

I REPORT DEL CESDIRSAN

Comitato scientifico

Beniamino Caravita di Toritto †

Rosario Ferrara

Marcella Gola

Vittorio Manes

Andrea Nicolussi

Alessandra Pioggia

Marco Ruotolo

Maria Alessandra Sandulli

Comitato di redazione

Alessandra Coiante

Nicola Posteraro

Veronica Sordi

IL COMITATO DI RICERCA
SI CONFRONTA

atti del I ciclo di Seminari (2021-2022)

a cura di

FLAMINIA APERIO BELLA

NICOLA POSTERARO

MARIA ALESSANDRA SANDULLI

Editoriale Scientifica

Tutti i diritti sono riservati

© 2023 Editoriale Scientifica srl

Via San Biagio dei Librai 39

Palazzo Marigliano

80138 Napoli

www.editorialescientifica.com

ISBN 979-12-5976-522-2

INDICE

Introduzione dei Curatori 7

Diritto costituzionale

FRANCESCA ANGELINI

*L'errore legislativo come errore sul fatto scientifico.
Riflessioni in dialogo con Maria Pia Iadicicco su diritto e scienza nel caso della P.m.a.* 13

MARIA PIA IADICICCO

Scienza medica e legge nel caso della PMA. In dialogo con Francesca Angelini 57

Diritto civile

ETTORE BATTELLI

*Assicurazioni sanitarie e innovazione tecnologica.
Assicurazioni sanitarie e innovazione tecnologica* 103

PIERFRANCESCO BARTOLOMUCCI

Polizze assicurative sanitarie: tra innovazioni tecnologiche e tutela dei contraenti 141

Diritto penale

ANTONELLA MASSARO

La colpa penale del medico: tra statuti speciali e principi generali 159

MATTEO CAPUTO

Politica delle professioni sanitarie e gestione giudiziale della colpa penale del medico 177

Diritto amministrativo

ANTON GIULIO PIETROSANTI

Prestazioni pubbliche economiche per la dignità e il pieno sviluppo delle persone con disabilità e dei loro caregiver 193

MARCO CALABRÒ

Il diritto all'istruzione dell'alunno disabile: principio di uguaglianza sostanziale e "tailorizzazione" del servizio 227

INTRODUZIONE

Lo studioso di temi del diritto sanitario è portato, forse più di altri, a confrontarsi costantemente con l'esterno, sia per intercettare le innovazioni che, per natura, caratterizzano la materia, rendendola talvolta sfuggibile al diritto, sia per non perdere contatto con la concretezza dei fenomeni, da osservare anche al di là dell'angolo prospettico della propria disciplina di appartenenza.

In quest'ottica si inserisce l'iniziativa inaugurata dal CeSDirSan nell'a.a. 2021-2022, dal titolo "Il Comitato di ricerca si confronta", concretizzatasi in quattro seminari (tenutisi nel periodo di gennaio-giugno 2022), nel corso dei quali quattro componenti del Comitato di ricerca del Centro, appartenenti a quattro diversi settori scientifico-disciplinari, nel presentare i risultati di una propria ricerca condotta nell'ambito del diritto sanitario, si sono confrontati, sugli argomenti prescelti, con esperti della materia esterni al Centro.

Il primo seminario è stato dedicato al diritto costituzionale: in seno a esso, Francesca Angelini, Professoressa Associata di Istituzioni di Diritto Pubblico presso l'Università Sapienza di Roma, si è confrontata con Maria Pia Iadicicco, Professoressa Associata di

Istituzioni di Diritto Pubblico presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli", sul tema della procreazione medicalmente assistita.

Nel corso del secondo seminario, Ettore Battelli, Professore Associato di Istituzioni di Diritto Privato presso l'Università Roma Tre, si è confrontato con Pierfrancesco Bartolomucci, Professore Associato di Istituzioni di Diritto Privato presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope", sulle novità delle assicurazioni sanitarie nell'era della innovazione tecnologica.

Il terzo seminario, invece, ha indagato aspetti afferenti al diritto penale: Antonella Massaro, Professoressa Associata di Diritto Penale presso l'università Roma Tre, si è confrontata con Matteo Caputo, Professore Ordinario di Diritto Penale presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore, sulle attuali prospettive della responsabilità penale medica.

Il quarto e ultimo seminario ha infine avuto a oggetto i diritti sociali e la disabilità: Anton Giulio Pietrosanti, Ricercatore di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli", si è confrontato con Marco Calabrò, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo presso la medesima Università.

Al termine del ciclo di seminari è sorta l'idea di raccogliere in uno scritto i relativi esiti, anche nell'ottica di valorizzare un'iniziativa che, sul piano interno, ha istituzionalizzato la condivisione di idee tra i componenti del Comitato di ricerca e, sul piano esterno, per il tramite del coinvolgimento di soggetti non appartenenti al Centro, ha avuto il merito di arricchire il

dibattito scientifico, oltre che di diffondere il lavoro di ricerca dei componenti del CeSDirSan.

Il volume raccoglie pertanto le relazioni che sono state presentate in seno ai quattro descritti confronti: alcune di esse, come si vedrà, sono fedeli, sul piano contenutistico e formale, agli interventi che gli autori hanno esposto nel corso degli incontri; altre, invece, sono state rielaborate, integrate, completate e approfondite.

Il Comitato Scientifico dell'iniziativa ringrazia sentitamente i componenti del Comitato di ricerca e i loro interlocutori di avere accettato di buon grado l'invito a pubblicare le proprie relazioni (e, prima ancora, di avere con entusiasmo accettato l'invito a prendere parte ai confronti, rendendoli concretamente possibili): grazie all'ottimale livello garantito dai loro interventi, il Centro si è impegnato a replicare il ciclo di approfondimento anche nell'a.a. 2022-2023 (il programma dei prossimi interventi è pubblicato sui canali social del Centro e sul sito web *cesdirsan.it*, da cui è possibile accedere anche alle registrazioni dei singoli incontri).

Un ringraziamento va anche ai dottori Alessandra Coiante e Giorgio Capra, soci del CeSDirSan, i quali, con professionalità e attenzione, hanno supportato il Comitato Scientifico nella organizzazione del ciclo di seminari e nel suo concreto svolgimento.

Flaminia Aperio Bella
Nicola Posteraro
Maria Alessandra Sandulli

DIRITTO COSTITUZIONALE

L'ERRORE LEGISLATIVO
COME ERRORE SUL FATTO SCIENTIFICO.
RIFLESSIONI IN DIALOGO
CON MARIA PIA IADICICCO SU DIRITTO
E SCIENZA NEL CASO DELLA P.M.A.

Francesca Angelini

SOMMARIO: 1. Premessa. Alcune precisazioni sugli errori nella legislazione; 2. *Segue*. L'“errore legislativo” come fattispecie dell'eccesso di potere del legislatore. Alcune precisazioni a partire dal rapporto fra scienza e diritto; 3. *Segue*. Invalidità legislativa ed errore tecnico-scientifico del legislatore; 4. La legge n. 40 del 2004 e l'errore legislativo: un caso paradigmatico per il diritto costituzionale.

1. *Premessa. Alcune precisazioni sugli errori nella legislazione*

In queste pagine non ci si occuperà né dell'errore procedimentale, che rende invalido l'intero atto, né dell'errore meramente formale, frutto di disattenzione o di indeterminatezza degli enunciati¹ e che dà luogo a fraintendimenti arginabili per via logico-interpretativa.

¹ Sull'indeterminatezza dei termini e degli enunciati sui quali può derivare vaghezza, intorno ai «confini del significato», o ambiguità, in relazione alla «pluralità di significati», si rinvia ampiamente a F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica. L'oggetto*, Padova, t. I, 2015, 106 ss., in part. 109,

tiva; ma si tratterà di un'altra tipologia di errore² che, pur originando, come nelle fattispecie richiamate (relative a requisiti procedurali o all'errore formale degli enunciati), da elementi oggettivi, è collocabile fra i vizi sostanziali o materiali della legge. In queste pagine ci si riferirà, in particolare, a situazioni in cui il legislatore, in evidente contrasto rispetto a risultanze di pratiche biomediche o tecniche scientifiche³ che sono oggetto di una nuova disciplina⁴, ponga in es-

² Da ultimo, sull'«errore di diritto» non si può non menzionare, per la ricchezza di spunti, M. LUCIANI, *L'errore di diritto e l'interpretazione della norma giuridica*, in *Questione giustizia*, n. 3/2019, 16 ss.

³ In queste pagine ci si riferirà, in particolare, al caso della procreazione medicalmente assistita, ambito nel quale il riferimento alle risultanze e alle pratiche mediche è sostenuta da anni di attività terapeutica (nazionale e internazionale) tale per cui i protocolli impiegati sono il prodotto di una lunga esperienza clinico-sperimentale e di studi specifici a partire dalla seconda metà del Novecento. Sulla base di tali conoscenze, è possibile una valutazione chiara e oggettiva sulle maggiori o minori possibilità di successo nella procreazione o sulla maggiore o minore invasività per la salute della donna dei diversi protocolli impiegati. Sulla storia della ricerca medica in campo riproduttivo, sulle tecniche e sulla pratica dei protocolli per la riproduzione artificiale, si rinvia al volume di C. FLAMIGNI, *La procreazione assistita*, Bologna, 2011, 31 ss.

⁴ Sulla necessità che «l'oggetto degli studi costituzionali [possa e debba] essere esaminato molto più “in profondità” rispetto al passato, con l'ausilio di tecniche e conoscenze specialistiche che derivano da altri rami del sapere (comunque necessari per un'indagine non superficiale, ma – appunto – realmente *profonda* dell'oggetto studiato)», si sofferma A. SPADARO, *Ex facto (id est: ex scripto) oritur ratio scientiae iuris (notarella sul metodo «relazionista» nel diritto costituzionale)*, in *Politica del diritto*, 1996, 399 ss., 411 per la citazione.

sere disposizioni legislative informate a scelte (politiche e di valore) frutto, tuttavia, di un errore sul “fatto scientifico” e che finiscano per risultare contrarie ai principi costituzionali o del tutto irragionevoli nelle loro conseguenze. Sono casi chiaramente particolari, che hanno a che fare con l’ambito del biodiritto; la loro peculiarità sta nel fatto che dall’errore tecnico-scientifico del legislatore, consapevole⁵ e valutabile attraverso verifiche di evidenza scientifica, deriva una situazione di «arbitrio del legislatore»⁶, cioè una di quelle cause di invalidità delle norme fra irrazionalità, irragionevolezza, ingiustizia o cecità riconducibili «nell’ambito del concetto generico di “arbitrarietà”»⁷.

Lo Stato costituzionale si arricchisce di strumenti di democrazia procedurale, rispondendo ad un preciso ordine politico e modello istituzionale che si esprime nelle forme del pluralismo e della rappresentanza, nella discussione e nel confronto svolti alla luce di

⁵ L’errore, per essere considerato tale, presuppone sempre la falsa rappresentazione dei fatti e si distingue dall’ignoranza che è semplice non conoscenza dei fatti: «l’errore, dunque, è qualcosa di più, perché alla mera condizione dell’ignoranza aggiunge un atto (*“addit actum quemdam super ignorantiam”*), cioè l’affermazione del falso: quando qualcuno *“falsam sententiam fert de his quae nescit, tunc proprie dicitur errare”*» (M. LUCIANI, *L’errore di diritto e l’interpretazione della norma giuridica*, cit., 18).

⁶ «Errore è cognizione falsa di una situazione. Esso impedisce un giudizio esatto sul significato dell’atto che uno sta compiendo o compirà: poiché il giudizio influisce sulla volontà diretta a compiere quell’atto, si possono porre in relazione errore e volontà»: P. VOCI, *Errore (Diritto romano)*, in *Enc. del diritto*, Milano, 1966, XV, 229.

⁷ Si veda G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2018, 159 ss., per la citazione 163.

istruttorie e di audizioni che dovrebbero consentire la più completa conoscenza e acquisizione di informazioni sull'oggetto da disciplinare; così, ogni volta che si interviene su materie a carattere medico-scientifico, «l'intervento del legislatore “dovrebbe costituire il risultato” della verifica condotta presso le istituzioni e gli organismi, di norma nazionali o sovranazionali, deputati all'acquisizione delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali necessarie a dotare di fondamento razionale siffatto intervento»⁸. Nell'esperienza concreta, infatti, i sistemi democratici si costruiscono attraverso il confluire di diverse pratiche istituzionali, regole e procedure che si basano su principi democratici, ma anche, quando vengono a contatto con la tecnica, di un valido supporto alla comprensione e alla valutazione dei fatti scientifici che si pongono formalmente anche come limiti all'esercizio della discrezionalità legislativa⁹. L'insieme di questi strumenti

⁸ D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislative e giurisdizionale*, Pisa, 2019, 80.

⁹ In tema si veda ampiamente A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione e contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018, 151, che evidenzia come tali vincoli procedurali siano stati posti soprattutto attraverso le giurisprudenze della Corte EDU (CFR. particolarmente sentenza del 1° aprile 2010, *S.H. e altri c. Austria*) e della Corte costituzionale che li hanno assunti come «condizione di validità della legge a contenuto tecnico scientifico, finendo per acquisire il potere di limitare la discrezionalità del legislatore, sia relativamente al modo in cui debbono essere formati gli atti normativi, sia in riferimento al loro contenuto sostanziale»; la conseguenza di rilievo che se ne trae appare, dunque, secondo l'autore, «la considerazione che la legge avente contenuto tecnico-scientifico si pone oramai come un nuovo tipo di legge

pone chiaramente in evidenza l'esigenza di un mutamento delle procedure dell'esercizio della funzione normativa di fronte alla scienza, chiamata a costituire un argine sufficiente a proteggersi dai pericoli degli errori nella legislazione sul fatto scientifico, così come qui indicati; la consapevolezza di quanto detto si è pienamente acquisita anche grazie all'esperienza e, come vedremo, alla giurisprudenza originate dalla disciplina della legge sulla "procreazione medicalmente assistita" (di seguito P.m.a.)

Negli ultimi decenni lo sviluppo della scienza e della tecnica hanno aperto nuovi spazi di intervento del legislatore su aspetti dell'esistenza umana un tempo lasciati alla determinazione della natura e delle sue sole regole; così, ambiti importanti della vita umana – anche quelli che apparivano legati alla sfera più intima e privata delle persone, come la sessualità, la riproduzione, la cura di malattie, il fine vita e la morte, la ricerca scientifica su di essi, terreni certamente conflittuali e connotati da differenti visioni etiche – sono stati affidati all'intervento del legislatore, che, tuttavia, non si è rivelato sempre all'altezza delle nuove sfide¹⁰, anche nel fare fronte alla necessità di valutazioni a ca-

rinforzata». Altra dottrina desume dalla giurisprudenza richiamata un rapporto di efficacia e di «legittimazione complessiva delle normative di settore» dalla scienza, tale che questa arriva a condizionarne la stessa legittimità costituzionale: «la scienza, appunto, come parametro interposto di legittimità costituzionale»; così C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, *Rivista AIC*, n. 2/2016, 2 ss.

¹⁰ Con riferimento alla realtà italiana «la sofferenza nei rapporti tra scienza e diritto trova spiegazione non solo nel forte condizionamento esercitato dal fattore religioso nella storia nazionale

rattere tecnico-scientifiche. L'altro elemento di difficoltà è, invece, di carattere più "politico" e coincide con l'affermarsi, nelle democrazie contemporanee, della crisi della politica che si manifesta come inadeguatezza della capacità di mediazione dei conflitti affidata alla funzione legislativa.

Le problematicità appena evidenziate sono state acuite dalla trasformazione in senso maggioritario delle democrazie contemporanee e dalle sue ricadute sulla funzione legislativa, che accentuano la forza della *lex* (come decisione maggioritaria) sganciata dalle garanzie dello *ius*¹¹ e, per ciò che qui interessa, dall'oggettività della *scientia*. Appare peraltro chiaro, come si è già sottolineato, che il costituzionalismo contemporaneo nasce munito di meccanismi, istituti e regole che cercano di proteggersi dall'arbitrio del legislatore; la nostra Costituzione, ad esempio, pone limiti determinati al potere legislativo della maggioranza e prevede controlli sull'osservanza delle procedure e garanzie sul rispetto dei diritti e delle minoranze. Si tratta, tuttavia, di strumenti e istituti, ancorché di rilievo, che sono stati via via indeboliti negli ultimi tre decenni anche in conseguenza delle trasformazioni della forma di governo¹². Appare proprio questo il

ma anche in talune peculiarità della nostra tradizione culturale»: G. FONTANA, *Ricerca scientifica e libertà di cura*, Napoli, 2019, 12.

¹¹ «La legge, nella sua assolutezza, può essere il comando arbitrario che costruisce e rafforza sistemi di dominio incontrollati e che priva dei diritti elementari (compreso il diritto alla vita) individui e gruppi»: G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, Torino, 2009, 18.

¹² Emblematiche, in tal senso, sono state le vicende che hanno riguardato la conversione del decreto-legge in assenza dei presup-

profilo che più preme mettere in evidenza; la spinta decisionista impressa al Governo ha avuto ricadute importanti sull'attività del Parlamento, limitandone la capacità di discussione, di confronto, di ascolto, ma soprattutto di inclusione e mediazione. Ne è risultato, dunque, un ruolo dell'organo rappresentativo della sovranità popolare decisamente squalificato e relegato a mero ratificatore¹³ della volontà della maggioranza governativa¹⁴. Così, se la dottrina da anni ha messo in evidenza, anche con allarme, le conseguenze istituzionali, nelle relazioni fra poteri dello Stato (in particolare fra Parlamento e Governo), della trasformazione in senso maggioritario della forma di governo, ciò su cui si è riflettuto meno – o non abbastanza, a parere di chi scrive – riguarda proprio le notevoli conseguenze che quelle trasformazioni hanno avuto nel rapporto

posti previsti dall'art. 77 Cost., che hanno portato la Corte costituzionale, nella storica sent. n. 29 del 1995, ad affermare che, «a norma dell'appena citato art. 77, la pre-esistenza di una situazione di fatto comportante la necessità e l'urgenza di provvedere tramite l'utilizzazione di uno strumento eccezionale, quale il decreto-legge, costituisce un requisito di validità costituzionale dell'adozione del predetto atto, di modo che *l'eventuale evidente mancanza di quel presupposto configura tanto un vizio di legittimità costituzionale del decreto-legge, (...) quanto un vizio in procedendo della stessa legge di conversione, avendo quest'ultima, nel caso ipotizzato, valutato erroneamente l'esistenza di presupposti di validità in realtà insussistenti*» (punto 2 del *cons. in dir.*, mio il corsivo nel testo).

¹³ G. SERGES, *Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2017, 2.

¹⁴ «Le teorie odierne della democrazia si basano tutte su un più o meno assoluto o temperato diritto della maggioranza di *mettere per iscritto la propria* volontà, e sulla proclamazione del dovere della minoranza (...) di piegarsi a quella regola»: G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, cit., 27.

fra rappresentanza e società¹⁵. In particolare, in senso negativo, tali conseguenze sono apparse evidenti nella sempre minore capacità del Parlamento di fare buona legislazione o semplicemente legislazione su materie particolarmente sensibili dal punto di vista (bio)etico; materie di nuova frontiera in cui spesso è necessario anche tener conto del dato scientifico e il cui rilievo, tuttavia, è tale da richiedere una collocazione al riparo da influenze maggioritarie, così da escludere a monte che gli interessi coinvolti possano essere attratti da dinamiche strumentali alla prevalenza di una determinata scelta etica. Ci si riferisce ad ambiti nei quali l'intervento del legislatore dovrebbe essere improntato al rispetto del principio di autodeterminazione e alle garanzie del consenso informato¹⁶ di chi è direttamente coinvolto. L'esperienza degli ultimi venticinque anni ha, invece, dato prova della grande fatica del legislatore italiano ad occuparsi di tali ambiti, visibile a partire proprio dall'esperienza fatta con la legge sulla P.m.a.¹⁷, ma poi confermata in altre ripetute occasioni

¹⁵ L'effetto è stato la progressiva perdita della valorizzazione di quell'«effetto inclusivo e fatalmente solidale che si determina nell'ordinamento ogni qualvolta ci si confronta nella sede parlamentare partendo, in linea di principio, da distinti orientamenti»: A. D'ANDREA, *Solidarietà e costituzione*, in *Jus*, n.1/2008, 198.

¹⁶ Sul principio di autodeterminazione e sul consenso informato si rinvia anche a: L. CHIEFFI, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Torino, 2019, 95 ss.; G. GRASSO, *Consenso informato, libertà di scelta e disponibilità del proprio corpo*, in G. COCCO (a cura di), *Lo statuto giuridico delle informazioni*, Milano, 2012, 33 ss.; A. PIOGGIA, *Diritti umani e organizzazione sanitaria*, in *Rivista del diritto e della sicurezza sociale*, 2011, 25 ss.

¹⁷ Sottolinea l'atteggiamento di «marcato sospetto nei riguar-

in relazione ai temi delle unioni civili, del testamento biologico e, da ultimo, del suicidio assistito.

I casi appena richiamati hanno mostrato, soprattutto, un Parlamento spesso bloccato da un cortocircuito fra scelte etiche e incapace di recuperare un approccio laico e responsabile, aperto all'esigenza di dare risposte a diritti importanti che non chiedono la «contesa»¹⁸ quanto, piuttosto, l'ascolto. Di contro, l'esperienza parlamentare richiamata è stata caratterizzata, più che mai, dalla perdita di un elemento essenziale della visione democratica, quale l'impegno a rispettare la libertà individuale e a farlo in modo responsabile; la legge n. 40 del 2004 sulla P.m.a. (di seguito: legge n. 40) ne è stata un vistoso e macroscopico esempio, testimoniando le conseguenze di un Parlamento che decide senza aprirsi all'ascolto. Un Parlamento che ha finito per porsi in aperto contrasto con i diritti inviolabili adottando disposizioni che sono risultate sorde al dato tecnico-scientifico¹⁹, diventando «fragili»²⁰ ed esposte

di delle scienza» del legislatore italiano posto di fronte alla prima regolamentazione organica della P.m.a. M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020, 295.

¹⁸ Con il titolo del volume di M. D'AMICO, *I diritti contesi*, Milano, 2016.

¹⁹ La «scarsa» e «inadeguata» sui profili tecnico-scientifici condotta nell'ambito del procedimento di approvazione della legge n. 40 è evidenziata da M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., 296.

²⁰ G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, cit., 20, sottolinea come, «senza *ius*, la *lex* diventa fragile e, al tempo stesso, tirannica». Per altro verso di decisione politica «volatile» parla M. LUCIANI, *Relazione di sintesi*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo alla giustizia costituzionale*, Torino, 2005, 626.

al giudizio e alla censura del giudice. La legge n. 40 è diventata l'emblema di tale fragilità dovuta anche all'errore nella legislazione; le sue vicende hanno finito, così, per assurgere a ruolo paradigmatico di caso di studio, per il costituzionalista²¹, su molteplici piani e profili.

2. Segue. *L'“errore legislativo” come fattispecie dell'eccesso di potere del legislatore. Alcune precisazioni a partire dal rapporto fra scienza e diritto*

Il tema della validità della legge ci conduce inevitabilmente in un territorio concettuale molto complesso. In generale quando si parla di “errore” in relazione ai vizi della legge, si fa riferimento a vizi formali, «in quanto risultanti dall'errore, proprio dell'attività del legislatore, di aver eseguito una forma (erronea) anziché un'altra (corretta) per l'adozione di un determinato atto»²²; ma se l'attività legislativa è rivolta alla regolazione di settori ampiamente condizionati dalle acquisizioni scientifiche, come la salute o l'ambiente, ma non solo, l'errata considerazione o del dato o del fatto tecnico-scientifico può avere conseguenze dirette sulla scelta legislativa²³, comportando «vistosi

²¹ Si veda ampiamente G. D'AMICO, *Le vicende della legge n. 40 del 2004 come esperienza paradigmatica del costituzionalismo contemporaneo*, in S. AGOSTA, G. D'AMICO, L. D'ANDREA (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita, Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, Napoli, 2017, 29 ss.

²² F. MODUGNO, *Legge (vizi della)*, in *Enc. del diritto*, Milano, 1973, XXIII, 1002-1003.

²³ Ampiamente su tale tema cfr., da ultimo: A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione e contenuto tecnico-scientifico e Costi-*

errori del legislatore»²⁴ riconducibili ai “vizi sostanziali” del c.d. eccesso di potere del legislatore²⁵. Per

tuzione, particolarmente, cit., 143 ss. e ID., *Poteri istruttori e valutazioni tecnico-scientifiche tra discrezionalità legislativa, autonomia della scienza ed esigenze processuali*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, 91 ss.; D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislative e giurisdizionale*, cit., 206 ss.

²⁴ M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 32.

²⁵ Il tema dei vizi della legge rimanda chiaramente all'art. 134 Cost., che si riferisce al sindacato di legittimità costituzionale e alla legge n. 87/1953, che all'art. 28 afferma che «il controllo di legittimità della Corte costituzionale (...) esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento». In realtà, la dottrina ha «giustamente criticato» tale ultima formula evidenziando come il «cosiddetto “potere discrezionale” del legislatore incontra limiti di diritto positivo la cui osservanza è sindacabile dalla Corte», quali ad esempio le riserve di legge rinforzata, il rinvio a disposizioni di principio, a clausole generali o a concetti indeterminati, a norme interposte (V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, 358). Dunque, anche se la dottrina più risalente ha manifestato posizioni di chiusura alla configurabilità dell'eccesso di potere degli atti legislativi (si vedano in particolare: C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, in ID. *La Costituzione italiana, Saggi*, Padova, 1954, 275 e G. GUARINO, *Profili costituzionali, amministrativi e processuali delle leggi per l'altopiano silano e sulla riforma agraria e fondiaria*, in *Foro italiano*, 1952, IV, 74 ss.), la funzione legislativa, ancorché essenzialmente «politica, nel senso di attività libera nel fine» (V. CRISAFULLI, *ivi*, 369), può essere sottoposta a un controllo da parte della Corte costituzionale che «non deve sindacare la scelta politica del legislatore, ma, in sede di legittimità, deve verificare la compatibilità di queste scelte con la Costituzione» (G. AZZARITI, *Sui limiti del*

altro verso e specularmente si può affermare che le «cognizioni tecnico-scientifiche “condizionano” sempre di più il contenuto delle leggi e, perciò, limitano la discrezionalità legislativa»²⁶. Ci si riferisce a quei casi in cui i “fatti” della scienza e le “valutazioni” del diritto, come scelte politiche, appaiono difficilmente separabili e richiedono quell’approccio epistemologico definito «metodo della “co-produzione”»²⁷, che

sindacato di costituzionalità sul contenuto delle leggi: l'eccesso di potere legislativo come vizio logico intrinseco della legge, in *Giur. cost.*, 1989, 654). La stessa giurisprudenza costituzionale ha ammesso il vizio di eccesso di potere in modo non equivoco a partire dalla sentenza n. 195/1982.

Quello dell’eccesso di potere legislativo è figura sicuramente controversa e ampiamente discussa dalla letteratura costituzionalistica, anche con esiti contrapposti; per il denso dibattito dottrinario, si rinvia anche a: F. MODUGNO, *Legge (vizi della)*, 1001 ss.; L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, *Enc. del diritto*, agg., Giuffrè, Milano, 1997, 902; G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, Milano, 1989, 536. In tema si vedano inoltre anche le considerazioni di A. PIZZORUSSO, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1986, 797 ss. e di M. LUCIANI, *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale tendenze recenti*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011, 1160.

Per studi più recenti si vedano infine: A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, 13 ss., G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 143 ss.; A. RUGGERI e A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2009, 109.

²⁶ A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione e contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, cit., 145.

²⁷ M. TALLACCHINI, *Scienza, politica e diritto: il linguaggio della co-produzione*, in *Sociologia del diritto*, 2005, 75 ss., ma si veda anche A. D’ALOIA, *Norme, giustizia, diritti nel tempo delle bio-tecnologie: note introduttive*, in *Id.* (a cura di), *Bio-tecnologie e valori*

conduce ad assumere una «maggiore consapevolezza rispetto alle scelte normative e di governo della scienza in società democratiche», così che il riferimento al dato scientifico sia assunto come «momento di oggettività e di certezza» costituendo «una risorsa retorica e culturale nella legittimazione di scelte politiche e normative»²⁸. L'esperienza giuridica degli ultimi decenni ha visto aumentare in maniera esponenziale ambiti nei quali l'incontro fra scienza e diritto ha comportato dei veri e propri capovolgimenti di vecchie certezze e rivoluzioni di prospettive che hanno coinvolto appieno la regolazione giuridica in materie già menzionate come inizio e fine vita, diritto alla salute, interventi sul corpo umano o sull'uso di parti di questo²⁹; si trat-

costituzionali. Il contributo alla giustizia costituzionale, cit., XIII. Da una prospettiva parzialmente diversa, A. SPADARO, *Sulle tre forme di "legittimazione" (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, ivi, 572, si riferisce alla «coesistenza» di entrambe le prospettive tale che si possa dire «del primato ora della scienza ora del diritto».

²⁸ M. TALLACCHINI, *Scienza, politica e diritto: il linguaggio della co-produzione*, cit., 77.

²⁹ Si è parlato in questi casi anche di «ragionevolezza delle normative o delle decisioni che incidono sulle scelte terapeutiche», ragionevolezza che verrebbe a dipendere «dal grado di consapevolezza del contesto e dei dati tecnico-scientifici e della capacità del legislatore (o dell'amministrazione) di giustificare le sue scelte su (o almeno non in contrasto con) questa base conoscitiva tendenzialmente oggettiva»; si è fatto, inoltre, riferimento, in relazione al controllo della Corte costituzionale, ad un vero e proprio «sindacato di ragionevolezza scientificamente "orientato"» di cui ha fatto mostra il giudice costituzionale in più sentenze, «muovendosi con qualche comprensibile difficoltà tra l'affermazione di principio della discrezionalità del legislatore, anche nell'identificare e selezionare gli elementi e i presupposti scientifici della

ta di una quantità di scoperte e di messa a punto di tecniche che hanno aumentato possibilità e scelte individuali, ma che hanno, come è noto, aperto nuove tensioni nell'esperienza giuridica, spiazzando categorie tradizionali e spingendo verso una loro riformulazione³⁰. In particolare, l'apporto concreto e inedito

sua decisione, e la dimostrazione concreta dell'inadeguatezza o della illogicità sul piano del risultato (la famosa "prova contraria" di cui la Corte parla nella sent. n. 127/1990 del bilanciamento effettuato rispetto alle esigenze di tutela della salute o alle stesse finalità perseguite dal legislatore»; così A. D'ALOIA, *Tutela della salute, valutazioni tecnico-scientifiche, limiti all'autonomia regionale. Appunti di giurisprudenza costituzionale*, in L. Violini (a cura), *Verso il decentramento delle politiche di welfare*, Milano, 2011, 19. Nello stesso senso anche S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico. Spunti dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 16 giugno 2014, 1 ss.; più ampiamente ID., *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione assistita*, Napoli, 2015, 278 ss., 434 ss., 475 ss. La stretta inerenza fra ragionevolezza e pensiero scientifico è sottolineata altresì da A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giuridica*, agg., Roma, 2005, XIV, 2, che, riprendendo l'epistemologia di K. Popper, evidenzia come «nel campo scientifico un ruolo assorbente, ai fini della ragionevolezza, assume l'induzione, ovvero i criteri di ragionevole sufficienza delle prove di non falsificazione». Sul punto si veda anche A.S. AGRÒ, *Art. 3*, che nell'elenco degli strumenti conoscitivi cui la Corte ricorre nel giudizio sulla ragionevolezza pone esplicitamente le «valutazioni di ordine tecnico e scientifico in senso lato», in *Commentario alla Costituzione a cura di G. Branca*, Bologna-Roma, 1975, 144.

³⁰ A. D'ALOIA, *Norme, giustizia, diritti nel tempo delle bio-tecnologie: note introduttive*, cit., XI, che sottolinea come lo spiazzamento di categorie classiche quali il concetto di persona, l'autonomia individuale, la nozione di discriminazione, il rapporto

che i contenuti della scienza hanno offerto alle scienze giuridiche e alla politica è stato individuato nella possibilità di queste ultime di «emanciparsi dai giudizi di valore e dalle opinioni soggettive»³¹. Appare chiaro, tuttavia, come nello Stato costituzionale contemporaneo tale possibilità deve temperarsi con l'attuazione dei valori e dei principi costituzionali che fungono comunque, e in qualsiasi condizione, da limite alla discrezionalità del potere legislativo. Emerge, dunque, l'esistenza di una relazione di interdipendenza fra scienza e diritto³², per cui là dove la scienza «porge parole di verità al potere»³³, il diritto, e il diritto costituzionale in particolare, attraverso la Costituzione, porge obiettivi di valore alla scienza irrinunciabili.

Il cammino di interdipendenza fra scienza e diritto appare tutt'altro che un percorso irenico; come vedremo, infatti, all'interno dei nuovi spazi aperti dalle conoscenze scientifiche, la regolazione giuridica si è trovata a confrontarsi con alcune obiettive difficoltà,

delle azioni umane con lo spazio e con il tempo abbia prodotto l'esigenza di una loro riformulazione all'interno di «un “nuovo” diritto, appunto un “bio-diritto”».

³¹ M. TALLACCHINI, *Scienza, politica e diritto: il linguaggio della co-produzione*, cit., 79.

³² Si veda E. CHELI, *Scienza, tecnica e diritto: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, n.1/2017, 1, che ben mette in evidenza come «la scienza e il diritto si collocano, quindi, per la loro funzione, in campi distinti, ma necessariamente connessi, se è vero che per graduare e regolare gli interessi sociali occorre valutarli e per valutarli occorre innanzitutto conoscerli e conoscere la realtà che ha contribuito a farli emergere».

³³ M. TALLACCHINI, *Scienza, politica e diritto: il linguaggio della co-produzione*, cit., 79.

fra le quali, ad esempio, l'asimmetria temporale³⁴ fra la velocità del progresso scientifico e la lentezza della decisione politica/giuridica, asimmetria che, come si è detto, ha costretto e costringe il legislatore a rincorrere la scienza su un terreno essenzialmente «mobile» e «provvisorio»³⁵, spesso di necessaria non definitività. Si tratta di un terreno con il quale si è confrontata anche la Corte costituzionale, a partire dalla sentenza n. 282 del 2002³⁶, offrendo indicazioni chiave al legisla-

³⁴ Quello fra scienza e diritto è stato considerato un «un confronto asimmetrico» nel quale «il modo della loro integrazione dipende da molte variabili»: A. D'ALOIA, *Tutela della salute, valutazioni tecnico-scientifiche, limiti all'autonomia regionale. Appunti di giurisprudenza costituzionale*, cit., 17.

³⁵ A. D'ALOIA, *Norme, giustizia, diritti nel tempo delle bio-tecnologie: note introduttive*, cit., XVI. Si veda anche C. CASONATO, *Bioetica e pluralismo nello Stato costituzionale*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI (a cura di), *Biodiritto in dialogo*, Padova, 2006, 7, secondo il quale «la fisiologica lentezza della riflessione giuridica, del confronto politico e della produzione legislativa (...) contribuisce a rendere irraggiungibili i ritmi e la velocità della ricerca scientifica». In tema, si rinvia anche a M. LUCIANI, *Relazione di sintesi*, cit., 620, che sottolinea, tuttavia come, nel complesso rapporto fra scienza e diritto, se è vero che «le regole giuridiche cerchino sempre di inseguire il progresso scientifico (normandone i risultati)», è anche vero, rovesciando i termini, che «la scienza non riesce mai a sfuggire interamente al diritto».

³⁶ La sentenza origina dal ricorso dello Stato avverso una legge della regione Marche che aveva sospeso temporaneamente, nel territorio regionale, la terapia elettroconvulsivante e alcuni interventi di psicoturgia in attesa della definizione certa e circostanziata, da parte del Ministero della salute, delle situazioni cliniche e dei protocolli operativi in base ai quali detti trattamenti potessero ritenersi efficaci e non dannosi per i pazienti. La Corte ritiene corretto l'inquadramento costituzionale di riportare le competenze alla potestà concorrente in materia della tutela della salute, ma nella ricognizione dei principi applicabili ne individua alcuni che

tore chiamato ad intervenire³⁷. Tuttavia, la maggiore

non vincolano soltanto il legislatore regionale, ma esprimono limiti più generali al potere legislativo (anche dello Stato) nel disciplinare il merito delle attività terapeutiche. Cfr. D. SERVETTI, *La riserva di scienza e tutela della salute*, cit., 14 ss.

³⁷ Corte cost., sent. n. 282/2002: «autonomia del medico nelle sue scelte professionali e obbligo di tener conto dello stato delle evidenze scientifiche e sperimentali, sotto la propria responsabilità, configurano dunque un altro punto di incrocio dei principi di questa materia.

A questi principi si riconduce anche il codice di deontologia medica (3 ottobre 1998), che l'organismo nazionale rappresentativo della professione medica si è dato come “*corpus* di regole di autodisciplina predeterminate dalla professione, vincolanti per gli iscritti all'Ordine che a quelle norme devono quindi adeguare la loro condotta professionale”. Come afferma l'art. 12 (Prescrizione e trattamento terapeutico) di tale codice, “al medico è riconosciuta piena autonomia nella programmazione, nella scelta e nella applicazione di ogni presidio diagnostico e terapeutico (...), fatta salva la libertà del paziente di rifiutarle e di assumersi la responsabilità del rifiuto stesso”; ma “le prescrizioni e i trattamenti devono essere ispirati ad aggiornate e sperimentate acquisizioni scientifiche (...), sempre perseguendo il beneficio del paziente”; e “il medico è tenuto ad una adeguata conoscenza (...) delle caratteristiche di impiego dei mezzi terapeutici e deve adeguare, nell'interesse del paziente, le sue decisioni ai dati scientifici accreditati e alle evidenze metodologicamente fondate”, mentre “sono vietate l'adozione e la diffusione di terapie e di presidi diagnostici non provati scientificamente o non supportati da adeguata sperimentazione e documentazione clinico-scientifica, nonché di terapie segrete» (punto 4 del *cons. in dir.*).

Il rilievo della decisione soprattutto nel definire il rapporto fra diritto e scienza è stato prontamente rilevato dalla dottrina, cfr., fra gli altri, E. CAVASINO, *I «vincoli» alla potestà legislativa in materia di «tutela della salute» tra libertà della scienza e disciplina costituzionale dei trattamenti sanitari*, in *Giur. cost.*, 2002, 3282 ss.

Sul rilievo acquisito dalla scienza nelle decisioni dalla Corte costituzionale si rinvia ai saggi di: R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il con-*

difficoltà, soprattutto di fronte a scelte particolarmente delicate dal punto di vista etico, ha coinciso spesso con l'indisponibilità del diritto (*rectius*: del legislatore) a limitare la discrezionalità della propria decisione; si è così trascurata la «potenza esplicativa e predittiva della scienza»³⁸ e si è preferita, evidentemente, l'adesione a giudizi di valore affidata a scelte determinate, che nel caso della legge sulla P.m.a. hanno assunto, come vedremo, la forma del divieto o dell'obbligo, spesso irragionevoli. Non si può dimenticare o tanto meno sottovalutare, a fronte di tali scelte, come il rapporto fra scienza e sistemi normativi sia caratterizzato dal continuo fronteggiarsi dell'«essere» della scienza con il «dover essere» valutativo del diritto³⁹. Tuttavia, a ben guardare, emerge chiaramente come, nella determinazione della regolazione di ambiti che intersecano la scienza, sono, in realtà, tre gli elementi che agiscono sulla scelta giuridica influenzandola: il dover essere dei «principi costituzionali»; l'essere della «verità della scienza»; la discrezionalità della «scelta politica». Nell'azione di questi tre elementi e soprattutto nelle loro contrapposizioni ed antinomie solo l'ultimo può essere recessivo. Detto in altri termini, nel rapporto fra scienza e diritto il legislatore dovrebbe essere in grado di valutare il fatto scientifico

tributo alla giustizia costituzionale, cit., 1 ss.; M. AINIS, *Questioni scientifiche controverse nella giurisprudenza costituzionale*, ivi, 23 ss.; G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, ivi, 31 ss.

³⁸ M. TALLACCHINI, *Scienza, politica e diritto: il linguaggio della co-produzione*, cit., 76.

³⁹ Nello stesso senso, mi pare, G. FONTANA, *Ricerca scientifica e libertà di cura*, cit., 13.

e le sue conseguenze prima di tutto alla luce dei soli principi costituzionali onde evitare che l'applicazione o l'uso della scienza possa avere conseguenze che contrastino con i principi della Costituzione, e solo dopo tale riscontro, nel caso, verificare se rimangono spazi alla discrezionalità legislativa coerenti, tuttavia, con i primi due elementi.

L'atteggiamento del legislatore consapevole e attento ai principi costituzionali appare ancor più necessario quando esso si trovi ad operare scelte che insistono su un territorio molto particolare, al tempo stesso oggetto di diritto e di regolazione giuridica e soggetto di diritti e di libertà fondamentali, qual è il corpo umano⁴⁰; la regolamentazione degli atti dispositivi sul corpo presuppone l'esercizio di un potere che nasce sempre limitato dal punto di vista giuridico e ancor di più etico⁴¹. Si tratta, fra l'altro, in questo caso,

⁴⁰ Si assume che «l'identificazione del corpo con la persona, l'idea che quello sia soltanto il sostrato materiale di questa, ha come corollario la regola che il corpo non è un'autonoma categoria del giuridico, non è un'entità che può, da sola, ed in modo differenziato, far parte di un qualche atto di disposizione o di negoziazione»: G. CRICENTI, *I diritti sul corpo*, Napoli, 2008, 7. Più in generale sul rapporto fra corpo e diritto e sui limiti del potere nella regolamentazione sul corpo, si vedano anche L. D'AVACK, *Il potere sul corpo. Limiti etici e giuridici*, Torino, 2015, *passim* e P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, Milano, 2007, *passim*.

⁴¹ «La costruzione del corpo accompagna la storia dell'umanità, conosce finalità e modalità diverse. Si riflettono in essa volontà individuali, condizionamenti e anche violenze sociali. Si colgono così i diversi poteri che si esercitano sul corpo: della persona, che vuole disporne liberamente, e dei diversi soggetti, pubblici e privati, che se lo contendono, che vogliono impadronirsene e regolarlo. Il corpo come luogo di libertà o della coercizione?»;

di uno spazio che chiede di essere lasciato all'autodeterminazione dei soggetti interessati⁴², ma è una autodeterminazione che comunque non può prescindere dal rispetto dei principi costituzionali e che quindi si candida ad occupare lo spazio proprio della discrezionalità del legislatore, relegando quest'ultima a un ruolo del tutto marginale.

3. Segue. *Invaldità legislativa ed errore tecnico-scientifico del legislatore*

Conviene precisare, a questo punto, alla luce della

così S. RODOTÀ, *Costruzione del corpo. Luogo di libertà o di coercizione?*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2019, 161. Il rapporto fra corpo, medicina, intesa come «pratica di interesse pubblico», autorità del medico, autonomia e potere, sono indagati, nel capitolo intitolato *Il corpo* da M. FOUCAULT, *La cura di sé. Storia della sessualità* 3, (1984), Milano, 2009, 103 ss. Al corpo come luogo di «disciplinamenti» si riferisce C. M. MAZZONI, *Corpo. Il corpo e le sue immagini*, in G. CORBELLINI, P. DONGHI, A. MASSARENTI, *BibliOETICA. Dizionario per l'uso*, Torino, 2006, 41 ss.

⁴² Ricorda S. RODOTÀ, *Costruzione del corpo. Luogo di libertà o di coercizione?*, cit., 163, come sia stata proprio la consapevolezza della debolezza del corpo di fronte al potere a spingere a segnare i limiti all'intervento esterno «per renderlo intoccabile dagli altri e affidarlo alla libera scelta dell'interessato», tale consapevolezza si manifestata proprio all'indomani della Seconda guerra mondiale, nel processo ai medici nazisti che approda al Codice di Norimberga del 1946, che si apre, come ricorda ancora Rodotà, con le parole che hanno dato vita a quello che oggi definiamo il c.d. «consenso informato»: «il consenso volontario del soggetto umano è assolutamente necessario». Sul Codice di Norimberga e sulle origini del principio del consenso informato, si rinvia a: G. CORBELLINI, *Codice di Norimberga*, 34-35.

teorica sull'invalidità della legge, i caratteri di quello che abbiamo definito l'errore tecnico-scientifico del legislatore. Quando si parla di vizi della legge, normalmente si fa riferimento, come visto, a due tipologie di vizi: sostanziali e formali; all'interno di questo schema, l'errore sul dato scientifico o tecnico, sia che attenga alla cattiva valutazione del legislatore di un fatto scientifico⁴³, sia alla sua carente valutazione ovvero omissione⁴⁴, comunque arriva a determinare sempre

⁴³ Con riferimento alla disciplina della P.m.a., si pensi, ad esempio, all'obbligo di impiantare contestualmente i tre embrioni creati, previsto (originariamente) dalla legge n. 40, senza possibilità, contrariamente da quanto indicato dalle pratiche mediche ampiamente sperimentate, di differenziare i protocolli a seconda dell'età della madre e delle condizioni di salute della madre e degli embrioni. In tale caso l'errore del legislatore è stato attestato anche dai dati sulle nascite rilevati dopo l'approvazione della legge n. 40. L'introduzione delle rigide prescrizioni sui protocolli previsti dalla legge ha causato, secondo le statistiche, effetti quali la diminuzione complessiva delle percentuali di successo dei trattamenti variabile tra il 3,5 e il 4,5% (pari a un calo delle nascite del 15/20%) nelle donne più mature e un sensibile aumento delle gravidanze multiple nelle donne più giovani (C. FLAMIGNI, *La procreazione assistita*, cit., 45-46). In tale evenienza si è di fronte chiaramente ad una volontà legislativa che "falsifica" le evidenze scientifiche, procedendo in maniera "incoerente" anche con il proprio obiettivo di favorire la procreazione di una nuova vita. A proposito, A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, cit., 1, sottolinea che, in riferimento ai criteri del pensiero in generale, un primo criterio di ragionevolezza è appunto «il requisito della *non falsificazione*. Un secondo criterio [è] dato dalla *coerenza*, da intendere come struttura che presuppone la consistenza (cioè: la non contraddizione) ma la trascende. La assenza di contraddizione è condizione necessaria ma non sufficiente della coerenza» (corsivo dell'autore).

⁴⁴ Sempre in riferimento alla legge n. 40 si pensi, in questo caso, alla mancata previsione, nei protocolli, dell'esame genetico

un vizio per eccesso di potere perché il legislatore si spinge dove non avrebbe dovuto⁴⁵. Se, infatti, come è

preimpianto o al divieto di accesso alla P.m.a. alle coppie fertili, ma portatrici di malattie genetiche.

⁴⁵ Con conseguenze chiaramente «sull'esercizio della funzione giurisdizionale, ponendo il giudice in una posizione di "dipendenza necessaria" dai risultati della scienza» (R. BIN, *La Corte e la scienza*, cit., 2); in questi casi la Corte costituzionale ha ammesso, a partire dal famoso caso relativo al "multitrattamento Di Bella", sent. n. 121/1999, come la «consulenza tecnica d'ufficio (sia) strumento sovente indispensabile per l'esercizio della giurisdizione, quando bisogna attingere a conoscenze scientifiche per dirimere le controversie che il giudice è chiamato a decidere», salvo tuttavia, come è stato nel caso in questione che riguardava il famoso "pretore di Maglie", che il giudice non utilizzi, «a fini del tutto impropri, un istituto del processo», facendolo così risultare «esercizio abnorme del potere giurisdizionale» (punto 3 del *cons. in dritto*).

Più in generale sulle modalità attraverso le quali il Giudice costituzionale si pone di fronte ai "fatti" scientifici e sul ricorso, ancora molto limitato, a poteri istruttori si rinvia a: A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi della Corte Costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, in *Giur. cost.* 1973, 1497 ss.; A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e nei conflitti*, in *Giur.*, 1978, 1335 ss.; G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008, *passim*; T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997, *passim*; M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 521 ss. Si vedano, inoltre, le relazioni contenute in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., e in particolare, per i profili che qui più rilevano, si rinvia ai saggi di: E. OLIVITO, *I fatti a Corte. La resistibile ascesa degli elementi fattuali nel giudizio di legittimità costituzionale*, 135 ss.; G. RAGONE, *Valutazioni e fatti scientifici tra ragionevolezza e proporzionalità: brevi note sul ragionamento giuridico della Corte costituzionale e della Corte europea*

stato chiaramente rilevato, «la legge, di per sé, è forma della forza o forza messa in forma»⁴⁶, il suo contenuto, per non essere mero arbitrio, deve sempre mirare a realizzare «aspettative di giustizia»⁴⁷, in relazione alle quali può influire la valutazione del fatto scientifico, se di rilievo; se, dunque, la forza della legge sottovaluta o trascura le conseguenze oggettive di un dato o fatto scientifico, ma lo norma, lo disciplina, la forza posta dal legislatore sarà percepita prepotente e arbitraria, eccessiva, non ragionevole⁴⁸ appunto rispetto alla verità scientifica⁴⁹.

dei diritti dell'uomo, 285 ss.; A. IANNUZZI, *Poteri istruttori e valutazioni tecnico-scientifiche tra discrezionalità legislativa, autonomia della scienza ed esigenze processuali*, 91 ss. Quest'ultimo autore, a fronte della palese esiguità del ricorso alle ordinanze istruttorie, si pone problematicamente nella prospettiva di verificare come il Giudice costituzionale riesca ad acquisire il dato scientifico o la valutazione scientifica, sempre più presente nelle sue decisioni. Su questo ultimo profilo si veda quanto si dirà *infra* a proposito dei nuovi poteri istruttori introdotti nel giudizio davanti alla Corte costituzionale con una modifica regolamentare nel gennaio 2020.

⁴⁶ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 22.

⁴⁷ *Ibidem*. In riferimento alla legge n. 40 come può essere valutata la scelta di escludere dalla P.m.a. le coppie fertili, ma portatrici di malattie genetiche, se non come una scelta priva di quelle aspettative di giustizia? Il legislatore, con atto di volontà, aveva di fatto precluso, con quel divieto, a quelle coppie, l'accesso all'unica pratica medica che dà loro certezza sulla nascita di un figlio libero dalla malattia.

⁴⁸ «Non è ragionevole, si è detto, una tesi o una decisione che si fondi su dati conoscitivi errati (falsificati, cioè)»: A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, cit., 2.

⁴⁹ Di converso si è sottolineato, invece, che rispetto al «“metodo scientifico”», come requisito di validità delle leggi che regolino materie scientificamente controverse», «nella giurisprudenza costituzionale l'esigenza che ogni scelta normativa sia giustificata da

Le cose dette chiaramente hanno ricadute immediate, come già anticipato, anche sull'attività della Corte costituzionale⁵⁰, che, posta di fronte alla cre-

verifiche sperimentali ed evidenze scientifiche» ha acquistato un ruolo significativo; così M. AINIS, *Questioni scientifiche controverse nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 28, che a testimonianza, oltre alla già citata sentenza n. 282/2002, in cui la Corte dichiara l'incostituzionalità di una legge regionale in quanto la decisione del legislatore (regionale) non era basata su specifiche acquisizioni tecnico-scientifiche verificate da organismi competenti, si riferisce anche alla sentenza n. 338/2003, nella quale si afferma che il divieto di determinate terapie «non può mai sorgere in base a “pure valutazioni di discrezionalità politica”, ma dev'essere sempre avalato da evidenze sperimentali» (punto 5.1 del *cons. in dir.*), e prima ancora alla sentenza n. 185/1998, in cui la Corte afferma indirettamente l'esistenza dell'obbligo di sperimentazione dei farmaci. Si vedrà come tale tendenza è confermata anche nelle decisioni che hanno avuto ad oggetto disposizioni della legge n. 40.

⁵⁰ «Si può poi affermare che la Corte potrebbe (e dovrebbe) fare uso delle istruttorie in tutti quei casi in cui sia necessario verificare la sussistenza o meno di un errore sui (o di una modificazione *ex post* dei) fatti presupposti dal legislatore al momento di compiere le scelte relative alla disciplina di un certo oggetto. La dottrina ha da tempo sottolineato l'importanza di questo punto, né sembra possibile negar il rilievo del fatto presupposto come sintomo del vizio della volontà (pur oggettivata, non storica) del legislatore, perché è chiaro che la ponderazione dei vari interessi (che poi, agli occhi del giudice costituzionale, deve essere illuminata sempre dal faro del valore costituzionale-guida) non può essere razionalmente fondata, se procede da una erronea rappresentazione della realtà. Che questa erronea rappresentazione sia sintomo di un vero e proprio vizio di eccesso di potere o di qualche cosa di diverso mi sembra (...) questione eminentemente terminologica. Interessa, piuttosto, che un controllo di questo tipo la Corte abbia sovente compiuto, anche se gli esempi di ordinanze istruttorie intese come funzionali a tale controllo sono tutt'altro che frequenti»; così M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, cit., 538.

sciente pervasività della scienza, della medicina e della tecnologia nella regolazione legislativa, è chiamata sempre più, di riflesso, a confrontarsi con tali tematiche⁵¹. Il Giudice costituzionale, nella misura in cui la scienza diventa oggetto della legge, deve, dunque, potersi mettere nelle condizioni di comprendere e valutare il dato scientifico, deve, in altre parole, essere in grado di accedere a conoscenze, certamente non facili, e che sono tradizionalmente estranee alla formazione e alle competenze dei singoli giudici. Preliminare, infatti, ad ogni sua valutazione in tali giudizi, è l'accertamento del dato e del fatto a contenuto scientifico che, tuttavia, tradizionalmente pone dei limiti alla Corte che, «a differenza di altri giudici», «non è un giudice del fatto», ma è il Giudice delle leggi «a confronto con i principi costituzionali. Per questo, di norma, il suo potere conoscitivo si colloca a un livello piuttosto “astratto”, e comunque conchiuso all'interno dei confini del mondo giuridico, mentre i dati e i fatti restano solo sullo sfondo e sono per lo più quelli

⁵¹ Di particolare interesse, sul tema, sono le considerazioni di due giudici costituzionali M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, in *Rivista del BioDiritto*, n. 1/2017, 9 ss. e 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*, cit., 16, che sottolinea (proprio in riferimento alla sentenza n. 84/2016, che ha riguardato il divieto, posto dalla legge n. 40, di utilizzare a fini di ricerca scientifica gli embrioni non utilizzati) come in più occasioni la Corte si sia «trovata a decidere senza poter-voler ricorrere ad apporti conoscitivi “neutri”, dovendo così accontentarsi di una sorta di “scienza privata” del collegio o del solo relatore».

veicolati dal caso concreto da decidere»⁵². Il processo costituzionale pone, dunque, strutturalmente dei limiti al Giudice costituzionale nell'accedere ad un livello alto di apprezzamento dei dati scientifici; tali limiti dovrebbero, prima di tutto, essere compensati dalle parti del processo, chiamate a fornire alla Corte tutte le informazioni necessarie negli atti processuali, che, tuttavia, nella realtà sono spesso carenti sotto tale profilo⁵³. Altri strumenti sono senza dubbio i mezzi conoscitivi informali, quali studi, report, articoli scientifici che vanno a comporre la documentazione dell'attività istruttoria svolta per ogni caso o anche seminari, convegni di approfondimento⁵⁴, ma soprattutto le ordinanze istruttorie, previste dall'art. 12 (Mezzi di prova), delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale. Tuttavia, anche queste ultime sono state utilizzate in maniera molto limitata per diverse ragioni, tutte più o meno connesse all'esigenza di evitare situazioni in cui la Corte debba mettersi al riparo da scelte o valutazioni che finiscano per non apparire del tutto neutre ed obiettive⁵⁵. Per questa

⁵² M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, cit., 10.

