

ISTITUZIONI DEL FEDERALISMO

Rivista di studi giuridici e politici

1

2015 • ANNO XXXVI
gennaio/marzo

AUTONOMIE TERRITORIALI
E DIRITTI FONDAMENTALI

DIRETTORE DELLA RIVISTA
Gianluca Gardini

COMITATO SCIENTIFICO
Gianluca Gardini (Direttore)
Marcos Almeida Cerreda
Brunetta Baldi
Francesco Bilancia
Stefano Civitaresse Matteucci
Justin Orlando Frosini
Alfredo Galán Galán
Giancarlo Gasperoni
Tomaso Francesco Giupponi
Peter Leyland
Marco Magri
Andrea Morrone
Alessandra Pioggia
Giuseppe Piperata
Claudia Tubertini

REDAZIONE E GESTIONE SITO WEB

presso Regione Emilia-Romagna
Servizio innovazione e semplificazione amministrativa
Viale Aldo Moro, 52 – 40127 Bologna
Tel. 051 5275953
E-mail: istituzionidelfederalismo@regione.emilia-romagna.it
Sito web: www.regione.emilia-romagna.it/affari-ist/federalismo

REFERENTI REGIONE EMILIA-ROMAGNA

Francesca Paron
fparon@regione.emilia-romagna.it
Francesca Palazzi
fpalazzi@regione.emilia-romagna.it

EDITORE

Maggioli Editore presso c.p.o. Rimini,
via Coriano, 58 – 47924 Rimini
tel. 0541.628111 – fax 0541.622100
Maggioli Editore è un marchio di Maggioli s.p.a.
Servizio Abbonamenti: tel. 0541.628779
Sito web: www.maggioli.it
E-mail: abbonamenti@maggioli.it
Azienda con sistema qualità certificato ISO 9001:2008

Tutti i diritti riservati – È vietata la riproduzione, anche parziale,
del materiale pubblicato senza autorizzazione dell'Editore

STAMPA

Stabilimento Maggioli s.p.a. – Santarcangelo di Romagna (RN)

Maggioli s.p.a. è iscritta al registro operatori della comunicazione

Publicazione registrata al Tribunale di Bologna il 4 luglio 1980, n.4824
Direttore responsabile: Piero Venturi

COMITATO DI REDAZIONE
Marina Caporale
Marzia De Donno
Giulia Massari



Condizioni di abbonamento

La quota di abbonamento alla Rivista per il 2015 è di € 116,00 da versare sul c.c. postale n. 31666589 intestato a Maggioli s.p.a. – Periodici, Via del Carpino, 8 – 47822 Santarcangelo di Romagna (RN). La Rivista è disponibile nelle migliori librerie.

Il prezzo di vendita per singoli numeri è di € 25,00.

Il prezzo per ciascun fascicolo arretrato è di € 29,00.

I prezzi suindicati si intendono Iva inclusa.

La quota di abbonamento alla Rivista in formato digitale per il 2015 è di € 82 + Iva.

L'abbonamento decorre

dal 1° gennaio

con diritto al ricevimento dei fascicoli arretrati ed avrà validità per un anno.

La Casa Editrice comunque, al fine di garantire la continuità del servizio, in mancanza di esplicita revoca,

da comunicarsi in forma scritta entro il trimestre seguente alla scadenza dell'abbonamento, si riserva di inviare il periodico anche per il periodo successivo.

La disdetta non è comunque valida se l'abbonato non è in regola con i pagamenti.

Il rifiuto o la restituzione dei fascicoli della Rivista non costituiscono disdetta dell'abbonamento a nessun effetto.

I fascicoli non pervenuti possono essere richiesti dall'abbonato non oltre 20 giorni dopo la ricezione del numero successivo.



INDICE

SAGGI E ARTICOLI

- 5 La legge sulla procreazione assistita perde un altro “pilastro”: illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa
Paolo Veronesi
- 35 Regioni ed eterologa: i livelli essenziali di assistenza, il coordinamento politico interregionale e le scelte regionali in materia
Lorenza Violini
- 61 Dalla fine di un irragionevole divieto al caos di una irragionevole risposta. La sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale, lo Stato e le Regioni sulla fecondazione assistita eterologa
Francesca Angelini
- 89 Le difficoltà nell’attuazione della legge 22 maggio 1978, n. 194: ieri, oggi, domani
Federica Grandi
- 121 L’obiezione di coscienza nei consultori pubblici
Alessandra Pioggia
- 141 La sicurezza dei farmaci in Italia, tra vincoli sopranazionali e riparto interno di competenze
Giulia Massari

NOTE E COMMENTI

- 173 Lo Stato vieta, i Sindaci consentono. La crisi del paradigma eterosessuale del matrimonio
Carlo Alberto Ciaralli

- 195 El reconocimiento jurídico de la diversidad sexual en la España de las autonomías: la Ley 11/2014 del Parlamento de Cataluña
Markus González Beilfuss
- 223 L'informativa antimafia e i sistemi di monitoraggio sulle grandi opere: il caso "Expo Milano 2015"
Laura Pergolizzi
- 251 Amministrazione comunale per ordinanze e bonifica dall'amianto degli immobili: profili procedurali e contenuti
Piera Maria Vipiana

OSSERVATORIO REGIONALE

- 273 Le elezioni regionali del 2014 in Calabria
Roberto De Luca
- 299 Table of contents and abstracts
- 305 Note sugli autori

La legge sulla procreazione assistita perde un altro “pilastro”: illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa

Paolo Veronesi

La sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014 dichiara illegittimo il divieto di fecondazione eterologa previsto dalla legge 40/2004. Si tratta di una decisione coraggiosa, con la quale la Corte, evitando comode “scorciatoie”, entra direttamente nel merito della questione. L'articolo evidenzia le ragioni giuridiche e costituzionali della pronuncia, analizzando e contestando le obiezioni che le sono state mosse. Nella parte finale, l'articolo indica i modi con cui le Regioni – dinanzi alle incertezze dimostrate dalle istituzioni nazionali – hanno concretamente e praticamente risposto a questa decisione.

1. Premessa

Nel perdurare della consueta inerzia del legislatore, la sent. cost. n. 162/2014 costituisce solo l'ultima tappa della penetrante opera di demolizione giurisprudenziale in corso già da tempo sugli sghembi capitelli della legge 40/2004¹. Con tale pronuncia la Consulta ha dichiarato

(1) Si pensi alla sent. cost. n. 151/2009 (che ha ritenuto illegittimi sia l'obbligo del contemporaneo impianto di un numero di embrioni non superiore a tre, sia il conseguente divieto di crioconservazione degli embrioni prodotti) o alle pronunce dei giudici di merito che hanno ritenuto legittima la diagnosi genetica preimpianto richiesta dalle coppie sterili (ad es., Trib. Cagliari 12 novembre 2012), ammessa poi anche per le coppie non sterili, se portatrici di malattia genetica (ad es., Trib. Salerno 9 gennaio 2010, n. 191 e, da ultimo, Trib. Roma 26 settembre 2013). Su questo punto si è peraltro espressa anche la Corte Edu, sez. II, 28 agosto 2012, n. 54270, condannando il divieto italiano in materia. Di un «processo di sgretolamento» della legge 40, in corso sin dal 2004, ragiona, tra gli altri, C. TRIPODINA, *Il “diritto” a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica tra legislatore, giudici e corti*, in *Biolaaw Journal*, 2, 2014, p. 68. La pessima qualità della legge 40/2004 ha del resto, e sin da subito, fatto auspicare una simile deriva: si v. il mio *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.* 2004, pp. 523 ss. Prima della sent. n. 162, la Corte si è pronunciata sulla stessa *questio* – sollecitata dai medesimi remittenti – nell'ord. n. 150/2012; in quel caso essa restituì però gli atti ai giudici *a quibus* dopo che la sent. CEDU, Grande Camera, 3 novembre 2011, SH. e altri c. Austria, aveva ribaltato la decisione della sez. I, 1° aprile 2010 (avallando così la scelta austriaca di limitare l'accesso alla fecondazione eterologa, peraltro *non vietata in modo assolu-*

infatti costituzionalmente illegittime le norme che imponevano il *divieto assoluto* di ricorrere a tecniche di procreazione assistita di tipo c.d. eterologo (ossia mediante l'ausilio della donazione di gameti); una proibizione che collocava l'ordinamento italiano tra i pochissimi, in Europa, a tracciare un simile *niet* senza sfumature². Si tratta dell'ennesimo segmento della legge a essere neutralizzato e razionalizzato: e non è neppure detto che sia l'ultimo³.

2. Una corretta “perimetrazione” degli interessi rilevanti nel caso

Nello sviluppo del suo *iter* decisorio, la Corte innanzi tutto procede a un serrato “sindacato esterno” sulla scelta del legislatore di plasmare il divieto *de quo*; emergono in tal modo le aberrazioni in cui esso è incorso già nella “mappatura” dei diritti coinvolti nella fattispecie. In altri termini – e *con riguardo al solo divieto di fecondazione eterologa per i soggetti assolutamente sterili e infertili* – i vizi della legge affiorano già vagliando la «fase di perimetrazione del conflitto o di definizione degli interessi» effettivamente coinvolti nella vicenda⁴. Insomma, il legislatore non è neppure partito con il “piede giusto”: ha selezionato solo gli ingredienti giuridici funzionali ai suoi preconcetti, dimenticando tutte le altre istanze comunque coinvolte nella fattispecie.

La Corte si dedica quindi allo «scrutinio delle censure» mosse al divieto assoluto di fecondazione eterologa, «avendo riguardo congiuntamente a tutti» i parametri costituzionali utilizzati dai giudici *a quibus* e davvero rilevanti nella fattispecie (gli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost.); non potrebbe

to): su questa interessante vicenda processuale, che non ha mancato di far discutere, si rinvia, *ex plurimis*, ai numerosi commenti comparsi sul sito www.giurcost.org.

(2) C. NARDOCCI, *La fecondazione di tipo eterologo e le soluzioni accolte in alcuni ordinamenti giuridici di Stati membri dell'Unione Europea*, in M. D'AMICO, M.P. COSTANTINI (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto di “fecondazione eterologa”*, Milano, Franco Angeli, 2014, p. 337 ss.

(3) Al momento, risultano pendenti, davanti alla Corte costituzionale, una *quaestio* di legittimità avente a oggetto le norme che impedirebbero di procedere alla diagnosi preimpianto per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, nonché un'altra richiesta relativa sia all'impossibilità di revocare il consenso dopo la fecondazione dell'ovulo, sia al divieto di svolgere ricerche scientifiche sugli embrioni inutilizzati.

(4) Che costituisce un momento essenziale del giudizio di bilanciamento: A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 277.

del resto fare altrimenti, posto che «la procreazione medicalmente assistita coinvolge “plurime esigenze costituzionali” (sent. n. 347/1998), e [...] incide su una molteplicità di interessi di pari rango». Questi ultimi, «nel loro complesso, richiedono “un bilanciamento [...] che assicuri un livello minimo di tutela legislativa” ad ognuno (sent. n. 45/2005)»; dunque, dimenticarne alcuni (o esagerare il rilievo dei “prediletti”) inevitabilmente delinea – al contrario – un quadro costituzionalmente imperfetto dei problemi da disciplinare.

Non deve quindi scandalizzare se – chiamata a verificare l’operato del legislatore in ordine al divieto *de quo* – la Corte ne metta a nudo l’approssimazione giuridica e l’arroganza ideologica⁵. Ai fini di un ben calibrato controllo di costituzionalità – e in ragione dello specifico *the-ma decidendum* delineato dai rimettenti – essa *deve* pertanto integrare i “fattori” da prendere in esame nel caso. Posto ciò, non pare quindi congruo rimproverare alla Consulta di non essersi collocata entro il “campo d’azione” delineato dal Parlamento, limitandosi a una verifica sulla sola coerenza “interna” del suo operato⁶. Se – come avviene nel caso – lo “spettro” profilato dal legislatore è evidentemente deficitario, anche l’immagine normativa che ne scaturisce apparirà infatti deformata (e, fuor di metafora, costituzionalmente illegittima). In simili circostanze la Corte *deve* insomma offrire rilievo anche a ciò che il legislatore ha colpevolmente disatteso⁷.

Detto questo, «la scelta [...] politica di vietare in generale il ricorso alla donazione di gameti è rimasta» comunque fuori dal sindacato di costituzionalità; la Corte colpisce infatti solo un’assai specifica declinazione di

(5) Solo un ribaltamento della realtà può così indurre i tenaci sostenitori della legge 40 (v. ad esempio M. CASINI, C. CASINI, *Il dibattito sulla PMA eterologa all’indomani della sentenza costituzionale n. 162 del 2014. In particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l’adozione per la nascita*, in *Biola Journal*, 2, 2014, p. 137) ad accusare di “furore ideologico” proprio i critici della stessa.

(6) Così L. VIOLINI, *La Corte e l’eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, in *AIC – Osservatorio costituzionale*, luglio 2014, p. 10.

(7) Occorre insomma che la Corte definisca l’esatta «topografia del conflitto», avendo riguardo agli interessi concorrenti nel caso: v. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 62 ss.

tale divieto (quella applicabile ai soggetti totalmente sterili)⁸. Essa non si è dunque collocata davvero e del tutto “all'esterno” dei circuiti tracciati dal Parlamento, depurandoli soltanto delle lacune e degli eccessi illegittimi derivati dagli errori appena segnalati.

Adottando un simile approccio, il divieto *assoluto* di fecondazione c.d. eterologa svela pertanto la sua arbitrarietà: impedendosi anche alla coppia formata da membri del tutto sterili o infertili di utilizzare questo metodo, si azzera infatti la loro «fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi» in materia. Di contro, «la determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere... alla tecnica di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, poiché anch'essa attiene a questa sfera»⁹. Ed è evidente che una libertà così “ritagliata” non configura affatto – come qualcuno obietta – un «diritto ad avere un figlio sempre e comunque»¹⁰, bensì quello – più circoscritto – «di essere liberi di tentare di averlo»¹¹ anche mediante l'ausilio della scienza medica.

Quanto astrattamente consentito dalla tecnica non viene quindi ammesso senza confini o senza ritegno¹². La Corte non esclude infatti che più mirati divieti in materia possano presentare una qualche significativa ragione d'essere: lei stessa ne evidenzia anzi l'attuale (e legittima) vigenza

(8) G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in www.forumcostituzionale.it (3 luglio 2014).

(9) Punto 6 del Considerato in diritto.

(10) *Contra* v., ad esempio, C. TRIPODINA, *Il “diritto” a procreare artificialmente in Italia*, cit., p. 81, per la quale, nella sent. n. 162/2014, la Corte di fatto riconosce un vero e proprio “diritto al figlio”. Analogamente, I. RIVERA, *Quando il desiderio di avere un figlio diventa un diritto: il caso della legge n. 40 del 2004 e della sua (recente) incostituzionalità*, in *Biolaaw Journal*, 2, 2014, p. 54, ragiona di «una sorta di diritto al figlio *ad ogni costo e a tutti i costi*».

(11) Cfr. S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 239 ss. e I. PELLIZZONE, *Il riconoscimento della “libertà di scelta della coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche figli”*, in M. D'AMICO, M.P. COSTANTINI (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto di “fecondazione eterologa”*, cit., p. 16.

(12) *Contra* quanto sostiene A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in www.giurcost.org (11 giugno 2014).

di una corposa serie¹³. Insomma, «la libertà e la volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia», pur nell'ambito di un percorso di procreazione eterologa, «di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti. Tuttavia, questi limiti, anche se ispirati da considerazioni e convincimenti di ordine etico, pur meritevoli di attenzione [...], non possono consistere in un divieto assoluto [...] a meno che lo stesso non sia l'unico mezzo per tutelare altri interessi di rango costituzionale»¹⁴.

La Corte avrebbe altresì potuto aggiungere che, se fosse davvero legittimo vietare questo tipo di fecondazione, ciò dovrebbe paradossalmente determinare analoghe proibizioni in materia di filiazione “naturale”. Se lo scopo è infatti escludere ogni *turbatio sanguinis*¹⁵, prevenire gli eventuali disagi psicologici del futuro bambino e tutelarne il diritto di conoscere le proprie origini biologiche¹⁶ – al punto da impedirgli addirittura di venire in essere – sarebbe allora coerentemente indispensabile vietare e punire anche le ipotesi di filiazione adulterina o provocata da un *partner* occasionale¹⁷. Balza anzi agli occhi il maggior effetto disgregante sugli equilibri familiari causato da una procreazione “eterologa” perseguita per “vie naturali” rispetto a quella praticata medicalmente previa la matura complicità e il consapevole accordo dei *partners*¹⁸.

(13) Come infatti si legge al punto 6 del Considerato in diritto, «la libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia [...] di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti». I numerosi limiti e i sostanziali divieti d'accesso alla fecondazione omologa ed eterologa verranno meglio illustrati *infra* spec. §§ 5 e 8 (nota 103).

(14) Punto 6 del Considerato in diritto.

(15) I. RAPISARDA, *Il divieto di fecondazione eterologa: la parola definitiva alla Consulta*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2013, p. 933 ss.

(16) V. *infra* § 6.

(17) A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 106.

(18) Non si riesce davvero a comprendere perché la scelta condivisa di diventare genitori, sia pure attraverso una fecondazione eterologa, debba considerarsi immancabilmente distruttiva e non invece rafforzativa di una dedizione reciproca dei componenti la coppia: I. CORTI, *Divieto di fecondazione eterologa. Riflessioni critiche?*, in A. COSSIRI, G. DI COSIMO (a cura di), *La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, Roma, Aracne, 2013, p. 140. Anzi, un recentissimo studio svedese, pubblicato su *Reproductive Health*, testimonierebbe che la fecondazione eterologa non impatta in alcun modo sulla stabilità della coppia.

Né può ribattersi che simili eventi – se provocati attraverso il coito – sarebbero comunque protetti dalla natura assolutamente privata delle relative vicende: il divieto di fecondazione eterologa, già sancito nella legge 40/2004, si applicava e veniva sanzionato¹⁹ anche quando ci si fosse sottoposti alla pratica con modalità indiscutibilmente private e al riparo da qualsiasi “complicità” statale²⁰.

3. Segue: quale “diritto alla salute”?

L'errore commesso dal legislatore nel definire la cornice giuridico-costituzionale della vicenda viene ulteriormente valorizzato ponendo mente alla mancata considerazione delle conseguenze che un divieto assoluto in materia può provocare sullo stesso “diritto alla salute della coppia” sterile. Un diritto che, secondo la costante giurisprudenza costituzionale – e in linea con quanto sancito dall'Organizzazione Mondiale della Sanità – va ritenuto «comprensivo anche della salute psichica oltre che fisica»²¹; la tutela della prima, anzi, «deve essere di grado pari» a quello della seconda²². Ponendosi lungo questa collaudata traiettoria, per la Corte non sono quindi «dirimenti le differenze tra PMA di tipo omologo ed eterologo»: «è, infatti, certo che l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio *partner*, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, possa incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia»²³.

Non deve poi stupire il richiamo a un “diritto alla salute della coppia”

(19) Il divieto era infatti punito dalla legge con pesantissime sanzioni amministrative destinate agli operatori sanitari (l'art. 12, comma 8, esentava invece da ogni responsabilità la coppia): v. E. DOLCINI, *Il divieto di fecondazione assistita “eterologa” in attesa di giudizio*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, p. 353. S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 416, aveva ragionato – a tal proposito – di una “frode delle etichette”, sottintendendo la natura sostanzialmente “penalistica” della punizione, peraltro non accompagnata dalle garanzie che caratterizzano il processo penale.

(20) A. VALLINI, *Illecito concepimento*, cit., p. 106.

(21) V., ad esempio, già la sent. n. 161/1985 e – più di recente (e tra le tante) – le sentt. n. 167/1999 (punto 7 del Considerato in diritto), n. 251/2008 (punto 11 del Considerato in diritto) e n. 113/2004 (punto 4 del Considerato in diritto).

(22) Cfr. la sent. n. 167/1999 (punto 7 del Considerato in diritto).

(23) Punto 7 del Considerato in diritto.

anziché dei suoi singoli componenti, pur non sottacendosi i dubbi che questa affermazione ha suscitato tra i commentatori²⁴. Del resto, è la stessa legge 40/2004 a fare spesso e *indifferentemente* cenno, entro la trama delle sue norme, sia alle «coppie» decise a sottoporsi alla procreazione assistita²⁵, sia ai «soggetti» e ai «richiedenti» la pratica²⁶. Non mancano inoltre, nella sentenza, i richiami alla dimensione anche strettamente individuale dell'esercizio del diritto in discorso²⁷. È quanto avviene laddove la Corte evoca il diritto alla salute fisica e psichica di *ciascuno* dei soggetti coinvolti, il quale «costituisce un diritto fondamentale di *ogni essere umano*», sottolineando altresì come lo specifico oggetto del contendere sottenda «*atti dispositivi del proprio corpo*» (al singolare)²⁸. Si pensi altresì al passaggio testuale in cui la Corte assume la sterilità assoluta come una «patologia produttiva di disabilità», avvertendo che, con ciò, «non si tratta di soggettivizzare la nozione di salute, né di assecondare il desiderio di autocompiacimento dei *componenti di una coppia*»²⁹; analoghe valutazioni valgono per il passaggio ove la Corte afferma che la scelta di avere o meno dei figli rientra «nella sfera più intima e intangibile della persona umana»³⁰.

Insomma, una lettura “in filigrana” delle argomentazioni della Corte dimostra com'esse si riferiscano agli scompensi riproduttivi «intesi come problemi di coppia nel senso che incidono sulla *salute psichica e sul benessere relazionale dei singoli membri della coppia*» (anche nei loro

(24) In particolare, si v. G. ROCCHI, *Il divieto di fecondazione eterologa viola il diritto costituzionale alla salute?*, in *Rivista AIC*, 2, 2012, p. 7, per il quale – ex art. 32, comma 1, Cost. – «la salute [...] è un diritto individuale, che viene riconosciuto in capo a ogni singola persona». Sulla stessa falsariga v. anche I. RIVERA, *Quando il desiderio di avere un figlio diventa un diritto*, cit., p. 52.

(25) V., ad esempio, l'art. 5, comma 1; l'art. 6, comma 2; l'art. 12, comma 2.

(26) Cfr., ad esempio, l'art. 6, commi 3 e 5.

(27) Lo rileva anche B. LIBERALI, *Il diritto alla procreazione: quale fondamento costituzionale?*, in M. D'AMICO, M.P. COSTANTINI (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto di “fecondazione eterologa”*, cit., p. 77.

(28) Punto 7 del Considerato in diritto. Corsivo non testuale.

(29) V. ancora il punto 7 del Considerato in diritto. Corsivo non testuale.

(30) Punto 6 del Considerato in diritto.

reciproci rapporti)³¹. Ragionare sinteticamente di un “diritto alla salute della coppia” comprime insomma un discorso che rimane, in radice, assai più articolato³²; esso allude al fatto per cui la patologia riproduttiva del singolo (o dei singoli) può talvolta impedire alla famiglia *ex art.* 29 Cost. e alle formazioni sociali di analoga natura (art. 2 Cost.) di svolgere appieno il loro ruolo di supporto alla “realizzazione personale” dei soggetti che le compongono.

Le obiezioni non si sono fatte attendere. Si è pertanto affermato che «sottratta a questa ricostruzione vi è [...] un'ideologia che trasforma i desideri in diritti e l'impossibilità di soddisfarli in malattia»³³; perché allora impedire la surrogazione di maternità o la possibilità per le coppie omosessuali di accedere alle tecniche di PMA³⁴? A prescindere dalla “bontà” di simili divieti *assoluti* – che altrove stanno mostrando crepe – va tuttavia da sé che, in tutte queste ipotesi, il coinvolgimento dei terzi e della medicina appare di tenore decisamente diverso rispetto al caso in cui ci si limiti a fornire un aiuto biologico e tecnico alla procreazione portata a termine all'*interno* alla coppia. Nella fecondazione eterologa è inoltre coinvolto non già un “desiderio” qualsiasi, bensì l'impossibile attivazione di una “capacità” altrimenti fisiologica dei soggetti, bloccata dalla patologia di uno o di entrambi i componenti la coppia (cui la medicina consente invece di ovviare). A ogni buon conto, concentrandosi sulla “salute della coppia” in sé, la Corte si pone nello stesso ordine d'idee del legislatore, il quale ha as-

(31) A. VALLINI, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione “eterologa”*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, p. 835. Per l'idea che il “benessere relazionale” e le esigenze di “socializzazione” rientrano nella nozione di salute *ex art.* 32 Cost., v., ad esempio, la sent. n. 167/1999, punti 6 e 7 del Considerato in diritto.

(32) Valorizzando ciò, M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *Biolaw Journal*, 2, 2014, p. 23, sostiene dunque che, scegliendo di esaminare la *quaestio* a partire dall'art. 2 Cost. – ed affermando che la scelta di ricorrere alla scienza per diventare genitore, «concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può non essere incoercibile» – la Corte aprirebbe (addirittura) nuovi scenari anche per la procreazione dei/delle *singles*.

(33) G. ROCCHI, *Il divieto di fecondazione eterologa*, cit., p. 8. Analogamente, A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, cit., § 10, afferma che «quella che emerge dalla pronuncia... è, in sostanza, una concezione della libertà meramente individualistica, egoistica, sradicata da relazioni intersoggettive».

(34) G. ROCCHI, *Il divieto di fecondazione eterologa*, cit., p. 5. V. anche A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, cit., § 9.

sociato la possibilità di procedere alle tecniche di procreazione assistita (appunto) alle sole coppie e non già ai/alle *singles*³⁵. Le incongruenze e le asimmetrie sottese al non coerente sviluppo delle iniziali scelte legislative vengono, in tal modo, ancor più evidenziate. Del resto, non mancano certo norme costituzionali che – proprio in riferimento alla dimensione familiare – riconoscono e s’incentrano sui «diritti della famiglia» (art. 29) o sui diritti-doveri «dei genitori» (art. 30). Prescrizioni che non escludono la dimensione anche individuale di simili diritti, come ha più volte evidenziato la stessa Corte costituzionale³⁶.

4. Segue: perché la fecondazione eterologa è un trattamento sanitario

Sarebbe stato forse opportuno che la Corte avesse replicato in modo più netto a chi continua a sostenere che la procreazione assistita non è un'autentica "terapia" in quanto non favorirebbe alcuna effettiva "guarigione"³⁷. Questo argomento – innanzi tutto – non trova infatti alcuna conferma nell'art. 1, comma 2, della legge 40/2004 (e, quindi, nella stessa "logica" della legge): affermando che «il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano *altri metodi terapeutici* efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità», la disposizione evidentemente colloca anche questa *metodica* nell'ampio *genus* delle terapie³⁸. Del resto, lo stesso art. 32 Cost., nel plasmare i

(35) Non a caso, la Corte torna su questo aspetto nei passaggi in cui evidenzia l'inesistenza di un vuoto normativo conseguente alla dichiarazione di illegittimità del divieto *de quo* (cfr. punto 11.1 del Considerato in diritto): i «requisiti soggettivi» di cui all'art. 5, comma 1, della legge 40 – in base al quale possono fare ricorso alla procreazione assistita soltanto le «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi» – si applicheranno infatti anche alle (ora ammesse) ipotesi di fecondazione eterologa.

(36) Si v., ad esempio, la sent. n. 183/1994, ove la Corte afferma che gli artt. 3, 29 e 30 Cost., non escludono che il legislatore possa stabilire quando sia comunque conveniente disporre l'adozione da parte di *singles*. Si pensi altresì alla sent. n. 245/2011, in cui la violazione del diritto fondamentale a contrarre matrimonio degli stranieri irregolari è colto nella sua stessa incidenza sul corrispondente diritto del/la cittadino/a italiano/a che voglia sposarsi con uno/a straniero/a. Nella sent. n. 332/2000 si dichiara poi l'illegittimità delle norme che subordinavano la possibilità di essere reclutati nelle varie armi all'essere senza prole.

(37) V., di recente, e per tutti, I. RAPISARDA, *Il divieto di fecondazione eterologa*, cit., p. 933.

(38) Cfr. G. REPETTO, "Non di sola Cedu". *La fecondazione assistita e il diritto alla salute in Italia e in Europa*, in *Dir. pubbl.*, 2013, p. 163. Similmente già C. TRIPODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004*, *ivi*, 2004, p. 541 ss., la quale peraltro affer-

tratti indefettibili del diritto alla salute, si riferisce – come noto – ai ben più generici “trattamenti sanitari”.

A dire il vero, tra le righe della sua sentenza la Corte non lesina di cimentarsi anche su questo terreno: ponendo l’accento sulla circostanza per cui l’essere irrimediabilmente sterili costituisce un’innegabile «patologia produttiva di disabilità», la Corte di fatto demolisce proprio le già rammentate argomentazioni³⁹. La PMA viene insomma inquadrata per quello che è: un trattamento sanitario, somministrato da personale altamente specializzato, il quale «se non ripristina [...] funzioni organiche compromesse, tuttavia è in grado di surrogarle»; né più né meno di una dialisi, di una protesi, dell’assunzione di ormoni sintetici sostitutivi, dell’insulina, di enzimi essenziali⁴⁰. Sulla scia di suoi collaudati precedenti⁴¹, la Corte ribadisce pertanto che «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 tener conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati»⁴².

Sovrapponendo perciò le argomentazioni della decisione in commento con quanto messo efficacemente in fila già dalla sent. n. 151/2009 – oltre che in una numerosa serie di interventi giurisprudenziali – ne risulta ulteriormente avvalorata l’idea per cui, su questo versante, «il vizio originario della legge 40/2004 non sia» tanto «riconducibile alle singole scelte normative compiute [...], ma più globalmente alla impostazione di metodo della legislazione adottata in un ambito peculiare quale quello medico-scientifico»⁴³. La sua intrinseca debolezza risiederebbe cioè

mava che la PMA non sarebbe comunque una terapia, in quanto inidonea a eliminare le cause della sterilità o dell’infertilità.

(39) Punto 7 del Considerato in diritto.

(40) A. VALLINI, *Sistema e metodo*, cit., p. 835.

(41) V., in particolare, le sentt. n. 282/2002, n. 338/2003, n. 151/2009, n. 8/2011, n. 274/2014.

(42) Punto 7 del Considerato in diritto.

(43) S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità del legislatore*, in www.forumcostituzionale.it (16 giugno 2014), § 1.

nell'approccio intransigente e ideologico a una materia che, per sua natura, dev'essere invece duttile al punto da adattarsi il più possibile alle esigenze dei casi concreti. Un "fronte" in cui – come ha sottolineato la stessa Corte – è essenziale che la *dura lex* lasci il campo a opportune «deleghe di bilanciamento in concreto»⁴⁴, praticate, in questo caso, dai medici di concerto con i diretti interessati. Né tale approdo è destinato a tradursi in un "via libera" senza limiti a ciò che la scienza rende possibile⁴⁵: in materia di fecondazione eterologa, ad esempio, continuano a vigere i severi divieti cui si farà più precisamente cenno⁴⁶.

Valga, a tal proposito, la vicenda del già previsto obbligo di procedere a un unico e contemporaneo impianto di un numero di embrioni comunque non superiore a tre, dichiarato illegittimo dalla citata sent. n. 151/2009. Non è affatto vero che «il limite dei tre embrioni era esattamente individuato al fine di dare a ciascuno la possibilità di svilupparsi in utero»⁴⁷. In materia non si può infatti disconoscere quanto ricavabile dall'esperienza medico-scientifica, impedendo altresì ai professionisti di calibrare i loro interventi alla luce delle concrete esigenze e alla particolare fisiologia di chi deve ricorrere a essi. Insomma, la medicina insegna che c'è "donna e donna", nonché – più precisamente – c'è "patologia riproduttiva e patologia riproduttiva", così come ci sono donne in grado di sopportare più cicli di stimolazione ovarica e altre che rischiano invece, in tal modo, di compromettere irrimediabilmente la loro salute. Non è certo il legislatore il soggetto più vicino a queste realtà, né quello più competente a coglierne le singole pieghe nei vari casi, imponendo – in aggiunta – grossolani divieti.

È poi di certo arguto affermare che se la procreazione assistita fosse davvero una terapia, apparirebbe incomprensibile e illegittimo impedirne la somministrazione alle coppie di soggetti *non* conviventi, ai minorenni e a chi non possa fare a meno di ricorrere alla donazione di ga-

(44) R. BIN, *Giudizio "in astratto" e delega di bilanciamento "in concreto"*, in *Giur. cost.*, 1991, p. 3574 ss. V. la giurisprudenza citata *supra* alla nota 41.

(45) È la preoccupazione di A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, cit., §§ 10 e 11.

(46) V. più diffusamente *infra* §§ 5 e 8.

(47) L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa*, cit., p. 7.

meti. E come si potrebbe poi pacificamente sostenere che l'adozione costituisca l'alternativa a una terapia? Come giustificare inoltre che il ricorso a un simile trattamento dipenda dalla volontà di una persona diversa dal soggetto sterile-malato? E perché stabilire l'impossibilità di revocare il consenso alla sua somministrazione dopo un certo momento (la fecondazione dell'ovulo)⁴⁸?

