la consapevolezza che, per quanto la Costituzione parli ora di animali non-umani, è alle persone che inevitabilmente si rivolge.

2. One Health: una definizione operativa

È bene fare un passo indietro, prendendo le mosse dalla nozione di *One Health* – dalle sue complessità e (numerose) implicazioni per il diritto pubblico.

Tra i molti tentativi di definire univocamente l'approccio *One Health*, è degno di nota, fra i più autorevoli e i più recenti, quello dell'OHHLEP, il *One Health High-Level Expert Panel* costituito nel 2021 su iniziativa dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS), dell'Organizzazione mondiale per la sanità animale (OIE), dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'alimentazione e l'agricoltura (FAO), e del Programma delle Nazioni Unite per l'ambiente (UNEP). Le prime tre organizzazioni onusiane – che si occupano, rispettivamente, di salute umana, salute animale e sicurezza alimentare – compongono la c.d. Alleanza Tripartita, cui il programma menzionato da ultimo si è aggiunto più di recente, dando luogo alla formazione nota come *Tripartite* + o *Quadripartite*⁷.

Nel suo primo rapporto annuale, relativo al 2021, l'OHHLEP ha fornito, a partire da una «rassegna delle definizioni esistenti utilizzate dalla Tripartita e da altre organizzazioni *leader* di tutto il mondo», la seguente *working definition*: «*One Health* è un approccio integrato e unificante che mira a bilanciare in modo sostenibile [*sustainably balance*] e ottimizzare la salute delle persone, degli animali e degli ecosistemi. Esso riconosce che la salute degli esseri umani, quella degli animali domestici e selvatici, quella delle pian-

⁷ Cfr. ONE HEALTH HIGH-LEVEL EXPERT PANEL, *Quadripartite One Health Intelligence Scoping Study: Actions to develop an effective Global One Health Intelligence System*, 1° agosto 2022.

te e dell'ambiente in senso più ampio (inclusi gli ecosistemi) sono strettamente legate e interdipendenti. È un approccio che mobilita molteplici settori, discipline e comunità, a diversi livelli della società, per lavorare insieme con lo scopo di promuovere il benessere e affrontare le minacce alla salute e agli ecosistemi, rispondendo nel contempo al bisogno collettivo di acqua, energia e aria pulite, di cibo sicuro e nutriente, attivandosi sul fronte del cambiamento climatico e contribuendo allo sviluppo sostenibile⁸.

Si sottolinea, dunque, la stretta inter-connesione tra salute umana, salute animale e “salute” ambientale, ponendosi la prima, implicitamente, come dipendente dalle altre. Nel contempo, tuttavia – e questo è rilevante ai nostri fini – si utilizza, non a caso, un'espressione centrale, semanticamente ricca e a vocazione multidisciplinare: *bilanciamento*.

3. (Segue). Equilibrio ambientale, salute animale, salute umana

Lo stretto legame tra attività umane ed equilibrio ambientale è stato evidenziato da tempo; altrettanto cristallino è l'impatto dell'ambiente – in senso ampio – sulla salute animale e umana.

In un fondamentale studio di oltre quindici anni fa, gli epidemiologi Woolhouse e Gowtage-Sequeria hanno individuato dieci «*main categories of drivers associated with [the] emergence and reemergence of human pathogens*»: (i) le variazioni nell'uso del suolo⁹ o nelle pratiche agricole; (ii) i cambiamenti nella demografia e nella società umana; (iii) la scarsa salute delle popolazioni (e.g., diffusione dell'HIV, malnutrizione); (iv) la tenuta degli ospedali e, più in generale, la qualità dei servizi sanitari; (v) l'evoluzione degli stessi patogeni (e.g., sviluppo di un resistenza agli antimicrobici¹⁰, aumento della virulenza); (vi) la contaminazione delle fonti di cibo o delle riserve idriche; (vii) i viaggi internazionali; (viii) il

⁸ ONE HEALTH HIGH-LEVEL EXPERT PANEL, *Annual report 2021*, 31 marzo 2022, p. 13. Il documento è in lingua inglese, la traduzione è dell'A. Sul punto si v. anche ONE HEALTH HIGH-LEVEL EXPERT PANEL, W.B. ADISASMITO *et al.*, *One Health: A new definition for a sustainable and healthy future*, in *PLOS Pathogens*, giugno 2022.

⁹ S'intende, dall'uso naturale (foreste, aree umide) a quello semi-naturale (superfici agricole) o, peggio, artificiale (zone urbanizzate, industriali *etc.*). L'importanza, nella produzione alimentare e per la mitigazione dei cambiamenti climatici, dei depositi di carbonio nel suolo – e, più in generale, della “salute” del suolo stesso – è evidenziata, tra gli altri, dalla FAO, *Global Soil Organic Carbon map (v. 1.5): Technical report*, 2020.

¹⁰ Sottolinea come «il controllo del fenomeno dell'AMR [antimicrobico-resistenza] non possa prescindere da un approccio “One Health”», dato il legame tra contesto umano e ambito veterinario, il *Piano nazionale di contrasto dell'antimicrobico-resistenza* per il periodo 2017-2020, poi prorogato, curato dal Ministero della Salute. Si v. anche, in ambito eurounitario, il Piano della COMMISSIONE EUROPEA, *A European One Health Action Plan against antimicrobial-resistance*, giugno 2017, i cui principi trovano seguito nel Regolamento (UE) 2021/522 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 marzo 2021, che «istituisce un programma d'azione dell'Unione in materia di salute per il periodo 2021-2027 (“programma UE per la salute”) (EU4Health)».

fallimento o l'inadeguatezza dei programmi di salute pubblica; (ix) il commercio internazionale¹¹; (x) i cambiamenti climatici¹².

Si tratta, evidentemente, di fattori eterogenei e variamente interconnessi: *lato sensu* ambientali, socio-economici, politici. È necessario un approccio interdisciplinare, che li affronti separatamente e congiuntamente. Come è stato autorevolmente sottolineato, «*tout [...] dans la diffusion des maladies, comme dans tout phénomène biologique naturel, est affaire de circonstances*»¹³, e in particolare delle circostanze – situazioni, condizioni – create dall'uomo¹⁴.

Le attività umane – emissioni di gas serra, utilizzo eccessivo o improprio delle risorse naturali, inquinamento, espansione e “intensificazione” di agricoltura e allevamento, sfruttamento della fauna selvatica, variazioni nell'uso dei terreni (deforestazione, attività estrattive, urbanizzazione e industrializzazione in senso ampio) – incidono direttamente sulla c.d. *climate variability*, causano la degradazione del suolo e la progressiva modificazione dei paesaggi, determinano la distruzione degli *habitat* naturali e la perdita di bio-ricchezza¹⁵. Per quanto concerne quest'ultimo aspetto, in particolare, è stato – ed è – ampiamente sostenuto che vi sia un rapporto di causa-effetto tra la riduzione della biodiversità e l'accresciuta circolazione di malattie zoonotiche, *i.e.* trasmesse dagli animali all'uomo: si tratta del c.d. effetto di diluizione¹⁶, per il quale livelli più alti di biodiversità rallenterebbero e ostacolerebbero la circolazione degli agenti patogeni in un dato ambiente. Dove molte specie coesistono, è ben possibile che il patogeno si affidi a ospiti scarsamente competenti; non solo: specialisti dell'*habitat*, predatori e animali a strategia di vita lenta saranno i primi a risentire del disturbo o della frammentazione dell'*habitat* medesimo, riducendosi nel numero, mentre i generalisti e gli animali a strategia di vita veloce, che spesso fungono da ospiti o *reservoir* naturali di patogeni, resistono e si adattano più agevolmente ai cambiamenti¹⁷.

¹¹ Sulla correlazione tra «*increasing number of outbreaks of infectious diseases*» e «*increasing global transportation and wealth*», e sul legame tra «*economic globalization*» e «*globalization of infectious diseases*», v., *ex multis*, J.-F. GUÉGAN, B. ROCHE, S. MORAND, *Biodiversity and human health: On the necessity of combining ecology and public health*, in M. LOREAU, A. HECTOR, F. ISBELL (a cura di), *The ecological and societal consequences of biodiversity loss*, London-Hoboken, ISTE-Wiley, 2022, p. 246.

¹² M.E.J. WOOLHOUSE, S. GOWTAGE-SEQUERIA, *Host range and emerging and reemerging pathogens*, in *Emerging Infectious Diseases*, 2005, n. 12, p. 1843.

¹³ C. NICOLLE, *Destin des maladies infectieuses*, Paris, Presses Universitaires de France, 1939, p. 130.

¹⁴ J.-F. GUÉGAN, B. ROCHE, S. MORAND, *Biodiversity and human health*, cit., p. 234.

¹⁵ Cfr., *ex multis*, D. DESTOUMIEUX-GARZÓN *et al.*, *Getting out of crises: Environmental, social-ecological and evolutionary research is needed to avoid future risks of pandemics*, in *Environmental International*, 2022, n. 1, p. 6.

¹⁶ R.S. OSTFELD, F. KEESING, *Biodiversity and disease risk: The case of Lyme disease*, in *Conservation Biology*, 2000, n. 3, pp. 722 ss.; K.A. SCHMIDT, R. OSTFELD, *Biodiversity and the dilution effect in disease ecology*, in *Ecology*, 2001, n. 3, pp. 609 ss.

¹⁷ COSÌ H. KHALIL, F. ECKE, M. EVANDER, M. MAGNUSSON, B. HÖRNFELDT, *Declining ecosystem health and the dilution effect*, in *Scientific Reports*, 2016, p. 1, che individuano, con specifico riferimento alle infezioni da *Puumala hantavirus* (c.d. PUUV, nota malattia zoonotica) nelle arvicole dei boschi della Svezia settentrionale, due meccanismi di riduzione della circolazione: (i) la presenza di specie in competizione e interferenti, come l'arvicola agreste, incide sulla consistenza e la densità della popolazione ospite del virus (*susceptible host regulation*); (ii) la presenza di predatori del nido, come

Può rilevarsi, ai nostri fini, e a costo di operare semplificazioni¹⁸, una relazione negativa tra biodiversità e circolazione delle malattie zoonotiche, e dunque una relazione positiva tra biodiversità e salute animale (e umana, di conseguenza). La biodiversità, inoltre, avrebbe un effetto positivo sul benessere psichico e sulla qualità della vita delle persone¹⁹, contribuendo, tra l'altro, ad appagare il senso estetico dei più²⁰.

In un'ottica di protezione ambientale e di conservazione della bio-ricchezza dei sistemi naturali – entrambe finalizzate, in ultimo, a garantire e ottimizzare le condizioni della vita umana – gli animali non-umani²¹ tenderanno a essere trattati come mezzi, anziché come fini: tutelati in quanto componenti di una comunità biologica, parti di un tutto, più che come singoli «esseri senzienti»²².

La stessa avversione per gli allevamenti intensivi, cui prima si è fatto cenno, appare, in questa prospettiva, strettamente legata al loro impatto ambientale²³. L'attenzione ai selvatici rari – si consideri il pangolino – e la corrispondente, radicale discriminazione dei selvatici comuni²⁴, poi, tornano a legarsi al desiderio, umano e umano-centrico, di salvaguardare il proprio ambiente di vita.

il toporagno comune, influenza le condotte dei componenti della popolazione ospite, riducendone la circolazione e i contatti interni ed esterni (*encounter reduction*).