⁵³ M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, cit., 11.

⁵⁴ «Che la Corte usa convocare per confrontarsi con la dottrina su problematiche nuove o particolarmente spinose»: M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, cit., 12.

⁵⁵ N. ZANON, *La Corte, i poteri istruttori e la dottrina*, cit., 16, che tuttavia evidenzia come il timore della ricerca del «sapere

stessa ragione, quindi, le decisioni di accoglimento e di censura del Giudice costituzionale su disposizioni a contenuto tecnico-scientifico, come si avrà modo di verificare in relazione alla giurisprudenza sulla legge n. 40, sono relative a situazioni di chiaro, e non controverso, fondamento scientifico⁵⁶. Il giudice costituzionale in altre parole limita il proprio intervento a casi di stretta evidenza scientifica per evitare, in caso contrario, di interferire, invece, con la discrezionalità del legislatore⁵⁷.

“neutro”» sposti il problema «sul “come” si raccolgono le informazioni» e, dunque, sulla procedura che conduce alla raccolta delle informazioni, «ma, come ognuno intuisce (e come la dottrina non può ignorare), è proprio la determinazione in concreto di tali termini e modi, in ogni singola questione, a porsi come problema». In altre parole, la questione è quella di mettersi al riparo dai pericoli della falsa neutralità e dalla falsa obiettività della scienza e degli scienziati, tema che è centrale negli studi sull'epistemologia della scienza. Sul processo che conduce alla c.d. scienza «stabilmente fondata» su «risultati raggiunti dalla scienza del passato» assunti come «paradigmi» e riconosciuti dagli scienziati come «fondamento» della ricerca ulteriore, si rinvia a T.S. KUHN, *La via verso la scienza normale*, in ID., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, (1962), Torino, 2009, 29.

⁵⁶ Al contrario dove questa chiarezza è mancata il Giudice costituzionale, come vedremo, ha optato per l'inammissibilità della questione. Così è stato, ad esempio, nel caso della sent. n. 84/2016, nella quale il Giudice costituzionale, in mancanza di un generale consenso, anche della comunità scientifica, sullo statuto dell'embrione chiama in causa la discrezionalità del legislatore.

⁵⁷ Come sottolinea E. OLIVITO, *I fatti a Corte. La resistibile ascesa degli elementi fattuali nel giudizio di legittimità costituzionale*, cit., 147, «a questo proposito, un conto è sostenere che i giudici costituzionali devono limitarsi a verificare l'obiettiva e manifesta sussistenza dei fatti legislativi, altra cosa è dire che essi possono insinuarsi nelle valutazioni fattuali compiute dal legislatore», dato

Alla luce di quanto detto, tuttavia, va senza dubbio sottolineata come una novità di rilievo la decisione di modificare le Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, deliberata l'8 gennaio 2020⁵⁸, prevedendo disposizioni che permettano di aprire il processo costituzionale a strumenti nuovi e differenziati, quali il ricorso all'*amicus curiae*, la previsione di istruttorie allargate ad esperti, l'ampliamento dell'intervento nel giudizio incidentale⁵⁹; tali innovazioni sono soprattutto il segno più eclatante di

che in quest'ultimo caso «il giudizio si espande [e,] intaccando la scelta dei fini fatta dal legislatore».

⁵⁸ Le nuove *Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, pubblicate su G.U., Serie Generale, n. 17 del 22 gennaio 2020.

⁵⁹ Per un primo commento si rinvia a P. RIDOLA, "La Corte si apre all'ascolto della società civile", in *federalismi.it*, n. 2/2020, IV ss., che sottolinea come le plurime aperture rispondano ad esigenze diverse, ma nell'insieme tali strumenti siano la manifestazione del ruolo giocato dal rapporto fra pluralismo sociale ed evoluzione dell'esperienza di giustizia costituzionale e di apertura alla società civile. Tuttavia, questo autore avverte sull'esigenza che «strumenti di ascolto della società civile (vadano) peraltro maneggiati con cautela», ivi, IV-VI, VI per la citazione. In particolare, per i profili che riguardano gli aspetti procedurali e tecnici delle nuove previsioni e anche per ulteriori riferimenti bibliografici, si rinvia, a A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della prassi*, in *Osservatorio Aic*, n. 2/2020, 13 ss., che pur sottolineando la grande rilevanza della modifica introdotta, che testimonia la consapevolezza della Corte, della necessità posta da alcuni giudizi «di penetrare aspetti tecnici sottesi che possono risultare di non immediata intellegibilità», dimostra prudenza nel valutare l'«apprezzabile "svolta" processuale» che «non può essere caricata di eccessiva enfasi poiché molte potenzialità applicative dipenderanno dalla prassi che concretamente la Corte seguirà» (ivi, 14).

un'esigenza del Giudice costituzionale, che si giustifica anche alla luce di quanto detto in queste pagine. In particolare, in relazione alla conoscibilità dei fatti di natura tecnico-scientifica la norma più importante appare l'art. 14-bis, che prevede espressamente la possibilità di disporre con ordinanza l'audizione di «esperti di chiara fama»⁶⁰, rispetto ai quali è opportuno prevedere, come è stato sottolineato, «la definizione di una prudente prassi applicativa, in particolare quanto ai criteri nella scelta degli esperti, al fine di garantire che si squaderni innanzi alla Corte ed alle parti del giudizio un quadro il più possibile ampio, contraddittorio e realmente inclusivo, delle controversie scientifiche sul tappeto, sullo sfondo delle quali si intravedono spesso, ad esempio sui temi eticamente sensibili, su quelli della bioetica o della finanza pubblica, conflitti identitari e religiosi, squilibri e diseguaglianze, sacche di marginalità e di discriminazione»⁶¹.

Appare evidente, a fronte anche di tali importanti novità, che sollevano comunque delicati problemi non solo procedurali, ma anche sul ruolo e sulla funzione della giustizia costituzionale, come, per conver-

⁶⁰ *Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, art. 14-bis. (*Esperti*). – 1. «La Corte, ove ritenga necessario acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline, dispone con ordinanza che siano ascoltati esperti di chiara fama in apposita adunanza in camera di consiglio alla quale possono assistere le parti costituite. Con l'autorizzazione del Presidente, le parti possono formulare domande agli esperti». La previsione chiaramente apre la complessa questione delle modalità di individuazione degli esperti, che appare sicuramente problematica.

⁶¹ P. RIDOLA, «*La Corte si apre all'ascolto della società civile*», cit., VIII.

so, prima ancora che davanti alla Corte costituzionale, le esigenze di giustizia della legge dovrebbero essere, invece, garantite innanzitutto dall'occhio "attento" del legislatore: «il buon legislatore è quello che sa distinguere correttamente i casi ai quali indirizza la sua legge ma, prima di distinguerli, deve poterli conoscere»⁶²; in altre parole, il buon legislatore deve impedire situazioni di «cecità» della legge⁶³. A seconda dei casi, delle conoscenze scientifiche acquisibili o dell'impossibilità di addivenire a certezze valutabili in astratto, il buon legislatore dovrà essere anche in grado di decidere o, nel caso, di evitare regole rigide che impediscono spazi di flessibilità e adattabilità alle differenti esperienze e condizioni o sviluppi futuri sui quali il fatto scientifico o tecnico è chiamato ad intervenire⁶⁴. Fare sì che il legislatore mantenga gli occhi aperti sulla scienza e sulla tecnica comporta che il primo sia in grado di comprenderne non solo le potenzialità attuali e future, ma anche i limiti, o, nel caso, i pericoli. Il panorama prospettato fa intravedere sicuramente situazioni complesse, nelle quali il rischio che si inneschino conflitti fra interessi è sempre presente; per

⁶² G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, I. *Storia, principi, interpretazioni*, cit., 181.

⁶³ Alla «cecità» della legge si riferiscono G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, I. *Storia, principi, interpretazioni*, cit., 180 ss.

⁶⁴ «Quando il diritto ha a che fare con la scienza, senza voler enfatizzare gli effetti che la scienza provoca sul diritto, è costretto a flessibilizzarsi oltremodo, mettendo in discussione categorie tradizionali, finendo per trasformarsi, in taluni casi, anche radicalmente»: A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione e contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, cit., 1.

tale ragione, al di là delle difficoltà e delle incognite non sempre prevedibili, il legislatore che entra in relazione con la scienza deve innanzitutto tenere bene in mente il limite più evidente di quest'ultima, che consiste nella sua incapacità di scegliere degli scopi, delle finalità. Tale possibilità, invece, è propria del diritto e della politica, «sebbene indebolit[i] dinanzi alla potenza della tecnica»⁶⁵. Il legislatore attento ha chiaramente come missione e come scopo l'attuazione dei principi costituzionali; quest'ultimi «non si oppongono al progresso della tecnica, di cui nessuno può ignorare i grandi benefici portati all'umanità, ma resistono alle conseguenze negative dello scientismo tecnologico, la forma attuale della volontà di potenza»⁶⁶. Ecco rivelato il vero limite della scienza, che si concretizza di fatto nella sua stessa potenza: l'essere, in realtà, ricerca senza limiti; la scienza senza diritto o, più esattamente, la scienza senza i limiti di scopo del diritto può trasformarsi in assoluto in individualismo (o protagonismo) così come succede, ad esempio, per l'economia senza regole giuridiche. Come quest'ultima, anche la scienza sembra orientata per sua propria essenza alla crescita delle «magnifiche sorti e progressive»⁶⁷, ma esattamente come l'economia anche la scienza, quando entra in relazione con i diritti e ne

⁶⁵ L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2001, 2. Sui rapporti fra diritto e tecnica e sulla difficoltà di regolazione della tecnica, si rinvia a N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001.

⁶⁶ L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, cit., 7.

⁶⁷ G. LEOPARDI, *La ginestra o il fiore del deserto*, (1836), in *Id.*, *Poesie e prose*, Milano, 1987, 125.

diventa strumento di attuazione o di emersione di nuovi, cade nella facile tentazione di rispondere solo ad aspirazioni soggettive, col rischio che queste diventino pretese individualistiche, se non arginate da limiti o forme di temperamento riconducibili in primis al principio di solidarietà⁶⁸ e ad altri principi costituzionali.

4. *La legge n. 40 del 2004 e l'errore legislativo: un caso paradigmatico per il diritto costituzionale*

Il tema della riproduzione artificiale è stato negli ultimi anni al centro del dibattito giuridico, in chiave sia giuspubblicistica sia giusprivatistica. Appare fuori di dubbio, infatti, che la legge n. 40 abbia costituito uno dei provvedimenti più controversi nella storia recente del nostro Paese, all'interno di una fase istituzionale segnata dalla centralità del principio maggioritario. Inoltre, l'insieme degli interventi, anche correttivi, sulla legge in questione ha reso quest'ultima un *unicum*, nel panorama giuridico, in riferimento ai possibili rimedi attivabili di fronte all'errore del legislatore sul fatto scientifico, in questo caso non solo sul piano del rispetto dei principi costituzionali, oltre che delle valutazioni tecnico-scientifico, come vedremo, ma anche in relazione alle significative ricadute sui diritti, sulle loro tutele e sulle vite dei destinatari della legge. Com'è noto, la forte contrapposizione (anche ideologica) sulle scelte fatte dal legislatore nel 2004 ha

⁶⁸ L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, cit., 8.

condotto, già ad un anno dall'approvazione della legge, allo svolgimento di quattro referendum abrogativi, senza esito, in ragione del mancato raggiungimento del quorum costitutivo o strutturale, e al successivo spostamento del dibattito nelle aule giudiziarie, prima dei giudici ordinari e amministrativi e poi della Corte costituzionale e persino della Corte EDU.

In particolare, in relazione alla giurisprudenza costituzionale, l'importanza delle decisioni che hanno avuto ad oggetto la legge n. 40 non è riassumibile solo nel rilevante dato numerico-quantitativo⁶⁹, che ha contribuito sicuramente a rendere centrale l'attenzione alla "questione scientifica" nell'attività legislativa, ma anche nell'aver portato tale questione dal terreno della contrapposizione competenziale fra Stato-Regioni, come era stato nella storica sentenza n. 282 del 2002, e da quello del conflitto fra poteri dello Stato – soprattutto nella delimitazione dei confini fra potere politico e potere giudiziario –, che aveva caratterizzato il problematico caso di Bella nella sentenza n. 121 del 1999, al terreno certamente più concreto e, dunque, più direttamente collegato alla tutela dei diritti fondamentali, del giudizio in via incidentale. Tale spostamento ha, conseguentemente e significativamente, concentrato lo stesso focus di attenzione della Corte costituzionale, dal piano della delimitazione costituzionale delle competenze dei poteri e dei soggetti interessati alle

⁶⁹ Giusto per dare qualche dato numerico, nei primi tredici anni di vita della legge sono state sollevate davanti alla Corte costituzionale ben diciassette ordinanze (lo riporta G. D'AMICO, *Le vicende della legge n. 40 del 2004 come esperienza paradigmatica del costituzionalismo contemporaneo*, cit., 29).

modalità di esercizio dei poteri normativi nei settori scientificamente rilevanti, che l'ha condotta necessariamente a dover «fornire chiarificazioni» di rilievo⁷⁰ su quelle stesse modalità. Così, grazie soprattutto alla giurisprudenza sulla legge n. 40, e in particolare alle sentenze nn. 151 del 2009 e 162 del 2014, la Corte costituzionale è entrata nel merito della legge a contenuto scientifico, arrivando a sindacare la discrezionalità del legislatore proprio ponendo a fondamento della propria valutazione il fatto scientifico “evidente” e basato su dati “sicuri”, quale limite all'attività del legislatore⁷¹. Come è stato sottolineato, infatti, «se le norme di legge contrastano con regole di esperienza o con regole desumibili da leggi naturali, ossia con la “natura delle cose”, l'evenienza può essere rilevante nel giudizio costituzionale e l'eventuale controllo può qualificarsi di “evidenza”: la legge, in casi limite, può risultare “erronea” (...), in quanto contrastante con “nozioni e cognizioni comuni, pacifiche, universali”, per es. con le scienze economiche»⁷², ma anche con la scienza medica⁷³.

⁷⁰ Il dato è acutamente sottolineato da A. IANNUZZI, *Poteri istruttori e valutazioni tecnico-scientifiche tra discrezionalità legislativa, autonomia della scienza ed esigenze processuali*, cit. 102, al quale si rinvia anche per un maggiore approfondimento generale sul tema.

⁷¹ Si veda ancora A. IANNUZZI, *Poteri istruttori e valutazioni tecnico-scientifiche tra discrezionalità legislativa, autonomia della scienza ed esigenze processuali*, cit., 111.

⁷² F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, 28, mio il corsivo.

⁷³ Si vedano a proposito le considerazioni di C. CASONATO, *Introduzione al Biodiritto*, Trento, 2006, 176 ss., che sottolinea

Gli errori legislativi che hanno caratterizzato la disciplina della P.m.a. sono puntuali e relativi, di volta in volta, ad una singola disposizione della legge n. 40, hanno riguardato norme procedurali, nelle quali il legislatore ha trascurato evidenze scientifiche o risultanze di tecniche mediche nelle valutazioni e nelle scelte in materia di riproduzione artificiale. Peraltro, alla luce di quanto detto, non si può parlare di errore legislativo nella disposizione relativa alla surrogazione di maternità; in tal caso, infatti, la legge n. 40 ha accolto esclusivamente la previsione del divieto di tale pratica nel nostro ordinamento, una mera e chiara scelta del legislatore che nulla ha a che fare con la scienza o la tecnica medica. Questa precisazione porta ad escludere che, nel caso della surrogazione di maternità, possa essere rintracciata qualsiasi ipotesi di “errore legislativo” e, tuttavia, ancorché distanti da pratiche mediche o trattamenti sanitari connessi a evidenze tecnico-scientifiche, la scelta legislativa riconducibile a quel divieto ha finito per risentire, nelle argomentazioni e nelle decisioni dei giudici che se ne sono occupati, dell’influenza della generale “fragilità” che la disciplina della P.m.a. ha dimostrato di fronte ai giudici, come se tutta la l. 40 del 2004 fosse una “legge sbagliata” e dunque facilmente modificabile o

come sia proprio l’art. 32 Cost. a porre «una serie di principi e regole precise anche di carattere biogiuridico» fondate sulla tutela della salute configurata in termini di fondamentale diritto, sulla riserva di legge in materia di trattamenti sanitari obbligatori e sul carattere rinforzato della stessa al rispetto della persona umana, dai quali si desumono una serie di garanzie e limiti di carattere costituzionale.

aggirabile, “debole”. La conseguenza immediata di tale atteggiamento da parte soprattutto di certa giurisprudenza è stata non solo quella di offuscare il senso di una precisa scelta del legislatore, quale quelle connessa al divieto di una pratica così controversa, ma anche quella di occultare la garanzia di precisi principi e diritti costituzionali salvaguardati da quel divieto.

In particolare, seguendo il ragionamento anticipato sono tre le sentenze in materia di P.m.a. che sembrano fare sistema. La prima è la sentenza n. 151 del 2009, con la quale la Consulta segna la prima importante correzione alla legge n. 40, eliminando, con una pronuncia manipolativa, l'irragionevole percorso di accesso alla P.m.a. e giungendo a rileggere la legge «in modo “laico”»⁷⁴. Nel dettaglio, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale, per violazione degli artt. 3 e 32 Cost., dell'art. 14, comma 2, della legge n. 40

⁷⁴ M. D'AMICO, *Introduzione. La fecondazione artificiale fra Legislatore, Giudice costituzionale e Giudici comuni*, in M. D'AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *La legge n. 40 del 2004 ancora a giudizio*, Milano, 2012, 19. Sulla sentenza della Corte cost. n. 151/2009, si vedano: S. AGOSTA, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 19 settembre 2009, 1 ss.; D. CHINNI, *La procreazione medicalmente assistita tra “detto” e “non detto”. Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004*, in *Giur. it.*, 2010, 289 ss.; M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giur. cost.*, 2009, 1688 ss.; con posizione difensiva dell'impianto originario della legge e, dunque, critica nei confronti della sent. n. 151/2009, si veda G. RAZZANO, *L'essere umano allo stato embrionale e i contrappesi alla sua tutela. In margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 151/2009 e dell'ordinanza del Tribunale di Bologna del 29 giugno*, in *Giur. it.*, 2010, 295 ss.

limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre» e del comma 3 dello stesso articolo, «nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna». Alla luce di tali interventi i giudici della Consulta prima di tutto restituiscono alla scelta del medico la valutazione sul percorso terapeutico, precedentemente forzato dal legislatore nell'«imposizione di un unico protocollo da applicare a tutte le pazienti»⁷⁵, quello della creazione di un numero non superiore a tre embrioni finalizzati ad «unico e contemporaneo impianto»⁷⁶. In maniera molto chiara la Corte evidenzia come «la previsione legislativa non riconosce al medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento (...). Al riguardo, va segnalato che la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente posto l'accento sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali»⁷⁷; in altri termini, la tutela dell'embrione, la tutela della salute della madre e, infine, l'interesse relativo alle finalità proprie della legge, l'esigenza di procreare, devono essere valutati sulla base dell'«autonomia» e della «responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali

⁷⁵ Così M. MANETTI, *La sentenza sulla pma, o del legislatore che volle farsi medico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2009 1.

⁷⁶ Corte cost., sent. n. 151/2009, punto 6.1 del *cons. in dir.*

⁷⁷ *Ibidem*

(sentenze n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002)»⁷⁸. La Corte costituzionale si mostra, dunque, consapevole dei limiti e delle contraddizioni della legge; emerge, infatti, dal ragionamento seguito, una sostanziale irragionevolezza fra l'esigenza di giusto bilanciamento dell'interesse di tutela dell'embrione e di quello di tutela della procreazione – indicati, appunto, come finalità principali della legge – e le previsioni che rispettivamente impongono la produzione di un numero di embrioni non superiore a tre da trasferire nell'utero in un unico impianto e il divieto della loro crioconservazione. Tali previsioni non appaiono rispondere alle concrete esigenze di successo della terapia – che pur ammettono un affievolimento dell'interesse dell'embrione in funzione del raggiungimento della procreazione – ma risultano piuttosto informate all'esigenza di controllo del numero di embrioni producibili in modo da evitarne la crioconservazione. Nonostante le finalità dichiarate – favorire la soluzione di problemi riproduttivi derivanti da sterilità o infertilità nella tutela di tutti i soggetti coinvolti – la legge in realtà sembra finalizzata soprattutto ad evitare la produzione di embrioni in sovrannumero. Tale pratica, inoltre, esclude la possibilità di tenere nel dovuto conto le molte variabili che si presentano caso per caso, e che solo il medico può valutare, legate all'età della donna e/o alla sua capacità di produrre embrioni più forti e, dunque, maggiormente idonei a realizzare il risultato della gravidanza e della procreazione⁷⁹. Sganciata da

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ «La previsione della creazione di un numero di embrioni

tali considerazioni essenziali, che muovono evidentemente da valutazioni strettamente mediche, la P.m.a. può dar luogo a «un inutile sacrificio» degli stessi embrioni in considerazione delle «diminuite probabilità di successo della tecnica»: «si ammette, insomma, non un affievolimento della tutela dell'embrione in presenza di un risultato possibile, ma un sostanziale sacrificio di esso a fronte di un risultato fortemente improbabile»⁸⁰. La pratica così condotta configura, inoltre, una disparità di trattamento, perché non consente di differenziare i protocolli terapeutici a seconda delle diverse caratteristiche delle donne che si trovano per ragioni di età o altro nelle condizioni di non produrre embrioni di buona qualità. Viene meno in tali situazioni ogni possibilità di valutazione del singolo caso che nei trattamenti sanitari è rimessa, normalmente, al medico curante e al paziente, con il concreto rischio o di gravidanze trigemine, pericolose per la madre e per i feti, o di vedere del tutto vanificate le possibilità di gravidanza. Infine, la mancanza di considerazione di elementi che renderebbero probabile la buona riuscita del trattamento apre alla maggiore eventualità di tentativi successivi, che esporrebbero la donna al ri-

non superiore a tre, in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive della donna che di volta in volta si sottopone alla procedura di procreazione medicalmente assistita, si pone, in definitiva, in contrasto con l'art. 3 Cost., riguardato sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza e di quello di uguaglianza, in quanto il legislatore riserva il medesimo trattamento a situazioni dissimili; nonché con l'art. 32 Cost., per il pregiudizio alla salute della donna – ed eventualmente, come si è visto, del feto – ad esso connesso»: *ibidem*.

⁸⁰ T.A.R. Lazio Roma, sez. III, sent. n. 398/2008.

schio della sindrome da iperstimolazione ovarica, che «trova [esclusivamente] nella legge, e non in esigenze di carattere medico il suo fondamento»⁸¹. Per tali aspetti, la normativa finisce non solo per ledere macroscopicamente il diritto alla tutela della salute della donna, ma giunge a contrastare anche con il principio di «minore invasività» al quale la legge n. 40, in base all'art. 4, dichiara di volersi ispirare⁸²; tutto ciò sempre a spese della salute della madre, il cui corpo, nella considerazione generale della legge, viene ridotto a poco più che uno strumento stressabile in maniera anche irragionevole⁸³. A conclusione di tali argomentazioni la Corte stabilisce «la possibilità di produrre più di tre embrioni e anche di crioconservarli, oltre che, lo si sottolinea, di compiere la diagnosi preimpianto»⁸⁴.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² L'art. 4, comma 2, della legge n. 40 indica il «principio della gradualità, al fine di evitare il ricorso ad interventi aventi un grado di invasività tecnico e psicologico più gravoso per i destinatari, ispirandosi al principio di minore invasività». A fronte di tale disposizione, in realtà la legge imponeva nella versione originaria, come ricordato, prescindendo totalmente dalla gravità della patologia della coppia, un «percorso “fisso” di terapie» che contrastava con il principio della gradualità (P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, 188).

⁸³ Come sottolineato da M. AZZALINI, *Il consenso “complesso” nella procreazione medicalmente assistita*, in ID. (a cura di), *La procreazione assistita dieci anni dopo*, Roma, 2015, 179-180, «il corpo femminile è stato, ed è talora, oggetto di una normazione giuridica e di una considerazione sociale (...) tesa a sottrarne il controllo alle donne stesse, in ragione del suo potenziale di fertilità. Questa prospettiva si è espressa e si esprime in svariate forme (...) tali da configurare il corpo femminile, a differenza di quello maschile, come una sorta di ambiguo terreno di rilevanza pubblicistica».

⁸⁴ Così M. D'AMICO, *Sull'incostituzionalità del divieto di “fe-*

Con la sentenza n. 162 del 2014, che ha eliminato il divieto di P.m.a. di tipo eterologo, il linguaggio della Corte si fa ancora più chiaro nel delimitare la discrezionalità del legislatore nelle materie a rilievo tecnico-scientifico: «un intervento sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato

*condazione eterologa” fra principi costituzionali ed europei”, in M. D’AMICO, B. LIBERALI (a cura di), Il divieto di donazione dei gameti fra Corte costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Milano, 2012, 19. Appare necessario precisare che la possibilità di diagnosi preimpianto si desume indirettamente dalle parole della Corte che invece chiaramente parla di: «una deroga al principio generale di divieto di crioconservazione di cui al comma 1 dell’art. 14, quale logica conseguenza della caducazione, nei limiti indicati, del comma 2 – che determina la necessità del ricorso alla tecnica di congelamento con riguardo agli embrioni prodotti ma non impiantati per scelta medica – comportano, altresì, la declaratoria di incostituzionalità del comma 3, nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come previsto in tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna» (punto 6.1 del *cons. in dir.*). La possibilità di diagnosi preimpianto si ricaverebbe, dunque, dalla possibilità di produrre più di tre embrioni e di crioconservare quelli non impiantati per scelta medica, scelta che non può non basarsi su una diagnosi sullo stato di salute degli embrioni prodotti. Il medico potrebbe, dunque, a seconda dei casi decidere di produrre un numero di embrioni maggiore di tre al fine di aumentare le probabilità di avere embrioni sani e non affetti da patologie per le quali si prevede la diagnosi genetica. La stessa logica è riscontrabile nella precisazione che il trasferimento degli embrioni deve essere effettuato senza pregiudizio per la salute della donna, che presuppone, anche in tal caso, la garanzia sullo stato di salute degli embrioni. Infine, va sottolineato come la Corte abbia rafforzato tale impostazione ribadendola chiaramente nell’ord. n. 97/2010.*

delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati (...). Pertanto, va ribadito che, “in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali”», la Corte, dunque pone l’accento sulla necessità, in tali casi, che le pratiche terapeutiche siano «accertate alla luce delle valutazioni riservate alla scienza medica, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango» (Corte cost. sent. 162 del 2014, punto 7 del cons. in diritto).

Infine, in senso difforme a queste due decisioni, nella sentenza n. 84 del 2015 la Corte costituzionale interrompe il cammino di correzione dei molteplici divieti previsti dalla l. 40 e con una pronuncia di inammissibilità rimette la decisione alla discrezionalità del legislatore. La questione riguardava il divieto, ex art. 13, legge n. 40, di ricerca scientifica sull’embrione (sovranumerario, malato o abbandonato); in particolare, tale divieto è apparso irragionevole al giudice a quo (il Tribunale di Firenze) soprattutto in considerazione dell’effetto congiunto delle pregresse decisioni della stessa Corte costituzionale, e fra queste in particolare della sent. n. 151 del 2009 che, come visto, ha eliminato il divieto di crioconservazione per gli embrioni scartati in base alla valutazione medica. Per quanto criticabile nell’esito (soprattutto in considerazione del fatto che la questione di costituzionalità era finalizzata a consentire l’uso a fini di ricerca scientifica dei soli embrioni non utilizzabili a

fini riproduttivi)⁸⁵, c'è, tuttavia, un aspetto specifico della sent. n. 84 del 2015 che appare rilevante ai fini del presente lavoro: l'argomento decisivo sulla base del quale la Consulta dichiara l'inammissibilità della questione riguarda proprio l'assenza di evidenze scientifiche condivise in relazione all'utilizzazione, a fini di ricerca scientifica, degli embrioni sovranumerari e malati. Proprio sulla complessa questione della tutela degli embrioni, la Corte evidenzia l'esistenza di «un conflitto, in ordine alla cui soluzione i giuristi, gli scienziati e la stessa società civile sono profondamente divisi. Ed anche le legislazioni, i comitati etici e le commissioni speciali dei molti Paesi che hanno affrontato il problema, approfondendone le implicazioni, sono ben lungi dall'essere pervenuti a risultati su cui convenga un generale consenso»⁸⁶.

Di fronte, dunque, all'assenza di dati obiettivi da parte della scienza⁸⁷, la Corte riconosce «unicamente al legislatore» la competenza a operare una scelta che tenga conto dei diversi valori in conflitto; in altri termini, in mancanza di certezze su fatto scientifico, spetta alla discrezionalità del legislatore la valutazione di opportunità sui molteplici profili coinvolti, ma

⁸⁵ Mette in evidenza le contraddizioni delle argomentazioni della sentenza in questione con quelle fatte propria dalla Corte in altre sue decisioni, P. VERONESI, *La scienza secondo la Costituzione italiana (e le sue applicazioni)*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 3/2021, 162.

⁸⁶ Corte cost., sent. 84/2016, punto 8.1 *cons. in dir.*

⁸⁷ Infatti, «solo ove siano in discussione approdi scientifici assolutamente certi possono perciò imporsi all'attività discrezionale del legislatore taluni (solidissimi) limiti»: P. VERONESI, *La scienza secondo la Costituzione italiana (e le sue applicazioni)*, cit., 170.

sempre alla luce dei principi costituzionale. In tali situazioni, tuttavia, come ci ricorda Maria Pia Iadicicco, «il decisore politico non dovrà trascurare di prestare la dovuta attenzione ai dati scientifici in continua evoluzione, privilegiando perciò metodi legislativi capaci di adattarsi agli sviluppi della scienza, alla sua natura intrinsecamente evolutiva»⁸⁸.

⁸⁸ M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit. 310.

SCIENZA MEDICA E LEGGE
NEL CASO DELLA PMA.
IN DIALOGO CON FRANCESCA ANGELINI

Maria Pia Iadicicco

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. Il legislatore al cospetto della scienza medica e della PMA. Vecchi e nuovi problemi; 3. Lo sgretolamento giurisprudenziale del prodotto «del legislatore che volle farsi medico»; 4. La sperimentazione sugli embrioni non impiantabili: ancora sull’atteggiamento antiscientifico del legislatore del 2004.

1. *Premessa*

Sono molto grata al CeSdirSan per questo invito ad un confronto con la collega Francesca Angelini sul tema “Scienza medica e legge nel caso della PMA”. Prima di appuntare l’attenzione sullo specifico rapporto tra scienza medica e legge all’interno della “complessa” tematica della procreazione medicalmente assistita, ritengo opportuno formulare alcune premesse, che non potrò sviluppare compiutamente¹, ma che ritengo ugualmente indispensabili, tanto per un più ampio inquadramento del tema, quanto per un approfondimento, attraverso il dialogo con la

¹ Rinvio, per maggiori approfondimenti, al mio lavoro monografico M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020.

collega², del profilo qui prescelto. In primo luogo, è necessario chiarire in che senso tutte le vicende che concernono la procreazione umana e, tra di queste, anche quelle riguardanti la PMA, si caratterizzano per una sostanziale “complessità”. Con l’uso di questo termine³, intendo mettere in luce la confluenza, in questo campo d’indagine, di questioni e problematiche non propriamente giuridiche, ma delle quali il diritto, nell’assolvimento della sua primigenia funzione di regolazione della vita associata, non può non tener conto. Tra queste componenti spicca in particolare quella tecnico-scientifica, in quanto, come si preciserà meglio di qui a poco, sono stati in particolare l’avanzamento della scienza medica e il perfezionamento delle tecniche incidenti sul processo procreativo a determinare la necessità di una adeguata regolamentazione della procreazione «nell’età della tecnica»⁴. In questo senso il tema della PMA rientra a pieno titolo tra quelli che sovente vengono definiti come temi a connotazione tecnico-scientifica.

Cionondimeno, la PMA non può ritenersi soltanto un tema scientificamente connotato, in quanto la complessità dapprima evocata non si esaurisce nella confluenza in esso di questioni a carattere scientifico,

² Tra i tanti scritti su questo tema di F. ANGELINI, si veda almeno *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, 2020.

³ Per la costruzione di una teoria della complessità giuridica, v. A. FALZEA, (voce) *Complessità giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali I, Milano, 2007, 201 ss.

⁴ N. IRTI, *Il diritto nell’età della tecnica*, Napoli, 2007.

ma anche di altre questioni di diversa natura e connotazione. È evidente infatti che ogni scelta procreativa “mette in moto” e per questo coinvolge una serie di valutazioni, le quali, prim’ancora di essere giuridicamente qualificate, sollecitano i più profondi ed intimi convincimenti umani. L’assunzione di scelte sul *se*, *come*, *quanto* e *quando* riprodursi chiama infatti in causa le concezioni più profonde di ciascuna persona su aspetti esistenziali di enorme rilievo – la concezione di sé, le determinazioni sull’uso del proprio corpo e della propria capacità riproduttiva, la definizione delle relazioni con gli altri – e tutte queste decisioni hanno ricadute e implicazioni giuridiche particolarmente significative, a cominciare da quella del grado di “intrusione” della norma nella sfera di autodeterminazione della persona⁵. Al contempo, ogni scelta procreativa ha non solo la capacità di evocare la struttura morale di fondo di ognuno, coinvolgendo la coscienza individuale⁶, ma deve essere calata nel contesto della realtà sociale in cui si colloca andando, quindi, ad intrecciarsi con temi e questioni identitarie della cultura di una comunità politico-sociale. Concezioni come quelle della famiglia, della genitorialità e della filiazione, che si formano ed evolvono nella coscienza sociale, “premono” sul diritto e ne influenzano i contenuti anche all’interno di un progetto riproduttivo che si realizzi mediante il contributo decisivo della tecnica. Pertanto, posto di fronte all’esigenza di regolazione della

⁵ Cfr. S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2009.

⁶ C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, 13.

PMA e di salvaguardia di tutti gli interessi coinvolti, il legislatore deve tener conto di ognuno dei profili di complessità appena richiamati.

2. *Il legislatore al cospetto della scienza medica e della PMA. Vecchi e nuovi problemi*

Tenuto conto quindi che la complessità della PMA deve essere apprezzata anche sotto il profilo della sua sensibilità etico-sociale, è necessario precisare meglio le ragioni per le quali le metodiche di PMA sono sovente tematizzate nell'ambito del rapporto tra diritto e scienza medica.

La prima ragione, invero già accennata, è facilmente intuibile: lo spazio delle scelte individuali e di coppia in ambito riproduttivo hanno subito un decisivo allargamento, se non proprio una rivoluzione, non solo in ragione del mutamento del rapporto tra autorità e libertà determinato dall'approvazione di una Costituzione fondata sul principio personalista, nonchè della trasformazione dei costumi e delle concezioni diffuse nella compagine sociale, ma anche in forza della spinta proveniente da innovative possibilità dischiuse dai progressi scientifici e tecnologici.

Il venir meno dell'unione sessuale, quale presupposto necessario per l'avvio dei processi biologici che conducono alla formazione di un embrione e la possibilità di svolgimento di una intera fase del processo procreativo al di fuori del corpo di una donna – pur indispensabile, almeno allo stato attuale delle conoscenze e sperimentazioni scientifiche, per il pro-

seguimento dello sviluppo del concepito – hanno decisamente moltiplicato le possibilità di scelta sulle modalità della riproduzione e sulla praticabilità di interventi tanto sull’embrione, quanto sul corpo dei soggetti coinvolti. Le moderne biotecnologie hanno reso possibile la riproduzione anche in situazioni di sterilità o infertilità dei procreatori, di altre patologie a trasmissione genetica incompatibili con la vita o con la conclusione della gestazione, ma hanno consentito pure di sganciare del tutto sessualità e procreazione, permettendo quindi di soddisfare il desiderio di genitorialità (genetica) anche di una donna single e di una coppia omosessuale, attraverso il contributo genetico e/o gestazionale di terzi, secondo necessità variabili e non pienamente assimilabili, ma comunque accomunate dalla non necessaria pratica sessuale con una persona dell’altro sesso.

Al cospetto di queste profonde trasformazioni, l’interesse del giurista è sollecitato da molteplici punti di vista. Anzitutto, occorre comprendere meglio in che termini si attegga il legame tra diritti soggettivi, scienza e tecnica, per comprendere come queste ultime incidano sulla conformazione dei primi e sulla predisposizione di adeguate e innovative forme di garanzie degli stessi. Inoltre è altrettanto significativo verificare come gli avanzamenti nel campo delle scienze della vita e il perfezionamento delle biotecnologie sollecitino l’emersione di ulteriori interessi meritevoli di tutela⁷. Proprio quanto divenuto tecnicamente pra-

⁷ Volendo riportare soltanto alcuni dei più scottanti interrogativi sollecitati dalle innovative tecniche di PMA occorre doman-

ticabile costituisce, di fatti, la più rilevante premessa per istanze di riconoscimento e garanzia di nuovi “diritti procreativi”, che, pur potendo variare nelle forme e nel contenuto a seconda delle finalità perseguite da quanti li rivendicano, muovono, in ogni caso, dalle nuove possibilità tecnologiche.

Al contempo, un ulteriore profilo di sicuro interesse investe le forme della regolazione di tematiche a contenuto e connotazione tecnico-scientifica (c.d. *science related*)⁸, in quanto, proprio la loro peculia-

darsi almeno come garantire i diritti facenti capo alla donna (o alle donne) in ragione della sottoposizione a trattamenti anche particolarmente invasivi sul proprio corpo; come debba essere regolata la pratica della “fornitura” di gameti, specie in relazione alle responsabilità dei “fornitori” (genitori biologici) nei confronti del nato; quale tutela debba accordarsi agli aspiranti genitori a fronte di norme che non ne riconoscono lo *status*, con i correlativi diritti e doveri; quale tutela spetti all’embrione creato al di fuori del corpo di una donna e, in particolare, occorre chiedersi se la salvaguardia del medesimo, a fronte di interventi manipolatori o finanche soppressivi, debba essere dipendente o indipendente dal trasferimento in utero di una donna e quindi dalla prospettiva della nascita. È possibile configurare al riguardo un diritto dell’embrione ad essere impiantato in vista della nascita? O, indipendentemente dal compimento del suo processo di evoluzione biologica, è da riconoscere all’embrione il diritto a non subire interventi manipolativi e soppressivi?

⁸ Su cui v. S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell’attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2015; *passim*; D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute. L’incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislativa e giurisdizionale*, Pisa, 2019; in termini più ampi e sistematici A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018; G. FONTANA, *Ricerca scientifica e libertà di cura*, Napoli, 2019.

re caratterizzazione e quindi la complessità dei fattori che ne tratteggiano la morfologia, finiscono per incidere su forme e contenuti della disciplina giuridica.

A ben vedere, queste questioni possono senz'altro ricondursi al più ampio tema del rapporto tra scienza e diritto⁹, diffusamente indagato, sotto vari profili, con molteplici finalità e nella prospettiva propria di ciascun ambito disciplinare. Volendo riprendere il sottotitolo di questo incontro, si può senz'altro confermare che il tema della PMA evoca vecchie problematiche, a cominciare da quella che è forse la più rilevante questione del diritto nella «età della tecnica», ovvero la capacità della norma giuridica di condizionare gli sviluppi della seconda per contenere la tendenza a modellare la persona, i suoi diritti e le sue aspettative solo sulle possibilità scientifiche e tecniche¹⁰.

Ma, pur dovendo ribadire che il fulcro delle questioni relative al rapporto tra scienza e diritto nella PMA intercetta le questioni nodali di un dibattito più ampio e dalle antiche radici, è nondimeno necessario precisare quali fattori di novità abbia apportato all'interno di esso proprio il tema della PMA. Al riguardo, deve anzitutto segnalarsi che in occasione della rego-

⁹ Così E. CHELI, *Scienza, tecnica e diritto: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017.

¹⁰ Sulle ricadute di scienza e tecnica sulla concezione di persona e sulla definizione degli spazi di libertà individuale, sinteticamente ma molto efficacemente A. CELOTTO, *Diritti e tecnologia*, in *Libro dell'anno del diritto 2018*, Treccani, Roma, 2018; A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014, 68.

lamentazione delle tecniche di PMA, la discussione generale prima evocata abbia assunto, specie in Italia, toni particolarmente accesi e sia stata contraddistinta da un'incapacità di confronto tra decisore politico e la società medico-scientifica, che ha finito per alimentare diffidenze reciproche. L'atteggiamento assunto dal legislatore italiano in occasione della prima regolamentazione organica della PMA e delle ulteriori tecniche complementari (indagini sugli embrioni, sperimentazione e ricerca scientifica) è stato contrassegnato da un marcato sospetto nei riguardi della scienza, il quale, seppur mosso dal condivisibile intento di scongiurare una deriva scienziata, ha finito per trascurare la complessità del tema ed in ispecie il contributo decisivo che in materia deve comunque riconoscersi alla scienza e ricerca biomedica.

Lungi dal voler sostenere che la determinazione dei presupposti, dei limiti e delle forme di assistenza medica alla procreazione debbano essere determinati dalla medicina, la pervicace estromissione e sottovalutazione del "fatto scientifico" ha prodotto conseguenze pregiudizievoli su diritti di sicuro fondamento costituzionale facenti capo a tutti i soggetti coinvolti nelle procedure, a cominciare dal diritto alla salute della donna, per proseguire poi anche nella sottrazione di spazi di decisione rimessi all'autonomia e responsabilità del medico.

La lunga e tortuosa gestazione della l. n. 40 del 2004 è stata per larga parte attraversata da una esasperata contrapposizione tra diverse e inconciliabili visioni sul valore della vita umana e sul suo inizio, sulle ragioni di ordine etico sottese alla previsione di limiti o divieti

di interventi manipolativi sulla vita nascente, una polarizzazione, questa, che non ha agevolato il compito del legislatore (senz'altro arduo) di pervenire ad una composizione dei conflitti tra diritti e interessi costituzionali sottesi alle nuove forme della procreativa e ha finito, all'opposto, per assecondare la tendenza ad inasprire gli stessi. Particolarmente esacerbato e non privo di pregiudiziali posizioni di sospetto e diffidenza, è apparso l'atteggiamento del legislatore nei confronti della comunità medico-scientifica, pur essa stessa invero attraversata da divisioni. Ne è testimonianza inequivocabile la scarsa e del tutto inadeguata istruttoria sui profili tecnico-scientifici condotta nell'ambito del procedimento che è sfociato nell'approvazione della l. n. 40 del 2004¹¹. Probabilmente tale chiusura è stata in parte determinata anche da deviazioni ed eccessi, verificatisi pure in ambito medico e nel campo della sperimentazione prima dell'approvazione della

¹¹ Lo evidenziano in particolare F. ANGELINI, *Profili costituzionali*, cit., 74 ss.; e S. PENASA, *op. ult. cit.*, 183. Quest'ultimo ha sottolineato come, nel corso della XIV Legislatura, la Camera dei deputati nel riprendere, su iniziativa del Governo, il testo di un progetto di legge approvato in prima lettura nella passata legislatura (e senza tener conto delle significative modifiche che a quel progetto erano state apportate nel passaggio al Senato), con il dichiarato intento di accelerare e ridurre i tempi del procedimento di approvazione dello stesso, decise di non compiere ulteriori approfondimenti istruttori sul tema. La scelta di avvalersi soltanto (fatta eccezione per l'audizione informale dei professori Flamigni e dalla Piccola, svoltasi peraltro in sede di comitato ristretto il 6 marzo 2002) dei risultati di una indagine conoscitiva svolta dalla Commissione Affari sociali nel corso del 1997, e quindi di un materiale decisamente datato, ha dimostrato una profonda indifferenza per i profili medico-scientifici della materia.

legge e in mancanza di un'adeguata regolamentazione; tuttavia, anche a voler ritenere ciò una reazione a tentativi di dominio e illimitatezza della scienza e della tecnica, l'inadeguatezza della risposta legislativa, tanto rispetto ad esigenze precauzionali quanto nel suo complesso, non ha tardato a manifestarsi.

In sostanza, l'esperienza della l. n. 40 del 2004 si è contraddistinta, rispetto ad altre vicende pure concernenti l'inizio della vita umana (si pensi ad esempio all'interruzione volontaria della gravidanza, che pur "risente" dell'evoluzione della scienza e della tecnica¹²) per aver tratteggiato un rapporto tormentato tra diritto e scienza medica¹³. Lo dimostra chiaramente, come già detto e accuratamente descritto proprio da Francesca Angelini, la scarsa attenzione prestata dal legislatore alla conoscenza ed alla acquisizione di quegli elementi e valutazioni indispensabili per l'assunzione di decisioni che richiedono «particolari e specializzate forme di conoscenza»¹⁴. E non solo:

¹² Distanziandosi anche sotto questo profilo dalla legge n. 40 del 2004, la ben più risalente legge n. 194 del 1978 « Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza» si caratterizza per un'apertura alla scienza e alla tecnica. L'apertura a tecniche innovative e la possibilità di avvalersi delle medesime trovano fondamento in una lungimirante previsione della l. n. 194 del 1978, l'art. 15, nel quale si richiede un impegno da parte delle Regioni alla promozione dell'aggiornamento del personale sanitario anche «sull'uso delle tecniche più moderne, più rispettose dell'integrità fisica e psichica della donna e meno rischiose per l'interruzione della gravidanza».

¹³ L. CHIEFFI, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018, IX.

¹⁴ Così L. VIOLINI, *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare: sull'incostituzionalità di una legge che vieta specifici*

come si evince da un altro ampio studio comparativo sulle modalità di regolazione della PMA¹⁵, oltre alla chiusura *ex ante* nei confronti dell'apporto fornito dal sapere medico-scientifico, pure la mancata o inadeguata partecipazione *ex post* dello stesso nei processi di attuazione, integrazione e/o revisione del dettato legislativo ha concorso a restituire una brutta pagina nella delineazione dei rapporti tra legislatore e scienza nell'esperienza italiana.

Queste carenze hanno trovato riscontro nelle plurime dichiarazioni di illegittimità costituzionale che hanno colpito tratti qualificanti della disciplina dettata dal legislatore nel 2004, viziata, secondo la terminologia utilizzata da quella dottrina, da «irragionevolezza scientifica». Volendo invece riprendere il lessico di Francesca Angelini¹⁶, diremo che il legislatore del 2004, ignorando consapevolmente il “fatto scientifico” e adottando disposizioni in contrasto con le risultanze cliniche condivise dalla comunità scientifica, è incorso in un vero e proprio «errore legislativo», quale peculiare fattispecie dell'eccesso di potere legislativo.

Prima di precisare meglio questi concetti e di ripre-

interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica, in *Le Regioni* 2002, 1456.

¹⁵ S. PENASA, *La legge della scienza.*, cit., *passim*, secondo il quale le forme e i contenuti della regolazione delle tecniche di PMA non rivestono un rilievo meramente settoriale, ma hanno un'efficacia a livello di sistema. Quelle regole esprimono cioè un modello che coinvolge in generale le modalità dell'intervento legislativo in ambito medico-scientifico e si fondano su premesse «che coinvolgono direttamente lo statuto epistemologico del rapporto tra diritto e scienze della vita» (p. 423).

¹⁶ F. ANGELINI, *Profili costituzionali*, cit., 2 e 10 ss.

correre la giurisprudenza costituzionale demolitoria della Legge n. 40 del 2004, è bene precisare che in occasione di quei giudizi la Corte costituzionale ha ribadito e precisato la portata di alcuni principi dalla stessa già enucleati in materia di pratiche terapeutiche¹⁷. Ci si riferisce in particolare alla sentenza n. 282 del 2002 nella quale si afferma che allorquando il legislatore è chiamato a disciplinare pratiche terapeutiche esso incontra, assieme ad altri condizionamenti e limiti¹⁸, anche quelli scaturenti dal contesto tecnico-scientifico in cui si innesta la determinazione legislativa. Ciò che non verrà mai smentito, ma anzi ribadito anche nella giurisprudenza successiva¹⁹, è che il legislatore deve tener conto dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali assunte tramite istituzioni e organismi a ciò deputati, di comprovata esperienza e imparzialità²⁰ e che, in ambito terapeutico, deve esse-

¹⁷ D. SERVETTI, *Riserva di scienza*, cit., 2.

¹⁸ Tali limitazioni, secondo E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, Napoli, 2012, 91 ss., possono essere raggruppati in tre distinti ordini: limiti tecnico-scientifici, limiti organizzativi e limiti economico-finanziari.

¹⁹ Ma, come osserva D. SERVETTI, *op. ult. cit.*, 61, precisazioni sul “vincolo” che la scienza dispiega sulle disposizioni legislative ispirate a finalità di tutela della salute individuale o collettiva sono rinvenibili anche nella giurisprudenza costituzionale precedente alla sent. n. 282 del 2002.

²⁰ Sull'essenziale ruolo spettante in materia agli organi tecnico-scientifici, la Corte aveva avuto già modo di pronunciarsi in altre occasioni e in particolare nel noto caso relativo al “multitratamento Di Bella” allora in fase di sperimentazione. Già nella sent. n. 185 del 1998, ma anche nelle successive sentt. n. 121 del 1999 e n. 188 del 2000, il giudice costituzionale aveva rimarcato l'importanza delle «valutazioni che (...) devono essere assunte nelle com-

re assicurato adeguato spazio all'autonomia professionale di chi la scienza medica è chiamata ad applicare nel caso concreto. La valutazione dell'appropriatezza delle pratiche terapeutiche non spetta al legislatore e, pertanto, a questi è precluso di restringere gli spazi della determinazione medico-professionale *solo* sulla base della *mera* discrezionalità politica. La «regola di fondo»²¹ in materia di pratiche terapeutiche risiede quindi nel rimettere all'autonomia e alla responsabilità del medico gli spazi per assumere, con il consenso del paziente, le necessarie e più appropriate scelte in ordine alle terapie da applicare.

La limitazione della discrezionalità del legislatore che discende dal riconoscimento di uno spazio riservato alla *expertise* medico-scientifica trova, secondo il giudice costituzionale, la propria giustificazione nei principi e diritti costituzionali relativi alla pratica terapeutica: il diritto della persona malata di essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica, e di essere rispettato come persona, diritti alla cui osservanza sono tenuti tutti i medici, anche in virtù di quanto previsto nei codici di deontologia professionale. Inoltre, considerato che «la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione»²², la garanzia dell'autonomia decisionale del medico, pur

petenti sedi, consapevole com'è dell'essenziale rilievo che, in questa materia hanno gli organi tecnico-scientifici». Il tema è ripreso, anche con alcuni profili di novità, in occasione del successivo caso Stamina, per il quale si rinvia a G. FONTANA, *op. cit.*, 286 ss.

²¹ Punto 4 del Considerato in diritto.

²² *Ibidem*.

necessariamente affiancata dal consenso informato del destinatario del trattamento, trova la sua ragion d'essere nel fatto che il medico è il solo soggetto avente le competenze tecnico-professionali per valutare, caso per caso, la terapia più adeguata alle condizioni peculiari del paziente²³.

Sebbene in quella giurisprudenza traspaia principalmente il carattere limitativo delle valutazioni tecnico-scientifiche sulla discrezionalità politica, ciò è in larga parte dovuto alle peculiari caratteristiche del giudizio affrontato²⁴ e, in ogni caso, non è questa l'unica chiave di lettura del rapporto tra decisioni politiche e tecnico-scientifiche in materia di pratica terapeutica. Sempre nel “modello” tracciato dalla sent.

²³ L. VIOLINI, *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare*, cit., 1455; D. MORANA, *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V. A proposito della sentenza 282/2002 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, 2042; G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, in *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, a cura di A. D'Aloia, Torino, 2005, 65.

²⁴ Tanto nel giudizio definito con la sent. n. 282 del 2002, quanto in quello di cui alla sent. n. 338 del 2003, di poco successiva, la Corte è stata chiamata a giudicare la legittimità costituzionale di più disposizioni di leggi regionali che sospendevano, a scopo precauzionale, alcuni interventi medici di psicoturgia e sull'esito del giudizio non poco hanno pesato questioni inerenti al riparto materiale di competenze tra Stato e Regioni.