Che sia illegittimo impedire il ricorso a una procreazione di tipo eterologo è argomentato proprio nella sentenza in commento, mentre già molto è stato detto sulla palese incostituzionalità della previsione che proibirebbe agli interessati di sottrarsi al trattamento già avviato⁴⁹ o sull'idea che la salute vada ricondotta alla coppia⁵⁰. Quanto alle restanti obiezioni, la ragion d'essere delle peculiari evenienze del caso deriva evidentemente dal singolarissimo statuto della patologia in discussione; dal fatto che quest'ultima presenti essenziali e originali "ingredienti" di carattere psico-fisico; dalle concrete esigenze di bilanciare adeguatamente «i diritti di tutti i soggetti coinvolti» nella vicenda (*ex art. 1 della stessa legge 40/2004*)⁵¹. Del resto, non è un trattamento medico anche la donazione d'organi *inter vivos*? In questo caso la salute o la stessa vita del malato non dipendono forse dal consenso e dalla disponibilità di un altro soggetto sul quale s'interviene con modalità anche invasive? E se lo stress psico-fisico in cui si dibatte la coppia sterile scaturisce davvero dall'assenza di prole, perché considerare aberrante che – sotto questo profilo – l'adozione non possa costituire "anche" il rimedio a un simile stato di cose, sanandosi altresì un altro "male" già in essere⁵²? Non è stata poi la stessa Corte a collegare il diritto alla salute dei portatori di

(48) G. ROCCHI, *Il divieto di fecondazione eterologa*, cit., p. 4 s. Di un figlio, inteso dalla sentenza come «cura» della coppia, ragiona anche I. RIVERA, *Quando il desiderio di avere un figlio diventa un diritto*, cit., p. 54.

(49) Si rinvia anche al mio *Il corpo e la Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 159 ss. Sul punto risulta pendente – come già ricordato *supra* – una *quaestio* di costituzionalità.

(50) V. *supra* § 3.

(51) Da qui la legittimità di escludere i minorenni e di ottenere il consenso di entrambi i membri della coppia (anche a tutela del nascituro, oltre che dei diritti del padre sterile).

(52) Sulla principale *ratio* dell'adozione – approntare un rimedio per i bambini già nati che versano in stato d'abbandono morale e materiale – si v. *infra* § 6.

handicap addirittura all'esigenza che venga loro concesso un diritto di passaggio coattivo su fondo altrui^{53?}

5. *Problemi di “bilanciamento”*

Potrebbe addirittura bastare – sbagliare la “mappa” dei diritti coinvolti in una fattispecie è assai grave – ma la Corte ribadisce che «ciò non è sufficiente» a far ritenere illegittimo «il censurato divieto»⁵⁴. Essa evidenzia quindi come dall'errore iniziale del legislatore siano derivate – a cascata – ripercussioni negative anche sulla “qualità” dei bilanciamenti ospitati dalla disciplina. Per verificarlo (e provarlo) la Corte abbandona l'analisi solo “esterna” e “statica” dell'impostazione giuridico-costituzionale della vicenda, muovendosi invece su un piano che potremmo definire “interno” e “dinamico”. Essa ricorda pertanto che l'individuazione di un «ragionevole punto d'equilibrio delle contrapposte esigenze» coinvolte nel caso – nel costante «rispetto della dignità della persona umana» – spetta «primariamente alla valutazione del legislatore (sent. n. 347/1998); resta tuttavia ferma la sindacabilità della stessa, al fine di verificare se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano»⁵⁵.

La Corte prepara perciò il terreno del suo controllo affermando che le limitazioni alla libertà di autodeterminarsi, qual è «la scelta... di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche figli», «ed in particolare un *divieto assoluto* imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango (sent. n. 332/2000)»⁵⁶. Bisogna perciò accertare «se l'*assolutezza* che lo connota sia l'unico mezzo per garantire la tutela di altri valori costituzionali coinvolti dalla tecnica in esame»⁵⁷.

(53) Si v. la sent. n. 167/1999, a ulteriore conferma che il «concetto di salute rinvenibile nella giurisprudenza costituzionale... appare assai ampio»: M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in AA.Vv., *Diritto alla salute tra uniformità e differenze*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 20.

(54) Punto 8 del Considerato in diritto.

(55) Punto 5 del Considerato in diritto.

(56) Punto 6 del Considerato in diritto.

(57) Punto 8 del Considerato in diritto.

In questo quadro, la Corte ricorda quindi «che la giurisprudenza costituzionale ha sottolineato come la legge 40/2004 sia appunto preordinata alla “tutela delle esigenze della procreazione”, da contemperare con ulteriori valori costituzionali, senza peraltro che sia riconosciuto a nessuno di essi una tutela assoluta, imponendosi un ragionevole bilanciamento tra gli stessi (sent. n. 151/2009)». Essa rammenta così di avere «già affermato che la stessa “tutela dell’embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione” (sent. n. 151/2009)»⁵⁸, potendo perciò concludere che «il censurato divieto, nella sua assolutezza, è pertanto il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco»⁵⁹.

Estremamente significativo è il primo passo che la Corte compie sul terreno di questi accertamenti: essa infatti osserva che «in linea preliminare la PMA di tipo eterologo mira a favorire la vita e pone problematiche riferibili eminentemente al tempo successivo alla nascita». La Corte spezza così la convinzione per cui la procreazione assistita sarebbe inevitabilmente un “male”: un’opzione morale del tutto legittima ma non suffragata da basi giuridiche che ne legittimino l’imposizione *erga omnes*. La Corte precisa invece che – «alla luce delle notorie risultanze della scienza medica» – la procreazione eterologa non comporta «rischi per la salute dei donanti e dei donatori eccedenti la normale alea insita in qualunque pratica terapeutica, purché eseguita all’interno di strutture operanti sotto i rigorosi controlli delle autorità, nell’osservanza dei protocolli elaborati dagli organismi specializzati a ciò deputati»⁶⁰. Gli argomenti di tal fatta perdono così qualsiasi efficacia, evidenziando tutta la loro strumentalità⁶¹: in base a essi dovrebbe vietarsi anche una comune appendicite (che, come noto, non è esente da rischi). Va anzi aggiunto che – per chi si ponga nell’ottica appena criticata – appare evidentemente capzioso non concludere che il ricorso ad amanti occasionali per

(58) Punto 5 del Considerato in diritto.

(59) Punto 13 del Considerato in diritto.

(60) Punto 9 del Considerato in diritto.

(61) Li ripropone I. RAPISARDA, *Il divieto di fecondazione eterologa*, cit., p. 933.

raggiungere il medesimo risultato sia addirittura più rischioso dell'utilizzo medicalmente assistito di seme e ovuli controllati in laboratorio e "donati" da persone attentamente selezionate⁶². Perché dunque non vietare anche questi comportamenti "insani"?

Evocare poi minacce per la salute collettiva – conseguenti a pratiche di procreazione eterologa – sembra in realtà dettato da paure in larga parte irrazionali⁶³. Se si vogliono infatti prevenire incesti inconsapevoli, con ciò proteggendo la salute degli eventuali nascituri⁶⁴, non è affatto necessario ricorrere a un divieto assoluto e senza scampo, bensì elaborare discipline che impongano alcuni elementari accorgimenti. Facendo tesoro delle esperienze straniere, andrebbe quindi limitato il numero delle donazioni possibili «a quanto adeguato a rendere statisticamente insignificante il rischio»⁶⁵. A questo scopo, la norma annullata sacrificava invece in misura troppo intensa altri diritti pur evidentemente coinvolti dalla fattispecie; essa insomma "costava troppo", nel senso che «il legislatore avrebbe potuto raggiungere lo stesso scopo con un minor sacrificio di altri interessi rilevanti» nel caso⁶⁶.

Le medesime preoccupazioni poste alla base del divieto *de quo* si presentano, del resto, in forma del tutto simile (quando non addirittura più intensa) in ogni caso di prole nata da adulterio⁶⁷ o da genitori adottati⁶⁸. Non si comprende dunque perché queste eventualità non suscitino analoghe preoccupazioni (sollecitando identici divieti).

Rilievi del tutto simili valgono altresì ove si contestasse alla fecondazione eterologa di dare inevitabilmente luogo a un pernicioso "merca-

(62) A. VALLINI, *Illecito concepimento*, cit., p. 109.

(63) V., ad esempio, A. GUSTAPANE, *La procreazione con metodi artificiali nella prospettiva costituzionale*, in *Dir. e soc.*, 1996, p. 207.

(64) Così, ad esempio, I. RAPISARDA, *Il divieto di fecondazione eterologa*, cit., pp. 933 s.

(65) A. VALLINI, *Illecito concepimento*, cit., 110, nonché *Id.*, *Sistema e metodo*, cit., p. 838.

(66) R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., pp. 81, 82 ss.

(67) V., ad esempio, G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità, procreazione*, Padova, Cedam, 1999, p. 351.

(68) Cfr., ad esempio, M. MORI, *La "novità" della bioetica*, in S. RODOTÀ (a cura di), *Questioni di bioetica*, Roma-Bari, Laterza, 1997, p. 410, il quale sottolinea l'esistenza di una notevole percentuale di prole adulterina.

to dei gameti” o di avallare la futura progettazione biologica di figli *à la carte*⁶⁹. Non è evidentemente così, posto che i limiti alla fecondazione eterologa già ora vigenti – anche dopo l’intervento della Consulta – sono più che idonei a evitare simili derive. La legge 40/2004 vieta infatti «la commercializzazione di gameti o di embrioni», proibendo altresì, nell’ordine, la «surrogazione di maternità», «ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti», l’alterazione del patrimonio genetico degli stessi, la clonazione, la fecondazione di un gamete umano con un gamete di specie diversa o la produzione di ibridi e chimere (art. 13, comma 3). Prescrizioni che costituiscono una barriera più che solida a “pendii scivolosi” di vario genere. A questo del resto dovrebbe servire il diritto: non a vietare, usando l’acchetta, per l’inconsulto timore di uno *slippery slope*, ma a governare opportunamente quest’ultimo per ampliare la sfera delle possibilità umane.

6. I diritti della persona nata da fecondazione eterologa

Le uniche preoccupazioni davvero sensate riguardano pertanto i diritti propri della «persona nata da PMA di tipo eterologo»⁷⁰; il venire in essere mediante una simile pratica determina cioè una lesione di suoi specifici diritti costituzionali?

A tal proposito, paiono davvero privi di spessore gli apodittici rilievi per cui la fecondazione eterologa comprometterebbe «comunque l’identità personale e il diritto al libero e autonomo sviluppo della personalità» del nato⁷¹, oltre che (addirittura) la sua «dignità»⁷², inficiandone altresì la

(69) I. RAPISARDA, *Il divieto di fecondazione eterologa*, cit., p. 933 ss.

(70) Punto 10 del Considerato in diritto.

(71) E. BILOTTI, *Il diritto alla conoscenza delle proprie origini*, Relazione al Convegno “*Quale diritto per i figli dell’eterologa*”, svoltosi presso la Camera dei deputati il 3 giugno 2014. Analogamente, L. VIOLINI, *Tra scienza e diritto*, in AA.VV., *La procreazione assistita: problemi e prospettive*, Atti del Convegno di studi tenuto presso l’Accademia dei Lincei il 31 gennaio 2005, Fasano, 2005. *Contra*, tra i tanti (e ragionevolmente), M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione assistita*, in *Pol. dir.*, 2004, p. 460 ed E. DOLCINI, *Il divieto di fecondazione assistita “eterologa”*, cit., 354. Per una rassegna di osservazioni di stampo psicologico v., *ex plurimis*, M.C. ZURLO, *Filiazione, tecniche di biomediche e procreazione assistita*, in R. PRODOMO (a cura di), *Progressi biomedici tra pluralismo etico e regole giuridiche*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 81 ss.

(72) M. CLARA, *I nemici della fecondazione eterologa e il loro convitato di pietra*, in M. D’AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *La legge n. 40 del 2004 ancora a giudizio*, Milano, Franco Angeli, 2012,

corretta crescita. Perché allora non estendere queste affermazioni anche alla procreazione derivante da violenza sessuale o da adulterio? L'argomento è insomma strumentale e dà per provato ciò che non lo è affatto. Né appare decisivo sottolineare i possibili disagi psicologici sofferti dalla persona nata mediante una procreazione assistita di tipo eterologo. Tale "pericolo" è ravvisabile in pressoché tutte le pratiche umane⁷³; non solo nell'adulterio "procreativo" e nell'adozione, ma anche nella stessa filiazione naturale entro la coppia: chi può infatti mai garantire che il nato non imputi ai genitori la "sofferenza del vivere"? Tale pericolo potrebbe inoltre presentarsi con maggiore evidenza nell'ipotesi di procreazione realizzata da soggetti *prima facie* inidonei ad allevare bambini: perché non agire quindi anche su questi versanti?

Insomma, non si scorge come la (del tutto) teorica eventualità di un tale "tormento filiale" possa giustificare il sacrificio attuale e assoluto della scelta procreativa delle persone completamente sterili⁷⁴. Sono del resto numerose le ricerche che – ai fini di una formazione equilibrata della personalità del bambino – attestano l'importanza che quest'ultimo sia accolto in un ambiente favorevole e stimolante, anche a prescindere dall'esistenza di una parentela biologica (la quale, come insegna la cronaca, non è apprezzabile in sé)⁷⁵. E ulteriori studi provano altresì come il rapporto genitoriale conseguente a una procreazione eterologa generi meccanismi psicologici (e addirittura ormonali) del tutto simili a quelli di una filiazione naturale⁷⁶.

p. 27, cita, a tal proposito, l'opinione separata del giudice De Gaetano, favorevole alla restrittiva sent. della Grande Camera della CEDU 3 novembre 2011, in cui – senza alcuna spiegazione e con accenti apodittici – si afferma che è necessario proibire la fecondazione eterologa «al fine di attestare il carattere inalienabile della dignità propria di ciascun essere umano».

(73) Come peraltro riporta I. CORTI, *Divieto di fecondazione eterologa*, cit., p. 142, questa preoccupazione non viene confermata dagli studi psicopedagogici, né «risultano problematiche specifiche relative ai figli, dipendenti dalla modalità del concepimento naturale o artificiale».

(74) A. PIOGGIA, *La disciplina in materia di procreazione e la riconquistata legittimità della fecondazione eterologa: un altro passo avanti per una legge che resta indietro*, in *GenIUS*, 2, 2014, p. 88.

(75) V., ad esempio, S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, cit., p. 231. Per un *excursus* sulle ricerche a tal proposito v. M.P. COSTANTINI, *Tutele e garanzie nella donazione di gameti: le possibili risposte dell'ordinamento italiano*, in M. D'AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *La legge n. 40 del 2004 ancora a giudizio*, cit., p. 43.

(76) Per un'agile rassegna di tali ricerche v. D. OVADIA, *Genitori senza geni*, in *Le Scienze – Mente & Cervello*, gennaio 2015, p. 54 ss.

I dubbi di cui sopra acquistano tuttavia una maggiore precisione di contorni ragionando del diritto del nato alla conoscenza della propria precisa identità biologica; e ciò non solo ai fini della tutela della sua salute in concreto (la quale, in taluni casi, potrebbe richiedere il ricorso al donatore di gameti che ne ha permesso la nascita)⁷⁷.

Conoscere le proprie origini è senz'altro un diritto fondamentale, come tale previsto anche dall'art. 7 della Convenzione internazionale dei diritti del fanciullo, la quale tuttavia opportunamente precisa che esso va protetto «nella misura del possibile»⁷⁸. In altri termini – come del resto la Corte afferma di ogni prerogativa costituzionale⁷⁹ – il concetto di limite è insito *anche* in questo specifico diritto; nel senso che lo stesso diritto a conoscere le proprie origini non è per nulla illimitato, né i suoi legittimi confini creano immancabilmente «un ostacolo al raggiungimento di un'identità completa e integrata» dell'interessato⁸⁰. Esso va dunque calibrato in rapporto agli altri diritti con i quali può venire in collisione e non deve diventare un *totem*.

Questi assunti non contraddicono affatto l'art. 30, ult. c., Cost., con il quale si pongono anzi in perfetta consonanza. Non è insomma affatto vero che, «riservando alla legge il compito di dettare norme e limiti per la ricerca della paternità», tale disposizione implicitamente affermerebbe il diritto invincibile di ogni persona a conoscere le proprie origini biologiche⁸¹. Al contrario, l'art. 30 dà per assodato che la legge possa anche (e opportunamente) limitare il diritto alla ricerca della paternità⁸².

(77) I. CORTI, *Divieto di fecondazione eterologa*, cit., p. 143: in questi casi taluni ordinamenti hanno perciò dato la prevalenza assoluta al diritto del nato sul diritto all'anonimato del donatore.

(78) Analoghe cautele presenta anche la Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale (29 maggio 1993), la quale obbliga gli Stati aderenti a trattenere le informazioni sull'identità dei genitori dell'adottato, e a metterle a sua eventuale disposizione, sempre però nei limiti fissati dalle leggi statali.

(79) Si v., ad esempio, le notissime sentt. n. 1/1956, n. 36/1958 e n. 57/1976.

(80) Così invece M. CASINI, C. CASINI, *Il dibattito sulla PMA eterologa*, cit., p. 147.

(81) Così, ad esempio, I. NICOTRA GUERRERA, *Anonimato del donatore e diritto all'identità personale del figlio nella procreazione medicalmente assistita*, in *Quad. cost.*, 2002, p. 795.

(82) Si v. al proposito quanto affermato nelle sentt. n. 70/1965 e n. 50/2006. Sul punto cfr. F. MEOLA, *La scelta di procreare tra (poche) libertà e (molti) limiti: considerazioni a margine al-*

Ecco perché nel nostro ordinamento non mancano discipline che sacrificano il *favor veritatis* al cospetto di altri (e prevalenti) interessi del minore⁸³. Dalla stessa giurisprudenza costituzionale si evince del resto che la “bussola”, in questi casi, è rappresentata dal «migliore sviluppo della persona del figlio» (ove è proprio il principio di “verità biologica” a passare – evidentemente – in secondo piano)⁸⁴. Ed è ancora il *favor veritatis* a poter essere disatteso nel caso in cui la madre che abbia chiesto di non essere nominata al momento del parto non maturi poi alcun ripensamento al proposito⁸⁵. È dunque senz’altro vero che questo specifico diritto del nato da fecondazione eterologa è del tutto «degno di essere tutelato in via legislativa», ma ciò soltanto «dopo un ragionevole e complesso bilanciamento di tutti i fattori in gioco»⁸⁶.

È anche con riguardo a questo profilo che la Corte pone a raffronto il divieto assoluto di fecondazione eterologa con la disciplina dell’istituto dell’adozione; quest’ultima presenta evidenti analogie con la filiazione generata da un provvidenziale dono di gameti. Nel senso che – pur nell’innegabile diversità “originaria” dei due fenomeni⁸⁷ – sono del tutto

la recente legge sulla procreazione assistita, in R. PRODOMO (a cura di), *Progressi biomedici*, cit., p. 139 ss.

(83) Si pensi, per esempio, alla presunzione di paternità del marito (art. 231 c.c.), ai rigidi termini di prescrizione imposti all’azione di disconoscimento di paternità (art. 244 c.c.), al riconoscimento dei figli incestuosi, subordinato alla previa autorizzazione del giudice, il quale dovrà avere riguardo all’interesse del figlio e alla necessità di evitargli qualsiasi pregiudizio (art. 215 c.c.), al riconoscimento del figlio che non ha compiuto sedici anni, il quale necessita del consenso dell’altro genitore, o del figlio che ha già sedici anni, che impone di incassare il suo assenso (art. 250 c.c.).

(84) Si rinvia all’accurata ricostruzione giurisprudenziale di E. LAMARQUE, *Le norme e i limiti per la ricerca della paternità. Contributo allo studio dell’art. 30, quarto comma, della Costituzione*, Padova, Cedam, 1998, p. 55 ss., 63 ss.

(85) V. ora la sent. n. 278/2013, che sensibilmente corregge la precedente sent. n. 425/2005. Ciò dopo le celebri pronunce della Corte Edu, Odievre c. Francia, Grande Camera, 13 febbraio 2003, n. 42236/98, e – soprattutto – Godelli c. Italia, sez. II, 25 settembre 2012, n. 33783/09, con la quale si condannava la disciplina italiana in quanto troppo rigida nel non consentire alla madre di rivedere la sua decisione di mantenere l’anonimato (così sacrificando anche il corrispondente diritto del figlio a ricostruire le sue origini).

(86) E. LAMARQUE, *Le norme e i limiti per la ricerca della paternità*, cit., p. 20 ss., 65 ss.

(87) Come affermato da molti commentatori, per i quali l’adozione rimedierebbe a un male già esistente, non invece creandolo: v., per tutti, A. BARBERA, *La procreazione medicalmente assistita: profili costituzionali*, in AA.Vv., *La procreazione assistita: problemi e prospettive*, Atti del

simili i problemi riguardanti la prole che avverta l'irrefrenabile impulso a rintracciare le proprie origini biologiche. Lo prova (paradossalmente) proprio chi – contestando tale assimilazione – utilizza la giurisprudenza interna e della CEDU, relativa a un simile diritto degli adottati, proprio per argomentare l'esistenza di un diritto a conoscere le proprie origini biologiche anche nell'ipotesi *de qua*⁸⁸.

Per la Corte – anche su questo specifico punto – è del resto «già desumibile una regolamentazione della PMA di tipo eterologo ... ricavabile, mediante gli ordinari strumenti interpretativi, dalla disciplina concernente, in linea generale, la donazione dei tessuti e cellule umani, in quanto espressiva di principi generali pur nelle diversità delle fattispecie (in ordine, esemplificativamente, alla gratuità e volontarietà della donazione, alle modalità del consenso, all'anonimato del donatore, alle esigenze di tutela sotto il profilo sanitario ...)», eccetera.

Al proposito, vigono poi anche altre discipline, proprio di recente “rimodellate” dalla Corte o dallo stesso legislatore, alle quali la Consulta fa esplicito richiamo in sentenza. È il caso della già menzionata sent. n. 278/2013 (ove la Corte rimodula il diritto all'anonimato della madre, affermando che l'irreversibilità del segreto arrecava un'insanabile lesione ai diritti del nato, invitando perciò il legislatore a introdurre una normativa che consenta di accertare se la madre non abbia cambiato idea) e del nuovo art. 231 c.c. (in cui si «stabilisce, significativamente, che “il marito è padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio”, a prescindere, cioè, dal fatto biologico del concepimento)⁸⁹.

Né la mancata indicazione di un numero fisso di donazioni è tale da impedire alla Corte di esprimersi sulla *quaestio*. A questo fine, sarebbe comunque agevole procedere a «un aggiornamento delle Linee guida, eventualmente anche alla luce delle discipline stabilite in altri Paesi europei... tenendo conto dell'esigenza di consentirle entro un limi-

Convegno, cit., p. 355. Come a dire che in questi casi – se non si fraintende – nascere sarebbe immancabilmente un “male”.

(88) V., ad esempio, L. VIOLINI, A. OSTI, *Gli argomenti contro l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa*, in A. COSSIRI, G. DI COSIMO (a cura di), *La fecondazione vietata*, cit., p. 119 ss.

(89) V. il punto 11 del Considerato in diritto.

te ragionevolmente ridotto»⁹⁰. È stata del resto la stessa Corte a giudicare ammissibile un *referendum* che aveva appunto lo scopo di abrogare *sic et simpliciter* il divieto di fecondazione eterologa, sottolineando che l'accoglimento di una simile proposta non avrebbe fatto «venir meno un livello minimo di tutela costituzionalmente necessario»⁹¹. Sarebbe stato incomprensibile se essa fosse tornata oggi sui suoi passi, affermando cioè di non poter produrre effetti del tutto simili a quelli che sarebbero derivati dalla richiesta referendaria legittimata nel 2005.

In tutti i casi sin qui menzionati si tratta insomma di lacune non idonee a impedire che la Consulta facesse valere fino in fondo le proprie prerogative. Sin dal 1958 essa ha del resto «affermato che il proprio potere “di dichiarare l'illegittimità costituzionale delle leggi non può trovare ostacolo nella carenza legislativa che, in ordine a dati rapporti, possa derivarne”», mentre spetta alla «saggezza del legislatore» intervenire con tempismo⁹², oppure «ai giudici comuni trarre dalla decisione i necessari corollari sul piano applicativo»⁹³.

La Corte non valorizza invece – facendovi solo cenno – un ulteriore argomento che ha tutta l'aria di essere “razionalmente” decisivo nel caso. A ben vedere, infatti, «un illecito di concepimento quale quello in discussione... non può mai essere idoneo – e dunque men che mai necessario – a salvaguardare gli interessi del figlio, per la semplice ragione che impedisce il concepimento e dunque la nascita di qualsiasi figlio»⁹⁴. Con esso non si persegue perciò l'interesse di nessun (ipotetico) nascituro, la cui esistenza viene infatti del tutto frustrata (negandogli addirittura e radicalmente il diritto alla vita). Ragionare di questo dibattito è comunque istruttivo: da esso si trae infatti la significativa conferma che – anche per coloro i quali sostengono abitualmente il contrario – lo stesso “diritto alla vita” va, almeno in talune circostanze, adeguata-

(90) Punto 12 del Considerato in diritto.

(91) Così nella sent. n. 49/2005, punto 3.3. del Considerato in diritto.

(92) Sent. n. 59/1958 e sent. n. 113/2011, punto 8 del Considerato in diritto.

(93) Sent. n. 113/2011, punto 8 del Considerato in diritto.

(94) A. VALLINI, *Sistema e metodo*, cit., p. 838. Così già G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità, procreazione*, cit., p. 336 e M. AINIS, *Le libertà negate*, Milano 2004, p. 85.

mente bilanciato⁹⁵. Insomma, in questo caso – e solo perché utile ai loro scopi – i cosiddetti “difensori della vita” sembrano incoerentemente viaggiare verso altri lidi.

7. Oltre il bilanciamento, altre irrazionalità della legge 40/2004

Tiriamo le fila. Nel vietare sempre e comunque la fecondazione c.d. eterologa, il legislatore non ha preso in esame tutta la tavolozza dei diritti coinvolti nella vicenda. Il bilanciamento predisposto dalla legge ha così messo in luce numerose falle e insopportabili disequilibri. Non solo: il legislatore ha sbagliato anche a reperire un ragionevole punto di equilibrio tra i diritti che ha comunque assunto a parametro.

Ma c'è di più. La Corte denuncia infatti come il divieto assoluto della PMA di tipo eterologo «introduca un evidente elemento di irrazionalità» “interno” alla stessa legge. In contrasto con la sua esplicita *ratio legis* – volta a «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» (art. 1, comma 1) – la legge 40/2004 rende infatti assolutamente impossibile alle «coppie affette dalle patologie più gravi» – i totalmente sterili – di realizzare i loro diritti all'autodeterminazione, alla «genitorialità, alla formazione di una famiglia con figli, con incidenza sul diritto alla salute»⁹⁶. Per accedere alla PMA era insomma necessario «essere sterili sì, ma non troppo»⁹⁷.

Non è finita. La regolamentazione comunque offerta alla fecondazione eterologa praticata all'estero – benché ispirata dall'esigenza di fornire adeguata protezione al nato – introduceva, a ben vedere, un ulteriore motivo d'irrazionalità della disciplina. Ammettere che i coniugi potessero praticare altrove quanto vietato in Italia – assieme al divieto di riconoscere la paternità e di non nominare la madre – suggeriva infatti una comoda via d'uscita agli altrimenti ferrei divieti del legislatore. Si palesava così «un ingiustificato, diverso trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla capacità economica delle stesse, che

(95) V. già il mio *Il corpo e la Costituzione*, cit., p. 175.

(96) Punto 13 del Considerato in diritto.

(97) Come chiosa C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in www.confrenticostituzionali.it (17 giugno 2014).

assurge intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi»⁹⁸.

Sebbene quello appena descritto costituisca un argomento *a fortiori*, esso non costituisce tuttavia – afferma la Corte – «un mero inconveniente di fatto», bensì il «diretto effetto delle disposizioni in esame, conseguente a un bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole». Il disfavore espresso dalla legge non era infatti rivolto alla pratica in sé, bensì solo ai medici che l'avessero somministrata in Italia, posto che i genitori non sarebbero stati puniti neppure in questo caso.

Sul punto, la decisione della Corte non è dunque ispirata al ragionamento per cui «in alcuni Paesi la fecondazione eterologa è permessa, quindi deve essere permessa anche in Italia»⁹⁹: *era infatti la stessa normativa a legittimare questa pratica (purché si svolgesse all'estero)*. Nessuna assimilazione dunque – come pure è stato sbandierato – con l'azione pedofila perpetrata dal cittadino italiano in un Paese che la tolleri, o con la mutilazione genitale della figlia compiuta all'estero da persone residenti in Italia. In entrambe le ipotesi – non a caso – le leggi vigenti puniscono sempre e comunque questi comportamenti delittuosi, manifestando, in tal modo, il profondo disvalore associato all'una o all'altra azione¹⁰⁰. Fermo restando che non esiste poi alcun diritto fondamentale ad avere rapporti sessuali con i bambini e men che meno a imporre una mutilazione genitale alle proprie figlie: è anzi vero proprio il contrario. Niente di tutto ciò si riscontrava invece – stante la vigenza del divieto – nella fecondazione eterologa realizzata all'estero da una coppia italiana; tale pratica continuava – di fatto – a essere protetta e “suggerita” dalla legge, nel mentre la s'impediva invece in Italia. La dichiarazione

(98) Punto 13 del Considerato in diritto. Sottolinea come si tratti di un argomento «piuttosto inconsueto nella giurisprudenza costituzionale», A. PIOGGIA, *La disciplina in materia di procreazione e la riconquistata legittimità della fecondazione eterologa*, cit., p. 89.

(99) Così, criticamente, G. ROCCHI, *Il divieto di fecondazione eterologa*, cit., 8. Analogamente, C. TRIPODINA, *Il “diritto” a procreare artificialmente in Italia*, cit., p. 83.

(100) Si v. l'art. 600-*quinquies* c.p. (che punisce le iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile) e l'art. 604 c.p. (che punisce anche il fatto commesso all'estero). Si v. altresì l'art. 583-*bis* c.p., introdotto dalla legge 9 gennaio 2006, n. 7 (“Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile”).

d'illegittimità del divieto ha quindi permesso nulla più che l'*espansione della disciplina più favorevole, predisposta per la fecondazione eterologa praticata all'estero, anche ai casi realizzati entro i nostri confini*: la Corte ha così rispettato – anche su questo fronte – le coordinate adottate del legislatore, superandone soltanto le più intime (e discriminanti) contraddizioni.

8. Dopo la sentenza, tra Governo e Regioni

Sottolineando come il divieto di fecondazione eterologa celasse sia una discriminazione economica quanto un ingiusto trattamento rivolti ai cittadini meno facoltosi, la Corte lancia un evidente messaggio alle «istituzioni che dovranno vigilare sul modo in cui il ricorso a questa tecnica si svilupperà nel territorio nazionale, e, in particolare, sulla necessità che anche le coppie meno abbienti possano accedervi»¹⁰¹. In questo senso, però, i problemi non mancano; per meglio comprenderli è necessario ricostruire quanto è accaduto subito dopo la pronuncia della Corte. Non appena pronunciata la sent. n. 162, la Ministra della salute manifestò l'intenzione di intervenire urgentemente con un decreto legge al fine di consentire il rapido inizio dei trattamenti di PMA eterologa, inserendoli altresì nei livelli essenziali di assistenza ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost.¹⁰². Un progetto di decreto legge venne così presentato nel Consiglio dei Ministri dell'8 agosto 2014; in quella sede il Presidente del Consiglio espresse però un parere contrario alla sua adozione, ritenendo che su una materia così densa di profili etici si dovesse pronunciare il Parlamento. La Ministra aderiva quindi alla posizione del Capo del Governo, ribadendo più volte che, in mancanza di un intervento legislativo, le Regioni non avrebbero dovuto assumere iniziative di sorta: ne sarebbe verosimilmente scaturito un rinvio *sine die*.

Simili prese di posizione sono parse tuttavia criticabili, posto che la stessa Corte aveva opportunamente evidenziato in sentenza come non fosse affatto necessario adottare un provvedimento legislativo per consen-

(101) M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, cit., p. 30.

(102) Si v. l'Audizione del Ministro alla Commissione XII (Affari sociali) della Camera dei deputati, il 29 luglio 2014.

ture l'avvio delle procedure (in gran parte *già* disciplinate dalla legge 40/2004 e da altre fonti)¹⁰³: intervenire sulle Linee guida o adottare un d.m. sarebbe quindi stato più che sufficiente per colmare gli eventuali vuoti (comunque non essenziali). Del resto, nella già citata sent. n. 282/2002 la Corte ha sancito che l'assenza di norme di legge statali volte a disciplinare una pratica terapeutica «concorre a definire la portata dei principi che reggono la materia, e che, nella specie, non possono non ricollegarsi anzitutto allo stesso sistema costituzionale»¹⁰⁴.

Né può quindi sostenersi che le Linee guida non potrebbero comunque intervenire su quanto non previsto dalla legge – ossia in materia di fecondazione eterologa – posto che sarebbero altrimenti impugnabili davanti al giudice amministrativo¹⁰⁵. È invece chiaro che, dopo l'annullamento del relativo divieto, le norme legislative applicabili al caso – già vigenti per le restanti forme di PMA o in materie analoghe – risultano di fatto estese anche alla fecondazione eterologa (che è ora oggetto di un diritto); esse appaiono dunque più che idonee a porre i principi ai quali si dovranno ispirare ulteriori fonti e provvedimenti subordinati di rango statale o regionale.

Da queste considerazioni ha quindi preso corpo lo “strappo” messo in atto dalla Regione Toscana, la quale, con una sua particolareggiata delibera del 28 luglio 2014 – corredata da un ampio Allegato tecnico –

(103) Si pensi alle prescrizioni che la legge dedica ai requisiti soggettivi per l'accesso alle pratiche (con esclusione dei *singles*, delle coppie omosessuali, di chi può comunque procreare), ai divieti che continuano a riguardarla (ad esempio per la surrogazione di maternità o la commercializzazione di gameti ed embrioni), alle modalità espressive del consenso, all'indispensabile documentazione medica, ai criteri operativi che i medici devono assolutamente rispettare (ad esempio, la “gradualità”), alle invincibili conseguenze sullo *status* giuridico del nato (con l'innammissibilità dell'azione di disconoscimento di paternità, già sancita dalla Corte nella sent. n. 347/1998), sull'esclusione dell'insorgere di relazioni giuridiche parentali tra i donatori di gameti e i nati: la Corte se ne occupa in dettaglio al punto 11 del Considerato in diritto. Rilevano inoltre le numerose Direttive, attuate in Italia con appositi decreti legislativi, relative alle norme di qualità e di sicurezza della donazione, approvvigionamento, stoccaggio, distribuzione, controllo e rintracciabilità dei tessuti e delle cellule riproduttive destinate all'applicazione sull'uomo: vengono menzionate dalla stessa Corte – che invita a utilizzare al proposito gli «ordinari strumenti interpretativi» – e, ancor più nel dettaglio, dal Trib. Bologna, sez. I civ., 14 agosto 2014, che autorizza pertanto un centro medico ad applicare la tecnica in discorso alla coppia di ricorrenti pur in assenza dell'intervento del legislatore.