¹⁸ Come avvertono B. DE THOISY *et al.*, *Ecology, evolution, and epidemiology of zoonotic and vector-borne infectious diseases in French Guiana: Transdisciplinarity does matter to tackle new emerging threats*, in *Infection, Genetics and Evolution*, 2021, p. 12, «the biodiversity-disease relationship cannot be simplified by considering only biodiversity per se without taking into account the disease system specificities» e le caratteristiche dell'*habitat* in questione.

¹⁹ J. METHORST, K. REHDANZ, T. MUELLER, B. HANSJÜRGENS, A. BONN, K. BÖHNING-GAESE, *The importance of species diversity for human well-being in Europe*, in *Ecological Economics*, 2021; v. anche M. HEDBLÖM, I. KNEZ, B. GUNNARSSON, *Bird diversity improves the well being of city residents*, in E. MURGUI, M. HEDBLÖM (a cura di), *Ecology and conservation of birds in urban environments*, New York, Springer, 2017, pp. 287 ss., i quali, addirittura, rilevano, tra i servizi ecosistemici di ordine *lato sensu* culturale svolti da diverse specie di volatili, l'impatto positivo delle stesse sull'umore delle persone, soprattutto nei contesti urbani: «not only visual encounters with birds in urban areas but also exposure to birdsongs can create positive memories and potentially reduce stress» (p. 302).

²⁰ Di «interesse estetico-ecologico per la biodiversità [e] per la bio-ricchezza dei sistemi naturali» parla L. LOMBARDI VALLAURI, *Testimonianze, tendenze, tensioni del diritto animale vigente*, in S. CASTIGNONE, L. LOMBARDI VALLAURI (a cura di), *La questione animale*, parte di S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 264.

²¹ Qualificare l'essere animale come animale non-umano – e l'essere umano, implicitamente, come animale, ancorché umano – non equivale a prendere posizione nell'annoso dibattito sullo statuto giuridico che più si confà agli animali stessi: serve, piuttosto, a sottolineare l'inevitabile continuità del mondo vivente-senziente, dimostrata da Darwin in poi.

²² E. SOBER, *Philosophical problems for environmentalism*, in B.G. NORTON (a cura di), *The preservation of species: The value of biological diversity*, Princeton, Princeton University Press, 1986, p. 174, pone in evidenza l'incommensurabilità, sul piano assiologico, tra animalismo e ambientalismo: il primo si occupa degli animali come singoli e in virtù della loro individuale – personale – capacità di soffrire, il secondo guarda all'insieme, alla specie e non al singolo, alla sopravvivenza e non alla sofferenza («put simply, what is special about environmentalism is that it values the preservation of species, communities, or ecosystems, rather than the individual organisms of which they are composed»).

²³ Si v., per tutti, il rapporto della Commissione EAT-Lancet, W. WILLETT *et al.*, *Food in the Anthropocene: the EAT-Lancet Commission on healthy diets from sustainable food systems*, in *The Lancet*, vol. 393, 2019, pp. 447 ss., che pone in luce, tra l'altro, la necessità, tanto per la salute individuale che del Pianeta, di ridurre gli allevamenti su larga scala e il consumo personale di proteine animali; un nuovo *report* della Commissione è atteso nel 2024.

²⁴ Come rileva L. LOMBARDI VALLAURI, *Testimonianze, tendenze, tensioni*, cit., p. 263, «il diritto positivo opera una discriminazione radicale tra i selvatici rari e i selvatici comuni: i primi sono protetti con grande sollecitudine, i secondi possono essere uccisi a volontà o sottoposti a piani ufficiali di decimazione».

Questa gradazione degli interessi potrà apparire superflua: si è accennato più volte all'interconnessione tra equilibrio ambientale, salute animale e salute umana. Che importa, in fondo, se si tutelano gli animali per proteggere l'ambiente per salvare l'uomo?

Per quanto, tuttavia, i tre elementi – ambiente, salute animale, vita umana – siano interrelati, non è da escludere, in linea di principio e sul piano pratico, che possano entrare in conflitto, così come non è da escludere che si creino relazioni di competizione e reciproca interferenza tra diverse popolazioni animali. È il paradosso delle tartarughe e dei conigli delle Galápagos: la tutela delle prime ha motivato lo sterminio dei secondi «e di altre specie che mangiavano loro l'erba sotto i piedi»²⁵.

Mostra la sua centralità, in quest'ottica, il riferimento dell'OHHLEP al *bilanciamento*: per quanto si insista sulla continuità, ontologica e concettuale, tra ambiente e animali e uomo, pure si accenna – implicitamente – alla possibilità di un conflitto di interessi. Ed è allora che entra in gioco il diritto.

4. Alcune osservazioni sulla recente riforma costituzionale in materia di ambiente e «tutela degli animali»

In conseguenza della recente riforma²⁶ – realizzata con l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1, recante «modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente» – lo stesso art. 9 stabilisce, al comma 3, che la Repubblica «tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni», e che «la legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali»; ex art. 41, comma 2, «salute» e «ambiente» rappresentano ora limiti espliciti alla libertà d'iniziativa economica privata, e l'iniziativa economica tutta, prosegue il comma 3, andrà indirizzata e coordinata anche «a fini [...]

²⁵ Ivi, p. 264.

²⁶ Sulla quale, *ex multis*, M. CECCHETTI, *La riforma degli articoli 9 e 41 Cost.: un'occasione mancata per il futuro delle politiche ambientali?*, in *Quad. cost.*, 2022, n. 2, pp. 351 ss.; ID., *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in M. CECCHETTI, L. RONCHETTI, E. BRUTI LIBERATI, *Tutela dell'ambiente: diritti e politiche*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, pp. 7 ss.; R. MONTALDO, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?*, in *federalismi.it*, 2022, n. 13, pp. 187 ss.; G. SOBRINO, *Le generazioni future entrano nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2022, n. 1, pp. 139 ss.; G. ARCONZO, *La tutela dei beni ambientali nella prospettiva intergenerazionale: il rilievo costituzionale dello sviluppo sostenibile alla luce della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in P. PANTALONE (a cura di), *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente. Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui*, n. mon. de *Il diritto dell'economia*, 2021, pp. 157 ss.; M. GRECO, *La dimensione costituzionale dell'ambiente. Fondamento, limiti e prospettive di riforma*, in *Quad. cost.*, 2021, n. 2, pp. 281 ss.; A. RIVIEZZO, *Diritto costituzionale dell'ambiente e natura umana*, ivi, pp. 301 ss.; Y. GUERRA, R. MAZZA, *La proposta di modifica degli articoli 9 e 41 Cost.: una prima lettura*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2021, n. 4, pp. 109 ss.; L. SALVEMINI, *Dal cambiamento climatico alla modifica della Costituzione: i passi per la tutela del futuro (non solo nostro)*, in *federalismi.it*, 2021, n. 20, pp. 63 ss.

ambientali» – ambiente, dunque, non solo come *limite*, ma anche come *fine* dell'attività economica, che è il contenuto di un diritto di libertà sempre più funzionalizzato²⁷.

Non pare discutibile che un approccio *One Health* abbia informato questo intervento, e ciò andrà tenuto presente in sede di interpretazione. Nell'interrogarsi, in particolare, sull'esatta portata dell'art. 9, comma 3, secondo periodo – si tratta semplicemente di una norma *sulla* produzione, che affida alla legislazione esclusiva statale la materia «tutela degli animali», ovvero di una norma anche *di* produzione, che investe lo Stato di un compito, di un programma, e che fornisce indicazioni sul «ruolo» degli animali in Costituzione? – sarà necessario, *in primis*, contestualizzare la disposizione, leggerla assieme al periodo precedente, che impegna la Repubblica a tutelare l'ambiente e la biodiversità, e menziona, come terze parti interessate, le «generazioni future». Questo richiamo, più di ogni altra scelta lessicale, fornisce una chiave di lettura preziosa: è nell'interesse dell'uomo, *per* l'uomo, che l'uomo stesso deve modificare il proprio rapporto con il mondo naturale – e animale²⁸.

Storicamente, la più parte dei movimenti animalisti lega le proprie rivendicazioni alla dichiarata *senzienza* delle creature animali: «non si afferma – se non a proposito dei primati – che gli animali vadano tutelati perché autocoscienti, ma perché sentono e perché in molti casi hanno conoscenze»²⁹. Nelle parole di Jeremy Bentham, fondatore dell'utilitarismo moderno, tra i primi proponenti di diritti *degli* animali e *per* gli animali: «*The question is not, Can they reason? nor Can they talk? but, Can they suffer?*»³⁰.

Come accennato, l'art. 13 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea stabilisce che «nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in

²⁷ Secondo la nota distinzione operata da C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 1958, p. 8, tra diritti individualistici, «attribuiti all'«uomo» come tale e a vantaggio dell'uomo, al singolo per ciò che essi rappresentano per esso singolo nelle sue qualità universali o per l'appagamento egoistico dei suoi bisogni e desideri individuali», e diritti funzionali, «attribuiti al singolo nella sua specifica qualità di membro o di partecipe di determinate comunità, per le funzioni che in esse il singolo debba esplicare, sicché tale partecipazione determina il contenuto ed i limiti del diritto».

²⁸ Secondo G. RAGONE, *One Health e Costituzione italiana, tra spinte eco-centriche e nuove prospettive di tutela della salute umana, ambientale e animale*, in *Corti supreme e salute*, 2022, n. 3, p. 817, l'espressa menzione delle «generazioni future» rappresenterebbe «l'unico flebile cenno», sul piano costituzionale, al legame intercorrente tra salute umana, animale e ambientale, consentendo «la constatazione, *letta in filigrana*, che dalla preservazione di ambiente, biodiversità ed ecosistemi possano trarre vantaggio gli esseri umani (almeno quelli delle future generazioni)» (corsivo aggiunto).

²⁹ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Sperimentazione sugli animali e salute dei viventi*, 8 luglio 1997, p. 30. Si contrappongono, a questo proposito, posizioni ben distinte, ancorché non particolarmente distanti, riferibili a due dei padri fondatori dell'animalismo contemporaneo: Tom Regan e Peter Singer. Nella visione del primo, a dover essere valorizzata è la «*mental life*» degli animali, o meglio, ed è questo il punto, di *alcuni* animali: i mammiferi di un anno o più, capaci, nella sua ricostruzione, di percezione, memoria, desideri, credenze, intenzione, senso del futuro (T. REGAN, *The case for animal rights*, Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 1983, p. 81); il secondo, filosofo utilitarista, più inclusivo nel suo approccio, dà maggior peso alla senzienza, e dunque alla capacità di sentire e di soffrire (P. SINGER, *Animal liberation*, ed. riv., New York, Avon Books, 1991, soprattutto pp. 4 ss.).

³⁰ J. BENTHAM, *An introduction to the principles of morals and legislation*, London, T. Payne and Son, 1789, pp. 308 s., nt. 2.

materia di benessere degli animali *in quanto esseri senzienti*, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale»³¹. Si pensi, con riferimento a quest'ultimo appunto, alle macellazioni rituali, praticate, tra l'altro, in alcune comunità di religione musulmana³²: ancorché «particolarmente cruent[e]»³³, rimangono, ad oggi, consentite³⁴.