Per considerazioni d'insieme sulla giurisprudenza costituzionale v. G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008; più di recente, anche per le novità scaturenti dalla modifica delle Norme Integrative (in particolare art. 14-bis sull'apertura della Camera di Consiglio ad “esperti di chiara fama”), G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Torino, 2020.

n. 282 del 2002 si delinea, infatti, un ulteriore aspetto più marcatamente “procedurale”, che si affianca e pone in diretta correlazione con i profili propriamente contenutistici e sostanziali delle terapie funzionali alla tutela della salute del singolo paziente. Come prontamente rilevato dalla dottrina, la decisione del 2002 sembra voler fissare delle linee-guida²⁵ per la corretta regolamentazione legislativa delle pratiche mediche e terapeutiche: il «vincolo modale»²⁶ o onere procedurale che incombe sul legislatore, tanto statale quanto regionale²⁷, nel regolare i trattamenti terapeutici è quello della necessaria considerazione delle opinioni provenienti dal mondo scientifico, che non sono bypassabili per ragioni di mera discrezionalità politica.

Tali assunti trovano puntuale richiamo e ulteriori precisazioni nella giurisprudenza costituzionale sulla PMA. Osservata nel suo complesso, questa giurisprudenza restituisce un'immagine molto chiara: l'atteggiamento di chiusura manifestato dal legislatore nei confronti degli apporti (finanche conoscitivi, oltre che operativi) provenienti dal contesto medico-scientifico

²⁵ A. D'ALOIA, *Tutela della salute, valutazioni tecnico-scientifiche, limiti all'autonomia regionale. Appunti di giurisprudenza costituzionale*, in *Verso il decentramento delle politiche di welfare. Incontro di studio «Gianfranco Mor» sul diritto regionale*, a cura di L. Violini, Milano, 2011, 19-20.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Secondo R. BIN, *La Corte e la scienza*, in *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, cit., 1449, i principi che presidiano la regolamentazione di pratiche terapeutiche trovano la loro radice nella Costituzione e, pertanto, costituiscono un limite per qualsiasi intervento legislativo, regionale o statale che sia.

non solo si è rivelato in contraddizione con i principi che governano l'esercizio della discrezionalità legislativa in materia di pratiche terapeutiche, ma ha persino prodotto il paradossale effetto di impedire alla legge di realizzare il proprio fine precipuo. Va ricordato, infatti, che per espressa ammissione della stessa l. n. 40 del 2004, le tecniche di fecondazione assistita sono funzionali alla soluzione di problemi riproduttivi (art. 1, co. 1), pertanto la disciplina all'uopo dettata avrebbe dovuto essere calibrata in vista del fondamentale obiettivo di consentire, grazie all'ausilio della scienza e della tecnica medica, il superamento delle cause ostative alla procreazione naturale, quando ridondanti in seri problemi di salute per i membri della coppia e purchè il ricorso a quelle tecniche non determini la violazione di altri principi o diritti di rango costituzionale. Ed invece il legislatore del 2004, muovendo da una posizione di sospetto e pregiudizio nei confronti delle pratiche di assistenza medica alla procreazione e proteso a tracciare una tutela forte soprattutto nei riguardi dell'embrione, ha finito per mortificare gli spazi rimessi alla valutazione medica con ricadute pregiudizievoli soprattutto sul diritto alla salute della donna.

E così, dapprima con riferimento alle tecniche di produzione embrionaria – limitate e definite in termini assoluti ed inderogabili dal protocollo sanitario unico²⁸ fissato nell'art. 14, comma 2, della l. n. 40 del

²⁸ Cfr. M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita. Una political question disinnescata*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, 1688.

2004 –, poi in relazione al divieto assoluto di fecondazione eterologa ed ai limiti di accesso alla PMA con diagnosi preimpianto per le coppie affette da malattie a trasmissione genetica, la Corte ha rilevato i vizi, le contraddizioni o gli “errori” nei quali è incappato un legislatore poco attento al confronto con il mondo medico-scientifico.

3. *Lo sgretolamento giurisprudenziale del prodotto «del legislatore che volle farsi medico»²⁹*

La decisione capostipite di questo progressivo sgretolamento giurisprudenziale della legge n. 40 del 2004 è la sent. n. 151 del 2009, con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità, per violazione degli artt. 3 e 32 Cost., dell'art. 14, commi 2 e 3. Tra i tanti aspetti di interesse di questa decisione, a noi qui importa sottolineare come in essa la Corte abbia tenuto conto degli effetti pregiudizievoli sul diritto alla salute della madre³⁰ derivanti dal divieto di produzione, in ogni ciclo di PMA, di più di tre embrioni e dall'obbligo, legislativamente imposto, di un unico e contemporaneo impianto degli stessi, con sottrazione di spazi di valutazione da parte del medico calibrati sulla

²⁹ La citazione utilizzata nel titolo del paragrafo è di M. MANNETTI, *La sentenza sulla pma, o del legislatore che volle farsi medico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2009.

³⁰ Rischi di gravidanze trigemine, di sindrome da iperstimolazione ovarica, impossibilità di avviare o portare a termine la gravidanza, tutti rischi accuratamente richiamati dalla Corte nel punto 6.1 del Considerato in diritto della sent. n. 151 del 2009.

condizione della paziente (e della coppia) sottoposta al trattamento. La regola rigida e precostituita, che il legislatore aveva impresso nell'art. 14 della l. n. 40 – e che non poco dipendeva dalla volontà di porre fine alla pratica della sovrapproduzione embrionaria con successiva crioconservazione e talvolta abbandono di quelli non impiantati –, non consentiva al medico di valutare, caso per caso e sulla base delle condizioni cliniche della donna, il numero di embrioni da produrre e impiantare per assicurare il buon esito della gravidanza e per ridurre i rischi sulla salute della madre; così come impediva al medico di procedere ad un graduale trasferimento degli embrioni prodotti, onde evitare le complicanze di gravidanze plurime rischiose anche per il nascituro nelle ipotesi di più facile attecchimento degli embrioni trasferiti.

L'intervento manipolativo della Corte, operato con la sent. n. 151 del 2009, ha restituito all'autonomia del medico³¹ un adeguato e dovuto spazio di valutazione sulle tecniche applicabili, ma, allo stesso

³¹ Secondo D. SERVETTI, *Riserva di scienza*, cit., 24 nella menzionata decisione, la Corte illumina quello che può definirsi «il nucleo incompressibile dell'autonomia e responsabilità del medico, facendolo coincidere con lo spazio decisionale (*melius* co-decisionale, occorrendo sempre il consenso del paziente) avente ad oggetto le valutazioni di adeguatezza delle scelte terapeutiche al caso concreto, che strutturalmente la fonte legislativa non è in grado di penetrare neppure attraverso la mediazione di altre fonti, giuridiche o meno, cui essa può demandare l'individuazione di linee guida e protocolli».

In questo passaggio si cerca altresì di trovare «un punto di mediazione» nella tensione tra standardizzazione delle cure e personalizzazione delle stesse, che costituisce un profilo critico e di grande delicatezza, come rilevato anche da A. PIOGGIA, *Questioni*

tempo, non ha trascurato di salvaguardare gli interessi dell'embrione³² e la salute della donna. Si è infatti precisato che il trasferimento in utero degli embrioni debba avvenire senza pregiudizio per la salute della madre, con ciò risolvendo non solo una contraddizione interna alla legge, ma anche il conflitto tra questa e le regole deontologiche che presidiano qualsiasi pratica terapeutica.

Anche nel giudizio di legittimità costituzionale avente ad oggetto il divieto assoluto di fecondazione con donazione di gameti – impropriamente detta fecondazione eterologa³³ (art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004) – il ragionamento del giudice costituzionale ha preso le mosse da una premessa, in seguito ancor meglio precisata³⁴: secondo la Corte l'esistenza di pratiche che consentono di tutelare la salute riproduttiva dei membri di una coppia, nel senso di consentire di superare gli ostacoli alla pro-

di bioetica nell'organizzazione delle strutture sanitarie, in *Diritto Pubblico*, 2008, 418.

³² Ed infatti, la pronuncia caducatoria non ha travolto l'intero secondo comma dell'art. 14 e in particolare la parte in cui si vieta di creare un «numero di embrioni superiori a quello strettamente necessario».

³³ L'espressione fecondazione “eterologa” o di tipo eterologo, sebbene oramai diffusa nella letteratura giuridica e bioetica, è impropria, se non erronea, in quanto in medicina e biologia “eterologo” è un organo, un tessuto, una sostanza organica provenienti da specie animale diversa da quella trattata, come più volte precisato da C. FLAMIGNI, *Il secondo libro sulla sterilità. La fecondazione assistita*, Torino, 2008, 468 ss.

³⁴ Ci si riferisce in particolare alle precisazioni contenute nella successiva sent. n. 221 del 2019 sul concetto di salute riproduttiva.

creazione naturale frapposti da uno stato di infertilità o sterilità assoluta, costituisce una realtà che non può essere trascurata dal legislatore nell'assolvimento del suo compito di tutelare il diritto alla salute, a maggior ragione in una legge che si colloca esplicitamente in una prospettiva terapeutica. In tal senso, l'evoluzione delle tecniche biomediche in campo riproduttivo contribuisce a determinare l'ambito di applicazione delle norme costituzionali sui diritti e fornisce il supporto per declinazioni evolutive delle stesse. Riconoscendo così anche nelle tecniche di fecondazione assistita con donazione di gameti una misura capace di rimediare ad uno stato patologico e ribadendo che «in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali»³⁵, il giudice costituzionale ha sostenuto che tali interventi non possono essere vietati *a priori*, salvo che ciò costituisca l'unica misura necessaria per tutelare altri interessi costituzionali. Ma una volta escluso che questi altri interessi possano essere irragionevolmente vulnerati o limitati dalla pratica dell'utilizzo di gameti di soggetti estranei alla coppia, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa, ma solo in relazione a casi di sterilità ed infertilità di cui sia stato accertato, con atto medico, il carattere irreversibile e assoluto delle stesse³⁶. Si è ribadito, dunque, anche in questo ambito, l'esistenza

³⁵ Corte cost., sent. n. 162 del 2014, punto 7 del Considerato in diritto.

³⁶ V. punto 11.1 del Considerato in diritto.

di «valutazioni riservate alla scienza medica»³⁷, la cui funzionalizzazione alla salvaguardia di diritti costituzionali – e non già di meri desideri e aspettative – si rivela cruciale per evitare scivolamenti verso ciò che anche in quella decisione traspare come un rischio da scongiurare: l'utilizzo della tecnica a fini consumistici e la proliferazione di pretese insaziabili connesse solo alla possibilità tecnica.

Considerazioni altrettanto attente e sempre calibrate sull'esigenza di salvaguardare il diritto costituzionale alla salute si rinvencono anche nella sent. n. 96 del 2015 con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 4 della legge n. 40 del 2004 nella parte in cui vietava il ricorso alle tecniche di PMA a coppie fertili ma portatrici di malattie genetiche e per questo interessate a svolgere esami diagnostici preimpianto sugli embrioni prodotti *in vitro*. Tralasciando molti altri aspetti di interesse di questo tema specifico³⁸ e prestando attenzione esclusiva al legame tra discrezionalità politica e sapere tecnico-scientifico, va evidenziato che anche nella sentenza n. 96 del 2015 la Corte, richiamando le sue precedenti pronunce rese in materia di PMA, ha ulteriormente declinato quel rapporto con riferimento alla diagnosi genetica preimpianto. Ha affermato quindi che è affidata alla competenza e professionalità del medico la determinazione, nel singolo

³⁷ Punto 7 del Considerato in diritto.

³⁸ Come la distinzione tra diagnosi genetiche preimpianto e selezione eugenetica; le contraddizioni rinvenute tra la legge n. 40 del 2004 e la legge n. 194 del 1978 che consente l'aborto cd. terapeutico, per le quali si rinvia a M.P. IADICICCO, *Procreazione umana*, cit., 176 ss.

caso concreto, del rischio di trasmissione genetica di patologie ritenute gravi alla stregua del criterio di cui all'art. 6 della l. n. 194 del 1978 (legittimante ex post il ricorso all'aborto terapeutico) e la valutazione, in termini puramente prognostici, delle possibili ricadute di queste sulla salute psico-fisica della madre³⁹; sempre a quei soggetti spetta inoltre l'effettivo accertamento della trasmissione ereditaria di gravi malattie mediante indagini genetiche praticate sugli embrioni *in vitro*, prodotti in numero sufficiente all'esecuzione dell'esame e alla successiva ed eventuale selezione di embrioni sani.

Tenuto conto dei molteplici profili problematici sollevati anche dallo svolgimento di questi compiti, la Corte costituzionale ha sollecitato il legislatore ad intervenire prontamente in materia, indirizzando allo stesso dei moniti relativi tanto al contenuto quanto al metodo della futura attività normativa⁴⁰. Si auspica quindi l'aggiornamento periodico delle patologie a trasmissione genetica per le quali potesse richiedersi l'esame diagnostico, precisando, comunque e ancora una volta, che incidendo tali determinazioni in ambito terapeutico il legislatore avrebbe dovuto tener conto della «acquisizioni scientifiche e sperimentali,

³⁹ Cfr. A. VALLINI, *Il curioso (e doloroso) caso delle coppie fertili portatrici di malattie ereditarie, che potevano ricorrere all'aborto, ma non alla diagnosi e selezione preimpianto*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, 1457 ss.

⁴⁰ In tal senso, anche S. PENASA, *L'insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti rafforzati*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 8 luglio 2015; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto*, cit., 172.

che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica»⁴¹. Tali moniti, ad oggi non hanno trovato alcun seguito né a livello legislativo, né in sede di aggiornamento delle linee guida *ex art. 7* della l. n. 40 del 2004 (non aggiornate dal 2015) con l'effetto quindi di rimettere totalmente alla determinazioni dei professionisti, di volta in volta consultati, la decisione, non sempre agevole, di definire la ricorrenza dei presupposti legittimanti l'accesso alla diagnosi e selezione preimpianto, accentuando profili di conflittualità che possono determinarsi tra i vari soggetti coinvolti nei trattamenti, e affidando poi ai giudici il compito di dirimerli.

4. *La sperimentazione sugli embrioni non impiantabili: ancora sull'atteggiamento antiscientifico del legislatore del 2004*

Il tormentato rapporto tra diritto e scienza medica delineato nella legge n. 40 del 2004 è ulteriormente comprovato da un'altra controversa disposizione, l'art. 13, che pone un divieto assoluto di ricerca sperimentale sugli embrioni. Tale tematica riveste, invero, aspetti di grande complessità sui quali non è possibile indugiare in questa sede; ci si limita a segnalare che la richiesta di sperimentazione sugli embrioni riguarda in moltissimi casi quelli crioconservati e ritenuti non impiantabili a seguito dello svolgimento di indagini genetiche preimpianto.

⁴¹ Corte cost., sent. n. 282 del 2002; n. 338 del 2003.

Proprio la peculiare condizione degli embrioni non impiantati e non impiantabili, perché malati, aveva indotto il Tribunale di Firenze⁴² a sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 della l. n. 40 del 2004, nella parte in cui vieta di destinare alla ricerca scientifica – orientata alla sperimentazione di innovative pratiche terapeutiche che potrebbero giovare all'interesse di tanti malati privi di cure alternative ed efficaci – anche questi embrioni, destinati pertanto all'ibernazione indefinita. Senza voler mettere in discussione l'obbligo di tutela costituzionale del nascituro, il giudice fiorentino aveva valutato con grande pragmatismo le conseguenze scaturenti da un divieto assoluto di qualsiasi intervento sperimentale sull'embrione a prescindere dal suo grado di sviluppo⁴³ e soprattutto dalla sua idoneità a essere impiantato nell'utero di una donna. Il dubbio avanzato al riguardo era quello di un'eccessiva, incongrua e perciò irragionevole compressione di interessi di sicuro rilievo costituzionale, quali la libertà di ricerca scientifica (artt. 9 e 33 della Costituzione) e la tutela della salute individuale e collettiva (art. 32), evidentemente connessa all'avanzamento dell'attività di ricer-

⁴² Trib. Firenze, ord. 7 dicembre 2012, n. 166.

⁴³ Il giudice rimettente ha infatti dubitato della legittimità costituzionale dell'art. 13 della l. n. 40 del 2004 anche nella parte in cui «non viene attribuito alcun rilievo alla specifica condizione in cui il materiale genetico si trova», precisando altresì che, secondo la scienza biologica, tra il momento della fecondazione e quello della formazione dell'embrione intercorre un lasso di tempo in cui si è in presenza di una «entità in fase precedente». Ed infatti, alcuni ordinamenti giuridici diversi da quello italiano distinguono tra embrione e pre-embione.

ca in ambito biomedico⁴⁴. In questo specifico caso, la “scelta tragica”, il dilemma di fondo da sciogliere è se sia ragionevole dare a questi embrioni una destinazione diversa dalla crioconservazione, una destinazione come il prelievo di cellule staminali pluripotenti che, pur aprendo potenzialmente verso nuove prospettive terapeutiche – non nell’interesse dell’embrione stesso⁴⁵, ma in prospettiva solidaristica – comporta necessariamente la distruzione dell’embrione⁴⁶.

A fronte di una simile questione, la Corte costituzionale ha ritenuto di non potersi pronunciare nel merito, non tanto perché, com’è evidente, la decisione sul bilanciamento tra i valori in conflitto rientra nei compiti del legislatore rappresentativo, quanto piuttosto per la carenza, nel caso di specie, della crisafulliana “rima obbligata” e, quindi, perché l’addizione normativa sollecitata dal giudice *a quo* non avrebbe costituito l’unica scelta compatibile con la Costituzione, capace di ripristinare la coerenza sistematica

⁴⁴ Evidenzia, nel caso specifico, il legame tra libertà di ricerca scientifica, godimento dei benefici prodotti dalla ricerca e tutela della salute, G. D’AMICO, *Verso il riconoscimento di un diritto alla scienza*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2019, 11.

⁴⁵ Va ricordato che, ai sensi dell’art. 13, comma 2, della l. n. 40 del 2004, «la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione è consentita a condizione che si perseguano finalità terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate *volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell’embrione stesso*, e qualora non siano disponibili metodologie alternative» (corsivo non testuale).

⁴⁶ Cfr. R. CRISTIANO, *La sperimentazione sugli embrioni*, in *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, a cura di L. Chieffi e R. Salcedo Hernández, Milano-Udine, 2015, 324.

dell'ordinamento giuridico⁴⁷. Seppur è vero, infatti, che la decisione di destinare le cellule embrionali alla ricerca sperimentale risponderebbe ad una finalità di sicuro rilievo costituzionale e comunque non frustrerebbe, nel caso specifico, l'aspettativa di vita di un embrione, destinato ugualmente al deperimento, è altrettanto certo che una simile opzione dovrebbe essere accompagnata dalla compiuta regolamentazione di aspetti che non possono essere affidati alla sola responsabilità dei medici o dei ricercatori, ai codici deontologici e neppure all'intervento surrogatorio del giudice. La stessa Corte costituzionale non ha mancato di rilevare che qualora il legislatore – «quale interprete della volontà della collettività»⁴⁸ – dovesse in futuro adottare un approccio più permissivo nei confronti della ricerca sugli embrioni, lo stesso dovrà risolvere, anche sulla base delle “evidenze scientifiche”, altre rilevanti questioni: tra queste, si segnalano,

⁴⁷ Corte cost., sent. n. 84 del 2016, punto 11 del Considerato in diritto.

⁴⁸ E «tenuto conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzati come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale» (*Ibidem*).

Sull'opportunità che il diritto segua e, in qualche modo, codifichi le opzioni già condivise a livello sociale, v. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 103 ss., il quale, tuttavia, non solo avverte quanto sia raro che su questioni di biodiritto si formino spontaneamente scelte largamente condivise, ma soprattutto precisa che, quand'anche dovesse consolidarsi un orientamento prevalente, «il diritto non potrebbe avallare acriticamente la scelta maggioritaria, ma dovrà valutarne la legittimità costituzionale ed assicurare che la decisione sia compatibile con la necessità di tenere aperto un dialogo plurale tra portatori di istanze e impostazioni diverse».

in particolare, la necessità di definire quali condizioni (e cioè quali malattie o anche solo l'impossibilità di praticare la biopsia) rendano un embrione non idoneo all'impianto; quali ricerche scientifiche condotte su embrioni malati possano giustificarne, in ragione dei loro obiettivi, l'utilizzo e inevitabilmente la distruzione⁴⁹. Resta da definire poi come accertare lo stato di abbandono dell'embrione e se prima della destinazione alla ricerca sarà necessario ricorrere, per un determinato periodo, alla crioconservazione. Non da ultimo, sempre il legislatore dovrà premurarsi di predisporre idonee cautele per evitare la commercializzazione delle cellule embrionali.

Questa decisione è stata oggetto di numerose critiche⁵⁰; si è in particolare rimarcato che una decisione così difficile e delicata come quella della destinazione degli embrioni inidonei a realizzare un progetto procreativo alla ricerca scientifica avrebbe richiesto argomentazioni più approfondite, più persuasive e

⁴⁹ Come opportunamente rilevato da S. PENASA, *La questione delle cellule staminali. Il quadro giuridico*, in *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, I, a cura di S. Canestrari, G. Ferrando, S. Rodotà, P. Zatti, Milano, 2011, 1101, il perseguimento di finalità terapeutiche non rende indifferente il modo in cui si svolge la ricerca scientifica.

⁵⁰ Così C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016, 162; ma anche V. MARZOCCO, *In potenza o in atto? La Corte costituzionale e lo statuto normativo dell'embrione*, *ivi*, 197 ss.; A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani*, *ivi*, 253 ss.; M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, *ivi*, 171 ss.

soprattutto più “informate”⁵¹, che tenessero conto della natura e della complessità di tutti i beni e interessi costituzionali in essa coinvolti e anche della più corretta applicabilità nel caso di specie del principio di precauzione⁵². Non è mancato chi in dottrina ha sostenuto che «un’altra sentenza era possibile»⁵³, che sarebbe stata preferibile un’additiva di principio o che la Corte avesse rivolto moniti più precisi al legislatore per un’adeguata considerazione anche dell’interesse costituzionale allo sviluppo della ricerca scientifica. Invero, non si può dubitare che questo bene di certo fondamento costituzionale avrebbe richiesto maggiore attenzione, proprio quella che in una legge deliberatamente antiscientifica non ha ricevuto.

In sostanza la Corte ha inteso lasciare aperto il dibattito ritenendo di non potersi assumere il compito di destinare alla ricerca scientifica gli embrioni non impiantabili, possibilità, questa, che resta comunque aperta e nella disponibilità del *conditor iuris*. Il giudice costituzionale non ha neppure occultato la complessità e conflittualità del tema; ha messo in luce i principali orientamenti maturati a riguardo nel mondo giuridico, scientifico (senza però avvalersi di una formale istruttoria), nonché nell’opinione pubblica. Probabilmente si è troppo accentuata la distanza tra

⁵¹ Così in part. M. D’AMICO, *op. e loc. ult. cit.*

⁵² Cfr. A. RUGGERI, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016, 251-2.

⁵³ C. CASONATO, *op. ult. cit.*, 162.

le possibili scelte in merito alla sperimentazione sugli embrioni e ciò può aver contribuito a polarizzare ulteriormente e rendere inconcludente il dibattito sul tema. Ad oggi, infatti, l'atteggiamento che in questo campo continua a manifestare il legislatore è il riflesso tanto dell'incapacità di governare le incertezze scientifiche, quanto della volontà di ritirarsi da un terreno minato da controversie di natura etica; questa ritirata, tuttavia e nel caso di specie, lascia sul terreno di battaglia dei "morti", ovvero, e fuori di metafora, beni di rilievo costituzionale, come la libertà della ricerca scientifica e la tutela della salute, quale diritto individuale ed interesse della collettività, evidentemente connessi anche all'avanzamento dell'attività di ricerca e sperimentale.

Un dibattito più informato su questo tema, ferma restando la sua marcata complessità non solo scientifica, potrebbe favorire anche il superamento di uno *status quo* che pare venato da tratti di marcata ipocrisia. Esso infatti consentirebbe di prendere coscienza di una situazione radicata, ovvero l'esistenza di un numero considerevole di embrioni abbandonati e non idonei ad alcun progetto procreativo. È certo che la possibile apertura alle esigenze della ricerca scientifica, dovendo essere ispirata ad una logica non già utilitaristica, ma solidaristica, dovrà scongiurare rischi di reificazione dell'embrione, ma ciò secondo valutazioni che non possono essere assunte senza tener conto delle circostanze specifiche in cui essi versano. Allora, di fronte al deperimento certo o alla crioconservazione *sine die* di embrioni che non potranno mai essere impiantati nell'utero di alcuna donna, senza

causare gravi pregiudizi per la salute della medesima e del nascituro, il principio di beneficialità indurrebbe a prendere in considerazione di destinare questi embrioni alla ricerca scientifica, al fine di sperimentare pratiche terapeutiche funzionali a garantire il diritto alla salute di altre persone, sulla falsariga – e con le opportune distinzioni – di quanto previsto in materia di donazione di organi *ex mortuo*⁵⁴. Si comprendono le ragioni per cui una simile opzione non può essere accolta da chi ritiene illegittima (oltre che eticamente inaccettabile) qualsiasi utilizzazione strumentale e con esito distruttivo degli embrioni, in quanto ne offenderebbe la dignità e il rispetto dovuto alla vita umana anche in potenza⁵⁵; ma meno nobili paiono le ragioni per cui si continua a tacere sul fatto che, in un ordinamento come quello italiano che vieta la ricerca e la sperimentazione sugli embrioni, persino su quelli inevitabilmente destinati al deperimento, tali attività

⁵⁴ V., in tal senso, il documento «*Destino degli embrioni derivanti da PMA e non più impiantabili*» del 26 ottobre 2007, con il quale alcuni componenti del Comitato nazionale per la Bioetica si sono espressi a favore della possibilità di individuare un criterio di accertamento di morte dell'embrione, quando la sua vitalità non sia definitivamente venuta meno, di modo che si renda possibile la donazione di cellule embrionali alla ricerca, stabilendo un'analogia con la donazione di organi *ex mortuo*.

⁵⁵ Coloro che si oppongono a qualsiasi tipo di sperimentazione a carico degli embrioni ritengono che quelli non trasferiti in utero per la presenza di gravi anomalie irreversibili dello sviluppo dovrebbero essere lasciati nel terreno di cultura fino a “morte naturale”. Secondo costoro la crioconservazione degli embrioni, che potrebbe estendersi per un periodo di tempo dalla durata imprevedibile, sarebbe comunque una condizione irrispettosa della dignità dell'embrione.

possono essere invece svolte su linee cellulari staminali importate dall'estero⁵⁶ e non necessariamente ricavate da embrioni non più impiantabili.

5. *Ulteriori puntualizzazioni su “riserva di scienza”, “errore tecnico-scientifico” e “irragionevolezza scientifica” della legge*

Come è emerso chiaramente dall'esperienza della l. n. 40 del 2004, la scissione tra i plessi del diritto e della scienza medica ha finito per riversarsi sulla legittimità costituzionale della stessa legge; così come, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale dapprima richiamata, emerge un'ulteriore esigenza, sempre più stringente, di ripensamento dei processi decisionali da effettuarsi e calibrarsi sui peculiari “fatti” di cui il legislatore deve tener conto per non vedere incrinati gli stessi presupposti logici del proprio ragionamento⁵⁷.

Tuttavia, è indispensabile chiarire meglio quali siano i termini di quella connessione necessaria tra decisione politica e dato scientifico, ovvero i profili

⁵⁶ Sulla “liceità” dell'utilizzazione a fini di ricerca di cellule staminali embrionali importate dall'estero, cfr. E. DOLCINI, *Ricerca su cellule staminali embrionali importate dall'estero e legge penale italiana*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, 450 ss., le cui considerazioni investono il solo piano giuridico e non il ben distinto piano etico. Cfr. anche C. CASONATO, *Sensibilità etica*, cit., 164.

⁵⁷ D. ZANONI, *Razionalità scientifica e ragionevolezza giuridica a confronto in materia di trattamenti sanitari obbligatori*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020, 140.

interdipendenza e permeabilità e le frontiere dei rispettivi campi⁵⁸.

In primo luogo, va ulteriormente appurato se le valutazioni di carattere propriamente scientifico assurgano, oltre che a limite, a vero e proprio vincolo per il legislatore e, oltretutto, occorre domandarsi se l'intervento del decisore politico, oltre che limitato, sia, più a monte, non necessario, potendo così trovare libero dispiegamento la valutazione medica, assistita dal consenso informato del paziente. Su quest'ultima questione anche la giurisprudenza costituzionale fornisce una risposta chiara. La Consulta, per quanto particolarmente attenta a presidiare di limiti la discrezionalità politica quando interferente in ambiti scientificamente connotati, non ha escluso la necessità di una regolamentazione legislativa dell'attività terapeutica. Essa ha costantemente affermato che «*salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali*, non è di norma il legislatore a poter stabilire (...) quali sono le pratiche terapeutiche ammesse»⁵⁹. Tale assunto, che parte dalla sent. n. 282 del 2002 ed è costantemente richiamato nella giurisprudenza successiva, deve essere letto come vincolo modale che incombe sul legislatore nel regolare le pratiche terapeutiche e non già come limite *tout court* nei riguardi dello stesso⁶⁰.

⁵⁸ Di un modello “virtuoso” costruito secondo dinamiche riconducibili alla sussidiarietà, parla C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *La Medicina nei Tribunali*, a cura di L. Chieffi, Bari, 2016, 30.

⁵⁹ Corte cost., sent. n. 282 del 2002, punto 4 del Considerato in diritto. Corsivi nostri.

⁶⁰ A. D'ALOIA, *Tutela della salute, valutazioni tecnico-scientifiche, limiti all'autonomia regionale*, cit.

In effetti, anche i limiti e i divieti relativi alle tecniche di PMA, rimossi dalla giurisprudenza costituzionale, muovevano dall'esigenza, avvertita da un legislatore sicuramente poco attento agli spazi dell'autonomia professionale, di garantire *altri* diritti, compresi quelli, non meglio precisati, facenti capo all'embrione. Ebbene, se le censure mosse nei confronti della legge si sono rivolte principalmente al protocollo terapeutico rigidamente e aprioristicamente definito dal legislatore, ciò non toglie che solo a quest'ultimo può spettare la concretizzazione e conciliazione dei molteplici interessi e beni coinvolti. In altre parole, ciò che deve essere ancora una volta precisato, per superare ogni possibile equivoco sulla necessità di una disciplina legislativa della PMA, è che nelle disposizioni della l. n. 40 del 2004 annullate dal giudice costituzionale non sono state la *ratio* e la finalità perseguite dal legislatore a denotarne di per sé aspetti di irragionevolezza, quanto l'inadeguatezza e la sproporzione delle misure assunte all'interno di un percorso costruito per rimediare a condizioni patologiche e al contempo volto a garantire altri interessi meritevoli di tutela. Provando quindi a riprendere la tesi di Francesca Angelini⁶¹ si deve precisare che «l'errore tecnico-scientifico» compiuto dal legislatore del 2004 sia stato determinato non già per l'essersi spinto oltre quanto avrebbe potuto, ma prioritariamente per l'aver assunto scelte in un ambito *anche* terapeutico, ignorando le conseguenze delle stesse sul diritto costituzionale alla salute della

⁶¹ F. ANGELINI, *Profili costituzionali*, cit., 25-26 ma *passim*.

madre e trascurando (involontariamente?)⁶² gli aspetti di incoerenza con la legge n. 194 del 1978. Non v'è dubbio quindi che spetti al legislatore e non possa essere affidato alla responsabilità degli operatori sanitari l'assunzione di scelte fondamentali in ambito di tecnologie riproduttive, definendo le cautele per il trattamento degli embrioni prodotti *in vitro* e la destinazione dei medesimi; né si può negare che spetti pure solo al legislatore la definizione dello *status filiationis* del nato del ricorso alle tecniche di PMA.

Anche per questa ragione può destare qualche perplessità la tendenza seguita dalla dottrina, che si è cimentata nella riflessione del portato della giurisprudenza dapprima richiamata, volta ad enucleare una nuova e specifica declinazione del principio di ragionevolezza «riempito di contenuti della ricerca scientifica»⁶³, laddove, nella più approfondita e attenta riflessione su questo “nuovo” principio, se ne rimarca più opportunamente la connessione con il “metodo” di esercizio della funzione legislativa⁶⁴. Evidenziare la specificità della “ragionevolezza scientifica” può rivelarsi appropriato solo per rimarcare la peculiarità e la

⁶² Invero, pare dubbio che il legislatore del 2004, non abbia colto gli aspetti di contraddizione con la legge n. 194 del 1978. Piuttosto più credibile è che in occasione della regolazione della PMA si sia tentato di mettere in discussione i contenuti della legge n. 194 del 1978 sull'IVG. Lo rivela anche F. ANGELINI, *op. ult. cit.*, 81.

⁶³ Lo sottolinea criticamente A. IANNUZZI, *op. cit.*, 184-5.

⁶⁴ S. PENASA, *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, 835 ss. e, più ampiamente, in ID., *La legge della scienza*, cit., 478 ss. ma *passim*.

forte pervasività del fatto e del contesto in cui deve essere calata la decisione politico-legislativa per non incorrere nel vizio di irragionevolezza. Tuttavia, non pare che ciò non possa comunque ricondursi ad alcuni dei più “classici” strumenti e moduli operativi del giudizio di ragionevolezza, seppur variamente classificati e denominati⁶⁵. Per sua natura, questo giudizio implica un’attenta considerazione della realtà empirica che la norma presuppone e regola ed, infatti, lo scrutinio di ragionevolezza risulta incentrato non solo sulle prescrizioni normative, ma anche sul contesto, ovvero sull’insieme di «elementi (storici, sociologici, politici ed assiologici) che connotano sotto il profilo fattuale la questione oggetto del vaglio di costituzionalità»⁶⁶. In questo senso, l’attenzione rivolta al dato extra-giuridico e tra questi, in particolare, a quello scientifico è determinante per verificare l’aderenza della norma al contesto e, cioè, alle circostanze materiali che sottendono la statuizione normativa, giustificandone gli effetti e le conseguenze su interessi di rango costituzionale.

Quanto invece può suscitare molta perplessità è una possibile declinazione e coloritura della ragionevolezza scientifica, volta a conferire un crisma di “normatività”, se non persino di oggettività, all’elemento tecnico-scientifico al punto da sostenerne la sua vincolatività per il legislatore.

Non minori incertezze, può ingenerare, ove non

⁶⁵ La possibilità di una loro lettura sistematica è offerta in particolare da A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, *passim*.

⁶⁶ A. MORRONE, *op. ult. cit.*, 389.

opportunamente precisata, anche l'evocazione di una vera e propria "riserva di scienza"⁶⁷ in materia di pratiche terapeutiche. Riservare, infatti, potrebbe lasciar sottendere la delimitazione di un campo, se non proprio precluso al legislatore (come già prima si è voluto confutare), vincolato ai dati e alle risultanze che quest'ultimo è tenuto a reperire per una consapevole deliberazione. Il lemma "riserva", che pur ricorre nella giurisprudenza costituzionale, non può declinato come vincolo e obbligo per il legislatore di recepimento dei risultati della letteratura scientifica⁶⁸ e ciò anzitutto perché ciò segnerebbe un primato della scienza

⁶⁷ È la tesi principale sostenuta e attentamente precisata da D. SERVETTI, *Riserva di scienza*, cit., *passim*. Il principio, che l'A. denomina, soprattutto sulla scorta della giurisprudenza costituzionale, "riserva di scienza" implica a suo avviso che, «affinché il diritto alla salute trovi idonea garanzia, ove sia necessario l'intervento di valutazioni tecnico-scientifiche, il legislatore, l'amministrazione o il giudice siano tenuti ad attingerle presso fonti qualificate (o rinviarle *tout court* a soggetti qualificati) e non possano contare meramente sull'esercizio delle rispettive forme di discrezionalità».

⁶⁸ Chiarissime le precisazioni al riguardo formulate da C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, cit., 32: «la letteratura medica costituisce un immancabile punto di partenza solo nei settori che ad essa competono e che necessitano di un inquadramento scientifico: si tratta di definire i caratteri della patologia, di indicare la rispettiva incidenza sulla salute, di precisare prove di efficacia, o meno, dei trattamenti proposti. Far dipendere dalla letteratura medica altri profili della decisione, come l'esito complessivo del bilanciamento di interessi, significherebbe andare oltre l'ambito ad essa "riservato", tradendo così un principio che potremmo definire di "sussidiarietà scientifica" in cui (...) ad ogni sapere spetta dare indicazioni all'interno del "territorio" che ad esso compete ed in cui può esprimersi con maggior efficacia e idoneità».

sul diritto e soprattutto sui diritti fondamentali, non inquadrabile entro i confini del nostro ordinamento costituzionale⁶⁹, ma anche perché, al netto di ogni dubbio sulla capacità di ricavare dalla giurisprudenza un preciso modello di riferimento, pare certamente scorretto sganciare le parole del giudice costituzionale dalla peculiarità dei casi di volta in volta sottoposti al suo scrutinio.

Il rischio di derive scientiste non è sottovalutato neppure in quelle ricostruzioni che individuano nella scienza un «parametro interposto di costituzionalità»⁷⁰, oltreché un *surplus* di legittimazione della normativa su di essa fondata⁷¹. La più attenta dottrina non ha mancato di considerare limiti e possibili scivolamenti di questa impostazione e per questo ha tentato di precisare a quali condizioni la scienza può assumere a vero e proprio «indice di costituzionalità della legge»⁷². In primo luogo, allora, si è delimitata la lo-

⁶⁹ Cfr. G. FONTANA, *op. cit.*, 81 e 82, il quale, pur riconoscendo che lo scenario più ricorrente sia quello tendente a configurare un primato delle ragioni della scienza, ritiene non sia assolutizzabile «un primato del diritto costituzionale sulla scienza, né il contrario, spettando l'ultima parola, a seconda dei casi, ora all'uno ora all'altra. A prevalere sulle scelte politico normative saranno le argomentazioni e le acquisizioni scientifiche ma solo quando le stesse saranno di conforto alla tutela dei diritti fondamentali e coerenti con i principi costituzionali che devono imporsi e conformare le scelte legislative».

⁷⁰ C. CASONATO, *op. ult. cit.*, 34 ss.

⁷¹ A. SPADARO, *Sulle tre forme di "legittimazione" (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., 569.

⁷² C. CASONATO, *op. loc. ult. cit.*

gica dell'interposizione al solo campo della medicina e della cura della salute e non già a tutte le discipline *science related*; in secondo luogo, si è specificato che l'attivazione di quel meccanismo «dipende dal grado di condivisione che i dati scientifici hanno all'interno della comunità epistemica di riferimento. Nei casi in cui si ravvisi una forte coesione nell'indicare l'utilità terapeutica o il potenziale danno di un determinato trattamento, la legge che rispettivamente ne vieti o prescriva l'utilizzo sarà pacificamente da considerare incostituzionale»⁷³.

Ebbene, se con riferimento alla prima precisazione in questa sede non è possibile approfondire quando e a quali condizioni il fatto scientifico possa riempire di contenuto e significato altri diritti costituzionali, si conviene pienamente sul condizionamento che il "parametro" scientifico esercita sulla nozione costituzionale di salute, purché sia chiaro che quel diritto e in particolare la condizione di salute di chi lo rivendica non possono essere costruiti *more scientifico*⁷⁴. Del tutto convincente è poi l'ulteriore puntualizzazione relativa al grado di condivisione dei dati scientifici all'interno di organismi di comprovata esperienza e

⁷³ *Ivi*, 35.

⁷⁴ Oltre ai già richiamati *caveant* di A. MORRONE, *Il bilanciamento*, cit., 68, cfr. E. CHELI, *op. ult. cit.*, 4, il quale avverte che la compatibilità del fatto scientifico con il quadro costituzionale non è operazione che può essere rimessa alla scienza ma che spetta al legislatore, secondo valutazioni che si chiamano in causa anche il dato scientifico ma non possono limitarsi a questo. Il diritto e scienza sono infatti chiamati a svolgere funzioni diverse, al diritto (che è scienza) non basta conoscere, comprendere, deve regolare, deliberare, ma per farlo consapevolmente deve conoscere.

imparzialità e ciò non solo perché quella stessa dottrina avanza qualche riserva sullo “stato di salute” della stessa ricerca scientifica (e non solo in relazione a casi più estremi di *junk science* o pseudoscienza), ma perché, come si avverte, nonostante la diffusione della formula *evidence based medicine*, troppo spesso erroneamente tradotta con «medicina che si basa sull’evidenza», la scienza medica «contempla poco o nulla che sia auto-evidente»⁷⁵.

In effetti, la necessità di una regolazione legislativa anche delle pratiche terapeutiche (e un continuo aggiornamento della medesima) è dalla stessa giurisprudenza costituzionale ed europea⁷⁶ continuamente

⁷⁵ A tal riguardo C. CASONATO, *op. ult. cit.*, 33-34, riporta quanto evidenziato nel Regno Unito da un autorevole organo britannico incaricato di esprimere pareri su temi scientifici eticamente connotati. Nel report «In The Culture of Scientific Research in the UK», il comitato tenuto conto della necessità, in termini di avanzamento di carriera degli scienziati determinati dal pubblicare solo su *High Impact Factor Journals*, rivela come ciò abbia determinato una competizione talvolta esasperata, alcune debolezze del sistema di peer review, logiche di finanziamento e di valutazione non controllabili. Tra le negatività diffuse innescate da questa logica si segnala «l’esagerazione dei risultati ottenuti e delle relative potenzialità applicative, che hanno reso il mondo della ricerca contemporanea complessivamente fragile, in termini di minor incentivi alla collaborazione, di diminuzione del tasso di creatività e di innovazione e, in definitiva, di una inferiore qualità degli studi e di una minacciata research integrity». Ulteriori e interessanti rilievi critici sul punto possono rinvenirsi in G. FONTANA, *op. cit.*, 99 e 102 ss.

⁷⁶ Nella giurisprudenza convenzionale si veda almeno il caso *S.H. e a. c. Austria* ove la Corte EDU rilevava la scarsa attenzione prestata dal Parlamento austriaco nell’acquisizione dello stato delle conoscenze scientifiche in materia di PMA e ammoniva gli Stati

ribadita non solo per tener conto di altri interessi di rilievo costituzionale, insieme a quello di essere efficacemente curati, ma anche perché il ricorso ad alcuni trattamenti ed, in ispecie la ricerca clinica e sperimentale sui medesimi, devono essere circondati da idonee misure cautelative e precauzionali⁷⁷. Non si può infatti non considerare che l'assunzione di decisioni da parte del legislatore in situazioni di rischio ed incertezza⁷⁸ costituisce probabilmente uno degli aspetti più problematici del complesso rapporto diritto-scienza. Essendo oramai tramontata la presunzione di matrice positivista circa la neutralità ed oggettività della scienza⁷⁹, il

contraenti, specie in questa materia soggetta a continua e costante evoluzione, a tenere costantemente aggiornata la relativa disciplina.

⁷⁷ Cfr. G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale e scienza*, cit., 66.

Pare comunque fin troppo scontato precisare che alcuni rischi sono presenti in qualsiasi pratica terapeutica e che quindi la predisposizione di misure precauzionali è operazione estremamente delicata.

⁷⁸ Non rari sono i casi in cui una oggettiva incertezza scientifica o incapacità del legislatore di governare l'incertezza spingono alla fuga dalla legge, (così M. LUCIANI, *Dal chãos all'ordine e ritorno*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2019, 367) laddove, invece come osserva pure A. IANNUZZI, *op. ult. cit.*, 153, proprio l'incertezza e la necessaria applicazione del principio di precauzione imporrebbero un "ritorno alla politica". Del resto, governare l'incertezza è proprio il compito fondamentale della politica.

Ciò ha ricadute anche sulla giustizia costituzionale: la tendenza da parte della Corte ad intervenire con l'annullamento della legge solo in casi limite (manifesta irrazionalità, contrasto con sicuri riferimenti scientifici) e la contrazione dei suoi poteri istruttori sono il risvolto della consapevolezza della «dimensione fallibilistica della scienza, dell'impossibilità di cristallizzare verità scientifiche (...) che il dato scientifico può essere oggetto di uso politico». (ID., 158-9).

⁷⁹ Cfr. G. FONTANA, *op. cit.*, 29 ss.; F. SALMONI, *Le norme tec-*

dato di matrice scientifica rilevante nel mondo del diritto assume, il più delle volte, connotazioni tutt'altro che oggettive e sicure. Sempre più ricorrenti sono i casi nei quali il legislatore è chiamato a confrontarsi con questioni scientificamente controverse, rispetto alle quali la scienza non è in grado di fornire risposte certe, definitive ed inoppugnabili. Mutuando un'espressione ricorrente nella dottrina nord-americana, si parla a tal riguardo di *science policy issues*, e cioè di questioni molto delicate che impongono una scelta normativa sulla base di fatti scientifici dubbi⁸⁰. Il richiamo alla *policy* lascia però nitidamente intendere che, anche in siffatte circostanze, le valutazioni scientifiche e politiche ri-

niche, Milano, 2001, 88 e 118 ss.; A. CERRI, *Diritto-scienza: indifferenza, interferenza, protezione, promozione, limitazione*, in *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, a cura di G. Comandè, G. Ponzanelli, Torino, 2004, 367, che, richiamando la nota teoria di K.R. Popper, sostiene che il diritto non è mai propriamente "verificato", ma solo "non falsificato" e, dunque, risulta costantemente problematico, in quanto l'impiego dell'ipotesi scientifica presenta sempre margini di dubbio.

Nella giurisprudenza costituzionale si veda almeno la sent. n. 61 del 1997 dove la Corte identifica le norme tecniche in quelle prescrizioni «elaborate generalmente sulla base dei principi desunti dalle c.d. "scienze esatte" o dalle arti che ne sono applicazione». Rilievi critici su tale decisione in M. GIGANTE, *Alcune osservazioni sull'evoluzione dell'uso del concetto di tecnica nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1997, 647 ss.

⁸⁰ Cfr. L. VIOLINI, *Le questioni scientificamente controverse nel procedimento amministrativo. Sostanze cancerogene e centrali nucleari negli Stati Uniti*, Milano, 1986; S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici. La regolazione giuridica della scienza in America*, a cura di M. Tallacchini, Milano, 2001, 11 ss.; M. TALLACCHINI, *Scienza e diritto. Verso una nuova disciplina*, *ivi*, XIV-V.

sultino inscindibili⁸¹ e che l'intervento del legislatore, lungi dal rivelarsi invasivo nei confronti delle prime, sia invece necessario⁸². Tuttavia, anche in questo caso, il decisore politico non dovrà trascurare di prestare la

⁸¹ Per una scrupolosa ricostruzione della giurisprudenza costituzionale relativa a questioni scientificamente controverse, v. G. D'AMICO, *Scienza e diritto*, cit., 167 ss. Dall'analisi ivi condotta si deduce che non sono rari i casi in cui la Corte è stata chiamata a pronunciarsi su normative che investono questioni giuridiche controverse, ovvero situazioni di incertezza scientifica circa le conseguenze di determinate sostanze o trattamenti sulla salute umana. Raramente però l'incertezza scientifica si è posta come passaggio essenziale della decisione della Corte; la problematicità del dubbio traspare spesso nella decisione, ma più che determinarne l'esito, essa condiziona l'andamento delle argomentazioni, che sono più robuste dove il fatto scientifico assume carattere notorio, più sfuggenti (per il dovuto rispetto alla discrezionalità del legislatore) per casi scientifici controversi.

Sul punto merita di essere richiamata anche l'importante precisazione fatta dallo stesso A. riguardo al ruolo del giudice costituzionale: a questi non spetta, a differenza dei giudici comuni, l'accertamento della situazione di fatto da cui derivano conseguenze giuridiche (169-170). La dimostrazione da parte della Corte della verità scientifica costituisce un falso problema, nascente – come puntualizzato anche da M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 522 ss. e da A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, cit., 389 – da un'erronea assimilazione del ruolo ricoperto dal giudice costituzionale a quello di qualsiasi altro giudice dell'ordinamento.

⁸² Per A. GRAGNANI, *Principio di precauzione, libertà terapeutica e ripartizione di competenze tra Stato e regioni*, in *Il Foro italiano*, I, 2003, 411, «un intervento legislativo nella disciplina di attività terapeutiche deve ovviamente tener conto dei dati scientifici disponibili, ma può nascere ed avere un senso soprattutto per valutazioni di discrezionalità politica relative alla gestione del rischio e proprio perché il sapere specialistico non è in grado di preconstituire una scelta obbligata».

dovuta attenzione ai dati scientifici in continua evoluzione, privilegiando perciò metodi legislativi capaci di adattarsi agli sviluppi della scienza, alla sua natura intrinsecamente evolutiva, secondo una logica connotata da gradualità e flessibilità⁸³.

Siffatte puntualizzazioni appaiono oggi tanto più opportune, considerata l'esperienza maturata in occasione dell'emergenza sanitaria da Covid-19⁸⁴. Come è stato attentamente rilevato⁸⁵, in questa drammatica vicenda si è registrato un affinamento e un notevole salto in avanti nell'ottica del confronto e della collaborazione tra diritto e scienza, che è parso almeno *prima facie* tutt'altro che conflittuale. Pur nella peculiarità di una situazione emergenziale, e non già ordinaria, il decisore politico si è aperto al confronto con il mondo scientifico e tecnico, istituendo organismi *ad hoc* e provvedendo sempre sulla base di valutazioni fornite da questi organismi tecnico-scientifici. Com'era prevedibile, però, anche in questa occasione, si sono

⁸³ Cfr. C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto*, cit., 35; A. D'ALOIA, *Tutela della salute*, cit., 20; S. PENASA, *La ragionevolezza scientifica*, cit., 829-830, per i quali bisogna pervenire all'elaborazione di schemi gradual e flessibili nei quali tra latitudine dell'intervento legislativo e livello di condivisione e attendibilità dei dati a disposizione si instaura un rapporto a proporzionalità inversa, nel quale i margini della legge aumentano al diminuire del grado di certezza delle conoscenze offerte dalla scienza.

⁸⁴ Sul rapporto tra dimensione politica e tecnico-scientifica nel corso dell'emergenza sanitaria, si vedano i contributi raccolti nello Speciale "*La gestione dell'emergenza sanitaria tra diritto e tecnica*", in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 1/2022, 521 ss.

⁸⁵ A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e Covid-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2020, 120.

manifestati aspetti critici: per un verso, sorprende che nonostante le antiche radici del dibattito, anche nel corso della pandemia, molti abbiano preteso di trovare nella scienza risposte certe, incontrovertibili e verità ma poi, deluse le proprie aspettative, abbiano usato l'argomento della falsificabilità per alimentare un analfabetismo scientifico (invero già largamente dilagante), per dare nuova linfa ad atteggiamenti antiscientifici, per giustificare meri atti di violenza (difficilmente inquadrabili come protesta avverso decisioni liberticide).

Per altro verso, ma in senso contrario a quanto detto, nell'emergenza da Covid-19, si è prefigurato un cambio di paradigma nei rapporti tra diritto e scienza, una "fase nuova" nella quale la decisione politica non sarebbe stata soltanto «basata sulla scienza, *science-based* o *science-related*, ma *science driven*, guidata dalla scienza»⁸⁶. Senza dimenticare l'eccezionalità del contesto, va precisato che anche quest'ultima osservazione, calzante e condivisibile, apre scenari non meno inquietanti di quelli finora esplorati. In altre parole, il primato della scienza e della tecnica, che deriverebbe dall'affidare al sapere tecnico il compito di assumere decisioni politiche, pare una deriva non meno preoccupante di quella di approvare leggi in materie di pratiche terapeutiche, com'è anche quella sulla PMA, prive di riscontri scientifici.

⁸⁶ A. IANNUZZI, *Il Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza sanitaria: un bilancio dell'esperienza utile per far emergere prospettive di riforma*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 1/2022, 526.

DIRITTO CIVILE

ASSICURAZIONI SANITARIE E INNOVAZIONE TECNOLOGICA

Ettore Battelli

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. L'impatto dell'innovazione tecnologia sui servizi assicurativi sanitari; 3. Gli *smart contracts* in ambito assicurativo; 4. Gli effetti dell'applicazione delle nuove tecnologie nel settore delle assicurazioni sanitarie; 5. Telemedicina e assicurazioni sanitarie: il c.d. *home care*; 6. L'apporto dei *big data* e il ruolo dei *device* abbinati alle polizze nella valutazione del rischio; 7. I sistemi di *credit scoring* in ambito assicurativo e i rischi di discriminazione algoritmica; 8. Prospettive evolutive delle polizze sanitarie.

1. Premessa

L'incremento della domanda di servizi sanitari, quale espressione di esigenze avvertite in maniera sempre maggiore dalla popolazione (sempre più anziana) che vive in Italia e nella “vecchia” Europa¹, porta con sé una assai significativa evoluzione dell'of-

¹ Si veda: E. BARAZZETTA, *Welfare e Mondo Assicurativo. Prestazioni, sinergie e prospettive in un'ottica di secondo welfare. Percorsi di secondo welfare*, Centro di Ricerca e Documentazione Luigi Einaudi in collaborazione con Forum ANIA – Consumatori, 2018; nonché E. PITACCO, *Prodotti assicurativi sanitari e previdenziali nel nuovo scenario demografico. Profili attuariali*, 2004, in *www.ecostat.unical.it*, e S. LANDINI, *Polizze sanitarie nelle dinamiche contemporanee della longevità*, in *Riv. it. med. leg.*, 2019, 511 ss.

ferta di polizze sanitarie innovando l'intero mercato delle assicurazioni².

Si assiste, così, a mutamenti rilevanti di quello che rappresenta, a tutti gli effetti, il “pilastro” della sanità integrativa rispetto a quella garantita dallo Stato e dalle Regioni. Non a caso, proprio con riferimento ai prodotti assicurativi sanitari si parla di strumenti di *welfare* alternativo³ rispetto ai servizi erogati dallo Stato tramite gli Enti preposti.