(104) Punto 4 del Considerato in diritto.

(105) M. CASINI, C. CASINI, *Il dibattito sulla PMA eterologa*, cit., p. 140.

ha predisposto una corposa disciplina tesa a regolare tutti gli aspetti medici, clinici e giuridici della PMA eterologa ancora privi di “copertura”. L’obiettivo era chiaro: consentire l’immediato avvio degli interventi nei Centri del proprio territorio, per i quali veniva addirittura stabilita la gratuità.

Tale delibera ha costituito il modello cui s’è successivamente ispirata la “Conferenza delle Regioni e delle Province autonome” nel predisporre il “Documento d’indirizzo sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014”¹⁰⁶: un «accordo interregionale» avente «valenza transitoria» – nell’attesa cioè che il Parlamento intervenga – teso a fornire «indirizzi operativi ed indicazioni cliniche omogenee al fine di rendere immediatamente esigibile un diritto costituzionalmente garantito su tutto il territorio nazionale». Ne scaturiva un evidente “messaggio”: nonostante l’apparente sostegno alla tesi ministeriale, l’esistenza stessa del Documento dimostra infatti che un’ulteriore legislazione in materia non è davvero indispensabile¹⁰⁷. Un approdo, quest’ultimo, che ha fatto finalmente breccia anche ai “piani alti”. Prova ne sia l’ondivago atteggiamento della Ministra: dopo aver predisposto il testo di un decreto legge (ritenendolo essenziale) – e contestato altresì l’attivismo degli enti territoriali – ella si è poi mostrata del tutto d’accordo con le scelte (ben diverse) operate dalla Conferenza delle Regioni¹⁰⁸.

Nel Documento d’indirizzo si sottolinea pertanto «l’urgente necessità» che le tecniche di procreazione assistita omologa ed eterologa siano inserite nel d.P.C.M. di adeguamento dei LEA, così come definito nel “Pat-

(106) Questo documento è reperibile al sito dell’Istituto Superiore di Sanità. Ciò vale anche per tutti gli altri provvedimenti dai quali si sono ricavate le informazioni utilizzate in questo paragrafo.

(107) Il “Registro nazionale dei donatori di cellule riproduttive a scopi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo”, è stato quindi istituito – presso l’Istituto Superiore di Sanità, Centro Nazionale Trapianti, e nell’ambito del Sistema Informativo Trapianti – dall’art. 1, comma 298, della legge 23 dicembre 2014, n. 190 (Legge di stabilità 2015), che peraltro nulla dice circa il necessario rispetto della *privacy* dei donatori, dando luogo a un’incertezza che potrebbe non essere priva di effetti.

(108) R. VILLANI, *La caduta del divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo: le ragioni della sua incostituzionalità e i successivi “indirizzi operativi” della Conferenza delle Regioni*, in *Studium Iuris*, 2014, p. 1256.

to per la Salute 2014-2016". Esso contiene pertanto una serie di puntuali prescrizioni e di circostanziate indicazioni cliniche che – man mano che tale accordo verrà recepito dalle singole Regioni o Province autonome – permetterà la somministrazione del trattamento. Tale Documento si occupa insomma dei variegati problemi operativi (anche di dettaglio) connessi alla tecnica in discorso¹⁰⁹.

Dopo tale Documento d'indirizzo, la Conferenza ha altresì adottato un'ulteriore delibera che definisce la «tariffa unica convenzionale per le prestazioni di fecondazione eterologa»¹¹⁰. Vi si ribadisce (con più forza) il principio per cui la PMA anche eterologa va comunque considerata un LEA sebbene si sia ancora in attesa del suo formale inserimento nell'apposito d.P.C.M.; si afferma pertanto (ed esplicitamente) che è condivisa dalle Regioni e dalle Province autonome la necessità di definire – in questa fase transitoria – «una tariffa unica convenzionale che quantifichi i costi per queste attività anche al fine di regolare le eventuali compensazioni relative alla mobilità interregionale». Segue una dettagliata «proposta di tariffe convenzionali da utilizzare nelle Regioni e Province autonome, oltre che per la relativa compensazione della mobilità interregionale».

Questo stesso documento tuttavia prende atto che «la Regione Lombardia ha comunicato che fino a quando le prestazioni di PMA non verranno ricomprese nel d.P.C.M. che individua i LEA, le stesse saranno a carico dell'assistito anche qualora venissero rese da strutture di altre Regioni». È una prima crepa che sembra aprirsi nel fronte, apparentemente monolitico, delle amministrazioni regionali.

Ciò che è accaduto dopo l'adozione di tali accordi – a prescindere dal caso tutto particolare della Regione Lombardia – conferma comunque che il nostro "federalismo sanitario regionale" presenta qualche pecca. Nel momento in cui si scrive esiste così un cospicuo gruppo di Regioni che non ha neanche recepito il Documento d'indirizzo cui aveva comunque prestato il proprio consenso (da qui anche la diffida legale del 19 novembre 2014 notificata all'Assessora alla salute della Regione Si-

(109) Per una dettagliata ricostruzione del Documento v. R. VILLANI, *La caduta del divieto*, cit., p. 1252 ss.

(110) Il documento è datato 25 settembre 2014.

culia); un altro gruppo di enti lo ha invece adottato, mettendo meglio a fuoco qualche ulteriore regola applicativa; in molti casi lo si è invece recepito puramente e semplicemente (nulla di più). Ovunque i problemi sono però di carattere pratico e (per quanto riguarda le strutture pubbliche) finanziario.

Tra gli ostacoli si veda, ad esempio, il ritardo con cui alcune realtà regionali stanno precisando l'ammontare dei *ticket* per queste prestazioni sino a oggi non contemplate. E va anche rimarcato l'immobilismo di talune Regioni che – a gennaio 2015 inoltrato – stanno ancora «valutando la possibilità di applicare gli indirizzi operativi forniti dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e le relative tariffe»¹¹¹; in pratica il nulla.

È chiaro che una procedura come quella in discorso – anche a seguito degli opportuni accertamenti medici introdotti dai Documenti sin qui evocati – non è di facile avvio. La donazione di gameti non è una “passeggiata” (soprattutto per le donne) e le verifiche cliniche cui si devono sottoporre i volontari e le volontarie sono spesso gravose. Risulta pertanto comprensibile che la messa a regime di una simile procedura, dopo dieci anni di “fermo” forzato, richiederà tempi adeguati.

Per questi motivi – tanto per fare un esempio – la Regione Emilia-Romagna, che è stata una delle prime a muoversi, ha sinora potuto realizzare ben pochi trattamenti nelle sue strutture pubbliche¹¹². Anche presso le cliniche private della Regione risulterebbe in corso, al momento, un numero esiguo di procedure in fase avanzata: con un costo, per famiglia, che si aggirerebbe tra i 4.500 e i 5.000 euro¹¹³. In tutte le strutture sono poi moltissime le coppie in lista d'attesa: per quanto riguarda le aziende pubbliche si calcolano – forse pessimisticamente – anche tre o quattro anni di prevedibile ritardo. Non è affatto poco, specie conside-

(111) Così nella risposta del Presidente della Regione Campania (Stefano Caldoro) al *question time* di due Consiglieri regionali del 10 dicembre 2014 (reperibile al sito dell'Associazione “Luca Coscioni”).

(112) Dal *Resto del Carlino – Rimini* del 19 gennaio 2015, si apprende che tre gravidanze sono state avviate presso l'Ausl Romagna nel dicembre 2014, ma i problemi di reperimento dei donatori continuano.

(113) Si v. *La Repubblica – Bologna* dell'11 dicembre 2014.

rando che le percentuali di successo calano sensibilmente all'aumentare dell'età dei riceventi e che molte coppie supereranno – proprio durante l'attesa – il limite dei 43 anni, già ora fissato dalle linee guida regionali per essere ammessi alla procedura (sul quale – sia detto per inciso – il dibattito non manca). La legge 40/2004, in altri termini, continuerà a mietere vittime ancora per un bel po', né troveranno risposta (almeno a breve) talune delle censure contenute nella stessa pronuncia costituzionale: si continueranno insomma a discriminare, *de facto*, le coppie meno abbienti.

Regioni ed eterologa: i livelli essenziali di assistenza, il coordinamento politico interregionale e le scelte regionali in materia

Lorenza Violini

Il contributo affronta le problematiche aperte dalla sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014 sul piano della sua concreta attuazione.

Come noto, infatti, la sentenza ha rimosso il divieto di fecondazione eterologa previsto dalla legge 40/2004, attraverso una sostanziale omologazione della metodica vietata dalla legge (fecondazione eterologa) a quella permessa (fecondazione omologa), in nome del diritto alla salute e del principio di eguaglianza anche sostanziale. Per effetto della sentenza si è imposta la necessità di intervenire a predisporre i mezzi per dare attuazione alla nuova metodica. Tale necessità ha tuttavia aperto una serie di problemi giuridici non scevri di elementi di natura squisitamente politica che Governo, Parlamento e Regioni hanno dovuto, in serie e in parallelo, affrontare. Il contributo ripercorre le tappe degli interventi, attuati e non, dei diversi attori coinvolti, con particolare riferimento al ruolo delle Regioni, mettendo in luce l'intreccio tra diritti, competenze e finanziamenti, che si presenta nel momento in cui occorre dare attuazione ai cd. nuovi diritti.

1. Note introduttive

Stando alle notizie di cronaca, starebbe per giungere al suo epilogo naturale la vicenda della regolazione giuridica dell'accesso alla fecondazione eterologa oggi consentita nel nostro Paese per effetto di una discussa sentenza della Corte costituzionale. Come si ricorderà, nell'aprile dello scorso anno, a seguito di diverse ordinanze di rimessione da parte dei Tribunali di Milano, Firenze e Catania, è stata emessa la sent. n. 162/2014, con la quale la Corte, sulla base di una serie di motivazioni comprendenti sia il diritto all'autodeterminazione in materia riproduttiva

va sia quello alla salute, ha rimosso il divieto di fecondazione eterologa previsto dalla legge 40/2004¹.

Da subito è apparsa la problematicità di tali motivazioni per l'ampiezza, la genericità e anche la molteplicità delle formulazioni con cui i giudici hanno conformato le posizioni giuridiche da cui sarebbe derivata l'incostituzionalità del divieto. La sentenza cumula in sé varie posizioni: in alcuni passi essa si orienta a definire la posizione soggettiva dei cittadini come una *libertà* (quella di accedere senza vincoli – ma anche senza interventi del settore pubblico – a tutte le tecniche disponibili per realizzare la propria legittima e costituzionalmente protetta aspirazione²), altrove ne parla come di un diritto *sociale*, in particolare del diritto alla salute³. Ne consegue un'incertezza sulle conseguenze giuridiche: se infatti i giudici avessero compiuto una chiara scelta di campo a favore della libertà di autodeterminarsi *ex artt. 2, 3 e 31 Cost.*, allora la scelta dei potenziali genitori non avrebbe necessitato di alcun sostegno o intervento del sistema pubblico, soprattutto per quanto riguarda il finanziamento; visto che, invece, essi, nel prosieguo del loro ragionamento, hanno decisamente virato verso una omologazione della metodica vietata (fecondazione eterologa) a quella permessa (fecondazione omologa), in nome del diritto alla salute e del principio di eguaglianza anche sostan-

(1) I commenti alla decisione citata nel testo sono stati numerosi. Tra gli altri, v. L. D'AVACK, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 3, 2014, p. 1005 ss.; S. TONOLO, *Il diritto alla genitorialità nella sentenza della Corte costituzionale che cancella il divieto di fecondazione eterologa: profili irrisolti e possibili soluzioni*, in *Riv. Dir. Internaz.*, 4, 2014, p. 1123 ss.; L. RISICATO, *La Corte costituzionale supera le esitazioni della Cedu: cade il divieto irragionevole di fecondazione eterologa (nota a C. cost. 10 giugno 2014, n. 162)*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 3, 2014, p. 1487 ss.; A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, in www.forumcostituzionale.it; C. TRIPODINA, *Il "diritto al figlio" tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere (nota a C. cost. 10 giugno 2014, n. 162)*, in *Giur. cost.*, 3, 2014, p. 2593 ss.

(2) Si legge nella sentenza: «la scelta di tale coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che, come questa Corte ha affermato, sia pure ad altri fini ed in un ambito diverso, è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare» (p.to 6, Considerato in diritto).

(3) Afferma la Corte: «è certo che l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio *partner*, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, possa incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia, nell'accezione che al relativo diritto deve essere data» (p.to 7, Considerato in diritto).

ziale, si è di fatto imposta, senza soluzione di continuità, la necessità di intervenire a predisporre i mezzi per dare attuazione alla sentenza⁴. Tale conseguenza giuridica si giustifica anche a motivo – si potrebbe aggiungere – di ciò che prevede l'art. 4 della legge 40/2004: rimuovendo il divieto di cui al comma 3, come si può riscontare dalla semplice lettura del testo di legge, resta – in effetti – pressoché intatto l'impianto normativo dello stesso, tutto orientato a regolamentare non una metodica ma, apparentemente, tutte le metodiche di procreazione⁵.

Il presente lavoro analizza quanto è accaduto nella fase immediatamente successiva alla sentenza n. 162/2014 per mettere in evidenza le problematiche che essa ha creato nella fase della sua prima applicazione; in questo caso infatti la Corte, nel dichiarare l'incostituzionalità del divieto, ha agito non solo come il classico legislatore negativo, ma ha anche prefigurato – benché in modo necessariamente imperfetto – l'impatto della sentenza sulla normativa di risulta. Essa sostiene, infatti, anche sulla base della lettera della legge, l'inesistenza di un vuoto normativo che si sarebbe prodotto a seguito della dichiarazione d'incostituzionalità asserendo, invece, che sarebbe stato possibile dare applicazione alla nuova metodica in base alle regole già previste per la fecondazione omologa.

(4) Si tratta – per fare un brevissimo cenno di taglio comparatistico – della stessa differenza che sussiste tra le due sponde dell'Oceano in materia di interruzione volontaria della gravidanza, là lasciata al libero mercato in nome del diritto alla *privacy* della donna, qui invece ricondotta, fin dalla nota sentenza del 1975, all'art. 32 Cost., da cui consegue la necessità che il sistema sanitario offra alla donna una prestazione utile ad affrontare il suo caso. Sul diritto ad ottenere una prestazione da parte del Servizio Sanitario Nazionale, v. C.E. GALLO, B. PEZZINI, *Profili attuali del diritto alla salute*, 1998, Milano; R. FERRARA, *Salute (diritto alla)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1997, pp. 535-538. Sulla non automaticità del rapporto tra cura disponibile e diritto alla salute, v. A. ROVAGNATI, *La pretesa di ricevere prestazioni sanitarie nell'ordinamento costituzionale repubblicano*, in www.gruppodipisa.it.

(5) Il testo dell'art. 4 della legge 40/2004 recitava: «1. Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico. 2. Le tecniche di procreazione medicalmente assistita sono applicate in base ai seguenti principi: a) gradualità, al fine di evitare il ricorso ad interventi aventi un grado di invasività tecnico e psicologico più gravoso per i destinatari, ispirandosi al principio della minore invasività; b) consenso informato, da realizzare ai sensi dell'articolo 6. 3. È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo».

Tale forma d'intervento ha così aperto una serie di problemi giuridici non scevri di elementi di natura squisitamente politica che Governo, Parlamento e Regioni hanno dovuto, in serie e in parallelo, affrontare: la necessità di una nuova legge che integrasse la normativa esistente per la presenza di interessi generali e di diritti fondamentali dei soggetti coinvolti (e soprattutto dei donatori), il tema del finanziamento della nuova metodica, la necessità/opportunità di modificare l'elenco delle prestazioni previste come livelli essenziali di assistenza, il rapporto Stato-Regioni nella definizione delle rispettive competenze in materia. Si profila, dunque, il consueto intreccio tra diritti, competenze e finanziamenti, che si presenta nel momento in cui occorre dare attuazione a nuove situazioni di fatto e ai cd. nuovi diritti, sovente imposti dal progresso scientifico e dall'evoluzione dei costumi e delle culture: scandagliarlo in un contesto dato, quale quello che si è prodotto nei mesi successivi alla pronuncia della Corte, può gettare luce per comprendere che cosa comporti – per la giurisdizione costituzionale – addentrarsi nel difficile compito di identificare nuove situazioni soggettive costituzionalmente rilevanti e le loro non immediate conseguenze.

2. Diritti fondamentali, legge e giurisprudenza

Nell'alternativa che si affacciava all'indomani della sentenza quanto alla natura e alla qualificazione del diritto costituzionalmente garantito da cui far discendere la facoltà di accedere alla fecondazione eterologa – alternativa che si gioca tra *diritto alla salute* e *diritto all'autodeterminazione in materia riproduttiva*, senza che dalla sentenza si evinca una posizione univoca – la questione è stata letta dal sistema politico nel primo senso. Di conseguenza, il Ministro competente ad occuparsi della nuova tecnica procreativa ai fini di regolamentarla e di renderla accessibile al pubblico, è stato individuato in quello della salute, il quale si è da subito attivato convocando un tavolo tecnico, composto da nove presidenti di altrettante società scientifiche del settore, al fine di effettuare una ricognizione della normativa vigente ed elaborare linee guida in materia da recepire tramite decreto legge, atto che – nei disegni del Ministero – avrebbe dovuto essere esaminato dal Consiglio dei Ministri prima della pausa estiva. Questa scelta ha comportato, a sua volta, una presa di posizione su un'altra questione apertasi a seguito della problematica decisione della

Corte costituzionale, e relativa alla necessità o meno di una legge che regolamentasse la materia. Anche su questo punto – vale a dire sulla necessità della legge per rendere effettivo il diritto in esame – due sono stati gli orientamenti assunti.

Un primo orientamento aveva letto la sentenza come non immediatamente applicabile; la rimozione del divieto, infatti, non pareva aver contemporaneamente creato tutte le condizioni necessarie a consentire da subito l'accesso alla pratica, per tacere degli aspetti concreti quali – soprattutto – il finanziamento della stessa; in altre parole, la legge avrebbe dovuto definire i contorni del diritto/dei diritti evocati dalla sentenza, non bastando quanto affermato dalla Corte, attestatasi sull'inesistenza di un vuoto normativo, forse al solo scopo di superare l'eccezione di inammissibilità avanzata dall'Avvocatura dello Stato.

Difficile individuare le motivazioni delle scelte governative su questo tema; *a posteriori* si può forse dire che, muovendosi a predisporre il decreto legge, il Governo avallasse l'ipotesi della necessità, non solo politica, dell'intervento normativo; sembrava in particolare necessario determinare con un atto di normazione primaria le condizioni di accesso alla pratica (quali, ad esempio, le coppie "sterili"), le modalità per garantire la conoscibilità/tracciabilità dei donatori tramite l'istituzione di un Registro nazionale di donatori (che verrà creato con la legge di stabilità 2015, di cui si parlerà a breve)⁶ e, non ultimo, il regime economico (se si trattava cioè di una prestazione gratuita o se si potesse introdurre una qualche forma di compartecipazione degli utenti diversa da quella prevista dalle ordinarie pratiche mediche contenute nel decreto sui livelli essenziali delle prestazioni sanitarie).

(6) Quanto a questo primo punto, a differenza che in altri Paesi europei in cui è fatto assoluto divieto di risalire al genitore biologico, le Linee guida italiane sembravano prevedere tale possibilità per motivi di salute. In pratica, nel caso in cui si diagnosticasse una malattia ereditaria, un Tribunale potrebbe giudicare opportuno risalire al genitore biologico, quando questi abbia dato esplicito consenso. D'altra parte, la Commissione di esperti insediata dal Ministero subito dopo la sentenza aveva da subito messo a fuoco il problema, visto che il diritto a conoscere il proprio genitore biologico era stato da poco riconosciuto sia in sede nazionale sia da parte della CEDU. Per quel che riguarda le modalità della donazione, le Linee guida formulate in prima battuta miravano a garantire che la messa a disposizione di ovuli e gameti non diventasse uno scambio commerciale; pertanto, si era proposto un sistema di rimborsabilità, così come avviene con le altre donazioni, come quelle di midollo, che servisse a coprire le spese sostenute per il tempo necessario alla donazione.

È tuttavia vero anche che la scelta ministeriale poteva e può essere letta come reazione alla diretta applicabilità della sentenza, ritenuta troppo *liberal*; e, invero, non pochi commentatori e *opinion leaders* avevano fortemente criticato l'attivismo dell'esecutivo, affermando che la sentenza della Corte era già sufficiente a determinare le caratteristiche e i contorni di quello che, in questo modo, veniva a configurarsi come un vero e proprio diritto di diretta derivazione giurisprudenziale; secondo costoro era quindi sufficiente all'ordinamento riformulare le sole Linee guida già emanate sulla base della legge 40 e, in un secondo momento, tramite la ridefinizione dei livelli essenziali delle prestazioni, determinare anche i costi della pratica⁷ senza ulteriori ritardi che sarebbero conseguiti agli adempimenti intrapresi.

Mentre era in corso la discussione e si andava concludendo l'istruttoria ministeriale, a chiudere *ad interim* la questione è intervenuta la decisione del Governo di non presentare in Consiglio dei Ministri il decreto legge predisposto dal Ministro della salute in materia⁸.

(7) Questa posizione è stata sostenuta, ad esempio, da Amedeo Santosuosso, il quale aveva fatto numerose dichiarazioni alla stampa affermando che la rimozione del divieto da parte della Corte costituzionale si traduceva automaticamente nella possibilità per le coppie di mettere al mondo un figlio usando ovuli e seme provenienti da altre persone. Secondo tali tesi, analoghe a quelle sostenute da altri autorevoli giuristi quali Stefano Rodotà e Filomena Gallo, le scelte del Governo di emanare il decreto legge erano solo indirizzate a bloccare o a limitare l'accesso alla tecnica, trattandosi dunque di scelte illegittime. Queste le dichiarazioni rese alla stampa: «La sentenza dei giudici costituzionali che ha tolto il divieto alla fecondazione eterologa dalla legge 40 è immediatamente applicabile perché la legge risulta automaticamente modificata senza la necessità di passaggi ministeriali o parlamentari»; di conseguenza «i centri per la procreazione medicalmente assistita, attivi ormai da molti anni e dunque già pronti, possono accogliere le coppie che desiderano un figlio con l'eterologa». Insomma, la procedura posta in essere per definire le linee guida da recepire tramite decreto legge sono state considerate mere manovre dilatorie e gli elementi che necessiterebbero di chiarificazione solo aspetti collaterali visto che, sempre secondo quanto affermato, «l'unica preoccupazione legittima [...] è il fatto che debbano esistere procedure tecniche sicure, già rispettate dai medici, ma questo è un aspetto marginale». Questa tesi, ovviamente, fa riferimento non al diritto alla salute bensì al cd. *diritto ad avere un figlio*, ritenuto un bene primario e non comprimibile che sarebbe stato riconosciuto dalla Corte quando ha definito «il divieto all'eterologa come irragionevole e discriminatorio». Oltre al diritto ad avere un figlio, viene in questa sede menzionato anche un cd. *diritto alla donazione*, questo eventualmente comprimibile per evitare che i figli in provetta possano incontrarsi e generare bambini senza sapere di essere in qualche modo parenti. In linea con queste tesi, il *Manifesto dei giuristi per l'immediata attuazione/pieno rispetto della sentenza n. 162 della Corte costituzionale*, in www.associazionelucacoscioni.it.

(8) Come si ricorderà, il decreto legge era saltato sulla possibilità o meno di selezionare i donatori di gameti in base a colore di pelle e di occhi compatibili con la coppia ricevente. Esso avrebbe dovuto essere all'ordine del giorno del Consiglio dei Ministri ma non vi è mai entrato

Nel rinviare al Parlamento il compito di regolamentare la fattispecie, tramite la *Nota* dell'8 agosto 2014 inviata ai Capigruppo parlamentari⁹, sono stati resi noti i contenuti del mancato decreto legge, dopo essere stati politicamente condivisi con le Regioni; nella nota si sanciva infatti che la nuova tecnica avrebbe dovuto essere fornita sulla base di una serie di principi tra i quali andavano annoverati: il recepimento della direttiva 2006/17/CE; l'istituzione del Registro nazionale per la tracciabilità donatore-nato per motivi inerenti alla salute ma che, ad un tempo, consentisse di rispettare il diritto all'anonimato del donatore, sancito dalla Corte costituzionale; la regola della gratuità e volontarietà della donazione di cellule riproduttive (una scelta questa non solo tecnica ma valoriale in quanto inerente alla disponibilità del proprio corpo¹⁰); l'introduzione di un limite massimo alle nascite da un medesimo donatore per motivi di ordine pubblico e di salute (in generale un massimo di 10); l'introduzione di un limite massimo di età per i donatori (35 per le donne e 40 per gli uomini) e la modifica dei livelli essenziali di assistenza al fine di ricomprendervi la fecondazione eterologa e la relativa copertura finanziaria. Sempre secondo il Governo, si sarebbero dovute predisporre regole che definissero, tra l'altro, i criteri di selezione dei donatori e dei

viste le polemiche suscitate dal divieto assoluto, presente nello schema di d.l., di conoscere caratteristiche salienti dei donatori quali quella della compatibilità di pelle e occhi con le caratteristiche somatiche della coppia ricevente. Di conseguenza, d'accordo con il premier Renzi e con l'on. Alfano, il Ministro Lorenzin aveva sospeso l'emanazione del decreto. In sua vece era stata scritta una lettera ai capigruppo di Camera e Senato inviando il testo preparato senza tuttavia fare menzione dei punti eticamente problematici. Lo schema di decreto conteneva principalmente le norme tecniche chiave per dare il via libera a un'eterologa a carico del Servizio sanitario: dall'età dei donatori (20-35 anni le donne, 18-40 gli uomini), agli esami che avrebbero dovuto fare, ai limiti di donazioni, al registro nazionale, con le regole sull'anonimato e la tracciabilità. Soprattutto, però, il decreto inseriva l'eterologa tra i livelli essenziali di assistenza sanitaria da garantire a tutti i cittadini con le stesse regole base. In tal modo, si sarebbero riportate le strutture pubbliche al centro della procreazione medicalmente assistita evitando di lasciare solo ai centri privati la facoltà di entrare nel mercato, un mercato assai promettente se è vero che sarebbero state migliaia le coppie in attesa di potervi accedere.

(9) Citata, tra l'altro, nella delibera della Giunta regionale della Regione Lombardia 12 settembre 2014, n. X/n. 2344, in Bollettino Ufficiale della Regione Lombardia, Serie Ordinaria, 16 settembre 2014, anno XLIV – n. 232, p. 4.

(10) Si pone qui il problema della natura della scelta compiuta direttamente dalla Corte costituzionale, in assenza di *interpositio legislatoris*, in ordine alla libera/vincolata disponibilità del corpo umano e di sue parti, non risolto dal dibattito in corso né dalle scelte regionali.

riceventi, gli esami infettivologici e genetici da effettuare, le regole relative all'anonimato (e non solo il principio stesso) nonché i criteri per l'esecuzione della metodica.

Interessante notare che, dopo la *Nota*, il Governo non ha presentato il relativo disegno di legge, pur riconoscendone la necessità/opportunità a motivo di quanto detto, il che non scioglie le difficoltà sopra individuate circa gli orientamenti dallo stesso assunti quanto alla natura e alle conseguenze pratiche della sentenza.

Resta l'alternativa, quasi drammatica, della qualificazione della sentenza o come direttamente applicabile (e quindi tollerante di ogni possibile attuazione non regolamentata; si pensi ad esempio al numero delle donazioni per donatore) o come bisognosa di attuazione legislativa capace di incanalare ed indirizzare la prassi. Che sia tecnica o che sia politica va però conclusivamente rilevato che l'assenza di norme specifiche sull'eterologa non pare essere una scelta che giova all'ordinata gestione dei problemi che la nuova pratica pone alle strutture a ciò deputate anche perché non vi è dubbio che, al di là della sua formulazione letterale, la legge n. 40 era stata concepita tenendo conto del divieto ora rimosso¹¹. In altre parole, rispetto alla sentenza e al suo impatto, si comprende e si giustifica la tesi di chi ha affermato essere le due fattispecie, la fecondazione omologa e quella eterologa, in realtà non così simili come il sostantivo pare suggerire; invece, le due metodiche appaiono distinguersi per moltissimi profili, su cui la legge del Parlamento sarebbe necessario o, quantomeno, opportuno che intervenga¹².

(11) Sul punto, cfr. L. D'AVACK, cit., *passim*.

(12) Va detto tuttavia che, con una recentissima pronuncia resa nell'ambito di un provvedimento di urgenza, in via cautelare, il Consiglio di Stato ha giudicato che la Regione Lombardia, una volta scelto di sostenere i costi della PMA omologa, non possa non sostenerli anche nel caso della PMA eterologa, altrimenti realizzandosi una discriminazione irragionevole, tra chi ottiene il primo trattamento sanitario (a spese della collettività generale) e chi ottiene il secondo (a spese proprie), nel godimento di un diritto fondamentale (quello alla salute) che avrebbe avuto attuazione legislativa e amministrativa. La logica del Consiglio di Stato sembra ineccepibile: il medesimo trattamento (PMA) è offerto con oneri a carico del SSR a taluni soggetti e non invece ad altri, sebbene gli uni e gli altri si trovino nella stessa condizione (ossia l'essere titolari di un diritto alla salute inteso come comprensivo della salute psichica oltre che fisica). Vi sarebbe da chiedersi se la rappresentazione fatta dai giudici amministrativi, e prima ancora dai membri della Corte costituzionale, sia corretta. Forse la risposta da darsi è negativa, se è vero che 1) predisporre un trattamento che preveda l'utilizzo di materiale genetico proveniente da un sogget-

3. *Le prime iniziative adottate dalle Regioni*

Passato dal Governo al Parlamento, il compito di dare una regolamentazione alle procedure per effettuare la fecondazione eterologa ha poi subito una ulteriore deviazione, questa volta verso le Regioni. Svariate e diversificate erano state infatti le prime reazioni delle Regioni orientate ora a favorire ora a contrastare, nell'ambito dei diversi sistemi sanitari regionali, la nuova pratica riproduttiva.

Resa nota la sentenza, la prima Regione ad attivarsi è stata la Toscana¹³ i

to terzo rispetto ai richiedenti richiede l'instaurazione di procedure diverse da quelle utilizzate per un trattamento che preveda l'utilizzo di materiale genetico proveniente dai soli richiedenti, e dunque comporta costi differenti, 2) l'offerta di un trattamento sanitario in nome e per conto del SSR è subordinata al riconosciuto possesso di determinate caratteristiche in capo alle strutture eroganti – che devono essere in grado di applicare le procedure previste – e deve essere effettuata nei limiti di budget assegnati loro. È perciò dubbio che possa dirsi che nel caso di specie venisse in rilievo il diritto costituzionale alla salute, *sub specie* di diritto di accesso alle tecniche di PMA eterologa. O, per meglio dire, nel caso di specie viene in rilievo il diritto costituzionale alla salute, da intendersi, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale, come «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» (sent. n. 455/1990).

(13) Delibera della Giunta regionale della Regione Toscana del 28 luglio 2014, n. 650. Secondo tale delibera e diversamente da quanto ritenuto dal Governo nazionale circa la necessità di un intervento normativo di primo grado per regolamentare la materia, la sent. 162/2014 non avrebbe creato nessun vuoto normativo «costituendo la procreazione assistita di tipo eterologo una *species* della metodica generale già compiutamente disciplinata nell'ordinamento vigente in tutti i vari aspetti connessi al suo esercizio» e che «dalle norme vigenti è già desumibile una regolamentazione della PMA di tipo eterologo ricavabile mediante gli ordinari strumenti interpretativi dalla disciplina concernente in linea generale la donazione di tessuti e di cellule umani in quanto espressiva di principi generali pur nella diversità della fattispecie» (i quali sarebbero: la gratuità e volontarietà della donazione, le modalità del consenso, l'anonimato del donatore, le esigenze di tutela sotto il profilo sanitario di cui agli artt. 12 e 13, comma 1, 14 e 15 del decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 191; la disciplina anagrafica desumibile interpretando per analogia l'art. 177, comma 2, decreto legislativo 196/2003 e l'art. 28 della legge sull'adozione 184/83 come modificato dall'art. 24, legge 141/2001, dalla sentenza 278/2013 e dalla direttiva 17/06 all. 3); si delibera anche sul monitoraggio regionale delle donazioni e dei successi, prevedendo obblighi di comunicazione in capo sia ai Comuni sia alla Regione. Quanto alla natura delle regole così poste, secondo la delibera in esame, si tratterebbe comunque di direttive revocabili/adequabili una volta che fossero stati approvati atti normativi o linee guida nazionali in materia, secondo la logica delle norme cedevoli ma applicate ora agli atti amministrativi. E, tuttavia, le regole previste sono da rispettarsi pienamente da parte dei centri pubblici e privati, i quali devono autocertificare il rispetto delle stesse e impegnarsi a fornire a Comuni e Regioni dati richiesti in merito. All'allegato A) della delibera sono elencate tutte le fonti normative di riferimento per la metodica in esame; l'allegato B) stabilisce, invece, le procedure e le modalità tecniche per la messa in opera della metodica stessa. Tra queste si enumerano le seguenti regole:

cui responsabili – e segnatamente l'assessore Marrone – avevano ritenuto di dovere «garantire un diritto a tutte le coppie che vogliono avere un figlio» e «dare linee guida, sicurezza, regole chiare e eliminare il rischio *far west*»; sempre secondo Marrone¹⁴, la Toscana non avrebbe compiuto nessuna fuga in avanti ma si sarebbe limitata a fare da apripista, da batistrada, in un settore tanto delicato.