Più in generale, appare significativo che l'art. 13 TFUE accenni alla senzienza dell'animale mentre ne prefigura la macellazione (o la pesca, o l'utilizzo come cavia). La senzienza, a quanto pare, non basta: non basta a "liberare" gli animali, a renderli soggetti di diritto (e di diritti).

Guardando al *corpus* del diritto animale vigente, tanto interno che sovranazionale, le ragioni della tutela sembrano essere di due ordini: da un lato c'è l'esigenza di salvaguardare il mondo naturale, del quale gli animali sono parte; dall'altro, le peculiarità del rapporto parasociale animale-uomo, che informano la disciplina e portano a distinguere, anche sul piano normativo, tra specie e specie. Non è un caso, allora, che di alcuni animali si possa consumare la carne e di altri no; che alle sperimentazioni si applichi un principio di *gradualità*³⁵; che i selvatici rari siano distinti da quelli comuni.

Oggetto delle singole disposizioni sembrano essere gli animali, ma la tutela è accordata, a seconda dei casi e in modo più o meno diretto, alla salute (umana), al sentimento (umano)

³¹ Corsivo aggiunto.

³² I precetti alimentari islamici interdicono ai fedeli «gli animali morti di morte naturale, il sangue, la carne del maiale, gli animali su cui sia stato invocato, all'atto dell'uccisione, un nome diverso da quello di Dio, gli animali soffocati, ammazzati a colpi di bastone, morti per caduta o per colpi di corna, quelli che bestie feroci abbiano divorato in parte, a meno che non li abbiate finiti di uccidere, nel modo prescritto, voi stessi, e, ancora, ciò che è stato immolato per gli idoli sui blocchi di pietra avanti alle vostre case» (così la *Sûra V*, versetto 4, del Corano, nella celebre tr. it. di L. BONELLI, Milano, Hoepli, 1960, p. 93): l'animale sottoposto a macellazione, perché la sua carne sia *halal*, consentita, dovrà essere «intero», né potrà essere stordito prima della «resezione di trachea, esofago e grandi vasi del collo» (cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Macellazioni rituali e sofferenza animale*, 19 settembre 2003, p. 8).

³³ Come rileva P.P. ONIDA, *Macellazione rituale e status giuridico dell'animale non umano*, in *Lares*, 2008, n. 1, pp. 147 s.

³⁴ La materia è tuttora disciplinata dal Regolamento (CE) n. 1099/2009 del Consiglio, del 24 settembre 2009, «relativo alla protezione degli animali durante l'abbattimento», il quale prevede, all'art. 4, che gli animali «sono abbattuti esclusivamente previo stordimento» (par. 1), salvo poi precisare che «le disposizioni di cui al paragrafo 1 non si applicano agli animali sottoposti a particolari metodi di macellazione prescritti da riti religiosi, a condizione che la macellazione abbia luogo in un macello» (par. 4).

³⁵ Il riferimento è al d.lgs. 4 marzo 2014, n. 26, di «attuazione della direttiva 2010/63/UE sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici», che pone una serie di limiti, comunque derogabili, all'utilizzo di «animali [...] delle specie in via di estinzione» (art. 7), di «primati non umani» (art. 8), di «animali prelevati allo stato selvatico» (art. 9), di «animali randagi e selvatici delle specie domestiche» (art. 11) *etc.*, salvaguardando senz'altro gli animali – *alcuni* animali – ma indirettamente, a seconda dei casi, l'ambiente e la bio-ricchezza dei sistemi naturali, il sentimento (umano) per gli animali, l'attaccamento dell'uomo ad animali da affezione e animali selvatici che sente «vicini». È P. VERONESI, *Gli animali nei recinti della Costituzione, delle leggi e della giurisprudenza*, in *Quad. cost.*, 2004, n. 3, p. 619, a parlare di un vero e proprio «principio di gradualità», il quale «impone che, ad esempio, l'esame *in vitro* o su modelli informatici preceda le osservazioni condotte sugli organismi più semplici, fino ad approcciare le specie più simili a noi solo un istante prima di estendere la sperimentazione all'uomo».

per gli animali³⁶, all'attaccamento dell'uomo nei confronti degli animali da affezione e di animali selvatici che sente "vicini"³⁷ – non da ultimo, all'ambiente, che fa da sfondo ed è condizione della vita umana.

Ebbene: questo stato di cose è compatibile con il mutato quadro costituzionale? Con la "costituzionalizzazione" della «tutela degli animali», in particolare?

Si potrebbe obiettare, in via preliminare, che la Costituzione già conteneva degli "appigli" – norme a cui ancorare, seppure indirettamente, la tutela degli animali – e in particolare: l'art. 9, comma 2, che protegge, oltre la lettera della disposizione, il bene giuridico «paesaggio-ambiente»³⁸; l'art. 117, comma 2, lett. s), che affida alla legislazione esclusiva dello Stato la «tutela dell'ambiente [e] dell'ecosistema»³⁹; non ultimo, l'art. 32, che innalza la salute a diritto fondamentale e implicitamente ne salvaguarda le condizioni, e che, qualificando la salute stessa come «interesse della collettività», sottende «la percezione che l'uomo vive in sinergia con altre specie, sicché ogni mutamento degli equilibri tra le stesse si ripercuote, in ultima analisi, sulla qualità della vita dell'uomo»⁴⁰.

Si tratta, com'è chiaro, di una tutela parcellizzata, che copre solo alcuni aspetti della vita animale e che inquadra gli animali stessi, rispettivamente, come componenti di una comunità biologica – le norme sull'ambiente – o come tasselli nelle strategie di prevenzione e di controllo delle malattie infettive – la norma sulla salute (umana). Se il singolo esemplare non è protetto *in quanto tale*, bensì *in funzione* della salvaguardia di un bene altro, sia esso il paesaggio-ambiente o la salute dell'uomo, sull'altare di quello stesso bene rischia – a seconda delle circostanze – di finire sacrificato.

A questa protezione parziale (e indiretta), ad ogni modo, la novella costituzionale non sembra aver aggiunto molto, demandando interamente al legislatore – statale – la scelta su

³⁶ Non è casuale, ad esempio, che il bene giuridico protetto dal (relativamente nuovo) Titolo IX-*bis* del Codice penale – che punisce, tra le altre cose, l'uccisione di animali (art. 544-*bis*), il «maltrattamento di animali» (art. 544-*ter*) *etc.* – rimanga il «sentimento per gli animali»: è significativo, anche sul piano simbolico, che la tutela degli animali sia ricondotta, eziologicamente, al legame tra gli stessi e l'uomo.

³⁷ V. *supra*, nt. 34.

³⁸ Sulla nozione giuridico-costituzionale di «paesaggio», progressivamente elaborata dalla Corte – e dalla dottrina, in parallelo – muovendo oltre l'accezione estetico-artistica tradizionale, cara anche ai costituenti, v. R. SAJA, *Dal paesaggio all'ambiente: l'articolo 9, comma 2 Cost. attraverso la giurisprudenza della Corte costituzionale*, in E. MARONE (a cura di), *Il paesaggio agrario tra conservazione e trasformazione: valutazioni economico-estimative, giuridiche e urbanistiche*, Firenze, Firenze University Press, 2007, soprattutto pp. 135 ss.; rimangono illuminanti, sul tema, gli scritti di A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in AA.Vv., *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, II, *Le libertà civili e politiche*, Firenze, Vallecchi, 1969, pp. 379 ss.; M.S. GIANNINI, «Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici», in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, n. 1, pp. 15 ss.; S. LABRIOLA, *Dal paesaggio all'ambiente: un caso di interpretazione evolutiva della norma costituzionale. Il concorso della Corte e il problema delle garanzie*, in *Dir. soc.*, 1987, n. 1, pp. 113 ss.

³⁹ Espressione che, tra l'altro, come precisato da Corte cost., sent. 14 gennaio 2009, n. 12, pur costituita da termini logicamente e concettualmente "vicini", non si risolve in un'endiadi, «in quanto col primo [...] si vuole, soprattutto, fare riferimento a ciò che riguarda l'*habitat* degli esseri umani, mentre con il secondo a ciò che riguarda la conservazione della natura come valore in sé» (pt. 2.3 del *Considerato in diritto*): sembrano implicitamente contrapporsi, o quantomeno accostarsi, due diverse – opposte – concezioni di ambientalismo, una antropocentrica e l'altra, al contrario, eco-centrica.

⁴⁰ Così P. VERONESI, *Gli animali nei recinti della Costituzione*, cit., p. 619.

«i modi e le forme di tutela degli animali», e continuando a legare questi ultimi all'ambiente, menzionato nel periodo precedente.

La trasversalità della materia «ambiente», formalmente di competenza esclusiva dello Stato, aveva già spinto la Corte a sottolinearne la natura, più che di *materia* vera e propria, di *valore* costituzionalmente protetto (sent. n. 407 del 2002), che «non esclude la titolarità in capo alle Regioni di competenze legislative su materie (governo del territorio, tutela della salute, ecc.) per le quali quel valore [...] assume rilievo» (sent. n. 536 del 2002); in funzione del valore-ambiente, tuttavia, «lo Stato può dettare *standards* di tutela uniformi sull'intero territorio nazionale anche incidenti sulle competenze legislative regionali» (sent. u.c.), e tale normativa statale agirà come «limite alla disciplina che le Regioni e le Province autonome dettano in altre materie di loro competenza, per cui queste ultime non possono in alcun modo derogare o peggiorare il livello di tutela ambientale stabilito dallo Stato» (sent. n. 378 del 2007). È stato precisato, tuttavia, anche di recente, che «la collocazione della materia “tutela dell'ambiente [e] dell'ecosistema” tra quelle di esclusiva competenza statale “non comporta che la disciplina statale vincoli in ogni caso l'autonomia delle Regioni, poiché il carattere trasversale della materia, e quindi la sua potenzialità di estendersi [...] nell'ambito delle competenze regionali, mantiene salva la facoltà delle Regioni di adottare, nell'esercizio delle loro competenze legislative, norme di tutela più elevate”» (sent. n. 88 del 2020, che richiama numerose altre pronunce, dalla n. 407 del 2002, menzionata *supra*, alla n. 7 del 2019).