Nella prospettiva del diritto dei contratti che caratterizzano il mercato assicurativo assume particolare rilievo lo studio dei meccanismi negoziali di gestione del rischio⁴, che nel caso delle assicurazioni “a premio” segue un metodo attuariale secondo una stretta logica di profitto, e nei fondi sanitari integrativi meccanismi di solidarietà tra gli aderenti, pur perseguendo obiettivi di economicità⁵.

² S. LEVANTESI e M. MENZIETTI, *Allungamento della vita media e rischio assicurativo*, Napoli, 2016, 4 s. Da qui l'idea di utilizzare particolari strumenti finanziari come mezzo di gestione del rischio: D. BLAKE e W. BURROWS, *Survivor bonds: helping to hedge mortality risk*, in *J. Risk and Insurance*, 2001, 68, 339 ss.

³ Con riferimento al ruolo svolto dalle polizze assicurative ad integrazione del *welfare* sanitario che vede le imprese assicurative porsi a fianco di Stato e Regioni, si veda E. PIRAS, *Fondi sanitari integrativi e società di mutuo soccorso: le nuove frontiere della sanità integrativa*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1870 ss.

⁴ G. FANELLI, *Considerazioni sul concetto giuridico di rischio*, in *Assic.*, 1944, 50 ss.

⁵ M. LIPPI, S. RAGO e C. UGOLINI, *Il ruolo delle mutue sanitarie interattive*, Bologna, 2012, hanno dato vita ad una ricerca volta a misurare il valore aggiunto del *non profit* nel settore sanitario, esaminando la capacità delle mutue sanitarie integrative di costruire reti di protezione in grado di ampliare ed integrare quelle offerte

Nell'assicurazione a premio, poi, i contratti hanno in genere una durata annuale, con rinnovo automatico, fatta salva la possibilità di disdetta bilaterale, e il rischio con il correlato premio da versare sono valutati su base individuale per cui in taluni casi si perviene a condizioni di assicurabilità a premi particolarmente elevati, se non ad una vera e propria inassicurabilità⁶.

Nel sistema sanitario mutualistico, fondato su principi di non discriminazione delle persone assistite, invece, si riconosce a chiunque la possibilità di aderire a prescindere dalle proprie condizioni di salute (principio della porta aperta), rinunciando al recesso, per cui l'organismo erogante la garanzia non può mandare via nessuno dei propri "associati".

È possibile che l'ente mutualistico eroghi servizi assicurativi, come nel caso delle società di mutuo soccorso, stipulando contratti collettivi cui fa aderire come assicurati i propri soci (si pensi a taluni ordini professionali)⁷, i quali costituiscono il fulcro intorno

dal settore pubblico. Si rileva un valore aggiunto culturale (di diffusione dei principi solidaristici) e sociale teso a ridurre comportamenti opportunistici e fenomeni di azzardo morale. Il rischio non è trasferito ad un soggetto terzo, ma ripartito tra gli aderenti.

⁶ Nelle polizze sanitarie, l'assicuratore sottometta un questionario al potenziale assicurato per conoscere le condizioni di salute dello stesso e in taluni casi chiede a questi di sottoporsi a visita medica. Ciò fa parte dell'attività di valutazione e discriminazione del rischio che in genere porta ad escludere la copertura di soggetti che presentano solo caratteristiche che li espongono al rischio della malattia inguaribile e mortale.

⁷ Ai fondi per la sanità integrativa si aderisce spesso tramite contratti di lavoro o accordi siglati dagli Albi Professionali. Cfr. G. ROCCO, *Sanità integrativa: ruolo centrale nel welfare aziendale*, in *Dir. e prat. lav.*, 2018, 1048; E. PIRAS, *op. cit.*, 1870.

a cui si organizza l'attività finalizzata all'erogazione di sussidi per i soggetti che si trovano a dovere fronteggiare situazioni sanitarie di disagio ⁸.

2. *L'impatto dell'innovazione tecnologia sui servizi assicurativi sanitari*

Nei limiti del presente studio, preme riflettere su come l'utilizzo delle nuove tecnologie nel settore sanitario abbia assunto un ruolo assai rilevante.

Di tutto questo rappresenta uno specifico specchio quanto già da tempo sta avvenendo nel mercato delle polizze sanitarie ⁹.

L'innovazione tecnologica legata al mondo assicurativo, sia in termini di nuove modalità di offerta di

⁸ Sistemi avanzati nella sanità integrativa, come quello francese, ammettono ai benefici fiscali anche le imprese di assicurazione purché le stesse erogino polizze di solidarietà. Cfr. J.M. ANDRE, *L'assurance maladie complémentaire en France: état des lieux et perspectives*, in *Revue de droit sanitaire et social*, 2011, 210 ss.; M. BORGETTO, *Les complémentaires santé, renouveau ou déclin de l'assurance maladie?*, ivi, 2014, 789 ss.; B. DORMONT, *La couverture des soins par les assurances-maladie obligatoire et complémentaires: quels enjeux pour le système de soins?*, ivi, 2014, 806 ss.

⁹ Per approfondimenti in relazione alle varie tipologie di polizze e ai rapporti intercorrenti tra le stesse (coassicurazione, polizze complementari, sussidiarie ecc. ...) si vedano, tra le altre le seguenti opere: G. VOLPE PUTZOLU, *Commentario breve al diritto delle assicurazioni*, Cedam, Padova, 2013; E. BOTTIGLIERI, *Dell'assicurazione contro i danni*, in *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 2010; G. VOLPE PUTZOLU, *Assicurazione contro i danni*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. comm.*, I, Utet, Torino, 1987, 415 ss.; V. SALANDRA, *Dell'assicurazione*, in *Commentario al codice civile Scialoja e Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1966.

servizi e prodotti sia in termini di rinnovamento dei rapporti negoziali tra impresa assicurativa e clienti, prende il nome di «*Insurtech*»¹⁰.

Con tale termine si intende il fenomeno giuridico-economico che coinvolge l'insieme di quelle imprese che investono in nuove tecnologie al fine di acquisire ulteriori potenzialità e più efficaci possibilità di penetrazione sul mercato, proponendo nuovi prodotti assicurativi o riformulando l'offerta dei servizi assicurativi più tradizionali.

Nel nuovo diritto assicurativo un ruolo determinante è svolto, in particolare, dai *big data* e dalla possibilità di profilare in maniera molto dettagliata gli assicurati/assicurandi attraverso specifici algoritmi predittivi¹¹, potendo conoscere le loro preferenze e gli stili di vita¹².

Da queste brevi premesse deriva l'interesse per il profondo mutamento avvenuto nel mercato assicurativo tanto sul versante dell'offerta dei servizi assicurativi (polizze flessibili, personalizzabili e aderenti alle

¹⁰ Sul tema si v. A. LUBERTI e C. TABARRINI, *Insurtech. Una ricognizione empirica e giuridica*, in CONSUMERS' FORUM (in collaborazione con Università degli Studi Roma Tre), *Consumerism 2018. Il cittadino nell'era dell'algoritmo*, 2018, 93 ss.; D. PORRINI, *Big Data, personalizzazione delle polizze ed effetti nel mercato assicurativo*, in *Informazione e big data tra innovazione e concorrenza*, a cura di Falce, Ghidini e Olivieri, Milano, Giuffrè, 2018, 319 ss.; V. RICCIARDI, *InsurTech Definition as Its Own Manifesto*, in S.L.B. VANDERLINDEN, S.M. MILLIE, N. ANDERSON e S. CHISHTI, *The Insurtech Book*, Wiley, Chichester (UK), 2018, 6 ss.

¹¹ Sia consentito rinviare a E. BATTELLI, *Big data e algoritmi predittivi nel settore assicurativo*, in *Corriere giur.*, 2018, 1517 ss.

¹² B. KELLER, *Big Data and Insurance: Implications for Innovation, Competition and Privacy*, The Geneva Association, 2018, 10.

esigenze del singolo assicurato) sintetizzabili nella c.d. «*Usage-based insurance*» (UBI), quanto sul lato della domanda, tenendo conto anche delle esigenze degli assicurati, sensibili ai rischi derivanti non solo dall'utilizzo dei propri dati personali in termini di tutela della riservatezza, specie quelli sanitari, ma anche degli effetti distorsivi che si producono a danno, soprattutto, dei soggetti più fragili e meritevoli di tutela¹³.

Ciò senza dimenticare i rischi digitali tornati di grande attualità con le vicende che hanno riguardato l'*hackeraggio* dei sistemi sanitari¹⁴.

È chiaro che questi nuovi modelli sono basati su una dettagliata conoscenza dei singoli assicurati e, di conseguenza, dei profili di rischio cui parametrare l'entità del premio assicurativo da dover richiedere ai clienti (assicurandi) che vogliono stipulare una polizza¹⁵.

Il quadro della situazione non sarebbe, però, completo se non si considerassero anche gli eventuali errori o vizi (si parla di *bias*)¹⁶ nell'acquisizione e utilizzo

¹³ Cfr. A. LUBERTI e C. TABARRINI, *Insurtech. Una ricognizione empirica e giuridica*, cit., 94 ss.

¹⁴ Si pensi a quanto accaduto nell'agosto del 2021 ai server della Regione Lazio, con riguardo in specie al furto dei dati sanitari della vaccinazione dei cittadini ivi residenti, con estorsione ai danni dell'istituzione regionale, preposta alla raccolta, conservazione e gestione dei dati.

¹⁵ Cfr. G. D'IPPOLITO e E.M. INCUTTI, *I processi decisionali interamente automatizzati nel settore assicurativo*, in *Riv. dir. impr.*, 2019, spec. 736.

¹⁶ Più generalmente il *bias* indica un giudizio (*rectius* un pregiudizio) frutto di una non corretta interpretazione delle informazioni analizzate, tramite ragionamenti logici non coerenti, che conducono a risultati argomentativi viziati e privi di oggettività.

dei dati che vengono analizzati dalle imprese assicurative. D'altronde, nel caso degli algoritmi predittivi la profilazione del cliente e l'analisi tecnologica dei dati disponibili consente di migliorare l'analisi, anche in modo esponenziale, ma non di eliminare errori di valutazione. Gli errori, più in particolare, attengono alla possibilità di generare criteri di valutazione e profilazione discriminatori che genererebbero *output* non corretti, creando distorsioni, legate ad una non corretta raccolta dei dati da parte di sistemi algoritmici. Tali possibili effetti distorsivi potrebbero condurre alla stipulazione di polizze con premi non corrispondenti alle concrete esigenze del consumatore o eccessivi in relazione alle reali situazioni di rischio da assicurare¹⁷.

In questa ipotesi, molto più concreta di quanto si creda, se un algoritmo dovesse considerare troppo rischioso assicurare una determinata persona, l'impresa assicuratrice potrebbe decidere di non offrire copertura assicurativa. Ebbene, ciò sarebbe grave non solo in relazione alle polizze sanitarie, ma anche in qualsiasi ambito assicurativo, comportando l'erosione degli stessi elementi caratterizzanti il contratto assicurativo. Vi sarebbe, tra l'altro, una implicita ma evidente eliminazione dell'alea contrattuale tipica del fenomeno

¹⁷ Sull'impatto delle distorsioni, legate a una non corretta profilazione e raccolta dei dati da parte di sistemi algoritmici, si rinvia a P. GLAUNER, P. VALTCHEV e R. STATE,, *Impact of Biases in Big Data*, ESANN 2018 proceedings, *European Symposium on Artificial Neural Networks, Computational Intelligence and Machine Learning*. Bruges (Belgium), 25-27 april 2018.

mutualistico e costitutiva dei contratti di assicurazione (ex art. 1895 c.c.)¹⁸.

Da quanto esposto emerge la necessità di meglio mettere a fuoco gli effetti dell'applicazione delle nuove tecnologie nel settore delle polizze sanitarie (c.d. *Digital Health Insurance*)¹⁹.

Non sono questi ragionamenti meramente futuri-bili, ma fattispecie che riguardano oggi i diversi ambiti della vita quotidiana²⁰; per non dire di tutti i dispo-

¹⁸ Sulla funzione sociale delle assicurazioni private, v. G. COTTINO, *L'assicurazione tra passato e presente*, in F. IRRERA, *L'assicurazione: l'impresa e il contratto*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da Cottino, Padova, 2011, XX. Già F. SANTORO PASSARELLI, *Funzioni delle assicurazioni private e delle assicurazioni sociali*, in *Assic.*, 1962, 42, evidenziava come gli istituti e le norme di favore in materia di assicurazione risultano essere espressione dell'utilità sociale propria dell'operazione ad essa sottesa, pur nelle sue diverse tipologie. Cfr. altresì Cass., sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30174, in *Dir. fisc. ass.*, 2012, 667 ss.

¹⁹ In tema ampiamente A. CAMEDDA, *La digitalizzazione del mercato assicurativo: il caso della Digital Health Insurance*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, 567 ss. (della stessa Autrice, *La rivoluzione tecnologica nel settore assicurativo: l'avvento dei Big Data*, in *Giust. civile.com*, 2017, 15).

²⁰ Come in altra sede si è affermato (E. BATTELLI, *Le nuove frontiere dell'automatizzazione contrattuale tra codici algoritmici e big data: gli smart contracts in ambito assicurativo, bancario e finanziario*, in *Giust. civ.*, 2020, 681 ss., e nello specifico 708), basti pensare al caso delle polizze auto che prevedano l'installazione sulle vetture di dispositivi di *on-board diagnostics* quali le «dash-cams», capaci di registrare lo stile di guida dell'utente, il numero di frenate compiute o la posizione alla guida. Si parla di polizze assicurative «pay as you drive», proprio per indicare la forte personalizzazione a cui il mercato assicurativo nel settore automobilistico sta andando incontro. Anzi, va detto che, durante la pandemia, ad esempio in ambito automobilistico, i consumatori hanno premiato polizze *pay how you drive* e servizi assicurativi

sitivi di *Internet of Things* (IoT) che si hanno oggi in casa e che potrebbero fornire dati e segnalazioni²¹.

3. *Gli smart contracts in ambito assicurativo*

Si assiste, così, ad una ristrutturazione dell'impianto del contratto assicurativo che si trasforma in "sistema" «*user centric*»²². Ed è proprio il consumatore-assicurando (assicurato) a divenire l'elemento condizionante le stesse dinamiche contrattuali, attraverso forme di definizione dei premi assicurativi fortemente personalizzabili sulla base della "perfetta" conoscibilità: del soggetto contraente, delle sue capacità di spesa e delle sue esigenze, nonché del suo stile di vita e dei comportamenti tenuti.

pensati su misura per le proprie esigenze, con un *pricing* dinamico, in modo da rapportare il costo all'utilizzo effettivo dell'auto e del modo di guidare (P. MANES, *Credit scoring assicurativo, machine learning e profilo di rischio*, in *Contratto e impresa*, 2021, 477). Ancora più delicato risulta, poi, il fenomeno delle c.d. *smart cars*, che è in costante evoluzione.

²¹ Ci riferisce, in specie, a dispositivi di segnalazione e sicurezza (telefoni cellulari, bracciali, orologi, ecc.) connessi alla rete i quali, attraverso un *chip* interno, rilevano e registrano informazioni e le trasmettono ad altri dispositivi. Tali *device* risultano capaci di interagire a distanza con l'utente od operare in automatico mediante la valutazione di determinati dati sulla base di impostazioni predefinite. Cfr. per tutti: G. NOTO LA DIEGA e I. WALDEN, *Contracting for the 'Internet of Things': Looking into the Nest*, in *Queen Mary School of Law Legal Studies Research*, Paper No. 219, 2016.

²² Tale sembra essere anche l'impostazione seguita in sede europea dalla Direttiva (UE) 2016/97 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 gennaio 2016 sulla distribuzione assicurativa.

La gestione delle polizze assicurative, in generale, e di quelle sanitarie, in particolare, trova infine negli *smart contracts* uno strumento in grado di rispondere concretamente e con facilità alle esigenze di questo nuovo settore del mercato assicurativo, dal momento della stipula alle fasi successive di esecuzione o di rimodulazione²³.

Infatti, nonostante le incertezze anche il mercato delle assicurazioni, e di quelle sanitarie in special modo, si sta adattando rapidamente alle nuove opportunità offerte dalla tecnologia *Blockchain* applicata agli *smart contracts*²⁴, in quanto tecnologia che sfrutta un complesso algoritmo in grado di stimare gli interessi delle controparti, definire il contenuto del contratto e procedere, al momento del verificarsi delle condizioni previste nel protocollo, attivandosi per la conclusione ed esecuzione del contratto secondo la programmazione algoritmica predefinita, con alto livello di certezza. Ciò senza trascurare che l'algoritmo stesso può essere dotato di una programmazione

²³ M.R. MAUGERI, *Smart Contracts e disciplina dei contratti*, Bologna, 2021, *passim*. Cfr. in special modo D. DI SABATO, *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 2017, 378 ss., la quale ben evidenzia come il «vantaggio dell'utilizzazione di uno *smart contract* sta nella circostanza che esso può includere una serie infinita di opzioni concepite, secondo linguaggio informatico, come altrettanti *if-then*, dunque, può essere previsto un numero infinito di clausole che stabiliscono in un dato momento e tenendo conto delle circostanze concrete (*if*) il contenuto delle prestazioni delle parti (*then*)».

²⁴ Cfr. P. CUCCURU, *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contract*, in *Nuova giur. civ.*, 2017, 107 ss.; S. CAPACCIOLI, *Smart contract: nuovi orizzonti del fintech*, in *Quotidiano giuridico*, 25 maggio 2016.

volta all'autoapprendimento automatico: c.d. *machine learning*, che gli consente di modificare le variabili in base al susseguirsi degli eventi (alla stregua dell'uomo a seguito delle proprie esperienze di vita) e adattarsi nell'analisi (si parla, quindi, di ragionamento algoritmico), con un risultato via via più raffinato e preciso; con esiti quindi che non risultano preventivabili neanche dallo stesso ideatore (programmatore e sviluppatore dell'algoritmo)²⁵.

Più propriamente, negli *smart contract* le parti si affidano alla *Blockchain* per gestire *in toto* le diverse fasi dall'accordo fino all'esecuzione. Il sistema di blocchi concatenati e immutabili conferisce sicurezza all'intera operazione negoziale, in modo da potersi asserire che il contratto risulti altamente automatizzato²⁶.

L'operatività di tali contratti intelligenti o meglio automatizzati, o semplicemente protocolli informatici affidati alle decisioni di una IA, rappresenterebbe una modalità nuova di gestione delle polizze assicurative grazie al rapporto tra il mondo reale, fatto di persone e delle loro scelte, e il mondo crittografico degli algoritmi predittivi, attivato dalle "segnalazioni" dell'oracolo²⁷.

D'altronde, proprio nell'ambito assicurativo la

²⁵ Cfr. R. MATTERA, *Decisione negoziale e giudiziale: quale spazio per la robotica?*, in *Nuova giur. civ.*, 2019, 198 ss.

²⁶ Per ulteriori riflessioni si rinvia a E. BATTELLI, *Le nuove frontiere dell'automatizzazione contrattuale tra codici algoritmici e big data*, cit., 681 ss.

²⁷ Sull'uso di *smart contracts* e della tecnologia *blockchain* nel settore assicurativo, si v. M. ABRAMOWICZ, *Blockchain-Based Insurance*, in *Blockchain and the Constitution of a New Financial Order: Legal and Political Challenges*, a cura di P. Hacker, I. Lianos, G. Dimitropoulos e S. Eich, Oxford, 2019, spec. 195 ss.

funzione dell'oracolo risulta applicabile, ad esempio velocizzando e semplificando notevolmente la gestione del sistema degli indennizzi; con riduzione dei prevedibili errori correlati alla gestione "tradizionale" dei reclami e delle controversie, ma anche riduzione di spese per il personale, attualmente ancora impiegato nei processi di analisi dei dati, nonché di accertamento e liquidazione dei sinistri²⁸.

Ipotesi applicativa molto interessante è il contratto automatizzato adottato da alcune compagnie assicurative in relazione a polizze sanitarie che coprono il costo delle spese sanitarie in caso di ricovero del soggetto assicurato. In queste ipotesi, lo *smart contract*, una volta verificatosi l'evento (ricovero o erogazione della prestazione sanitaria comunicata, ad esempio, dalla struttura sanitaria convenzionata e contrattuale individuata e gravata di obblighi di informazione e trasmissione dati all'impresa assicuratrice), opera in automatico il rimborso previsto in sede di polizza connettendo il conto corrente del consumatore-assicurato con quello dell'impresa.

Ebbene, questo modello di contratto automatizzato sta acquisendo sempre maggiore diffusione²⁹, anche per l'indubbia capacità di contribuire alla riduzione delle contestazioni in caso di indennizzi e del contrasto alle frodi assicurative³⁰ (anche tramite le po-

²⁸ E. BATTELLI, *Le nuove frontiere dell'automatizzazione contrattuale*, cit., 691 ss.

²⁹ In questi casi lo *smart contract* riproduce in via crittografica un contratto stipulato in via tradizionale tra le parti e serve, quindi, da mero processo di automatizzazione delle sue clausole.

³⁰ S. LANDINI, in A.C. NAZZARO e S. LANDINI, *Blockchain e as-*

tenzialità dell'IoT e l'uso dei *devices*), nonché per gli effetti positivi sul piano della trasparenza delle clausole contrattuali autoeseguibili e quindi delle procedure ad esse collegate ad esecuzione automatica.

E, in effetti, un sistema *Blockchain based* consentirebbe di verificare lo stato di una polizza costantemente e, per esempio, nelle ipotesi di *pay for use* anche attivare o disattivare la copertura³¹.

Si tratta, in definitiva, di tradurre in linguaggio informatico affidato a codici algoritmici elaborabili in autonomia da un *software* le clausole negoziali, le obbligazioni in esse contenute con le informazioni/dati esterni o semplicemente eventi esterni in esse previste, che saranno poi elaborati dall'oracolo³². Quantunque tale automatizzazione possa non ritenersi applicabile ad ogni forma di assicurazione sul mercato, non c'è dubbio che le potenzialità di uno *smart contract* assicurativo sono notevoli, anche per il consumatore, in termini di trasparenza, riduzione dei costi e comparabilità tra le offerte³³.

Banalmente, si pensi al versamento mensile o an-

sicurazioni, in *Dei singoli Contratti, leggi collegate*, vol. III, a cura di D. Valentino, in *Codice civile commentato*, diretto da Gabrielli, Torino, 2020, 402.

³¹ Per l'ipotesi di utilizzazione dello *smart contract* nelle assicurazioni vita si schiera R. MATTERA, *Decisione negoziale e giudiziale*, cit., 198 ss.

³² V. GATTESCHI, F. LAMBERTI, C. DEMARTINI, C. PRANTEDA e V. SANTAMARIA, *Blockchain and Smart Contracts for Insurance: Is the Technology Mature Enough?*, in *Future Internet*, 2018, 10, 20 ss. (www.mdpi.com/journal/futureinternet).

³³ A.C. NAZZARO, in A.C. NAZZARO e S. LANDINI, *Blockchain e assicurazioni*, op. cit., 369.

nuale del premio alla scadenza del pagamento contrattualmente previsto, che viene addebitato sul conto dell'assicurato e accreditato su quello dell'impresa assicuratrice. Non qualcosa di futuribile, ma di comune esperienza nella vita di molti clienti/consumatori. Viceversa, nel caso in cui l'evento assicurato dovesse verificarsi, ebbene, accadrebbe l'inverso e cioè che la somma concordata verrebbe trasferita dal conto dell'impresa assicuratrice a quella dell'assicurato. Celebre il caso sperimentato su piattaforma *Ethereum* nelle assicurazioni sui trasporti aerei nelle ipotesi di ritardo del volo con versamento automatico dell'indennizzo direttamente sul conto del passeggero che subisse il disagio (lo stesso è a dirsi per lo smarrimento di bagagli, ecc.)³⁴.

Peraltro, sperimentazioni avanzate, anche in ambito assicurativo, sono già presenti pure in Italia, sotto la supervisione dell'IVASS all'interno di progetti di *Insurance Blockchain Sandbox*, in collaborazione con banche, assicurazioni e altri soggetti di varia natura, promotori dell'idea o della sperimentazione³⁵.

³⁴ T. BERTANI, K. BUTKUTE e F. CANESSA, *Smart Flight Insurance InsurETH*, in <http://mkvd.s3.amazonaws.com/apps/InsurEth.pdf>.

³⁵ È il caso, sopra accennato, della polizza parametrica, a rimborso garantito e autoliquidante, il cui funzionamento si basa su un sistema di *Blochchian* e *smart contract*, che permette non solo una accurata personalizzazione dei prodotti, ma anche la gestione del tutto automatizzata del ciclo di funzionamento di una polizza assicurativa, con verifiche dell'accadimento del sinistro certificate dai c.d. oracoli, senza che l'assicurato debba preoccuparsi delle varie incombenze usualmente a suo carico (denuncia del sinistro, attivarsi per il riconoscimento dell'ammontare dell'importo dovuto, verifica dell'accredito della somma). Ne dà ampiamente conto

Non risulta, infine, secondaria la complessa questione della comprensibilità degli algoritmi e dei processi automatizzati, utilizzati nel mercato delle polizze sanitarie – tradizionalmente asimmetrico per entrambe le parti contraenti coinvolte³⁶ – con particolare riguardo alla tutela del consumatore-assicurato e alla correttezza delle strategie adottate dalle imprese assicuratrici³⁷. E l'uso della *Blockchain*, proprio in tale più specifico ambito, potrebbe inserirsi e rilevare sia nelle relazioni tra imprese assicurative (e intermedia-

A.C. NAZZARO, *op. cit.*, 374 s., la quale sottolinea come tali *smart contracts* tramite i c.d. oracoli «permetteranno di aprire la pratica di liquidazione e procedere automaticamente al rimborso al verificarsi di determinati eventi».

³⁶ «Il mercato assicurativo è infatti tradizionalmente caratterizzato da una situazione di asimmetria informativa anche in capo alle compagnie stesse le quali, per offrire le loro polizze, necessitano di alcune informazioni sull'assicurato per determinarne le caratteristiche di rischiosità» (G. D'IPPOLITO e E.M. INCUTTI, *I processi decisionali interamente automatizzati nel settore assicurativo*, cit., 745).

³⁷ IVASS, *Analisi trend prodotti assicurativi – Le nuove polizze sulla salute: la Digital Health Insurance*, Roma, 18 settembre 2016, 3; IVASS, *Report analisi trend offerta prodotti assicurativi (luglio – dicembre 2017)*, Marzo 2018, 8. Peraltro, a livello europeo, è la stessa Commissione Europea a promuovere la digitalizzazione della sanità: v. Commissione Europea, Comunicazione relativa alla trasformazione digitale della sanità e dell'assistenza nel mercato unico digitale, alla responsabilizzazione dei cittadini e alla creazione di una società più sana [COM(2018)233 final], Bruxelles, 25 aprile 2018; Commissione Europea, State of Health in the EU Companion report 2017; Commissione Europea, Libro verde sulla sanità mobile ("*mHealth*"), COM(2014)219 final, Bruxelles, 10 aprile 2014; Commissione Europea, Comunicazione relativa a sistemi sanitari efficaci, accessibili e resilienti [COM(2014)215 final], Bruxelles, 4 aprile 2014.

ri) con i clienti, sia nella stessa attività di supervisione da parte dell'autorità di vigilanza³⁸.

4. *Gli effetti dell'applicazione delle nuove tecnologie nel settore delle assicurazioni sanitarie*

Al fianco dei timori legati all'utilizzo dei *big data* per la *privacy* del cliente-consumatore nel settore assicurativo³⁹ e alle eventuali nuove forme di discriminazione, non si possono negare, quindi, gli evidenti vantaggi in termini di automatizzazione e semplificazione della gestione delle polizze assicurative grazie al combinato utilizzo di algoritmi predittivi, *smart contracts*, IA e *Internet of Things* (IoT)⁴⁰.

Ciò senza trascurare il ruolo che le assicurazioni

³⁸ «Essendo ogni operazione tracciabile, la *Blockchain* migliora la trasparenza, poiché rispetto ad un registro centralizzato, le modifiche devono essere approvate dalla maggioranza dei nodi del *network*, e tutti i nodi hanno traccia di qualsiasi scambio o movimento effettuato. Inoltre, un'operazione sul registro, scritta nel blocco, non può essere cancellata, e ciò rende più semplice e sicura anche la funzione di revisione delle operazioni per la potenziale riduzione delle frodi», rivelandosi in ciò la *Blockchain* strategica proprio per il mercato assicurativo (S. LANDINI, in A.C. NAZZARO e S. LANDINI, *Blockchain e assicurazioni*, cit., 391).

³⁹ B. MCGURK, *Data Profiling and Insurance Law*, New York, 2019.

⁴⁰ In merito all'uso di strumenti automatizzati nella gestione delle polizze assicurative, uno studio condotto da Deloitte («*The Internet of Things in insurance*») afferma che l'utilizzo di assicurazioni personalizzate attraverso dispositivi di raccolta dati connessi alla guida ridurrebbe i costi connessi al calcolo del rischio assicurativo, diminuirebbe il numero di controversie e imporrebbe comportamenti virtuosi nella comunità. Lo studio è in *www2*.

sanitarie hanno svolto come stimolo all'adozione di stili di vita migliori, oltre che in termini di prevenzione delle malattie⁴¹.

I contratti assicurativi presenti nel mercato dei servizi sanitari e tutela della salute sono molteplici e di diversa natura.

Da ultimo, per quanto in questa sede può maggiormente rilevare, deve darsi conto delle polizze atte a stimolare condotte virtuose, dal punto di vista dello stile di vita, prevedendo particolari riduzioni del premio in caso di rispetto di certi standard predeterminati o prevedendo programmi *check up* finalizzati a prevenire rischi di malattie.

Occorre, allora, soffermarsi più propriamente sugli effetti dell'applicazione delle nuove tecnologie in questo settore di mercato⁴².

Difatti, il progresso tecnologico ha favorito l'evoluzione dei prodotti offerti dalle imprese assicurative italiane. Nell'area della salute ciò risulta evidente in particolar modo con le polizze assicurative che incentivano l'uso di braccialetti elettronici o altri dispositivi *wearables* di rilevazione e monitoraggio dell'attività fisica e della salute dell'assicurato⁴³.

deloitte.com/tr/en/pages/financial-services/articles/innovation-in-insurance-internet-of-things-iot.html.

⁴¹ Cfr. S. LANDINI, *Il ruolo delle assicurazioni nella salute*, in *Diritto e salute*, 2017, 88 ss.; M. GAGLIARDI, *Salute e assicurazione: il diritto delle assicurazioni in campo sanitario*, in *Riv. it. med. legale*, 2015, 1321 ss.

⁴² A. CAMEDDA, *La digitalizzazione del mercato assicurativo*, cit., 569 ss.

⁴³ Sui dispositivi *wearables*, E. GERMANI e L. FEROLA, *Il wearable computing, e gli orizzonti futuri della privacy*, cit., 75 ss.

Accade in effetti, anche con indubbi riflessi sul *marketing*, che le imprese assicurative promuovano contratti che prevedono l'uso di dispositivi *wearables*, abbinandoli a riduzioni del premio assicurativo, sia al momento della stipula sia nella fase di esecuzione del contratto e del suo rinnovo, ad esempio, qualora al momento dell'instaurazione del rapporto il cliente dimostri di essere in buono stato di salute o quando nel corso del rapporto e alla prima scadenza di rinnovo utile dimostri di condurre stili di vita o assumere condotte "salutari". Ciò alla luce non delle sole dichiarazioni rese dell'assicurato (mediante compilazione di un c.d. questionario anamnestico o sanitario) ma di attestazione dati ricavate proprio tramite l'uso di *devices wearable* o di tipo "bio-medicale" messi a disposizione (noleggio o più usualmente comodato d'uso "gratuito") dall'assicuratore⁴⁴.

Sarà il raggiungimento di determinati indici di benessere prestabiliti (relativi, ad esempio, a: livelli di glucosio, pressione arteriosa, colesterolo, saturazione dell'ossigeno, massa corporea e attività motoria) a giustificare il mantenimento di specifici vantaggi sotto il profilo dei costi, compresi eventuali ulteriori sconti automaticamente applicabili all'annualità successiva (si veda quanto sopra detto in materia di contratti intelligenti)⁴⁵.

Tali strumenti della tecnica rivelano tutta la loro

⁴⁴ G. EYSENBACH, *mHealth and Mobile Medical Apps: a Framework to Assess Risk and Promote Safer Use*, in *Journal of Medical Internet Research*, September 2014.

⁴⁵ Critici E. GERMANI e L. FEROLA, *Il wearable computing e gli orizzonti futuri della privacy*, cit., 77.

utilità per garantire il monitoraggio costante e a distanza delle condizioni di salute di soggetti a rischio o affetti da particolari patologie⁴⁶, potendo loro fornire, sulla base dei dati raccolti, consigli utili sui comportamenti corretti da adottare al fine di evitare che il rischio assicurato “si avveri”; e ciò sia nell’interesse del cliente (paziente) soggetto assicurato sia a beneficio dell’impresa assicuratrice stessa⁴⁷.

Per completezza, si rileva come sia fondamentale l’obbligo dell’assicurato di effettuare la registrazione ad una apposita piattaforma digitale e aggiornare periodicamente i propri dati ivi inseriti, anche tramite i dispositivi elettronici in dotazione. L’assicuratore potrà, così, analizzarli e procedere all’eventuale applicazione degli sconti previsti⁴⁸.

Tali polizze comprendono pure innovativi servizi quali *App* dedicate, installabili su *smartphone*, per mezzo delle quali l’assicurato (capovolgendo in positivo quanto pocanzi descritto) può avere costantemente il quadro del proprio benessere, ricevere indicazioni

⁴⁶ Non mancano, poi, casi alla rovescia in cui è l’acquisto di tali dispositivi ad accompagnarsi all’attivazione di apposite polizze sanitarie, attraverso magari accordi tra imprese assicurative e aziende produttrici dei dispositivi (in specie quelli di maggior costo e valore); così A. CAMEDDA, *La digitalizzazione del mercato assicurativo*, cit., 574.

⁴⁷ Cfr. ANIA, *Indagine conoscitiva sulle tematiche relative all’impatto della tecnologia finanziaria sul settore finanziario, credito e assicurativo*, cit., 5, ove si precisa che la diffusione di prodotti assicurativi abbinati a strumenti tecnologici e/o digitali «può accrescere la consapevolezza dei rischi, una loro più efficace gestione ponendo anche un *focus* adeguato sulla prevenzione».

⁴⁸ A. CAMEDDA, *La digitalizzazione del mercato assicurativo*, cit., 573.

e suggerimenti sulle condotte da assumere per migliorare il proprio stato di salute, monitorare il livello di rischio di nuove malattie (cardiovascolari e metaboliche) nonché, ove necessari, attivare rapidamente servizi di consulenza medica telefonica (e video) a distanza⁴⁹.

Emerge chiaramente come, complessivamente considerati, i nuovi modelli di polizze sanitarie rappresentino non solo, in generale, un importante pilastro del sistema sanitario c.d. integrativo, ma costituiscono, in particolare, per ciascun assicurato un valore aggiunto per ciò che concerne la prevenzione del rischio (malattia) dedotto in assicurazione, anche attraverso una efficiente erogazione di prestazioni di consulenza e assistenza medica in modalità anche da remoto⁵⁰.

5. *Telemedicina e assicurazioni sanitarie: il c.d. home care*

Alla luce di quanto esposto, non deve, quindi, sorprendere che sempre più diffuse risultano le polizze

⁴⁹ Criticamente, ancora di recente si è rilevato quanto questi servizi moderni e preziosi non siano abbastanza adeguatamente diffusi in Italia, quanto si potrebbe e dovrebbe. Cfr. GIAMBELLUCA, *Telemedicina: in Italia non è mai partita davvero. E oggi il Covid-19 svela la debolezza del nostro paese*, in *Policy and Procurement in HealthCare*, 31 marzo 2020.

⁵⁰ G. POLIFRONE, *Sanità digitale: La rivoluzione obbligata. Per un modello sanitario omogeneo, efficiente e giusto*, LSWR, Milano, 2020. Cfr. altresì IVASS, *Report analisi trend offerta prodotti assicurativi (luglio – dicembre 2017)*, cit., 8.

sanitarie che abbinano e comprendono servizi di c.d. “telemedicina” e *home care*⁵¹.

Si tratta di polizze e servizi sanitari innovativi, che si sono rivelati particolarmente preziosi durante il periodo pandemico al punto da essere sempre più richiesti dalla clientela.

Esse si caratterizzano per garantire all’assicurato, tramite apposite applicazioni fornite in dotazione, l’erogazione di prestazioni di assistenza sanitaria secondo modelli incentrati sul paziente⁵². Quest’ultimo può relazionarsi “a distanza” con il medico, evitando ogni contatto fisico e spostamenti, anche senza limiti di orario⁵³.

In tema occorre precisare che: «Per Telemedicina si intende una modalità di erogazione di servizi di assistenza sanitaria, tramite il ricorso a tecnologie innovative, in particolare alle *Information and Communication Technologies* (ICT), in situazioni in cui il professionista della salute e il paziente (o due professionisti) non si trovano nella stessa località. La

⁵¹ Tra i primi contributi di medicina legale negli USA si veda: K.T. BIRD, *Telemedicine, concept and practice*, in *Telemedicine; explorations in the use of telecommunication in health care*, a cura di R.L. Bashur, P.A. Armstrong e Z.I. Youssef, Charles C. Thomas, Springfield (Illinois), 1975; mentre in Italia si segnala: A. ARGO, A. PASSAVANT, S. ZERBO e P. PROCCIANI, *Problematiche medico-legali connesse alla telemedicina: Illustrazione del sistema “cardiovox” nell’azienda sanitaria locale n. 9 di Trapani*, in *Riv. it. med. leg.*, 1999.

⁵² B. STANBERRY, *Legal and ethical aspects of telemedicine*, in *Journal of Telemedicine and Telecare*, 12, 2006, 168.

⁵³ Si veda: E. STEFANINI, *Telemedicina, “mHealth” e diritto*, in *Rassegna di diritto farmaceutico e della salute*, 2016, 1023 ss.

Telemedicina comporta la trasmissione sicura di informazioni e dati di carattere medico nella forma di testi, suoni, immagini o altre forme necessarie per la prevenzione, la diagnosi, il trattamento e il successivo controllo dei pazienti»⁵⁴.

Tra i servizi di telemedicina più noti si segnalano: la cartella clinica *web* e il video-telecontrollo⁵⁵.

La cartella clinica *web* consente di accedere riservatamente e in modo sicuro ai propri dati sanitari e alle informazioni, potenzialmente condivise, non solo all'assicurato ma anche, ovviamente dietro il consenso di quest'ultimo, al proprio medico curante o ad altri medici per un consulto e, in casi di emergenza (come in occasione di un viaggio) a strutture sanitarie all'estero in modalità multilingua.

Attraverso il video-telecontrollo, invece, il paziente si garantisce oltre a un'assistenza da remoto anche una video sorveglianza che si rivela di estrema utilità nel caso di soggetti fragili o anziani che vivono da soli⁵⁶. Tramite *device* dotati di sensori in grado di rilevare, per esempio, malesseri, cadute all'interno dell'abitazione, è possibile intervenire subito, persino

⁵⁴ Così Ministero della Salute, *Telemedicina. Linee di indirizzo nazionali*, 2014, 8, http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_2129_allegato.pdf. Cfr. altresì: Commissione UE, *Comunicazione sulla telemedicina a beneficio dei pazienti, dei sistemi sanitari e della società*, 4 novembre 2008, COM(2008)689, 3; cfr. IVASS, *Analisi trend prodotti – Le nuove polizze sulla salute*, cit., 10.

⁵⁵ C. FILAURO, *Telemedicina, cartella clinica elettronica e tutela della privacy*, in *Danno e resp.*, 2011, 472 ss.

⁵⁶ Per tutti P. COLIANNI, *Umanesimo e Innovazione Tecnologica. Dalla corsia ospedaliera virtuale alla TV sociale*, in *Innovazione e-Salute*, 2020.

in maniera automatizzata⁵⁷ (e tramite il GPS anche in caso di spostamenti del paziente), inviando “sul posto” il personale medico o paramedico necessario⁵⁸.

La telemedicina prevista da talune polizze sanitarie risulta utile anche in caso malattia o infortunio, poiché garantiscono all’assicurato la possibilità di richiedere alla struttura medica di sorveglianza, collegata all’impresa assicurativa, l’installazione presso il proprio domicilio di un sistema di comunicazione audio-visuale e di trasmissione di dati clinici, utilizzabile in tempo reale dal personale medico e paramedico che lo assiste e che opera tramite un’apposita centrale operativa⁵⁹.

Generalmente, le polizze sanitarie che contemplano servizi di telemedicina prevedono non solo la messa a disposizione di *device* ma anche l’installazione di apposite apparecchiature presso il domicilio, in modo da poterne monitorare in modo costante i relativi parametri clinici e quindi il loro stato di salute, con la possibilità di intervenire tempestivamente in presenza di specifici *alert* clinici e di offrire al paziente/assicurato suggerimenti e raccomandazioni⁶⁰.

⁵⁷ M. RITROVATO, F.C. FAGGIANO, G. TEDESCO e E.P. DERRICO, *Decision-oriented health technology assessment: One step forward in supporting the decision-making process in hospitals*, in *Value in Health*, Jun 1 2015, 505 ss.

⁵⁸ C. RIGANTI, M. SANTOMAURO, C. DUILIO, P.D. MAURO, G. IAPICCA, L. AURICCHIO, F. PECCI e P. FILARDI, *La responsabilità nel controllo a distanza del paziente con scompenso cardiaco*, 2010, in *Giornale Italiano Cardiologia*, vol. 11, n. 10, suppl. 1, 2010.

⁵⁹ S. SELVAGGI e V. SICA, *Telemedicina. Approccio multidisciplinare alla gestione dei dati sanitari*, Milano, 2020.

⁶⁰ Servizio *Monitor Salute* offerto dalla compagnia Unisalute del gruppo Unipol.

Tramite le polizze sanitarie descritte, quella che – in altri termini – è definita assistenza sanitaria a domicilio e da remoto può apportare realmente un beneficio all'intera collettività⁶¹.

Essa può contribuire da un lato all'abbattimento dei costi dei servizi sanitari, dall'altro alla riduzione del numero di giorni di ricovero presso strutture ospedaliere, aumentando l'efficienza del sistema; tutto ciò consentendo al paziente assicurato di usufruire di prestazioni mediche all'interno del proprio ambiente di vita familiare, fattore non trascurabile nel caso di anziani soli o soggetti affetti da malattie invalidanti o malati gravi e cronici che vivano lontani dai centri di cura⁶².

La Telemedicina, specie nel periodo pandemico⁶³, ha dimostrato quanto sia utile una evoluzione tecnologica dei servizi sanitari assicurativi anche nei casi di c.d. “dimissione protetta ospedaliera”, contribuendo a contenere il numero delle ospedalizzazioni e riducendo altresì i ricoveri in casa di cura (e di riposo) di pazienti bisognosi di attenzioni costanti⁶⁴.

Molte imprese del settore assicurativo hanno promosso prodotti orientati a questo segmento; anche se,

⁶¹ D.W. CONRATH, *Telemedicine: an historical perspective*, 1984 in *Telecommunications Policy*, vol. 8, 4, 1984, 307 ss.

⁶² IVASS, *Analisi trend prodotti assicurativi – Le nuove polizze sulla salute*, cit., 10.

⁶³ G. BANFI, *La telemedicina e la nuova offerta di servizi al tempo del Coronavirus*, in *Innovazione e Salute. Covid-19 e Telemedicina. Progetti per la riorganizzazione dell'assistenza territoriale*, Palermo, 2020.

⁶⁴ Ministero della Salute, *Telemedicina. Linee di indirizzo nazionali*, 2014, cit., 8.

al momento la gran parte dell'offerta attuale è ancora in prevalenza caratterizzata da un posizionamento su rendite e rimborsi, e non servizi assistenziali o socio-sanitari.

È bene chiarire che, proprio con riguardo alle polizze sanitarie, si deve fare riferimento innanzitutto all'art. 183 cod. ass. e ai regolamenti IVASS attuativi dello stesso, che disciplinano la condotta delle imprese di assicurazione e degli intermediari con regole dirette alla predisposizione di contratti assicurativi rispondenti ai bisogni del mercato e, in definitiva, dei clienti che ne fanno parte, orientandolo con le loro scelte; scelte rese consapevoli dalle informazioni ricevute e dall'offerta di prodotti "adeguati" alle risposte fornite tramite i questionari compilati con il supporto dei soggetti produttori, distributori, intermediari, consulenti, ecc.⁶⁵.

Emerge, però, anche la necessità, specialmente nel contratto di assicurazione sanitaria, che alle regole codicistiche, le quali pur rappresentano il quadro generale di riferimento⁶⁶, si aggiungano idonee regole di comportamento, fornite non solo in via regolamentare dalle autorità di settore ma anche dalle imprese assicurative e dalle loro associazioni di categoria, anche tramite l'adozione di Codici di condotta⁶⁷, in grado

⁶⁵ S. LANDINI, *Privacy, rischio informatico e assicurazioni*, in *Privacy Digitale*, a cura di Tosi, Milano, 2019, 347 ss. e in specie 366.

⁶⁶ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto delle assicurazioni nel sistema ordinamentale*, in *Dir. merc. assic. e fin.*, 2017, 55 ss.

⁶⁷ Da ultimo si veda A. SCOTTI, *I codici di condotta tra mercato, impresa e contratto*, Milano, 2019, spec. 251 ss.

di incidere sul piano delle tutele effettive dei clienti e del mercato.

6. *L'apporto dei big data e il ruolo dei device abbinati alle polizze nella valutazione del rischio*

Sebbene il questionario sanitario compilato dall'assicurando sia destinato a fornire informazioni dettagliate sul suo stato di salute e su eventuali patologie pregresse e/o di natura ereditaria, permane il problema dell'asimmetria informativa e della naturale incompletezza delle informazioni acquisite. Non deve sottovalutarsi, difatti, la difficoltà di standardizzare i rischi sanitari (oltre allo stato di salute del cliente).

Se è vero che la valutazione del rischio non può che partire doverosamente dalle risposte fornite con il questionario, non può parimenti non tenersi conto della tecnicità dei quesiti medici e delle difficoltà che le risposte richiedono. Spetta, peraltro, all'assicuratore, così come all'intermediario, fornire interventi chiarificatori ai sensi dell'art. 1337 c.c. e dell'art. 183 cod. ass. (d.lgs. n. 209 del 2005)⁶⁸. Senza dimenticare che anche l'assicurando potrebbe ignorare alcune circostanze rilevanti ai fini dell'assunzione del rischio assicurato.

Una peculiarità propria del mercato assicurativo, che andrebbe tenuta in considerazione, sarebbe quella che si tratta di un settore caratterizzato da una asim-

⁶⁸ S. LANDINI, *Privacy, rischio informatico e assicurazioni*, cit., 364.

metria informativa bilaterale, in cui alla “supremazia” dell’impresa assicuratrice in relazione alle informazioni concernenti i diritti e gli obblighi derivanti dal contratto si contrappone una situazione di inferiorità della stessa in ordine alla conoscenza del rischio e delle relative circostanze⁶⁹.

Data la difficoltà, se non l’impossibilità, di verificare *ex ante* le caratteristiche di ciascun rischio, l’impresa assicurativa è costantemente esposta all’eventualità che il cliente possa omettere, anche involontariamente, informazioni rilevanti sullo stato del rischio da assicurare⁷⁰. E analoga situazione di asimmetria informativa in relazione alle caratteristiche del rischio è presente, ovviamente, anche nella fase successiva alla stipulazione del contratto. Infatti, l’impresa di assicurazione di regola non ha contezza dei com-

⁶⁹ Come osservato da A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, II) *Il diritto del contratto di assicurazione*, 1, *I principi generali del contratto di assicurazione*, Milano, 1954, 298, l’assicurando è un vero e proprio gestore del rischio, in quanto unico soggetto a conoscenza delle circostanze atte ad identificarlo e valutarlo.

⁷⁰ Sull’asimmetria bilaterale in ambito assicurativo si vedano D. PIRILLI, *La fase precontrattuale nell’assicurazione*, in *Assic.*, 2013, 418 ss.; F. CESERANI, *Rappresentazione del rischio, asimmetria informativa ed uberrima fides: diritto italiano e diritto inglese a confronto*, in *Dir. econ. ass.*, 2009, 163 ss., per il quale «gli elementi circostanziali del rischio sono conosciuti solo dall’assicurando»; C. DI NOVI, *Selezione avversa e mercato assicurativo privato: un’analisi empirica su dati USA*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, 944 ss.; M. GAGLIARDI, *“Atipicità” dell’assicurazione tra prassi assicurativa e copertura di nuovi rischi*, in *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, a cura di G. Comandè, Milano, 2006, 199 ss.

portamenti degli assicurati, che potrebbero assumere condotte, anche omissive, potenzialmente in grado di accrescere i fattori di rischio.

Se, dunque, si condivide l'impostazione secondo la quale le imprese di assicurazione si trovano in una posizione di *gap* informativo in relazione allo stato del rischio, non essendo nelle condizioni di conoscere tutte le caratteristiche di rischio dei potenziali assicurati, e si affidano, pertanto, alle dichiarazioni rese da questi ultimi in fase precontrattuale, può forse meglio comprendersi quanto l'immenso patrimonio di dati personali risulti strategico per le imprese assicurative e quanto un sistema di *Digital Health Insurances*, fondato sui dati oggettivamente forniti dai *devices* associati alle polizze sanitarie, apra prospettive di notevole interesse⁷¹.

Le informazioni rese dall'assicurando sono, dunque, fondamentali ai fini della valutazione e selezione dei rischi, in quanto strumentali al fisiologico funzionamento dell'operazione assicurativa e al corretto calcolo dei premi richiesti agli assicurati⁷².

Non vi è dubbio che la disponibilità di una molteplicità di dati personali, sanitari e comportamentali prima inaccessibili agevola una più efficace e puntuale

⁷¹ ANIA, *Indagine conoscitiva sulle tematiche relative all'impatto della tecnologia finanziaria sul settore finanziario, creditizio e assicurativo*, cit., 4.

⁷² In tal senso S. NITTI, *Duty of disclosure nel contratto di assicurazione. Analisi comparata tra sistema italiano e sistema inglese*, in *Dir. econ. ass.*, 2010, 551 s. Pertanto, grava sull'assicurando l'obbligo di descrivere il rischio in modo esatto e completo ai sensi degli artt. 1892 e 1893 c.c.

valutazione di rischi, tramite una profilazione del potenziale cliente, sia in fase precontrattuale, sia durante il rapporto negoziale (per mezzo dei citati *devices* abbinati), nonché in sede di eventuale rinnovo, favorendo una più precisa individuazione del livello di rischio dell'operazione e della connessa parametrizzazione del premio da richiedere⁷³.

Le informazioni acquisite tramite le nuove tecnologie potrebbero non solo integrare ma persino sostituire quelle apprese tramite questionari, e in considerazione della loro maggiore affidabilità e precisione ridurre il *gap* di conoscenza effettiva dello stato di salute, così superando i citati problemi derivanti dall'asimmetria informativa prima e durante il rapporto negoziale⁷⁴.

Si può persino ritenere che mediante la profilazione del cliente, attraverso correlazioni e analisi dei dati direttamente e indirettamente acquisiti, sia possibile avere delle informazioni sul rischio oggetto di copertura che neppure l'assicurato conosce o è in grado di conoscere altrettanto bene⁷⁵.

D'altra parte, non devono sottovalutarsi i costi cui andrebbe incontro l'impresa per compiere questo sal-

⁷³ L'impossibilità per l'impresa assicurativa di riconoscere *ex ante* il grado di rischio individuale degli assicurandi e di parametrare ad esso l'importo dei premi, consegue la determinazione di un premio di importo identico per tutti gli appartenenti alla medesima classe, che ne rifletta la rischiosità media.

⁷⁴ A. CAMEDDA, *La digitalizzazione del mercato assicurativo*, cit., 571, nota 15.

⁷⁵ Cfr. S. FARO e N. LETTIERI, *Big data: una lettura informativa-giuridica*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, t. I, Padova, 2016, 503 ss.

to tecnologico in termini di strumenti di elaborazione dei dati e calcolo dei premi derivanti dalla profilazione personalizzata dei fattori di rischi della clientela, per non dire delle spese per i *devices* da mettere a disposizione degli assicurati per il monitoraggio e controllo.

7. *I sistemi di credit scoring in ambito assicurativo e i rischi di discriminazione algoritmica.*

In effetti, i nuovi sistemi di *credit scoring*⁷⁶ utilizzati dalle imprese assicurative nell'ambito dell'*Insurtech* (quello più noto è forse quello sviluppato dalla Fair Isaac Corporation: FICO)⁷⁷ si caratterizzano per una maggiore quantità di informazioni raccolte, provenienti da fonti di dati alternative come i *social network*, nonché per l'adozione di tecniche di *machine learning*, che offrono l'opportunità di tracciare un profilo più definito e accurato dei clienti assicurati e "assicurandi" (la potenziale clientela). Si pensi a infor-

⁷⁶ P. MANES, *Credit scoring assicurativo, machine learning e profilo di rischio*, cit., 469 ss. afferma che «Il *credit scoring* [...] sistema che da tempo gli istituti finanziari utilizzano per assegnare ai potenziali clienti una valutazione sul merito creditizio, o rating, "buona" (se vi è buona probabilità che il cliente adempia ai propri obblighi finanziari) o "cattiva" (se invece vi è, al contrario, un'alta possibilità che il cliente si dimostri inadempiente) [...] più recentemente è stato utilizzato [...] e in ambito assicurativo». Tra gli studi precedenti, specialmente, nella dottrina straniera si vedano: J.B. KELLISON e P. BROCKETT, *Check the Score: Credit Scoring and Insurance Losses: Is There a Connection?*, in *Texas Business Review*, Special Issue, 2003, 1 ss.