Ancora dalla Toscana è poi partita la decisione di aprire un tavolo nella sede della Conferenza Stato-Regioni che, a settembre dello scorso anno, ha predisposto un documento sul tema sottoscritto da tutte le Regioni. Com'è stato ampiamente riportato dalla stampa, la classe politica regionale, nel rivendicare il primato delle iniziative adottate, ha affermato che, senza queste scelte primigenie, tutto si sarebbe fermato, in attesa delle scelte da operarsi in sede nazionale; esse avrebbero pertanto consentito di rendere effettivo il diritto affermato dalla Corte costituzionale, quello di diventare genitori.

Va tuttavia ricordato per inciso che, nei mesi successivi, tale diritto avrebbe fatto una certa fatica a diventare davvero effettivo, visto che esso incontra ancora importanti ostacoli di fatto quali – soprattutto – la carenza di donatrici, cui si sta cercando di far fronte con varie iniziative da parte degli ospedali della Regione Toscana quali l'acquisto di ovu-

-
- età della donatrice tra i 18 i 35 anni e del donatore fino a 50;
 - la coppia ricevente, nel rispetto dell'anonimato del donatore, potrà richiedere solo l'età e il gruppo sanguigno del donatore e null'altro, per evitare forme di eugenetica (anche se poi, da una norma successiva, si evince che devono essere accertate l'etnia dei donatori e donatrici nonché le caratteristiche fenotipiche quali peso e altezza, colore degli occhi se castani verdi neri o azzurri, colore dei capelli, se neri, castani, biondi o rossi, tipo naturale dei capelli, se lisci, ondulati o ricci, carnagione pallida, rosea, olivastra o scura, nonché tutta una serie di esami sierologici, ecc.);
 - numero massimo di 6 donazioni;
 - facoltà di donare i gameti ai fini della ricerca.

Quanto alle regole sull'anonimato, si stabilisce che il nato «non potrà conoscere l'identità del donatore/donatrice» e tuttavia si prevede che «le informazioni sul donatore potranno essere acquisite dal nato unicamente in caso di mutamento di volontà del donatore/donatrice senza che ciò comporti il sorgere di alcun diritto/obbligo tra le parti». Su questo punto la delibera aggiunge che «si applicano in quanto compatibili le disposizioni di cui all'art. 24, legge 149/2001 di modifica dell'art. 28 della legge sull'adozione così come integrate dalla sent. Corte cost. 278/2013».

(14) L. MARRONI, *Fecondazione eterologa, il ruolo di apripista della Toscana*, in www.regione.toscana.it.

li da banche estere o *eggsharing*, cioè la donazione di ovuli da parte delle coppie che si sottopongono ai trattamenti ormonali volti a dar inizio alla fecondazione omologa, senza peraltro che si ottengano in questo modo grandi successi, almeno in termini numerici¹⁵.

A differenza della Toscana, la Lombardia ha mostrato fin dall'inizio una forte resistenza a dare applicazione diretta alla sentenza e a fornire il servizio a titolo gratuito. La Regione lombarda ha infatti manifestato la volontà di attendere che il Governo inserisse la fecondazione eterologa tra i livelli essenziali di assistenza assumendosene in tal modo i relativi costi, nel rispetto delle competenze stabilite dalla Costituzione, secondo cui i livelli essenziali delle prestazioni sono una materia di competenza esclusiva statale su cui non è consentito alle Regioni intervenire in modo autonomo e non in via migliorativa¹⁶.

Le due posizioni, in apparenza contraddittorie, sembrano rifarsi in verità a una visione unitaria sul piano costituzionale. Entrambe, anzitutto, concordano sul punto che l'accesso alla fecondazione eterologa deve essere permesso in quanto trattasi di prestazione riconducibile al diritto fondamentale alla salute. Entrambe, ancora, riconoscono che, in assenza della decisione dello Stato di inclusione di tale prestazione nei livelli essenziali, la Regione ha la facoltà di annoverarla tra i trattamenti offerti

(15) Così, almeno, secondo le notizie di stampa. Si veda da ultimo *Flop per l'eterologa in Toscana. Arranca la Regione-simbolo*, in *Avvenire* 16 aprile 2015, secondo cui «in questi quasi 12 mesi dalla sentenza della Corte migliaia di coppie si sono rivolte a centri pubblici e privati del nostro Paese ma, in molti casi, non li hanno trovati pronti a esaudire le loro richieste essendo difficile trovare donatori volontari e «filantropi», interessati solo – sono le condizioni di reclutamento contemplate nella delibera regionale – al bene della salute riproduttiva di un'altra coppia». Vi è infatti una grande difficoltà a far incontrare la domanda di gameti con l'offerta cosicché i centri devono rivolgersi a biobanche estere. Così ha fatto, ad esempio, l'Ospedale di Careggi che ha fatto pubblicare sulla Gazzetta Ufficiale UE un avviso per conoscere quali aziende avrebbero potuto fornire gameti; in seguito alle risposte ricevute, Careggi si è rivolto a due biobanche spagnole che possono fornire ovociti ad un prezzo di 650 euro l'uno (ne servono almeno 3, come del resto aveva previsto la legge 40/2004 con una norma poi considerata illegittima dalla Corte costituzionale) con una forte lievitazione dei costi. Si calcola che, attualmente, la fecondazione eterologa che faccia uso di materiale biologico proveniente dall'estero abbia un costo medio di 5.500 euro, comprensivo della sala operatoria e dei monitoraggi.

(16) Nella conferenza-stampa che ha seguito l'approvazione del Documento del 4 settembre 2014, il Presidente Maroni ha dichiarato che la Regione Lombardia – in assenza di decisioni a livello centrale in merito ai costi della procedura – non avrebbe compiuto alcun passo avanti, trattandosi di questioni che esulano dalla competenza regionale.

dal proprio Servizio sanitario regionale con spese a carico del medesimo (scelta della Toscana), oppure di non farlo (Lombardia)¹⁷. Sennonché è di tutta evidenza come una simile – corretta – impostazione sia foriera di ulteriori questioni problematiche quali quelle relative alla mobilità interregionale e alla necessaria eguaglianza tra cittadini nell'esercizio dei loro diritti, questioni del resto non dissimili da quelle poste dalla fecondazione omologa, ad oggi non inserita nei livelli essenziali se non per scelta autonoma delle Regioni¹⁸. Sono questi i problemi che hanno mosso le Regioni a trovare un accordo che possa fare da base unitaria – quand'anche non imposta – alle proprie scelte in materia¹⁹, problemi

(17) Com'è noto, l'art. 117, comma 2, lett. *m*), Cost. affida allo Stato in via esclusiva la competenza alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale. Secondo una consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale, «l'attribuzione allo Stato della competenza esclusiva e trasversale di cui alla citata disposizione costituzionale si riferisce alla determinazione degli standard strutturali e qualitativi di prestazioni che, concernendo il soddisfacimento di diritti civili e sociali, devono essere garantiti, con carattere di generalità, a tutti gli aventi diritto» (sent. n. 121/2014). Si tratta «non tanto di una “materia” in senso stretto, quanto di una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, in relazione alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare in modo generalizzato sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle» (così, ancora, sent. n. 121/2014). È parimenti noto che, fintantoché lo Stato non eserciti il potere conferitogli dalla Carta costituzionale, le Regioni conservano il diritto di legiferare, anche in maniera differenziata, nelle materie attribuite dalla Costituzione alla loro competenza. Come è in effetti accaduto nel caso della regolamentazione dell'accesso alla fecondazione eterologa, riconducibile alla potestà legislativa degli enti regionali in materia di “tutela della salute” ex art. 117, comma 3, Cost.

(18) Occorre peraltro ulteriormente riflettere sul nesso tra diritto alla salute e prestazione che concretizza tale diritto. Il rapporto tra i due termini è tutt'altro che immediato: il Servizio sanitario pubblico, istituito per dare attuazione al diritto proclamato in Costituzione, fornisce numerose prestazioni tra quelle che sono tecnicamente disponibili, ma non tutte. D'altra parte, è difficile che possa essere diverso, stante l'impossibilità di sostenere i costi di un sistema che, per assicurare il pieno soddisfacimento del diritto alla salute, dovrebbe erogare tutte le prestazioni terapeutiche e diagnostiche che la scienza e la tecnica medica siano in grado di sviluppare. In materia, oltre alla nota pronuncia n. 455/1990 richiamata sopra, vi sono svariate pronunce anche in sede amministrativa, solite a richiamare principi che di fatto limitano gli accessi alle prestazioni sanitarie. Una recente rassegna delle decisioni del Consiglio di Stato sul tema può essere letta in P. CIRILLO, *La tutela dei diritti fondamentali: il caso della sanità*, in www.giustizia-amministrativa.it. Sul sindacato esercitabile dai giudici amministrativi sugli atti amministrativi, cfr., da ultimo, B. GILBERTI, *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a Corte di cassazione, Sezioni Unite, 20 gennaio 2014, n. 1013*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2014, p. 1057 ss.

(19) Se a tale accordo fosse data esecuzione, potrebbe dirsi che le Regioni, sia pure in via temporanea ed eccezionale, si sarebbero sostituite allo Stato nel compito assegnatogli dall'art. 117,

che scontano, ancora una volta, le ambiguità della sentenza la quale – come si è detto sopra – oscilla tra *libertà di* e *diritto a*.

4. Il documento delle Regioni del 14 settembre 2014

4.1. La natura del documento e la sua lettura in chiave tecnico-politica

Il secondo intervento di rilievo in materia di fecondazione eterologa è stato posto in essere dalla Conferenza Stato-Regioni in data 4 settembre 2014²⁰ la quale, preso atto della sentenza della Corte costituzionale e della scelta del Governo di non procedere per decreto legge, dopo aver dato l'incarico alla Commissione salute della Conferenza stessa (coadiuvata da una commissione scientifica *ad hoc*), ha predisposto a tempo di record un documento finalizzato – si legge nell'introduzione allo stesso – «a rendere immediatamente esigibile un diritto costituzionalmente garantito su tutto il territorio nazionale» e quindi a offrire all'intero Paese uno strumento flessibile ma unitario, mirante a superare i discrepanzi interventi posti in essere a ruota libera dalle Regioni subito dopo la sentenza, interventi basati ciascuno sulla propria (e assai differente) visione delle questioni etiche sottostanti alla nuova tecnica.

A prima lettura, il documento della Conferenza rientra nell'ambito degli strumenti di *soft law*, i contenuti del quale andranno recepiti per l'attuazione tramite decreti della Giunta regionale o con specifico provvedimento regionale, dalle singole Regioni e Province autonome. Non a caso, nel presentarlo, il Presidente della Conferenza lo ha definito come la sintesi di «una serie di indirizzi condivisi», anche se poi ha aggiunto che esso comporta una precisa presa di posizione etico-politica, volta a far sì che «un diritto riconosciuto a livello internazionale trovi concretizzazione nel nostro Paese». Non si tratterebbe dunque solo di regole di dettaglio di natura tecnica volte a dare concreta esecuzione ad una

comma 2, lett. m), Cost. Per una prima riflessione sulla tenuta teorica di una simile ipotesi, v. C. PANZERA, *Mediazione politica e immediatezza giuridica dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 5-6, 2013, p. 1001 ss. (specie, *ivi*, pp. 1030-1031).

(20) Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome, *Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014*.

norma di legge (o – come in questo caso – ad una sentenza della Corte costituzionale) ma di un atto politico, espressione delle Regioni nel loro insieme, che è stato poi comunicato al Governo (che lo ha pienamente condiviso per recepirlo nei LEA) unitamente ad un appello alle Camere perché legiferino in materia.

Il processo regolativo si presenta dunque molto interessante e non privo di elementi di innovatività; come si sa, la tutela dei diritti fondamentali spetta al legislatore nazionale, cui compete la definizione dei diritti stessi e la loro regolazione senza interferenze regionali le quali, se ammesse, potrebbero creare disparità nelle posizioni giuridiche dei cittadini; questa visione ha generato un sovrapporsi di interventi statali ad iniziative legislative regionali, giustificate alla luce del principio di eguaglianza. In questo caso, invece, l'iniziativa presa dalle Regioni volta a consentire ai cittadini di godere di diritti affermati in sede giurisprudenziale può essere considerata un *unicum* nel panorama del regionalismo italiano, un'iniziativa dai forti connotati politici, presa con il palese intento di sottolineare la lentezza ed inefficienza del Parlamento e del Governo nazionale; il messaggio dato ai cittadini è chiaro e forte: sono le Regioni le protagoniste mentre Governo e Parlamento restano sullo sfondo, incapaci come sono di tempestività e di efficienza. Si mira in questo modo a consolidare l'alleanza tra giudiziario ed enti decentrati, a scapito delle istituzioni classiche della politica. E, pertanto, si comprende come i protagonisti della scelta regionale si siano spinti fino a suggerire che tale metodo possa essere esportato in altri ambiti, soprattutto in quelli in cui vi è difficoltà da parte della politica nazionale a legiferare²¹. Dopo essersi accordate nelle forme descritte, le Regioni hanno anche cominciato ad operare, pur in assenza di una legge nazionale, sostanzialmente assimilando fin nei costi le due metodiche, pur nella loro diversità pratica. In questo modo l'intervento regionale si è posto lungo il crinale – scivoloso – che divide le questioni etiche da quelle meramente tecniche e ha determinato i contenuti di questioni etico-politiche sulla base di scelte di natura tecnica. Il combinato disposto dei due livelli di intervento e il loro sostanziale intreccio si può desumere, ancora,

(21) In questi termini, L. Coletto, Coordinatore della Commissione sanità della Conferenza delle Regioni, in un passaggio della Conferenza-stampa del 4 settembre 2014.

da dichiarazioni rese alla stampa dal Presidente della Conferenza Stato-Regioni alla chiusura dell'accordo; secondo il medesimo, infatti, sarebbero stati *i tecnici delle Regioni* (corsivo aggiunto, *nda*) a portare avanti il lavoro che ha condotto alle scelte contenute nel Documento. Ed essi – sempre secondo questa linea di pensiero – avrebbero compiuto un ottimo lavoro: in quanto tecnici, avrebbero avuto «la fondamentale caratteristica dell'equilibrio nell'affrontare un tema delicato e dibattuto»²².

4.2. I contenuti

Quanto ai contenuti, va detto – in primo luogo – che essi tendono a considerare la fecondazione eterologa come parte dei LEA e richiamano il Governo nazionale a compierne l'inserimento nel momento in cui si

(22) Interessante anche la dichiarazione di Coletto sempre alla conferenza-stampa del 4 settembre 2014: «È stato dato un segnale significativo di equilibrata attenzione alle opportunità offerte dalla scienza ma anche un forte messaggio: le Regioni hanno fornito al Paese intero una lampante dimostrazione delle loro capacità di gestire in totale autonomia un tema complesso e delicato, togliendo le castagne dal fuoco al Governo centrale e dando una vera e propria lezione di federalismo sanitario». In generale, nell'ambito della conferenza-stampa del 4 settembre surriferita, si registra una generale soddisfazione dei Presidenti delle Regioni, tutti pronti all'indomani, a recepire in delibera le indicazioni anche mirando così a dar prova di efficienza rispetto alle inerzie del governo (Zaia); ovviamente entusiasti i pugliesi che, per bocca di Vendola, dichiarano che «le Regioni applicano la sentenza della Corte cost. che cancella il divieto nella consapevolezza che i diritti delle persone non possono essere subordinati ad una morale confessionale o ad una ideologia di Stato». E, ancora, Catuscia Marini afferma che «il documento consentirà di dare vita ad un percorso unitario in tutte le Regioni italiane evitando il rischio di un vero e proprio *far west* in un settore molto delicato»; di conseguenza anche in Umbria la Giunta adotterà la sua delibera secondo le Linee guida del documento approvato in Conferenza, il quale risulta essere «frutto di un positivo lavoro politico e scientifico, un documento che ha un profilo medico-scientifico di notevole qualità e che pone al centro i diritti delle coppie»; senza il documento e in assenza di una legge nazionale «si sarebbe determinata una situazione di grave vuoto che non avrebbe consentito alle coppie di poter godere all'interno della sanità pubblica di un loro diritto sancito chiaramente dalla Consulta». Sul rapporto tra legge statale e intervento delle Regioni si afferma che (Pittella, Basilicata) «è stata tracciata la cornice regolamentare entro la quale le Regioni potranno muoversi normando e deliberando in materia [...] si uniformano così in tutta Italia le procedure per la PMA». Pittella proporrà a breve al Consiglio regionale uno schema che segua le indicazioni date in Conferenza; egli ha poi affermato: «intanto attendiamo che il Parlamento legiferi in materia colmando un vuoto legislativo non più tollerabile e affronti tutti quegli aspetti non completamente chiariti in questa prima fase. Che lo faccia aprendo al confronto e al dibattito con Chiesa, associazioni e comunità». Sempre su questo tema il Presidente della Liguria, Burlando, ha detto: «Si è dimostrato che per partire non occorre una legge ma era sufficiente un accordo per applicare correttamente la legge, così come sostanzialmente modificata dalla Corte costituzionale». Come si vede, sussiste una notevole differenza di visioni tra i rappresentanti delle Regioni che andranno in futuro chiarite per evitare che la tanto temuta disparità di trattamento tra Regioni si ripresenti pur sotto mentite spoglie.

procederà al rinnovo dei LEA stessi come previsto dal Patto sulla Salute 2014-2016. Si stabilisce altresì che la donazione di cellule riproduttive sia un atto volontario, altruista, gratuito, interessato solo alla salute riproduttiva di un'altra coppia e che la fecondazione eterologa può essere tale anche con donazione sia di gameti maschili sia femminili; quanto al riconoscimento dei centri deputati a mettere a disposizione del pubblico la metodica, il Documento estende automaticamente l'accREDITAMENTO per l'omologa a quello per l'eterologa, secondo quanto sarebbe previsto anche dalla normativa europea.

Nel determinare i requisiti soggettivi, il Documento si rifà espressamente all'art. 5 della legge 40/2004 e prevede che solo coppie irreversibilmente sterili o infertili adeguatamente certificate secondo le norme previste nel dettaglio dal Documento stesso (che specifica le indicazioni cliniche per la fecondazione eterologa) possono accedere alla metodica, purché si tratti di coniugi o conviventi di sesso diverso, maggiorenni, in età potenzialmente fertile e comunque non superiore ad anni 50 (come stabilito tra l'altro anche dalle Linee guida delle Società scientifiche); analogo limite di età viene stabilito per la *partner* del donatore di gameti maschili; non si fa cenno al tema della fecondazione con ovuli congelati in caso di morte del padre, essendo lo stesso fin qui vietato dalla legge sulla fecondazione omologa ma di recente ammesso da un tribunale: ci si può domandare se tale estensione varrà in futuro anche per la fecondazione eterologa.

Con dovizia di particolari il Documento elenca le modalità di selezione dei donatori nonché i test cui essi devono essere sottoposti (test del seme, valutazione genetica, valutazione clinica e storia medica, specifici esami di laboratorio) distinguendo tra i donatori e le donatrici. In modo drastico si stabilisce che «non è possibile per i pazienti scegliere particolari caratteristiche fenotipiche del donatore, al fine di evitare illegittime selezioni genetiche», anche se poi si precisa che il Centro accreditato deve proporre donatori compatibili con il progetto genitoriale della coppia. La formulazione lascia intendere che vi possa essere un certo margine per alcune scelte di base (tipo il colore della pelle), se non altro per analogia con quanto avviene per l'adozione, in cui alle coppie si consente di scegliere quantomeno la provenienza del bambino nel caso di adozioni internazionali.

Quanto all'anonimato, che determina l'impossibilità per il donatore di risalire alla coppia ricevente e viceversa, il Documento si preoccupa di ribadirne la valenza generale e formula l'eccezione in modo circostanziato, stabilendo che solo il personale medico e solo per straordinari motivi di salute può ottenere dall'istituendo Registro notizie sui donatori le informazioni cliniche relative agli stessi. Pur non rientrando nell'ambito di competenza regionale, trattandosi di regole che riguardano lo stato delle persone, il documento afferma/ribadisce che i donatori/donatrici non hanno diritto a conoscere l'identità del soggetto nato per mezzo di queste tecniche e il nato non potrà conoscere l'identità del donatore/donatrice; tale affermazione si presta a qualche dubbio di natura sistemica visto che, per esempio, sia per adottati sia per le c.d. "madri anonime" è stata stabilita la regola opposta, discendente dal diritto soggettivo a conoscere le proprie origini genetiche²³.

In linea di principio, oltre alle affermazioni relative al consenso informato conformi alle normative vigenti, l'indicazione che proviene dal Documento è la necessità di non superare il limite delle 10 nascite per donatore, salvo il caso della coppia che – avendo già avuto un figlio con fecondazione eterologa – intenda averne altri servendosi dello stesso donatore. In via transitoria, si suggerisce al donatore di effettuare tutte le sue donazioni nel medesimo Centro al fine di tenere sotto controllo i limiti stabili per le donazioni e la relativa tracciabilità; si indica altresì al legislatore nazionale, il quale sarà chiamato a regolamentare la materia, di prevedere in quella sede norme transitorie a garanzia di chi avrà effettuato donazioni prima dell'entrata in vigore della legge e a tutela della salute pubblica. Con una affermazione che appare di problematica formulazione, si dice – sempre nel Documento – che «le persone che partecipano a programmi di donazione *dovrebbero* (corsivo aggiunto) essere certe che la loro riservatezza sarà rispettata».

Seguono indicazioni di natura finanziaria, naturalmente non vincolanti per le Regioni stesse le quali, come detto all'inizio, sono invitate a trasporre in propri atti amministrativi gli elementi regolatori contenuti nel documento il quale, viene ribadito, ha come scopo di favorire (e solo di

(23) Corte costituzionale, sent. n. 278/2013.

favorire) l'omogeneità di regole sul territorio nazionale in assenza di regole vincolanti in grado di dare attuazione alla sentenza della Corte. La natura non vincolante del Documento si evince, tra l'altro, anche dalle espressioni contenute in questa parte dello stesso. Si dice, ad esempio, che «per quanto riguarda i cicli di omologa, *si propongono* (corsivo aggiunto) dei criteri di accesso a carico del SSN che comprendono l'età della donna (fino al compimento del 43esimo anno) ed il numero di cicli che possono essere effettuati nelle strutture sanitarie pubbliche (massimo 3) e *si propone* (sempre corsivo aggiunto) che vengano adottati gli stessi criteri di accesso propri della fecondazione omologa anche per la PMA eterologa». Segue, ancora, una griglia di passaggi utili alla quantificazione dei costi, passaggi che non sono necessari per la fecondazione omologa (quali ad esempio le valutazioni cliniche dei donatori, le indagini di *screening* per la selezione degli stessi, i test del seme e la crioconservazione dei gameti, l'eventuale rimborso per i giorni di lavoro persi dai donatori/donatrici, ecc.), per la puntuale applicazione della quale le Regioni si sono accordate decidendo di coinvolgere esperti in materia in grado di analizzare la problematica nel suo complesso.

4.3. *Le delibere regionali attuative dell'accordo*

Conformemente alle dichiarazioni rese alla stampa immediatamente dopo la conclusione dell'accordo e la stesura del relativo Documento, le Regioni si sono attivate per trasporre in atti regionali le decisioni assunte in sede di Conferenza. Molte sono le Regioni (alcune delle quali anche sottoposte a piani di rientro che non consentirebbero spese aggiuntive) che hanno agito in questo senso facendo propri i contenuti ivi stabiliti tramite delibere di mero recepimento del Documento stesso nelle quali si rinvia a successivi provvedimenti per la regolamentazione di ogni ulteriore aspetto organizzativo ed operativo²⁴.

(24) Così la delibera della Giunta regionale della Liguria del 5 settembre 2014, n. 1118, *Sentenza Corte costituzionale n. 162/2014. Procreazione Medicalmente Assistita*; la delibera della Giunta regionale del Lazio del 16 settembre 2014, n. 599, *Recepimento dell'accordo sancito dalla Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome nella seduta del 4 settembre sul: "Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014"* contenente indirizzi operativi ed indicazioni omogenee per le Regioni e le Province Autonome; la delibera della Regione Abruzzo del 23 settembre 2014,

Emblematico è il processo seguito in Emilia-Romagna, la quale ha reso operative le Linee guida del Documento con la delibera n. 1487 del 2014²⁵ in cui non ha solo recepito il Documento stesso ma ha anche definito le modalità di erogazione delle prestazioni e i criteri per l'autorizzazione delle strutture sanitarie a fornire la nuova tecnica, pur essendo esse sostanzialmente analoghe a quelle del Documento. Si stabilisce, ad esempio, che fino a 43 anni e per un massimo di 3 cicli le prestazioni sono a carico del Servizio sanitario con un *ticket* previsto solo per gli esami diagnostici e la valutazione dell'idoneità della coppia ricevente mentre per i donatori e le donatrici la partecipazione al processo resta interamente gratuita. Si stabilisce poi che i donatori maschi devono avere una età compresa tra i 18 e i 40 mentre per le donne il *range* è tra 20 e 35 (diversamente da quanto stabilito nella prima delibera, che prevedeva una età compresa tra i 18 e i 35 anni). Quanto alla tracciabilità, sono previste banche dati presso ogni Centro finalizzate a garantire l'anonimato del donatore, cui si suggerisce di compiere donazioni presso un unico Centro, per evitare un eccesso di nascite dallo stesso donatore. Tale indicazione deve essere attestata in via di autocertificazione.

n. 602, *Fecondazione eterologa: recepimento del documento approvato dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome in data 4.9.2014 a seguito della sentenza della Corte costituzionale, n. 162/2014*; la delibera della Giunta della Regione Marche dell'8 settembre 2014, n. 1014, *Recepimento degli indirizzi operativi della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014*; la delibera della Giunta regionale del Piemonte del 15 settembre 2014, n. 12-311, *Recepimento dell'accordo interregionale approvato in data 4 settembre 2014 dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della Corte costituzionale n. 162/2014*; la delibera della Giunta della Regione Puglia del 9 ottobre 2014, n. 2065, *Accordo sancito dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome nella seduta del 4 settembre 2014 sul: "Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale, n. 162/2014"- RECEPIMENTO*; la delibera della Giunta della Regione Veneto del 9 settembre 2014, n. 1654, *Recepimento del "Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014" della Conferenza delle Regioni e Province Autonome*.

(25) Delibera della Giunta regionale della Regione Emilia-Romagna dell'11 settembre 2014, n. 1487, in B.U. 12 settembre 2014, n. 279, *Recepimento del documento della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome 14/109/CRO2/C7SAN del 4/9/2014 in materia di fecondazione eterologa. Conseguenti determinazioni regionali sui criteri di accesso alle procedure di Procreazione Medicalmente Assistita (PMA) di tipo eterologo e sui requisiti autorizzativi dei Centri che svolgono attività di PMA nella Regione Emilia-Romagna*.

Alla regolamentazione degli aspetti salienti della metodica, la Regione unisce alcune regole sulle strutture accreditate stabilendo che il 31 dicembre 2014 le strutture pubbliche e private devono adeguarsi ai nuovi ulteriori requisiti previsti dalla delibera con particolare riguardo a quelli previsti dalle direttive europee sulla sicurezza dello stoccaggio, della conservazione e del trasporto di gameti, embrioni e tessuti. In questo, la delibera della Regione Emilia-Romagna risulta essere più completa di quella delle altre Regioni le quali restano in attesa delle scelte parlamentari in proposito, come già si è ricordato in precedenza.

Il processo di recepimento del Documento regionale ha visto il Friuli porre in essere due distinte delibere, una di recepimento del Documento stesso e una relativa alla rimborsabilità dei costi sostenuti dai propri cittadini; il Friuli ha, infatti, reso – analogamente all'Emilia-Romagna, Toscana e Umbria – la prestazione dell'eterologa immediatamente esigibile, mentre in un secondo momento, dopo la deliberazione del 12 settembre 2014 di recepimento del Documento delle Regioni, in cui si stabiliscono i costi della prestazione stessa equiparandoli a quelli della fecondazione omologa²⁶, con una seconda deliberazione del 2015²⁷, molto più articolata e complessa, si recepiscono gli accordi interregionali sui costi della metodica²⁸, si approvano le tariffe relative a tutta la procedura ai fini della fatturazione (a prezzo pieno) alle altre Regioni nel caso in cui la coppia ricevente provenga dalle stesse mentre ai cittadini friulani si accolla un costo di soli 500 euro e solo in caso di successo (elemento, tuttavia, non desumibile dalla delibera ma dalle di-

(26) Delibera della Giunta regionale della Regione Friuli-Venezia Giulia del 12 settembre 2014, n. 1666, *Indirizzi operativi per l'attività di fecondazione eterologa: recepimento del documento approvato dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome in data 4.9.2014*. Interessante rilevare che tra le premesse alla deliberazione stessa si afferma che «il Governo ha ritenuto di non intervenire con un proprio provvedimento normativo in una materia così delicata per le sue implicazioni etiche lasciando tale competenza al Parlamento» a riprova della necessità di una legge del Parlamento e non semplicemente di delibere regionali, per quanto recettive di accordi tra Regioni.

(27) Delibera della Giunta regionale della Regione Friuli-Venezia Giulia del 16 gennaio 2015, n. 61, *Procreazione medicalmente assistita omologa ed eterologa: modalità di accesso, tariffe e mobilità extraregionale*.

(28) Accordo 25 settembre 2014, *Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, Definizione tariffa unica convenzionale per le prestazioni di fecondazione eterologa*.

chiarazioni alla stampa di Maria Sandra Telesca sui *ticket* per la PMA del 16 gennaio 2015).

Quanto alle altre Regioni, in Sicilia il 15 gennaio gli organi di stampa hanno data la notizia che, a nove mesi dalla sentenza della Consulta, non vi era traccia di interventi compiuti dalle strutture pubbliche maggiori; qualche intervento era stato effettivamente posto in essere da ospedali di provincia e, soprattutto, dai centri privati. Uno dei motivi di tale scarsa attività sarebbe stato da riscontrarsi nella carenza di donatori e soprattutto di donatrici ma anche nella mancanza di un preciso quadro normativo di riferimento. E, tuttavia, dal 1° gennaio di quest'anno in Sicilia, a seguito del decreto del 29 dicembre 2014, n. 2277, firmato dall'Assessore alla Sanità Lucia Borsellino – che ha inserito l'eterologa nei LEA – le coppie avranno un contributo pubblico, anche se l'entità dello stesso non sarebbe ancora stato stabilito.

4.4. *Un affondo sui costi*

Come già accennato con riferimento alle delibere del Friuli-Venezia Giulia, dopo il primo accordo interregionale sancito il 4 settembre 2014, le Regioni hanno proseguito la loro attività regolatoria accordandosi sulle questioni inerenti ai costi della metodica in esame²⁹ con un secondo accordo principalmente finalizzato a determinare l'entità dei rimborsi da richiedersi per le prestazioni rese a cittadini di altre Regioni. L'adozione di tale secondo documento era già stata anticipata dopo la conclusione del primo accordo, in cui si prefigurava la necessità di chiarire ulteriormente la questione dei costi al fine di evitare distonie tra le Regioni.

Secondo gli organi di stampa, nel documento finale, redatto dalla Conferenza dei governatori, si legge che «è stata condivisa la necessità di completare il percorso iniziato definendo per questa fase transitoria una tariffa unica convenzionale che quantifichi i costi per queste attività anche al fine di regolare le eventuali compensazioni relative alla mobilità interregionale». Sulla compartecipazione della spesa, «è stato condiviso

(29) Cfr. il sopracitato accordo del 25 settembre 2014 della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, sulla *Definizione tariffa unica convenzionale per le prestazioni di fecondazione eterologa*.

che riguarderà la somma dei *ticket* per le prestazioni previste ed effettuate per questa tecnica di fecondazione nel rispetto dell'attuale normativa in materia di specialistica ambulatoriale»; il che comporta una diversità tra Regioni le quali, come è noto, determinano in modo autonomo l'ammontare dei *ticket* richiesti per le prestazioni di tipo specialistico. A ciò si aggiunga che permane il divieto, per le Regioni sottoposte a piani di rientro dei *deficit* in materia sanitaria, di rimborsare prestazioni se esse non rientrano tra le spese obbligatorie³⁰.

Quanto alla compensazione delle prestazioni effettuate in mobilità interregionale, «è stato deciso di proporre, in linea con quanto previsto dal Patto per la Salute, che ogni Regione e Provincia autonoma riceverà dalle altre la differenza tra la tariffa convenzionalmente definita e quanto già introitato attraverso i *ticket*» a eccezione dei cittadini della Regione Lombardia.

L'Assessore all'Economia della Regione Lombardia, Massimo Garavaglia, ha chiarito la situazione anomala di tale Regione affermando che, fino alla decisione governativa relativa all'inclusione della fecondazione eterologa tra i Livelli essenziali di assistenza, la Lombardia non intende finanziare la tecnica in esame e metterà a carico dei propri cittadini il costo completo della stessa³¹. Analoga la posizione del Piemonte il qua-

(30) Ciononostante, alcune di queste Regioni hanno previsto la rimborsabilità delle prestazioni rese nell'ambito delle procedure di fecondazione eterologa, contravvenendo dunque al divieto sancito dalla normativa nazionale. Sulla problematicità di tale scelta, apparentemente compiuta sulla base di «una interpretazione estensiva delle prestazioni attualmente inserite nei LEA» si veda R. LUGARÀ, *L'abbandono dei LEA alle Regioni: il caso della procreazione medicalmente assistita*, in *Osservatorio Costituzionale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, febbraio 2015, p. 4, in cui si fa riferimento anche alla sentenza n. 104 del 2013 che censura la scelta della Regione Abruzzo di ampliare a carico del SSN la rimborsabilità di prestazioni in ambito oncologico, le quali rientrano come è noto tra i trattamenti salvavita, a differenza di quanto accade per le prestazioni relative alla fecondazione eterologa.