Ci si potrebbe chiedere, in prima battuta, se la recente riforma incida in qualche modo sull'assetto competenziale appena delineato, riducendo ulteriormente gli spazi per l'intervento normativo regionale: la «tutela degli animali», oltre a intersecarsi con la «tutela dell'ambiente [e] dell'ecosistema», è parimenti una materia trasversale, che naturalmente insiste su ambiti di competenza concorrente, *in primis* la «tutela della salute»⁴¹, ma anche,

⁴¹ Che sussistano «competenze regionali in materia igienico-sanitaria e di sicurezza veterinaria», e che tali competenze siano «riconducibili al paradigma della tutela della salute, ex art. 117, terzo comma, Cost.», è stato sostenuto dalla Consulta già nella sent. 4 giugno 2003, n. 222, dove si è esclusa l'illegittimità costituzionale – per asserita violazione dell'art. 117, co. 2, lett. *q*) ed *s*), Cost. – di una legge della Regione Marche recante «Norme sulla detenzione e sul commercio di animali esotici»: avendo definito questi ultimi con riferimento – non al pericolo di estinzione, bensì – al carattere «non autoctono» della specie, la normativa censurata si colloca *al di fuori* della prospettiva di «tutela dell'ambiente [e] dell'ecosistema», perseguendo piuttosto legittimi «obiettivi di tutela igienico-sanitaria e di sicurezza veterinaria», in rapporto a «possibili pericoli di diffusione di malattie e di aggressione alle persone» (pt. 2 e 3 del *Considerato in diritto*). Si riconosce, a un tempo: (i) che la legge impugnata, se avesse riguardato animali a rischio di estinzione, avrebbe senz'altro «interferito» con la suddetta «tutela dell'ambiente [e] dell'ecosistema» (intersezione tra salvaguardia degli animali e dell'ambiente in senso stretto); (ii) che la legge impugnata, occupandosi del commercio e della detenzione di animali («non autoctoni», nel caso di specie), indiscutibilmente si inserisce nel paradigma della «tutela della salute» (intersezione tra protezione degli animali e tutela della salute umana). Sul punto *v.*, *ex multis*, D. MORANA, voce *Tutela della salute*, in G. GUZZETTA, F.S. MARINI, D. MORANA (a cura di), *Le materie di competenza regionale. Commentario*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, soprattutto pp. 584 e 595.

Quanto, invece, alla «polizia veterinaria», che pure ha a che vedere con la predisposizione di misure e controlli (anche periodici) finalizzati a prevenire l'insorgere di epizootie ed epidemie, la Corte l'ha costantemente ricondotta nell'ambito della materia – di competenza legislativa esclusiva dello Stato, stavolta – «profilassi internazionale», evidenziando l'imprescindibilità, in un simile settore, di normative uniformi su tutto il territorio nazionale, «secondo livelli minimi di

senza alcuna pretesa di completezza, la «ricerca scientifica e tecnologica»⁴², l'«alimentazione» *etc.*, nonché su materie di competenza residuale delle Regioni, come la caccia⁴³.

Si tratterebbe, ad ogni modo, di un'incidenza *sulla* produzione. In ambito *di* produzione, si ribadisce, la riforma non pare aggiungere molto: anche nel nuovo contesto costituzionale, *mutatis mutandis*, sembra debba seguire a essere consentito, in linea di principio, ciò che è attualmente consentito «in materia di caccia, di pesca, di allevamento, di trasporto, di macellazione degli animali, di sperimentazione scientifica sugli stessi, di attività circense, di giardini zoologici»⁴⁴.

tutela che necessitano, proprio per le esigenze della profilassi, di una ineludibile omogeneità di criteri e parametri di valutazione» (Corte cost., sent. 22 aprile 2013, n. 72, in tema di «movimentazione di animali domestici della specie bovina ed ovicaprina», entrambe ricettive alla febbre catarrale); si v. anche Corte cost., sentt. n. 12 del 2004 (sul contenimento dell'influenza catarrale dei ruminanti), n. 406 del 2005 (sulla campagna di profilassi dell'influenza catarrale degli ovini, c.d. *blue tongue*), e n. 173 del 2014, su vigilanza e certificazioni sanitarie rilasciate dalle ASL, dove si sottolinea come la disciplina dei controlli veterinari sul bestiame di allevamento, senz'altro riconducibile alla «profilassi internazionale», coinvolga parimenti profili di «tutela dell'ambiente [e] dell'ecosistema». La citata sent. n. 12 del 2004, tra l'altro, si è occupata anche di una legge statale che – illegittimamente, come è emerso – disponeva incentivazioni in favore degli allevamenti ippici «per lo sviluppo dell'ippoterapia e per il miglioramento genetico dei trottatori e dei galoppatori», riconducendo i due oggetti in questione, rispettivamente, nell'ambito della «tutela della salute», di competenza concorrente, e della «agricoltura», di competenza residuale delle Regioni.

⁴² Già nella sent. 7 giugno 2004, n. 166, ad esempio, la Corte costituzionale ha ricondotto la «tutela degli animali sottoposti a sperimentazioni a scopo scientifico e didattico» proprio nell'ambito della materia «ricerca scientifica», di legislazione concorrente, sottolineando come «l'esigenza di tener conto sia dello sviluppo della ricerca, che della *massima tutela degli animali che possono essere coinvolti nelle sperimentazioni* [abbia] originato una serie di norme del d.lgs. n. 116 del 1992 [ora abrogato e sostituito dal d.lgs. n. 26 del 2014, di «attuazione della direttiva 2010/63/UE sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici», sul quale v. *supra*, nt. 34], che costituiscono principio fondamentale in quanto esprimono il punto di equilibrio della sperimentazione; da ciò il divieto che possano essere sostanzialmente modificate ad opera dei legislatori regionali, riducendo ulteriormente la relativa libertà della ricerca scientifica o comprimendo l'attuale livello di tutela degli animali sottoponibili a sperimentazione» (pt. 6 del *Considerato in diritto*, corsivo aggiunto).

⁴³ Tanto più se si tiene conto della (criticabile e criticata) opera di «decostituzionalizzazione» e ri-definizione cui è andata incontro, tra le altre, la materia in questione, che addirittura, secondo A. D'ATENA, *L'Italia verso il "federalismo"*. *Taccuini di viaggio*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 80 ss., sarebbe stata «trasformata nel suo contrario», sino ad avere a oggetto – non soltanto l'esercizio venatorio, ma anche – «l'attività diretta alla protezione faunistica e, conseguentemente, alla tutela dell'equilibrio dell'ambiente» (cfr. Corte cost., sent. 18 gennaio 1990, n. 63, sulla quale, *ex multis*, S. MANGIAMELI, *Giuridificazione dell'"ambiente" e perdita di valore simbolico della "caccia" (intorno alla possibilità di interpretazione "infra-sistemica" delle materie regionali)*, in *Giur. cost.*, 1990, n. 1-2, pp. 537 ss.). V. anche, più di recente, Corte cost., sent. 5 dicembre 2018 - 17 gennaio 2019, n. 7, dove si ribadisce che, «pur costituendo la caccia materia certamente affidata alla competenza legislativa residuale della Regione – senza che possa ritenersi ricompresa, neppure implicitamente, in altri settori della competenza statale –, anche in tale ambito «è tuttavia necessario, in base all'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., che la legislazione regionale rispetti la normativa statale adottata in tema di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, ove essa esprima regole minime uniformi» (sentenza n. 139 del 2017)» (pt. 1 del *Considerato in diritto*); nello stesso senso già, oltre alla citata sentenza n. 139 del 2017, anche le pronunce n. 315 del 2010, n. 151 del 2011, n. 278 del 2012, n. 2 del 2015.

⁴⁴ Si riprendono, ancorché fuori contesto, le categorie utilizzate dall'art. 19-ter disp. coord. c.p., in base al quale, tra l'altro, «le disposizioni del Titolo IX-bis del Libro II del Codice penale [sul quale v. *supra*, nt. 35] non si applicano ai casi previsti dalle leggi speciali in materia di caccia, di pesca, di allevamento, di trasporto, di macellazione degli animali, di sperimentazione scientifica sugli stessi, di attività circense, di giardini zoologici, nonché dalle altre leggi speciali in materia di animali».

5. Conclusioni

L'approccio *One Health*, che indiscutibilmente informa la novella costituzionale, per la «tutela degli animali» è nel contempo uno sprone e un limite: fintantoché la salvaguardia del mondo animale sarà legata – funzionalmente, ma anche sul piano assiologico – alla sopravvivenza e al benessere dell'uomo, l'interesse di quest'ultimo non potrà che prevalere, in ogni ipotizzabile situazione di conflitto.

La riforma costituzionale, detto altrimenti, non sembra mettere in discussione quel «principio ancipite» che innerva l'intero *corpus* del diritto animale vigente: «agisci in modo da non causare agli animali dolore/danno non utile/non necessario», ma non curarti del dolore utile/necessario⁴⁵; principio che emerge, tra l'altro, dalla normativa in tema di sperimentazione sugli animali, dove quest'ultima, pure inquadrata come *extrema ratio* e deliberatamente improntata a gradualità, continua a essere configurata come male (a volte) necessario⁴⁶, o anche, e forse con maggiore nettezza, dalla disciplina stessa dell'allevamento, interamente fondata sull'idea che la senienza dei capi di bestiame possa passare in secondo piano dinanzi al *desiderio* di alimentazione onnivora – non al *bisogno* – dell'uomo. E la riforma, soprattutto, non sembra, al di là di eventuali intenzioni, mettere in discussione quella visione antropocentrica – persona-centrica – che dell'architettura costituzionale rappresenta da sempre un pilastro, e che eleva l'essere umano a fine ultimo.

Oltre la riforma, l'approccio indiretto-relazionale ai diritti degli animali sembra il più compatibile con il nostro ordinamento costituzionale, marcatamente personalista, e con il comune sentire. L'idea è che gli animali – così come l'ambiente – siano e debbano essere tutelati dall'uomo e *per l'uomo*, valorizzando il legame e la vicinanza che l'uomo stesso sente nei loro confronti, e nei confronti di alcuni più che di altri (secondo un approccio etico-giuridico indiretto). L'idea, poi, è che gli animali siano meritevoli di tutela – nel contesto dell'ordinamento giuridico – in virtù della loro relazione con gli esseri umani, e che non sia contraddittorio, di conseguenza, calibrare le tutele sulla natura delle singole relazioni (in linea con un approccio etico-giuridico relazionale).

Se gli animali sono esseri senzienti, è *dovere* dell'uomo, morale prima che giuridico, accordare loro tutele. Se gli animali sono componenti essenziali di nicchie e comunità biologiche, è *interesse* dell'uomo, che con loro condivide lo spazio di vita, preservarli. Quando i tre valori – equilibrio ambientale, benessere animale, salute umana – entrano in contraddizione, tuttavia, l'elemento dirimente dovrà essere quest'ultima, e quest'ultima il faro di ogni operazione normativa, ermeneutica e di *bilanciamento*.

⁴⁵ Principio estrapolato da L. LOMBARDI VALLAURI, *Testimonianze, tendenze, tensioni*, cit., p. 261.

⁴⁶ V. *supra*, nt. 34.

Rappresentanza e pari opportunità tra i sessi nel sistema sanitario nazionale. Profili costituzionali*

Paolo Scarlatti**

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il principio delle pari opportunità tra i sessi nella Costituzione italiana e nell’attuazione del legislatore – 3. Discriminazioni di genere e pari opportunità nella giurisprudenza costituzionale – 4. La relazione finale del Tavolo tecnico per l’approfondimento delle tematiche relative alla valorizzazione professionale delle donne in sanità. Considerazioni conclusive.

ABSTRACT:

Il saggio intende affrontare, nell’ottica del diritto costituzionale, il tema della rappresentanza e delle pari opportunità tra i sessi nel sistema sanitario nazionale. La progressiva attuazione dei principi sanciti dall’art. 51 Cost., tra limiti e incertezze, ha spinto l’ordinamento verso un orizzonte di riequilibrio nella rappresentanza di genere. Tale prospettiva di riequilibrio, costituzionalmente imposta anche mediante l’adozione di misure positive e promozionali, oltre ad essere indice di un mutamento reale della società italiana, rappresenta una traiettoria fatta propria dal recente *Tavolo tecnico per l’approfondimento delle tematiche relative alla valorizzazione professionale delle donne in sanità* istituito presso il Ministero della Salute, le cui conclusioni, tuttavia, non possono che misurarsi con resistenze e pregiudizi ancora molto diffusi nel Paese.