⁷⁷ Cfr. M. HURLEY e J. ADEBAYO, *Credit Scoring in the era of Big Data*, in *Yale J. Law and Technology*, 18, 2003, 154 ss.

mazioni, in passato, ritenute non così rilevanti come, ad esempio, i cambi di residenza che, da ultimo, sono associati ad un correlato aumento del rischio assicurativo⁷⁸.

Ci si deve chiedere, però, entro quali limiti possa essere ammesso l'accesso alle più diverse tipologie di dati personali da parte delle imprese assicurative. Si deve, difatti, riflettere sull'utilizzo di tecnologie di Intelligenza Artificiale e nello specifico di *machine learning* in grado di elaborare questi dati, consentendo analisi molto accurate⁷⁹. La finalità è, come facilmente comprensibile, quella di una valutazione del rischio migliore, a vantaggio delle imprese ma anche dei clienti⁸⁰.

Mentre, quindi, l'assicurazione tradizionale consiste nel raggruppare i clienti assicurati in c.d. *risk pool*, e cioè "categorie di rischio", in base alle informazioni acquisite tramite i tradizionali questionari e in ambito di polizze sanitarie anche tramite certificati medici, e procedere ad elaborazioni secondo parametri di calcolo statistico, in modo che i premi pagati dagli assicurati compensino gli indennizzi versati a uno o più

⁷⁸ Merita di segnalarsi come una compagnia assicurativa statunitense abbia affermato di poter meglio calcolare il rischio assicurativo attraverso l'analisi dei c.d. selfie dei clienti; sul punto, cfr. CHEN, *Regulatory Sandbox and InsurTech: A Preliminary Survey in Selected Countries*, 10 ottobre 2018, consultabile all'URL https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3275929.

⁷⁹ P. MANES, *Credit scoring assicurativo, machine learning e profilo di rischio*, cit., 473.

⁸⁰ R. MANCINI e A. TORINI, *L'Intelligenza Artificiale nella finanza e nelle assicurazioni*, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, a cura di Ruffolo, Milano, 2020, 619 ss.

membri all'interno di un medesimo *risk pool*, alcune categorie di assicurati, presentando una frequenza di sinistri più elevata rispetto ad altre possono essere onerate di premi particolarmente gravosi se non escludenti dal mercato. Ecco perché, dal punto di vista del settore assicurativo, si può dire che quanto più è accurato il profilo di rischio di un soggetto, tanto meno è probabile che la sua polizza benefici degli effetti correttivi del *risk pooling*.

Occorre per contro rilevare che l'uso di *big data*, come accennato, rappresenta una risorsa preziosa per gli assicuratori, anche tenuto conto della transizione in atto da un sistema di gestione del rischio calcolato sulla legge dei grandi numeri (*risk pooling*) ad uno basato sulla valutazione del rischio individuale.

Combinando gli strumenti dell'Intelligenza Artificiale e del *machine learning* con la grande quantità di dati a loro disposizione⁸¹, gli assicuratori potrebbero essere in grado di fornire servizi e premi più personalizzati e flessibili, che riflettono le caratteristiche dei clienti (ad esempio, stato di salute ed abitudini) e co-

⁸¹ Ad esempio, gli assicuratori raccolgono i dati quando sviluppano preventivi per i clienti, dove vengono poste domande molto specifiche, dati che poi sono integrati tramite con servizi di informazione specifici; v. S. VAN DER LINDEN ET ALII (eds.), *The InsurTech Book: The Insurance Technology Handbook for Investors, Entrepreneurs and FinTech Visionaries*, Chichester, 2018, 171 ss.; P. MARANO e K. NOUSSIA (eds.), *InsurTech: A Legal and Regulatory View*, Springer, New York, 2020, 130 s.; P. BAECKE e L. BOCCA, *The value of vehicle telematics data in insurance risk selection processes*, in *Decision Support Systems*, 98, 2017, 72 s.; A. CAPPIELLO, *Technology and the Insurance Industry: Re-configuring the Competitive Landscape*, Londra, 2018, 12 s.

prire nuovi scenari di rischio assumendo un ruolo più proattivo⁸².

In tale ottica i contratti di assicurazione possono rappresentare una risposta non solo in termini di copertura assicurativa, ma anche in termini di implementazione dei sistemi di prevenzione del rischio oltre che, se così può dirsi, di “mera” gestione. L’accesso a fonti più accurate, nuove e persino più aggiornate e veritiere (rispetto alle stesse dichiarazioni tradizionalmente acquisite) può, pertanto, in termini positivi, realmente contribuire a (1) garantire la fornitura di migliori servizi assicurativi ai clienti attraverso una contrattazione tailorizzata sulle loro esigenze; (2) garantire la copertura di nuovi rischi precedentemente non assicurabili; e (3) preservare la solvibilità delle imprese assicurative e la stabilità del sistema finanziario⁸³.

Va pure rilevato che proprio nel periodo pandemico i consumatori si sono dimostrati più propensi a condividere il proprio patrimonio di informazioni, a fronte di vantaggi concreti, come ad esempio: sconti su prodotti o servizi non assicurativi, anche aggiuntivi rispetto alla polizza in cambio di servizi assicurativi più facili e veloci⁸⁴.

Se la profilazione costituisce da sempre, ed oggi più che mai, a causa dell’uso intensivo dei dati, la cifra distintiva dell’attività assicurativa, per quanto esposto, non può negarsi, però, la preoccupazione sul fatto che

⁸² P. MANES, *op. cit.*, 475.

⁸³ P. MANES, *op. cit.*, 480.

⁸⁴ Dati Accenture, novembre 2020, ricerca disponibile all’URL www.iotiassicuro.it/compagnie-e-mercato/accenture-prezzo-determinante-nella-rca.

gli strumenti di *machine learning* potrebbero generare fenomeni di discriminazione anche non intenzionali e minacce per la *privacy*⁸⁵. Sotto questo profilo, se l'utilizzo dei *big data* può aiutare a comprendere meglio e a mitigare i rischi, nonché a ridurre le asimmetrie informative tra assicuratori e consumatori, oltre a facilitare lo sviluppo di prodotti assicurativi innovativi, consentendo agli assicuratori di ampliare il loro ruolo di previsione e prevenzione dei rischi, è tuttavia indubbio che i sistemi di *credit scoring* nelle assicurazioni hanno mostrato un impatto disomogeneo sulle minoranze, sui pensionati e sui soggetti a basso reddito, richiedendo premi mediamente più alti⁸⁶.

Tecnologie digitali e nuovi modelli di *business* per i servizi assicurativi in generale e quelli sanitari in particolare impongono la ricerca di un difficile equilibrio tra sviluppo tecnologico e tutela dei diritti umani, che si concretizza, per esempio, nell'escludere l'uso di *app* a rischio c.d. inaccettabile, in quanto lesive dei diritti fondamentali.

Le compagnie assicurative dovrebbero mostrare

⁸⁵ Per tutti, più di recente, si vedano: E. LUCCHINI GUASTALLA, *Privacy e data protection*, in *Privacy Digitale*, a cura di E. Tosi, cit., 58 ss.; G. FINOCCHIARO, *Riflessioni su intelligenza artificiale e protezione dei dati personali*, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, cit., 237 ss.; P. MANES, *op. cit.*, 482.

⁸⁶ J.B. KELLISON e P. BROCKETT, *Check the Score: Credit Scoring and Insurance Losses*, cit., 1 ss.; C. O'NEIL, *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, Penguin Books, New York, 2016, 167 ss.; F. FERRETTI, *Consumer access to capital in the age of FinTech and big data: The limits of EU law*, in *Maastricht J. European and Comparative Law*, 25, 2018, 490 ss.

maggiore trasparenza, ad esempio, inserendo nei contratti, o almeno in codici etici di categoria⁸⁷, l'impegno a non oltrepassare determinati limiti nella ricerca e manipolazione di informazioni migliori e più accurate della propria clientela (anche solo potenziale)⁸⁸.

Molteplici, difatti, sono le preoccupazioni derivanti dal possibile utilizzo improprio dei suddetti dati con finalità discriminatoria e alla necessaria tutela del diritto all'autodeterminazione individuale.

È diffuso il timore che le imprese di assicurazione possano servirsi dei dati trasmessi dai suddetti *devices* al fine di discriminare i soggetti maggiormente esposti a rischi⁸⁹. Si tratta di dati che, talora, sono combinati con ulteriori “meta-dati” reperibili sul *web*, i quali sono spesso forniti del tutto inconsapevolmente dallo stesso utente, anche semplicemente avviando ricerche in relazione a specifiche patologie dalle quali sia stato colpito in passato o dalle quali tema di essere affetto⁹⁰.

Portando all'estremo il discorso (ma l'ipotesi non è solo teorica), l'effetto sarebbe quello di penalizzare, se non proprio escludere, i soggetti più “vulnerabili”, che paradossalmente più avrebbero bisogno di una copertura sanitaria integrativa aggiuntiva, prevenendo

⁸⁷ A. SCOTTI, *I codici di condotta tra mercato, impresa e contratto*, cit., 84 ss.

⁸⁸ T. BOOBIER, *Analytics for Insurance: The Real Business of Big Data*, Chichester, 2016, 53.

⁸⁹ L. D'AVACK, *La rivoluzione tecnologica e la nuova era digitale: problemi etici*, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, cit., 3 ss., spec. 10 ss.

⁹⁰ Per tutti da ultimo G. D'IPPOLITO, *Profilazione e pubblicità targettizzata online. Real-Time Bidding e behavioural advertising*, Napoli, 2021, 40 ss.

do polizze sanitarie con premi elevati o persino economicamente insostenibili⁹¹.

Ad essere messa profondamente in discussione sarebbe la stessa funzione sociale delle assicurazioni private, le quali, invece, specialmente in un momento storico così delicato, sono chiamate a fornire una risposta adeguata ai bisogni di protezione dei cittadini⁹².

8. *Prospettive evolutive delle polizze sanitarie*

Nel tentativo di provare a concludere le riflessioni qui condotte, occorre osservare le grandi potenzialità di sviluppo delle polizze sanitarie, in specie quelle comprensive di servizi medicali a distanza.

Il settore assicurativo, nel rispondere a bisogni nuovi rispetto alle esigenze più tradizionalmente proprie del settore medico, potrebbe svolgere un ruolo strategico nel sistema sanitario nazionale, andando ad aumentare la quota di cittadini raggiunti da servizi, intercettando i bisogni di cura tramite lo sviluppo di

⁹¹ L. GREMIGNI FRANCINI, *Dati genetici e assicurazioni private long term care*, in *L'assicurazione tra codice civile e nuove esigenze: per un approccio precauzionale al governo dei rischi*, a cura di F.D. Busnelli e G. Comandè, Milano, 2006, 122, rileva che la profilazione e selezione dei rischi costituisce una caratteristica intrinseca dell'operazione assicurativa che non necessariamente si traduce in una discriminazione in senso giuridico degli aspiranti assicurati; la selezione dei rischi può avere effetti discriminatori soltanto se effettuata in modo arbitrario e distorto.

⁹² Affrontano il tema: A. GOLINI e A. ROSINA, *Il secolo degli anziani. Come cambierà l'Italia*, Bologna, 2011, 1 ss.

un mercato privato che si ponga in posizione di complementarietà, integrazione (e sinergia) del *welfare* pubblico.

È necessaria, quindi, in una visione d'insieme che ricomprenda con riferimento alle c.d. polizze sanitarie di nuova generazione anche il settore finanziario, oltre a quello bancario, senza tralasciare quello manifatturiero ad alto contenuto tecnologico (per quanto concerne la produzione di *device wearables* e apparati medicali in genere) e delle telecomunicazioni, che sin qui erano ritenuti estranei per interessi economici, sociali e giuridici, potendosi oggi ragionare persino in termini di filiera, con riguardo a tutti i settori di mercato appena menzionati.

La sfida per i giuristi (oltre che per gli studiosi dei saperi contermini) è, quindi, quella di sapere analizzare le traiettorie di sviluppo per il settore delle assicurazioni sanitarie, mettendo a fuoco le dinamiche sottese a tale complesso mosaico che sta andando a delinearci, tramite l'utilizzo e il diffondersi delle nuove tecnologie.

L'impiego della *Blockchain* e degli *smart contracts* pone l'esigenza di un ripensamento dello stesso contratto di assicurazione in ambito sanitario, quale contratto di prestazioni di servizi e gestione dei rischi (più che di loro trasferimento e mutualizzazione), attraverso l'attività di profilazione posta in essere in modo sempre così efficace dalla fase pre-contrattuale a quella di esecuzione del contratto (anche tramite monitoraggio per mezzo di *devices*, ecc.).

Prendendo spunto dagli effetti delle innovazioni e del progresso tecnologico in ambito sanitario e in spe-

cie dei contratti di assicurazione, si auspica, quindi, uno sforzo di maggiore riflessione, anche quando le questioni che sorgono possono apparire riconducibili a fattispecie già note e tradizionali.

POLIZZE ASSICURATIVE SANITARIE:
TRA INNOVAZIONI TECNOLOGICHE
E TUTELA DEI CONTRAENTI

Pierfrancesco Bartolomucci

Mai nella storia dell'uomo l'innovazione tecnologica ha avuto un impatto così tanto significativo sulle categorie di riferimento con le quali i giuristi leggono la realtà; invero, i progressi scientifici e i mutamenti che questi hanno apportato ai fenomeni economici e sociali non costituiscono una novità per il diritto, che si è costantemente evoluto in relazione ai mutamenti che le scoperte e le conquiste tecnologiche hanno apportato ai fenomeni della produzione, dell'economia e della società, tentando costantemente di trovare soluzioni e tecniche adeguate, al fine di governare i fenomeni umani.

La novità alla quale si va assistendo è data – per un verso – dalla pervasività di tali conquiste tecnologiche sulla vita degli individui, oltre che delle istituzioni e del mercato, e – per altro verso – dalla rapidità con la quale queste continuano a succedersi in lassi temporali sempre più brevi.

Ciò mette in discussione i tradizionali paradigmi, non soltanto dal punto di vista giuridico, ma anche dal punto di vista economico.

Nel settore assicurativo, con particolare riguardo a quello sanitario, la rivoluzione copernicana introdotta dall'innovazione tecnologica determina un vero

e proprio ribaltamento di prospettiva¹ che si palesa sotto diversi profili.

In primo luogo sotto il profilo dell'organizzazione dell'attività assicurativa, non soltanto con riferimento all'ampliamento delle modalità attraverso le quali può avvenire la distribuzione di servizi e prodotti (enormemente cresciuta grazie all'impiego dei canali multimediali), ma anche con particolare riguardo all'individuazione del *market target* e alla profilazione – diretta e indiretta – della clientela²: si assiste ad una elaborazione sempre più approfondita e sofisticata della storia clinica e delle abitudini di ciascun assicurato, la quale non è più affidata alla valutazione del questionario, bensì a sistemi algoritmici via via più complessi, in grado di esaminare e catalogare una quantità di informazioni straordinariamente ampia.

Tale diverso approccio nella modalità di analisi comporta un indubbio vantaggio, poiché è in grado di superare l'asimmetria ambivalente che ha sempre

¹ Sull'inquadramento delle polizze sanitarie in generale S. LANDINI, *Assicurazioni*, in *Trattato dei contratti* diretto da V. Roppo, Milano, 2014; EAD., *Il ruolo delle assicurazioni nella salute*, in *Diritto e salute*, 2017, 88. Sulle innovazioni apportate dall'impiego delle nuove tecnologie A. CAMEDDA, *Sanità digitale e contratto di assicurazione. Un nuovo connubio*, in *Riv. trim. dir. econom.*, 2019, 2, 207 ss.; EAD., *La digitalizzazione del mercato assicurativo: il caso della Digital Health Insurance*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, 567 ss.

² Si fa riferimento al c.d. *credit scoring*; sul punto P. MANES, *Credit scoring assicurativo, machine learning e profilo di rischio*, in *Contr. impresa*, 2021, 477 ss.; A.C. NAZZARO e S. LANDINI, *Blockchain e assicurazioni*, in *Dei singoli Contratti, leggi collegate*, a cura di D. Valentino, III, in *Codice civile commentato*, diretto da Gabrielli, Torino, 2020, 402 ss.

caratterizzato l'attività negoziale in questo settore³: quella dell'assicurato nei confronti dell'impresa assicurativa, riguardo alle caratteristiche tipiche del servizio offerto, ma anche quella dell'impresa assicurativa nei confronti dell'assicurato, riguardo alle informazioni da questo rilasciate in occasione della compilazione del questionario⁴. Al tempo stesso però, si corre il rischio di determinare una serie di pregiudizi, oltre ad una non corretta informazione o quantomeno ad una errata interpretazione delle informazioni (confezionate mediante l'elaborazione dei *big data*)⁵, da parte dell'intelligenza artificiale, con conseguenti effetti distorsivi del mercato⁶, che si palesano mediante offerte che possono limitare l'accesso o contenere il rischio per chi predispone l'operazione economica.⁷

³ F. CESARANI, *Rappresentazione del rischio, asimmetria informativa ed uberrima fides: diritto italiano e diritto inglese a confronto*, in *Dir. econ. ass.*, 2009, 163 ss.; C. DI NOVI, *Selezione avversa e mercato assicurativo privato: un'analisi empirica su dati USA*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, 944 ss.; D. PIRILLI, *La fase precontrattuale nell'assicurazione*, in *Assicurazioni*, 2013, 418 ss.

⁴ A. ANTONUCCI, *L'assicurazione fra impresa e contratto*, Bari, 2000; S. NITTI, *Duty of disclosure nel contratto di assicurazione. Analisi comparata tra sistema italiano e sistema inglese*, in *Dir. econ. ass.*, 2010, 551 ss.

⁵ E. BATTELLI, *Big data e algoritmi predittivi nel settore assicurativo*, in *Corr. giur.*, 2018, 1517 ss.

⁶ A. CAMEDDA, *Sanità digitale e contratto di assicurazione*, in *Riv. Trim. dir. econom.*, 2019, 2, 207 ss., part. 228 s.

⁷ A. LUBERTI e C. TABARRINI, *Insurtech. Una ricognizione empirica e giuridica*, in *Consumers' Forum* (a cura di), *Consumerism 2018. Il cittadino nell'era dell'algoritmo*, 2018, 94 s.; E. BATTELLI, *Insurtech ed evoluzione dell'offerta di polizze sanitarie: tra innovazione tecnologica e nuovi servizi assicurativi in campo medico*, in *Contratto e impresa*, 2022, 52.

In secondo luogo, l'innovazione tecnologia ha assunto grande rilievo sotto il profilo del confezionamento di contratti "intelligenti": essi, infatti, possono garantire un livello di personalizzazione sempre più elevato; possono circolare attraverso l'impiego di piattaforme (quali le *blockchain*) che consentono di essere "securizzati"; possono essere eseguiti in modo ben più efficiente, grazie alla capacità delle elaborazioni algoritmiche di assicurare in maniera rapida ed efficace l'adempimento degli obblighi reciproci (si pensi all'individuazione delle strutture sanitarie convenzionate; alla gestione dei costi di accesso e di degenza; alla riduzione dei tempi di liquidazione degli indennizzi; alla sempre più precisa misurazione dei gradi di invalidità e così via), oltre che di adattarsi all'insorgere di eventuali sopravvenienze.⁸

In terzo luogo, le nuove tecnologie hanno avuto un deciso impatto sotto il profilo soggettivo: con riferimento al lato dell'offerta, l'attività distributiva si fa più complessa, anche in relazione al coinvolgimento di nuovi soggetti e di nuove professionalità, quali quelle che riguardano le società informatiche, di trattamento dei *big data* e di profilazione della clientela; del resto, *Insurtech* è un fenomeno giuridico-economico che non riguarda solo le imprese assicurative, ma anche

⁸ E. BATTELLI, *Le nuove frontiere dell'automatizzazione contrattuale tra codici algoritmici e big data: gli smart contracts in ambito assicurativo, bancario e finanziario*, in *Giust. civ.*, 2020, 681 ss.; C. BOMPRESZI, *Blockchain e assicurazione: opportunità e nuove sfide*, in *Diritto, mercato, tecnologia*, 2017, 29 ss.; A. CAMEDDA, *La rivoluzione tecnologica nel settore assicurativo: l'avvento dei Big Data*, in *Riv. trim. dir. econom.*, 2016, 4, suppl., 5 ss.

quelle che si occupano di nuove tecnologie⁹. Con riferimento al lato della domanda, invece, appaiono sulla scena nuovi soggetti che – grazie all’impiego di tecniche informatiche – possono accedere ai servizi assicurativi dai quali finora erano esclusi¹⁰.

Certamente non può disconoscersi che il massiccio impiego delle nuove tecnologie (i cui costi sono sostenuti dalle imprese assicurative) comporti indubitabili vantaggi, apprezzabili sia da un punto di vista economico e sociale, sia da un punto di vista negoziale.

L’utilizzo degli algoritmi, infatti, è in grado di modificare prodotti e servizi, con la conseguente conformazione delle polizze sanitarie ad una funzione che può essere salutata con favore, poiché è finalizzata (anche) alla promozione di stili di vita sempre più salutari ed attenti alla cura della persona.

D’altro canto, la capacità di mettere al centro le esigenze del cliente-consumatore e di costruire un

⁹ Tale fenomeno riguarda tutte le fasi dell’attività d’impresa: il massiccio impiego delle tecnologie informatiche, infatti, consente analizzare e monitorare una enorme quantità di informazioni (provenienti da fonti differenti quali *social network*, ricerche statistiche e di mercato, banche dati pubbliche, risultati di apparecchiature di telemedicina ecc.) che riguardano le abitudini della clientela; al tempo stesso, proprio grazie a questa sofisticata attività di analisi, le nuove tecnologie permettono di aggiornare costantemente la profilatura dei clienti e, conseguentemente, di adattare la *policy* tariffaria; ancora, l’informatica offre alle imprese nuovi canali distributivi, che si moltiplicano grazie alla nascita di nuove piattaforme *on line*; da ultimo, l’impiego della tecnologia amplia la strategia dell’offerta commerciale e le attività di *marketing* (basti pensare allo sviluppo dei siti di comparazione)

¹⁰ Si pensi, a titolo esemplificativo, alle polizze *Long Term Care*.

modello contrattuale *ad hoc*, permette al tempo stesso segmentare il mercato delle polizze assicurative sanitarie non per categorie di clientela ma addirittura *ad personam* – anche con enormi economie di scala per le imprese del settore – nonché di personalizzare sempre di più l’offerta (che può essere una conquista di non poco momento se informata alla luce del principio di non discriminazione) e di rafforzare l’attività delle imprese assicurative¹¹.

Tuttavia, sul piano più strettamente civilistico, non possono disconoscersi alcuni ulteriori aspetti, che non necessariamente si palesano come problematici, ma che certamente meritano attenzione.

In primo luogo, l’impiego degli strumenti informatici e lo sfruttamento delle capacità di analisi, profilazione ed elaborazione che solo l’algoritmo rende possibile, contribuisce non più e non tanto a proporre contratti che siano finalizzati dal governo del rischio, bensì alla sua prevenzione¹².

Rispetto alla tradizionale impostazione, dunque, il ricorso alle nuove tecnologie in capo assicurativo-sanitario comporta, in misura inversamente proporzionale, una progressiva riduzione (o eliminazione?) dell’alea dalla causa del contratto assicurativo, con

¹¹ Sulla personalizzazione delle polizze grazie all’impiego dei *big data* e sugli effetti di mercato Sui rapporti tra D. PORRINI, *Big Data, personalizzazione delle polizze ed effetti nel mercato assicurativo*, in V. FALCE, G. GHIDINI, G. OLIVIERI (a cura di), *Informazione e big data tra innovazione e concorrenza*, Milano, 2017, 319 ss.

¹² A. GAMBINO, *La prevenzione nelle assicurazioni sulla vita e nei nuovi prodotti assicurativo-finanziari*, in *Assicurazioni*, 1990, 30 ss.

conseguente polarizzazione della stessa verso la prevenzione dei rischi¹³.

Tale mutamento, invero, si pone lungo il crinale di una più generale tendenza che riguarda anche altri comparti del mercato assicurativo, fortemente messi in discussione dalla sempre più ampia diffusione di modelli contrattuali misti, così come qualificati dalla giurisprudenza di legittimità, in quanto la promiscuità causale richiama in parte quella “tradizionale” del contratto di assicurazione e in parte quella del contratto di investimento.

Per tornare al tema che ci occupa, appare sufficiente un richiamo alle polizze sanitarie contro il rischio malattie ove l’interesse garantito è l’integrità della persona e l’indennizzo è commisurato dalla gravità delle patologie, sulla base di criteri predeterminati dalle clausole contrattuali; l’intensa attività di monitoraggio che la tecnologia consente di realizzare, comporta un preventivo abbattimento dell’alea che non ha più a che vedere con l’ormai nota creazione di sottotipi del contratto di assicurazione disciplinato dal codice civile, ma determina un superamento della funzione indennitaria tipica di questi contratti, verso una funzione economico-sociale di tipo previdenziale.

Il programma negoziale può, quindi, prevedere una serie di comportamenti, di obblighi e di informazioni la cui valutazione appare necessaria per preve-

¹³ In generale, sul tema, E. INCUTTI, G. IPPOLITO, *I processi decisionali interamente automatizzati nel settore assicurativo* in *Riv. dir. impr.*, 2019, 3, 736 ss.; F. IOANNONI FIORE, *Applicazioni dell’intelligenza artificiale e nuovi strumenti di governo del rischio nei contratti assicurativi*, *ivi*, 2022, 2, 95 ss.

dere in maniera più accurata le situazioni di fragilità medica e sanitaria; al tempo stesso, esso può disporre un'ampia gamma di prestazioni e servizi (come l'assistenza e la consulenza, anche a distanza) del tutto nuovi.

Se tutto ciò, in un'ottica di mercato, consente di avere premi maggiormente contenuti (perché il rischio assunto è sempre più controllato e prevedibile) e di rendere prodotti accessibili a tutti, al tempo stesso può comportare anche una valutazione del rischio da parte dell'algoritmo errata¹⁴ o inappropriata – ancorché tecnicamente ineccepibile sulla base dei criteri preimpostati – la quale induce l'impresa assicurativa a considerare il profilo di un determinato cliente troppo alto, con conseguente inassicurabilità dello stesso.

Anche volendo prescindere dal timore connesso ad una inadeguata valutazione delle informazioni riguardanti la clientela, v'è pur sempre il problema connesso alla conoscibilità delle informazioni, delle abitudini e degli stili di vita di ogni singolo cliente, mediante meccanismi di intelligenza artificiale che sanno leggere ed elaborare i *big data*¹⁵: se ciò, da un lato, riesce a ridurre l'alea e quindi a contenere i premi, dall'altro comporta una gestione automatica del rapporto contrattuale, dal momento della formazione sino a quello della sua esecuzione.

¹⁴ Cfr., sul punto, le considerazioni riguardo ai cc.dd. *bias*, oltre che ai rischi di hackeraggio dei sistemi sanitari, di E. BATTELLI, *Assicurazioni sanitarie e innovazione tecnologica*, in questo volume, 108 s.

¹⁵ A. CAMEDDA, *La rivoluzione tecnologica nel settore assicurativo*, cit.

Tale gestione comporta di certo risultati apprezzabili tanto per la clientela, in ragione delle riferite ragioni attinenti all'ampliamento dell'offerta e al corrispondente abbattimento dei premi, quanto per l'impresa, la quale – mediante una diversa e più puntuale allocazione del rischio – può rinforzare la propria posizione all'interno del mercato assicurativo¹⁶.

Nello stesso tempo però sorgono timori in relazione alla disponibilità e al trattamento dei dati sanitari, oltre che alla preventiva selezione delle clausole negoziali.

La raccolta ed il trattamento dati appare problematica non tanto per quanto attiene alle informazioni di cui la stessa clientela espressamente consente il trattamento (tanto nella fase precontrattuale, quanto in quella esecutiva, mediante il flusso di informazioni che possono venire tracciati da dispositivi medici forniti dall'impresa, che costituiscono il tratto peculiare della c.d. *home care*): basti pensare agli strumenti della c.d. telemedicina, che prevede la somministrazione di apparecchiature di controllo dello stato di salute dell'assicurato, oppure alla prestabilita e periodica sottoposizione dello stesso ad analisi e accertamenti clinici, al fine di monitorare le proprie condizioni¹⁷.

¹⁶ Allontanandosi dalla funzione tipica che tradizionalmente è sempre stata riconosciuta alle norme codicistiche di cui agli artt. 1892 e 1893. Sul punto la bibliografia è vastissima; sia sufficiente un rinvio ad A. GAMBINO, *Assicurazione (Contratto di assicurazione: profili generali)*, in *Enc. Giur. It.*, III, 1988, 10 ss. il quale sottolinea la finalità protettiva degli assicurati che deriva dall'assunzione del rischio in senso tecnico

¹⁷ C. BOTRUGNO, *Telemedicina e trasformazione dei sistemi sanitari. Una indagine di bioetica*, Roma, 2018; A. CAMEDDA, *Sanità*

Si potrebbe dire, infatti, che questa tipologia di dati (ed il loro trattamento), costituisca il *proprium* della copertura assicurativa di tipo sanitario, finalizzata alla corretta esecuzione delle prestazioni previste dalla polizza; questa attività, proprio in ragione del consenso espressamente manifestato dall'assicurato, è presidiata dalla normativa di settore¹⁸.

Più delicato appare invece il tema del trattamento della enorme quantità di informazioni che risultano dalla profilatura che avviene in via indiretta, mediante il tracciamento di dati rivenienti da terze parti: in tal caso, infatti, può trattarsi anche di dati che pervengono da condotte tenute dal cliente in Internet, le quali non solo sono del tutto estranee rispetto alla futura ed ipotetica volontà dello stesso di pervenire alla conclusione di un contratto assicurativo di tipo sanitario, ma attengono in maniera ben più radicata e profonda alla sfera della propria autonomia negoziale e ancor di più della propria individualità e della propria personalità.

Su altro piano si pone, invece, il timore che l'adozione di nuovi paradigmi contrattuali, formati sul massiccio impiego della tecnologia, sia finalizzato in

digitale e contratto di assicurazione, cit.; S. SELVAGGI, V. SICA, *Telemedicina. Approccio multidisciplinare alla gestione dei dati sanitari*, Milano, 2020; E. STEFANINI, *Telemedicina, "mHealth" e diritto*, in *Rassegna di diritto farmaceutico e della salute*, 2016, 1023 ss.; C. FILAURO, *Telemedicina, cartella clinica elettronica e tutela della privacy*, in *Danno resp.*, 2011, 472 ss.; più di recente G. BANFI, *La telemedicina e la nuova offerta di servizi al tempo del Coronavirus*, in *Innovazione e Salute. Covid-19 e Telemedicina. Progetti per la riorganizzazione dell'assistenza territoriale*, Palermo, 2020

¹⁸ Sul punto *ex multis* A. CAMEDDA, *La rivoluzione tecnologica nel settore assicurativo*, cit.

via precipua non tanto al richiamato allargamento dell'offerta e alla corrispondente riduzione dei premi, quanto invece ad una selezione "intelligente" delle clausole da inserire nei contratti, al fine di ridurre l'ambito del rischio da assicurare, escludendo un'ampia serie di condotte che sono state esaminate *ex ante* attraverso l'analisi dei *big data* che riguardano ciascun singolo cliente.

La ricerca di un punto di convergenza e di bilanciamento tra le opposte esigenze (riduzione dei costi, rafforzamento delle proprie posizioni di mercato e ampliamento dell'offerta per l'impresa; abbattimento dei costi, personalizzazione di prodotti e servizi, trasparenza dei rapporti sin dalla fase della comunicazione commerciale, nonché di quella precontrattuale, con particolare riguardo al trattamento dei dati personali) richiede un'intensa e attenta attività di vigilanza da parte delle autorità del settore, alle quali è affidato il compito di preservare un proficuo e virtuoso impiego delle nuove tecnologie.

Il rischio da evitare è che la gestione affidata all'intelligenza "artificiale" si riveli in ultima analisi, specialmente in relazione a talune fattispecie, del tutto "artificiosa", perché si fonda su parametri di valutazione del mercato che sono essenzialmente di tipo econometrico; essi, al contrario, hanno ad oggetto condotte e comportamenti umani che – nello spiegarsi del tempo – possono invece rispondere anche ad altre logiche, assecondare altri bisogni, conformarsi ad altre necessità che sono proprie dell'agire della persona e che possono sfuggire ad un'attività di analisi che – per quanto attenta – è pur sempre basata su un con-

trollo meccanico di una mole di dati via via più ampia, ancorché condotta da algoritmi molto sofisticati e in grado di imparare continuamente.

È fuor di dubbio che l'innovazione tecnologica ha apportato enormi utilità, anche in termini di predittività delle soluzioni sempre più incentrate sui bisogni del singolo e non della categoria cui esso appartiene; rispetto a tali enormi cambiamenti, la scienza giuridica non può sottrarsi a nuove indagini intorno a tali contratti, che non sono più pacificamente inseriti “nella teoria dei contratti aleatori”¹⁹.

Allo stesso tempo, il legislatore e le autorità di controllo, potranno mettere in campo meccanismi sempre più adeguati di regolazione affinché l'interazione tra i tre segmenti del mercato finanziario (bancario, assicurativo e dell'intermediazione finanziaria) alla quale si sta assistendo negli ultimi anni, possa realizzare nuovi equilibri tra domanda ed offerta che non vadano a detrimento della clientela.

Il cuore dell'indagine, dunque, si sposta sui profili dell'autonomia negoziale che – con riguardo alla salute – non attengono soltanto ad un adeguato assetto degli interessi sotto il profilo economico, ma involgono necessariamente i diritti fondamentali della persona, nel cui prisma si collocano la libera determinazione dei comportamenti degli individui, delle proprie relazioni sociali e familiari²⁰.

¹⁹ L'espressione si riferisce chiaramente ad A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964

²⁰ Basti pensare, tra i tanti, agli aspetti legati alla riservatezza di ogni individuo, su cui cfr. M. GAGLIARDI, *L'assicurazione della salute tra aleatorietà e tutela dell'identità personale*, in F.D. BU-

Il *focus* di questa azione, anche nel settore assicurativo, va individuato in un deciso superamento di una visione che miri a garantire il mero diritto all'informazione (da sempre discusso con riguardo ai contratti aventi ad oggetto i cc.dd. *credence goods* e che, dopo anni di interventi normativi in molteplici settori, non ha fatto bella mostra di sé) verso l'adozione di un sistema che garantisca scelte davvero consapevoli da parte della clientela.

Tale consapevolezza trova il proprio fondamento nella educazione stessa del cliente (non a caso sancita tra i diritti fondamentali nel codice del consumo), che costituisce la premessa fondamentale perché il consumatore possa gestire la complessità che è chiamato a vivere e che la tecnologia gli pone dinanzi, insieme alle molteplici opportunità.

Una complessità che è data dalla multicanalità della distribuzione assicurativa; dalla possibilità di concludere il contatto *on line* con tutti i rischi di comprensione e di autodeterminazione che gli studi sui contratti dei consumatori hanno da sempre posto in luce; dalla promiscuità crescente tra prodotti assicurativi, nonché tra soggetti proponenti; dalle nuove e diverse funzioni (viepiù polarizzate sul versante previdenziale piuttosto che su quello più strettamente indennitario) dei contratti assicurativi sanitari; della sempre più ampia forbice tra conoscenza del mercato, dei dati, dei comportamenti da parte dell'impresa e la

SNELLI, G. COMANDÈ (a cura di), *L'assicurazione tra codice civile e nuove esigenze: per un approccio precauzionale al governo dei rischi*, Milano, 2006, 87; S. LANDINI, *Privacy, rischio informatico e assicurazioni*, in *Privacy Digitale*, a cura di E. Tosi, Milano, 2019, 347 ss.

“razionale ignoranza” del cliente (che probabilmente conosce i propri comportamenti meno di quanto non li conosca il professionista), accentuata dalla progressiva disintermediazione dei rapporti negoziali.

La questione non riguarda esclusivamente la fase delle trattative e della conclusione del contratto, ma anche la fase dell'esecuzione: la predittività presuppone che la macchina consideri il soggetto destinatario della propria attività di analisi come un soggetto capace di conformare i propri comportamenti ai modelli matematici prestabiliti, pur con tutte le variabili che possono essere prese in considerazione. L'uomo, invece, non è un puro *homo oeconomicus* né tantomeno un elaboratore che – come la macchina – assume le proprie scelte in funzione delle variabili considerate dall'algoritmo: esso è un soggetto che si orienta nel mondo e compie scelte che possono anche fuoriuscire dalla razionalità economica di un operatore del mercato così come dal modello matematico predisposto dalla macchina.

Il rischio è che l'individuo – in nome dell'efficienza, della razionalità e della competitività sempre più spinte e ormai rimaste da sole a dettare le regole di governo della complessità – si trovi di fronte alla macchina con lo stesso spaesamento con cui le antiche popolazioni si trovavano dinanzi all'oracolo e ai suoi responsi.

Un individuo, che pure ha tenuto i medesimi comportamenti per tutta la sua esistenza, può cambiarli per ragioni che non hanno nulla a che vedere con la convenienza economica o la razionalità giuridica; dinanzi a tale “irrazionale” mutamento, la predizione e

il calcolo preventivo da parte dell'algoritmo può non essere la chiave (unica) di soluzione di un problema.

In tale iato possono, dunque, insorgere una serie di questioni e di problemi la cui tutela in termini giuridici e, conseguentemente, in termini di giustiziabilità apre nuovi scenari di riflessione²¹.

²¹ Non appare casuale, in questa prospettiva, il sempre più forte rilievo che – nella disciplina dell'attività di regolazione dei mercati dettata dall'Unione europea – si dia sempre maggiore spazio agli organismi e alle procedure di risoluzione stragiudiziale dei conflitti, nei quali l'autonomia privata può rappresentare uno strumento particolarmente efficace per bilanciare le logiche del mercato e la tutela della clientela. Nell'ordinamento interno, successivamente all'introduzione dell'art. 187-ter codice delle assicurazioni private, ha preso avvio la fase di esecuzione della disposizione, finalizzata alla costituzione di un organismo di risoluzione delle controversie in ambito assicurativo, da istituirsi in seno all'Ivass. Per un'analisi della normativa, sia consentito rinviare a P. BARTOLOMUCCI, *L'art. 187-ter e l'istituzione di un organismo di risoluzione alternativa delle controversie assicurative*, in *Nuove leggi civ.comm.*, 2021, 2, 400 ss.

DIRITTO PENALE

LA COLPA PENALE DEL MEDICO:
TRA STATUTI SPECIALI
E PRINCIPI GENERALI

Antonella Massaro

Consentitemi in via preliminare, non solo come *incipit* di circostanza, di ringraziare la nostra Direttrice, la professoressa Maria Alessandra Sandulli, per la lungimiranza che caratterizza le sue iniziative scientifiche e, sul piano più strettamente personale, per avermi coinvolto fin da subito nell'organigramma e nelle attività del *Centro interdisciplinare di studi su diritto sanitario*. Un ringraziamento va poi ai colleghi Flaminia Aperio Bella e Nicola Posteraro, per l'instancabile coordinamento scientifico delle numerose iniziative che il *CeSDirSan*, sebbene ancora giovane da un punto di vista anagrafico, ha già portato brillantemente a termine. Rivolgo, infine, un particolare ringraziamento al professor Matteo Caputo, con il quale sono onorata di potermi "confrontare" (come suggerisce la locandina del nostro incontro) per almeno due ragioni. Anzitutto, non credo di incorrere in retoriche esagerazioni se dico che il professor Caputo è, nella dottrina penalistica contemporanea, uno dei massimi esperti dei temi di cui discuteremo oggi; in secondo luogo, conosco Matteo da molti anni, durante i quali ho avuto modo di apprezzare il suo spessore non solo professionale, ma anche personale.

Venendo al contenuto delle mie riflessioni, vorrei muovere proprio dal titolo che abbiamo scelto per l'incontro-confronto della giornata odierna: la colpa penale del medico tra statuti speciali e principi generali. Quando abbiamo immaginato questo titolo, io e gli altri organizzatori non pensavamo agli “statuti speciali” e ai “principi generali” in termini di contrapposizione: non li vedevamo tanto come i poli di un'alternativa, quanto, piuttosto, come due prospettive convergenti, che rappresentassero possibili chiavi di lettura dello stato attuale dell'ordinamento penale in materia di colpa dell'esercente una professione sanitaria.

È circostanza fin troppo nota, in effetti, quella per cui la “colpa penale del medico”, a lungo caratterizzata da una dimensione esclusivamente giurisprudenziale, è divenuta nell'ultimo decennio anche una questione “di diritto positivo”, imponendo all'interprete uno sforzo diverso e ulteriore.

Le tappe legislative, che riporto per comodità espositiva, sono almeno tre: la c.d. legge Balduzzi (legge n. 189 del 2012), la legge c.d. Gelli-Bianco (legge n. 24 del 2017) e, infine, la normativa anti-Covid (d.l. n. 44 del 2022). Anche lasciando da parte le ultime modifiche, chiaramente influenzate dalle contingenze dell'emergenza pandemica, è innegabile che gli interventi precedenti si siano succeduti in un lasso di tempo estremamente limitato, almeno per riforme che pretendevano di assumere un'ampia portata sistematica. Quando è entrata in vigore la legge Gelli-Bianco, si stava appena consolidando quella giurisprudenza relativa all'art. 3 della l. n. 189 del 2012 che, tra l'altro,

si interrogava sulla necessità di una limitazione della nuova causa di non punibilità alla sola colpa per imperizia.

Se, tuttavia, provassimo a interpretare la coppia concettuale che abbiamo inserito nel titolo del nostro incontro (statuti speciali e principi generali) come espressione non di due dinamiche convergenti, ma di due modelli ideali tra loro alternativi, tra i quali l'interprete è chiamato a scegliere al fine di individuare una soluzione sistematica convincente in tema di colpa medica, io mi sentirei di schierarmi a favore più di una soluzione ideale fondata sul ricorso ai principi generali che di un *modus operandi* consistente nella progressiva immissione di dosi di specializzazione all'interno del sistema.

Sono note ed evidenti le ragioni che hanno ispirato il legislatore delle ultime riforme: l'esigenza, volendo semplificare, era anzitutto quella di arginare le derive colpevoliste che si registravano in certa parte della giurisprudenza penale, al fine di ottenere, come ulteriore conseguenza virtuosa, quella di disinnescare la carica esplosiva della medicina difensiva. Si è cercato, allora, di perseguire questi obiettivi attraverso la predisposizione di statuti speciali della colpa professionale dell' esercente una professione sanitaria. A me pare, però, che la sistematica del reato colposo sia ricca di molte (troppe, forse) potenzialità inesprese, non sempre chiaramente individuate a livello ricostruttivo-sistematico a che, *a fortiori*, trovano difficoltà di concretizzazione sul versante applicativo.

Io credo, più esattamente, che molte delle questioni problematiche alle quali si è inteso far fronte, almeno con le riforme del 2012 e del 2017, si sarebbero potute efficacemente inquadrare e risolvere sviluppando principi già insiti nella sistematica del reato colposo, che spesso, tuttavia, restano al livello di premesse non adeguatamente sviluppate.

Si rende necessaria, a questo proposito, una precisazione. Sebbene la dottrina abbia raggiunto, in tema di colpa penale, numerosi e condivisi punti fermi, la responsabilità per colpa continua a rappresentare uno dei capitoli più tormentati della teoria generale del reato. Per quanto riguarda le premesse delle mie considerazioni, l'opzione sistematica che io considero più convincente nell'inquadramento del reato colposo è quella sintetizzata dal *modello della "doppia funzione" della colpa*, che dovrebbe anche poi tradursi, a mio avviso, in una "doppia misura" della stessa. Muovere da una "doppia funzione" significa, in via di prima approssimazione, prendere atto del carattere strutturalmente ibrido di quel criterio di imputazione che definiamo in maniera sintetica come colpa penale: la regola cautelare contribuisce alla descrizione della condotta tipica e, quindi, all'individuazione dell'elemento oggettivo del reato, mentre la riferibilità della violazione al singolo agente, che completa la responsabilità per colpa, si colloca sul versante dell'elemento soggettivo del reato, rafforzato dal vincolo, costituzionalmente imposto, del principio di personalità della responsabilità penale (art. 27, terzo comma Cost.).

Cercherò di ricostruire la parabola della colpa medica seguendo due linee ricostruttive, che mi sembra riescano a descrivere gli interventi, della giurisprudenza (prima) e del legislatore (poi), finalizzati a individuare una soluzione adeguata al rebus della colpa medica.

La prima linea ricostruttiva è quella sintetizzata dalla valorizzazione del grado della colpa, mentre la seconda è quella che insiste sulla predeterminazione della regola di condotta del sanitario attraverso linee guida, protocolli e buone pratiche.

Per quanto riguarda il *grado della colpa*, si tratta di una tematica forse esaminata non troppo a fondo dalla dottrina penalistica, fatta eccezione per alcuni studi di carattere generale, come quello di Tullio Padovani, che rappresentano dei punti di riferimento fondamentali. L'impressione, più esattamente, è che di grado della colpa si sia ragionato in maniera più significativa proprio per le vicende che hanno riguardato la colpa medica, con riflessioni che, anzitutto, hanno condotto a interrogarsi sul ruolo dell'*art. 2236 c.c.* anche sul versante della responsabilità penale colposa.

L'*art. 2236 c.c.*, come noto, prevede che, se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni se non in caso di dolo o di colpa grave. Nella relazione ministeriale di accompagnamento al codice si legge che questa norma rispondeva, essenzialmente, all'esigenza di non mortificare il professionista con il timore di ingiuste rappresaglie da parte del paziente in caso di insuccesso, ma anche all'esigenza opposta

di non mostrare indulgenza per decisioni non adeguatamente ponderate: sembrerebbe, dunque, la norma che fa al caso nostro. Mi sembra utile precisare, per quanto sia consapevole del fatto che non si tratti di una considerazione decisiva, che l'art. 2236 c.c. è stato oggetto di letture assai discordanti nell'ambito della dottrina civilistica e che, soprattutto, non ha goduto, sul versante del diritto civile, di particolare successo a livello applicativo-giurisprudenziale. Muovo da questa precisazione perché mi è parsa sempre curiosa la pretesa di utilizzare, a fini penalistici, una norma che già nella sua terra d'origine si era attratta un certo numero di critiche e diffidenze: certo, è pur vero che nessuno è profeta in patria, ma tentare di contaminare i modelli di responsabilità proprio affidandosi ad una norma così discussa mi sembra un'operazione, già a monte, poco convincente.

A me pare, in effetti, che l'art. 2236 c.c., sul versante della responsabilità penale, rappresenti una norma fondamentalmente superflua, nella misura in cui riproduce questioni che già lo schema generale del reato colposo potrebbe risolvere in maniera convincente, o addirittura fuorviante, se diviene il veicolo per riproporre, per la colpa penale, le questioni problematiche emerse in riferimento alla colpa civile. Non voglio scomodare neanche da lontano il rapporto tra colpa penale e colpa civile, anche perché quel che importa non è tanto mettere a confronto i due modelli di imputazione, ma verificare se sia davvero fondata la pretesa di trapiantare una norma civilistica in un sistema che, forse, i principi generali renderebbero di per sé autosufficiente.

Quanto alle tappe che hanno caratterizzato il “percorso penalistico” dell’art. 2236 c.c., se in un primo momento si discuteva di una possibile applicazione diretta della norma civilistica, più di recente si è valorizzata la strada di quella che potrebbe definirsi una sua applicazione indiretta: pur escludendosi che l’art. 2236 c.c. si applichi, *sic et simpliciter*, alla colpa penale, il criterio di razionalità di cui la norma sarebbe espressione dovrebbe orientare anche l’accertamento della colpa penale, trattandosi di una generale regola di esperienza alla quale il giudice potrebbe attribuire rilevanza per il tramite dell’art. 43 c.p. L’art. 2236 c.c., insomma, esce dalla porta, ma trova una (fin troppo ampia) finestra dalla quale fare rientro.

Si tratta, ormai, di una premessa sufficientemente consolidata. Quando, per esempio, il processo per i fatti conseguenti al terremoto dell’Aquila è giunto di fronte dalla Corte di cassazione, si era ipotizzata una questione di legittimità costituzionale proprio in riferimento al grado della colpa. Allora era vigente per gli esercenti una professione sanitaria l’art. 3 della legge Balduzzi e, quindi, si ipotizzava l’irragionevolezza di una scelta legislativa che limitasse la responsabilità per i “medici” e non anche per chi, come nel caso di specie, si occupasse (anche) della prevenzione di terremoti. I giudici di legittimità, ritenendo che non ci fossero i presupposti per sollevare questione di costituzionalità, valorizzavano come argomento decisivo proprio la regola ricavabile dall’art. 2236 c.c.: la possibilità di graduare la risposta penale in presenza di attività connotate da un tasso di complessità tecnica particolarmente significativa, si osservava, è prevista

nel nostro ordinamento, anche e soprattutto attraverso una possibile applicazione generalizzata (sia pur non diretta) dell'art. 2236 c.c. (Cass. pen., sez. IV, 25 marzo 2016, n. 12748).

Quando ho tentato di contestualizzare l'art. 2236 c.c. sul versante della responsabilità civile, mi è parso di poter isolare tre punti fondamentali, che mi sembrano la spia evidente di come la riflessione civilistica abbia influenzato il dibattito sul versante del diritto penale.

Anzitutto, l'art. 2236 c.c., nell'esperienza civilistica, viene limitato alle sole ipotesi di *imperizia*, al fine di evitare una potenziale lettura irragionevole dell'art. 2236 c.c.: proprio quando la prestazione richiede la soluzione dei problemi tecnici di speciale difficoltà, in effetti, dovrebbe richiedersi una diligenza più elevata al debitore, per evitare di incorrere nel paradosso di adottare uno statuto più favorevole anche in presenza di un "errore grossolano". Si apre, poi, l'ampio capitolo relativo ai rapporti tra imperizia e colpa civile: se da parte di alcuno si ritiene che l'imperizia sia assimilabile allo schema generale della colpa, altri ritengono che, in realtà, quest'ultima possa essere ricostruita secondo un paradigma unitario. Tra gli indici normativi a supporto di una lettura unitaria ci sarebbe proprio l'art. 43 c.p., che colloca l'imperizia accanto alla negligenza e all'imprudenza, come "forma di manifestazione" della c.d. colpa generica. La responsabilità del professionista *ex art.* 2236 c.c., ad ogni modo, è stata limitata fin da subito alle sole ipotesi di imperizia, in-

tesa come l'insieme delle *leges artis* che regolano una certa attività, a loro volta comprensive tanto delle cognizioni che si acquisiscono con uno studio (sapere) quanto del bagaglio di abilità tecniche che consentano di concretizzare quelle conoscenze potenziali (saper fare): solo in presenza di una violazione di queste regole tecniche potrebbe aprirsi la strada alla limitazione di responsabilità fondata sull'art. 2236 c.c.

Il secondo punto derivante dalla riflessione civilistica, che mi pare utile sottolineare, è la *distinzione tra "errori professionali" e "colpa professionale"*. Da parte di alcuno, più esattamente, si osserva che non sempre l'errore professionale si traduce anche in una colpa: l'errore, infatti, si verifica quando la condotta non risulta oggettivamente adatta al caso concreto, ma il soggetto ben potrebbe aver agito in maniera diligente, nel senso che ha fatto applicazione delle conoscenze proprie di buon professionista della sua categoria, sulla base delle circostanze a lui note al momento della condotta. L'idea del "medico che può sbagliare pur essendo diligente", postasi sul versante penalistico, in maniera più evidente, con la legge Balduzzi (ma anche in riferimento all'art. 590-*sexies* c.p.), quindi, rappresenta una questione piuttosto risalente e, in qualche modo, "tradizionale" nella riflessione civilistica.

Il terzo aspetto, che credo sia anche quello più significativo, riguarda il fatto che la possibile applicazione dell'art. 2236 c.c. sta e cade con la "*soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà*": è questo l'*ubi consistam* della norma civilistica, che invece, almeno a livello legislativo, non mi pare abbia ricevuto adeguata valorizzazione sul versante della responsabilità

penale. Se, altrimenti detto, l'obiettivo era quello di una contaminazione tra colpa civile e colpa penale, sembrerebbe che questa operazione si sia fermata a metà del guado, posto che il solo elemento che a me sembra davvero decisivo, rappresentato dalla necessità, per il professionista, di confrontarsi con problemi tecnici di particolare difficoltà, non abbia trovato esplicito riconoscimento nelle soluzioni legislative che si sono succedute negli ultimi anni.

Con l'art. 3 della l. n. 189 del 2012, come noto, si precisava che l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si fosse attenuto alle linee guida in buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non avrebbe risposto penalmente per colpa lieve: quindi, in positivo, sembrava che la responsabilità penale fosse limitata alle sole ipotesi di colpa grave. Faceva dunque la sua comparsa esplicita il criterio di graduazione della colpa, senza però che lo stesso fosse "condizionato" alla particolare complessità dell'attività posta in essere dall'esercente la professione sanitaria e senza che, inoltre, si facesse alcun cenno alla colpa per imperizia, anche se la giurisprudenza immediatamente successiva alla riforma sembrava utilizzare come criterio ulteriormente selettivo dell'art. 3 l. n. 189 del 2012.

A seguito della riforma del 2017, che abroga l'art. 3 della legge Balduzzi e introduce l'art. 590-*sexies* nel codice penale, resta il ruolo attribuito alle linee guida e alle buone pratiche, sebbene si precisi che le stesse devono risultare adeguate alle specificità del caso con-

creto; compare quel riferimento all'imperizia che poco convinceva per come era stato introdotto in via interpretativa dalla giurisprudenza; scompare il riferimento alla graduazione della colpa, anche se la mancata riproduzione dei concetti di colpa grave o di colpa lieve è stata solo momentanea, posto che si tratta di un requisito "reintrodotta" per via giurisprudenziale con la c.d. "sentenza Mariotti", pronuncia dal valore dichiaratamente (e, per certi aspetti, "spudoratamente") creativo (Cass. pen., Sez. un., 21 dicembre 2017, n. 8770).