(31) Due le delibere di riferimento. La prima del 12 settembre (v. *supra* nota n. 5) autorizza i Centri PMA a porre in essere attività di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo (ma di sospendere anche le procedure per il rilascio di nuove autorizzazioni) purché a carico degli assistiti (con tariffe transitorie da stabilirsi con successivo atto di giunta) e stabilisce la creazione di un archivio centralizzato di donazione di gameti presso la Fondazione Cà Granda Ospedale Policlinico di Milano, «archivio interoperabile tra tutti i Centri PMA regionali obbligati a conferire i dati per garantire la tracciabilità e sicurezza del percorso delle cellule riproduttive dalla donazione all'eventuale nascita, a garanzia dell'anonimato della donazione e della tutela della riservatezza dei dati dei donatori»; essa non recepisce il Documento interregionale ma si limita a «prenderne atto». La seconda delibera data del 7 novem-

le, pur avendo recepito l'accordo, non regola i costi in attesa delle decisioni che saranno adottate a livello nazionale.

L'accordo tra Regioni prevede che la fecondazione eterologa con seme da donatore con inseminazione intrauterina costi 1.500 euro (compresi 500 euro per i farmaci), la fecondazione eterologa con seme da donatore in vitro 3.500 euro (compresi 500 euro per i farmaci) e la fecondazione eterologa con ovociti da donatrice 4.000 euro (compresi 500 euro per i farmaci), ma le Regioni intendono considerare tale metodica come già inserita nei livelli essenziali di assistenza e quindi il costo a carico degli assistiti varierà tra i 400 e i 600 euro a seconda dei diversi *ticket* in vigore.

5. La legge di stabilità e i contenuti del maxiemendamento

Sempre in attesa della legge nazionale sulla materia, nella legge di stabilità, dopo il maxiemendamento predisposto dal Governo, sono stati stanziati i fondi (700 mila euro per il primo anno e 150 mila per gli anni seguenti) per creare un *Registro nazionale dei donatori di cellule riproduttive a scopi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*. Tale Registro sarà gestito dal Centro Nazionale Trapianti secondo una procedura informatica che attribuisce un codice al donatore così da garantirgli l'anonimato ma anche la necessaria tracciabilità nonché il numero massimo di donazioni per evitare la consanguineità; lo stesso deve essere fatto per i donatori provenienti dall'estero, anch'essi sottoposti al vincolo del numero massimo. Resta ancora incerta la soluzione dei principali nodi in materia, soprattutto la questione dei costi, in attesa dell'approvazione dei nuovi LEA. E anche sull'anonimato del donatore qualche nuvola si addensa, come dimostra il caso della ragazza di origine cinese che in un Centro di procreazione del Nord ha donato i propri ovociti alla sorella sterile, questo nonostante la richiesta espressamente contenuta nella sentenza secondo cui la donazione sarebbe do-

bre 2015; anch'essa prende atto del secondo documento della Conferenza Stato-Regioni del 25 settembre del 2014 "Definizione tariffa unica convenzionale per le prestazioni di fecondazione eterologa" contenente le 3 tipologie della stessa e i relativi costi e le fa proprie, anche nel caso in cui tali prestazioni siano erogate da altre Regioni. E, tuttavia, la Regione non eroga alcun contributo agli assistiti, ritenendo che tale compito sia proprio dello Stato che deve inserire tale pratica nei LEA.

vuta restare anonima³².

Oltre alla questione dei costi, resta ancora da chiarire la determinazione dei requisiti di accesso alla pratica, visto che la sentenza (ma anche le disposizioni regionali) parla di coppie sterili mentre è noto che tale definizione è stata riformulata prima dai tribunali poi dalle Linee guida per quanto riguarda le malattie geneticamente trasmissibili.

E, infine, va ricordato che anche l'Europa sta progettando un intervento; è allo studio infatti una direttiva finalizzata a creare un Codice unico per tutti i donatori europei.

L'incertezza legislativa ha concorso a fare sì che, a dicembre 2014, il numero di fecondazioni eterologhe non fosse arrivato a 30 mentre ne erano state preconizzate un migliaio.

6. L'ultimo miglio di una storia che attende ancora il suo epilogo

In materia di eterologa, dopo le molteplici iniziative delle Regioni sopra descritte, nell'adottare le quali tuttavia sempre si ricordava la necessità dell'intervento sia del Governo (nel contesto della revisione dei Livelli essenziali di assistenza) sia del Parlamento, al fine di garantire l'anonimato dei donatori e la gratuità o meno della metodica, il Governo si è effettivamente mosso per predisporre i nuovi LEA³³. Rispondendo ad una interrogazione parlamentare, a fine ottobre 2014, la Ministra Lorenzin aveva fatto il punto delle questioni aperte dopo l'iniziativa delle Regioni, continuando a sostenere la necessità di un intervento del Parlamento nazionale; al riguardo, va segnalata una proposta di legge volta a dar seguito alla Nota del Ministro dell'8 agosto scorso³⁴, che peraltro non pare essere stata ancora calendarizzata.

Invece, come si è detto in apertura del presente lavoro, è stato approvato il decreto ministeriale sui LEA, da emanarsi non prima dell'intesa con le Regioni, finalizzato espressamente ad evitare una deriva regionale, le cui scelte – compiute in nome dell'autonomia – in realtà stanno cre-

(32) V. M. DE BACH, *Eterologa. Una mamma e una zia (speciale)*, in <http://27esimaora.corriere.it/articolo/eterologauna-mamma-e-una-zia-speciale>.

(33) Sui passi fatti dal Governo in materia si veda R. LUGARÀ, *loc. cit.*

(34) Si tratta di un'iniziativa legislativa del capogruppo Ncd alla Camera Nunzia di Gerolamo, che tuttavia – sempre secondo gli organi di stampa – non è ancora stata calendarizzata.

ando una situazione sfrangiata, dominata dall'incertezza³⁵. Dopo di ciò, spetterà ancora al Governo intervenire a rivedere le Linee guida previste dalla legge n. 40 e i relativi decreti di attuazione.

Sarà interessante monitorare questi importanti sviluppi non senza ricordare che se per caso – come è già successo sotto i Governi Prodi e Berlusconi – i LEA resteranno quelli che sono, anche a motivo delle carenze di finanziamento, toccherà alle Regioni apripista o smentire le proprie scelte o accollarsi definitivamente i costi della prestazione, mentre pende il ricorso presso il Tribunale Amministrativo della Regione Lombardia contro le scelte di tale Regione e contro cui, come ricordato³⁶, in via cautelare si è già pronunciato il Consiglio di Stato.

(35) Così *La Repubblica*, 28 gennaio 2015, p. 26. *Si inseriscono nuove prestazioni nei LEA e altre se ne eliminano*. Si calcola che la differenza tra l'aumento della spesa per le nuove attività e il risparmio prodotto da quelle eliminate e dalle varie misure di contenimento sia di 460 milioni di euro da reperirsi nell'ambito del Fondo sanitario nazionale che ammonta a 111 miliardi. In materia sanitaria va ricordato anche che, prima della pausa estiva, le Regioni avevano trovato un accordo per il riparto del Fondo sanitario nazionale che ai tempi era pari a 107 miliardi di euro, riparto e modalità condivisi dal Presidente della Conferenza Stato-Regioni con il Ministro Lorenzin.

(36) Vedi *supra* nota 12.

Dalla fine di un irragionevole divieto al caos di una irragionevole risposta. La sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale, lo Stato e le Regioni sulla fecondazione assistita eterologa

Francesca Angelini

Dopo una breve sintesi in cui si fa il punto sulle trasformazioni che la legge 40/2004, sulla procreazione medicalmente assistita, ha subito a dieci anni dalla sua approvazione, l'articolo prende in esame la sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014, che ha annullato le disposizioni della legge 40/2004 che vietavano la PMA di tipo eterologo. La possibilità della nuova terapia ammessa dalla Corte costituzionale ha tuttavia causato una contrapposizione fra lo Stato e le Regioni sulle modalità di attuazione delle relative prestazioni che ha risentito ampiamente del mancato inserimento della PMA sia omologa che eterologa nei livelli essenziali delle prestazioni garantite dal Servizio sanitario nazionale. Tale circostanza ha portato l'affermazione di un federalismo sanitario accentuato che mette in discussione la garanzia delle prestazioni a livello regionale e favorisce il turismo sanitario tra Regioni.

1. Introduzione. La legge n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita a dieci anni dalla sua approvazione

A dieci anni esatti dalla sua tardiva approvazione, la legge 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita (PMA) ha un percorso relativamente breve, ma sufficiente a far emergere uno fra i peggiori bilanci per il legislatore italiano. Sottoposta a continui interventi di manutenzione, la legge, all'indomani dell'ultimo importante intervento caducatorio della Corte costituzionale con la sentenza n. 162/2014¹, appare pro-

(1) Sulla quale si vedano i relativi commenti: C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la irragionevolezza della Corte*, in www.confronticostituzionali.eu, 2014; A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 2014; A. MUSUMECI, "La

fondamente modificata rispetto alla disciplina originaria approvata da una maggioranza tacciata di aver scelto, come si disse, la via della «legge ideologica»². Alla sua approvazione, infatti, la legge 40/2004 era caratterizzata da divieti, limiti e obblighi rivolti ai medici, agli scienziati e soprattutto ai cittadini che hanno finito per porsi in contrasto con il diritto alla salute e all'autodeterminazione della donna, giungendo a contraddire quanto stabilito nella legge 194/1978 sull'interruzione volontaria della gravidanza e, prima ancora, nella sent. n. 27/1975 dalla Corte costituzionale³. Per gli stessi motivi, inoltre, nella sua versione originaria la disciplina confinava il rapporto tra medico e paziente entro spazi irragionevolmente angusti. La legge sulla PMA ha sicuramente segnato, per le cose dette, un'inversione di tendenza rispetto a quell'atteggiamento di arretramento dello Stato di fronte alle decisioni che incidono sulla sfera più intima e privata delle persone, come quelle relative alla sessualità, alla procreazione e alla vita familiare; temi rispetto ai quali il nostro legislatore, nel corso degli anni Settanta e Ottanta del Novecento, aveva approvato leggi informate ai principi di autodeterminazione e di

fine è nota". Osservazioni a prima lettura alla sent. n. 162 del 2014 della Corte costituzionale sul divieto di fecondazione eterologa, in Osservatorio AIC, 2014; S. PENASA, Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico scientifico, in Forum di Quaderni costituzionali, www.forumcostituzionale.it, 2014; A. PIOGGIA, Un divieto sproporzionato e irragionevole. La Corte costituzionale e la fecondazione eterologa, in Astrid on line, 2014; M.G. RODOMONTE, È un diritto avere un figlio?, in www.confrontocostituzionali.eu, 2014; A. RUGGERI, La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte Edu (a prima lettura di Corte cost., n. 162 del 2014), in Forum di Quaderni costituzionali, www.forumcostituzionale.it, 2014; G. SORRENTI, Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014), in Consulta on line, 2014; V. TIGANO, La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2014; C. TRIPODINA, Il "diritto al figlio" tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere, in Giurisprudenza costituzionale, 2014, p. 2593 ss.; L. VIOLINI, La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione, Osservatorio Aic, 2014.

(2) M. D'AMICO, Sull'incostituzionalità del divieto di "fecondazione 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, Franco Angeli, 2012, p. 18.

(3) «Non esiste una equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare»: Corte cost., sent. n. 27 del 1975.

laicità dello Stato; così è stato nel 1974, nel 1978 e nel 1984 con le leggi sul divorzio, sull'aborto e sulla rettificazione di sesso⁴.

Per queste ragioni, la legge 40/2004 ha finito per essere considerata non solo una fra le leggi più controverse della nostra storia repubblicana, ma anche l'esempio in negativo del difficile rapporto fra etica, scienza e diritto. A fronte, infatti, del complesso bilanciamento fra interessi e diritti, primi fra tutti la libertà di autodeterminarsi e il diritto alla salute, la legge 40/2004 affermava, nella sua versione originaria, due evidenti scelte di principio: la tutela prioritaria dei diritti dell'embrione⁵ e la tutela della genitorialità biologica⁶, tesa ad escludere aprioristicamente dalla procreazione artificiale le coppie totalmente sterili, quelle portatrici sane di gravi malattie genetiche⁷, le coppie omosessuali e i *single*. Conseguentemente, nonostante il fallimento del *referendum* abrogativo del 12-13 giugno 2005⁸, le parti più qualificanti ma anche più discusse della disciplina hanno portato ad un fitto contenzioso, da cui è derivata una serie di pronunce importanti di giudici ordinari⁹, amministrativi¹⁰ e della Corte costituzionale¹¹ che hanno colpito e, grazie a quest'ultima,

(4) Come rileva M.R. MARELLA, *La logica e i limiti del diritto nella procreazione medicalmente assistita*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2005, p. 1 ss., che non manca di sottolineare come dagli anni Sessanta in poi le Costituzioni occidentali abbiano fatto prevalere, nelle scelte riguardanti la sfera più intima e privata, un principio tendenziale di autodeterminazione delle persone e un conseguente arretramento, rispetto a queste, dello Stato.

(5) P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 167.

(6) Nell'intento di «imitare la "natura", la quale non sopporterebbe perciò ingerenze esterne di nessun genere»: così criticamente P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, cit., p. 166.

(7) Nell'esclusione dalla PMA delle coppie portatrici di malattie genetiche che si desume dall'art. 1 della legge che prevede come unica finalità la soluzione a problemi riproduttivi dovuti a sterilità o infertilità grave, si individuava un'«ottica punitiva» della legge, M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Politica del diritto*, 2004, p. 458.

(8) Sulle diverse fasi che hanno condotto al *referendum* M. BALISTRERI, S. POLLO, *Storia della normativa sulla procreazione assistita*, in *Bioetica*, 3, 2005, p. 25 ss.

(9) A cominciare dal Tribunale di Cagliari, sent. del 22 settembre 2007, e dal Tribunale di Firenze, ord. del 17 dicembre 2007, alla più recente sentenza del Tribunale di Salerno che ha esteso la diagnosi preimpianto ad una coppia portatrice di malattia genetica.

(10) Si veda TAR Lazio, sez. III, sent. n. 398 del 21 gennaio 2008.

(11) Corte cost. sent. n. 151 del 2009.

espunto le parti più controverse della legge, come l'obbligo di creazione e di contestuale impianto di tre embrioni – qui, addirittura, violando la libertà personale con la previsione di misure coercitive¹² – e il divieto di diagnosi preimpianto degli embrioni¹³, che più incidevano sul diritto alla salute della madre e del feto.

2. La procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo davanti alla Corte costituzionale: un'andata e un ritorno

Solo di recente è emersa un'altra questione, relativa appunto al divieto di tecniche di inseminazione di tipo eterologo, disposto dall'art. 4, comma 3, della legge. Proprio su tale limitazione è intervenuta la Corte costituzionale con la sentenza n. 162 del 2014, che ha dichiarato la illegittimità dell'articolo, nella parte in cui prevede il divieto del ricorso alla PMA di tipo eterologo, «qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute o irreversibili». La decisione, al di là delle conseguenze immediate – l'eliminazione del divieto di eterologa e delle sanzioni ad esso connesse –, appare di grande rilievo, perché la Corte, incidentalmente, affronta temi di evidente attualità, come il concetto costituzionale di famiglia, non più ancorato al solo modello di famiglia legittima, ed offre spunti sul dialogo fra Corti nella protezione dei diritti fondamentali, ribadendo la centralità del proprio ruolo, ma confermando l'attenzione ai criteri argomentativi e ai livelli di protezione offerti dalla Corte EDU¹⁴. Proprio in relazione a quest'ultimo profilo va precisato che la Corte costituzionale, in realtà, era stata già chiamata ad esprimersi sulla questione dagli stessi giudici, i Tribunali di Firen-

(12) Sul punto, sia consentito rinviare a F. ANGELINI, *Procreazione medicalmente assistita o procreazione medicalmente obbligata? Brevi note sulla sentenza della sezione III TAR Lazio n. 398 del 21 gennaio 2008*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, p. 2735 ss.

(13) Su questo particolare aspetto si veda, tuttavia, Corte EDU, sent. 28 agosto 2012, *Costa e Pavan*, che ha dichiarato la violazione, da parte dello Stato italiano, del rispetto della vita privata e familiare di una coppia di coniugi, portatori sani di una malattia genetica, per il divieto assoluto di diagnosi genetica preimpianto previsto dalla legge 40/2004.

(14) Sul punto, ampiamente S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico scientifico*, cit., p. 4.

ze, Catania e Milano, tra il 2010 e il 2011¹⁵. In quella occasione, tuttavia, il parametro di costituzionalità, oltre che dagli artt. 2, 3, 29, 30 e 31 Cost., era costituito, per il tramite dell'art. 117, comma 1, dagli artt. 8 e 14 della CEDU e dalla giurisprudenza della sua Corte¹⁶. Nelle more della decisione, la riforma della giurisprudenza della Corte EDU in materia di procreazione eterologa, segnata da una pronuncia della Grande Camera della Corte EDU¹⁷, aveva indotto la Corte costituzionale, con ord. n. 150 del 2012, a restituire gli atti, per permettere ai giudici *a quibus* di tener conto della nuova decisione della Grande Camera¹⁸ e a considerare i vizi di costituzionalità diversi dalla violazione dell'art. 117, comma 1, assorbiti. Nel corso del 2013 i tre Tribunali¹⁹ hanno, dunque, riproposto la questione, ma solo l'ordinanza del Tribunale di Milano ha mantenuto, fra i parametri, l'art. 117, comma 1. Tale circostanza ha naturalmente causato una torsione argomentativa che ha portato a centrare l'analisi della Corte sicuramente sui soli parametri costituzionali interni²⁰, anche

(15) Rispettivamente nelle ordinanze del 6 settembre, del 21 ottobre 2010 e del 3 febbraio 2011.

(16) In particolare si faceva riferimento alla sent. della Corte EDU, sez. I, del 1° aprile 2010, *S.H. e altri c. Austria*, nella quale l'Austria era stata condannata per la violazione degli artt. 8 e 14 proprio per le limitazioni alla fecondazione eterologa, previste dalla propria legge sulla PMA.

(17) Sent. del 3 novembre 2011, *S.H. e altri contro Austria*, che ha riconosciuto il margine di apprezzamento dei singoli Stati su tali temi.

(18) Nell'ord. n. 150 del 2012, la Corte, avendo associato la restituzione degli atti all'assorbimento dei vizi di costituzionalità diversi dalla violazione dell'art. 117, comma 1, ha, di fatto, inaugurato un'anomala pregiudizialità fra la violazione della Convenzione e la violazione dei parametri interni, causando nei tre Tribunali remittenti una accentuazione, nelle nuove ordinanze di remissione, dei profili di violazione dei parametri interni sui quali si è dunque concentrata la risposta della Corte nella sentenza n.162/2014. Sull'ord. n. 150 del 2012, per il profilo qui sottolineato, cfr. G. REPETTO, *Corte costituzionale, fecondazione eterologa e precedente CEDU «superveniens»: i rischi dell'iperconcretezza della questione di legittimità costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, p. 2070 ss.; sugli effetti anomali di tale pregiudizialità, si veda F. ANGELINI, *Nell'ipotesi di contrasto fra disciplina statale e CEDU il Tribunale di Salerno fa la cosa giusta, ma lungo il cammino abbandona i parametri costituzionali interni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, p. 1203 ss.

(19) Tribunale di Firenze, ordinanza del 29 marzo 2013; Tribunale di Milano, ordinanza dell'8 aprile 2013; Tribunale di Catania, ordinanza del 13 aprile 2013.

(20) Al punto che parte della dottrina ha individuato nella sentenza una evidente chiusura al dialogo con la Corte EDU da parte della Corte costituzionale, in tal senso particolarmente A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte EDU (a prima lettura di Corte cost., n. 162 del 2014)*, cit., p. 1 ss. La limitazione del dialogo fra

se resta comunque evidente l'«assonanza argomentativa con l'approccio della Corte EDU» nell'affermazione di un «diritto di diventare genitori» e nel «riconduurre la sfera procreativa al concetto di “vita privata e familiare” protetto dell'art. 8 CEDU»²¹.

3. La sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale

Nella motivazione della sent. n. 162/2014 la Consulta sembra individuare un percorso argomentativo da offrire come un “monito” al legislatore nella soluzione delle difficili questioni bioetiche²², nel quale essa riafferma, in continuità con alcune sue storiche pronunce²³, la centralità delle valutazioni di appropriatezza scientifica (del medico) e del principio di autodeterminazione²⁴. La Corte consegna una sentenza scritta con grande ponderazione, a giudicare dai due mesi che sono passati dalla diffusione del comunicato stampa al suo deposito (9 aprile-9 giugno), ma che è un esempio, a parere di chi scrive, di quella chiarezza e consequenzialità argomentativa indispensabili ad affrontare tali temi e che, purtroppo, si fatica a ritrovare – con le dovute differenze fra il piano della giurisdizione e quello della normazione – nelle decisioni adottate in materia dal legislatore italiano negli ultimi anni.

La scelta di diventare genitori, riprendendo le parole della Corte, «costi-

Corti viene interpretata come la manifestazione, da parte della Corte costituzionale, di una «rivendicazione a sé della competenza» a tutela dei diritti fondamentali conseguente alla competizione con la Corte EDU, soprattutto dopo la sentenza *Costa e Pavan c. Italia*, da G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, cit., p. 1 ss. Nello stesso senso, L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, cit., p. 3, che si riferisce a un «rinnovato desiderio di centralità della nostra Corte».

(21) Si veda S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico scientifico*, cit., p. 4.

(22) C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, cit., p. 2.

(23) Si vedano in particolare: Corte cost. sentt. n. 282 del 2002, 151 del 2009 e 8 del 2011.

(24) «Ma un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati, dato l'“essenziale rilievo” che, a questi fini, rivestono “gli organi tecnico-scientifici”»: Corte cost., sent. n. 282 del 2002, punto 5 del Considerato in diritto.

tuisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi», riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., in quanto attiene alla «sfera più intima ed intangibile della persona umana». La limitazione di tale scelta, per le coppie con problemi di sterilità o infertilità grave, può essere ammessa solo se giustificata, alla luce del principio di ragionevolezza, per tutelare un interesse di pari valore costituzionale non altrimenti raggiungibile. In altre parole, il diritto a procreare risulta incoercibile, a meno che non entri in conflitto con un diritto o un interesse di pari rango con il quale deve essere bilanciato²⁵. La Corte non si limita ad individuare le direttrici che, in casi come questo, devono essere seguite dalla politica legislativa al fine di colmare spazi lasciati vuoti dalla Costituzione, ma fornisce, riprendendo la propria giurisprudenza, altre indicazioni importanti, affermando che la disciplina della PMA incide direttamente sul diritto alla salute «comprensivo anche della salute psichica oltre che fisica» di coloro, che per problemi di sterilità, devono rinunciare alla genitorialità biologica. Per tale ragione anche la PMA eterologa rientra fra quegli atti di disposizione del proprio corpo che, come il cambiamento di sesso, sono rivolti alla tutela della salute e sono limitabili solo se in contrasto con «altri interessi costituzionali».

Fatte tali premesse, il discorso della Corte arriva al cuore del problema, assumendo un tono più esplicito anche nei confronti del legislatore: «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 delle conoscenze scientifiche [...]. 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, fermo restando il potere del legislatore di intervenire in modo conforme ai precetti costituzionali”». La conclusione di tali argomenti, non evidenziando interessi contrapposti di pari livello²⁶, porta a rilevare che il divieto asso-

(25) Critica questo passaggio della decisione, M.G. RODOMONTE, *È un diritto avere un figlio?*, cit., p. 1.

(26) L'esame degli interessi contrapposti, effettuato dal Giudice delle leggi, fa emergere solo un interesse specifico, ed eventuale, della persona nata, che potrebbe andare incontro a un rischio

luto di procreazione con gameti esterni alla coppia sia il risultato di un «irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco».

Vi è un aspetto su cui la Corte si sofferma dettagliatamente e che rivela con quanta attenzione sia stata scritta la sentenza al fine di fugare ogni dubbio interpretativo all'indomani della sua pubblicazione. Il problema posto è quello del vuoto normativo che l'Avvocatura generale dello Stato paventa, di fronte ad una sentenza di accoglimento, «in ordine a rilevanti profili della disciplina applicabile» che avrebbe richiesto scelte di «opportunità politica» riservate alla discrezionalità del legislatore ordinario. Al problema sollevato, quello cioè di valutare il rapporto fra *lex* e *jurisdictio*, la Corte oppone il proprio compito, ontologicamente prioritario, di «garantire il principio di costituzionalità»²⁷ al fine di evitare «una lesione intollerabile per l'ordinamento costituzionale [...] quando risulti accertata la violazione di una libertà fondamentale, che non può mai essere giustificata con l'eventuale inerzia del legislatore ordinario». Offerta la risposta di principio, la Corte opera comunque una vera e propria ricognizione sistematica della normativa residuale, allo scopo di ricomporre la disciplina di base atta a rendere operative le tecniche di PMA eterologa e a colmare il paventato vuoto normativo; essa individua, infatti, una serie di disposizioni la cui interpretazione sistematica garantisce la soluzione a tutte le questioni poste. Si tratta di disposizioni che la Corte trae dalla disciplina di risulta della legge 40/2004, dai nuovi articoli del codice civile sulla genitorialità (introdotti con il d.lgs. 154/2013), dal d.lgs. 191/2007 sulla donazione di cellule umane, non-

psicologico connesso alla genitorialità non naturale o avanzare il diritto di conoscere le proprie origini biologiche, problema, quest'ultimo, che trova soluzione nelle norme sull'identità genetica che regolano l'adozione (art. 28, comma 4, legge 184/1983).

(27) Il passaggio, come messo in evidenza (S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico scientifico*, cit., p. 8), mostra una contrapposizione «tra due differenti concezioni del ruolo del legislatore e della legge»: quella dell'Avvocatura dello Stato riconducibile esclusivamente alle scelte di «opportunità politica» affidate alla discrezionalità del legislatore; quella della Corte costituzionale, che, in contrasto con l'Avvocatura, riafferma la piena legittimità, in questioni che attengono alla tutela della salute, del proprio controllo sulla discrezionalità legislativa al fine di garantire alla tutela dei diritti e il principio di costituzionalità. Critica con questo passaggio della sentenza, e più in generale con le restrizioni degli spazi di incidenza della normazione primaria in materia di bioetica, è L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, cit., p. 2.

ché dagli articoli concernenti l'identità genetica dei genitori, di cui alla legge 184/1983 sulle adozioni; disposizioni che già offrivano una base giuridica per regolare i casi di PMA eterologa praticata dai cittadini italiani all'estero. Tale considerazione, tra l'altro, permette alla Corte di evidenziare come l'irrazionalità del divieto si traduca in una duplice violazione anche del principio di uguaglianza. La legge 40/2004, infatti, pensata per dare soluzione ai problemi riproduttivi di chi è affetto da problemi di sterilità o di infertilità, ha finito, in maniera del tutto irrazionale, per escludere dal rimedio proprio coloro che sono maggiormente colpiti da tali disabilità, vale a dire le coppie totalmente sterili. Per altro verso, la previsione di una regolamentazione degli effetti della PMA eterologa praticata in altri Paesi, ancorché necessaria a dare tutela al nato, rende palese un'altra ragione di "intollerabile" disegualianza conseguente al divieto in questione per quelle coppie che, affette da sterilità assoluta, risultino prive di mezzi economici per fare ricorso al c.d. turismo procreativo.

Quest'ultima notazione, unitamente al richiamo alla disciplina previgente alla legge 40/2004, in base alla quale le tecniche di PMA eterologa erano ammesse «senza limiti né soggettivi né oggettivi», connotano il ragionamento della Corte anche di un evidente realismo che appare tanto più opportuno se si riflette sul fatto che tale divieto non solo non è «il frutto di una scelta consolidata nel tempo», ma non era neppure previsto nel progetto di legge originario della legge 40/2004²⁸; anzi, l'introduzione di tale divieto è stato il primo segno evidente dell'irrigidimento delle posizioni della maggioranza politica del momento in favore di scelte di principio che hanno finito per caratterizzare l'intera disciplina, chiudendola ad ogni possibilità di mediazione e di adeguamento alla realtà.

(28) Il riferimento è al testo licenziato – sulla base delle diverse proposte di legge in materia depositate in Parlamento – dalla Commissione affari sociali della Camera (A.C. 414) nel luglio del 1998, che ammetteva il ricorso alla fecondazione eterologa solo nei casi accertati di impossibilità a ricorrere alla procreazione omologa o nei casi di sussistenza di gravi malattie ereditarie o infettive trasmissibili. Sul punto, C. MARTINI, *Il dibattito parlamentare sulla PMA nella XII e XIV legislatura*, in G. TONINI (a cura di), *La ricerca e la coscienza*, Roma, Edizioni Riformiste, 2005, pp. 120-122.

4. *La procreazione eterologa: fra veti e sospensioni del Governo, la risposta delle Regioni*

All'indomani dalla pubblicazione della sent. n. 162/2014, nonostante quell'atteggiamento di realismo e di concretezza con il quale la Consulta – pur riconoscendo l'opportunità di futuri interventi normativi anche attraverso le Linee guida ministeriali – ha consegnato una disciplina comunque “pronta all'uso” e quindi in grado di dare risposte a chi ha già lungamente atteso, il tema della PMA di tipo eterologo entra nel caos di sospensioni e complicazioni, che la Corte avrebbe voluto evitare, fra Ministero della salute e Regioni.

Agli inizi di luglio del 2014, il Ministro della salute, dopo aver sostenuto in una intervista²⁹ che la sentenza della Corte avrebbe provocato un vuoto normativo, ha comunicato la sospensione della fecondazione assistita eterologa nei Centri che l'avevano già avviata, in attesa delle nuove Linee guida e di nuovi passaggi parlamentari di modifica della legge 40/2004, decisione ribadita successivamente, nel mese di agosto, da una delibera del Consiglio dei Ministri³⁰. Appare chiaro che il rinvio nel tempo non ha creato solo condizioni favorevoli a situazioni di nuovo contenzioso, ma indirettamente ha certificato una situazione quasi al limite della violazione del giudicato costituzionale³¹.

In risposta alla situazione di incertezza e sospensione creata dal Governo, le Regioni hanno dichiarato all'opposto l'intenzione di autorizzare la fecondazione eterologa nei loro Centri. Nel mese di settembre 2014 la Conferenza dei Presidenti delle Regioni e delle Province autonome ha annunciato di aver approvato all'unanimità ed autonomamente delle Linee guida regionali sulla fecondazione eterologa³², redatte dai tec-

(29) Si veda il *Corriere della Sera* del 7 luglio 2014.

(30) Si veda l'intervista su *la Repubblica* del 10 agosto 2014 in cui il Ministro della salute dà conto della decisione del Governo di fermare l'approvazione per decreto legge delle Linee guida e di optare per la via parlamentare, confermando tuttavia la sospensione della terapia per i Centri sia pubblici che privati.

(31) Si veda a proposito l'intervista all'allora Presidente della Corte cost. Giuseppe Tesaro, estensore della sent. 162 del 2014, apparsa sul *Il Messaggero* del 10 agosto 2014, 3, dal titolo significativo «Non c'è alcun vuoto normativo in Italia, l'eterologa si può fare», che richiama proprio l'art. 136 Cost.

(32) Le Linee guida regionali sono, in realtà, frutto di due accordi in seno alla Conferenza delle

nici delle Regioni. Nei giorni successivi, alcuni Consigli regionali hanno adottato delle delibere per la regolamentazione della PMA di tipo eterologo; tuttavia, nonostante il tentativo di dotarsi di una disciplina unitaria con le Linee guida, si è comunque determinato un vero e proprio *far west* nelle modalità di accesso alla fecondazione eterologa da parte dei cittadini (sul quale cfr. *infra* § 6).

Nonostante la valida intenzione del Ministro della salute di voler inserire la PMA anche eterologa nei Livelli essenziali di assistenza (LEA) al fine di garantire un'uniformità di prestazione e di accesso alla terapia, evidenziata in un primo momento in più di un'intervista³³ e ribadita da ultimo il 4 febbraio del 2015 nello schema di decreto proposto per l'aggiornamento degli stessi LEA, l'aver abbandonato la via più rapida di un aggiornamento, per via ministeriale, delle Linee guida della legge 40/2004, come peraltro indicato dalla Corte, unitamente alla decisione di sospendere il trattamento, ha di fatto neutralizzato la portata immediatamente dispositiva della sent. 162/2014, aprendo una contrapposizione fra Ministro (*rectius*: Governo) e Corte costituzionale³⁴, cui si sono aggiunti, a catena, potenziali conflitti fra lo Stato e le Regioni intenzionate a dare avvio autonomamente all'offerta della prestazione.

A commento della vicenda, viene da pensare che vi sia un'irriducibile contraddizione tra le posizioni del Governo e delle Regioni. Delle due l'una: o il vuoto normativo creato dalla sentenza è davvero così ampio da non permettere di dare avvio alla terapia, se non a rischio di lesioni gravi dei diritti dei soggetti coinvolti nella prestazione, oppure non esiste alcun vuoto normativo e si può consentire alle Regioni di erogare la relativa prestazione; ma se è giusta la seconda ipotesi, perché allora lasciare alle Regioni l'iniziativa di individuare delle Linee guida senza alcuna effettiva efficacia normativa ed incorrere nel rischio di avere disci-

Regioni, il primo del 4 settembre reperibile sul sito: http://www.regioni.it/home_art.php?id=986; il secondo, del 25 settembre, è reperibile sul sito: <http://www.regioni.it/newsletter/n-2570/del-25-09-2014/fecondazione-eterologa-definizione-tariffa-unica-convenzionale-12974/>. Sul contenuto degli accordi si veda il § successivo.