The essay aims to address, from the viewpoint of constitutional law, the issue of gender representation and equal opportunities in the national health system. The gradual implementation of Article 51 of the Constitution, despite its limits and ambiguities, has driven the system towards a rebalancing of gender representation. Such a prospect of rebalancing, constitutionally imposed also through positive and promotional measures, besides being an index of a real change in Italian society, represents a path taken up by the recent Tavolo tecnico per l’approfondimento delle tematiche relative alla valorizzazione professionale delle donne in sanità set up at the Ministry of Health. Its conclusions, however, can only be measured against resistance and prejudices that are still widespread in the country.

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco. Lo scritto costituisce la rielaborazione della relazione tenuta in occasione dell’Incontro di sensibilizzazione sul tema della parità di genere “La leadership al femminile in ambito sanitario”, organizzato dall’INMI “Lazzaro Spallanzani”, Roma 12 dicembre 2022.

** Professore associato di Diritto costituzionale nell’Università di Roma Tre, paolo.scarlatti@uniroma3.it.

1. Introduzione

La tematica della rappresentanza di genere nel sistema sanitario nazionale individua senz'altro un profilo d'interesse nella prospettiva del diritto costituzionale. Essa infatti rappresenta un tassello particolarmente indicativo di una più generale tendenza dell'ordinamento ad orientarsi, in sintonia con l'evoluzione del quadro costituzionale, verso una condizione di maggiore equilibrio e di pari opportunità tra i sessi. Tale constatazione, per quanto tangibile, va tuttavia inquadrata all'interno di un percorso ancora incompleto e gravido di insidie.

Il dato di partenza, che emerge dalle più recenti rilevazioni e statistiche¹, dà conto di un sistema sanitario in cui, nonostante la presenza di una componente femminile tradizionalmente elevata che si attesta al 69% del personale dipendente, soltanto un quarto dei ruoli apicali è ricoperto da una donna. In particolare, è donna il 32% dei direttori di struttura semplice ed ancor meno, il 16%, dei direttori di struttura complessa. Molto evidenti, inoltre, sono le differenze regionali.

D'altro canto, questo dato colloca in linea di massima il sistema sanitario nazionale nel solco di una tendenza – riscontrabile anche a livello internazionale ed in settori ulteriori rispetto a quello sanitario (quali ad esempio la magistratura² o l'università³) – in virtù della quale appare ragionevole prospettare il consolidamento in futuro di un riequilibrio della rappresentanza femminile nelle posizioni apicali. Siffatto riequilibrio, che si basa su ragioni anagrafiche a fronte della preponderanza numerica di giovani medici donna rispetto agli uomini, non appare tuttavia automatico giacché impegna necessariamente la «Repubblica» – per usare le parole della Costituzione – a «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» (articolo 3, secondo comma, Cost.).

È dunque in questa prospettiva costituzionale di analisi che va declinata la tematica della rappresentanza di genere (anche) nel settore sanitario, la quale non può che prendere le mosse dai principi e dalle disposizioni costituzionali vigenti, passare attraverso il muta-

¹ Cfr. R. SAPORITO, M. SARTIRANA, V.D. TOZZI, *La femminilizzazione dei ruoli apicali in sanità: dimensioni del fenomeno, cause e prospettive*, in *Osservatorio sulle aziende e sul sistema sanitario italiano. Rapporto OASI 2019*, a cura di CER GAS-Bocconi, Milano, Egea, 2019, pp. 613 ss.; M. DI CESARE, A. MALGIERI (a cura di), *Le donne nel servizio sanitario nazionale. Anno 2020*, Agosto 2022, disponibile in www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_3273_0_alleg.pdf. Per un approfondimento complessivo della situazione nel contesto dell'Unione europea, v. *Gender Equality Index 2022. The COVID-19 pandemic and care*, European Institute for Gender Equality (EIGE), Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2022, disponibile in eige.europa.eu/gender-equality-index/2022.

² V. in proposito M. D'AMICO, C.M. LENDARO, C. SICCARDI (a cura di), *Eguaglianza di genere in Magistratura. Quanto ancora dobbiamo aspettare?*, Milano, Franco Angeli, 2017.

³ Con particolare attenzione all'area giuridica, si rinvia ai contributi di F. LANCHESTER, P. PICCIACCHIA, A. ANZON DEMMIG, M.C. GRISOLIA, R. MESSINETTI, L. MOSCATI, E. PALICI DI SUNI, V. PIERGIGLI, M. RAVERAIRA, T. SERRA, L. TRUCCO, resi in occasione dell'*Incontro di studio "Differenze di genere in alcuni SSD dell'area giuridica"*, reperibili in *Nomos*, n. 2, 2021.

mento registrato nella legislazione e nella giurisprudenza della Corte costituzionale, che a quei principi e disposizioni hanno dato nel tempo attuazione, ed infine concludersi nella valutazione dei limiti e delle potenzialità delle iniziative da ultimo prospettate in ambito sanitario.

2. Il principio delle pari opportunità tra i sessi nella Costituzione italiana e nell'attuazione del legislatore

L'entrata in vigore della Costituzione repubblicana segna l'apertura dell'ordinamento ad una concezione del rapporto tra l'uomo e la donna ed al ruolo di quest'ultima nella società che, in contrapposizione con la visione incarnata nel regime precedente, si ispira ad una piena equiparazione e ad un ideale di pari dignità sociale⁴. Questa nuova concezione si basa su un presupposto di uguaglianza civile e politica assoluta tra i sessi, la cui portata si riverbera necessariamente anche sul piano del rapporto con il potere e la sua organizzazione⁵.

In questo senso, il divieto di discriminazioni per ragioni di sesso sancito dall'articolo 3 Cost. configura un principio fondamentale che ispira l'intero ordinamento e di cui l'articolo 51 Cost. – così come l'articolo 29 Cost. in relazione alla parità morale e giuridica tra i coniugi – è un chiaro corollario là dove, in particolare, dispone che «Tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge».

Siffatta cornice fondamentale è stata aggiornata con le riforme costituzionali dei primi anni Duemila. Come noto, la revisione costituzionale del Titolo V del 2001 ha introdotto nel nuovo testo dell'articolo 117 una previsione che affida ai legislatori regionali, sulla falsariga dell'articolo 3, secondo comma, Cost., la rimozione di «ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica» così come, sotto altro profilo, la promozione della «parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive». Analogo principio era stato anticipato nel testo degli Statuti regionali speciali dalla legge costituzionale n. 2 del 2001⁶.

⁴ Da ultimo, ripercorre il lungo cammino intrapreso verso una compiuta parità di genere nell'ottica della valorizzazione della differenza e dell'uguaglianza sostanziale, L. CALIFANO, *Parità dei diritti e discriminazioni di genere, in federalismi. it*, n. 7/2021.

⁵ Per un approfondimento del tema, di recente, G. PISTORIO, *Potere e parità di genere*, in *Potere e Costituzione*, a cura di M. CARTABIA e M. RUOTOLO, *Enciclopedia del diritto. I tematici*, Milano, Giuffrè, 2023.

⁶ Con particolare riferimento allo Statuto della Regione Sardegna, la l. cost. 7 febbraio 2013, n. 3 (*Modifica degli articoli 15 e 16 dello Statuto speciale per la Sardegna, di cui alla legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 3, in materia di composizione ed elezione del Consiglio regionale*) ha in sostanza spostato la previsione del principio della parità di accesso tra i sessi alle cariche elettive dall'art. 15 all'art. 16 dello Statuto, assicurandone così una più coerente collocazione.

Ma è nel 2003 che il legislatore costituzionale completa l'opera di manutenzione del testo costituzionale adottando sul tema, ad integrazione del citato primo comma dell'articolo 51 Cost., una importante specificazione per la quale, proprio ai fini della garanzia di una parità tra i sessi nell'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive, «la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini»⁷. Di tale disposizione, che significativamente si rivolge alla «Repubblica», è ormai acclarato il carattere di precettività: l'impegno in favore dell'adozione di misure positive promozionali delle pari opportunità tra i sessi si configura quale vincolo costituzionale certamente non soltanto programmatico e di principio⁸.

Ebbene l'evoluzione del quadro costituzionale, qui appena accennata, dà conto di una duplice indicazione.

Per un verso, essa induce a riflettere sulla capacità espansiva del principio di eguaglianza, che proprio in relazione alla sua più recente declinazione in chiave di pari opportunità tra i sessi manifesta la propensione ad una sua considerazione unitaria anziché separata tra una accezione formale ed una sostanziale di eguaglianza⁹. Per altro verso, tale evoluzione pone in evidenza un mutamento nell'attenzione del legislatore costituzionale – e della politica più in generale – alla problematica del riequilibrio della rappresentanza femminile nei diversi settori della vita pubblica del Paese. Un mutamento che, oltre a presentarsi come reazione ad un indirizzo di chiusura alla tematica delle pari opportunità ancora piuttosto diffuso, risulta in fin dei conti espressione di un'attuazione in senso evolutivo – ed espansivo – del principio di eguaglianza che si pone in sintonia con lo stesso ordinamento europeo¹⁰ e internazionale¹¹.

Del resto, non è un caso che proprio il raggiungimento di obiettivi di parità di genere rappresenti, all'interno dell'asse strategico della inclusione sociale, una delle priorità principa-

⁷ Sulla revisione costituzionale in questione, posta in essere dalla l. cost. 30 maggio 2003, n. 1 (*Modifica dell'articolo 51 della Costituzione*), ex multis, M. AINIS, *La riforma dell'art. 51 Cost. e i suoi riflessi nell'ordinamento*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 25 ss.; E. ROSSI, *L. cost. n. 1/2003*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 2006, pp. 458 ss.

⁸ Per un'ampia ricognizione in proposito, da ultimo L. LORELLO, *La dialettica tra giudice costituzionale e legislatore sulla parità di genere*, in *federalismi.it*, n. 18/2021.

⁹ In proposito, nell'ottica della dignità, cfr. G. FERRARA, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 1104-1105; A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, Cedam, 2002, pp. 269 ss.; G. AZZARITI, *Portata rivoluzionaria dell'uguaglianza: tra diritto e storia*, in C. GIORGI (a cura di), *Il progetto costituzionale dell'uguaglianza*, Roma, Ediesse, 2014, pp. 33-34; P. ZUDDAS, *La pari dignità sociale a tre dimensioni. Posizione Giudizio Trattamento*, Milano-Padova, Wolters Kluwer-Cedam, 2019, pp. 37 ss. Nel senso del superamento, tramite il principio di ragionevolezza, della contrapposizione tra eguaglianza formale e sostanziale, A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 437.

¹⁰ V. in particolare l'art. 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Come noto, in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, tale Carta ha assunto, ai sensi del vigente art. 6 TUE, lo stesso valore giuridico dei trattati.