Il d.l. 44 del 2021, relativo all'emergenza da Covid-19, infine, introduce una causa di non punibilità per i vaccinatori (art. 3) e, in sede di conversione del decreto, anche per gli esercenti una professione sanitaria (art. 3-*bis*).

L'art. 3-*bis* d.l. n. 44 del 2022, con una formulazione parzialmente differente rispetto all'art. 590-*sexies* c.p., prevede che gli esercenti una professione sanitaria siano punibili solo nei casi di colpa grave: si reintroduce quindi, per via legislativa, il criterio della gravità della colpa, non so se per scarsa fiducia sulla tenuta di un requisito introdotto solo per via giurisprudenziale o, semplicemente, per chiarire quel che forse non risultava sufficientemente chiaro. Nel secondo comma dello stesso art. 3-*bis*, poi, si precisa che, ai fini della valutazione del grado della colpa, il legislatore tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, la limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate, nonché della scarsità delle risorse umane materiali concretamente disponibili in relazio-

ne al numero dei casi da trattare oltre che del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute al personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza.

Non credo sia necessario soffermarsi, nel dettaglio, su ciascuno degli “indici sintomatici” del grado della colpa individuati con specifico riguardo all'emergenza pandemica. Mi chiedo solo se, qualora il legislatore non avesse introdotto questo elenco di “indici”, non saremmo stati comunque “costretti” a graduare la risposta penale già sulla base delle regole generali ricavabili dell'art. 43 c.p., valorizzando tanto la dimensione oggettiva quanto quella soggettiva della colpa. L'individuazione di una regola cautelare passa, prima di tutto, per una “cristallizzazione di giudizi di prevedibilità e di evitabilità ripetuti nel tempo” (per riprendere la celebre definizione manualistica offerta da Fiandaca e Musco): se, quindi, non ci sono i tempi perché la regola di esperienza si cristallizzi, potremmo incontrare difficoltà già nel corretto funzionamento del meccanismo che consenta di pervenire all'individuazione della regola. Si tratta, poi, di una regola che deve tener conto (non tanto dell'agente modello, quanto, piuttosto) della situazione modello, nella quale necessariamente confluiscono la scarsità delle risorse disponibili o il fatto che si trattasse di un *virus* pressoché sconosciuto. Il solo fatto che si sia avvertita la necessità di esplicitare come indicazione per i giudici, certamente al fine di assicurare una uniformità sul versante interpretativo, degli indici che, in fondo, sono gli stessi tratti dalla manualistica di base, rivela una scarsa fiducia nella tenuta dei principi generali in

materia di colpa. La medicina d'emergenza, per esempio, viene tradizionalmente inquadrata in maniera distinta rispetto all'intervento chirurgico pianificato da mesi, affidandosi alla sola sistematica generale della colpa, fondata sull'art. 43 c.p.

La seconda linea ricostruttiva che ho individuato in precedenza è quella che attiene alla *predeterminazione delle regole cautelari* attraverso la *valorizzazione di linee guida e protocolli*. A questo proposito si apre, di nuovo, una delle pagine più tormentate della colpa penale: l'idea del reato colposo come "fattispecie aperta", che necessita di una etero-integrazione tramite regole cautelari e che per questa ragione si porrebbe in irrimediabile tensione con il principio di legalità in materia penale, ha condotto al progressivo recupero di una *procedimentalizzazione dell'agire diligente* affidata a regole pre-date e pre-definite, in modo da circoscrivere con maggiore precisione i contorni del penalmente rilevante.

Sul versante della colpa medica, si è cercato di perseguire l'obiettivo in questione valorizzando, prima per via giurisprudenziale e poi per via legislativa, il possibile ruolo di linee guida, protocolli e buone pratiche, con la necessità, però, di confrontarsi con un ostacolo di carattere preliminare: la diagnosi, la cura e il trattamento devono necessariamente essere adeguati al singolo paziente, ma questa idea, almeno in generale, si pone in strutturale contrasto con la pretesa di cristallizzare a monte l'agire diligente. La predeterminazione dell'agire diligente del medico, detto altrimenti, deve pur sempre tenere conto delle peculiarità del

caso concreto, che reagisce e influisce sulla pretesa di comportamento definita in astratto. Il rischio, in caso contrario, sarebbe quello di appiattirsi sulla poco auspicabile prospettiva di una “medicina da libro di ricette”, la quale risulterebbe inconciliabile con l’obiettivo di un’adeguata tutela della salute del paziente. Su questi aspetti, però, non vado oltre, anche perché si tratta di temi sui quali i lavori scientifici del professor Caputo hanno fatto e stanno facendo scuola: a quelle riflessioni, quindi, non posso far altro che rinviare.

Vorrei solo sottolineare alcuni aspetti problematici. Io ho accostato, con estrema disinvoltura, il tema delle linee guida a quello della predeterminazione della regola cautelare, pur trattandosi di un passaggio sistematico ma per niente scontato. Fin da subito, anzi, ci si è interrogati sulla possibilità di attribuire alle regole contenute in linee guida, protocolli e buone pratiche la consistenza di *vere e proprie regole cautelari*, che in una prima fase, quella immediatamente successiva all’entrata in vigore della riforma del 2012, era stata esclusa dalla giurisprudenza di legittimità, proprio valorizzando la necessità di concretizzare la regola astratta contenuta nelle linee guida. Attualmente si registrano prese di posizione più dubitative da parte della Corte di cassazione, ma si tratta di un nodo ancora irrisolto sul piano sistematico.

A me pare di ravvisare un equivoco di fondo, almeno nel modo tradizionale di impostare la questione. Non appena ho provato ad avventurarmi nel labirintico mondo delle linee guida e dei protocolli, mi sono imbattuta in regole molto diverse tra di loro, che

sarebbe illusorio e fuorviante pretendere di ricondurre ad unità, anche per quanto riguarda la loro natura giuridica. Un conto, consentitemi di banalizzarlo, è la regola che prescrive di disinfettarsi le mani prima di entrare in sala operatoria o di verificare attentamente l'identità del paziente, cosa diversa sono quelle regole che prescrivono di adeguare il dosaggio di un farmaco alle condizioni del singolo paziente. A venire in considerazione, detto altrimenti, è la sempiterna dialettica tra *regole rigide* e *regole elastiche*, tra regole che predeterminano in maniera “indiscutibile” l'agire diligente e regole che, invece, richiedono un necessario adattamento al caso di specie. Io credo che, almeno in certi casi, le regole contenute in linee guida, protocolli o buone pratiche possano assumere la consistenza di vere e proprie regole cautelari, mentre in altri casi individuano mere indicazioni di comportamento, dalla portata non solo generale, ma addirittura generica.

Ad ogni modo, la violazione di una regola cautelare resta il presupposto necessario per un rimprovero penale per colpa: se, quindi, la regola cautelare violata non è quella contenuta nelle linee guida, resta pur sempre necessario individuare *aliunde* una regola di comportamento rilevante, affinché lo schema della responsabilità per colpa possa ritenersi integrato.

Mi sembra che proprio la “selezione” delle regole cautelari rilevanti emerga da d.l. n. 44 del 2021, sul versante, però, dell'art. 3, relativo alla responsabilità dei vaccinatori. La responsabilità del vaccinatore, più esattamente, è esclusa, per eventi di morte o lesione determinati dalla somministrazione del vaccino du-

rante la campagna vaccinale, quando la condotta dello stesso risulti conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle componenti autorità e (non "o") nelle circolari pubblicate sul sito Internet istituzionale del Ministero della salute. Sottolineo l'impiego della congiunzione "e" anziché della disgiuntiva "o" perché molti dei casi più problematici, a partire dall'*affaire AstraZeneca*, sono stati caratterizzati proprio da indicazioni non convergenti, relative, in particolare, ai limiti di età per la somministrazione del vaccino anti-Covid-19, contenute nel foglio illustrativo del farmaco (che non segnalava alcun limite d'età) e le indicazioni ministeriali (che, a un certo punto, raccomandavo la somministrazione ai soli pazienti con più di 60 anni).

Al di là di questi (possibili) aspetti problematici, vorrei però sottolineare che se la causa di non punibilità servisse a precisare che il vaccinatore non risponde di morte o lesioni qualora somministri il farmaco attenendosi alle "regole tecniche" che, appunto, disciplinano la somministrazione, si tratterebbe probabilmente di una norma superflua, il cui effetto di rilievo sarebbe quello di appesantire inutilmente il sistema al solo fine di ribadire l'ovvio. A me pare, in realtà, che il senso di questa causa di non punibilità risieda proprio nella scelta di selezionare, a monte, le sole regole cautelari dalla cui violazione può dipendere una responsabilità del vaccinatore: il legislatore, detto altrimenti, chiarisce che, se le regole contenute in quelle specifiche fonti sono rispettate, poco importa se dovessero risultare violate altre e ulteriori regole di condotta, magari emerse progressivamente nella campagna vaccinale.

La questione, però, ancora una volta, attiene alla diversità di regole cautelare che potrebbero venire in considerazione e, più esattamente, al carattere rigido o elastico delle stesse. *Nulla quaestio*, per esempio, se le regole contenute nel foglio illustrativo prescrivono che il vaccino va conservato a certe temperature o va diluito in un certo modo, ma i contorni dell'agire diligente potrebbero risultare più sfumati a fronte di regole secondo le quali la somministrazione del farmaco deve avvenire con particolare cautela per soggetti che presentino certe patologie.

Non voglio soffermarmi, nello specifico, sulla superfluità o meno di questi ulteriori statuti speciali della colpa penale legati all'emergenza pandemica, anche perché le ragioni *lato sensu* politiche che sono state alla base della scelta del legislatore sono piuttosto evidenti e, per quel che mi riguarda, in larga parte comprensibili.

Concludo, quindi, con due considerazioni, che mi riportano all'inizio di queste mie riflessioni.

La prima considerazione è quella relativa alla doppia funzione-doppia misura della colpa. È circostanza fin troppo nota quella per cui la normativizzazione della colpa penale abbia condotto a una sua esasperata oggettivizzazione, lasciando nell'ombra quella componente che, per il solo fatto che sentiamo l'esigenza di definirla, pleonasticamente, come "colpevolezza colposa", rivela la tendenza a una sua svalutazione. A me sembra, tuttavia, che la prima necessità sia quella di un "passo indietro" sulla misura oggettiva della colpa, inteso come esigenza di recuperare, in maniera

chiara e inderogabile, l'idea di una descrizione rigorosa della condotta penalmente rilevante attraverso regole di comportamento pre-determinate. Se, quindi, in un contesto di emergenza come quella cui ci ha posto di fronte la pandemia da Covid-19, almeno nella prima fase, non si sono realizzati i tempi e i modi affinché una regola potesse assumere la consistenza di una regola di comportamento "cristallizzata" e riconoscibile, sarebbe sufficiente affermare che manca una regola cautelare e che, quindi, non è ravvisabile una condotta penalmente rilevante. Prima dell'elemento soggettivo, c'è quello oggettivo o, se volete, prima della colpevolezza (art. 27, terzo comma Cost.) c'è la legalità (art. 25, secondo comma Cost.): prima si individuano con precisione i contorni del comportamento penalmente rilevante, poi ci si interroga sulla riferibilità soggettiva della violazione di quella regola. La seconda considerazione conclusiva, riprendendo la metafora della pandemia della quale, spero, impareremo presto a fare a meno, il rischio di un contagio colpevolista, per chi esercita una professione sanitaria, è fin troppo evidente. Io credo, però, che i principi generali già forniscano al sistema una dose di anticorpi, che non rende necessarie alcun "richiamo". Se riuscissimo a recuperare una maggiore convinzione nei principi generali, forse, non avremmo bisogno né di chiedere in prestito problematiche categorie al diritto civile né di immettere dosi massicce di statuti speciali in un terreno, quello della colpa penale, che appare già troppo sfibrato e che non "merita" appesantimenti ulteriori.

Vi ringrazio per l'attenzione.

POLITICA DELLE PROFESSIONI SANITARIE E
GESTIONE GIUDIZIALE
DELLA COLPA PENALE DEL MEDICO

Matteo Caputo

Mi unisco ai ringraziamenti alla Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli e a tutti gli organizzatori per l'invito che mi è stato rivolto. Desidero rivolgere un grazie particolare alla collega e amica Antonella Massaro. Mi fa piacere che venga registrata questa conversazione, perché le parole che ha avuto la bontà di intonare alla mia persona le riascolterò nei momenti di sconforto. Non mi capita spesso di sentire tanti complimenti e tutti assieme.

Chiederò la registrazione anche perché il suo intervento ha tracciato una linea importante ed è stato ricco di spunti, sicché adesso il mio percorso si fa in salita, in quanto è stata magistrale nel ricomporre, sia pure nel breve tempo a disposizione, il disegno, la fisionomia del reato colposo per come viene affrontato, o per come dovrebbe essere affrontato, quando si tratta di attività sanitarie.

Proverò a reagire alla massa di stimoli contenuti nella sua relazione, e partirò anche io dal titolo e, quindi, dalla dialettica tra principi generali e statuti speciali, proponendo una chiave di lettura un po' diversa. Proverò, cioè, a inquadrare le tematiche trattate da Antonella all'interno di quella che potremmo definire la "politica delle professioni". Una disciplina

un po' trascurata nel nostro Paese, ma che, secondo la mia personale opinione, rappresenta uno specchio col quale ci si deve misurare, anche a costo di arrivare a sottolineare i punti di frizione fra un approccio più dogmatico, incarnato nelle obiezioni formulate dalla Prof.ssa Massaro, e un approccio, se volete, più votato alle riflessioni politico-criminali, come quello che cercherò maldestramente di veicolare.

Perché parlo di “politica delle professioni”? Perché negli ultimi dieci anni le professioni sanitarie hanno subito una profonda trasformazione. Tutte le libere professioni oggi sono alla ricerca di una nuova identità, non parliamo di quella di avvocato, di magistrato – che pure non possiamo classificare come libera professione – di dottore commercialista. Potrei addurre altri esempi, ma concentriamoci sulle professioni sanitarie.

Non a caso parlo di professioni sanitarie e non di medici, perché anche nelle ultime riforme il termine “medico” è stato abbandonato. Lo userò per comodità espositiva più avanti, ma vi chiedo di riflettere sul fatto che, a far data almeno dal decreto legge Balduzzi, per non scontentare farmacisti, biologi e personale infermieristico, si è preferito ricorrere a una locuzione onnicomprensiva, che tiene dentro quelle che una volta venivano definite le professioni ancillari. Alludo alle arti ausiliari della medicina, che oggi godono giustamente di un riconoscimento ufficiale, non fosse altro perché molti di questi professionisti sono laureati e hanno aumentato notevolmente il loro bagaglio di conoscenze teoriche e pratiche, sì da competere all'interno

del mercato professionale con le professioni mediche strettamente intese.

Allora, se riguardiamo l'area delle professioni sanitarie, e all'interno delle stesse, segnatamente, l'area delle attività medico-chirurgiche, possiamo registrare un doppio fenomeno.

Il primo è caratterizzato da una non rituale attenzione legislativa, *sub specie* del diritto penale, che si è tradotta in una molteplicità di provvedimenti settoriali quali mai in passato era stato possibile censire. Si comincia con l'art. 3 del d.l. Balduzzi, per passare nel 2017 alla legge Gelli Bianco, che introduce l'art. 590 *sexies* nel codice penale; sempre nel 2017, la l. n. 219 introduce una altra causa di non punibilità per i medici che accettano e danno esecuzione alle disposizioni di fine vita (si v. l'art. 1, co. 6, in materia di consenso e posizione di garanzia), per poi arrivare agli artt. 3 e 3 *bis* ricordati dalla Prof.ssa Massaro, introdotti dal d.l. n. 44 del 2021.

E ciò solo con riferimento alle disposizioni che producono un arretramento della punibilità a favore della classe medica. Ci sono, poi, almeno un altro paio di disposizioni che invece allargano la punibilità a carico di chi attenti alla integrità delle professioni sanitarie. Segnalo la riforma, con la legge Lorenzin, n. 3 del 2018, dell'art. 348 c.p., che punisce il delitto di esercizio abusivo della professione, una norma che si rivolge a tutte le professioni, ma che subisce in realtà una sorta di processo di "sanitarizzazione" della fattispecie legale, perché, se si vanno a scorrere i lavori preparatori, si scopre che è una norma primariamente pensata per tutelare lo statuto speciale delle profes-

sioni sanitarie. E poi, più recentemente, nel 2020, con la legge n. 113, è giunta la modifica dell'art. 583 *quater* c.p. e di alcune circostanze aggravanti in tema di aggressioni al personale sanitario. Purtroppo, sempre più spesso, sugli organi di stampa si apprende di offese e violenze, che talvolta sfociano nell'uccisione di medici e infermieri, da parte di pazienti o da parte di loro parenti.

E allora dobbiamo chiederci le ragioni per cui, sia attraverso una manovra sull'arretramento della punibilità, sia attraverso una manovra sull'allargamento della punibilità, il legislatore si sia interessato in modo così pressante alle professioni sanitarie, anche perché non c'è nessuna altra professione libera che sia stata riguardata da fenomeni legislativi di "cura", di attenzione, come le professioni sanitarie.

Lo ricordava la Prof.ssa Massaro: negli ultimi anni, le professioni sanitarie sono state incise dal fenomeno della medicina difensiva, e queste norme introdotte nel sistema hanno cercato di porre un rimedio al dramma vissuto da tanti medici, in qualche modo amplificato dall'emergenza sanitaria. Il problema è che oggi siamo *oltre* la medicina difensiva, perché oggi il fenomeno che si sta studiando è quello della "fuga" dalla professione medica. Ad esempio, recentemente, abbiamo letto sui giornali della lettera di preavviso di dimissione di oltre venti medici del pronto soccorso dell'ospedale Cardarelli di Napoli, a causa delle condizioni che rendono impossibile esercitare la professione in modo decoroso e sostenibile, di fronte al numero di ingressi al pronto soccorso, oltre che di assicurare la sicurezza delle cure ai pazienti ospitati.

Il fenomeno è preoccupante e si snoda innanzitutto attraverso il frequente passaggio dal ruolo di medico ospedaliero al ruolo di medico generico: molti medici ospedalieri, non sopportando più i turni, le angustie e lo stress sul posto di lavoro, chiedono di lasciare le aziende ospedaliere e di essere adibiti all'esercizio della medicina generale, quando non decidono di esercitare esclusivamente come professionisti privati o medici "a gettone".

Questa situazione inedita sta producendo, a sua volta, un altro fenomeno critico, perché siamo costretti a importare dall'estero medici e infermieri stranieri, che non necessariamente hanno seguito i corsi di studio del nostro ordinamento universitario e le nostre specializzazioni, non necessariamente garantiscono lo stesso livello di competenza e di adeguatezza professionale riconosciuto a livello internazionale ai nostri medici. Il nostro sistema sanitario nazionale, pur con tutte le pecche, viene ancora oggi additato come uno dei migliori al mondo, se non il numero uno. È un vanto del nostro Paese che merita di essere sottolineato.

Allora voi capite come la politica cerchi, attraverso l'uso del diritto, anche del diritto penale, di andare incontro alle istanze di una classe professionale che sta vivendo un periodo di forte crisi, amplificato, come vi dicevo, dall'emergenza sanitaria legata alla diffusione del Covid-19. E, sentendo la relazione della Prof.ssa Massaro, mi veniva in mente quel saggio di Immanuel Kant a proposito del detto comune "questo può essere vero in teoria, ma non lo è in pratica". E badate che quel saggio, ad avere la pazienza di leggerlo tutto,

si conclude con una frase che dà ragione alla Prof.ssa Massaro, perché Kant mette sotto forte critica quel detto comune, e ribadisce, proprio in chiusura, che il motto deve essere modificato affinché si possa dire che ciò che è vero in teoria è vero *anche* in pratica.

E allora la mia riflessione punta a cercare una conciliazione tra principi generali e statuti speciali; ancorché non mi nasconda le difficoltà, sono tra quelli che pensano, insieme con la Prof.ssa Massaro, che la colpa penale sia una e una sola, e però non voglio negare che stia attraversando una stagione venata da pulsioni centrifughe. Quel saggio sulla colpa medica, che avete avuto la cortesia di ricordare, è inserito in un tomo dell'Enciclopedia del Diritto, diretto dal Prof. Massimo Donini, che si compone di 52 contributi sulle varie forme della colpa: ciò a dire la frammentazione, la balcanizzazione, la polverizzazione che sta scontando la disciplina del reato colposo. C'è una colpa per la sicurezza stradale, c'è un ceppo di colpa per la sicurezza sul lavoro, c'è un ceppo per la sicurezza agroalimentare, un ceppo per l'attività sportiva, e potremmo continuare.

Per altro verso, sono convinto che un sano ritorno ai principi generali possa solo giovare allo studio, all'esame, alla comprensione degli istituti fondamentali del reato colposo, ma riconosco che il formante normativo e il formante giurisprudenziale, cioè i nostri punti di riferimento, hanno preso direzioni diverse, con le quali dobbiamo confrontarci. Forse sarà una battaglia di retroguardia, ma in questa battaglia, per l'appunto, dobbiamo tenere conto delle ragioni che hanno condotto la giurisprudenza e il Legislatore a

soluzioni che tradiscono l'ortodossia del reato colposo e sposano, se volete, anche talune mode, ma mode che non possono essere banalizzate.

E allora: si parlava dell'art. 2236 c.c., e diceva bene la Prof.ssa Massaro: se voi andate a riprendere i sacri testi, la manualistica dell'Ottocento, non c'è dubbio che la colpa penale è la colpa grave. Già solo attraverso un'analisi del fatto colposo, cioè, si giungeva a dire che la colpa penale è solo la colpa grave e che tutte le forme inferiori di colpa sono pertinenze e regno del diritto civile, sebbene questa indicazione fosse un patrimonio condiviso tra gli studiosi, perché ciò che succedeva nelle aule era altra cosa.

Se ne ricava che il tentativo di far leva sull'art. 2236 c.c., come il tentativo di far leva sull'art. 3 o 3 *bis*, o sulle altre norme che vi ho citato, fa parte, in realtà, di una corrente di pensiero che, a mio modo di vedere, magari ha poco di dogmatico, ma appartiene a pieno titolo allo studio del diritto penale, e che potremmo denominare, con i filosofi del diritto, come un'applicazione dell'uso comunicativo e performativo del diritto, perché attiene alla possibilità di incidere sull'immaginario collettivo e sulle categorie del pensiero giuridico attraverso formulazioni che dispiegano un potente effetto simbolico, in quanto, per esempio, gli stessi medici si sono sentiti molto rassicurati dall'entrata in vigore degli artt. 3 e 3 *bis*, ancorché, come ricordava la Prof.ssa Massaro, già sul piano dell'analisi degli istituti, alle medesime conclusioni a cui arriva la formulazione delle norme si potesse giungere anche senza e prima di esse.

E badate che proprio nell'uso comunicativo e per-

formativo che se ne fa, quelle norme non parlano solo ai medici. Parlano ai magistrati della pubblica accusa, affinché, prima di iscrivere nel registro degli indagati medici vaccinatori o medici che hanno affrontato a mani nude la pandemia, ci pensino non una, ma dieci, venti, trenta volte.

Ora, noi ignoriamo se queste norme abbiano arginato la pandemia giudiziaria, non disponiamo ancora di dati certi, ma sicuramente sono entrate nel dibattito, basti pensare al termine “scudo”, che in modo non corretto è stato lanciato dai *mass media* per semplificare l’uso di queste disposizioni. Gli studiosi si interrogano sulla loro natura, discettando se si tratti di cause di non punibilità, scusanti, di cause di esclusione del tipo o di cause di giustificazione, ma, in realtà, la semplificazione che a livello mediatico e giudiziario viene fatta è un fenomeno che lo studioso di diritto penale non può trascurare, poiché finisce per incidere sul momento interpretativo/applicativo.

Quanto all’art. 2236 c.c., come ricordava la Prof. ssa Massaro, si tratta di una norma che appartiene alla tradizione del pensiero penalistico, quantomeno a far data dalla sentenza del 1973 della Corte costituzionale, ma a me pare che, come anche la Cassazione in qualche modo ha riconosciuto, esprima un principio generale che attenua la distanza rispetto allo statuto speciale e determina la regola – enucleata dai Proff. Luigi Mengoni e Alberto Crespi – per cui quando l’interprete si trovi a esaminare un caso di speciale complessità, ragioni di equità e di solidarietà sociale devono indurlo a una valutazione benevola; viceversa, laddove il caso sia routinario, non c’è ragione per de-

rogare ai criteri di imputazione ordinari, che nel diritto penale sono espressi dagli artt. 42 e 43 c.p.

La soluzione si ispira a ragioni di giustizia agevolmente condivisibili, al punto che altre professioni, una volta visto quello che succedeva nel recinto delle professioni sanitarie, si sono animate per ottenere un riconoscimento delle proprie attività socialmente utili, segnalando la necessità di essere tutelate anche attraverso un uso parsimonioso e ragionevole del diritto penale, tanto che trovate proposte di riforma degli statuti professionali degli operatori della protezione civile, dei controllori di volo, e, da ultimo, mi risulta che nei lavori di riforma della commissione nominata dalla Ministra della Giustizia, volti a modificare la disciplina dei reati fallimentari, una delle novità in corso di valutazione attenga all'introduzione della colpa grave anche rispetto al rischio di impresa.

A mio modo di vedere, si dovrebbe trovare una soluzione generale per cui la colpa grave diventi la soglia ordinaria di imputazione dei reati colposi, qualora ci si trovi ad affrontare compiti di speciale difficoltà, e nella speciale difficoltà, va da sé, debba rientrare una valutazione del contesto in cui si svolge l'attività e della esigibilità della prestazione doverosa. Al momento, si assiste a una distribuzione normativa a macchia di leopardo, mentre, in modo induttivo, sono le varie "corporazioni" che stanno montando proposte di riforma settoriale, al pari di piccoli laboratori, quando, però, l'obiettivo dovrebbe essere l'uniformità, l'omogeneità.

Per questo motivo, non mi spaventa l'obiezione dell'eguaglianza con riguardo al "privilegio" goduto

dalle professioni sanitarie, non l'ho mai ritenuta una obiezione insuperabile. Quando, lo ricordava benissimo la Prof.ssa Massaro, il vicecapo della Protezione civile, nel processo alla c.d. Commissione Grandi Rischi per i fatti del terremoto aquilano, solleva l'obiezione dell'eguaglianza, la Corte ha gioco facile a dire che per l'attività medica, governata da linee guida, si applica l'art. 3, mentre per tutte le altre attività (compresa l'attività medica qualora non sia assistita da linee guida), invece, c'è già l'art. 2236 del codice civile.

Insomma, non mi pare di ravvisare in capo alla giurisprudenza di legittimità una ostilità preconcepita, semmai una disponibilità; purtroppo, però, la logica dell'equità solidale nella giurisprudenza di merito non è passata, non troverete sentenze che fanno applicazione del principio sotteso all'art. 2236 c.c., nonostante la quarta sezione della Corte di Cassazione si sgoli a ripeterlo come un mantra, in pronunce anche recenti.

E, quindi, per venire appunto, in conclusione, alle linee guida, esse cercano certamente di soddisfare un'esigenza sacrosanta di predeterminazione della regola cautelare: la colpa penale si accerta *ex ante* e la regola cautelare deve preesistere ed essere riconoscibile dal soggetto prima della condotta che costui si accinga a realizzare. E sono d'accordissimo con la Prof. ssa Massaro, non s'ha da fare un discorso "bianco o nero": come non è corretto affermare che tutte le linee guida contengono regole cautelari, così non può sostenersi che tutte le linee guida siano scevre di regole cautelari. Occorre analizzare caso per caso. Mi piace molto la definizione di un collega, il Prof. Do-

nato Castronuovo, che dice che le linee guida sono fonti di cognizione di *leges artis*, dalle quali si possono evincere di volta in volta, se ci sono, regole cautelari.

Dopodiché, segnalo una recente sentenza del Consiglio di Stato, che ho trovato davvero “intrigante”, poiché sottolinea in modo esplicito e aggiornato i limiti del ricorso a questo tipo di *soft law*. La sentenza è del 9 febbraio 2022, n. 946, e si pronuncia su una eccezione relativa a una circolare ministeriale in materia di vaccini. Fra i vari profili interessanti, mi ha colpito lo spazio che la sentenza assegna, anche nella motivazione, al valore della c.d. “disuguaglianza clinica”. Un valore che ritiene fondamentale, perché si mette in luce come si debba restituire rilevanza al paziente come persona, in quanto la singolarità dal punto di vista clinico “non è l’eccezione, ma la norma”, perché siamo tutti diversi l’uno dall’altro e le linee guida fanno correre il rischio di una omologazione. Negli ultimi anni, ad esempio, è cresciuto un dibattito interessantissimo sulla c.d. medicina di genere: lo stesso farmaco, per la stessa patologia, somministrato con eguale posologia a un uomo e a una donna, può determinare scompensi nocivi. Non parliamo, poi, della medicina pediatrica.

Quindi, attenzione a intendere le linee guida come feticci o totem. L’importante non è adeguarsi alle linee guida, l’importante è che il medico si adegui alle specificità del singolo paziente e che il singolo paziente non perda la sua unicità. Le linee guida, dunque, devono essere contemperate con il valore della disuguaglianza clinica, del consenso del paziente e della autonomia del sanitario, la c.d. libertà terapeutica.

Su questi valori è inutile ricordare le pronunce della Corte costituzionale che hanno delimitato in modo mirabile un perimetro che non può essere varcato e che ha visto concordi gli stessi medici. Se voi andate a visitare il sito *web* dell'Istituto superiore di sanità, è lo stesso Istituto che mette in guardia da un uso acritico delle linee guida, anche perché esse, oltre a tutti i limiti che la letteratura scientifica ha censito, scontano in Italia due ulteriori inconvenienti.

In primis, il presidente dell'ISS, il Prof. Silvio Brusaferrò, dopo l'entrata in vigore della legge n. 24, ha comunicato a tutte le società e associazioni scientifiche incaricate di definire progetti di linee guida, che non avrebbe acconsentito a valutare linee guida espressione di singole società scientifiche che presidiano le varie specializzazioni. Ha chiesto, cioè, uniformità di vedute, per evitare guerre fra scuole. Si trattava di un monito condivisibile, che produce però fatalmente un esito compromissorio, perché le scuole sono chiamate a negoziare piattaforme di sintesi, così rischiando di produrre linee guida il più delle volte generiche, che non riescono a scendere nel dettaglio e che quindi difficilmente ospitano regole cautelari affilate da adattare al caso clinico ma, comprensibilmente, lasciano spazio alla libertà di autodeterminazione del paziente e, prima ancora, del medico. Sono, dunque, armi un po' spuntate, anche perché si è stimato che nel giro di 18 mesi il volume di conoscenza medica raddoppi nel mondo e, pertanto, tali linee guida potrebbero non risultare più all'altezza ed essere superate da linee guida internazionali della cui "forza" nessuno dubita, ancorché

non vengano sottoposte al meccanismo di sindacato dell'ISS.

Ma c'è di più. Un secondo inconveniente, che designerei con una locuzione forse infelice, ma sicuramente efficace, consiste nella "fattibilità differenziata". Abbiamo parlato prima del sistema sanitario nazionale, ma, in realtà, siamo assistiti da 21 sistemi sanitari regionali, ciascuno diverso dall'altro, con risorse diverse e con modalità di gestione differenziate. Dunque, esistono sistemi regionali che sono nelle condizioni di adeguarsi alle linee guida e altri sistemi regionali che non dispongono delle risorse per consentire ai medici di adeguarsi alle medesime linee guida. Quindi, si ha un bell'esigere l'adeguamento alle linee guida, ma se non si viene messi nelle condizioni di adeguarsi, la codificazione del sapere scientifico rimane a mezz'aria.

Ecco, temo di aver detto anche troppo, mi fermo qui e lascio spazio al dibattito, complimentandomi ancora con la Prof.ssa Massaro per la sua relazione davvero acuta, completa e stimolante.

Grazie a tutti per la pazienza e l'attenzione.

DIRITTO AMMINISTRATIVO

PRESTAZIONI PUBBLICHE ECONOMICHE
PER LA DIGNITÀ E IL PIENO SVILUPPO
DELLA PERSONA CON DISABILITÀ
E DEL SUO CAREGIVER

Anton Giulio Pietrosanti

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. Il profilo economico delle prestazioni messe a garanzia del pieno sviluppo della persona con disabilità; 3. La sentenza n. 152 del 23 giugno 2020 della Corte costituzionale: la tutela del soggetto totalmente inabile al lavoro e privo di mezzi economici; 4. Il ruolo dei familiari delle persone con disabilità: la figura del c.d. caregiver; 5. Le recenti discriminazioni riscontrate (dal Comitato delle Nazioni Unite per i diritti delle persone con disabilità e dalla Cassazione civile) nei confronti del caregiver.

1. *Premessa*

L'incontro, per il quale desidero anzitutto porgere un sentito ringraziamento al Presidente del Centro Studi di diritto Sanitario e ai relativi organizzatori, offre un tema alto e impegnativo, come quello dei diritti sociali e della disabilità. Data l'ampiezza del tema, cercherò di soffermarmi su alcune tutele previste a favore del soggetto disabile e della persona che se ne prende cura all'interno del nucleo familiare.

Più precisamente, fatte alcune premesse sul principio solidaristico ed assistenziale, si tratterà di capire se le prestazioni economiche – (poste) a garanzia di alcu-

ni diritti sociali – siano idonee ad eliminare (o quanto meno ad attenuare) la c.d. schiavitù del bisogno che affligge la parte più vulnerabile della nostra comunità. Si vuole, cioè, verificare se le scelte di allocazione delle risorse finanziarie – messe in campo dal legislatore per tutelare i soggetti interessati dal mondo delle disabilità – possano assurgere a spese costituzionalmente necessarie e, in quanto tali, assumere una natura incomprimibile legata al valore irrinunciabile della dignità umana e dei doveri inderogabili di solidarietà.

A tal fine – e con l’obiettivo di trovare un equilibrio tra la persona e il valore economico della prestazione pubblica – si accennerà all’importanza del quadro normativo di riferimento (primo fra tutti l’art. 38 della Costituzione), per poi volgere lo sguardo al panorama giurisprudenziale che si è sviluppato proprio su tali spese e sulla figura del caregiver.

Trattasi, ovviamente, di un terreno già esplorato dalla dottrina ma che – soprattutto recentemente – offre nuovi spunti di riflessione derivanti da alcuni cambiamenti che si stanno via via manifestando¹: la crescita del numero delle persone disabili – anche all’interno dello stesso nucleo familiare – spinge infatti la riflessione giuridica verso una maggiore attenzione all’impatto sociale ed economico che esse hanno all’interno del nucleo stesso. Di tal ché sarà opportuno interrogarsi sull’efficacia o meno delle risposte che i poteri pubblici hanno approntato (in termini di provvidenze economiche e protezioni sociali) per garantire il valore della

¹ AA.VV., *Funzione amministrativa e diritti delle persone con disabilità* (a cura di M. INTERLANDI), Napoli, 2022.

dignità umana e del pieno sviluppo della persona (non solo con riferimento a quella colpita da disabilità, ma) anche in relazione a quella che operi, in qualità di caregiver, all'interno dello stesso nucleo familiare, con lo scopo (o la presunzione) di poter “gestire” più parenti (genitori, sorelle, fratelli) affetti da malattie gravemente invalidanti. Insomma, il diritto di vivere in maniera (sempre più) dignitosa, indipendente e socialmente inclusiva, in una logica che la dottrina ha definito di “*autonomia protetta*”², ha portato a intensificare l'impegno dell'ordinamento per contrastare la povertà, l'esclusione sociale e le disuguaglianze delle persone con disabilità, ma oggi richiede ulteriori sforzi sia per consolidare quanto di buono è già stato fatto, sia per tutelare coloro che, all'interno della stessa famiglia di origine, assistono e curano i soggetti più fragili.

2. *Il profilo economico delle prestazioni a garanzia del pieno sviluppo della persona con disabilità*

Secondo la nostra Costituzione, “Ogni cittadino

² G. MATUCCI, *Persona, formazione, libertà. L'autorealizzazione della persona con disabilità fra istruzione e legal capacity*, Milano, 2021. Sul tema v., anche, S. FAVALLI, *Disabilità, Diritti umani e diritto internazionale*, Milano, 2021; P. ADDIS, *Il diritto alla vita indipendente e l'inclusione sociale*, in *Forum Quad. cost.*, 1, 2021, 478 ss.; F. PACINI, *Il disegno di legge delega sotto il profilo della tecnica normativa*, *ivi*, e disponibile in www.forumcostituzionale.it; C. COLAPIETRO, F. GIRELLI, *Persone con disabilità e Costituzione*, Napoli, 2020; C. COLAPIETRO, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il “nuovo” diritto alla socializzazione*, in www.dirittifondamentali.it, 2, 2020, 154 ss..

inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale" (art. 38, co. 1, Cost.), ovvero (ha diritto) al minimo esistenziale per soddisfare le esigenze della quotidianità³. Inoltre, se un lavoratore, nel corso della propria vita, è andato incontro ad un evento *negativo* ("*infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria*"), la medesima Costituzione prevede una protezione sociale (di tale lavoratore) avente ad oggetto i "*mezzi adeguati alle [sue] esigenze di vita*"⁴ (art. 38, co. 2, Cost.).

Attraverso una simile disposizione, i Costituenti hanno confermato un'idea «forte» di Stato sociale che, oltre alla tutela della salute e dell'istruzione, ha cercato di prevenire o eliminare situazioni di (estremo) bisogno che potessero incidere sulla libertà del singolo (cittadino o lavoratore) e sulla sua piena partecipazione alla comunità⁵.

Pertanto, anche se le parole "Stato sociale" sembrano talvolta ridotte a una stanca formula con la quale etichettare qualche iniziativa mirata al contrasto della povertà⁶, i Costituenti sono riusciti a porre

³ M. MAZZIOTTI, *Assistenza (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 749 ss..

⁴ Per un inquadramento dell'art. 38 Cost. e in particolare sulla portata interpretativa dei primi due commi si veda Corte cost. 5 febbraio 1986, n. 31, in *Giur. cost.*, 1986, I, c. 725, con nota di A. ANDREONI, e in *Foro it.*, 1986, I, c. 1771, con nota di M. CINELLI.

⁵ C. TRIPODINA, *Articolo 38*, in *Commentario breve alla Costituzione*, diretto da S. BARTOLE, R. BIN, Padova 2008, 370; M. CINELLI, S. GIUBBONI, *Il diritto alla sicurezza sociale in trasformazione*, Torino, 2005, 3 ss..

⁶ Così, F. FARINA, *Lo Stato sociale*, 2021.

le citate tutele economiche (non da ultimo quella riguardante il risparmio⁷) al di fuori del circuito della mera beneficenza di natura discrezionale-caritativa⁸ e a trasformare l'esigenza di affrancare i soggetti fragili dalla c.d. schiavitù del bisogno in diritti fondamentali, costituzionalmente protetti⁹.

Del resto, come ha riconosciuto la stessa Corte costituzionale, il perseguimento del modello solidaristico nei confronti dei più deboli serve a raggiungere una situazione di benessere e progresso dell'intera collettività¹⁰, giacché i problemi delle persone affette

⁷ A. SCOTTI, *Tutela del risparmio e soggetti deboli*, in AA.Vv., *Funzione amministrativa e diritti delle persone con disabilità*, cit., 439 e ss..

⁸ C. FRANCHINI, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Napoli, 2021, 77 ss.; M. MAZZIOTTI, *L'assistenza nella Costituzione*, in *Iustitia*, 1979, 97 ss.; in termini, P. CAVALERI, *L'assistenza tra disciplina pubblica e libertà dei privati. Cento anni di giurisprudenza sulla "legge Crispi"*, Milano, 1992, 185 ss.; E. FERIOLI, *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal welfare statale al welfare municipale*, Torino, 2003, 20. La Corte costituzionale (sent. n. 139 del 1972), in realtà, aveva già avuto modo di distinguere la beneficenza pubblica dall'assistenza sociale prima della riforma costituzionale del 2001 del Titolo V che invece intervenne eliminando il riferimento alla beneficenza pubblica.

⁹ M. MAZZIOTTI, *L'assistenza nella Costituzione*, in *Iustitia*, 1979, 97 ss., rileva che, in questo modo, assistenza e mantenimento "perdono il loro carattere discrezionale e di attività caritativa per divenire un obbligo dei pubblici poteri cui corrisponde un diritto fondamentale costituzionalmente garantito".

¹⁰ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, IV ed., Napoli, 1989, 105, secondo cui «molti doveri non vengono imposti a vantaggio di particolari soggetti, bensì nell'interesse della comunità sociale non soggettivizzata». In termini F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 1 ss.; M.R. SPASIANO, *Nozioni introduttive*,

da invalidità vanno considerati “*quali problemi non solo individuali, ma tali da dover essere assunti dall'intera collettività*”¹¹.

In quest'ottica, l'art. 38 Cost. è diventato il perno su cui basare un rapporto giuridico assistenziale fondato “*sulla solidarietà collettiva*” e strutturalmente caratterizzato, per il lato attivo, dal “*diritto del cittadino al mantenimento e all'assistenza sociale*” e, per il lato passivo, dall’“*obbligo di prestazioni dirette a provvedere ai mezzi necessari per vivere*”¹².

Conseguentemente, la difesa assistenziale dei rispettivi titolari andrà assicurata in maniera effettiva¹³,

in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino, 2021, 3 ss.; A.G. OROFINO, *La solidarietà in diritto amministrativo: da strumento di protezione dell'individuo a parametro di disciplina del rapporto*, in *Il diritto dell'economia*, fasc. 2/2020, 571-598; G. ARCONZO, *I diritti delle persone con disabilità. Profili costituzionali*, Milano, 2020, 144 ss..

¹¹ Corte. cost., 10 maggio 1999, n. 167, secondo cui la non inclusione dell'accessibilità dell'immobile tra le esigenze che, ai sensi dell'art. 1052, comma 2, cod. civ., possono legittimare la costituzione della servitù coattiva di passaggio, risulta lesiva di quei principi costituzionali che l'accessibilità dell'abitazione è intesa a realizzare. In particolare nella citata sentenza si legge significativamente che “l'impossibilità di accedere alla pubblica via, attraverso un passaggio coattivo sul fondo altrui, si traduce nella lesione del diritto del portatore di handicap ad una normale vita di relazione, che trova espressione e tutela in una molteplicità di precetti costituzionali”.

¹² Corte cost. 5 febbraio 1986, n. 31, in *Giur. cost.*, 1986, I, c. 725.

¹³ Cfr., ad esempio, Corte cost., 15 gennaio 2010, n. 10, la quale, nel respingere le questioni di legittimità sollevate verso le disposizioni riguardanti l'erogazione di una Carta Acquisti in favore dei cittadini in condizioni di maggior bisogno economico, ha, tra l'altro, statuito che tale intervento dello Stato deve ritenersi ammissibile perché “*necessario allo scopo di assicurare*

ossia in modo che il soggetto fragile possa far valere nei confronti dello Stato¹⁴ la tutela di quel “*nucleo irrinunciabile della dignità della persona umana*” volta a garantire un *minimo vitale*¹⁵.

Non a caso, sin dai primi anni '70 la Consulta riconobbe all'art. 38 Cost. la natura di “*norma giuridicamente imperante atta a creare veri e propri diritti di prestazione, il cui carattere precettivo non [veniva] meno per il fatto che destinatario della norma [fosse] lo Stato...*”¹⁶. Anzi, la circostanza che nel nostro ordinamento sia previsto il dovere della Repubblica di rimuovere gli ostacoli che limitano di fatto libertà ed

effettivamente la tutela di soggetti i quali, versando in condizioni di estremo bisogno, vantino un diritto fondamentale che, in quanto strettamente inerente alla tutela del nucleo irrinunciabile della dignità della persona umana [...] deve poter essere garantito su tutto il territorio nazionale in modo uniforme, appropriato e tempestivo, mediante una regolamentazione coerente e congrua rispetto a tale scopo”.

¹⁴ D. MESITI, *La garanzia costituzionale dei diritti assistenziali e previdenziali insopprimibili*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2/2021, 330 ss..

¹⁵ Tra le tante, Corte cost., sent. n. 509/2000 che fa riferimento al dovere per lo Stato di tutelare il nucleo irrinunciabile del diritto stesso in quanto ambito inviolabile della dignità umana.

¹⁶ Cfr. Corte cost. n. 22/1969 (che ha dichiarato illegittimo l'art. 128 del decreto n. 1827 del 1935, laddove consentiva all'ente previdenziale di trattenere sulle pensioni l'ammontare delle somme allo stesso ente dovute dal beneficiario della prestazione per crediti accertati dall'Autorità giudiziaria) e n. 160/1974, (la quale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 76, r.d.l. 4 ottobre 1935, n. 1827, laddove avrebbe escluso il diritto all'indennità di disoccupazione nei periodi di inattività nei lavori stagionali, ma solo in quanto la disposizione oggetto di sindacato costituzionale poteva interpretarsi nel senso dell'estensione della tutela anche alla fattispecie in questione).

eguaglianza (*ex art. 3, co. 2 Cost.*)¹⁷, potrebbe rendere il diritto a un *minimo vitale* maggiormente tutelato rispetto ad altre esperienze costituzionali che, a differenza della nostra, pur garantendo espressamente la dignità umana (cui viene ancorato il concetto del “*minimo di esistenza degna*”), non hanno poi quella forza giuridica che riesce a sprigionare, in termini di tutela, il nostro art. 3 co. 2 Cost.¹⁸.

Proprio in questa logica non possono non evidenziarsi alcuni interventi legislativi che hanno confermato l'importanza della tutela (economica) delle persone disabili. Si pensi alla pensione di inabilità concessa alle persone disabili di età superiore ai diciotto anni ai sensi dell'art. 12 della l. 30 marzo 1971 n. 118 (ove per l'appunto venga accertata una inabilità totale lavorativa), oppure alla c.d. indennità di accompagnamento che si può aggiungere alla predetta pensione ove

¹⁷ M. RUOTOLO, *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri. Alla ricerca dei fondamenti costituzionali del diritto a un'esistenza dignitosa*, in *Dir. pubbl.*, 2/2011, 406, che, in merito alla sentenza della Corte cost. n. 10/2010, operano un interessante confronto con alcune sentenze delle Corti costituzionali portoghese e tedesca (ed in particolare la sentenza n. 509/2002/T della Corte portoghese e la sentenza BverfG 9 febbraio 2010, 1, Bvl 1/09 del Tribunale costituzionale tedesco) evidenziando come, in tali pronunce, la Corti straniere si siano avvalse di specifiche disposizioni costituzionali incentrate sul principio di dignità umana (art. 1 Costituzione portoghese), e sui principi dell'intangibilità della dignità umana e dello Stato sociale (artt. 1, par. 1 e 20, par. 1 Costituzione tedesca), allo scopo di riconoscere “*un diritto fondamentale (implicito) ad un minimo di esistenza degna, da tradursi, essenzialmente, nell'attribuzione di un (altrettanto) minimo di sussistenza vitale a favore di cittadini bisognosi*”.

¹⁸ Vedi nota precedente.

sia necessaria un'assistenza continua ex art. 1, l. 11 febbraio 1980, n. 18¹⁹. Insomma, a partire dalla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità (che svolge un ruolo di ausilio prettamente ermeneutico)²⁰ fino al disegno di legge delega per l'adozione di un "Codice per la persona con disabilità"²¹ e alla recente

¹⁹ Corte cost., 9 luglio 2002, n. 329. Tale indennità appresta una specifica provvidenza economica alle persone impossibilitate a deambulare senza l'aiuto permanente di un accompagnatore, oppure che necessitano di assistenza continua, non essendo in grado di compiere gli atti quotidiani della vita, proprio per consentire loro di far fronte "alle esigenze di accompagnamento e di assistenza che quella condizione comporta".

²⁰ Cfr., in tal senso, le sentenze della Corte Costituzionale nn. 80/2010, 329/2011, 236/2012, 2/2016, 275/2016 e 83/2019, che hanno valorizzato un simile apporto ermeneutico. L'allora Comunità europea ha aderito alla Convenzione *de qua* con la Decisione del Consiglio n. 2010/48/CE, del 26 novembre 2009, sicché i relativi contenuti, pur non essendo direttamente applicabili agli Stati contraenti, pongono essenzialmente degli obblighi di risultato.

²¹ Il disegno di legge in parola (recante "*Delega al Governo di semplificazione e codificazione in materia di disabilità*", approvato dal Consiglio dei ministri del 28 febbraio 2019) delega il Governo ad adottare, entro due anni dalla data di entrata in vigore della legge, uno o più decreti legislativi tesi ad "*armonizzare, riordinare e semplificare, anche innovandole, le disposizioni vigenti in materia di disabilità, anche ai fini della definizione del 'Codice per la persona con disabilità'*" (cfr. art. 1, comma 1). In particolare, il provvedimento demanda a futuri decreti legislativi di intervenire, senza determinare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica – in attuazione degli artt. 2, 3, 31, 32, 34, 35 e 38 Cost., nonché in armonia con i principi sanciti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 2006 e con il quadro delle raccomandazioni del Consiglio d'Europa in materia di disabilità – in settori molto vasti, quali: "*a) definizione della condizione di disabilità; b) accertamento e certificazione; c) disciplina dei benefici; d) sistemi di monitoraggio, verifica e controllo;*

approvazione da parte del Consiglio dei Ministri di una legge quadro sulla disabilità²² non possono trascurarsi i numerosi passi in avanti che l'ordinamento ha senz'altro compiuto verso una migliore tutela della dignità umana di tali persone²³.

Non mancano peraltro casi in cui la giurisdizione ha svolto una funzione per così dire “correttiva” nei confronti di alcune scelte legislative che – secondo la Corte costituzionale – avrebbero posto l'entità di determinate prestazioni economiche al di sotto del minimo necessario per la tutela della dignità umana, ledendo così (nel nucleo essenziale) la garanzia costi-

e) promozione della vita indipendente e contrasto dell'esclusione sociale; f) abilitazione e riabilitazione; g) istruzione e formazione; h) inserimento nel mondo del lavoro e tutela dei livelli occupazionali; i) accessibilità e diritto alla mobilità” (cfr. art. 1, comma 2).

In dottrina, cfr. E. VIVALDI, A. BLASINI, *Verso il “Codice per la persona con disabilità”*. *Introduzione*, in *Forum Quad. cost.*, 1, 2021, 367, disponibile in www.forumcostituzionale.it; F. PACINI, *Il disegno di legge delega sotto il profilo della tecnica normativa*, *ivi*, 384 ss.; E. ROSSI, *Lo “statuto costituzionale della persona con disabilità”: brevi considerazioni su un disegno di legge*, *ivi*, 373 ss.

²² In data 31 dicembre 2021 è entrata in vigore la legge 22 dicembre 2021, n. 227, recante “Delega al Governo in materia di disabilità”, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, Serie Generale n. 309 del 30 dicembre 2021. Il successivo traguardo, da realizzare entro il 30 giugno 2024, prevede l'adozione da parte del Governo dei decreti legislativi che attuano le disposizioni previste dalla legge delega per rafforzare l'autonomia delle persone con disabilità.

²³ AA.VV., *Dignità, eguaglianza e Costituzione* (a cura di G.P. DOLSO), Trieste, 2019; C. LEVORATO, *Aspetti giuridici della dignità umana nell'orizzonte della disabilità*, in *Consulta onLine*, III, 2019, 666.

tuzionale e il suo collegamento con la tutela dei diritti fondamentali della persona sancita dall'art. 2 Cost.²⁴.

3. *La sentenza n. 152 del 23 giugno 2020 della Corte costituzionale: un recente intervento a tutela del soggetto totalmente inabile al lavoro e privo di mezzi economici*

In questa cornice la sentenza n. 152 del 23 giugno 2020 della Corte costituzionale ha introdotto importanti elementi di riflessione proprio sul tema del riconoscimento di un minimo vitale all'inabile al lavoro privo di mezzi economici. Tale pronuncia, pur non negando la “*possibilità per il legislatore di rimodulare [...] la disciplina delle misure assistenziali vigenti*”²⁵, ha infatti precisato che ogni intervento normativo deve svolgersi con modalità “*idonee a garantire agli invalidi civili totali l'effettività dei diritti loro riconosciuti dalla Costituzione*”²⁶.

In particolare, la pronuncia trae origine dal ricorso di una donna gravemente disabile (affetta da una tetraplegia spastica neonatale) che lamentava la grave insufficienza dell'importo della pensione di inabilità (percepita *ex art.* 12 della legge 20 marzo 1971, n. 118, in qualità di invalida al lavoro al cento per cento) e,

²⁴ Corte cost., sent. n. 497/1988, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, d.l. n. 30/74, nella parte in cui fissava in lire 800 al giorno l'importo dell'indennità ordinaria di disoccupazione.

²⁵ Cfr. pt. 9.

²⁶ Cfr. pt. 9.

per tale motivo, chiedeva la condanna dell'INPS alla corresponsione di un trattamento pensionistico non inferiore (a quanto previsto dall'art. 38 della legge n. 448/2001 ovvero non minore) all'assegno sociale (*ex* art. 3, comma 6, della legge 8 agosto 1995, n. 335) e, comunque, adeguato ad assicurarle un decoroso mantenimento. Inoltre, già durante il giudizio di primo grado (dinanzi al Tribunale di Torino, sez. lav.) la stessa ricorrente chiedeva la remissione degli atti alla Consulta per le questioni di legittimità costituzionale alle quali, successivamente, la Corte d'Appello di Torino aderiva, sollevando due questioni di legittimità costituzionale.