(33) Si vedano *la Repubblica* e *Il Messaggero* del 10 agosto 2014.

(34) Evidente nelle citate interviste rilasciate dal Ministro Lorenzin cui è seguita la risposta chiara del Presidente Giuseppe Tesaro, nell'intervista a *Il Messaggero* del 10 agosto 2014, «Non c'è alcun vuoto normativo».

pline differenziate, come di fatto è stato, piuttosto che aggiornare le Linee guida ministeriali?

La vicenda, per come si è dipanata, arriva a toccare, non solo, come si è detto, il rapporto fra *lex* e *jurisdictio*, ma più in generale i rapporti fra legge e Governo e fra Governo e Regioni. A parere di chi scrive, la sentenza n. 162/2014 non apre alcun vuoto normativo; la Corte, infatti, individua espressamente le disposizioni da applicare. In tale prospettiva, l'ostinata posizione del Governo, di non dare attuazione alla fecondazione eterologa, assume il sapore di un rifiuto a dare applicazione a disposizioni di leggi, quali sono quelle individuate chiaramente dalla Corte stessa, e a criteri basilari di interpretazione e di applicazione di queste (nel caso, l'interpretazione sistematica e per analogia). Appare chiaro, inoltre, che un nuovo intervento parlamentare, annunciato dal Ministro della salute, sulla legge 40/2004 non è solo auspicabile, ma necessario³⁵, in considerazione dei molteplici interventi caducatori che la disciplina ha subito negli anni, ma questo non può avvenire a discapito del diritto chiaramente individuato dalla Corte. Ben avrebbe fatto il Ministro ad adottare nell'immediato un aggiornamento delle Linee guida, per rendere uniforme e più sicuro l'accesso alla fecondazione eterologa e ad accompagnarlo con l'inserimento della PMA nell'elenco dei LEA e, contestualmente, a presentare il disegno di legge al Parlamento per rivedere e coordinare, alla luce delle sentenze intervenute negli anni, l'intera disciplina prevista nella legge 40/2004. Nel disorientamento del Governo rispetto all'apertura alla fecondazione eterologa pare possibile rintracciare alcuni elementi che hanno caratterizzato, nella prima metà degli anni Novanta del Novecento, la risposta governativa alle sentenze additive in materia di diritti "costosi"³⁶; il paragone, fra l'altro, trova fondamento anche nella circostanza che dalla sent. n.

(35) Di «colpevole inerzia delle assemblee parlamentari di fronte alla necessità di modificare una normativa, che da subito si è rivelata carente in più punti rispetto al dettato costituzionale», parla G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, cit., p. 1.

(36) Lo sconcerto del Governo per le conseguenze di tali sentenze, in particolare con riferimento alle sentt. n. 495 del 1993 e n. 240 del 1994, e le problematiche costituzionali e istituzionali che hanno peraltro portato la Corte, dopo quelle esperienze, ad assumere un atteggiamento di responsabilità inaugurando nuove tecniche decisorie, quali le sentenze additive di principio, sono chiaramente trattate da F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Padova, Cedam, 2000, p. 35 ss.

162/2014 deriva, come vedremo, un aumento della spesa sanitaria, anche se contenuta rispetto agli esempi citati, data la previsione di un *ticket*; detto questo, non si può dimenticare che la Corte, proprio in considerazione delle particolari conseguenze della sentenza, non solo ha vagliato in maniera attentissima l'ambito normativo sul quale essa andava ad incidere, ma dal comunicato della decisione alla sua pubblicazione ha fatto trascorrere ben due mesi, lasciando un lungo tempo di preparazione al Governo per prevedere possibili risposte adeguate a garantire nell'immediato il diritto alla prestazione. Il Governo, soprattutto per evitare condizioni di disparità di trattamento e di confusione ulteriore che hanno causato nuovo contenzioso (cfr. § 6, sul caso Lombardia), avrebbe dovuto impedire quella situazione di sovrapposizione di risposte differenziate da parte di enti equiordinati, lo Stato e le Regioni, originata fondamentalmente da una sostanziale difformità sull'interpretazione degli effetti della sentenza, in relazione all'esistenza o meno di un vuoto normativo in materia.

5. Un passo indietro: le Regioni alle prese con la PMA (omologa) nell'attesa dei nuovi LEA. Un potere sostitutivo alla rovescia in cerca dell'impossibile uniformità

A nove mesi circa dalla sentenza n. 162/2014, la situazione che si registra, nelle diverse Regioni, fatta eccezione per la Toscana, è di sostanziale impossibilità di accesso alla PMA eterologa nelle strutture pubbliche. Il dato che immediatamente fotografa questa situazione è quello che si ricava incrociando il numero delle domande di accesso alla prestazione registrate nei Centri pubblici all'indomani della sentenza della Consulta, pari a circa cinquemila, e il numero di PMA eterologa effettuate sino a novembre 2014, pari a solo due impianti, presso l'Ospedale di Careggi di Firenze. Quello che si è aperto all'indomani della sentenza, a causa del mancato intervento dello Stato, è un vero e proprio *far west* in cui le amministrazioni regionali vagano nel tentativo di riuscire a dare risposta ai cittadini, in assenza di quell'equilibrio fra le ragioni dell'unità e dell'uniformità delle prestazioni e quelle del decentramento e dell'autonomia³⁷.

(37) Sulle quali si rinvia a L. TRUCCO, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni tra politiche legislative e Corte costituzionale*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 103 ss.

La comprensione a pieno della intricata vicenda, nella quale, alle assenze dello Stato, è conseguita una sovrapposizione di competenze ed interventi molto frammentati delle Regioni, deve tener conto, da una parte, del peso del costo del diritto a procreare, individuato dalla Corte costituzionale, e, dall'altra, della grave situazione economica in cui versa la maggioranza delle Regioni italiane, molte delle quali bloccate entro gli stretti vincoli dei piani di rientro. Proprio la considerazione di questi due elementi spinge a cercare di capire quale fosse la situazione pregressa nella quale viene ad inserirsi l'apertura alla PMA di tipo eterologo. Alla luce di quanto detto appare necessario, dunque, fare un passo indietro.

Il dato di rilievo dal quale è necessario muovere è rappresentato dal fatto che le prestazioni rientranti nella PMA non sono mai state inserite nell'elenco dei Livelli essenziali di assistenza (LEA) nazionali. Come è noto l'elenco dei LEA è stato approvato, con una procedura lunga e complessa, sulla base dell'accordo raggiunto all'interno della Conferenza Stato, Regioni e Province autonome, ben tre anni prima dell'approvazione della legge sulla PMA, nel novembre del 2001³⁸. Proprio per questo l'art. 18, legge 40/2004, al fine di finanziare l'avvio della prestazione, in attesa dell'aggiornamento dei LEA, aveva previsto la creazione di un Fondo per le tecniche di PMA, istituito presso il Ministero della salute per un importo pari a 6,8 milioni di euro, ripartito fra Regioni e Province autonome sulla base di criteri determinati con decreto del Mini-

(38) Sulla base dell'accordo Stato-Regioni dell'8 agosto del 2001, l'art. 6 del d.l. 347/2001, convertito in legge 405/2001, ha stabilito che la definizione dei LEA doveva avvenire con l'adozione di un decreto del Presidente del Consiglio, su proposta del Ministro della salute e di concerto con il Ministro delle finanze e sulla base dell'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome raggiunta il 22 novembre 2001. Conseguentemente, il d.P.C.M. 29 novembre del 2001 ha dunque adottato i LEA. La lunga procedura è dettagliatamente descritta da M. GRECO, *I livelli essenziali di assistenza nel quadro della riforma federale*, in *Organizzazione sanitaria*, 3/4, 2001, p. 9 ss.; sul contenuto e sulla funzione dei LEA, si rinvia, per un approfondimento, ad A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 56 ss. Il complesso procedimento di approvazione dei LEA è stato successivamente confermato dall'art. 54 della l. n. 289/2002 e seguito successivamente per l'adozione dei limitati aggiornamenti. Si segnala, tuttavia, che l'*iter* è stato criticato in dottrina per l'assenza di coinvolgimento del Parlamento, ed è stato giudicato «fuori dall'attuale quadro costituzionale»: F. GIGLIONI, *I servizi sanitari*, in L. TORCHIA (a cura di), *Welfare e federalismo*, Bologna, il Mulino, 2005, p. 35; sul punto si veda anche L. TRUCCO, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni tra politiche legislative e Corte costituzionale*, cit., p. 109.

stro della salute sentita la Conferenza unificata Stato, Regioni e Province autonome³⁹. Negli anni successivi all'approvazione della legge 40/2004, anche se quest'ultima prevede, fra i suoi principi basilari, quello di favorire l'accesso alle cure contro l'infertilità e la sterilità con terapie e metodiche a carattere sanitario le cui prestazioni devono essere erogate dal Servizio sanitario nazionale, non si è mai provveduto all'inserimento nell'elenco dei LEA delle prestazioni necessarie per la PMA.

Questa situazione ha avuto una serie di conseguenze sulla garanzia della prestazione nelle diverse Regioni e ha causato l'affermarsi di un «federalismo sanitario “estremo”, non rispettoso né dell'art. 3 (principio di uguaglianza) né dell'art. 32 (diritto alla salute) né, infine, dell'art. 120 della Costituzione italiana»⁴⁰ che prevede, a garanzia della tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, il potere sostitutivo dello Stato di fronte alla Regione inadempiente. Proprio in relazione al potere sostitutivo, va detto che in questo caso, tuttavia, si è assistito ad una inversione dei ruoli; infatti, di fronte alla inadempienza dello Stato, colpevole di non aver inserito nei LEA le prestazioni relative alla PMA, molte Regioni si sono assunte la responsabilità, e il relativo onere di spesa, di garantire la fecondazione assistita omologa inserendola nei LEA regionali. A ben vedere questa situazione sconta, in realtà, un ritardo più generale e colpevole dello Stato relativo proprio all'aggiornamento dell'intero elenco dei LEA atteso oramai da anni⁴¹. Predisposto e annunciato da più di un Ministro della salute, l'elenco dei nuovi LEA non ha mai visto la luce in seguito alle crisi dei Gover-

(39) Si veda il Parere della Conferenza Stato - Regioni del 29 aprile 2004, sul sito: <http://www.governo.it/backoffice/allegati/22411-1961.pdf>.

(40) Così M.P. COSTANTINI, *La procreazione medicalmente assistita nei Livelli essenziali di assistenza per garantire prestazioni uniformi e trasparenti nel servizio sanitario*, reperibile sul sito: http://www.cittadinanzattiva.it/newsletter/2014_06_19-332/files/LEAe.pdf, 2014.

(41) Dal 2001 l'elenco dei LEA ha subito tre modifiche rispettivamente con: d.P.C.M. 16 aprile 2002, con il quale si è aggiunto all'elenco del 2001 l'allegato 5, recante «Linee guida sui criteri di priorità per l'accesso alle prestazioni diagnostiche e terapeutiche e sui tempi massimi di attesa»; d.P.C.M. 28 novembre 2003, che ha provveduto ad inserire nell'elenco dei LEA alcune certificazioni mediche precedentemente escluse; d.P.C.M. 7 marzo 2007, con il quale si è precisata o estesa la portata di alcune prestazioni inserite nell'elenco del 2001. Sul punto, si veda R. LUGARÀ, *L'abbandono dei LEA alle Regioni: il caso della procreazione medicalmente assistita*, in *Osservatorio Aic*, febbraio 2015, 1, nt. 3.

ni di riferimento⁴². Le ragioni del fallimento di tali tentativi vanno rintracciate, oltre che evidentemente nella discontinuità politica che segue al cambiamento di direzione del Governo, anche nei vincoli sempre più stringenti di carattere economico-finanziario che rendono più difficile la sostenibilità del costo delle prestazioni⁴³. Lo scorso 4 febbraio, l'attuale Ministro della salute ha presentato alla Commissione tecnica della Conferenza Stato, Regioni e Province autonome un nuovo schema di decreto finalizzato all'aggiornamento complessivo dei LEA: fra le nuove prestazioni lo schema di decreto contempla anche le prestazioni relative alla PMA omologa ed eterologa, ma, sino all'approvazione del nuovo d.P.C.M., le Regioni saranno costrette ad affrontare autonomamente le carenze o l'obsolescenza degli attuali LEA.

A fronte di tale situazione le Regioni in questi anni hanno, infatti, tentato di dare risposte in base ovviamente alla loro possibilità di spesa con la conseguenza che, in materia di PMA, si sono avute ben venti modalità differenti di assolvere le relative prestazioni soprattutto, ma non solo, in relazione alla individuazione dei costi e dei criteri di accesso alle terapie per le coppie⁴⁴. In generale è stato rilevato che la Toscana, il Piemonte, il Veneto, il Friuli-Venezia Giulia, la Campania, l'Umbria, la Valle D'Aosta e le Province autonome di Trento e di Bolzano, in anni differenti dal 2007 al 2013, hanno inserito le prestazioni relative alla PMA

(42) L'aggiornamento, ad esempio fu predisposto nell'aprile del 2008 dal Ministro della salute Livia Turco e nel dicembre del 2012 dal Ministro della salute Renato Balduzzi.

(43) La proposta di aggiornamento dei LEA trova i maggiori ostacoli alla sua approvazione «nei profili della sostenibilità economico-finanziaria del decreto e della sua compatibilità con l'aumento dei contributi alla finanza pubblica da ultimo imposti alle Regioni e alle PPAA»: così, R. LUGARÀ, *L'abbandono dei LEA alle Regioni: il caso della procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 2.

(44) I costi vanno dal semplice pagamento del *ticket* ambulatoriale, fino ai 2.000 euro previsti nell'Ospedale Pertini di Roma, ai 500 euro della Toscana, ai 1.000 del Veneto; quanto ai criteri di accesso alle prestazioni delle coppie, questi sono relativi all'età della madre, che può variare dai 42 ai 50 anni o addirittura nessuna limitazione di età, ma solo la verifica di essere ancora fertile; varia il numero di cicli ammessi e sostenuti da Sistema sanitario regionale (che può oscillare da 3 a 5 o essere illimitato). Altre differenze si registrano nelle modalità di inserimento della PMA nei sistemi regionali e nella determinazione dei costi *standard* da Regione a Regione e anche da ASL ad ASL. Questo è quanto è risultato da una ricognizione effettuata da più soggetti fra i quali la Conferenza Stato-Regioni e Cittadinanzattiva, i cui dati sono riferiti da M.P. COSTANTINI, *La procreazione medicalmente assistita nei Livelli essenziali di assistenza per garantire prestazioni uniformi e trasparenti nel servizio sanitario*, cit., p. 1.

nei LEA regionali attraverso l'approvazione di delibere regionali; altre Regioni come la Lombardia, l'Emilia-Romagna, la Liguria, la Basilicata, la Sardegna, la Calabria, la Puglia hanno comunque integrato le metodiche della PMA fra le prestazioni offerte dal Servizio sanitario regionale, senza l'inserimento nei LEA regionali. Infine altre Regioni come il Lazio e l'Abruzzo non hanno emanato alcuna normativa esplicita. Il quadro, già estremamente variegato, si complica ulteriormente se si considera la grande variabilità delle modalità di individuazione delle tariffe, della codificazione delle prestazioni e dei costi standard⁴⁵. Appare chiaro che il mancato inserimento nei LEA regionali, soprattutto nelle Regioni del Meridione, favorisca la migrazione verso le Regioni che offrono la prestazione in strutture pubbliche o in strutture convenzionate. Ci sono Regioni come il Molise dove non esistono strutture pubbliche alle quali rivolgersi; in altre Regioni, come la Calabria, le coppie devono pagarsi integralmente il costo della prestazione, o altre, come la Puglia e la Sicilia, dove devono sostenere una parte rilevante del costo, che può oscillare da 1.000 a 1.770 euro a seconda del reddito delle coppie⁴⁶. A queste differenze si aggiungono quelle relative al limite dell'età della ricevente per essere ammessa alle prestazioni del Servizio sanitario regionale, che può variare dal compimento dei quarantuno anni, in Valle

(45) Ad esempio per la fecondazione in vitro (FIVET o ICSI) le differenze possono dipendere dall'ancorare la prestazione o al sistema ambulatoriale o al sistema di ricovero o ad entrambi; le Regioni spesso nell'individuazione della prestazione hanno fatto ricorso all'attribuzione di un codice DRG (*Diagnosis Related Group*), ossia l'individuazione di un gruppo di prestazioni che includono tutta la prestazione nel suo complesso, col paradosso che vengono utilizzati codici assolutamente diversificati che creano una serie di problemi per i rimborsi da Regione a Regione nel caso di mobilità dei pazienti. In alcune Regioni si è preferito includere le suddette prestazioni nella codificazione già esistente e quindi attribuendo alla fecondazione in vitro codici appartenenti ad altri gruppi tariffari di prestazioni. Solo a titolo di esempio la Campania ha generato un nuovo DRG, il 416 "Intervento chirurgico con diagnosi di altri contatti di servizio sanitario"; la Lombardia utilizza un doppio DRG, il 359 "Interventi sull'utero e annessi non di carattere oncologico" e il 365 "Altri interventi sull'apparato femminile"; il Veneto e il Lazio adottano come DRG il 359 "Interventi sull'utero e annessi non di carattere oncologico"; la Toscana, infine, ha inserito la dizione "Fecondazione in vitro" attraverso il nomenclatore ambulatoriale e ha applicato così anche uno dei costi più bassi fra tutte le Regioni. I dati sono riportati da M.P. COSTANTINI, *La procreazione medicalmente assistita nei Livelli essenziali di assistenza per garantire prestazioni uniformi e trasparenti nel servizio sanitario*, cit., pp. 3-4.

(46) M.P. COSTANTINI, *La procreazione medicalmente assistita nei Livelli essenziali di assistenza per garantire prestazioni uniformi e trasparenti nel servizio sanitario*, cit., p. 4.

d'Aosta e Umbria, a quello dei quarantasei anni in Veneto; e, ancora, ci sono le variazioni relative al numero di cicli erogati sempre dal Servizio sanitario regionale, anche questo estremamente diversificato potendosi prevedere Regioni senza limitazioni, come la Lombardia, e altre in cui il limite è fissato in tre cicli⁴⁷. In questa situazione la migrazione da una Regione all'altra trova spesso più ragioni oltre a quella economica, che rimane sicuramente prevalente a fronte di un costo molto elevato ed estremamente diversificato previsto dalle strutture private (dove la spesa oscilla fra i 3.000 e gli 11.000 euro per ciclo).

6. Le Regioni di fronte alla PMA eterologa

In questa situazione, dunque, di estrema diversificazione e soprattutto di protratta latitanza dello Stato, in cui le Regioni, sotto la spinta delle richieste assistenziali, hanno dovuto imparare a «far da sé»⁴⁸ non solo in materia di PMA, ma più in generale per supplire ai problemi causati dall'obsolescenza dell'elenco dei LEA, si inserisce anche la sentenza della Corte costituzionale sulla fecondazione assistita di tipo eterologo. Alla luce di quanto detto, sulla base dell'esperienza sperimentata in questi anni in materia di procreazione assistita omologa, appare sicuramente più comprensibile l'immediatezza della risposta delle Regioni di fronte alla decisione del Governo, maturata nell'agosto 2014, di rimettere sostanzialmente l'attuazione della sent. n. 162/2014 ad un successivo intervento legislativo⁴⁹. Nel corso del mese di settembre 2014, la Confe-

(47) I dati sono consultabili sul sito di Cittadinanzattiva: <http://www.cittadinanzattiva.it/faq/salute/maternita-fertilita/5579-procreazione-medicalmente-assistita.html>.

(48) Si veda, a proposito, la Relazione tecnica allo schema di d.P.C.M. recante «Nuova definizione dei livelli essenziali di assistenza sanitaria», presentata dal Ministro della salute Beatrice Lorenzin il 4 febbraio del 2015, sulla base del Patto per la Salute 2014-2016, punto 2.1: «la obsolescenza del quadro definitorio del vecchio d.P.C.M. del 2001 sta provocando in molte realtà regionali, sotto la spinta delle urgenze assistenziali, un “fai da te” da parte delle singole Regioni che sta frantumando la unitarietà del sistema nazionale e dà luogo a scelte locali non controllate sotto il profilo dell'appropriatezza e dell'efficienza erogativa e della compatibilità con la programmazione economico-finanziaria nazionale». La Relazione è consultabile all'indirizzo: http://www.sanita.ilsole24ore.com/pdf/2010/Sanita2/_Oggetti_Correlati/Documenti/Dal-Governo/Relazione%20Tecnica%20revisione%20LEA_Filigrana.pdf?uuiid=98fc6e18-ae27-11e4-8615-6eac48d570d9.

(49) Si veda la lettera dell'8 agosto 2014 del Ministro Beatrice Lorenzin ai Capigruppo di Camera e Senato sulla fecondazione eterologa sul sito: http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_saluteInforma_37_allegato.pdf.

renza delle Regioni e Province autonome ha concluso due accordi, nel tentativo di individuare delle Linee guida comuni. Nel primo accordo, del 4 settembre 2014⁵⁰, le Regioni, preso atto della decisione del Governo, si sono impegnate a condividere «la responsabilità di fornire indirizzi operativi ed indicazioni cliniche omogenee al fine di rendere immediatamente esigibile un diritto costituzionalmente garantito su tutto il territorio nazionale, dimostrando capacità di *governance* nazionale». Per quanto riguarda il regime economico, l'accordo prima di tutto sottolinea che «Le Regioni e le Pp.AA. considerano che omologa ed eterologa, alla luce della sentenza della Corte costituzionale, risultano entrambe modalità di PMA riconosciute nei LEA, anche sulla scorta del parere favorevole espresso in sede di Conferenza Stato-Regioni del 29 aprile 2004 sul riparto delle risorse destinate a favorire l'accesso alle tecniche di PMA, previsto dall'art. 18 della legge 40/2004»; dunque «ai fini del riconoscimento economico, le Regioni e le Pp.AA. evidenziano la necessità di inserire nel d.P.C.M. di adeguamento dei LEA, così come definito nel Patto per la Salute 2014-2016, la PMA omologa ed eterologa». Per rendere omogeneo a livello nazionale l'accesso alle procedure della PMA eterologa, in attesa dei nuovi LEA, l'accordo soprattutto ha individuato, in via transitoria, specifici indirizzi operativi che le Regioni e le Province autonome sono chiamate a recepire con delibera della Giunta regionale o con altro provvedimento regionale. Nello specifico le Linee guida regionali prevedono la fissazione di un massimo di tre cicli a carico del Sistema sanitario regionale e individuano, ai fini dell'accesso alle terapie, il compimento del quarantatreesimo anno della ricevente⁵¹. Il se-

(50) L'accordo, dal titolo «Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014», è consultabile all'indirizzo: http://www.regioni.it/home_art.php?id=986.

(51) Nell'individuazione di tali limiti c'è chi ha visto un pericolo ulteriore di discriminazione basato su criteri soggettivi; in particolare si dubita della compatibilità di tali limiti con il requisito dell'appropriatezza indicato dal Patto per la Salute 2014-2016 quale criterio di individuazione dei livelli essenziali di assistenza e richiamato dallo stesso schema di decreto predisposto dal Ministro della salute quale specifico criterio di individuazione dei trattamenti di PMA, anche eterologa, che devono essere garantiti dal Sistema sanitario nazionale; lo schema indica un limite di età più elevato e rimette al medico la valutazione, caso per caso, sulla base delle condizioni di salute e di fertilità della donna. I requisiti posti dalle Linee guida regionali, invece, escluderebbero di fatto dalla rimborsabilità la maggior parte delle coppie tenuto conto che l'80% delle donne che fanno domanda di accesso alla PMA presenta un'età maggiore ai quarantatré anni;

condo documento, adottato il 25 settembre 2014⁵², si occupa dell'aspetto economico; l'accordo, infatti, è finalizzato alla definizione di una «tariffa unica convenzionale» a carattere transitorio, da individuarsi in attesa che la PMA (omologa ed eterologa) sia inserita nei LEA come stabilito nel Patto per la Salute 2014-2016; tale misura è tesa a permettere di garantire nell'immediato non solo l'esigibilità del diritto alla fecondazione assistita di tipo eterologo, ma anche di regolare le compensazioni fra enti conseguenti alla mobilità interregionale dei pazienti. Il documento conseguentemente ha individuato delle tariffe convenzionali comuni per tre tipologie generali di fecondazione eterologa⁵³. L'accordo, inoltre, pur lasciando a ciascuna Regione la possibilità di determinare la quota di compartecipazione alla spesa, ha condiviso in linea di massima il principio, conforme all'attuale normativa in materia di specialistica ambulatoriale, in base al quale tale somma dovrebbe essere pari alla quella dei *ticket* per le prestazioni previste ed effettuate per questa tecnica di fecondazione. In relazione, infine, alla compensazione riguardante le prestazioni effettuate in mobilità per pazienti provenienti da altre Regioni o Province autonome, l'accordo propone, in linea con quanto previsto nel Patto per la Salute, che ogni Regione o Provincia autonoma riceverà dalle altre la differenza tra la tariffa convenzionalmente definita e quanto già incassato attraverso i *ticket*. L'unica Regione che si è dichiarata espressamente fuori dall'accordo è la Lombardia che ha precisato in una delibera regionale che fino a quando le prestazioni di PMA non verranno ricomprese nel d.P.C.M. che individua i LEA, le stesse saranno a carico dell'assistito anche qualora venissero rese da strutture di altre Regioni.

Nonostante il tentativo di darsi delle direttive comuni, al fine di garantire uniformità nella prestazione, il seguito dato da ciascuna Regione alle

sul punto, si rinvia più ampiamente a R. LUGARÀ, *L'abbandono dei LEA alle Regioni: il caso della procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 7.

(52) Il cui testo è consultabile all'indirizzo: <http://www.regioni.it/newsletter/n-2570/del-25-09-2014/fecondazione-eterologa-definizione-tariffa-unica-convenzionale-12974/>.

(53) La fecondazione eterologa con seme da donatore con inseminazione intrauterina: € 1.500 (compresi € 500 per i farmaci); la fecondazione eterologa con seme da donatore in vitro: € 3.500 (compresi € 500 per i farmaci); la fecondazione eterologa con ovociti da donatrice: € 4.000 (compresi € 500 per i farmaci).

Linee guida condivise a settembre è stato, anche in questo caso, molto diversificato. Al di là della particolarità della Lombardia, su cui si tornerà a conclusione, le Regioni sono state in alcuni casi costrette a discostarsi ampiamente da quanto definito in sede di Conferenza per lo più per ragioni finanziarie. Molte Regioni, infatti, si sono trovate nell'impossibilità di introdurre la PMA di tipo eterologo nei LEA regionali a causa della rigidità dei piani di rientro cui sono state sottoposte. È noto, infatti, che l'art. 1, comma 180, legge 311/2004 (legge finanziaria per il 2005), prevede che le Regioni «in cui siano stati accertati rilevanti disavanzi di gestione del Servizio sanitario regionale il cui ripiano non è conseguibile attraverso strumenti ordinari, stipulino un apposito accordo con lo Stato per individuare gli interventi necessari per il perseguimento dell'equilibrio economico nel rispetto dei LEA»⁵⁴; tale accordo è accompagnato dal un programma operativo, *id est* il piano di rientro, di riqualificazione e potenziamento del Sistema sanitario regionale di durata massima fino a tre anni. Nel caso in cui la Regione sia sottoposta al piano di rientro, l'art. 1, comma 174, legge 311/2004, prevede espressamente il «divieto di effettuare spese non obbligatorie» nel periodo considerato nel piano; fra queste spese sono comprese, naturalmente, tutte quelle che non rientrano espressamente nell'elenco dei LEA⁵⁵. Ma vi è di più, infatti la situazione appare ulteriormente complicata nel caso della PMA eterologa, dato che fra le Regioni sottoposte al piano di rientro ve ne sono alcune che, nonostante il divieto previsto dalla legge 311/2004, hanno comunque dato seguito alle Linee guida regionali con atti propri; è il caso della Sicilia, che ha riconosciuto con decreto assessoriale del 29 dicembre 2014, n. 2277⁵⁶ la rimborsabilità delle prestazioni relative alla PMA ete-

(54) M. BELLENTANI, L. BUGLIARI, *La logica dei piani di rientro e il difficile equilibrio tra autonomia e responsabilità*, in R. BALDUZZI, G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, il Mulino, 2013, p. 393; allo stesso lavoro si rinvia per la comprensione dell'evoluzione normativa, degli obiettivi, del contenuto e delle modalità di verifica dei piani di rientro, *ivi*, p. 301 ss.

(55) Come sottolineato da R. LUGARÀ, *L'abbandono dei LEA alle Regioni: il caso della procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 3.

(56) «Recepimento degli indirizzi operativi per le Regioni e le Province autonome, concordati ed approvati dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome in data 4 settembre 2014, di cui al "Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014", consultabile all'indirizzo: <http://pti.re>

rologa a carico del Servizio sanitario regionale, prevedendo come limite all'accesso il compimento del quarantatreesimo anno della madre. In questo specifico caso, fra l'altro, data la sostanziale assenza di strutture pubbliche nella Regione in grado di assolvere alla prestazione, la decisione finisce per trasformarsi anche in un indiretto vantaggio economico per le strutture private operanti sull'Isola⁵⁷.

A differenza della Sicilia, altre Regioni sottoposte ai piani di rientro hanno scelto una strada più *soft*, ma anche più ambigua, di adesione alle Linee guida; così l'Abruzzo, il Lazio, il Molise e la Puglia si sono limitate a recepire il documento approvato dalla Conferenza delle Regioni nel settembre del 2014 con proprie delibere⁵⁸, ma senza specificare nulla in relazione al regime di rimborsabilità, come se si interpretasse in maniera estensiva l'elenco dei LEA ricomprendendovi la PMA di tipo eterologo e si aggirasse così il divieto previsto nell'art. 1, comma 174, legge 311/2004⁵⁹; le delibere, fra l'altro, a conferma di quanto detto, in alcuni casi riportano espressamente la precisazione «il presente provvedimento [...] non comporta oneri a carico del bilancio regionale»⁶⁰, dando, dunque, per implicito che la spesa rientri fra quelle previste nei LEA e quindi a carico dello Stato. L'atteggiamento delle Regioni appena considerato rischia, tuttavia, di trovare ostacoli sia presso la Corte dei Conti,

gione.sicilia.it/portal/page/portal/PIR_PORTALE/PIR_LaStrutturaRegionale/PIR_AssessoratoSalute/PIR_Decreti/PIR_Decreti2014/PIR_Provvedimentiorganiindirizzopolitico.

(57) La Sicilia, il Lazio, la Campania, la Puglia e la Calabria sono le Regioni dove maggiormente risulta concentrato il monopolio del settore privato in materia di PMA; cfr., sul punto M.P. COSTANTINI, *La procreazione medicalmente assistita nei Livelli essenziali di assistenza per garantire prestazioni uniformi e trasparenti nel servizio sanitario*, cit., p. 2.

(58) Per la Regione Abruzzo si veda la delibera della Giunta regionale del 23 settembre 2014, n. 602 reperibile sul sito: <http://www.iss.it/r/docu/cont.php?id=343&lang=1&tipo=12>. Per la Regione Lazio si veda la delibera della Giunta regionale del 16 settembre 2014, n. 599, consultabile sul sito: http://www.quotidianosanita.it/allegati/create_pdf.php?all=6123277.pdf. Per la Regione Molise si veda la delibera della Giunta regionale 13 ottobre 2014, n. 525, consultabile sul sito: <http://www3.molisedati.it/bollettino/ricerca6.php?anno=2014>. Per la Regione Puglia si veda la delibera della Giunta regionale del 9 ottobre 2014, n. 2065 consultabile sul sito: <http://www.iss.it/binary/rpma/cont/eterologa.pdf>.

(59) Come sottolinea R. LUGARÀ, *L'abbandono dei LEA alle Regioni: il caso della procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 4, si veda particolarmente la nota 17.

(60) Cfr. Regione Lazio, delibera della Giunta regionale del 16 settembre 2014, n. 599, cit.

che recentemente ha rilevato come il protrarsi del *deficit* a causa della spesa sanitaria potrebbe arrivare a mettere in forse l'attuale assetto dei LEA, facendo emergere *deficit* assistenziali nelle Regioni che presentano i maggiori problemi⁶¹, sia presso la Corte costituzionale la cui giurisprudenza, da ultimo, è giunta a mettere in discussione, in relazione al diritto alla salute, l'esistenza di un contenuto essenziale ed irriducibile di tutela⁶² non bilanciabile con le scelte economico-finanziarie, arrivando a dichiarare l'illegittimità di leggi di Regioni sottoposte al piano di rientro, ma che prevedevano il rimborso di prestazioni fondamentali come le cure oncologiche, dalle quali derivavano comunque oneri aggiuntivi per il bilancio regionale finalizzati a «garantire un livello di assistenza supplementare in contrasto con gli obiettivi di risanamento del piano di rientro» e, dunque, per questo considerate lesive del «principio di contenimento della spesa pubblica sanitaria»⁶³.

Nelle vicende appena descritte, aperte dalla PMA di tipo eterologo, si arriva ad intravedere, fra veti, astensioni, assunzione di responsabilità a tutela di diritti, rigidità di bilancio e controlli giurisdizionali, una sorta di corto circuito istituzionale che solo lo Stato con l'aggiornamento dei LEA può far venir meno. Forse maggiormente consapevole di tali rischi connessi al piano di rientro, la Regione Piemonte⁶⁴, più prudentemen-

(61) Sul punto si rinvia a R. LUGARÀ, *L'abbandono dei LEA alle Regioni: il caso della procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 4, che cita la Relazione della Corte dei Conti sulla gestione finanziaria per l'esercizio 2013, consultabile sul sito http://www.corteconti.it/attivita/controllo/finanza_pubblica/fisco_tributi_canoni/delibera_29_2014_sezaut/.