¹¹ V. la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, adottata a New York il 18 dicembre 1979, ratificata e resa esecutiva in Italia con l. 14 marzo 1985, n. 132.

li, di carattere trasversale, del Piano Nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), documento programmatico che – come noto – impegna il Governo italiano con l’Unione europea rispetto all’utilizzo delle risorse finanziarie da quest’ultima stanziata in risposta alla crisi economica originata dalla pandemia di Covid-19¹².

In questo contesto costituzionale si colloca l’attività del legislatore statale (e regionale) posta in essere nel corso del tempo per darne attuazione. Essa, seppur con un certo ritardo e spesso su spinta del giudice costituzionale¹³, ha in un primo momento inteso sancire la garanzia di condizioni di uguaglianza tra i sessi per l’accesso agli uffici pubblici – inclusa la magistratura – mediante la previsione generale, ora confluita nel Codice delle pari opportunità tra uomo e donna del 2006, per cui «la donna può accedere a tutte le cariche, professioni ed impieghi pubblici, nei vari ruoli, carriere e categorie, senza limitazione di mansioni e di svolgimento della carriera, salvi i requisiti stabiliti dalla legge»¹⁴.

In seguito, il legislatore ha esteso la portata antidiscriminatoria di tale previsione generale oltre la fattispecie del pubblico impiego, per comprendere la complessità della materia del lavoro¹⁵, mentre nel 2000 ha finalmente aperto le porte del reclutamento nelle forze armate alle donne¹⁶. Progresso dall’importante impatto anche simbolico.

Sul piano specifico delle pari opportunità e del riequilibrio tra i sessi nelle pubbliche amministrazioni, sulla scia di una elaborazione precisata nel corso degli anni Novanta¹⁷, la legislazione vigente riserva alle donne – salva motivata impossibilità – almeno un terzo dei posti di componente delle commissioni di concorso, nonché dispone l’istituzione, all’interno di ogni pubblica amministrazione, di un “Comitato unico di garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni”,

¹² Per una lettura del PNRR nell’ottica della parità di genere, C. TRIPODINA, *I perduranti ostacoli all’uguaglianza sostanziale tra uomini e donne: dal Caso Oliva al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *Osservatorio Aic*, n. 5/2021, pp. 141 ss.; M. D’AMICO, *I diritti delle donne fra parità, differenza e uguaglianza in una società complessa*, in *federalismi.it*, n. 7/2022, pp. XVIII ss.

¹³ Paradigmatica al riguardo è la sent. n. 33 del 1960, richiamata in seguito, con cui la Corte costituzionale, anticipando il legislatore, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della previsione del 1919 che escludeva nei fatti le donne dalla possibilità di ricoprire determinati uffici pubblici.

¹⁴ Segnatamente, art. 1, co. 1, l. 9 febbraio 1963, n. 66 (*Ammissione della donna ai pubblici uffici ed alle professioni*), ora in art. 31, co. 1, d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198 (*Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell’articolo 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246*).

¹⁵ Art. 1, l. 9 dicembre 1977, n. 903 (*Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro*), ora in art. 27, d.lgs. n. 198 del 2006 cit.

¹⁶ D.lgs. 31 gennaio 2000, n. 24 (*Disposizioni in materia di reclutamento su base volontaria, stato giuridico e avanzamento del personale militare femminile nelle Forze armate e nel Corpo della guardia di finanza, a norma dell’articolo 1, comma 2, della legge 20 ottobre 1999, n. 380*).

¹⁷ Per una ricognizione al riguardo, U. POTOTSCHNIG, *Art. 97 [e 51]*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1994, pp. 373 ss.; G. MONTELLA, *Pari opportunità*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, III Agg., Tomo II, Torino, UTET, 2008, pp. 592 ss.

con compiti propositivi, consultivi e di verifica, e la possibilità di finanziare programmi di azioni positive¹⁸.

Riguardo al grande tema dell'accesso alle cariche politiche senza distinzioni di sesso, il principio delle pari opportunità ha trovato attuazione – seppur con formule difettose o minimali ed esiti talvolta discutibili¹⁹ – tanto rispetto ai criteri di composizione degli organi di governo, a livello sia centrale²⁰ che locale²¹, quanto nelle legislazioni elettorali. Anche in quest'ultimo caso, infatti, gli strumenti di riequilibrio nella rappresentanza di genere hanno progressivamente trovato spazio nei sistemi elettorali a livello nazionale²², regionale²³, e per l'elezione del Parlamento europeo²⁴.

¹⁸ Art. 57, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*), disposizione aggiornata ai sensi dell'art. 21, co. 1, lett. c), d), e), l. 4 novembre 2010, n. 183, e dell'art. 5, co. 1, lett. a), b), l. 23 novembre 2012, n. 215. In tema di azioni positive, v. altresì l'art. 48, d.lgs. n. 198 del 2006. A tal proposito, per tutti, M. AINIS, *Azioni positive e principio d'eguaglianza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, pp. 582 ss. Più in particolare in relazione alla vicenda della rappresentanza politica, A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, cit., pp. 359 ss.

¹⁹ Cfr. M. D'AMICO, *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 47 ss.; S. LEONE, *L'equilibrio di genere negli organi politici. Misure promozionali e principi costituzionali*, Milano, Franco Angeli, 2013, pp. 75 ss. Sul rendimento delle misure di riequilibrio di genere nella rappresentanza politica, da ultimo, V. FOGLIAME, *Parità di genere e rappresentanza. Il rendimento delle misure legislative promozionali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020.

²⁰ V. l'art. 1, co. 376, l. 24 dicembre 2007, n. 244 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2008*), ai sensi del quale «la composizione del Governo deve essere coerente con il principio stabilito dal secondo comma dell'articolo 51 della Costituzione». Tale previsione di principio, peraltro sprovvista di sanzione, è stata da ultimo abrogata dall'art. 4, co. 10, d.l. 2 marzo 2020, n. 9 (*Disposizioni urgenti per l'istituzione del Ministero dell'istruzione e del Ministero dell'università e della ricerca*), convertito, con modificazioni, dalla l. 5 marzo 2020, n. 12.

²¹ Segnatamente, l. 23 novembre 2012, n. 215 (*Disposizioni per promuovere il riequilibrio delle rappresentanze di genere nei consigli e nelle giunte degli enti locali e nei consigli regionali. Disposizioni in materia di pari opportunità nella composizione delle commissioni di concorso nelle pubbliche amministrazioni*) e art. 1, co. 137, l. 7 aprile 2014, n. 56 (*Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni*). Sulla previsione, all'interno degli statuti regionali ordinari, del principio di pari opportunità tra i sessi nelle nomine elettive e sul riconoscimento, in discontinuità con l'orientamento precedente, di un suo valore non soltanto programmatico da parte della sent. n. 4 del 2010 della Corte costituzionale, M. RAVERAIRA, *'Preferenza di genere': azione positiva o norma antidiscriminatoria? Brevi note a margine della sent. n. 4/2010 della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 3/2010, p. 6. Per una ricognizione di carattere generale sul tema, E. CATELANI, *Statuti regionali e tutela del principio delle pari opportunità: prime leggi regionali di attuazione*, ivi, n. 7/2010.

²² L. 3 novembre 2017, n. 165 (*Modifiche al sistema di elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Delega al Governo per la determinazione dei collegi elettorali uninominali e plurinominali*). Al riguardo, per più ampi approfondimenti, sia consentito il rinvio a P. SCARLATTI, *La declinazione del principio di parità di genere nel sistema elettorale politico nazionale alla luce della legge 3 novembre 2017, n. 165*, in *Nomos*, n. 2, 2018.

²³ Da ultimo, l. 15 febbraio 2016, n. 20 (*Modifica all'articolo 4 della legge 2 luglio 2004, n. 165, recante disposizioni volte a garantire l'equilibrio nella rappresentanza tra donne e uomini nei consigli regionali*).

²⁴ L. 22 aprile 2014, n. 65 (*Modifiche alla legge 24 gennaio 1979, n. 18, recante norme per l'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia, in materia di garanzie per la rappresentanza di genere, e relative disposizioni transitorie inerenti alle elezioni da svolgere nell'anno 2014*).

3. Discriminazioni di genere e pari opportunità nella giurisprudenza costituzionale

Gli indirizzi che emergono dalla giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di genere sono diversi seppur convergenti nel tracciare un avanzamento nell'ottica del trattamento paritario tra i sessi²⁵. Essi, in particolare, toccano tematiche di carattere generale sulla posizione della donna nella società ed all'interno della famiglia²⁶, trovando riscontro anche in materia di rappresentanza politica e di condizioni di accesso agli uffici pubblici. Basti richiamare, sul versante generale della condizione femminile, le risalenti sentenze nn. 126 e 127 del 1968²⁷ e n. 147 del 1969²⁸ con cui la Corte, mutando il suo precedente orientamento²⁹, proprio in virtù dell'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi sancita dalla Costituzione (artt. 3 e 29 Cost.) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale sia delle disposizioni del codice penale che prevedevano, rispettivamente, il reato di adulterio della sola moglie e, con più tenui condizioni di punibilità, il reato di concubinato da parte del marito, sia – conseguentemente – della disposizione del codice civile che escludeva l'ammissibilità dell'azione di separazione per adulterio del marito qualora non concorressero «circostanze tali che il fatto costituisca ingiuria grave alla moglie».

Altrettanto indicative in proposito sono le pronunce rese in materia di cittadinanza. Proprio al fine di eliminare dall'ordinamento un'ingiustificata e non razionale disparità di trattamento tra i coniugi, la Corte costituzionale dichiarò l'illegittimità costituzionale tanto della previsione contenuta nella previgente legislazione di settore con cui si stabiliva, indipendentemente dalla volontà della donna, l'automatica perdita della cittadinanza ita-

²⁵ Per una ricognizione della giurisprudenza costituzionale in tema di parità tra i sessi, senza pretesa di esaustività, L. CARLASSARE, *La parità dei sessi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in A. DEL RE, V. LONGO, L. PERINI (a cura di), *I confini della cittadinanza. Genere, partecipazione politica e vita quotidiana*, Milano, Franco Angeli, 2010, pp. 11 ss.; B. PEZZINI, *Tra uguaglianza e differenza: il ruolo della Corte costituzionale nella costruzione del genere*, in *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, Convegno scientifico 19-20 maggio 2016, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 35 ss.; S. CECCHINI, *La Corte costituzionale paladina dell'uguaglianza di genere*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 57 ss.

²⁶ Per un approfondimento sul tema, tra gli altri, F. BIONDI, *Quale modello costituzionale*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa". Catania 7-8 giugno 2013, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, pp. 3 ss.

²⁷ Per un commento di queste celebri pronunce, cfr. S. SATTÀ, *L'adulterio e la Costituzione*, in *Quaderni del diritto e del processo civile*, II, Padova, Cedam, 1969, pp. 105 ss.; G. GIANZI, *L'adulterio alla luce di due importanti sentenze della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1968, pp. 2178 ss.; F. MODUGNO, *L'adulterio come delitto e come causa di separazione. (In margine al commento del prof. Salvatore Satta alle sentenze n. 126 e n. 127 della Corte costituzionale)*, ibidem, pp. 2190 ss.; R. ZACCARIA, *Adulterio: violazione dell'uguaglianza tra coniugi non «giustificata» dall'unità della famiglia*, ibidem, pp. 2198 ss.