E invero, con ordinanza 3 giugno 2019 n. 240, la Corte App. Torino, sez. lav., in relazione agli artt. 3 e 38, comma 1, 10, comma 1, e 117, comma 1, Cost., sollevava una prima questione di legittimità costituzionale del citato art. 12, comma 1, della legge n. 118/1971, nella parte in cui, attribuiva al soggetto totalmente inabile *“una pensione di inabilità [...] insufficiente a garantire il soddisfacimento delle minime esigenze vitali”*²⁷.

²⁷ Più precisamente, *“nella parte in cui attribuisce al soggetto totalmente inabile, affetto da gravissima disabilità e privo di ogni residua capacità lavorativa, una pensione di inabilità (ammontante, nel 2018, ad euro 282,55 per tredici mensilità) [...] insufficiente a garantire il soddisfacimento delle minime esigenze vitali, in relazione agli artt. 3, 38, comma 1, 10, comma 1, e 117, comma 1, Cost.”*.

Secondo la Corte d'Appello remittente la prima questione non è manifestamente infondata per contrasto con (*i*) l'art. 38, comma 1, Cost. in quanto il contemperamento tra il diritto dei cittadini inabili a vedersi riconosciuta una pensione adeguata e l'esigenza di rispettare il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio non può spingersi al punto di ritenere conformi a Costituzione quelle

Mediante una seconda questione, il giudice remittente lamentava l'illegittimità dell'art. 38, comma 4, della legge n. 448/2001²⁸, rilevando come codesta disposizione si ponesse in contrasto con gli artt. 3 e 38, comma 1, Cost., laddove subordinava la possibilità di ottenere l'incremento del trattamento pensionistico (c.d. "incremento al milione") alla sussistenza del requisito anagrafico del raggiungimento dei sessanta anni²⁹, con ciò escludendo, da tale beneficio economico, la platea degli inabili indigenti compresa tra i diciotto e i cinquantanove anni.

norme di fatto inidonee ad assicurare agli aventi diritto un importo sufficiente al soddisfacimento delle primarie esigenze di sopravvivenza; (ii) l'art. 3 Cost. perché in virtù della comune funzione assistenziale insita nella pensione di inabilità e nell'assegno sociale ex art. 3, comma 6, della legge n. 335/1995, sarebbe irragionevole e discriminante riservare un trattamento inferiore agli inabili; (iii) gli artt. 10, comma 1, e 117, comma 1, Cost. in relazione agli artt. 4 e 28 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, in quanto la norma in esame risulterebbe incompatibile con gli obblighi di protezione sociale dei disabili assunti dall'Italia sul piano eurounitario ed internazionale.

²⁸ L'art. 38 della legge 448/2001 prevede: al comma 1 che le maggiorazioni sociali di determinati trattamenti pensionistici siano incrementate a favore dei soggetti di età pari o superiore a settanta anni fino a garantire un reddito proprio pari a 516,46 euro al mese (c.d. "incremento al milione"); al comma 4 che tale beneficio è esteso anche agli invalidi civili totali di età pari o superiore ai sessanta anni; e al comma 5 che tale beneficio è concesso a determinate condizioni tra cui quella di non possedere redditi propri per un importo annuo pari o superiore a euro 6.713,98.

²⁹ Ovvero "nella parte in cui subordina il diritto degli invalidi civili totali, affetti da gravissima disabilità e privi di ogni residua capacità lavorativa, all'incremento previsto dal comma 1 al raggiungimento del requisito anagrafico del 60° anno di età, in relazione agli artt. 3 e 38, comma 1, Cost."

La prima questione è stata definita dalla Corte con una soluzione processuale apparentemente anomala³⁰: poiché, da un lato, ha reputato condivisibili i rilievi svolti nell’ordinanza di rimessione in ordine alla palese inadeguatezza dell’importo mensile della pensione d’inabilità (ex art. 12, comma 1, della l.n. 118/1971) a soddisfare il “*minimo vitale per far fronte alle esigenze primarie della quotidianità*”, ritenendo che “*tale importo ... non rispett[i] ... il limite invalicabile del nucleo essenziale e indefettibile*” del diritto al mantenimento ex art. 38, comma 1, Cost.; dall’altra, la Consulta ha, però, dichiarato l’inammissibilità della questione, precisando che non si poteva richiedere al Giudice delle leggi una “*diretta e autonoma rideterminazione del correlativo importo, poiché un tale intervento manipolativo [avrebbe invaso] l’ambito della discrezionalità, che nel rispetto del limite invalicabile di non incidenza sul nucleo essenziale e indefettibile del diritto in gioco – resta, comunque, riservata al legislatore, cui compete l’individuazione delle misure necessarie a tutela dei diritti delle persone disabili*”.

Dunque, come è stato osservato, la Corte dapprima ha varcato la soglia dell’ammissibilità per valutare l’inadeguatezza dell’importo previsto all’art. 12, comma 1, della l. n. 118 del 1971 (ovvero accertarne – senza però dichiararne – l’illegittimità costituzionale), ma poi si è arrestata per dichiarare una sorta di inammissibilità postuma della questione stessa³¹, sul

³⁰ Cfr. V. CIACCIO, *Vecchie e nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale alla prova del “minimo vitale”. Riflessioni a partire dalla sentenza n. 152 del 2020*, su *Riv. AIC*, 4, 2020.

³¹ La questione sollevata in via principale è dichiarata inam-

presupposto che non poteva sostituirsi al legislatore nella rideterminazione del predetto importo³².

Altra posizione è stata, invece, esplicitata dalla Consulta rispetto alla dedotta illegittimità dell'art. 38, comma 4, della legge n. 448/2001, il quale – lo si ripete – estendeva il beneficio economico del c.d. incremento al milione solo agli invalidi civili totali di età pari o superiore ai sessanta anni.

Il giudice delle leggi ha ritenuto che un simile requisito anagrafico fosse “*effettivamente irragionevole*”, non potendosi considerare meritevole di minor tutela la situazione di inabilità lavorativa in cui potrebbe versare il soggetto totalmente invalido di età inferiore ai sessant'anni rispetto a quella in cui si troverebbe (lo stesso soggetto) al compimento del sessantesimo anno di età³³.

Pertanto, l'irragionevolezza della norma censurata si è sostanziata nel fatto che le patologie comportanti

missibile “[...] *ancorché non in limine, ma in esito all'effettuato scrutinio di legittimità costituzionale della norma denunciata*”.

³² Cfr. V. CIACCIO, *op. cit.*, 560 ss.; C. COLAPIETRO, S. BARBARESCHI, *Motivazione, tempo e strumentalità del bilancio: le coordinate giurisprudenziali sul rapporto tra diritti e risorse finanziarie alla luce della sentenza n. 152 del 2020. Rischiose variazioni ritmiche in una straordinaria composizione*, in *Nomos*, 1/2021, 15 ss..

³³ La Corte ha poi precisato che “*se è ragionevole che, nei confronti di altri percettori di assegni (o pensioni) sociali, la situazione di maggior bisogno e la correlata necessità di ulteriore sostegno economico, in assenza di loro compromissioni invalidanti, sia correlata all'ingresso in una fascia di età avanzata, non ragionevole è invece che la stessa correlazione (sia pure rispetto ad una inferiore fascia anagrafica) sia mantenuta anche con riguardo ai titolari di pensione di inabilità, totalmente incapaci al lavoro, la cui condizione di precarietà, fisica ed economica, è certamente preesistente e non può ritenersi inverata solo al compimento del sessantesimo anno di età*”.

una invalidità totale nella fascia di età tra i diciotto e i cinquantanove anni non sono diverse da quelle che si possono verificare dopo il compimento del sessantesimo anno di età, trattandosi di limitazioni determinate da una condizione invalidante intrinseca e “*non dal fisiologico e sopravvenuto invecchiamento*”³⁴.

Sulla base di simili statuizioni (e dell’insufficienza al sostentamento dell’importo riconosciuto agli inabili *ex art. 12 cit.*) la Consulta ha quindi dichiarato l’illegittimità costituzionale del menzionato comma 4 dell’art. 38 della legge n. 448/2001 nella parte in cui, con riferimento agli invalidi civili totali, disponeva che il beneficio di cui al comma 1 era concesso “*ai soggetti di età pari o superiore a sessanta anni*” anziché “*ai soggetti di età superiore a diciotto anni*”³⁵.

In tal modo, il Giudice delle leggi ha esteso la platea dei beneficiari agli inabili al lavoro fin dal compimento dei diciotto anni, rideterminando, di fatto, l’importo dell’assegno previsto dall’art. 12, comma 1, della l. n. 118 del 1971³⁶, sulla base di un parametro già presente nell’ordinamento³⁷.

³⁴ Cfr. pt. 4.3.

³⁵ Cfr. pt. 4.4.

³⁶ G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Quest. giust.*, 3/2020, 14 ss., il quale ha rilevato che, nel caso di specie, la Corte “*ha reso giustizia costituzionale*”, giacché, impossibilitata a procedere ad un intervento manipolativo sul *quantum* della prestazione “*non si arrende e cerca altre vie, anche indirette, per rispondere alla domanda di giustizia ad essa indirizzata*” e “*prima di pronunciare il fatale non possumus (comoda scappatoia di tanti giudici), esplora tutte le possibilità e prende in seria considerazione una questione sollevata dal rimettente in via subordinata*”.

³⁷ V. CIACCIO, *op. cit.*, 560, la quale osserva che “*...il Giudice*

Peraltro, dopo aver ricordato che il legislatore può “rimodulare” secondo un diverso apprezzamento la disciplina delle misure assistenziali – non costituendo l’eliminazione della barriera anagrafica una opzione costituzionalmente obbligata – la Corte ha precisato che tale rimodulazione dovrà essere effettuata “*nel rispetto del principio di proporzionalità (...) e dell’effettività dei suddetti diritti*”, ossia introducendo misure “*idonee a garantire agli invalidi civili totali l’effettività dei diritti loro riconosciuti dalla Costituzione*” senza che i vincoli di bilancio possano comprimerne “*il nucleo essenziale e indefettibile*”, secondo la logica dei “diritti finanziariamente condizionati”, accolta, all’inizio degli anni ’90, dallo stesso Giudice costituzionale³⁸. La Corte ha dunque mostrato di voler dialogare

delle leggi ha – né più né meno che – effettuato la rideterminazione dell’importo dell’assegno di cui all’art. 12, comma 1, della l. n. 118 del 1971, seppur attraverso l’utilizzo di uno strumento già esistente nell’ordinamento”, ossia l’incremento al milione previsto dalla normativa richiamata.

³⁸ A fondamento della decisione di rigetto della questione di legittimità costituzionale, la Corte, nella sentenza n. 445/1990, aveva affermato “*che, al pari di ogni diritto a prestazioni positive, il diritto a ottenere trattamenti sanitari, [...] è garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall’attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell’interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento*”. Occorre, però, segnalare che pochi anni dopo, la medesima Corte, ha mutato il proprio orientamento e intervenendo, nel 1994, su una questione afferente il tema del rapporto tra garanzia di un diritto costituzionalmente tutelato (nella specie il diritto alla salute) e discrezionalità del legislatore, ha chiarito, seppur incidentalmente, che il

con il legislatore non tanto con la tecnica processuale delle pronunce monitorie a “*rime obbligate*” quanto – in maniera *soft* – con una sorta di “*monito gentile*”³⁹ che reca la strada legislativa da seguire attraverso delle “*rime possibili*”⁴⁰.

Tuttavia i giudici costituzionali non sembrano trascurare le esigenze di natura economica derivanti da un eventuale decisione di accoglimento con effetto *ex tunc*. Nell’evocare un “*contemperamento dei valori costituzionali*”⁴¹ hanno infatti disposto – in deroga alla disciplina di riferimento⁴² – di delimitare gli effetti del *decisum*, facendoli decorrere (solo *pro futuro*) dal giorno successivo alla sua pubblicazione⁴³.

vincolo imposto dal rispetto dell’equilibrio finanziario non può mai considerarsi assoluto perché, altrimenti, qualora le esigenze relative all’equilibrio della finanza pubblica “*avessero un peso assolutamente preponderante, tale da comprimere il nucleo essenziale del diritto alla salute connesso all’inviolabile dignità della persona umana, ci si troverebbe di fronte ad un esercizio macroscopicamente irragionevole della discrezionalità legislativa*”.

In dottrina, E. CAVASINO, *Scelte di bilancio e principi costituzionali. Diritti, autonomie ed equilibrio di bilancio nell’esperienza costituzionale italiana*, Napoli, 2020.

³⁹ M. D’ONGHIA, *Un ulteriore importante tassello a garanzia dell’effettività della tutela per le persone disabili* (Corte cost. n. 152/2020), in *Riv. dir. sic. soc.*, 1/2021, 84.

⁴⁰ V. CIACCIO, *op. cit.* 560 ss.

⁴¹ Nella decisione in esame si riportano soltanto alcuni isolati passi della sentenza del 2015 (ad es. quello dove si parla di “*esigenze dettate dal ragionevole bilanciamento tra i diritti e i principi coinvolti*”) senza però fornire alcun concreto e puntuale riscontro.

⁴² Che come noto dispone il principio generale della retroattività risultante dagli artt. 136 Cost. e 30 della legge n. 87 del 1953.

⁴³ Cfr. pt. 7 ove si afferma che “*E nella prospettiva, appunto, del “contemperamento dei valori costituzionali” – che viene qui in*

In particolare, la Corte si è limitata a giustificare tale tecnica decisoria (con effetto *ex nunc*⁴⁴) richiamando una prassi giurisprudenziale con cui la medesima Corte, a partire dalla sentenza n. 10/2015, aveva ritenuto possibile modulare gli effetti temporali della declaratoria di incostituzionalità⁴⁵, a patto che emer-

rilievo non già nel contesto dello scrutinio di costituzionalità della norma denunciata ed al fine dell'esito dello stesso, bensì nella fase successiva relativa alla delimitazione diacronica degli effetti della decisione – la Corte ritiene, in questo caso, di graduare gli effetti temporali del decisum, facendoli decorrere (solo) dal giorno successivo a quello di pubblicazione della sentenza sulla Gazzetta Ufficiale. La tecnica decisoria della sentenza con effetto “ex nunc”, che viene qui adottata, appartiene alla giurisprudenza di questa Corte, a partire dalla sentenza n. 10 del 2015 (nello stesso senso anche sentenze n. 246 del 2019, n. 74 e n. 71 del 2018)”.

⁴⁴ A. RUGGERI, *Vacatio sententiae alla Consulta, nel corso di una vicenda conclusasi con un anomalo “bilanciamento” tra un bene costituzionalmente protetto e la norma sul processo di cui all’art. 136 Cost. (nota minima alla sent. n. 41 del 2021)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2021; A. GIUBILEI, *I confini mobili della funzione di garanzia costituzionale: l’incidenza del fattore temporale sulla scelta della tecnica decisoria nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi*, in *Riv. del Gruppo di Pisa*, 3/2019; N. FIANO, *Una nuova frontiera della modulazione degli effetti nel tempo. Riflessioni a margine della sent. Cost. n. 41 del 2021*, in *Nomos*, 1/2021; R. PINARDI, *Costituzionalità “a termine” di una disciplina resa temporanea dalla stessa Consulta (note a margine di Corte costituzionale sent. n. 41 del 2021)*, in *Consulta onLine*, 1/2021, 292.

⁴⁵ C. COLAPIETRO, S. BARBARESCI, *op. cit.*, 6, secondo cui “... la Corte si pone il problema degli effetti che la pronuncia di incostituzionalità semplice è in grado di creare su gli altri principi costituzionali, trasformando così la regolazione degli effetti temporali della pronuncia da argomento-tema esterno alla pronuncia in un elemento della decisione: “la Corte costituzionale, considerando la Costituzione come un insieme unitario di principi e diritti fondamentali, ha ben presente l’esigenza generale che l’eliminazione delle

gesse l'«*impellente necessità di tutelare uno o più principi costituzionali i quali, altrimenti, risulterebbero irrimediabilmente compromessi da una decisione di mero accoglimento*» e «*che la compressione degli effetti retroattivi sia limitata a quanto strettamente necessario per assicurare il contemperamento dei valori in gioco*»⁴⁶.

Nella decisione n. 152/2020, la Consulta non ha però indicato a quale valore costituzionale le suddette esigenze di natura economica sarebbero state strumentali; né ha chiarito – con apposita istruttoria – per quale ragione una normale sentenza di accoglimento avrebbe definitivamente pregiudicato tale presunto valore costituzionale⁴⁷. Di tal ché si è ritenuto che il bilanciamento (da cui è generata la modulazione degli effetti temporali della sentenza n. 152/2020) non avrebbe potuto essere effettuato in quanto riguardante la relazione tra un diritto fondamentale e una risorsa o esigenza economica che, nella specie, non è stata collegata ad un valore costituzionale⁴⁸.

leggi incostituzionali non produca situazioni di “maggiore incostituzionalità”, ed a tal fine può modulare le proprie decisioni anche sotto il profilo temporale, ed in piena coerenza con i principi della Costituzione, in modo da scongiurare, attraverso un bilanciamento tra valori costituzionali che l'illimitata espansione di un principio costituzionale – il quale diverrebbe “tiranno” – determini il sacrificio di un altro parimenti riconosciuto e protetto”. Alla base del bilanciamento tra tali interessi vi è certamente il principio di proporzionalità, rispetto al quale viene modulata l'efficacia temporale della sentenza”.

⁴⁶ M. D'AMICO, *La Corte e l'applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale*, in *Forum Quad. cost.*, 2015, 1.

⁴⁷ In senso parzialmente analogo cfr. V. CIACCIO, *op. cit.*, 568.

⁴⁸ C. COLAPIETRO, S. BARBARESCHI, *op. cit.*, 26 (che richiama

Peraltro, la sentenza sembra voler mettere astratte esigenze di bilancio proprio a confronto con quei principi costituzionali di solidarietà, eguaglianza e assistenza sociale (*ex artt. 2, 3, 38, comma 1, Cost.*), che, in quanto posti a tutela di soggetti neppure in grado di procurarsi il minimo vitale per far fronte alle necessità primarie della quotidianità, parrebbero, per stessa ammissione della Corte, sfuggire a una logica di bilanciamento con vincoli – non dimostrati – di finanza pubblica⁴⁹. Anche perché l'equilibrio di bilancio, secondo un orientamento della giurisprudenza costituzionale⁵⁰, non potrebbe condizionare le scelte di

le riflessioni di V. CIACCIO, *op. cit.*, 568 ss.) per sostenere che solo l'inserimento del valore costituzionale al quale legare l'esigenza di finanza pubblica avrebbe legittimato il bilanciamento con quest'ultima, dato che, invece, tale esigenza, da sola, non è in grado di assurgere a valore bilanciabile con il diritto in questione. Secondo altra dottrina (M. D'ONGHIA, *op. cit.*, 80-81), però, anche “*nella sentenza in commento il bilanciamento compiuto dalla Corte costituzionale non è immediatamente con l'art. 81 Cost., ma con i valori costituzionali (principio di solidarietà, altri diritti fondamentali .. sociali)...*”, sembrando a tal fine sufficiente richiamare gli estremi di un precedente della Corte costituzionale (“*a partire dalla sentenza n. 10 del 2015*”) e tutt'al più un suo passaggio dal quale poi ricavare, senza alcun supporto istruttorio e/o argomentativo, che la deroga al principio di retroattività “*risulta ... costituzionalmente necessaria allo scopo di contemperare tutti i principi e i diritti in gioco, [...] garantendo il rispetto dei principi di uguaglianza e di solidarietà, che, per il loro carattere fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali (sentenza n. 264 del 2012)*”. Per ulteriori approfondimenti sia consentito rinviare ad A.G. PIETROSANTI, *La tutela dell'inabile al lavoro privo di mezzi economici: il ruolo dell'art. 38, comma 1 della Costituzione*, in *Diritto e società*, 4, 2021, 747-774.

⁴⁹ V. CIACCIO, *op. cit.*, 570 ss..

⁵⁰ In giurisprudenza si veda la sentenza n. 275/2016, (richia-

allocazione delle spese necessarie, bensì, al contrario, sarebbero quest'ultime a condizionare le scelte di allocazione delle risorse, dovendosi privilegiare una visione che individua nel nucleo essenziale del diritto (e non viceversa) un elemento condizionante le predette scelte.

Sebbene, quindi, la Consulta mostri una certa (e apprezzabile) attenzione alla dignità e alle esigenze delle persone disabili⁵¹, tuttavia, laddove decide di manipolare gli effetti della sua pronuncia rispetto al

mata dalla stessa Consulta), secondo la quale “è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionare la doverosa erogazione”. In dottrina, si veda però M. LUCIANI, *Avvisi ai naviganti del Mar pandemico*, in *Quest. giust.*, 2/2020, 8, il quale precisa che tale impostazione non significa che esista una categoria di diritti dotati di uno speciale statuto tale da porli su un piano gerarchico sovraordinato a tutti gli altri.

⁵¹ Ad esempio il pt. 6.1 ove si legge che “la disabilità non deve essere considerata come una “disgrazia familiare” ma come l'oggetto di un intervento pubblico a tutela di una situazione di inferiorità e bisogno elevata a diritto soggettivo fondamentale”. Inoltre, al punto 3.3, si afferma che “L'importo mensile della pensione di inabilità, di attuali euro 286,81, è innegabilmente, e manifestamente, insufficiente ad assicurare agli interessati il “minimo vitale” e non rispetta, dunque, il limite invalicabile del nucleo essenziale e indefettibile del “diritto al mantenimento», garantito ad “ogni cittadino inabile al lavoro» dall'art. 38, primo comma, Cost.”. Sicché, “La semplice comparazione con gli importi riconosciuti per altre provvidenze, avvinte da analoga matrice assistenziale e prospettate come grandezze di raffronto, conferma che la misura della pensione di inabilità non è idonea a soddisfare la soglia (non già del solo minimo “adeguato” riconosciuto ai lavoratori dall'art. 38, secondo comma, Cost., ma) dello stesso minimo vitale per far fronte alle esigenze primarie e minute della quotidianità – ossia alle pure esigenze alimentari – quale nucleo indefettibile di garanzie spettanti agli inabili totali al lavoro”.

passato (optando per una dichiarazione di incostituzionalità differita) senza esternare la predetta attività istruttoria e senza argomentare espressamente sulle coordinate valoriali sottese ad un presunto bilanciamento entro cui andrebbe nondimeno limitata la garanzia costituzionale del diritto al mantenimento del soggetto totalmente inabile, denota come la strada verso la tutela effettiva dei diritti incomprimibili dei soggetti disabili privi di mezzi economici sia ancora in salita.

4. *Il ruolo dei familiari delle persone con disabilità: la figura del c.d. caregiver*

Ovviamente, quando si affrontano questioni concernenti gli strumenti apprestati dall'ordinamento per favorire le condizioni sociali ed economiche dei disabili non può prescindersi dalla constatazione che tali persone, proprio in conseguenza della loro situazione di non autosufficienza e di grave o gravissima disabilità, sono generalmente assistite da un familiare o da un terzo – ossia il c.d. *caregiver*. Tale soggetto si assume l'impegno di soddisfare tutte le necessità quotidiane delle persone con disabilità e, quindi, tutto ciò che attiene, al netto di altri soggetti incaricati, all'igiene personale, all'alimentazione, al controllo delle condizioni cliniche e alle altre normali incombenze amministrative, come pagare le bollette, ritirare la posta, ecc. Ciò assume una particolare rilevanza nel nostro Paese, in considerazione del fatto che, secondo un recente studio, moltissime persone non autosufficienti

rimangono a vivere presso la propria abitazione (o in quella di un parente), cosicché le persone che, in ambito familiare, si prenderebbero regolarmente cura di parenti con disabilità raggiungerebbero un numero molto significativo⁵².

Si tratta, quindi, di un aspetto di enorme rilevanza sociale che impone di soffermarsi sul ruolo del *caregiver* al fine di verificare se l'attività di assistenza resa da questo soggetto venga adeguatamente tutelata da parte dell'ordinamento, soprattutto nel caso in cui, come si è accennato nel primo paragrafo, il *caregiver* decida di dedicare gran parte delle proprie energie (fisiche e mentali) alla gestione (non di una, ma) di più persone con disabilità appartenenti alla medesima famiglia di origine.

Si pensi, ad esempio, all'ipotesi di una famiglia di cinque o sei persone di cui quattro gravemente disabili e un unico *caregiver*: è evidente che la forza del legame affettivo di quest'ultimo nei confronti dei propri familiari potrebbe finire (a seconda della gravità delle patologie da affrontare) per ostacolarlo nel suo percorso di pieno sviluppo personale e lavorativo, ovvero di porlo in una condizione discriminatoria, sotto il profilo delle garanzie e della protezione economica, rispetto ad altre figure che svolgono professionalmente delle prestazioni simili e che non hanno determinate incombenze in ambito familiare.

Sarà allora utile interrogarsi sul “se” l'attuale impianto giuridico offra delle coordinate ermeneutiche

⁵² Cfr. il Rapporto Istat 2019, Conoscere il mondo della disabilità: persone, relazioni e istituzioni, disponibile in www.istat.it.

dalle quali sia possibile ricavare una copertura giuridica all'attività di cura e di assistenza che contraddistingue il ruolo del *caregiver*, così da preservare da un lato l'utilità della sua funzione e dall'altro l'integrità della sua persona.

A tal fine ci si potrebbe, ad esempio, domandare se l'attività di assistenza resa da un genitore nei confronti dei figli disabili e/o nei confronti del coniuge con disabilità possa essere rispettivamente inquadrata tra i doveri di mantenimento previsti dal codice civile relativamente al rapporto "genitori-figli"⁵³, oppure tra gli obblighi di reciproca assistenza morale e materiale che sussistono sempre a livello civilistico tra i coniugi⁵⁴. Ci si potrebbe inoltre chiedere se e in che termini l'attività di cura resa dal *caregiver* "figlio" nei confronti dei genitori disabili possa avvicinarsi al dovere del figlio di rispettare i genitori o a quello di "*contribuire, in relazione alle proprie capacità ... al mantenimento della famiglia*"⁵⁵, nonché all'obbligo di prestare gli alimenti a favore di "*chi versa in stato di bisogno e*

⁵³ Previsti agli artt. 147, 315 bis e 316 bis c.c. Cfr., per un'analisi degli obblighi di mantenimento dei genitori nei confronti dei figli, G. BONILINI, *Nozioni di diritto di famiglia*, Torino, 2002, 173; C.M. BIANCA, *Diritto civile. La famiglia*, Milano, 2017, 365; O. CLARIZIA, *Innovazioni e problemi aperti all'indomani del decreto legislativo attuativo della riforma della filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 3, 10597.

⁵⁴ Art. 143, comma 2, c.c.

⁵⁵ L'art. 315, bis, comma 4, c.c. Cfr, in tal senso, M.N. BUGETTI, *Riflessioni sul ruolo della famiglia nella cura degli anziani (anche in riferimento ad un recente intervento del legislatore cinese)*, in *Fam. dir.*, 2013, 12, 1152, che esclude "l'applicazione analogica della norma in ragione del fatto che pare inconferente al tema del mantenimento dei genitori anziani una disposizione che si colloca

non è in grado di provvedere al proprio mantenimento”⁵⁶. Ancora, al fine di dare rilevanza giuridica alle condotte del *caregiver* familiare⁵⁷, si potrebbe indagare la portata delle c.d. obbligazioni naturali⁵⁸ ove la

nell'ambito dei doveri corrispettivi al diritto al mantenimento spettante al figlio minore”.

⁵⁶ Cfr, art. 438, comma 1, c.c. e in dottrina, L. VIGNUDELLI, *L'adempimento dell'obbligazione alimentare, fra solidarietà sociale e vincolo giuridico*, in *Fam. dir.*, 2019, 12, 1137; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Doveri di solidarietà familiare e prestazioni di pubblica assistenza*, in *Fam. dir.*, 2013, 7, 730; P. MORI, *Rapporti di famiglia, adozione, protezione degli incapaci e obblighi alimentari*, in *Corriere giur.*, 1995, 11, 1243. Cfr. il secondo comma dell'art. 438 secondo cui gli alimenti “devono essere assegnati in proporzione del bisogno di chi li domanda e delle condizioni economiche di chi deve somministrarli. Non devono tuttavia superare quanto sia necessario per la vita dell'alimentando, avuto però riguardo alla sua posizione sociale”. Inoltre, la misura particolarmente limitata degli alimenti sembra tra l'altro desumibile dall'art. 439, comma 1°, che limita l'obbligo tra fratelli e sorelle nella misura dello stretto necessario.

Cfr, in dottrina, M.N. BUGETTI, *op. cit.*, 1151 ss., il quale rileva come a “differenza del mantenimento, gli alimenti non implicino una condivisione di vita tra i soggetti, ed anzi, ne presuppongono una certa separatezza ed autonomia, come anche dimostra il fatto che l'accoglimento dell'alimentando nella propria casa da parte dell'obbligato sottintende che siano entrambi i soggetti a volerlo. Ne consegue che l'adempimento dell'obbligo alimentare risulta soddisfatto mediante la corresponsione di denaro o altri beni, lasciando invece esclusi obblighi di cura della persona..”.

⁵⁷ E. MOROTTI, *La qualificazione giuridica del caregiver familiare*, in *www.rivistafamiglia.it*, 13 e ss..

⁵⁸ Cfr, sulla nozione di obbligazione naturale *ex art.* 2034 c.c., L. NIVARRA, *Obbligazione naturale*, in *Dig. disc. priv. online*, 1995, 1 ss., dove si sottolinea che “è proprio la circostanza che il diritto positivo, per così dire, riconosca sé stesso, i suoi valori o principi ispiratori, nel dovere morale o sociale a giustificare il diverso, e più favorevole, trattamento riservato all'obbligazione naturale nel quadro delle prestazioni a titolo gratuito. I doveri di cui all'art. 2034 c.c., infatti, si

relativa disposizione codicistica si riferisce a “quanto spontaneamente prestato in esecuzione di doveri morali e sociali”, oppure (si potrebbe studiare) la rilevanza delle sanzioni penali⁵⁹ che il relativo codice prescrive in caso di violazione degli obblighi di assistenza familiare⁶⁰.

Si tratta insomma di questioni che potrebbero essere autonomamente sviluppate in un contributo di più ampio respiro ma che in questa sede occorre circoscrivere al ruolo del *caregiver* così come riconosciuto all'interno di recenti disposizioni normative e decisioni giurisprudenziali.

Sicuramente, un esplicito accenno a codesta figura si rinviene nella L. 27 dicembre 2017, n. 205, comma 255, dove si legge che “*si definisce caregiver familia-*

*collocano in una fascia intermedia tra quelli, puramente bagatellari almeno dal punto di vista dell'ordinamento, che in genere vengono assegnati al campo d'azione della cortesia o del galateo e, quelli, di rango superiore, che si riannodano a valori come la pietà, la carità la riconoscenza ecc. In entrambi i casi, per motivi opposti ma convergenti – l'estraneità alla legge di impulsi etici troppo futili o troppo elevati per poter aspirare ad un riconoscimento pieno da parte della legge stessa – la rilevanza giuridica del dovere è subordinata non solo ad una specifica dichiarazione di volontà (analogamente a quanto accade nel caso delle obbligazioni naturali), ma anche al rispetto di taluni requisiti (la forma per la donazione pura e la donazione remuneratoria, la *datio* per la donazione di modico valore, il cristallizzarsi del dovere in una consuetudine sociale per le liberalità d'uso) che, viceversa, non sono richiesti allorché l'attribuzione patrimoniale poggia su una causa di per sé meritevole di tutela quale, appunto, è la *naturalis obligatio*”. P. GALLO, Art. 2034, in *Cod. civ. comm. online*, leggiditalia.it, 1 ss..*

⁵⁹ Cfr. art. 570 c.p. rubricato “*violazione degli obblighi di assistenza familiare*”.

⁶⁰ Cfr, al riguardo, E. ANTONINI, *La tutela penale degli obblighi di assistenza familiare*, Milano, 2007, 51; R. CARRELLI PALOMBI, *La violazione degli obblighi di assistenza familiare*, Torino, 2008, 12 ss..

*re la persona che assiste e si prende cura del coniuge, dell'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso o del convivente di fatto ai sensi della legge 20 maggio 2016, n. 76, di un familiare o di un affine entro il secondo grado, ovvero, nei soli casi indicati dall'articolo 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, di un familiare entro il terzo grado che, a causa di malattia, infermità o disabilità, anche croniche o degenerative, non sia autosufficiente e in grado di prendersi cura di sé, sia riconosciuto invalido in quanto bisognoso di assistenza globale e continua di lunga durata ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, o sia titolare di indennità di accompagnamento ai sensi della legge 11 febbraio 1980, n. 18*⁶¹.

Negli ultimi anni sono stati inoltre presentati diversi disegni di legge finalizzati al riconoscimento ed al sostegno dell'attività svolta dal *caregiver* e tra i più recenti meritano di essere ricordati il d.d.l. n. 55 del 2020, avente ad oggetto "*Disposizioni per il riconoscimento e il sostegno dell'attività di cura e assistenza familiare*" e il d.d.l. n. 1461 del 2020, rubricato "*Disposizioni per il riconoscimento ed il sostegno del caregiver familiare*".

Entrambe le proposte legislative mirano a fornire riconoscimento e tutela giuridica al *caregiver* familiare, in ragione del "*valore sociale ed economico connesso ai rilevanti vantaggi che dalla sua opera trae l'intera collettività*"⁶².

Lo scopo in altri termini è quello di affidare il rico-

⁶¹ In dottrina, cfr. N. POSTERARO, *La legge di bilancio 2018 e le novità in tema di diritto sanitario*, in *Federalismi.it.*.

⁶² Cfr. art. 2, comma 2, d.d.l. 55/2020, e art. 1, comma 2, d.d.l. n. 1461/2020.

noscimento formale del *caregiver* familiare al sistema integrato dei servizi sociali, socio-sanitari e sanitari delle Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano, che avranno altresì il compito di determinare il contributo di cura e di attività del *caregiver* familiare e di assicurare tutti gli ausili, i contributi ed i supporti utili ad agevolarne l'operato.

Nel dettaglio il sostegno contemplato dai citati disegni di legge a favore del *caregiver* sembra indirizzato verso un duplice obiettivo: quello di valorizzare la sua funzione attraverso iniziative volte ad assicurare un'informazione esauriente sulle problematiche della persona assistita, sui suoi bisogni assistenziali, sulle cure da seguire, sui criteri di accesso alle prestazioni sociali, socio-sanitarie e sanitarie, nonché sulle diverse opportunità e risorse esistenti nel territorio. In quest'ottica sono previste anche misure di sostegno sul piano psicologico con l'intento di ridurre l'isolamento sociale del *caregiver* familiare garantendo un contesto sociale che lo aiuti nella gestione quotidiana della persona assistita. Vi è poi l'obiettivo di fornire un concreto sostegno ai *caregiver* che svolgono anche un'attività lavorativa, riconoscendo loro i medesimi permessi previsti dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104, prevedendo, inoltre, una serie di misure dirette a garantire loro una maggiore flessibilità oraria mediante il diritto ad una rimodulazione dell'orario di lavoro e l'utilizzo della modalità di lavoro agile, cui si affianca il diritto di scegliere, laddove possibile, la sede di lavoro più vicina alla residenza dell'assistito, l'istituzione di un fondo ferie solidale per il sostegno della conciliazione dell'attività lavorativa e di quella di cura e di assistenza prestata dal *caregiver*

familiare. A tutto ciò si aggiunge la previsione di premi agevolati per i contratti di assicurazione eventualmente stipulati dal *caregiver* familiare per la copertura assicurativa degli infortuni o della responsabilità civile collegati all'attività prestata⁶³, nonché il riconoscimento di detrazioni sulle spese sostenute⁶⁴. A livello previdenziale è invece previsto che il *caregiver* familiare non lavoratore abbia diritto alla copertura di contributi figurativi, equiparati a quelli da lavoro domestico, a carico dello Stato, nel limite complessivo di tre anni. Infine sono state inserite alcune disposizioni dedicate all'attivazione di specifici programmi per il supporto alla collocazione o al reinserimento lavorativo dei *caregiver* familiari al termine della loro attività di cura e di assistenza tramite interventi e azioni di politica attiva nell'ambito dei servizi per l'impiego⁶⁵.

5. *Le recenti discriminazioni riscontrate (dal Comitato delle Nazioni Unite per i diritti delle persone con disabilità e dalla Cassazione civile) nei confronti del caregiver*

La necessità di approntare una legislazione che fornisca una tutela adeguata in favore delle tantissime persone che assistono quotidianamente i loro (altrettanto numerosi) familiari non autosufficienti trova conferma

⁶³ Cfr. art. 5, d.d.l. n. 1461/2020 e art. 6 d.d.l. n. 55/2020.

⁶⁴ Cfr. art. 9, d.d.l. n. 1461/2020, rubricato “*Detrazioni per carichi di famiglia*”.

⁶⁵ Cfr. tra l'altro, art. 5, d.d.l. n. 55/2020, rubricato “*Valorizzazione e sostegno della conciliazione tra attività lavorativa e attività di cura e di assistenza*”.

nella recente decisione del 3 ottobre 2022 con cui il Comitato delle Nazioni Unite per i diritti delle persone con disabilità, in accoglimento di un ricorso presentato da una cittadina italiana – che assiste(va) in qualità di caregiver due familiari con disabilità (ovvero la figlia e il partner) – ha riscontrato una violazione da parte dell'Italia degli obblighi previsti da diverse disposizioni della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità e ha formulato delle specifiche raccomandazioni all'Italia in relazione, sia alla situazione della ricorrente, sia, più in generale, alla condizione di tutte le persone con disabilità e i loro *caregiver*⁶⁶.

Tra le norme della Convenzione che sono state ritenute violate⁶⁷, è interessante segnalare la violazione

⁶⁶ Il testo originale della decisione (CRPD/C/27/D/51/2018) è reperibile sul sito internet <https://tbinternet.ohchr.org>. Come si legge nel giornale italiano delle Nazioni Unite (<https://www.onu-italia.com/2022/10/07/disabilita-3/>) e, in particolare nella notizia del 7 ottobre 2022, “*Questo caso è una svolta perché il Comitato ha riconosciuto la violazione del diritto di un caregiver familiare al sostegno sociale, oltre ai diritti delle persone con disabilità*”, ha dichiarato Markus Schefer, relatore del Comitato sulle comunicazioni”.

⁶⁷ È stata ad esempio ritenuta violata l'art. 19 della Convenzione che sancisce il diritto di tutte le persone con disabilità a vivere in modo indipendente nella comunità e ad essere al contempo incluse nella società. Un'ulteriore violazione attribuita all'Italia riguarda le previsioni dell'art. 23 della Convenzione, in quanto il nostro Paese si sarebbe dimostrato incapace di fornire alla famiglia un adeguato sostegno nel suo diritto alla casa e alla famiglia. Più precisamente l'adempimento dell'art. 19 impone agli Stati di adottare misure efficaci e appropriate per facilitare il pieno godimento da parte delle persone con disabilità del diritto a vivere nella comunità con la stessa libertà di scelta delle altre persone, in particolare assicurando loro: la possibilità di scegliere il proprio luogo di residenza e dove e con chi vivere in condizioni di parità con gli altri; il diritto di accedere a una

dell'art. 28 della Convenzione in quanto, ad avviso del Comitato, l'Italia non risulta aver introdotto adeguate forme di protezione o di assicurazione sociale per i *caregiver* familiari e tale mancanza pone le famiglie delle persone con disabilità ad alto rischio di povertà, rendendole particolarmente bisognose di protezione sociale in termini di risorse, tempo e servizi. Ai sensi dell'art. 28, co. 2, lett. c) della Convenzione, gli Stati devono infatti adottare le misure appropriate per garantire alle persone con disabilità e alle loro famiglie, che vivono in situazioni di povertà, l'accesso all'aiuto pubblico per sostenere le spese collegate alle disabilità, includendo una formazione adeguata, forme di sostegno ed orientamento, aiuto economico o forme di presa in carico.

Pertanto, secondo il Comitato, il vuoto normativo riscontrabile nell'ordinamento giuridico italiano ha reso i *caregiver* familiari vulnerabili e li ha esposti a

gamma di servizi di supporto a domicilio, compresa l'assistenza personale necessaria per prevenire l'isolamento o la segregazione dalla comunità; i servizi e le strutture sociali destinate a tutta la popolazione siano messe a disposizione, su base di uguaglianza con gli altri, delle persone con disabilità e siano adattate ai loro bisogni. L'art. 23 prescrive, invece, agli Stati di adottare misure sotto forma di aiuti finanziari, che variano a seconda della necessità della persona con disabilità affinché possa vivere con la propria famiglia e non essere collocata negli istituti. Il Comitato ricorda che il diritto a vivere in modo indipendente nella comunità è intimamente legato al diritto alla famiglia per i bambini e i genitori con disabilità e che l'assenza di sostegno e servizi sociali può creare pressioni e difficoltà finanziarie per tali soggetti. A tale scopo lo Stato deve stanziare specifiche risorse finanziarie, sociali e di ogni altro tipo in tutte le regioni, sì da garantire a tali famiglie di poter godere del proprio diritto all'alloggio, all'inclusione e alla partecipazione alle loro comunità locali, escludendo il ricorso all'istituzionalizzazione delle persone con disabilità.

possibili discriminazioni in violazione dell'art. 5 della Convenzione. Il divieto di discriminazione “*sulla base della disabilità*”, secondo il Comitato, è rivolto, quindi, alla luce del caso di specie, non solo alle persone con disabilità, ma anche ai soggetti che in qualità di caregiver familiare le curano e le assistono.

È importante quindi che l'ordinamento appronti tutte le tutele necessarie per consentire alla persona o alle persone con disabilità di rimanere – se realisticamente possibile – a vivere con la propria famiglia e di non essere collocati negli istituti; ciò che, sotto altro profilo, sembra trovare una significativa rispondenza in tutte quelle pronunce nazionali che valorizzano il rapporto di *vicinanza affettiva* (da declinare in termini di cure migliori e assistenza continua) tra il caregiver e il familiare (o familiari) con disabilità finanche “gravissima”. Si pensi ad esempio alla posizione assunta dalla Corte di Cassazione nel rilevare che la comunità familiare deve essere posta nelle condizioni di offrire la migliore assistenza possibile al disabile, di tal che l'agevolazione prevista dalla normativa relativa alla scelta del luogo di lavoro più vicino all'abitazione del familiare bisognoso di cure non può circoscriversi al solo momento iniziale del rapporto lavorativo perché, altrimenti, si verrebbe a “*tagliare fuori dall'ambito di tutela tutti i casi di sopravvenute esigenze di assistenza, in modo del tutto irrazionale e con compromissione dei beni fondamentali ...*”⁶⁸. È opportuno però – come recentemente rilevato – che la gra-

⁶⁸ Cfr. Cass., 1.3.2019, n. 6150. In ordine a siffatta pronuncia si vedano le osservazioni di L. MARCHESINI, *Il caregiver familiare e il diritto alla scelta della sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere*, in *Ilgiuslavorista.it*, 10 giugno 2019, 1.

vità della condizione del familiare con disabilità venga ben dimostrata sotto il profilo della necessaria assistenza, non potendosi altrimenti impedire il trasferimento imposto da una società nei confronti del lavoratore che si limiti ad affermare di non volersi spostare per poter continuare ad assistere il familiare bisognoso di cure senza aver peraltro sconfessato le esigenze “*effettive ed urgenti*” che l’azienda ha dimostrato di poter soddisfare solo con il trasferimento di tale lavoratore⁶⁹.

⁶⁹ Si tratta dell’ordinanza 1.9.2022 n. 25836 della Sezione Lavoro della Corte Suprema di Cassazione la quale era già intervenuta, nell’ambito del medesimo procedimento, mediante la sentenza n. 25379 del 2013 che aveva riformato la decisione con cui, in secondo grado, veniva confermato il rigetto del ricorso volto ad impugnare il licenziamento di una dipendente dell’INPS che, assumendo di dover assistere la propria madre disabile, si rifiutava di trasferirsi da Roma a La Spezia. In tale sentenza del 2013, il Giudice di legittimità, dopo aver ribadito – sulla scorta della sua precedente pronuncia n. 2901/2012 – la necessità di una lettura costituzionalmente orientata dell’art. 33, comma 5, L. 104/92 (divieto di trasferimento, senza consenso, del lavoratore che assiste il familiare disabile convivente) che salvaguardi, ad ogni modo eventuali “*esigenze aziendali effettive ed urgenti*”, aveva pure rilevato che la Corte territoriale non avrebbe dovuto “*fermarsi alla mancanza di documentazione sulla invalidità della ricorrente ma procedere ad una valutazione della serietà e rilevanza (sotto lo specifico profilo della necessità di assistenza) dell’handicap da questa sofferta (eventualmente sulla base della documentazione disponibile) a fronte delle esigenze produttive sottese al trasferimento*”. La Corte di Appello, in sede di rinvio, ha tuttavia confermato il rigetto del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado e contro quest’ulteriore rigetto la lavoratrice è ricorsa in Cassazione. Il Supremo Collegio questa volta, ha dichiarato inammissibile il ricorso riscontrando, inoltre, la corretta applicazione del principio di diritto fissato in sede di legittimità in quanto: 1) risultava congruamente motivata la statuizione sul mancato assolvimento dell’onere della prova circa la gravità dell’invalidità della madre della ricorrente sotto il profilo della necessità di assistenza; 2) era stata accertata la sussistenza delle esigenze produttive sottese al trasferimento disposto dall’ente.

IL DIRITTO ALL'ISTRUZIONE
DELL'ALUNNO DISABILE:
PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA SOSTANZIALE
E "TAILORIZZAZIONE" DEL SERVIZIO

Marco Calabrò

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. Dimensione sociale ed effettività del diritto all'istruzione del disabile; 3. Percorsi educativi differenziati e principio di uguaglianza sostanziale; 4. Servizio di trasporto scolastico quale diretta espressione del servizio di istruzione; 5. Il ruolo del potere giurisdizionale nella perimetrazione del diritto all'istruzione del disabile; 6. Conclusioni.

1. *Premessa*

È indiscusso che la scuola rappresenti, insieme alla famiglia, l'istituzione all'interno della quale si formano le qualità non sono solo intellettuali, ma anche morali, spirituali e fisiche dell'individuo. Di conseguenza, garantire effettività al diritto all'istruzione costituisce, in ossequio al principio di solidarietà, un dovere inderogabile in capo allo Stato ordinamento.

Con specifico riferimento al diritto all'istruzione dell'alunno disabile¹, il quadro costituzionale di ri-

¹ Sulle questioni definitorie relative alla disabilità, con specifico riferimento al passaggio da un approccio teso a porre al centro la condizione fisica dell'individuo (con conseguenti interventi finalizzati unicamente a "curare" la persona) ad un modello di intervento che – valorizzando le limitazioni sociali, lavorative,

ferimento è composito: si va dall'art. 34 Cost., ove è sancito che la scuola è aperta a tutti, ai doveri della Repubblica di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della personalità individuale di cui all'art. 3 Cost., fino all'art. 38 Cost., co. 3, specificamente finalizzato a riconoscere il diritto all'educazione e all'avviamento professionale in capo agli "inabili e ai minorati".

In questo contesto, come ormai da tempo chiarito dalla Consulta, il principio di uguaglianza non trova applicazione unicamente sotto il profilo dell'accesso al servizio, ma si estende alla effettiva possibilità di ricevere un servizio adeguato agli obiettivi ad esso connessi². Obiettivi che, evidentemente, non si limitano alla acquisizione di un bagaglio di nozioni e strumenti conoscitivi idonei a preparare la persona al mondo del lavoro, ma che sono legati all'idea di scuola come luogo privilegiato nel quale si forma la personalità dell'individuo, nel quale il minore comprende le dinamiche sociali e sviluppa le capacità critiche per comprendere i fenomeni che lo circondano³.

culturali che rendono una persona "disabile" – si pone l'obiettivo di consentirne il superamento, si veda E. LONGO, *Unitarietà del bisogno di cura. Riflessioni sugli effetti giuridici conseguenti al passaggio dal modello medico al modello sociale di disabilità*, in *Non profit*, 2/2011, 35 ss.; A. LORENZETTI, *Dis-eguaglianza e disabilità*, in M. DELLA MORTE (a cura di), *La diseguaglianza nello Stato costituzionale*, Napoli, 2016, 176 ss.

² Corte Cost., 4 febbraio 1967, n. 7; Corte Cost., 19 luglio 1968, n. 106. Sulla effettiva portata delle garanzie costituzionali in materia di diritto all'istruzione si rinvia a V. ATRIPALDI, *Diritto allo studio*, Napoli, 1974.

³ Indaga la distinzione esistente tra "istruzione", intesa come

In coerenza con l'insegnamento di Pototschnig – laddove sottolineava come lo studente sia titolare di un vero e proprio diritto soggettivo a ricevere una istruzione adeguata nei confronti dei pubblici poteri⁴ – il principio di uguaglianza sostanziale (che lo stesso diritto allo studio contribuisce a garantire) non può quindi essere circoscritto al divieto di discriminazione di accesso al sistema scolastico.

Una interpretazione corretta del suddetto principio non può, di conseguenza, essere incentrata unicamente sul profilo reddituale: gli ostacoli da rimuovere ai sensi dell'art. 3 Cost. vanno ben oltre gli aspetti di natura economica, dovendosi estendere a qualsiasi impedimento (anche fisico) che non consenta all'individuo una piena inclusione e partecipazione alla vita della comunità scolastica⁵.

Il diritto all'istruzione dell'alunno disabile trova una sua specifica tutela anche a livello internazionale. L'art. 24 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (2006) dispone che gli Stati sono tenuti a garantire un sistema di istruzio-

servizio teso a far crescere la personalità di ciascuno, a “costruire” un individuo, e “formazione”, intesa invece come servizio teso a creare competenze professionali, F. GASPARI, *Istruzione, formazione e scuola digitale. Profili (critici) di diritto amministrativo*, Napoli, 2021, 14-20.

⁴ U. POTOTSCHNIG, *Istruzione (diritto alla)*, voce in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, 96 ss.

⁵ M. BENVENUTI, *L'istruzione come diritto sociale*, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI (a cura di), *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, Napoli, 2014, 147 ss.; F. MIDIRI, P. PROVENZANO, *La Costituzione «dimenticata». Il diritto allo studio e il merito*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2021, 167 ss.

ne inclusivo a tutti i livelli ed un apprendimento continuo lungo l'intero arco della vita, il tutto al fine di consentire lo sviluppo della personalità del minore e metterlo nelle condizioni di partecipare alla vita sociale. Sul versante europeo, il diritto all'istruzione del disabile trova, poi, copertura sia nell'art. 15 della Carta sociale europea⁶, sia nell'art. 26 della Carta dei diritti fondamentali UE, dove si riconosce in capo al disabile il diritto di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità⁷.

2. *Dimensione sociale ed effettività del diritto all'istruzione del disabile*

Proprio in ragione del tenore del quadro regola-

⁶ Nell'ambito delle politiche volte all'integrazione sociale delle persone portatrici di handicap, i Paesi firmatari si impegnano, tra l'altro, "ad adottare i provvedimenti necessari per somministrare alle persone inabili o minorate un orientamento, un'educazione ed una formazione professionale nel quadro del diritto comune ogni qualvolta ciò sia possibile oppure, se tale non è il caso, attraverso istituzioni specializzate pubbliche o private".

⁷ Di recente, anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. I, 10 settembre 2020, n. 24888, ha affermato che "Sussiste una violazione dell'art. 14 Cedu sul divieto di discriminazione, letto in combinato disposto con l'art. 2, Protocollo n. 1, CEDU, sul diritto all'istruzione, da parte di uno Stato contraente le cui autorità amministrative non attuino tutte le misure necessarie a garantire il diritto all'istruzione di un minore con disabilità, il quale non può così beneficiare delle stesse condizioni di frequenza della scuola primaria e delle possibilità di apprendimento che sono viceversa assicurati agli altri allievi della scuola".

torio di riferimento, nazionale e internazionale, una parte della dottrina ha ritenuto di poter parlare di un vero e proprio diritto alla socializzazione del disabile, al fine di rimarcare il passaggio da una concezione dell'amministrazione di servizio volta unicamente a fornire aiuti per la sussistenza fisica e psichica del disabile, ad un intervento pubblico finalizzato primariamente all'inclusione sociale ed a consentire una partecipazione consapevole alla vita della comunità⁸.

Al riguardo, è di notevole interesse una ormai risalente pronuncia della Corte Costituzionale (n. 215/1987) con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di una disposizione statale che prevedeva che per i soggetti disabili sarebbe stata "facilitata", anziché "assicurata", la frequenza alle scuole superiori⁹. L'inclusione scolastica, anche al di fuori del limi-

⁸ C. COLAPIETRO, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il "nuovo" diritto alla socializzazione*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2020, 121 ss.

⁹ Si trattava dell'art. 28 della l. n. 118/1971 (Conversione in legge del decreto-legge 30 gennaio 1971, n. 5, e nuove norme in favore dei mutilati ed invalidi civili). In particolare, con una pronuncia a carattere sostitutivo, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 28 cit. "nella parte in cui, in riferimento ai soggetti portatori di handicaps, prevede che «Sarà facilitata», anziché disporre che «È assicurata», la frequenza alle scuole medie superiori. In questo modo, la disposizione acquista valore immediatamente precettivo e cogente, ed impone perciò ai competenti organi scolastici sia di non frapporre a tale frequenza impedimenti non consentiti alla stregua delle precisazioni sopra svolte, sia di dare attuazione alle misure che, in virtù dei poteri-doveri loro istituzionalmente attribuiti, ovvero dell'esistente normazione regionale, secondaria o amministrativa (cfr. par. 2), possano già allo stato essere da essi concretizzate o promosse".

te della cd. scuola dell'obbligo, viene espressamente ritenuta un tassello fondamentale nel passaggio dalla logica meramente assistenziale alla logica della rimozione delle barriere di qualunque genere, necessaria per garantire la piena libertà come persona e come cittadino¹⁰. In quell'occasione, tra l'altro, la Consulta per la prima volta sottolinea come il quotidiano confronto con i compagni ed il corpo insegnante costituisca un rilevante fattore di socializzazione idoneo a contribuire allo sviluppo delle potenzialità del disabile ed a ridurre i condizionamenti indotti dalla minorazione¹¹, in una prospettiva, quindi, volta a porre al centro le capacità e non le disabilità dell'alunno¹².