(62) Sul concetto di "contenuto irrinunciabile" o "minimo essenziale" dei diritti sociali individuato dalla Corte costituzionale ci si limita a rinviare a M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, Torino, Utet, 2013, p. 140 ss.; con riferimento al diritto alla salute, si vedano: E. CAVASINO, *Il diritto alla salute come diritto "a prestazioni"*. *Considerazioni sull'effettività della tutela*, cit., p. 336 ss.; F. MINNI, A. MORRONE, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Rivista Aic*, 3, 2013, p. 8 ss.; F. COVINO, *Tutela della salute, vincoli europei di bilancio e ruolo della Corte costituzionale*, in *Menabò di Etica ed economia*, in www.eticaeconomia.it, 12, 2014, p. 1 ss.

(63) Corte cost., sent. n. 104 del 2013, pt. 4.2 del Considerato in diritto. Anche questo aspetto è ben evidenziato da R. LUGARÀ, *L'abbandono dei LEA alle Regioni: il caso della procreazione medicalmente assistita*, cit., pp. 4 e 5, che sottolinea: «se la Corte non ha ammesso che le Regioni sottoposte a piano di rientro riconoscano ai cittadini la rimborsabilità di trattamenti salvavita, *a fortiori* dovrebbe negarsi la legittimità costituzionale di norme tese a garantire la rimborsabilità dei trattamenti di fecondazione assistita di tipo eterologo».

(64) Regione Piemonte, delibera della Giunta regionale 15 settembre 2014, n. 12-311, consultabile sul sito: <http://www.iss.it/rpma/docu/cont.php?id=330&lang=1&tipo=12>.

te, ha recepito le Linee guida regionali, rinviando tuttavia nella delibera ad un «successivo provvedimento la quantificazione economica della prestazione di PMA di tipo eterologo, in analogia agli indirizzi nazionali in corso di definizione».

Più attente alle ragioni dei diritti sono naturalmente risultate alcune delle Regioni non sottoposte ai piani di rientro. Fra queste, in particolare va evidenziato il caso della Toscana che si è fatta promotrice dell'assunzione delle Linee guida da parte della Conferenza delle Regioni e Province autonome e che ha permesso, grazie alla sua rapida risposta, di garantire la prestazione già nel mese di ottobre del 2014. Insieme alla Toscana le Regioni Emilia-Romagna, Friuli-Venezia Giulia, Marche e Umbria hanno adottato delibere⁶⁵ nelle quali, in adesione alle condizioni previste nel documento del 4 settembre del 2014, si sono impegnate a rimborsare le prestazioni relative alla PMA eterologa a carico del Servizio sanitario regionale.

Certamente più sensibili al profilo economico si rivelano le posizioni attendiste delle Regioni Liguria e Veneto⁶⁶ che hanno adottato delibere nelle quali la definizione dei costi rinvia, nel caso della Liguria al d.P.C.M. di aggiornamento dei LEA preannunciato nel Patto della Salute 2014-2016; nel caso del Veneto ad un successivo atto giuntale di definizione delle tariffe, della quota di compartecipazione della spesa da parte dei pazienti e, infine, dei criteri per la rimborsabilità ad altre Regioni in caso di mo-

(65) Regione Toscana, delibera della Giunta regionale 6 ottobre 2014, n. 837, consultabile sul sito: <http://www.regione.toscana.it/documents/10180/12011501/PARTE+II+n.+42+del+22.10.2014.pdf/3874f8a2-e6aa-43be-8eb8-485d09351af6>; Regione Emilia-Romagna, delibera della Giunta regionale 11 settembre 2014, n. 1487, consultabile sul sito: http://www.saluter.it/documentazione/leggi/regionali/delibere/Dgr_1487_2014_eterologa_BUR.pdf; Regione Friuli-Venezia Giulia, delibera della Giunta regionale 12 settembre 2014, n. 1666, consultabile sul sito: http://www.mtom.regione.fvg.it/storage//2014_1666/Testo%20integrale%20della%20Delibera%20n%201666-2014.pdf; Regione Marche, delibera della Giunta regionale 8 settembre 2014, n. 1014, consultabile sul sito: http://www.cecos.it/images/Home%20page/Delibera%20Regione%20Marche%20DGR1014_14.pdf; Regione Umbria, delibera della Giunta regionale 15 settembre 2014, n. 1142, consultabile sul sito: http://www.iss.it/binary/rpma/cont/etero loga_DGR_1142_2014.pdf.

(66) Regione Liguria, delibera della Giunta regionale 5 settembre 2014, n. 1118, consultabile sul sito: <http://www.iterg.regione.liguria.it/Documenti.asp?comando=Ricerca&AnnoProc=2014&NumProc=4711&Emanante=>; Regione Veneto, delibera della Giunta regionale 9 settembre 2014, n. 1654, consultabile sul sito: <http://www.bur.regione.veneto.it/BurVServices/pubblica/DettaglioDgr.aspx?id=281661>.

bilità. Le rimanenti Regioni e le Province autonome si sono confinate nel limbo della non decisione non dando alcun seguito al documento del 4 settembre e dunque alla possibilità di attuare la fecondazione eterologa. Infine, come si è anticipato, particolare è il caso della Lombardia⁶⁷ in cui con una delibera giunta si è escluso aprioristicamente che la Regione si faccia carico delle prestazioni relative alla PMA eterologa o che ne rimborsi il costo che i pazienti sostengono presso altra Regione, in attesa dell'aggiornamento dei LEA fissati con d.P.C.M.; sicché per le coppie che risiedono in Lombardia l'unica possibilità è quella di sostenere interamente il costo della prestazione con evidente discriminazione rispetto ai residenti in altre Regioni. La posizione così rigida ha già causato, come era del resto prevedibile, alcuni ricorsi al giudice amministrativo, ancora in via di definizione nel merito⁶⁸, ma il Consiglio di Stato, in data 9 aprile 2015, ha sospeso in via cautelare la delibera regionale⁶⁹. Va rilevato, inoltre, che la decisione della Lombardia ha un peso specifico di rilievo se letta in re-

(67) Regione Lombardia, delibere della Giunta regionale del 12 settembre 2014, n. 10/2344 e 7 novembre 2014, n. 10/2611, consultabili sul sito: <http://www.iss.it/rpma/docu/cont.php?id=328&lang=1&tipo=12>.

(68) Si tratta di due ricorsi al TAR Milano per i quali era stato richiesto oltre che l'annullamento anche la sospensione cautelare della delibera della Regione Lombardia che prevede il pagamento per la PMA eterologa, con costi tra i 1.500 e i 4.000 euro, interamente a carico del paziente; la sospensione cautelare, respinta dal TAR per carenza del *periculum* nel dicembre del 2014, è stata accolta dal Consiglio di Stato nell'aprile del 2015; sul punto si veda la nota successiva. La delibera regionale prevede inoltre il blocco dell'apertura di nuove strutture per la PMA e, secondo i ricorrenti, viola non solo il diritto alla salute dei cittadini ma anche la libertà di concorrenza. I ricorsi sono stati presentati dall'associazione Sos Infertilità e da una società di medici milanesi che lavora nella sanità privata. A questi si è aggiunto, da ultimo, anche un terzo ricorso, presentato dalla ONLUS Medicina democratica. Sui ricorsi, cfr. R. LUGARÀ, *L'abbandono dei LEA alle Regioni: il caso della procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 6, nota 28.

(69) Nelle more della correzione del presente lavoro, si è avuta notizia dell'ordinanza n. 1686 del 9 aprile 2015 con la quale il Consiglio di Stato, III sez., ha accolto la domanda di sospensione in via cautelare della delibera della Regione Lombardia. Nell'ordinanza il Consiglio di Stato afferma: «pur nell'ambito della complessità e della delicatezza proprie delle questioni proposte, allo stato sembra condivisibile la censura di disparità di trattamento sotto il profilo economico tra la procreazione medicalmente assistita omologa e quella eterologa, stante l'incontestata assunzione a carico del SSR lombardo – salvo il pagamento di *ticket* – della prima». Inoltre va tenuto in conto che «quanto al diritto alla salute inteso come comprensivo anche della salute psichica oltre che fisica, "non sono dirimenti le differenze"» tra fecondazione di tipo omologo ed eterologo. L'ordinanza è reperibile all'indirizzo: <https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/AmministrazionePortale/DocumentViewer/index.html?ddocname=N74FBQWP6JIOKZK7AK7JPBCOQM&q=procreazioneoreterologa>.

lazione ai dati che si hanno sulle prestazioni relative alla PMA omologa in vitro, aggiornati al 2014⁷⁰, in base ai quali la Lombardia risulta essere la Regione che ha realizzato non solo il maggior numero di cicli, pari a 13.131, ma anche quella che presenta il maggior numero di prestazioni erogate nel servizio pubblico (5.193 cicli realizzati nelle strutture pubbliche, al secondo e terzo posto si collocano la Toscana, con un totale di 6.105 cicli di cui 1.716 in strutture pubbliche, e l'Emilia-Romagna, con 5.308 cicli di cui 3.462 in centri pubblici); il dato, se confrontato con la bassa offerta delle strutture pubbliche della maggior parte delle Regioni, soprattutto meridionali, acquista un peso sicuramente maggiore; la decisione della Lombardia rende di fatto inutilizzabile, ai fini della PMA di tipo eterologo, una parte considerevole dell'offerta pubblica potenziale.

7. Conclusioni

La vicenda della PMA, sia omologa che eterologa, rende chiaramente visibili gli effetti estremamente negativi del cattivo funzionamento della «dimensione *verticale* dell'organizzazione costituzionale dei poteri» e dell'immediata incidenza che questo ha sull'universalità dei diritti⁷¹. Quello in studio, tuttavia, rappresenta un caso particolare perché mostra le conseguenze negative non tanto del cattivo funzionamento dei livelli decentrati, per i quali è previsto comunque il potere sostitutivo, *ex art.* 120 Cost., quanto, a monte, l'assenza del ruolo unificante della dimensione dei diritti affidato allo Stato, la cui conseguenza non si manifesta solo nella riduzione della quantità e qualità dei diritti, ma nella ben più insidiosa scissione fra nazionalità e cittadinanza. È il concetto di cittadinanza e il suo corredo di diritti e doveri che viene messo in discussione. La vicenda narrata dimostra concretamente come i problemi di compatibilità finanziaria del costo dei diritti stiano determinando

(70) I dati sono riportati da M.P. COSTANTINI, *La procreazione medicalmente assistita nei Livelli essenziali di assistenza per garantire prestazioni uniformi e trasparenti nel Servizio sanitario*, cit., p. 2.

(71) M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito, dell'art. 117, comma 2, lett. m), della Costituzione*, in *Politica del diritto*, 2002, p. 346. Quel cattivo funzionamento è rivelatore dell'imperfetta adeguazione della parte organizzativa [della Costituzione] alle finalità cui dovrebbe informarsi: C. MORTATI, *Costituzione*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XI, Milano, 1962, p. 222.

proprio una contrapposizione fra quelle che possiamo definire (oramai) le tante cittadinanze che emergono (a livello regionale) e la violazione dei principi fondamentali della nostra forma di Stato, quali il principio di unità della Repubblica (art. 5 Cost.), il principio solidaristico (art. 2 Cost.) e il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.). Per molti anni, per lo meno da quando si è avviato, sul finire degli anni Novanta del Novecento, il processo di accentuazione delle forme di autonomia e decentramento della forma di Stato – soprattutto attraverso la riforma del Titolo V della Parte seconda della Costituzione – la riflessione dei giuristi si è rivolta allo studio delle conseguenze sui diritti, della maggiore autonomia degli enti substatali e, conseguentemente, degli strumenti per garantirne l'omogeneità, come i LEA. Attualmente, invece, e il caso PMA ce lo dimostra, l'aspetto che viene sempre di più messo in discussione è la sostenibilità economica del *welfare sanitario* rispetto alla quale la determinazione dei LEA perde sempre di più quel ruolo fondamentale di garanzia di uniformità e essenzialità della tutela dei diritti per assumere quello di strumento di contenimento e di controllo della spesa pubblica. La vicenda della PMA sembra emblematica in tal senso; non solo dimostra che le Regioni sottoposte ai piani di rientro hanno perso ogni possibilità di adeguare ai bisogni del territorio la loro offerta sanitaria e sono oggi obbligate ad attenersi solo a ciò che è appunto previsto per l'organizzazione dell'offerta dei LEA⁷², ma per anni il ritardo nell'adeguamento degli elenchi delle prestazioni essenziali, e nel caso specifico il mancato inserimento in quell'elenco delle cure relative alla PMA ha spostato sulle Regioni l'intero costo delle prestazioni. Il risultato è stato sicuramente positivo se si considerano le ragioni del bilancio dello Stato, mentre se si considerano le ragioni della "Costituzione dei diritti" la vicenda della PMA mostra irrimediabilmente la fragilità di quelle ragioni sotto la spinta delle esigenze sempre più cogenti della "Costituzione finanziaria".

(72) Come sottolineato opportunamente da E. CAVASINO, *Il diritto alla salute come diritto "a prestazioni"*. Considerazioni sull'effettività della tutela, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia*, cit., p. 352, «la conseguenza è che i Servizi sanitari regionali delle Regioni in deficit o inadempienti alla disciplina relativa all'erogazione dei LEA sono stati trasformati in complessi di strutture organizzati soltanto per assicurare la garanzia dei LEA».

Le difficoltà nell'attuazione della legge 22 maggio 1978, n. 194: ieri, oggi, domani

Federica Grandi

Lo scritto ripercorre alcune vicende sintomatiche della conflittualità che ha caratterizzato il percorso dell'interruzione volontaria della gravidanza, ancora prima che essa venisse parzialmente legalizzata dalla legge n. 194 del 1978.

Le profonde divergenze di opinione in seno alla società italiana sulla questione dell'aborto si sono riflesse sul bilanciamento operato dal legislatore, la cui interpretazione ha diviso la dottrina soprattutto in riferimento al ruolo del diritto all'autodeterminazione della donna e, nondimeno, per certi versi anche la stessa giurisprudenza costituzionale.

La breve riflessione, analizzando alcuni dei diversi focolai di inattuazione della legge 194, si interroga sul destino del servizio di interruzione volontaria della gravidanza, alla ricerca di una soluzione in positivo, guardando alle potenzialità dello strumentario già a disposizione dell'ordinamento, nonché, de jure condendo, ragionando su opportuni interventi legislativi in grado di responsabilizzare il ricorso all'obiezione di coscienza, valorizzandone la sincerità.

1. Corsi e ricorsi di una scelta da sempre discussa

Note e tormentate sono le vicende dell'approvazione, prima, e dell'attuazione, poi, della legge 22 maggio 1978, n. 194 che ha legalizzato, in taluni casi, l'interruzione volontaria della gravidanza.

Numerose sono state le insidie lungo il cammino della scelta aborcionista¹: basti pensare al complicato *iter* di approvazione della legge 194, al fallito tentativo di abrogazione per via referendaria del 1981, al quesito referendario riproposto nel 1997 e bocciato dalla Corte costituzionale, o all'indagine conoscitiva promossa dalla Camera dei Deputati nel 2006 – senza dimenticare le non meno travagliate vicende della com-

(1) C. D'ELIA, *L'aborto e la responsabilità. Le donne, la legge e il contrattacco maschile*, Roma, Ediesse, 2008.

mercializzazione della pillola RU486, ossia del farmaco che induce il c.d. aborto medico.

Tale conflittualità, poi, una volta consolidata la scelta legislativa per la legalizzazione dell'interruzione volontaria della gravidanza, si è trasformata – come sottolineato dalla dottrina – in tutta «una serie di tecniche di delegittimazione e di depotenziamento [quali] il numero insufficiente e il sottofinanziamento dei consultori; il fenomeno anormale dell'obiezione di coscienza dei ginecologi e la conseguente problematica delle liste d'attesa; la perdurante impossibilità di accedere all'aborto farmacologico»; «l'esistenza di alcune divergenze interpretative e difficoltà applicative della legge circa la competenza del giudice tutelare nell'autorizzazione all'aborto di donne minorenni»; «l'introduzione di limiti restrittivi all'aborto terapeutico», ecc. ...²

In questo stato di cose, il presente scritto si propone di ripercorrere alcune vicende sintomatiche della conflittualità che ha caratterizzato il cammino dell'interruzione volontaria della gravidanza, ancora prima che essa entrasse a pieno titolo nel nostro ordinamento. La riflessione prenderà prima in considerazione la giurisprudenza costituzionale per poi proseguire con la disamina di alcune esperienze regionali in tema di attuazione della legge 194. In particolare, a fronte del fenomeno che si rivela più seriamente in grado di pregiudicare l'effettività e/o l'omogeneità su tutto il territorio nazionale del servizio previsto dalla legge del 1978 – ossia l'obiezione di coscienza – verranno presi in considerazione alcuni tentativi regionali (segnatamente di Puglia e Lazio) di riorganizzare il servizio consultoriale per preservarne la continuità nell'erogazione. Si prenderà poi in considerazione un ulteriore intervento (della Regione Lombardia) il quale, disponendo sull'accesso alla prestazione prevista dalla legge 194, è andato a incidere – illegittimamente – sul contenuto essenziale del diritto. Da ultimo, con specifico riferimento all'aborto c.d. farmacologico, si vedrà come in alcune Regioni l'omogeneità del servizio declinato in termini di parità di ac-

(2) G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, vol. III, Napoli, Jovene, 2009, p. 823 ss.

cesso alle diverse modalità abortive consentite nel nostro ordinamento sia lettera morta.

All'esito di questa breve riflessione, si tenterà di ipotizzare delle soluzioni in argine alla minaccia che le criticità incontrate nell'attuazione della legge 194 possano tramutarsi nella vera e propria paralisi del servizio, guardando alle potenzialità dello strumentario già a disposizione dell'ordinamento (si pensi alla Relazione sullo stato di attuazione della legge 194, prevista dall'art. 16 della medesima legge), nonché, *de jure condendo*, ragionando su opportuni interventi legislativi in grado di responsabilizzare il ricorso all'obiezione di coscienza.

2. Ieri: legalizzazione dell'interruzione volontaria della gravidanza e orientamenti della giurisprudenza costituzionale

Le scelte compiute in tema di interruzione volontaria della gravidanza appaiono come uno dei tratti qualificanti un ordinamento nel suo rapportarsi con la libertà del corpo delle donne³. Tale assunto trova conferma anche nel nostro ordinamento. Il codice penale ereditato dal regime fascista faceva rientrare, infatti, l'aborto tra i «delitti contro la integrità e la sanità della stirpe»⁴; ebbene, nel mutato contesto ordinamentale democratico il Giudice costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della norma, precisando che «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare» (sent. n. 27 del 1975).

Nella storica sentenza appena richiamata, la Corte ha declinato in termi-

(3) L. RONCHETTI, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2006, consultabile su www.costituzionalismi.it; sul rapporto tra corpo e ordinamento si vd.: P. VERNESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano, Giuffrè, 2007, spec. p. 97 ss.; nonché S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, Milano, Feltrinelli, 2012, il quale sottolinea come il diritto possa «entrare nella vita in modi assai diversi, legati al modo in cui può essere usato» (spec. p. 51).

(4) Sul punto osserva L. RONCHETTI, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, cit., che: «La sottrazione di una scelta individuale alle donne attraverso una norma imposta dall'ordinamento giuridico ha una sua chiara ragione di fondo: se solo il corpo della donna può procreare, cioè compiere l'insieme degli atti e dei processi che consentono di trasmettere la vita, la gestione del corpo della donna e del suo potere di procreare è funzionale al controllo sulla società che si riproduce attraverso il corpo femminile».

ni di diritto solo la posizione giuridica della madre e non anche quella del concepito, al quale viene riconosciuta comunque una tutela che ha rango di «interesse costituzionalmente protetto»⁵.

A distanza di tre anni dalla decisione del Giudice costituzionale il legislatore ha parzialmente legalizzato le procedure di interruzione volontaria della gravidanza, ripetendo sostanzialmente la formula di bilanciamento della sent. n. 27. Nell'uno come nell'altro caso, la questione non è stata affrontata decisamente nell'ottica dell'autonomia della donna nelle proprie scelte. Le profonde lacerazioni in seno alla società italiana rispetto al tema della legalizzazione dell'aborto, in verità, hanno obbligato il legislatore a «individuare un punto di equilibrio nella contesa tra le diverse culture contrapposte»⁶.

La dottrina si è molto divisa nel giudizio su questa scelta. I commentatori più severi hanno osservato che a partire dalla sent. n. 27 del 1975 il dibattito sulla interruzione della gravidanza si è sviluppato in Italia semplicemente «come liberazione delle donne dall'aborto clandestino»⁷, senza il riconoscimento di un vero e proprio diritto alle scelte procreative. Di conseguenza, la «scarsa valorizzazione costituzionale del desi-

(5) La Corte, in particolare, ha affermato che qualora «l'interesse costituzionalmente protetto relativo al concepito» venga in conflitto «con altri beni che godano pur essi di tutela costituzionale», il primo non può essere preferito dal legislatore in maniera «totale ed assoluta, negando ai secondi adeguata protezione». Anche la giurisprudenza costituzionale successiva alla entrata in vigore della legge n. 194 del 1978 ha ritenuto che il quadro costituzionale impone un intervento legislativo teso alla tutela del concepito (sentt. nn. 26 del 1981, 35 del 1997 e 45 del 2005), tuttavia come ribadito più recentemente dalla Corte di cassazione (Cass. civ., sez. III, sentenza del 2 ottobre 2012, n. 16754) non per questo è «possibile equiparare il concepito, che persona ancora non è, e la madre, che è invece già persona»: così M. D'AMICO, *Il concepito e il diritto a nascere sani: profili costituzionali alla luce della decisione della corte di cassazione (n. 16754 del 2012)*, in *Rivista AIC*, 2, 2014, p. 8; *contra* M. GORGONI, *Dalla sacralità della vita alla rilevanza della qualità della vita*, in *Resp. Civ. Prev.*, 1, 2013, p. 161 ss.

(6) G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza:...*, cit., p. 826; S. NICCOLAI, *Una sfera pubblica piccola piccola. La sentenza 27/1975 in materia di aborto*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *"Effettività" e "seguito" delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2006, p. 570.

(7) S. NICCOLAI, *La legge sulla fecondazione assistita e l'eredità dell'aborto*, in *Costituzionalismo. it*, 2, 2005. La stessa A. rileva amaramente che «la legalizzazione dell'aborto non è stata un avanzamento culturale, un esempio limpido di discorso costituzionale aperto che fa crescere le società [...] non è stata l'occasione per dire che l'interesse alla salute della madre prevale su quello alla vita del concepito».

derio di maternità»⁸ ha permesso che la vicenda dell'aborto fosse completamente ricondotta nell'alveo dell'art. 32 Cost., senza lasciare spazi all'autodeterminazione della donna⁹. Altri, meno criticamente, sottolineano che dalla trama della legge 194 emerge «un modello legislativo che valorizza la volontà di scelta della donna, ma all'interno di un procedimento che tiene in massima considerazione il compito informativo e di sostegno della consulenza statale»¹⁰.

Altri ancora, muovendo dalla considerazione che la legge 194 non ha legalizzato l'interruzione di gravidanza in sé, ma solo alcune ipotesi, hanno sostenuto che l'aborto si porrebbe come norma eccezionale, mentre la tutela della vita umana sin dal suo inizio sarebbe la regola. Ne è prova l'«enclave tra gli articoli iniziali e finali favorevoli alla vita» della

(8) *Ivi*. La configurazione della procreazione come diritto è relativamente recente: essa difatti viene elaborata in questi termini, a partire dagli anni '60, con la diffusione dei metodi contraccettivi e con lo sviluppo, a partire dalla fine degli anni '70, delle tecniche di procreazione artificiale: L. RONCHETTI, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, cit.; più recentemente G. FAMILIETTI, *Filiazione e procreazione*, in I. NICOTRA, F. GIUFFRÉ (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici. Convegno annuale del Gruppo di Pisa, Catania 7-8 giugno 2013*, Napoli, Editoriale scientifica, 2014, p. 132 ss.

(9) G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza...», cit.*, p. 835. Cfr. S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, Padova, Cedam, 2012, p. 15, che ravvisa nell'aborto «il sintomo dell'asimmetria e della subalternità che hanno storicamente caratterizzato i rapporti tra uomini e donne, ma [...], allo stesso tempo, una promessa di libertà e di emancipazione sessuale dalla portata rivoluzionaria. Ed è questa ambivalenza che le corti degli anni '70 non riescono a gestire, ignorando nelle loro decisioni, le radici patriarcali della sessualità, e rifiutando la libertà sessuale e riproduttiva delle donne. Così non rimane che costruire l'aborto in termini di un conflitto tra i diritti di due soggetti, per cui il corpo della donna finisce per essere abitato da un nemico»; si vd. anche: *L'aborto nelle sentenze delle Corti costituzionali. USA, Austria, Francia e Repubblica federale tedesca*, Milano Giuffrè, 1976.

(10) La legge 194 invero si preoccupa di garantire alla donna ogni informazione in relazione ai «suoi diritti e sui servizi sociali e assistenziali concretamente esistenti»; nonché «sui diritti nell'ambito della legislazione sul lavoro; infine anche “contribuendo a far superare le cause che potrebbero indurre la donna all'interruzione della gravidanza”»: M. D'AMICO, *I diritti contesi*, Milano, Franco Angeli, 2008, p. 28 ss. Come sottolinea l'A. la scelta dunque appartiene solo ed esclusivamente alla donna perché a ben guardare la certificazione dello stato di gravidanza non ha esito necessariamente nell'interruzione della gravidanza, difatti la donna, ottenuto il documento, può anche decidere di non procedere oltre; o, ancora, se l'intervento non è urgente «al termine dell'incontro il medico del consultorio o della struttura socio-sanitaria, o il medico di fiducia, di fronte alla richiesta della donna di interrompere la gravidanza sulla base delle circostanze di cui all'articolo 4, le rilascia copia di un documento, firmato anche dalla donna, attestante lo stato di gravidanza e l'avvenuta richiesta, e la invita a soprassedere per sette giorni, trascorsi i quali la donna «può» presentarsi per eseguire l'intervento (art. 5, comma 4).

medesima legge, che incanalano l'esercizio del diritto all'autodeterminazione della donna all'interno di «un *iter* obbligatorio di coscientizzazioni e ripensamenti», che precede la scelta di abortire, lecita, peraltro, solo ove sussista un serio pericolo per la salute della gestante. L'interruzione della gravidanza, in sintesi, sarebbe una scelta cui ricorrere solo in casi eccezionali, quando conosciute e valutate tutte le alternative non è possibile decidere altrimenti¹¹.

La stessa conflittualità interpretativa si ritrova anche nella giurisprudenza costituzionale. Basti pensare al diverso atteggiamento della Corte dinanzi alle richieste referendarie del 1981 (sent. n. 26 del 1981) e del 1997 (sent. n. 35 del 1997).

Nella sent. n. 26 del 1981¹², segnatamente, il Giudice costituzionale ha ritenuto che, nel loro complesso, le previsioni della legge 194 fossero «il frutto di scelte discrezionali del legislatore ordinario». In particolare, le disposizioni di cui all'art. 1 («là dove si afferma che “lo Stato... riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio”») o all'art. 4 (che rende lecito l'aborto, «ma in vista di un “serio pericolo per la ... salute fisica o psichica”») della legge n. 194 non sono imposte o necessitate dal punto di vista costituzionale e non sono di per sé chiamate a dare «puntuale attuazione al principio del bilanciamento degli interessi costituzionalmente garantiti in tema d'interruzione volontaria della gravidanza (quali dovrebbero desumersi dagli artt. 2, 31 e 32 Cost.), su

(11) L. LOMBARDI VALLAURI, *Bioetica, potere, diritto*, in *Iustitia*, 1984, p. 38 ss. Più recentemente è stato notato che dalla comparazione emergono due approcci rispetto alla regolamentazione sull'aborto: l'uno, «quello inaugurato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nel 1973 con *Roe v. Wade*, che costruisce l'aborto come diritto, ancorato prima nella *privacy* e poi in un'accezione sostanziale del *due process*» che negando al nascituro la qualità di “persona”, ossia di soggetto di diritti costituzionalmente garantiti, individua nell'aborto «il principio, e i limiti (materiali e procedurali) che ad esso apposti, le eccezioni»; l'altro, quello «emerso dalle giurisprudenze costituzionali europee, in cui la prospettiva è rovesciata e il punto di partenza è la situazione giuridica del concepito. Qui il principio è il divieto dell'aborto, e le situazioni in cui esso è permesso sono costruite come eccezioni»: S. MANCINI, *Un affare di donne ...*, cit., p. 5.; sul punto si vd. pure S. NICCOLAI, *Una sfera pubblica piccola piccola ...*, cit., p. 564.

(12) In tale occasione la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità di due richieste di *referendum* abrogativo: l'uno – «radicale» – volto a eliminare ogni limite all'interruzione volontaria della gravidanza; l'altro – «minimale» – che prospettava «l'abrogazione della legge n. 194 del 1978, nell'intera parte in cui si disciplina e si consente – a certe condizioni – l'interruzione volontaria della gravidanza».

cui la Corte ha fondato la sentenza n. 27 del 1975)». Prosegue la Corte rilevando che «sarebbe infatti arbitrario isolare simili disposti dal contesto normativo in cui si collocano, per trarne un qualche contenuto costituzionalmente vincolato». Diverso, tuttavia, è – ad avviso della Corte – il caso dell'art. 6 il quale non è suscettibile di completa abrogazione poiché «non già nei suoi dettagli, bensì nel suo contenuto normativo essenziale» provvede a dare attuazione al primo comma dell'art. 32 Cost. «dettando una disciplina che fundamentalmente si adegua, per ciò che riguarda la tutela del diritto alla salute della gestante, a quella risultante dal dispositivo della sentenza n. 27 del 1975»¹³.

Anni dopo, nel 1997, il Giudice costituzionale è tornato a pronunciarsi sull'ammissibilità di un quesito referendario molto simile a quello del 1981¹⁴, capovolgendo però il suo precedente convincimento in punto di contenuto costituzionalmente vincolato della legge 194, nel senso di «una rilettura in termini restrittivi della pronuncia del 1975 [...con] il conseguente “irrigidimento” del bilanciamento operato dal legislatore»¹⁵. Segnatamente, la Corte nella sentenza n. 35 del 1997 ha affermato che non solo l'art. 6 – come già ritenuto nella sent. n. 26 del 1981 – ma anche altre disposizioni contenute nella legge n. 194 del 1978¹⁶ sono ispirate «ai principî costituzionali indicati dalla Corte» nella sent. n. 27 del 1975¹⁷ e, nondimeno, anche ad «altri interessi costituzionalmente protet-

(13) La richiesta massimale rivolta a travolgere l'art. 6 – laddove esso rende lecito l'aborto terapeutico, «quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita», ovvero qualora siano accertati processi patologici in grado di determinare «un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna» – è stata ritenuta inammissibile perché ritenuta in grado di restaurare «una disciplina penale il cui precetto appare identico a quello annullato dalla predetta decisione della Corte», ossia la sent. n. 27 del 1978 (così sempre la sent. n. 26 del 1981).

(14) In questo caso si chiedeva solo l'abrogazione delle limitazioni all'interruzione volontaria della gravidanza.

(15) G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza...*, cit., p. 831.

(16) La Corte – pur ammettendo che le disposizioni alla sua attenzione erano già state sottoposte a consultazione referendaria (nel 1981) conclusasi peraltro negativamente – tenta di giustificare la distanza rispetto alla sua precedente giurisprudenza sull'ammissibilità del quesito referendario avverso la legge 194, in ragione di una «insistenza eccessiva sul tema della “depenalizzazione dell'aborto”, portato in primo piano nella richiesta referendaria del 1981» ed assolutamente estraneo alla vicenda alla sua attenzione in quel momento (ossia nel 1997).

(17) Per il Giudice costituzionale il riferimento ai principî elaborati dalla sua giurisprudenza va

ti» estranei alla sentenza appena richiamata¹⁸. Di conseguenza, il quesito referendario è stato ritenuto inammissibile posto che non possono essere oggetto di *referendum* abrogativo «disposizioni a contenuto normativo costituzionalmente vincolato».

La Corte, peraltro, con specifico riferimento all'art. 1 della legge 194 ha voluto chiarire che esso oltre a ribadire «i principî costituzionali del diritto alla procreazione cosciente e responsabile e del valore sociale della maternità, stabilisce che la vita umana debba essere tutelata sin dal suo inizio»¹⁹, come d'altronde confermato dal «principio di contenuto più specificamente normativo, quale è quello per cui l'interruzione volontaria della gravidanza non è mezzo per il controllo delle nascite». Ne segue che la tutela del concepito può essere sacrificata solo ove si

rinvvenuto sia in ordine ai «presupposti della interruzione volontaria della gravidanza infratrimestrale, quando vincolano la stessa ad una previa valutazione del serio pericolo per la salute fisica o psichica della madre promuovendo, oltre che “i necessari accertamenti medici”, ogni opportuno “intervento atto a sostenere la donna, offrendole tutti gli aiuti necessari sia durante la gravidanza sia dopo il parto” (articoli 4 e 5), e così, per quanto riguarda l'interruzione della gravidanza dopo il primo trimestre, quando limitano l'interruzione stessa ai casi in cui la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna o in cui siano accertati processi patologici (ivi includendo anche le rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro) che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna (art. 6). E in relazione a quei presupposti la legge n. 194 del 1978 ha ritenuto che l'accertamento dei processi patologici suddetti dovesse essere affidato a un servizio ostetrico-ginecologico ospedaliero, con l'eventuale collaborazione di specialisti, ammettendo che siano esentati da ogni particolare procedura e da ogni vincolo di sede i casi di imminente pericolo per la vita della donna (art. 7, commi primo e secondo). Parimenti, sulla base di una analoga scelta, ha ritenuto che gli interventi diretti alla interruzione volontaria della gravidanza debbano essere praticati in apposite strutture pubbliche o autorizzate (art. 8)» (sent. n. 35 del 1997).