²⁸ Al riguardo, G. GIANZI, *L'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi ed i delitti di relazione adulterina e di concubinato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1969, pp. 2237 ss.; L. CARLASSARE, *Una scelta politica della Corte: la depenalizzazione della relazione adulterina e del concubinato*, ibidem, pp. 2659 ss.

²⁹ Segnatamente, sent. n. 64 del 1961, in cui la Corte costituzionale giustifica in sostanza il rigetto della questione di legittimità della disposizione penale che prevedeva il reato per il solo adulterio femminile affermando che il legislatore penale si era limitato ad «adeguarsi a una valutazione dell'ambiente sociale» (punto 3 del *Cons. in dir.*).

liana da parte di quest'ultima allorché avesse contratto matrimonio con uno straniero la cui cittadinanza, in virtù di ciò, le si sarebbe comunicata (sent. n. 87 del 1975)³⁰, quanto della previsione che limitava l'acquisto della cittadinanza italiana per nascita al solo figlio di padre cittadino e non anche da madre cittadina (sent. n. 30 del 1983)³¹.

Sempre sul piano generale, merita di essere richiamata anche quella giurisprudenza costituzionale che, in funzione di un'idea rinnovata di tutela della genitorialità (anche adottiva), ha progressivamente esteso al padre lavoratore gli istituti nati a salvaguardia della maternità calandoli in un contesto assiologico più ampio, non più ristretto al solo fine della protezione della donna bensì definito dal principio di parità tra le figure genitoriali e dalla difesa del preminente interesse del bambino anche in relazione alle esigenze di carattere relazionale ed affettivo collegate allo sviluppo della sua personalità³².

A tal proposito, particolarmente significativa è la recente sentenza n. 131 del 2022 sull'attribuzione automatica del patronimico³³, la cui incostituzionalità, oltre a rappresentare la tappa finale – ma non risolutiva – di una vicenda che si protrae da oltre trent'anni³⁴, verte proprio sulla constatazione di una discriminazione lesiva dell'identità familiare del figlio. L'attribuzione automatica del cognome del padre infatti, secondo la Corte, «oscura unilateralmente il rapporto genitoriale con la madre» recando «il sigillo di una diseguaglianza fra i genitori, che si riverbera e si imprime sull'identità del figlio» e che null'altro è che il retaggio di una concezione patriarcale della famiglia non più sostenibile sul piano costituzionale³⁵.

Riguardo poi alla problematica del riequilibrio tra i sessi nella rappresentanza politica, a seguito delle richiamate riforme costituzionali dei primi anni Duemila la Corte costituzio-

³⁰ Disposizione che la Corte reputa espressione di una concezione della donna «come giuridicamente inferiore all'uomo e addirittura come persona non avente la completa capacità giuridica» che, seppur imperante all'epoca, risulta inaccettabile alla luce dei nuovi principi costituzionali. Per un commento della sentenza, G. GAJA, *Matrimonio e cittadinanza: aspetti costituzionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1975, pp. 2086 ss.

³¹ Per un commento della pronuncia, v. A. SINAGRA, *La sentenza n. 30 del 1983 della Corte costituzionale e la l. 21 aprile 1983 recante disposizioni in materia di cittadinanza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1983, pp. 578 ss. Per un più generale approfondimento di questa giurisprudenza costituzionale, v. M. SICLARI, *Gli effetti del matrimonio sulla cittadinanza della donna nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *La comunità internazionale*, 1998, pp. 423 ss.

³² Cfr., con particolare riguardo al diritto all'astensione obbligatoria ed ai riposi giornalieri, sentt. n. 1 del 1987; n. 341 del 1991; n. 179 del 1993; n. 104 del 2003. Sull'indennità di maternità, percepibile in via di principio dal padre in alternativa alla madre, sent. n. 105 del 2005.

³³ *Ex multis*, C. MASCIOTTA, *L'eguaglianza dei genitori nell'attribuzione del cognome: una nuova regola iuris dettata dal giudice costituzionale*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 2/2022; M. PICCHI, *La pronuncia della Corte costituzionale sul cognome dei figli: una nuova occasione di dialogo col legislatore*, ibidem; E. SCALCON, *L'attribuzione del cognome ai figli: una disputa durata più di trent'anni*, in *federalismi.it*, n. 27/2022.

³⁴ Con particolare riferimento all'esigenza di un intervento da parte del legislatore in materia, L. BARTOLUCCI, *La disciplina del "doppio cognome" dopo la sentenza n. 131 del 2022: la prolungata inerzia del legislatore e un nuovo capitolo dei suoi rapporti con la Corte*, in *ConsultaOnline*, n. 3, 2022, pp. 941 ss.

³⁵ Sent. n. 131 del 2022, punto 10.1 del *Cons. in dir.* In senso conforme, sentt. n. 61 del 2006 e n. 286 del 2016.

nale ha tracciato un segno di discontinuità nella propria giurisprudenza rispetto all'introduzione di misure positive di promozione delle pari opportunità.

Diversamente dalla impostazione a suo tempo seguita per dichiarare l'illegittimità costituzionale in sé della norma elettorale che, ai fini della composizione delle liste, impone una riserva di quote fondata sul sesso dei candidati (c.d. quote rosa)³⁶, impostazione peraltro criticata in dottrina per la sua rigidità³⁷, il giudice costituzionale ha dapprima rigettato la questione di costituzionalità avanzata nei confronti della legge elettorale valdostana nella parte in cui stabiliva come condizione di validità per la formazione delle liste elettorali la presenza di candidati di entrambi i sessi, ricostruendo in particolare nei termini della doverosità, alla luce del mutato quadro costituzionale, l'azione promozionale finalizzata al perseguimento di una parità effettiva tra i sessi nell'accesso alla rappresentanza elettiva. E ciò, aggiungeva la Corte, a fronte di uno squilibrio «storicamente incontrovertibile» a detrimento della componente femminile nelle assemblee rappresentative³⁸.

Tale indirizzo trova conferma e si corrobora successivamente, allorché la Corte costituzionale, pronunciandosi su una misura dall'impatto ben più significativo sul piano del riequilibrio della rappresentanza politica di genere rispetto a quella – minimale – precedente, rigetta le censure d'incostituzionalità mosse nei confronti di una disposizione della legge elettorale della Regione Campania che aveva introdotto, «per la prima volta nell'ordinamento italiano», la c.d. preferenza di genere, ovvero una misura in virtù della quale, qualora l'elettore decida di esprimere due voti di preferenza, questi debbano riguardare candidati di sesso diverso, pena l'annullamento della seconda preferenza³⁹.

³⁶ Sent. n. 422 del 1995. In applicazione dell'art. 27 della l. 11 marzo 1953, n. 87, con questa pronuncia la Corte non si è limitata a dichiarare l'illegittimità costituzionale della norma impugnata – segnatamente, l'art. 5, secondo comma, ultimo periodo, l. 25 marzo 1993, n. 81 (*Elezione diretta del sindaco, del presidente della provincia, del consiglio comunale e del consiglio provinciale*) – e di altra d'identico contenuto – l'art. 7, primo comma, ultimo periodo, della medesima l. n. 81 del 1993 – ma ha esteso tale illegittimità ad ogni previsione legislativa recante limiti, vincoli o riserve nelle liste dei candidati in ragione del loro sesso (punto 8 del *Cons. in dir.*). Per un approfondimento critico sul ricorso al meccanismo delle quote rosa, v. E. PAZE, *Quote rosa: dubbi di costituzionalità e riserve critiche*, in *Politica del diritto*, 2010, pp. 669 ss.

³⁷ Cfr., con particolare riguardo al profilo della portata della pronuncia, U. DE SIERVO, *La mano pesante della Corte sulle «quote» nelle liste elettorali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1995, pp. 3268 ss.; G. BRUNELLI, *Elettorato attivo e passivo (e applicazione estesa dell'illegittimità conseguenziale) in due recenti pronunce costituzionali*, ibidem, pp. 3272 ss.; G. CINANNI, *Leggi elettorali e azioni positive in favore delle donne*, ibidem, pp. 3283 ss.; S. BARTOLE, *Una dichiarazione di incostituzionalità consequenziale qualificata dalla speciale importanza della materia*, in *Le Regioni*, 1996, pp. 313 ss.; L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco*, in *Foro Italiano*, I, 1996, pp. 1961 ss.; L. CARLASSARE, *La rappresentanza femminile: principi formali ed effettività*, in F. BIMBI, A. DEL RE (a cura di), *Genere e democrazia. La cittadinanza delle donne a cinquant'anni dal voto*, Torino, Rosenberg & Sellier, 1997, pp. 83 ss.

³⁸ Sent. n. 49 del 2003. Sul principio che impone la presenza di entrambi i sessi nella composizione delle liste, v. da ultimo, rispetto al caso dei piccoli Comuni, sent. n. 62 del 2022, su cui si rinvia ai commenti di T. GROPPI, *Il (ri-)equilibrio di genere alla prova della nuova «stagione» della giustizia costituzionale italiana. Il caso dei piccoli comuni*, in *federalismi.it*, n. 15/2022; L. LORELLO, *La Corte definisce un altro tassello per l'effettività del principio delle pari opportunità. La sentenza n. 62 del 2022*, in *ConsultaOnline*, n. 3, 2022, pp. 1230 ss.; P. SCARLATTI, *Corte costituzionale e allentamento delle «rime obbligate» nella promozione della parità di genere*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2022, pp. 766 ss.

³⁹ Sent. n. 4 del 2010. Per un commento della pronuncia, *ex multis*, L. CARLASSARE, *La legittimità della «preferenza di genere»: una nuova sconfitta della linea del Governo contro la parità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, pp. 81 ss.;

In relazione al filone delle pari opportunità di accesso agli uffici pubblici, nel corso degli anni la Corte costituzionale ha avuto modo di eliminare dall'ordinamento giuridico non soltanto quelle norme, in larga parte risalenti all'ordinamento prerepubblicano, che chiaramente consumavano una forma di discriminazione direttamente lesiva del principio di uguaglianza, in special modo nella sua declinazione *ex* articolo 51 Cost., ma anche quelle di solito ricondotte nella categoria delle c.d. discriminazioni indirette.

Sul primo versante, esemplificativa è la nota pronuncia n. 33 del 1960 con cui la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità, per contrasto «irrimediabile» con l'articolo 51, primo comma, Cost., della norma del 1919⁴⁰ che disponeva l'esclusione generalizzata delle donne da tutti i pubblici uffici che comportano l'esercizio di diritti e potestà politiche, la cui specificazione era rimessa ad apposito regolamento. Ebbene in questa occasione, che per la verità rovescia un primissimo intendimento che riconosceva alla legge il potere di limitare alle donne l'accesso a determinati uffici⁴¹, la Corte chiarisce il principio per cui «la diversità di sesso, in sé e per sé considerata, non può essere mai ragione di discriminazione legislativa, non può comportare, cioè, un trattamento diverso degli appartenenti all'uno o all'altro sesso davanti alla legge», precisando così i limiti alla discrezionalità del legislatore nella definizione di requisiti di accesso legati al sesso. Questi in particolare, sempre nel rispetto del principio d'uguaglianza, non possono che configurarsi come requisiti attitudinali, indicativi di una presunzione d'idoneità a ricoprire quel determinato ufficio pubblico che assume necessariamente i caratteri dell'eccezionalità⁴².