La dimensione "sociale" della tutela del diritto all'istruzione del disabile¹³ è emersa, poi, con partico-

¹⁰ Corte Cost., 8 giugno 1987, n. 215, in *Giur. it.*, 1988, I, 148. Per un commento a tale importante pronuncia si rinvia a C. MORO, *L'eguaglianza sostanziale e il diritto allo studio: una svolta della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1987, 3064 ss.

¹¹ Cfr. Corte Cost., 6 luglio 2001, n. 226, in *Foro it.*, 2001, 3041. In generale, sulla centralità di un confronto quotidiano con gli altri studenti e con un corpo insegnante di riferimento per il corretto sviluppo della personalità dei ragazzi v. A. BARONCELLI, G. TAMBASCO, E. CIUCCI, *Supporto sociale dato e ricevuto nelle relazioni tra pari a scuola: proposta di un breve questionario self-report*, in *Giornale italiano di psicologia*, 1-2/2016, 317 ss.

¹² Cfr. Cons. Stato, Sez. I, parere 15 marzo 2021, n. 403, in *www.giustizia-amministrativa.it*. L. TOMASSI, *La garanzia del diritto all'istruzione secondo il modello sociale di disabilità e l'inefficienza amministrativa*, in M. INTERLANDI (a cura di), *Funzione amministrativa e diritti delle persone con disabilità*, Napoli, 2022, 269 ss.

¹³ Sulla valenza sociale del diritto all'istruzione in generale sia consentito rinviare a M. CALABRÒ, S. TUCCILLO, *Diritto allo studio e social diversity in Italia nel periodo pandemico*, in *Ambienteditto*, 1/2022, 1 ss., nonché, *ex multis*, a F. FRACCHIA, *Il sistema edu-*

lare intensità nel corso del recente periodo pandemico. La previsione della didattica in presenza a favore dei soggetti disabili anche in pieno lockdown ha, infatti, incluso l'obbligo degli istituti scolastici di coinvolgere nelle attività in presenza anche piccoli gruppi di alunni normodotati, al dichiarato fine di dare continuità al processo di inclusione e relazione tra pari¹⁴.

Si configura, pertanto, un diritto pieno ad accedere al servizio di istruzione nella sua interezza ed a beneficiare integralmente degli apporti derivanti dalla vita nell'ambito nella comunità scolastica. Il passaggio logico successivo è che le prestazioni offerte dal titolare del servizio devono essere "proporzionate" al bisogno effettivo del minore. Ciò comporta, come vedremo, che l'azione pubblica deve essere necessariamente ispirata ad una certa "elasticità" prestazionale e organizzativa: occorre, ad esempio, trovare un equilibrio tra l'individuazione di necessari standard presta-

cativo di istruzione e formazione, Torino, 2008, 29 ss.; A.M. POGGI, *Per un "diverso" Stato sociale. La parabola del diritto all'istruzione nel nostro Paese*, Bologna, 2019.

¹⁴ Cfr. Nota prot. n. 662 del 12 marzo 2021 del Dipartimento per il sistema educativo di istruzione e di formazione (reperibile in <https://www.miur.gov.it/documents/20182/0/Nota+prot.+662+del+12+marzo+2021.pdf>), ove era indicato che le istituzioni scolastiche non si sarebbero dovute limitare a consentire la frequenza solo agli alunni disabili, "ma al fine di rendere effettivo il principio di inclusione valuteranno di coinvolgere nelle attività in presenza anche altri alunni appartenenti alla stessa sezione o gruppo classe – secondo metodi e strumenti autonomamente stabiliti e che ne consentano la completa rotazione in un tempo definito – con i quali gli studenti BES possano continuare a sperimentare l'adeguata relazione nel gruppo dei pari, in costante rapporto educativo con il personale docente e non docente presente a scuola".

zionali e la possibilità di derogare agli stessi in relazione agli studenti con difficoltà di apprendimento; così come, dal punto di vista organizzativo, la giurisprudenza già consente, anche in deroga ai limiti normativi, l'assunzione a tempo determinato di insegnanti di sostegno al fine di ovviare a carenze di organico tali da pregiudicare il diritto all'istruzione del disabile¹⁵.

Viene prospettata, al riguardo, la necessità di rifuggire dalla tendenza all'“accaparramento assimilatorio”¹⁶: l'individuo, nella sua unicità, è al centro dell'esercizio della funzione, il che impone ai diversi livelli istituzionali che operano nel settore di adeguare l'azione alle effettive esigenze delle persone nella loro specifica diversità. In tal senso, l'attuazione del principio di uguaglianza in senso sostanziale assume una valenza anche “inclusiva”: il conseguimento di un assetto organizzativo e prestazionale tale da garantire a tutti i fruitori del servizio uguali opportunità configura, nel contempo, sia un obiettivo in sé, che uno strumento finalizzato a far sì che la scuola rappresenti una comunità realmente aperta e tale da esprimere pienamente la sua valenza sociale.

L'obbligo di garantire un servizio adeguato alle effettive esigenze (educative e formative) dell'alunno disabile intercetta inevitabilmente il tema dell'auto-

¹⁵ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III *bis*, 2 dicembre 2014, n. 13623; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 17 novembre 2014, n. 957, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁶ L. GIANI, *Disabilità e diritto all'istruzione: alla ricerca di un difficile equilibrio tra persona e valore economico della prestazione (pubblica)*, in M. INTERLANDI (a cura di), *Funzione amministrativa e diritti delle persone con disabilità*, Napoli, 2022, 152.

nomia scolastica. Il settore della scuola è interessato da tempo da ampi profili di autonomia, sia organizzativa che funzionale¹⁷; essa, tuttavia, è destinata ad essere conformata *ab externo* a fronte di specifiche e prevalenti necessità derivanti dalla adeguata gestione del minore affetto da handicap. Si pensi, ad esempio, al limite numerico legislativamente previsto di massimo 20 studenti nelle classi che accolgono un alunno con disabilità: in realtà, la disposizione (art. 5 d.p.r. 81/2009), con una formulazione piuttosto criticabile, si limita a sancire che “di norma” non è possibile superare i 20 studenti; tuttavia, la stessa disposizione chiarisce poi che qualsiasi deroga a tale limite necessita di una specifica motivazione¹⁸ e la giurisprudenza ha in più occasioni affermato che, piuttosto che inserire il disabile in classi numerose, l’istituto scolastico è tenuto ad attivare una sezione ulteriore, anche in deroga ai limiti generalmente stabiliti per l’incremento del numero delle classi¹⁹.

¹⁷ F. SAITTA, *L'autonomia statutaria delle istituzioni scolastiche: prospettiva concreta o «utopia imperfetta»?*, in *Federalismi*, 2019; F. CORTESE (a cura di), *Tra amministrazione e scuola*, Napoli, 2014; M. BOMBARDELLI, M. COSULICH (a cura di), *L'autonomia scolastica nel sistema delle autonomie*, Padova, 2005.

¹⁸ “Nella scuola secondaria ciascuna classe in cui sia presente un alunno disabile non può essere costituita da più di 20 alunni, talché la costituzione di una classe con un numero di alunni superiore è illegittima, in difetto di motivazione della deroga al contingente numerico fissato dall’art. 5, comma 2, del d.P.R. n. 81/2009” (T.A.R. Toscana, Sez. I, 7 dicembre 2018, n. 1581, in *Foro amm.*, 12/2018, 2252).

¹⁹ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 28 febbraio 2018, n. 2250, in *Foro amm.*, 2/2018, 298; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 6 giugno 2014, n. 246, in *Foro amm.*, 6/2014, 1848.

Un ulteriore fattore destinato ad incidere sulle scelte organizzative e prestazionali nell'ambito della programmazione e gestione del servizio scolastico è, ovviamente, quello della sostenibilità economica degli interventi pubblici volti a garantire effettività al diritto all'istruzione del minore disabile. In linea generale, la necessità di bilanciare garanzia dei diritti sociali e profili di sostenibilità economica è sempre esistita, ma essa è stata acuita a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione e della relativa configurazione delle esigenze di bilancio come valore costituzionale. In un primo momento l'equilibrio di bilancio è stato considerato un valore addirittura non bilanciabile²⁰, posizione poi ridimensionata sulla base di importanti sentenze interpretative della Consulta²¹. Come vedremo, tuttavia, diversi arresti della Corte Costituzionale, concernenti sia specifiche misure di sostegno che, in generale, l'organizzazione dell'offerta formativa, hanno disegnato nel settore di cui ci si occupa un quadro connotato da non poche peculiarità, giustificate dalla considerazione che la garanzia dell'effettività del diritto di istruzione in capo all'alunno affetto da handicap rappresenta un dovere primario dello Stato rispetto al quale profili di finanza pubblica assumono un carattere assolutamente recessivo.

Sulla base dell'inquadramento del tema sintetica-

²⁰ L. GIANI, *Disabilità e diritto all'istruzione: alla ricerca di un difficile equilibrio tra persona e valore economico della prestazione (pubblica)*, cit., 141.

²¹ Cfr. Corte Cost., 1° dicembre 2017, n. 250, in *Giur. cost.*, 6/2017, 2592; Corte Cost., 15 luglio 2015, n. 155, in *Giur. cost.*, 4/2015, 1291.

mente delineato, si intende, nel prosieguo, soffermarsi su tre specifici profili che si ritiene rivestano una valenza particolarmente significativa nell'ambito della complessa disciplina del diritto all'istruzione dell'alunno disabile, ovvero: la predisposizione di percorsi educativi differenziati; il servizio di trasporto scolastico; i caratteri del contenzioso tra famiglie e istituti scolastici nella gestione del servizio educativo offerto all'alunno disabile.

3. *Percorsi educativi differenziati e principio di uguaglianza sostanziale*

La Corte costituzionale ha in più occasioni sottolineato come nei confronti dei soggetti disabili l'effettività della garanzia dei diritti sociali presupponga la pretesa di ricevere forme di assistenza ulteriore, volte a facilitare la fruizione del servizio e rendere per l'appunto effettivo il diritto²². In tale contesto, si inquadra anche il diritto a poter beneficiare di percorsi educativi differenziati, che, tuttavia, deve essere letto in uno con gli obiettivi di inclusione e integrazione insiti nella attuale concezione del servizio istruzione. Ciò implica, tra l'altro, il rifiuto di modelli comportanti la creazione di classi speciali²³, dovendosi piuttosto

²² Cfr. Corte Cost., 26 febbraio 2010, n. 80, in *Giur. cost.*, 1/2010, 879.

²³ In Italia le classi "speciali" per i soggetti disabili sono state abolite con la l. 4 agosto 1977, n. 517, proprio introducendo la figura dell'insegnante di sostegno. In passato, invero, la Corte Costituzionale aveva sostenuto che l'oggettiva diversità esistente tra

optare per una impostazione di classi miste, all'interno delle quali i soggetti disabili possano beneficiare di aiuti ulteriori, adeguati alla tipologia di disabilità di cui soffrono. L'opzione delle classi miste, tra l'altro, nasconde una duplice finalità: da un lato, essa mira a facilitare l'integrazione del disabile all'interno della società; dall'altro lato, il contatto quotidiano con coetanei portatori di un handicap consente al minore non disabile di sviluppare una personalità empatica e solidaristica²⁴.

Tra le misure di integrazione previste nell'ambito dei percorsi educativi differenziati offerti all'alunno disabile, assume evidentemente un ruolo centrale l'affiancamento di un docente di sostegno specializzato²⁵. Questi non solo partecipa alla programmazione educativa e didattica, ma diventa co-protagonista insieme al docente titolare, in quanto è chiamato a rapportarsi non unicamente ed isolatamente con l'alunno disabile, bensì con l'intera classe, per l'appunto in una prospettiva di integrazione²⁶. In questo contesto,

vedenti e non vedenti legittimasse quelle disposizioni normative volte a prevedere l'istituzione di scuole elementari speciali destinate ai soli alunni non vedenti (cfr. Corte Cost., 28 maggio 1975, n. 125, in *Giur. cost.*, 1975, 1297).

²⁴ G. SAVARESE, *Relazioni amicali e disabilità*, in *Cittadini in crescita*, 2015, 17 ss.

²⁵ Sottolinea la rilevanza del diritto a poter beneficiare di una costante presenza di un insegnante di sostegno, parlandone in termini di "vera e propria conquista di civiltà", L. BUSCEMA, *Il diritto all'istruzione degli studenti disabili*, in *Rivistaaic*, 4/2015, 1 ss.

²⁶ F. MADEO, *Insegnante di sostegno: possibile la presenza per tutte le ore di frequenza scolastica dello studente disabile grave*, in *Giur. cost.*, 2010, 1835 ss.

ciò che maggiormente interessa lo studioso di diritto amministrativo è verificare il margine discrezionale di apprezzamento esistente in capo all'amministrazione nell'individuare le misure necessarie a garantire al minore disabile un diritto all'istruzione effettivo, tra le quali in primo luogo la predisposizione di un piano educativo personalizzato ed il riconoscimento di ore di sostegno.

Sul punto, di notevole interesse è la pronuncia della Consulta n. 80/2010, relativa ad un minore al quale era stato riconosciuto un ridotto quantitativo di ore di sostegno in applicazione di una legge finanziaria che sembrava imporre interventi di spending review anche in questo settore²⁷. La Corte – partendo dalla premessa che esigenze di ordine economico possono conformare la soddisfazione di un diritto fondamentale, ma non privarlo del suo nucleo essenziale – dichiara l'illegittimità delle norme impugnate, nella misura in cui non consentivano di calibrare sulle esigenze del singolo caso i meccanismi di rimozione degli ostacoli, stabilendo in astratto un limite di ore non valicabile e valevole per tutti, a prescindere dal grado di handicap di ciascuno, nonché escludendo la possibilità di assumere insegnanti di sostegno in deroga al divieto di assunzioni.

A tale pronuncia ne sono seguite molte altre, anche del giudice amministrativo, con le quali è stato ribadito come l'organizzazione delle attività di soste-

²⁷ Corte Cost., 26 febbraio 2010, n. 80, in *Giur. cost.*, 1/2010, 879, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, commi 413 e 414, della l. 24 dicembre 2007 n. 244.

gno da parte dell'istituto scolastico debba consentire interventi adeguati alle peculiari esigenze del singolo alunno che – tenendo conto della specifica tipologia di handicap – gli assicurino concretamente il diritto all'istruzione e all'integrazione scolastica²⁸. Condivisibilmente, una certa dottrina parla, al riguardo, di diritto all'istruzione del disabile che, da condizionato, diventa “condizionante” le politiche pubbliche e l'esercizio della discrezionalità sotteso alle stesse²⁹.

Il documento nel quale sono destinate a cristallizzarsi le specificità del percorso educativo del disabile è, come noto, il Piano Educativo Individualizzato (PEI), atto con il quale sono essenzialmente individuate le caratteristiche proprie dell'handicap del singolo alunno, ovvero i suoi effettivi bisogni, nonché consequenzialmente definiti i contenuti delle prestazioni integrative ottimali per garantirgli il diritto all'istruzione³⁰.

²⁸ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 27 marzo 2020, n. 1273, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 19 febbraio 2020, n. 794, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. VI, 1 dicembre 2015, n. 5428, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²⁹ L. GIANI, *Disabilità e diritto all'istruzione: alla ricerca di un difficile equilibrio tra persona e valore economico della prestazione (pubblica)*, cit., la quale rinviene nella prevalenza dei diritti incompressibili dell'alunno disabile sui limiti di disponibilità finanziaria – sancita a chiare lettere dalla Consulta – “un limite alla discrezionalità del legislatore esplicitato nella «garanzia del nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati», o meglio quel nucleo indefettibile che consente di dare piena soddisfazione al diritto”, 148.

³⁰ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 12 maggio 2020, n. 1714, in *Foro amm.*, 5/2020, 1077. A. CESARO, *Piano educativo individualizzato*, in *Studium educationis*, 2/2021, 122 ss.

Il PEI, in realtà, configura l'ultimo atto di un procedimento complesso nel quale assumono un ruolo essenziale il principio di leale collaborazione istituzionale, da un lato, ed il principio di leale collaborazione tra privato e pubblica amministrazione (nel caso di specie, tra istituzioni scolastiche e famiglie) dall'altro. Tale circostanza emerge, in particolare, nella fase endo-procedimentale destinata a confluire nella redazione del c.d. Profilo di funzionamento, documento nel quale si cristallizzano gli effettivi bisogni del minore e si individuano le competenze necessarie e le tipologie di misure di sostegno idonee a garantire l'inclusione scolastica. Ed infatti, alla elaborazione di tale documento contribuiscono sia amministrazioni aventi competenze eterogenee – dalla a.s.l. (nella sua componente medica e psicologica), ai docenti scolastici specializzati in sostegno, fino all'ente locale (rappresentato da un assistente sociale) – sia la famiglia dell'alunno interessato.

Emerge in maniera chiara un preciso disegno del regolatore, volto a determinare la unitarietà dell'intervento della rete dei servizi per rispondere efficacemente ai bisogni dell'individuo³¹. A tal fine, presso ogni Istituzione scolastica sono costituiti i Gruppi di Lavoro per l'Handicap Operativi (GLHO) per l'inclusione dei singoli alunni con accertata condizione di disabilità. Ogni Gruppo di Lavoro è composto dal team dei docenti, dai genitori dell'alunno con disabi-

³¹ R. MORZENTI PELLEGRINI, *La nuova dinamica del rapporto Istituzioni scolastiche – Enti territoriali e locali tra autonomia e pluralismo*, *Riv. giur. della scuola*, 2006, 7 ss.

lità, nonché da figure professionali specifiche, interne ed esterne all'istituzione scolastica, che interagiscono con la classe e con l'alunno portatore di handicap³².

Apparentemente, al GLHO è riconosciuta una funzione di tipo istruttorio e non decisionale, essendo questi chiamato a “proporre” la tipologia di misure da adottare ed il numero di ore di sostegno necessarie; ma la giurisprudenza ha chiarito ormai da tempo che né il dirigente scolastico, a cui sono presentate le proposte, né l'Ufficio Scolastico Regionale, chiamato ad autorizzare la relativa spesa, sono legittimati ad intervenire nel merito³³. Il dirigente scolastico, dunque, è sostanzialmente tenuto a recepire le indicazioni del GLHO ed a chiedere all'ufficio regionale l'attribuzione di un numero di insegnanti di sostegno adeguato alle ore complessive da attribuire; una volta ottenuto il numero di insegnanti di sostegno sufficiente, lo stesso dirigente è poi chiamato a disporre delle ore loro assegnate, attribuendole ai minori disabili coerentemente con i rispettivi PEI³⁴.

³² Sulle competenze specifiche del G.L.O.H. cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 3 settembre 2020, n. 9312, in *Foro amm.*, 9/2020, 1761.

³³ Cfr. T.A.R., Campobasso, Sez. I, 29 ottobre 2020, n. 295, in *Foro amm.*, 10/2020, 1929; Cons. Stato, Sez. VI, 6 febbraio 2018, n. 758, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. VI, 3 maggio 2017, n. 2023, in *Diritto & Giustizia*, 79/2017, 16 ss., con nota di M. BOMBI, *Diritto allo studio, disabilità e competenze*. L'ufficio regionale, in particolare, si limita a verificare i presupposti di spesa e a giustificare l'impegno e il pagamento delle relative somme: passaggio sicuramente essenziale, in quanto i fondi necessari devono essere di volta in volta attribuiti all'istituto scolastico, ma che finisce per avere una valenza meramente ricognitiva di scelte prese altrove.

³⁴ T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 16 febbraio 2021, n.

La disciplina sembra, quindi, piuttosto lineare. Essa, tuttavia, nasconde non poche criticità che, come si avrà modo di esaminare a breve, alimentano un ampio contenzioso. La complessità procedurale è aggravata dalla circostanza che alcuni subprocedimenti hanno fonti diverse dalla normativa a tutela dei disabili: si pensi ai procedimenti volti alla determinazione dei contingenti del personale di sostegno, disciplinati da leggi autonome sul contenimento della spesa pubblica e sulla lotta al precariato. Un ulteriore aspetto di “complessità” è rappresentato dal fatto che il dimensionamento della prestazione di sostegno ha carattere necessariamente dinamico, in quanto connesso all’andamento della patologia; con la conseguenza che esso è soggetto a periodica revisione, proprio al fine di verificare l’esigenza di modificare le misure adottate a fronte del conseguimento di eventuali recuperi (o dell’aggravamento di alcuni deficit) da parte dell’allunno disabile³⁵.

431, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cass. civ., Sez. Un., 8 ottobre 2019, n. 25101, in *Guida al diritto*, 4/2020, 62.

³⁵ Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 10 febbraio 2020, n. 277, in *Foro amm.*, 2/2020, 268; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 5 marzo 2019, n. 1233, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 20 novembre 2018, n. 2612, in *Foro amm.*, 11/2018, 1976, ove viene specificato che “È per questa ragione che l’art. 12, l. n. 104/1992 prevede periodici aggiornamenti correlati a periodiche verifiche dei bisogni della persona portatrice di handicap. Pertanto, sino a quando non si proceda con i periodici aggiornamenti previsti dall’art. 12, l. n. 104/1992 e dall’art. 3, d.P.C.M. n. 185 del 2006, a loro volta correlati alle periodiche verifiche dei bisogni della persona disabile, le Amministrazioni competenti debbono continuare ad erogare le prestazioni in essere, dovendosi ragionevolmente presumere la loro perduran-

4. Servizio di trasporto scolastico quale diretta espressione del servizio di istruzione

Il servizio di trasporto scolastico rappresenta per buona parte degli alunni affetti da handicap un aspetto essenziale nell'ambito del più ampio quadro delle garanzie di effettività del diritto all'istruzione. La non sempre adeguata offerta di tale servizio da parte delle istituzioni scolastiche ha dato vita ad un ampio contenzioso, la cui breve analisi può aiutare a meglio inquadrare la natura e la portata del servizio stesso.

Il *leading case* è rappresentato dalla pronuncia della Corte Costituzionale n. 275/2016³⁶. Essa aveva ad oggetto l'art. 6, co. 2-*bis* della l. r. Abruzzo n. 78/1978, ove era prevista una compartecipazione alle spese per il servizio trasporto disabili tra le Province e la Regione; in particolare la Regione avrebbe dovuto contribuire in misura pari al 50% dell'ammontare della spesa, ammontare di anno in anno evincibile dalle richieste presentate dalle famiglie. La stessa disposizione, tuttavia, stabiliva che la misura del contributo regionale fosse soggetta al limite della disponibilità finanziaria determinata dalle leggi di bilancio regionale. La Consulta conclude per l'incostituzionalità della norma in quanto essa finiva per consentire alla

te indispensabilità ai fini della proficua fruizione dei servizi scolastici da parte dei soggetti bisognosi che ne beneficiano”.

³⁶ Corte Cost., 16 dicembre 2016, n. 275, in *Giur. cost.*, 6/2010, con commenti di L. CARLASSARE, *Bilancio e diritti fondamentali: i limiti “invalicabili” alla discrezionalità del legislatore*, 2339 ss. e di A. LUCARELLI, *Il diritto all'istruzione del disabile: oltre i diritti finanziariamente condizionati*, 2343 ss.

Regione di venire meno all'impegno di contribuire per il 50% della spesa in ragione di scelte finanziarie che la stessa Regione avrebbe potuto effettuare senza alcun onere di motivazione; semplicemente decidendo di iscrivere una somma inferiore in quella voce di bilancio.

La Corte, nell'occasione, chiarisce che il diritto di ricevere il servizio di trasporto scolastico costituisce una espressione della libertà di circolazione, a sua volta definita in termini di "libertà presupposto"³⁷, in quanto finalizzata alla soddisfazione di altri diritti costituzionalmente tutelati, quali per l'appunto il diritto all'istruzione. In tale ottica, il diritto al trasporto dall'abitazione all'istituto scolastico si configura come una espressione diretta del più ampio diritto all'istruzione e non come una prestazione collaterale di altra natura. I Giudici non escludono, ovviamente, che anche i diritti fondamentali possano essere oggetto di bilanciamento con le esigenze economiche; tuttavia, la discrezionalità del legislatore e dell'amministrazione troverebbe un preciso limite nell'obbligo di garantire il nucleo essenziale del diritto³⁸. Ed è proprio questo il passaggio più interessante della pronuncia: per la prima volta viene espressamente affermato che "il

³⁷ A. ZITO, *La politica pubblica delle infrastrutture di trasporto: presupposti e condizioni per una gestione efficace*, in G. COLOMBINI, M. D'ORSOGNA, L. GIANI, A. POLICE (a cura di), *Infrastrutture di trasporto e sistemi di regolazione e gestione. Coesione, sostenibilità, finanziamenti*, I, Napoli, 2019, 61.

³⁸ F. GAMBARELLA, *Diritto all'istruzione dei disabili e vincoli di bilancio nella recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Nomos*, 1/2017, 1 ss.

limite della disponibilità finanziaria non può condizionare la doverosa erogazione delle prestazioni a garanzia della effettività dei diritti insopprimibili, ma al contrario è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio”.

Sempre nell’ottica dell’inquadramento del servizio di trasporto scolastico come parte essenziale del diritto all’istruzione del disabile, una successiva pronuncia del Consiglio di Stato ha ritenuto illegittimo il silenzio serbato da Comune, Provincia e Regione a fronte di ripetute e motivate richieste di attivazione del suddetto servizio da parte della famiglia di uno studente disabile³⁹.

Più di recente, lo stesso Consiglio di Stato⁴⁰ si è espresso su un profilo parzialmente differente, ovvero se il servizio di trasporto scolastico del disabile debba essere offerto gratuitamente, in quanto espressione diretta del diritto fondamentale all’istruzione, oppure se per esso sia ipotizzabile una contribuzione delle famiglie commisurata al reddito delle stesse, configurandosi quale servizio di trasporto socio-sanitario. Il caso riguardava una minore affetta da gravi handicap motori, i cui genitori avevano presentato richiesta all’am-

³⁹ Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2018, n. 809, in *www.giustizia-amministrativa.it*, commentata da F. PATERNITI, *La necessaria collaborazione tra enti locali nelle azioni di sostegno alla disabilità al fine di tutelare il diritto fondamentale all’istruzione*, in *Federalismi*, 7/2018.

⁴⁰ Cons. Stato, Sez. I, parere 15 marzo 2021 n. 403, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Per una analitica disamina della pronuncia si rinvia a F. GASPARI, *Diritto all’istruzione del disabile, servizio di trasporto scolastico e limiti della sussidiarietà orizzontale*, in *Diritto e politica dei trasporti*, 2021, 143 ss.

ministrazione comunale per l'attivazione del servizio di trasporto scolastico. Quest'ultima, nell'organizzare il servizio, inquadrava lo stesso nell'ambito dei servizi socio-assistenziali e, pertanto, chiedeva un contributo al soggetto fruitore del servizio: come noto, infatti, in caso di prestazioni socio-assistenziali è la famiglia a dover affrontare le spese in via primaria e il contributo della finanza pubblica svolge un ruolo solo eventuale e sussidiario⁴¹.

Il Consiglio di Stato, nel respingere la ricostruzione operata dall'amministrazione, definisce il diritto di trasporto gratuito per il disabile un diritto soggettivo che non lascia margini di discrezionalità all'ente locale⁴². Di qui, i giudici finiscono, altresì, per considerare inconfidente il richiamo dell'amministrazione al principio di sussidiarietà orizzontale e, pertanto,

⁴¹ Cfr. Corte Cost. 14 gennaio 2016, n. 2, in *Giur. cost.*, 1/2016, 24, con nota di S. MABELLINI, *La "declinazione sussidiaria" del principio di solidarietà... ovvero un passe-partout per il principio dell'equilibrio di bilancio*, 32 ss. La Consulta, dopo aver ricordato come proprio la famiglia rappresenti "la sede privilegiata del più partecipe soddisfacimento delle esigenze connesse ai disagi del relativo componente, così da mantenere *intra moenia* il rapporto affettivo e di opportuna e necessaria assistenza, configurando solo come sussidiaria — e comunque secondaria e complementare — la scelta verso soluzioni assistenziali esterne", conclude affermando che "la garanzia costituzionale del «diritto al mantenimento e all'assistenza sociale» presuppone che la persona disabile sia «sprovvista dei mezzi necessari per vivere» e che l'accertamento di questa condizione di effettiva indigenza possa richiedere anche una valutazione delle condizioni economiche dei soggetti tenuti all'obbligo alimentare".

⁴² In termini cfr. Cons. Stato, Sez. V, 9 marzo 2020, n. 1675 e Id., 7 febbraio 2018, n. 809, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*.

il coinvolgimento delle famiglie nel contribuire alla soddisfazione del diritto allo studio dei propri figli. La strumentalità del trasporto in chiave di effettiva garanzia del principio di uguaglianza sostanziale fa sì che imporre ai genitori di sopportare oneri derivanti dal trasporto scolastico rappresenterebbe una violazione del principio costituzionale della gratuità della scuola.

Trova ulteriore conferma, pertanto, la prospettata configurazione del servizio (gratuito) di trasporto scolastico di un disabile in termini di diritto soggettivo, da inquadrare nell'ambito del più ampio diritto all'istruzione, pena la violazione dell'art. 34 Cost. e del relativo obbligo della Repubblica di riconoscere a tutti uguali possibilità nell'accesso alla scuola.

5. *Il ruolo del potere giurisdizionale nella perimetrazione del diritto all'istruzione del disabile*

Una volta definito il perimetro di un diritto fondamentale in termini regolatori, è evidente che l'impegno dello Stato-Apparato non possa dirsi concluso. A fronte di scelte organizzative illegittime, di ingiustificati dinieghi in risposta a legittime richieste, di ipotesi di inerzia o anche di semplice *maladministration*, è necessario che siano predisposti adeguati strumenti di tutela giudiziaria e giustiziale⁴³.

⁴³ “La positivizzazione dei diritti (asseritamente) inviolabili non esaurisce tuttavia la ricerca degli strumenti della loro affermazione giuridica, atteso che si dimostra necessario, in una logica di separazione tra poteri intesa quale ausilio garantistico delle

Il contenzioso tra famiglie e istituti scolastici nella gestione del servizio educativo offerto all'alunno disabile si presenta da sempre particolarmente articolato, potendo riguardare tanto il momento della programmazione del percorso educativo, quanto quello della sua attuazione. In più occasioni è stato, ad esempio, censurato il comportamento di inerzia tenuto dall'amministrazione a fronte di legittime istanze, quali la richiesta di tempestività nella assegnazione delle ore di sostegno⁴⁴.

Analogamente, la Cassazione nel 2014⁴⁵ ha accertato la natura discriminatoria della decisione di un istituto scolastico che aveva riconosciuto ad una alunna disabile un numero di ore di insegnamento di sostegno inferiore rispetto a quello stabilito dal PEI, ricordando che – una volta individuato il numero di ore necessario per il percorso di inclusione – all'amministrazione non residua alcun margine di discrezionalità nell'incidere sullo stesso per ragioni organizzative o finanziarie⁴⁶.

libertà, riservare al potere giudiziario un fondamentale ruolo ai fini dell'assicurazione dell'effettività dei diritti fondamentali”, L. BUSCEMA, *Il diritto all'istruzione degli studenti disabili*, cit., 29.

⁴⁴ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 15 marzo 2022, n. 2961, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 9 marzo 2020, n. 1042, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. VI, 10 luglio 2017, n. 3393, in *Foro amm.*, 7-8/2017, 1575.

⁴⁵ Cass., Sez. Un., 25 novembre 2014, n. 25011, in *Foro it.*, 3/2015, 951, con nota di E. SCODITTI, *I diritti fondamentali fra giudice ordinario e giudice amministrativo*.

⁴⁶ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 5 marzo 2019, n. 1214, in *Foro amm.*, 3/2019, 600. Sulla risarcibilità del pregiudizio, *sub specie* di danno esistenziale, subito dal minore disabile al

Che quanto prescritto dal PEI venga rispettato solo nella forma è, tuttavia, un ulteriore rischio da considerare. È il caso, ad esempio, dell'assegnazione al minore di un insegnante di sostegno privo delle capacità specificamente necessarie per coadiuvare il suo bisogno educativo speciale. Così come anche le ipotesi concernenti l'assenza di continuità nella prestazione di sostegno, allorché il minore venga affidato ad insegnanti di sostegno sempre differenti, di anno in anno, se non addirittura nel medesimo anno scolastico⁴⁷.

Un ulteriore profilo che emerge dall'esame del contenzioso è quello della scarsa rilevanza della pur riconosciuta risarcibilità degli eventuali danni subiti dal minore. L'assoluta inadeguatezza di un ristoro economico si manifesta soprattutto quando il danno non deriva da mera disfunzione del servizio (ovviabile, una volta emersa), quanto piuttosto da comportamenti o atti di natura (scientemente) discriminatoria⁴⁸. Si pensi al tristemente noto caso della dirigente scolastica condannata per non aver autorizzato un alunno affetto da sindrome di down a partecipare alle uscite didattiche ed aver contestualmente intimato insegnanti ed alunni di non informare il minore ed i suoi genitori delle attività esterne⁴⁹.

quale l'istituto scolastico non abbia riconosciuto il numero di ore di sostegno programmate nel PEI, v. Cons. Stato, Sez. VI, 1 aprile 2016, n. 1286, in *Foro amm.*, 4/2016, 818.

⁴⁷ T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 11 luglio 2013, n. 1491, in *Foro amm.-TAR*, 7-8/2013, 2598; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 21 settembre 2011, n. 1813, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁴⁸ L. BUSCEMA, *Il diritto all'istruzione degli studenti disabili*, cit., 25.

⁴⁹ Cfr. Trib., Catanzaro, Sez. I, 15 gennaio 2013, in *Resp. civ.*

Un dibattito particolarmente interessante, in relazione al contenzioso tra istituti scolastici e famiglie, è sorto (ed ancora è vivo) in punto di riparto di giurisdizione. Per lungo tempo Cassazione e Consiglio di Stato si sono mostrati concordi nel riconoscere la giurisdizione del giudice amministrativo: l'amministrazione, nell'esercizio del suo potere discrezionale, ha il compito di dare concretezza alle aspettative degli alunni con disabilità mediante una equa e ragionevole utilizzazione delle risorse. Da qui la riconduzione del contenzioso tra genitori e istituzioni scolastiche nell'ambito della giurisdizione esclusiva del g.a. in materia di servizi pubblici⁵⁰.

In questo contesto si è, però, innestata la già citata giurisprudenza della Corte Costituzionale che ha segnato la prevalenza del diritto fondamentale di istruzione del disabile sulle esigenze di natura economico-finanziaria. Alla luce di tale inquadramento l'orientamento della Cassazione in tema di giurisdizione muta radicalmente: dalla ricostruzione del diritto all'istruzione del disabile come diritto incompressibile, la Cassazione fa discendere l'attribuzione al giudice ordinario delle controversie insorte successivamente alla individuazione del nucleo indefettibile del diritto

e prev., 3/2013, 927, con nota di N. BRUZZI, *La discriminazione fondata sulla disabilità: il principio di dignità come lente trifocale*.

⁵⁰ Cass. civ., Sez. Un., 19 gennaio 2007, n.1144, in *Foro amm.-C.d.S.*, 4/2007, 131; Cass. civ., Sez. Un., 25 marzo 2009, n. 7103; Cass. civ., Sez. Un., 9 febbraio 2009, n. 3058; Cons. Stato, Sez. VI, 21 marzo 2005, n. 1134; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 11 giugno 2009, n. 3202, in *Foro amm.-TAR*, 6/2009, 1859; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 29 aprile 2009, n. 784, in *Foro amm.-TAR*, 4/2009, 1235.

stesso. In particolare, secondo tale indirizzo, l'esercizio del potere pubblico si esaurirebbe nel momento in cui viene cristallizzata all'interno del PEI la prestazione alla quale ha diritto lo studente disabile: l'approvazione di tale documento configurerebbe una cesura, a seguito della quale qualsiasi controversia spetterebbe al giudice ordinario, quale giudice naturale dei diritti fondamentali⁵¹.

Assume rilievo in tale contesto la ormai in realtà obsoleta questione circa la idoneità o meno del g.a. a giudicare su diritti fondamentali. E' noto che la Corte costituzionale da tempo ha negato l'esistenza di un principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario la tutela dei diritti costituzionalmente protetti⁵². La piena conciliazione tra diritti fondamentali e giurisdizione amministrativa è stata, poi, sancita anche dal legislatore, sia nell'art. 55 c.p.a., dove si esclude la possibilità di subordinare a cauzione la concessione o il diniego della misura cautelare in caso di diritti fondamentali della persona, che nell'art. 133 c.p.a., laddove sono devolute alla giurisdizione esclusiva del g.a. le controversie attinenti la gestione del ciclo rifiuti anche se relative a diritti costituzionalmente tutelati⁵³.

⁵¹ Cass. civ., Sez. Un., 25 novembre 2004, n. 25011; Cass. civ., Sez. Un., 28 gennaio 2020, n. 1870.

⁵² Cfr. Corte Cost., 11 maggio 2006, n. 191, in *Giust. civ.*, 6/2006, 1107; Corte Cost., 27 aprile 2007, n. 140, in *Giust. civ.*, 9/2007, I, 1815.

⁵³ Sul tema v. M.R. SPASIANO, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo*, in F.G. COCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2020, 101 ss.; L. GALLI, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo: uno sguardo oltre confine*, in *Dir. proc. amm.*, 2018,

Più nello specifico, il dubbio non sorge a fronte di contenziosi concernenti condotte a carattere discriminatorio, spettanti *ex lege* alla giurisdizione del g.o. ai sensi della l.n. 67/2007⁵⁴. Così come senza dubbio tutti gli atti e i subprocedimenti strumentali alla formazione del PEI, essendo espressione dell'esercizio di un pubblico servizio, comportano la spendita di un potere discrezionale e, quindi, non possono che essere attribuiti alla giurisdizione del g.a.

I profili di incertezza, quindi, concernono la fase

978 ss.; G. CORAGGIO, *La teoria dei diritti indegradabili: origini ed attuali tendenze*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2010, 483 ss.; S. SPUNTA-RELLI, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv trim. dir. pubbl.*, 2009, 758 ss.

⁵⁴ L'art. 2 della l.n. 67/2006 (*Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni*) distingue due ipotesi di discriminazione: a) discriminazione diretta, allorché, per motivi connessi alla disabilità, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata una persona non disabile in situazione analoga; b) discriminazione indiretta, in tutte quelle ipotesi nelle quali una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono una persona con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto ad altre persone. In entrambi i casi, ai sensi del successivo art. 3 della medesima normativa, la giurisdizione è attribuita al giudice ordinario, che decide secondo il rito sommario di cognizione. Al riguardo, la giurisprudenza è concorde nel ritenere che nelle "ipotesi di discriminazione rilevante ai sensi della legge 1 marzo 2006, n. 67, la materia deve esserne devoluta alla giurisdizione ordinaria anche laddove si contesti il profilo della cattiva gestione del servizio pubblico scolastico di sostegno agli alunni disabili e quindi l'inadempimento dell'Amministrazione all'obbligo di espletare la relativa potestà pubblica secondo canoni di efficienza e equità sociale" (T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 13 febbraio 2017, n. 266, in *Foro amm.*, 2/2017, 405).

successiva all'approvazione del PEI. In effetti, come si è già avuto modo di sottolineare, né il dirigente scolastico, né l'ufficio scolastico regionale hanno il potere di ridurre il numero di ore di sostegno individuate all'interno del suddetto documento. Tuttavia, l'esecuzione di quanto disposto nel PEI passa necessariamente attraverso scelte successive di tipo organizzativo: l'istituto scolastico è chiamato a mettere in campo mezzi e persone per assicurare il soddisfacimento di quanto programmato, con ciò evidentemente esercitando un potere⁵⁵. In questo senso, l'orientamento della Cassazione non sembra condivisibile: la non corretta esecuzione del PEI è eventualmente ascrivibile ad un comportamento omissivo o solo parzialmente commissivo dell'amministrazione nell'esercizio della sua funzione; pertanto, è il g.a. e non il g.o. il suo giudice naturale⁵⁶.

⁵⁵ Nel contestare le conclusioni cui sono pervenute le Sezioni Unite in termini di riparto di giurisdizione, M. RAMAJOLI (*Sui molteplici criteri di riparto della giurisdizione in materia di servizi di sostegno scolastico alle persone con disabilità*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2020, 275 ss.) si sofferma *funditus* sulle diverse ipotesi nelle quali può configurarsi una lesione del diritto al sostegno dell'alunno disabile successive alla cristallizzazione del PEI, e comunque comportanti l'esercizio del potere amministrativo, 287-288.

⁵⁶ Si condivide, sul punto, la posizione espressa da L. GIANI, *Disabilità e diritto all'istruzione: alla ricerca di un difficile equilibrio tra persona e valore economico della prestazione (pubblica)*, cit., 164-166, la quale sottolinea come "se è sacrosanto ritenere che non esiste la possibilità per l'amministrazione di non dare esecuzione alle «proposte» trasmesse dal G.L.O.H. [...], non è altrettanto condivisibile l'assunto che se ne vuole far conseguire, e cioè che tale esecuzione non implichi un esercizio di potere da parte della istituzione scolastica".

Tra l'altro, nemmeno risponde a verità che l'istituto scolastico, una volta elaborato il PEI, non possa più intervenire modificandolo: come già visto, infatti, il piano non acquisisce mai una stabilità definitiva, in quanto l'accertamento dell'effettivo bisogno del minore deve per natura essere sempre aperto a possibili revisioni causate da non previsti miglioramenti o aggravamenti del grado di disabilità.

Con l'Adunanza plenaria n. 7/2016, invero, il Consiglio di Stato ha in parte "risposto" alla Cassazione, affermando che la cognizione e la tutela dei diritti fondamentali del disabile appartengono al g.a. allorquando il loro concreto esercizio implichi l'espletamento di poteri pubblicistici; in quell'occasione, tuttavia, la Plenaria non ha potuto prendere una posizione netta sul punto, in quanto la fattispecie riguardava una ipotesi afferente alla fase precedente alla formalizzazione del PEI, pacificamente devoluta al g.a.⁵⁷.

Ancora oggi, tra l'altro, si registrano due orientamenti contrastanti all'interno della stessa giustizia amministrativa, il che inevitabilmente finisce per incidere negativamente sul principio di effettività della tutela giurisdizionale. Un primo indirizzo aderisce pienamente alla posizione espressa dalla Cassazione⁵⁸, mentre un secondo (condivisibile) orientamento

⁵⁷ Cons. Stato, Ad. Plen., 12 aprile 2016, n. 7, in *Foro amm.*, 4/2016,789. Per un commento a tale rilevante pronuncia v. A. TOMASSETTI, *Sostegno scolastico e riparto di giurisdizione*, in AA.VV., *Il Libro dell'Anno del diritto 2017*, Roma, 2017.

⁵⁸ Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, 21 gennaio 2015, n. 370; T.A.R. Toscana, Firenze, 23 gennaio 2014, n. 151, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it* e, da ultimo, T.A.R. Lombardia,

– pur configurando la posizione del minore in termini di diritto soggettivo fondamentale – reputa irrilevante ai fini della giurisdizione che la lesione sia intervenuta prima o dopo la conformazione del diritto del soggetto disabile ad opera del PEI⁵⁹.

6. Conclusioni

Negli ultimi anni si sta profilando, anche da parte del legislatore, una lettura restrittiva del diritto costituzionale all'istruzione, legata essenzialmente alle pur condivisibili esigenze della valorizzazione del merito e dell'incremento dell'efficienza del servizio nel suo complesso. Tale approccio rischia di prescindere dall'analisi delle capacità o meno del minore di godere in senso concreto di quel servizio, finendo così per sacrificare l'accezione sociale del diritto all'istruzione, a favore della assolutizzazione della dimensione puramente formativa, quale strumento volto a creare le competenze richieste dal mercato⁶⁰. La dottrina parla, al riguardo, di “mercificazione” del diritto all'i-

Milano, Sez. III, 10 febbraio 2020, n. 277 e T.A.R. Molise, Sez. I, 19 giugno 2020, n. 174, in *www.giustizia-amministrativa.it*, commentata da F. APERIO BELLA, *Piani educativi individualizzati e problemi di giurisdizione*, in *www.giustiziainsieme.it*.

⁵⁹ Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 2 dicembre 2019, n. 5668, in *Foro amm.*, 12/2019, 2121; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 19 ottobre 2018, n. 10132, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 3 dicembre 2014, n. 3111, in *Foro it.*, 3/2015, 149.

⁶⁰ A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*, Bologna, 2003, 250 ss.

struzione⁶¹, riferendosi alla tendenza ad inquadrare lo studente in termini di consumatore piuttosto che di titolare di un diritto. Ebbene, se dovesse prevalere tale lettura, appaiono evidenti le immediate conseguenze che si registrerebbero in capo agli studenti disabili: l'accesso di un alunno portatore di handicap all'interno di una classe non verrebbe configurato come un arricchimento, bensì come un "peso" per gli altri studenti. Al contrario, una visione della scuola che ne pone al centro la sua missione sociale, legge l'accoglienza del disabile in termini di opportunità e non certo come un elemento che rischia di ridurre il livello di efficienza di una classe.

Ad oggi, invero, sia la legislazione che la giurisprudenza offrono un quadro complessivamente soddisfacente, teso ad arginare quelle derive in grado di incidere negativamente sul nucleo essenziale del diritto all'istruzione del disabile. Come è emerso, tuttavia, non mancano profili di criticità, soprattutto in chiave applicativa, nonché orientamenti poco coerenti con il quadro complessivo: basti pensare, ad esempio, a quella giurisprudenza della Cassazione che non ritiene applicabile alle scuole paritarie il diritto al rimborso per le ore di sostegno, finendo per lasciare del tutto sole le famiglie nella assunzione della spesa⁶².

⁶¹ M. PACE, "Mercificazione" dell'istruzione e salvaguardia del diritto all'educazione nei recenti Rapporti del Relatore speciale sul diritto all'istruzione, in *Dir. um. e dir. intern.*, 2015, 453 ss.

⁶² Cass., Sez. Un., 16 maggio 2014, n. 10821, commentata da M. CROCE, "Senza oneri per lo Stato": l'insegnante di sostegno per i disabili è a carico delle scuole paritarie, in *Neldiritto*, 8/2014, 1563 ss. La Corte, invero – dopo aver confermato l'obbligo-

D'altro canto, non si può certo negare che il disabile pone alla scuola una domanda più complessa di aiuto, educativo e non solo. Tra l'altro, il tema della disabilità, più di altri, non consente generalizzazioni di alcun tipo: esistono innumerevoli tipologie e diversi gradi di disabilità, il che impone l'esercizio di una azione amministrativa flessibile e fortemente ispirata al principio di proporzionalità. Il risultato⁶³ da perseguire – nell'ottica del buon andamento – è quello di garantire a ciascuno i mezzi e le opportunità per conseguire il massimo cui può ambire.

Al riguardo, proprio con riferimento al profilo dell'istruzione, la Corte Costituzionale ha espressamente affermato che “i disabili non costituiscono un gruppo omogeneo, in quanto vi sono forme diverse di disabilità per ognuna delle quali è necessario individuare meccanismi di rimozione degli ostacoli che tengano conto della tipologia di handicap da cui risulti essere affetta in concreto una persona”⁶⁴. In tal sen-

rietà dell'insegnante di sostegno per gli studenti disabili in tutte le strutture (anche private) facenti parte del sistema nazionale di istruzione – ha specificato che i relativi oneri non gravano in capo alle famiglie, bensì sugli istituti scolastici, nella misura in cui decidono di erogare il servizio istruzione in assoluta autonomia, in assenza di compatibilità finanziaria e di verifica dello Stato, e, in particolare, si assumono l'obbligo di erogare “senza oneri a carico dello Stato”, ai sensi dell'art. 33 Cost. In termini, da ultimo, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 11 aprile 2022, n. 2455, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁶³ G. TULUMELLO, *L'effettività della tutela dei diritti fondamentali dei disabili nello Stato sociale, fra vincoli di bilancio e amministrazione di risultato*, in *Quest. Giust.*, 3/2018, 93 ss.

⁶⁴ Corte Cost., 26 febbraio 2010, n. 80, in *Foro amm. C.d.S.*, 2010, 797. In termini v. anche T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 17 luglio

so, proprio in attuazione del principio di uguaglianza sostanziale, il carattere pluralista del nostro ordinamento impone allo Stato di predisporre una “molteplicità differenziata di offerte formative”⁶⁵, in grado di garantire l’erogazione di un servizio di istruzione efficace per l’ampio ed eterogeneo panorama dei destinatari dello stesso. In tale ottica, la rigida applicazione del modello degli standard uniformi – o, meglio, dei c.d. LEP (Livelli essenziali delle prestazioni) – che ben si attaglia, in linea generale, all’amministrazione di servizi, nell’ambito dei servizi al disabile finirebbe per garantire unicamente il principio di uguaglianza in senso formale.

Nel contesto di cui ci si occupa, pertanto, la sfida dell’amministrazione, e in generale della rete dei servizi alle persone disabili, è di agire mediante un modello organizzativo e prestazionale che garantisca quella che definiremmo oggi “tailorizzazione” o “customizzazione” del servizio: ciascun soggetto disabile deve essere visto come un *unicum* intorno al quale “cucire” e adattare le modalità e l’entità dell’intervento⁶⁶. Cer-

2014, n. 946, in *Foro amm.*, 2014, 2183; Cons. Stato, Sez. V, 3 ottobre 2012, n. 5194, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁶⁵ R. MORZENTI PELLEGRINI, *Istruzione e formazione nella nuova amministrazione decentralizzata della Repubblica*, Milano, 2004, 191.

⁶⁶ Auspica, in generale, una maggiore personalizzazione degli interventi di assistenza sociale, N. VETTORI, *Persona e diritto all’assistenza*, in *Dir. pubblico*, 1/2016, 307 ss., laddove afferma che “l’appropriatezza della prestazione è strettamente legata a esigenze specifiche e inevitabilmente differenziate, sia sul piano personale – variando da persona a persona – sia sul piano sociale, perché le situazioni che generano marginalità o disagio sono for-

to, si tratta di una prospettiva di non facile attuazione, ma a ben vedere – proprio nel settore dell’istruzione – alcuni passi sono già stati compiuti: si pensi non solo ai Piani educativi individualizzati⁶⁷, ma anche a quella giurisprudenza che riconosce il diritto del disabile di ottenere assistenza da parte non di un insegnante di sostegno qualsiasi, bensì di un docente munito di una specializzazione concretamente parametrata alle sue esigenze, “diversamente opinando, invero, la figura dell’insegnante di sostegno potrebbe ridursi a mera ed inutile presenza, in quanto non idonea a favorire l’integrazione e l’inserimento del disabile nel contesto scolastico, così assicurando la piena realizzazione degli obiettivi educativi e di formazione che l’istituzione scolastica deve garantire”⁶⁸.

temente condizionate, se non addirittura determinate, dalle peculiarità del contesto territoriale”, 324.

⁶⁷ Sulla necessità che il P.E.I. rappresenti il frutto di una analisi che tenga conto di tutte le specificità che connotano la situazione del singolo alunno disabile cfr., da ultimo, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 11 febbraio 2020, n. 655, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove si afferma che “Agli studenti disabili il riconoscimento del diritto fondamentale dell’istruzione scolastica è assicurato attraverso la predisposizione di misure di integrazione e sostegno, che siano idonee a garantire agli stessi la frequenza degli istituti d’istruzione, considerando la natura e la consistenza della minorazione, la capacità complessiva individuale residua e l’efficacia delle terapie riabilitative”. In termini v. anche T.A.R., Aosta, Sez. I, 14 gennaio 2019, n. 2, in *Foro amm.*, 1/2019, 94.

⁶⁸ “Il docente di sostegno deve possedere le conoscenze specifiche che consentano l’efficace ed ottimale espletamento della sua funzione, proprio con riferimento all’handicap di fronte al quale egli si trova ad operare. Dovendosi costantemente relazionare con l’alunno, risulta evidente che egli deve avere conoscenza dei mezzi espressivi di cui questi si serve a cagione della sua disabilità, non-

In tale ottica, del resto, si pone la recente Legge delega in materia di disabilità (l. 22 dicembre 2021, n. 227) che – in attuazione della riforma 1.1, Missione 5 “Inclusione e Coesione”, Componente 2 “Infrastrutture sociali, famiglie, comunità e Terzo settore” del PNRR – individua quale criterio direttivo primario la realizzazione di un quadro regolatorio incentrato sul concetto di “progetto di vita personalizzato e partecipato”⁶⁹, diretto a consentire alle persone con disabilità di beneficiare di un regime di assistenza e sostegno da determinarsi *ad personam*, presupposto indispensabile per il conseguimento di una effettiva inclusione nella società.

Il percorso delineato di “personalizzazione” del servizio, insomma, è arduo ma possibile, e probabilmente necessita di una precondizione di partenza, ovvero che l’azione dell’amministrazione in questo ambito sia il frutto di una forte integrazione di competenze⁷⁰: solo con il lavoro contestuale di psicologi, medici, giuristi, pedagogisti, si può immaginare di fornire al disabile quel percorso di istruzione e, più in generale, di vita, necessario a renderlo uguale nella diversità.

ché delle tecniche che consentano, in modo ottimale, l’attività di insegnamento a tali particolari categorie” (Cons. Stato, Sez. VI, 11 ottobre 2018, n. 5851, in www.giustizia-amministrativa.it). In termini cfr. anche Cons. Stato, Sez. VI, 6 febbraio 2018, n. 758, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁹ C. CASELLA, *La condizione giuridica della persona con disabilità: evoluzione, problemi e prospettive*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 4/2021, 115 ss.

⁷⁰ M.R. SPASIANO, *Il diritto amministrativo nell’era della transdisciplinarietà*, in *Dir. e società*, 4/2021, 657 ss.

Finito di stampare nel mese di gennaio 2023
dalle *Arti Grafiche Licenziato* - Napoli