La stessa logica, seppur rovesciata, ha trovato applicazione nella giurisprudenza costituzionale anche là dove analoghe esclusioni dall'esercizio di determinate professioni fossero in via generale rivolte agli uomini. È il caso della esclusione dei cittadini maschi dalla frequenza delle scuole magistrali e dall'insegnamento nelle scuole materne statali, dalla Corte dichiarata incostituzionale in quanto ingiustificatamente discriminatoria oltreché

M. OLIVETTI, *La c.d. «preferenza di genere» al vaglio del sindacato di costituzionalità. Alcuni rilievi critici*, ibidem, pp. 84 ss.; S. LEONE, *La preferenza di genere come strumento per «ottenere, indirettamente ed eventualmente, il risultato di un'azione positiva»*, ibidem, pp. 93 ss.; G. FERRI, *Le pari opportunità fra donne e uomini nell'accesso alle cariche elettive e la «preferenza di genere» in Campania*, in *Le Regioni*, 2010, pp. 902 ss.; M. CAIELLI, *La promozione della democrazia paritaria nella legislazione elettorale regionale: un altro «via libera» della Corte costituzionale*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 1/2010, pp. 5 ss.

⁴⁰ Art. 7, l. 17 luglio 1919, n. 1176 (*Che stabilisce norme circa la capacità giuridica della donna*).

⁴¹ Con la sent. n. 56 del 1958 la Corte infatti, adducendo un'interpretazione storico-sistematica dell'art. 51 Cost., dichiarò non fondata la questione di legittimità costituzionale della normativa che limitava la partecipazione delle donne all'amministrazione della giustizia nelle Corti d'Assise ad una componente non maggioritaria rispetto agli uomini.

⁴² Sulla problematica dell'ammissibilità di requisiti basati sul sesso per l'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive, proprio alla luce delle richiamate sentenze del 1958 e del 1960, si rinvia per tutti al celebre confronto tra V. CRISAFULLI (*Eguaglianza dei sessi, requisiti e sindacato della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1958, pp. 862 ss.; *Eguaglianza dei sessi e requisiti attitudinali nell'ammissione ai pubblici uffici*, ivi, 1960, pp. 564 ss.) e C. ESPOSITO (*Le donne e i pubblici uffici*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1958, pp. 869 ss.; *Il sesso e i pubblici uffici*, ivi, 1960, pp. 568 ss.), nonché alle più recenti considerazioni di B. PEZZINI, *Uno sguardo di genere sulla sentenza 33 del 1960*, in *Osservatorio Aic*, n. 5/2021, pp. 31 ss. In tema, v. altresì sent. n. 188 del 1994, in cui la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 12, primo comma, lett. c), del d.lgs. 27 febbraio 1991, n. 79 (*Riordinamento della banda musicale della Guardia di finanza*), nella parte in cui richiede, per la partecipazione al concorso e per la nomina a maestro vicedirettore della banda musicale della Guardia di finanza, il requisito del sesso maschile.

controproducente a fronte del fatto che «una componente maschile nel corpo insegnante può anzi arricchire la scuola materna del contributo di più varie risorse educative e di una maggiore apertura di tutta l'attività didattica alla realtà sociale»⁴³.

Riguardo al versante delle discriminazioni indirette – ossia di casi in cui l'effetto discriminatorio di genere deriva in realtà dall'applicazione di un trattamento giuridico identico ad entrambi i sessi indipendentemente dalla considerazione di diversità che, viceversa, richiedono di essere prese in considerazione dall'ordinamento – emblematica è la sentenza n. 163 del 1993 con cui la Corte costituzionale ha annullato la previsione legislativa della Provincia autonoma di Trento che introduceva, tra i requisiti per l'accesso alle carriere direttive e di concetto del ruolo tecnico del servizio antincendi presso la medesima Provincia, il possesso di una statura fisica minima indifferenziata per uomini e donne. Circostanza rispetto alla quale il giudice costituzionale riconosce i caratteri tipici di una discriminazione legislativa indiretta nei confronti delle donne, penalizzate nelle condizioni di accesso al posto di lavoro dalla previsione di una disciplina uniforme malgrado la «differenza fisica statisticamente riscontrabile e obiettivamente dipendente dal sesso»⁴⁴.

4. La relazione finale del Tavolo tecnico per l'approfondimento delle tematiche relative alla valorizzazione professionale delle donne in sanità. Considerazioni conclusive

Nel quadro di questa complessa evoluzione si colloca, in relazione al contesto specifico della sanità, la recente relazione finale elaborata dal *Tavolo tecnico per l'approfondimento delle tematiche relative alla valorizzazione professionale delle donne in sanità*⁴⁵ del 2 agosto 2022. In questo documento di sintesi – che dà conto sia di «interventi in grado di generare un impatto immediato», sia di «misure indirette che possano agire sui meccanismi che sono alla base delle disuguaglianze di genere» – si precisano quattro tematiche fondamentali, riconducibili al riconoscimento ed alla valorizzazione del lavoro femminile «anche attraverso la fornitura di servizi pubblici, infrastrutture e politiche di valorizzazione sociale»; al miglioramento ed all'incremento dell'uso della tecnologia in funzione del lavoro delle donne e della promozione dell'*empowerment* femminile; alla garanzia di una piena ed effettiva partecipazione delle donne, inclusa la pari opportunità di leadership, mediante la previsione di un complesso di strumenti di valutazione e monitoraggio all'interno delle Aziende del Sistema Sanitario Nazionale/Università e Ricerca, quali il bilancio di genere,

⁴³ Sent. n. 173 del 1983, punto 5 del *Cons. in dir.*

⁴⁴ Sent. n. 163 del 1993, punto 5 del *Cons. in dir.*

⁴⁵ Istituito con decreto del Sottosegretario di Stato alla Salute sen. prof. Pierpaolo Sileri il 12 aprile 2022.

la certificazione di genere, la pianificazione di genere, nonché l'inserimento del genere tra gli indicatori che valgono ai fini del Programma Nazionale Esiti (PNE) e dei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA); ed, infine, alla necessità di assicurare percorsi formativi volti a colmare il *gender gap* «a partire dalle scuole d'infanzia, compresa la formazione agli educatori, e con riferimento sia ai giovani e al loro reclutamento, sia all'attuale classe dirigente». Ebbene tale contributo, per come articolato, si presta ad una lettura ambivalente.

Per un verso, esso sembra senz'altro porsi nel solco di quel processo di avanzamento che ha caratterizzato il nostro ordinamento nel corso degli ultimi decenni secondo una prospettiva di pari opportunità che impone l'adozione di una concezione dell'uguaglianza tra i sessi reale e sostanziale. E ciò, soprattutto nella parte in cui si apre a proposte d'intervento di più ampio respiro, che incidono sui presupposti di una partecipazione effettivamente paritaria tra i sessi.

Per altro verso, tuttavia, alcune delle proposte sostenute nel documento in questione paiono mosse da un'impostazione che suscita interrogativi, perplessità e frizioni rispetto ad una corretta declinazione del principio di parità tra i sessi in ambito sanitario. La realtà del sistema sanitario nazionale che emerge dal dato statistico è infatti chiaramente indicativa di come la questione del riequilibrio di genere si prospetti in questo settore come una questione di carattere non tanto quantitativo bensì qualitativo⁴⁶. Essa difatti, anziché dare conto di una sottorappresentanza patologica della componente femminile, si presenta come sintomatica di una condizione di marginalità radicata nelle posizioni di vertice.

Questa fondamentale constatazione non può che condizionare la valutazione in ordine agli interventi di promozione e sostegno delle donne nella sanità, i quali dovranno conseguentemente organizzarsi sulla base di un'ideale di eguaglianza nei punti di partenza e, proprio per questo, inserirsi con coerenza in una prospettiva di salvaguardia e valorizzazione del merito e dei talenti⁴⁷.

Siffatta visione ideale, incarnata nello stesso articolo 51 della Costituzione⁴⁸, non deresponsabilizza evidentemente il decisore politico dall'adozione di misure e politiche positive che incidano – appunto – sulle possibilità di accesso agli uffici pubblici in condizioni eguaglianza, le quali nel contesto del servizio sanitario riguardano in sostanza l'avanzamento delle donne nei soli ruoli apicali. In altri termini, la linea di tendenza che emerge in ambito sanitario – così come in altri ambiti – rispetto alla tematica della rappresentanza di genere dovrebbe orientare verso scelte che non siano dirette ad assicurare un risultato ma che siano, viceversa, tese a promuovere un'autentica uguaglianza di *chances* attraverso un intervento sugli ostacoli che nei fatti svantaggiano la donna – o favoriscono gli uomini – nella progressione della carriera sanitaria.

⁴⁶ In questo senso, seppur in relazione al diverso contesto della rappresentanza politica, A. APOSTOLI, *La parità di genere nel campo "minato" della rappresentanza politica*, in *Rivista AIC*, n. 4/2016, p. 38.

⁴⁷ In proposito, per tutti, M. AINIS, *La piccola eguaglianza*, Torino, Einaudi, 2015, pp. 76 ss.

⁴⁸ *Ex multis*, A. CERRI, *Eguaglianza giuridica ed egualitarismo*, L'Aquila, Japadre, 1984, p. 53.

Ciò posto, è evidente come l'efficacia nel contrasto alle discriminazioni di fatto del documento prodotto dal tavolo tecnico in considerazione non possa prescindere dalla volontà politica di realizzarne in concreto i contenuti. Circostanza che suggerisce una più ampia riflessione – per usare, questa volta, le parole della Corte costituzionale – in ordine alle «resistenze culturali e sociali, ancora largamente diffuse» nel Paese⁴⁹, le quali rischiano di rendere inadeguate – se non controproducenti – misure e politiche di questo tipo⁵⁰. Come nel caso della previsione di un incremento dell'uso della strumentazione tecnologica (*smart-working*) esclusivamente in funzione della promozione dell'*empowerment* femminile⁵¹. Una soluzione dunque legata ad una pratica di lavoro in «modalità agile» pensata «a servizio del lavoro delle donne», riservata a loro e non anche – o, paradossalmente, soprattutto – agli uomini, che sembra nascondere – ancora una volta – una visione della donna nella società, della genitorialità e della famiglia legata ad una concezione culturale che appartiene al passato.

Ebbene in questa sfida, in ultima analisi, sembra giocare un ruolo fondamentale proprio il sistema sanitario nazionale, la cui responsabilità non si limita alla capacità di autorigenerarsi nel segno del riequilibrio tra i sessi nella progressione di carriera, bensì si estende ad una dimensione complessiva, che incide sul contesto sociale e culturale toccando le premesse per un trattamento realmente paritario tra i sessi. E ciò, in sintonia con una giusta prospettiva di emancipazione della donna e della sua partecipazione alla vita pubblica, tanto politica quanto professionale.

⁴⁹ Sent. n. 4 del 2010, punto 4 del *Cons. in dir.*

⁵⁰ Per un approfondimento di ampio respiro sul punto, di recente G. SORRENTI, «Viaggio ai confini dell'eguaglianza giuridica». *Limiti e punti di caduta delle tecniche di attuazione del divieto di distinzione in base al sesso*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020.

⁵¹ Segnatamente, p. 5 del Documento di sintesi in esame.