(18) Come quelli dell'infanzia e della gioventù (art. 31, comma 2, Cost.) tutelati dall'art. 12 che ha disciplinato il caso particolare della donna gestante minore degli anni diciotto, «la quale può trovarsi in determinati frangenti del tutto sprovvista di tutela, come quando vi siano “seri motivi che impediscano o sconsiglino la consultazione delle persone esercenti la potestà o la tutela, oppure queste, interpellate, rifiutino il loro assenso o esprimano pareri tra loro difformi”»: così sempre la sent. n. 35 del 1997.

(19) Il Giudice delle leggi a sostegno di tale affermazione non solo richiama la sent. 27 del 1975, ma altresì il Preambolo della Dichiarazione sui diritti del fanciullo approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1959, il quale sancisce che «il fanciullo, a causa della sua mancanza di maturità fisica ed intellettuale, necessita di una protezione e di cure particolari, ivi compresa una protezione legale appropriata, sia prima che dopo la nascita», nonché l'art. 2 Cost., ritenendo che il diritto alla vita, nella sua estensione più lata, «sia da iscriversi tra i diritti inviolabili, e cioè tra quei diritti che occupano nell'ordinamento una posizione, per dir così, privilegiata, in quanto appartengono – per usare l'espressione della sentenza n. 1146 del 1988 – “all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana”» (sent. n. 35 del 1997).

confronti con il diritto altrettanto inviolabile alla salute e alla vita della madre.

Ebbene, tali affermazioni sembrerebbero dare ragione a chi ha letto nella sent. n. 27 del 1975 e, dunque, anche nella successiva legge 194, un innaturale bilanciamento²⁰ che interpreta l'autodeterminazione della donna rispetto alla scelta abortiva come un interesse meramente contrapposto al concepito²¹ e non come una assunzione di responsabilità della donna stessa²².

Ciò nonostante, in altre occasioni la giurisprudenza costituzionale sembra aver dato segnali proprio in quest'ultimo senso. Anzitutto, con la sent. n. 26 del 1981 laddove si sottolinea il rilievo attribuito dall'art. 4 «alla volontà della gestante, nell'ambito delle «procedure» previste dall'art. 5», nonché, in altra occasione, affermando che la disciplina sull'interruzione della gravidanza identifica nella donna l'«unica responsabile della decisione di interrompere la gravidanza» (ord. n. 389 del 1988)²³.

Tale impostazione, peraltro, trova pure riscontro nella giurisprudenza

(20) G. FAMIGLIETTI, *Filiazione e procreazione*, cit., p. 135.

(21) La Corte nella sent. 27 del 1978, separando la tutela del concepito e quella della madre e sovvertendo a favore di quest'ultima il bilanciamento tra situazioni giuridiche protette, ha sacrificato l'unicità del rapporto simbiotico tra donna e embrione. A partire dalla sentenza n. 27, infatti, «dal “prodotto del concepimento” della legge sui consultori si è passati al “concepito”, termine che soggettivizzando il frutto del concepimento facilita l'operazione di distinzione e contrapposizione tra la donna e il suo corpo fecondato»: L. RONCHETTI, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, cit.

(22) In questo senso G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, Cedam, 1999, p. 242, per la quale l'autodeterminazione della donna rappresenta, altresì, una sorta di «metodo di assunzione di responsabilità nella soluzione del conflitto tra diritto alla vita del feto e il diritto alla salute della madre»: idea, questa, ripresa dalla giurisprudenza di merito laddove è stato affermato che la nozione di procreazione responsabile esprime «un connotato insieme di responsabilità e libertà, che non è un mero “doppione” della tutela dell'integrità psicofisica ma che mette al centro dell'attenzione le determinazioni consapevoli della gestante sulle sorti della gravidanza» (Trib. Genova, 28 settembre 2002, in *Giur. It.*, 3, 2003, p. 1825). Sui profili discorsivi delle procedure interruttrive della gravidanza si vd. M. D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 50 ss.

(23) La questione sottoposta alla Corte era stata sollevata nell'ambito di un giudizio civile per il risarcimento dei danni da lesione del «diritto alla paternità» del coniuge della gestante che aveva deciso di interrompere la gravidanza, contro la volontà del primo. L'art. 5 della l. n. 194 del 1978 veniva impugnato, dunque, «nella parte in cui non riconosce rilevanza alla volontà del padre del concepito, marito della donna», poiché a giudizio del remittente ciò «violerebbe il principio di uguaglianza tra i coniugi che gli artt. 29 e 30 Cost. pongono a base del matrimonio».

in tema di autorizzazione all'interruzione della gravidanza della minore gestante. Con l'ord. n. 196 del 1987, difatti, il Giudice costituzionale – investito di una questione di legittimità riguardante gli artt. 9 e 12 della l. n. 194 nella parte in cui non prevedono che il giudice tutelare possa invocare l'obiezione di coscienza²⁴ – ha affermato che il giudice tutelare dispone di un potere di mera integrazione della sfera di capacità (o incapacità) del soggetto che rientra pienamente negli schemi autorizzatori *adversus volentem*, sicché la volontà della minore è assolutamente determinante per la decisione di accedere alle procedure di cui alla legge 194²⁵. La limitatezza dell'intervento del giudice tutelare, dunque, giustifica la mancata previsione di una facoltà di astensione come quella prevista per il personale sanitario²⁶.

La posizione assunta nella pronuncia del 1987, nel senso dell'estraneità del giudice tutelare rispetto al merito della decisione, è stata altresì confermata dalla Corte in occasione di analoghe questioni devolute alla sua attenzione (ord. n. 445 del 1987; ord. n. 389 del 1988; ord. n. 514 del 2002; ord. n. 196 del 2012)²⁷.

Per concludere, dunque, dal dato giurisprudenziale, sebbene non sempre coerente, sembra potersi ricavare la prevalenza di una interpreta-

(24) Diversamente da quanto accade per il personale sanitario che ai sensi dell'art. 9 può astenersi dal partecipare alle procedure abortive, l'art. 12 non prevede simile facoltà per il giudice tutelare chiamato ad autorizzare l'aborto della minore gestante.

(25) Il Giudice costituzionale chiarisce che la legge 194 «conferisce rilievo alla salute psicofisica della gestante, essendo la condizione di questa del tutto particolare [...] e nessuna differenza v'è [...] tra donna maggiore o minore degli anni diciotto; tant'è che in caso di urgenza, rivelandosi cioè "grave" pericolo per la salute [...] la posizione della minore viene parificata *in toto* (art. 12, penultimo comma) con quella della gestante maggiore d'età»: in ogni caso è la volontà della donna ad essere determinante (sent. n. 196 del 1987).

(26) Ad avviso della Corte, segnatamente, «la dizione della norma secondo cui il giudice "può" autorizzare la donna [...] è piuttosto da riferire, in particolare, alla attività sostitutiva, anche in presenza di rifiuto da parte della patria potestà». Questa interpretazione è condivisa dal giudice comune (Pret. Genova, 27 giugno 1979, in *Dir. fam. pers.*, 1979, p. 806; Pret. Roma, 10 aprile 1980, *ivi*, 1981, p. 569); sebbene talvolta sia stato ritenuto che il giudice tutelare fosse investito di un sindacato più penetrante avente ad oggetto la comparazione del diritto alla vita del concepito con il diritto all'autodeterminazione della donna (Pret. Senigallia, 1° novembre 1978, in *ivi*, p. 563). Cfr. J. LUTHER, *L'aborto: tema con variazioni per legislatori, giudici e custodi della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1987, p. 2995 ss.

(27) Cfr. L. PRINCIPATO, *La capacità dei minori, la potestà genitoriale ed il controllo giurisdizionale*, in *Giur. cost.*, 3, 2012, p. 1798 ss.

zione che valorizza l'autodeterminazione della donna, nell'ottica sì della protezione della propria salute psicofisica, ma in ogni caso considerandola unica responsabile della scelta di interrompere la gravidanza²⁸.

3. Oggi: le difficoltà nell'attuazione della legge n. 194 del 1978

Trascorsa la stagione dei dubbi sull'opportunità di una legge sull'interruzione volontaria della gravidanza, appare oggi molto remota la possibilità che la legge n. 194 del 1978 possa essere rimessa in discussione, quantomeno per l'affermazione del suo contenuto costituzionalmente vincolato (ad opera principalmente della sent. n. 35 del 1997), ovvero perché ne sono sfumate le possibilità politiche²⁹.

(28) Autodeterminazione e diritto alla salute, a partire dalla sent. n. 471 del 1990 della Corte costituzionale, sono stati ritenuti entrambi «fondati su un'idea di libertà della persona di disporre di sé, che in essi trova espressione»: A. SANTOSUOSSO, *La libertà: tra senso comune costituzionale e scienza*, in L. CHIEFFI, A. POSTIGLIOLA (a cura di), *Bioetica e cura. L'alleanza terapeutica oggi*, Milano-Udine, Mimesis, 2014, p. 87. Questo indirizzo giurisprudenziale, invero, interpreta la libertà di compiere atti di disposizione del proprio corpo come una conseguenza della libertà personale, e dunque l'art. 13 diventa il fondamento del diritto sia alla salute che all'autodeterminazione.

(29) Sul fronte politico si deve segnalare che, dopo la dichiarazione di inammissibilità del quesito referendario del 1997, nel 2005 su proposta del gruppo Udc (Unione dei Democratici Cristiani e di Centro) è stata incardinata presso la XII Commissione "Affari sociali" un'indagine conoscitiva (il resoconto consultabile della seduta conclusiva è consultabile su: http://www.scienzaevita.org/dossier/rassegna_43.pdf) «sulla applicazione della legge n. 194 del 1978, recante "Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza", in particolare per quanto riguarda le funzioni attribuite dalla legge ai consultori familiari» con lo scopo dichiarato non già «di mettere in discussione i contenuti della legge n. 194 del 1978», bensì di «verificare lo stato di attuazione della legge medesima, con particolare riferimento alle funzioni attribuite ai consultori, e ad acquisire ulteriori elementi di conoscenza rispetto a quanto già contenuto nelle relazioni annuali presentate dal Governo alle Camere, ai sensi dell'articolo 16 della citata legge 194» (p. 102). A chiusura dell'indagine, nel proprio documento conclusivo del 31 gennaio 2006, la Commissione, considerando che «l'estrema importanza del tema dell'interruzione volontaria di gravidanza ha portato più volte il Parlamento a discutere queste tematiche nel corso degli ultimi venti anni, senza tuttavia procedere compiutamente ad una indagine conoscitiva in materia» ha dichiarato di valutare «positivamente l'iniziativa, assunta dalla Commissione affari sociali, di ascoltare un elevato numero di soggetti (rappresentanti delle istituzioni centrali e regionali, operatori del settore, responsabili delle strutture sociosanitarie di diversa dimensione, sia pubbliche che private, esperti in materia, associazioni, associazioni di volontari, eccetera), appartenenti a differenti orientamenti culturali [...] che] hanno confermato l'utilità dell'indagine finalizzata, è bene ribadirlo ancora una volta, non alla modifica della legge 194 – come sottolineato da tutti i parlamentari intervenuti e dallo stesso Ministro della salute – ma alla individuazione dei problemi esistenti nell'attuazione della legge: tutto ciò al fine di individuare gli strumenti atti a fornire la migliore assistenza possibile alla donna e al suo partner, nel momento in cui devono affrontare il dramma dell'Ivg. Sebbene non si ponga una questione di una modifica della legge 194, vanno comunque considerate le profonde modifiche del contesto isti-

Non mancano però profili di criticità nell'attuazione della legge in conseguenza alle altissime percentuali del personale medico e ausiliario che si avvale della obiezione di coscienza per non partecipare agli interventi di interruzione della gravidanza; ovvero a taluni interventi regionali che hanno messo in discussione la parità delle condizioni di accesso; o, ancora, alla difficoltà di riuscire a garantire le metodologie abortive più moderne in maniera omogenea su tutto il territorio nazionale.

Il verificarsi di possibili anomalie sul versante dell'attuazione, tuttavia, sembra essere stato previsto dal legislatore, poiché la legge 194, all'art. 16, obbliga il Ministro della salute a presentare annualmente al Parlamento «una relazione sull'attuazione della legge stessa e sui suoi effetti» e, ancor prima, all'art. 15, promuove l'impiego «delle tecniche più moderne, più rispettose dell'integrità fisica e psichica della donna e meno rischiose per l'interruzione della gravidanza». Eppure, malgrado le lusinghieri disposizioni in parola taluni problemi relativi alla effettività del servizio non riescono a trovare giusta soluzione.

3.1. *Il numero degli obiettori di coscienza*

L'art. 16 della legge n. 194 del 1978 prevede – come appena accennato – che ogni anno il Ministro presenti al Parlamento una Relazione sull'attuazione della legge 194. Tradizionalmente da questa Relazione emerge che una larghissima percentuale del personale impegnato nelle procedure di interruzione della gravidanza si avvale della facoltà di astensione prevista dall'art. 9 della stessa legge 194. È evidente che se – stando ai dati presentati dal Ministero nella Relazione del 15 ottobre 2014 – il 69,6% dei ginecologi³⁰, il 47,5% degli anestesisti, il 45% del perso-

tuzionale avvenute nel corso degli ultimi venti anni, a partire dal ruolo sempre più rilevante assunto dalle Regioni nella programmazione e gestione della spesa sanitaria. In sede di attuazione sono emersi numerosi problemi (e le audizioni lo hanno confermato) che necessitano di una risposta organica. Le indicazioni contenute nel presente documento potranno rappresentare un utile contributo per le scelte che il prossimo Parlamento, insieme alle Regioni ed agli Enti locali, dovrà effettuare per ridurre ancora di più il ricorso all'interruzione volontaria di gravidanza e contrastare con ogni mezzo il fenomeno dell'aborto clandestino» (p. 113 ss.).

(30) Con punte regionali superiori all'80% tra i ginecologi in Molise (90.3%), in Basilicata (89.4%), nella Provincia autonoma di Bolzano (87.3%), in Sicilia (84.5%), nel Lazio (81.9%), in Campania (81.8%) e in Abruzzo (81.5%); MINISTERO DELLA SALUTE, *Relazione del Ministro della salute sulla attuazione della legge contenente norme per la tutela sociale della maternità e per l'in-*

nale non medico su scala nazionale³¹ non partecipa alle procedure di interruzione della gravidanza, la facoltà di cui all'art. 9 si dimostra «seriamente in grado di pregiudicare il raggiungimento delle finalità proprie della legge che la prevede»³², traducendosi in un nocumento per la salute delle donne richiedenti il servizio. Il fenomeno in questione, allo stesso tempo, appare pienamente capace di procurare un pregiudizio tutt'altro che trascurabile al personale non obiettore che si trova a dover sostenere il carico di lavoro anche dei colleghi obiettori e, nondimeno, vede marginalizzata o del tutto annullata ogni attività diversa dalle procedure abortive³³.

Di questo avviso però non sembra essere il Ministero della salute, il quale – sempre nella stessa Relazione del 15 ottobre 2014 – afferma che «il numero dei non obiettori a livello regionale sembra congruo rispetto al numero delle IvG effettuate, e il numero di obiettori di coscienza non dovrebbe impedire ai non obiettori di svolgere anche altre attività oltre le IvG, e quindi gli eventuali problemi nell'accesso al percorso IvG sono dovuti eventualmente ad una inadeguata organizzazione territoriale, che attualmente, dopo questo monitoraggio, sarà più facile individuare»³⁴.

Le cause di un fenomeno obiettorio così imponente sono più d'una. Tra di esse le principali possono essere individuate nel fatto che nella società italiana sia molto radicato il convincimento morale e/o religioso che vede nell'interruzione della gravidanza una forma di omicidio, invero proprio tale considerazione è alla base della decisione di permet-

terruzione volontaria di gravidanza (legge 194/78), 15 ottobre 2014, p. 41 ss., in http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_2226_allegato.pdf.

(31) Prosegue il Ministero rilevando che «anche per gli anestesisti i valori più elevati si osservano al Sud (con un massimo di 78.3% in Molise, 77.4% in Sicilia, 71.5% nel Lazio e 71.3% in Calabria). Per il personale non medico i valori sono più bassi e presentano una maggiore variabilità, con un massimo di 90.1% in Molise e 80.9% in Sicilia»; *ivi*.

(32) D. PARIS, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Firenze, Passigli, 2011, p. 187 ss.

(33) Così se si vuole F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, p. 178.

(34) MINISTERO DELLA SALUTE, *Relazione del Ministro della salute sulla attuazione della legge ...*, cit., p. 46.

tere l'obiezione di coscienza³⁵; ovvero nella circostanza che chi decide di esercitare la facoltà di cui all'art. 9 non è gravato da alcun peso, se non quello della dichiarazione formale di cui al comma 1 dello stesso articolo³⁶, di talché l'obiettore, una volta resa la dichiarazione è sostanzialmente alleggerita di tutta una serie di attività senza la previsione di una specifica prestazione sostitutiva³⁷.

La situazione di difficoltà è ulteriormente complicata da una formulazione

(35) Il legislatore del 1978 introduce la possibilità di opporre l'obiezione proprio in previsione degli eventuali conflitti di coscienza del personale sanitario e ausiliario chiamato – con la legalizzazione dell'aborto e la devoluzione del servizio alle strutture pubbliche – a praticare i necessari interventi. Come noto il conflitto che caratterizza ogni vicenda obiettorica vede fronteggiarsi dei doveri operanti su piani diversi: l'uno di natura giuridica, l'altro di natura non giuridica. Questa situazione è stata definita da Kelsen «conflitto improprio di doveri» (H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Etas, 1994, p. 381) o, meglio, «conflitto di motivazione». In realtà, si tratta di un conflitto apparente perché per il diritto quel che conta è la norma giuridica validamente posta, e non potranno esservi due norme contrastanti contemporaneamente valide. Non per questo lo stesso A. crede che solo il timore della pena possa garantire «la concordanza tra diritto e realtà»: l'osservanza della legge può anche fondarsi su un precetto non-giuridico, tuttavia in caso di contrasto tra i due comandi, giuridico e metagiuridico, l'ordinamento farà sempre prevalere il primo (H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 2000, p. 71).

(36) Ai sensi del quale «La dichiarazione dell'obiettore deve essere comunicata al medico provinciale e, nel caso di personale dipendente dall'ospedale o dalla casa di cura, anche al direttore sanitario, entro un mese dall'entrata in vigore della presente legge o dal conseguimento della abilitazione o dall'assunzione presso un ente tenuto a fornire prestazioni dirette alla interruzione della gravidanza o dalla stipulazione di una convenzione con enti previdenziali che comporti l'esecuzione di tali prestazioni».

(37) Per tutti: S. RODOTÀ, *Perché laico*, 2ª ed., Roma-Bari, Laterza, 2009, p. 34; F. ONIDA, *Contributo ad un inquadramento giuridico del fenomeno delle obiezioni di coscienza (alla luce della giurisprudenza statunitense)*, in *Dir. eccl.*, I, 1985, p. 150 ss. L'obiezione legalizzata dall'art. 9 della l. n. 194 del 1978 è totalmente incondizionata diversamente da quanto previsto, al tempo, per il servizio militare a partire dalla legge n. 772 del 1972, nonché dalle previsioni successive. Taluni hanno visto in questa scelta così favorevole agli obiettori l'ammissione da parte del legislatore che la legalizzazione dell'aborto impone «di compiere un atto che nella sua radice cozza con l'ordinamento costituzionale» (così C. CASINI, F. CIERI, *La nuova disciplina dell'aborto. (Commento alla legge 22 maggio 1978, n. 194)*, Padova, Cedam, 1978, p. 151). Altri in riferimento allo stesso art. 9 preferiscono parlare di «opzione di coscienza», in luogo di «obiezione di coscienza»: la prima, difatti, a differenza della seconda si caratterizza per non essere una deroga ad un precetto originariamente fissato dal legislatore, bensì una facoltà di scelta tra l'eseguire una prestazione e non eseguirla per ragioni di coscienza; V. GARINO, *Obiezione di coscienza*, in *Nov.mo. Dig. It.*, appendice V, Torino, 1984, p. 340 ss.; G. DALLA TORRE, *Diritti dell'uomo e ordinamenti sanitari contemporanei*, in B. PERRONE (a cura di), *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti*, Atti del seminario nazionale di studio, Milano, 9-11 aprile 1992, Milano, Giuffrè, 1992, p. 277 ss.

dell'art. 9 che di certo non aiuta gli interpreti³⁸, sicché a volte viene opposta l'obiezione anche rispetto a uffici che non possono essere ricondotti nell'alveo del «compimento delle procedure e delle attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza». Solo tali attività, invero, a parere di larga parte della dottrina³⁹ e della giurisprudenza pressoché unanime⁴⁰, sono coperte dalla previsione facoltizzante, «e non l'assistenza antecedente e conseguente all'intervento»⁴¹. Ad

(38) M.P. IADICICCO, *Obiezione di coscienza all'aborto ed attività consultoriali: per il T.A.R. Puglia la presenza di medici obiettori nei Consultori familiari è irrilevante, ma non del tutto...*, in *Giur. cost.*, 2, 2011, p. 2000 ss. Questa A., in particolare, rileva che «i criteri utilizzati dal legislatore per definire l'ambito di operatività dell'obiezione di coscienza si presentano fortemente eterogenei: l'individuazione in positivo ed in negativo delle attività coperte o meno dall'obiezione è accompagnata dalla previsione tanto del criterio teleologico quanto di quello cronologico, con evidenti difficoltà di coordinamento degli stessi ai fini della precisa definizione delle prestazioni alle quali l'obiettore può legittimamente sottrarsi».

(39) Si vd. A. D'ATENA, *Commento all'art. 9*, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *Commentario alla l. 22 maggio 1978, n. 194*, in *Le nuove leggi civili commentate*, I, Cedam, Padova, 1978, p. 1652 ss.; M.P. IADICICCO, *Obiezione di coscienza all'aborto ed attività consultoriali: ...*, cit.; A. NAPPI, *I limiti oggettivi dell'obiezione di coscienza all'aborto*, in *Giur. it.*, 1984, p. 314; cfr. D. PARIS, *Riflessioni di diritto costituzionale sull'obiezione di coscienza all'interruzione volontaria della gravidanza a 30 anni dalla legge n. 194 del 1978*, in *Quad. reg.*, 2008, p. 1083 ss.; nonché V. ONIDA, *L'obiezione di coscienza dei giudici e dei pubblici funzionari*, in *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti*, cit., p. 371. In senso contrario, P. NUVOLONE, A. LANZI, *Gravidanza (interruzione della)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, p. 33.

(40) Il giudice penale ha sempre preferito la linea restrittiva nell'applicazione delle norme previste dalla legge 194, riconoscendo la copertura dell'art. 9 esclusivamente all'atto «direttamente ed astrattamente idoneo a produrre l'evento interruttivo» e dotato «di rilevanza causale diretta», escludendo per l'effetto le generiche attività preparatorie. Sono stati ritenuti responsabili, dunque, ai sensi dell'art. 328 c.p., del reato di omissione o abuso di atti d'ufficio, due ostetriche che si erano rifiutate di preparare gli ambienti operatori per l'intervento abortivo (Pret. Penne, 6 dicembre 1983, in *Giur. it.*, II, 1984, p. 314 ss.) e il medico che si era rifiutato di effettuare un elettrocardiogramma preventivo alla interruzione di gravidanza (Pret. Ancona, 9 ottobre 1979, in *Giur. mer.*, II, 1982, p. 972 ss.).

(41) Così recentemente la Corte di cassazione (Cass. pen., VI sez., sent. 2 aprile 2013, n. 14979), che ha escluso che la facoltà attribuita da tale norma «possa riferirsi anche all'assistenza antecedente e conseguente all'intervento, riconoscendo al medico obiettore il diritto di rifiutare di determinare l'aborto (chirurgicamente o farmacologicamente), ma non di omettere di prestare l'assistenza prima ovvero successivamente ai fatti causativi dell'aborto, in quanto deve comunque assicurare la tutela della salute e della vita della donna, anche nel corso dell'intervento di interruzione della gravidanza». La Cassazione, dunque, ha ritenuto responsabile del reato di cui all'art. 328 c.p. una ginecologa che ha rifiutato di prestare le cure nella fase di secondamento successiva all'avvenuto aborto per via farmacologica: cfr. V. ABU AWWAD, *L'obiezione di coscienza nell'attività sanitaria*, in *Riv. it. med. leg.*, 2, 2012, p. 416 ss. Sulla giurisprudenza amministrativa si rinvia a quanto si sta per dire nel proseguo del paragrafo.

avviso della giurisprudenza, più specificamente, l'art. 9 non trova applicazione se non vi è nesso di causalità tra l'attività svolta e l'evento abortivo. Di conseguenza, ciò che rileva non è la qualifica professionale dell'obiettore, ossia se esso rientri tra i soggetti titolari degli uffici individuati dalle norme richiamate dall'art. 9 (gli artt. 5 e 7 della legge 194)⁴², bensì se l'attività da questi effettivamente svolta possa essere considerata specificamente e necessariamente diretta all'interruzione della gravidanza secondo una valutazione oggettiva⁴³, all'esito della quale non sia stata rilevata alcuna soluzione di continuità causale tra l'attività dell'obiettore e l'aborto.

In definitiva, di fronte ad una formula normativa molto favorevole per chi decide di avvalersi della facoltà di astensione, la giurisprudenza ha ritenuto di dover adottare un approccio più restrittivo e prudente, in armonia con il bilanciamento operato dal legislatore tra possibilità di sottrarsi al compimento di atti che pregiudicano il concepito e l'esigenza di garantire la continuità del servizio, ossia l'effettività della prestazione richiesta dalla donna⁴⁴.

3.1.1. *La riserva per il personale non obiettore nei consultori familiari: il caso della Regione Puglia*

L'art. 5 della legge 194 definisce il ruolo del consultori all'interno delle procedure di interruzione della gravidanza⁴⁵. La norma in questione, se-

(42) Sulla interpretazione giurisprudenziale del riferimento all'art. 5 (ossia alle attività consultoriali) contenuto nell'art. 9 si vd. *infra* il § 3.1.1. Quanto all'art. 7, esso si riferisce a tutte le attività prodromiche all'autorizzazione all'intervento abortivo e alla certificazione che attesta l'urgenza dello stesso.

(43) Cass. pen., VI sez., sent. 2 aprile 2013, n. 14979.

(44) Sul punto, se si vuole, F. GRANDI, *Aborto farmacologico e attività di secondamento: la disobbedienza intermittente nella dimensione dei doveri*, in *Rivista Aic*, 4, 2013, p. 9, accessibile dal collegamento: <http://www.rivistaaic.it/>.

(45) I consultori familiari sono stati istituiti dalla legge 29 luglio 1975, n. 405 quale «servizio di assistenza alla famiglia e alla maternità» che persegue gli scopi: dell'«assistenza psicologica e sociale per la preparazione alla maternità ed alla paternità responsabile e per i problemi della coppia e della famiglia, anche in ordine alla problematica minorile»; della «somministrazione dei mezzi necessari per conseguire le finalità liberamente scelte dalla coppia e dal singolo in ordine alla procreazione responsabile nel rispetto delle convinzioni etiche e dell'integrità fisica degli utenti»; della «tutela della salute della donna e del prodotto del concepimento»; della «divulgazione delle informazioni idonee a promuovere ovvero a prevenire la gravidanza consigliando i metodi ed i farmaci adatti a ciascun caso» (art. 1).

gnatamente, prescrive che ove la donna si rivolga al consultorio per accedere alle procedure di interruzione volontaria della gravidanza, il medico presente nella suddetta struttura rilasci – se sussistono i presupposti – immediatamente un certificato attestante l’urgenza, con il quale «la donna stessa può presentarsi ad una delle sedi autorizzate a praticare la interruzione della gravidanza»; ovvero, in caso diverso, «copia di un documento, firmato anche dalla donna, attestante lo stato di gravidanza e l’avvenuta richiesta», invitandola «a soprassedere per sette giorni», trascorsi i quali «la donna può presentarsi, per ottenere la interruzione della gravidanza, sulla base del documento rilasciato ai sensi del presente comma, presso una delle sedi autorizzate».

La Giunta regionale pugliese, allo scopo di integrare la dotazione organica di alcuni consultori con medici ginecologi e ostetriche non obiettori, ha adottato la deliberazione n. 735 del 15 marzo 2010, «Progetto per la riorganizzazione della Rete consultoriale». Più prosaicamente, la Regione Puglia⁴⁶, per evitare che l’azione dei consultori venisse pregiudicata dal massiccio ricorso del personale alla facoltà di cui all’art. 9, ha deciso di bandire una procedura concorsuale, riservando ai soli non obiettori metà dei posti disponibili.

In attuazione della delibera sopra richiamata, le Asl hanno bandito un concorso, in parte riservato a specialisti non obiettori di coscienza. Il personale escluso *ex ante* dalla procedura selettiva ha proposto, quindi, ricorso per l’annullamento del provvedimento innanzi al TAR Puglia, il quale ha successivamente dichiarato l’illegittimità della suddetta clausola espulsiva, nonché degli atti programmatici presupposti⁴⁷. La decisione del giudice amministrativo, tuttavia, non trova fondamento nella pretesa mera discriminatorietà di una procedura selettiva riservata ai non obiettori, bensì nella diversa circostanza che l’art. 9 non si riferisce alle attività che vengono svolte all’interno dei consultori: da ciò non è giustificabile la disparità di trattamento tra obiettori e non. Il TAR Puglia, dunque, ritornando sulla *vexata quaestio* dell’estensione dell’art. 9,

(46) Si ricorda che, come dispone l’art. 2 della legge n. 405 del 1975, spetta alle Regioni provvedere alla determinazione dei criteri «per la programmazione, il funzionamento, la gestione e il controllo» delle attività consultoriali.

(47) TAR Puglia, sez. II, sentenza del 14 settembre 2010, n. 3477.

ha precisato che, sebbene la lettera della norma «sarebbe estendere *prima facie* l'esonero per i medici obiettori all'intera procedura di cui all'art. 5 legge 194/1978 [...], tuttavia una corretta interpretazione sistematica che coordini il comma 1 con il comma 3 della disposizione in commento induce a ritenere che il riferimento all'art. 5 operato dall'art. 9 [...] sia esclusivamente rivolto alla pratica di interruzione volontaria della gravidanza (*rectius*, procedure ed attività specificamente e necessariamente dirette a determinare detta interruzione [... che] non vengono praticate all'interno dei consultori) e non già all'attività di informazione, consulenza e assistenza psicologica della gestante [...], né alle funzioni proprie del ginecologo (*i.e.* accertamenti e visite mediche) [...] istituzionalmente svolte dai consultori familiari». D'altronde, tra la condotta del personale consultoriale e l'evento abortivo si inserisce un fatto che interrompe la sequenza causale: la volontà della donna, che può decidere di non proseguire con la richiesta di intervento⁴⁸.

3.1.2. *L'obiezione nei consultori e nei confronti della contraccezione di emergenza: il caso della Regione Lazio*

La Regione Lazio con le recenti «Linee di indirizzo regionali per le attività dei consultori familiari»⁴⁹ è intervenuta sulla regolamentazione delle attività consultoriali nella convinzione che «le molteplici tematiche affrontate e la necessità di adempiere a specifici mandati legislativi (legge 194/1978) richiedono che il personale dei consultori familiari sia disposto a fornire all'utente il sostegno necessario per garantire la possibilità di scelte informate e consapevoli»⁵⁰. A fronte di questa necessità e alla

(48) Cfr. D. PARIS, *Riflessioni di diritto costituzionale sull'obiezione di coscienza all'interruzione volontaria della gravidanza a 30 anni dalla legge n. 194 del 1978*, cit., p. 1083 ss.

(49) Le Linee di indirizzo (o «Linee guida»), in questione sono state adottate dal Presidente della Regione Lazio, Nicola Zingaretti, in veste di Commissario *ad acta* per il rientro dal *deficit* sanitario regionale del Lazio, con il decreto 12 maggio 2014, n. 152, pubblicato in BUR Lazio 22 maggio 2014, n. 104.

(50) Così nella motivazione delle Linee di indirizzo. Tale assunto è peraltro condiviso dalla dottrina per la quale i consultori «rappresentano il vero nodo sociale, diffuso sul territorio, in cui trovare un punto di riferimento gratuito e aperto a tutti per ogni questione relativa alla cura del proprio corpo, sessualità e vita procreativa»: L. RONCHETTI, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, cit.

luce dei dati della Relazione sull'attuazione della legge 194, che attestano una percentuale nazionale di obiettori pari al 69,3% fra i medici ginecologi impegnati nel trattamento dell'interruzione volontaria di gravidanza, nelle Linee di indirizzo viene precisato che «il personale operante nel consultorio familiare non è coinvolto direttamente nella effettuazione di tale pratica, bensì solo in attività di attestazione dello stato di gravidanza e certificazione attestante la richiesta inoltrata dalla donna» di effettuare l'interruzione di gravidanza e che «per analogo motivo, il personale operante nel consultorio è tenuto alla prescrizione di contraccettivi ormonali, sia routinaria che in fase post-coitale, nonché all'applicazione di sistemi contraccettivi meccanici, vedi IUD (*Intra Uterine Devices*)».

Le Linee guida regionali, in sintesi, chiariscono che il personale impegnato all'interno dei consultori nelle attività collegate alle procedure per l'interruzione volontaria della gravidanza, nonché quello tenuto alla prescrizione dei contraccettivi routinari, di emergenza e meccanici, non può sottrarsi al proprio ufficio, invocando la copertura di cui all'art. 9 della legge n. 194 del 1978.

Il provvedimento in questione è stato impugnato innanzi al TAR Lazio e tutt'ora è pendente il giudizio di primo grado. In attesa della decisione di merito, vi è stata una parziale sospensione dei suoi effetti nella parte in cui prescrive l'obbligo del medico operante presso il consultorio familiare «di attestare, anche se obiettore di coscienza, lo stato di gravidanza e la richiesta della donna di voler effettuare l'IVG, ai sensi dell'art. 5, comma 4, della legge n. 194 del 1978». Diversamente, in «riferimento alla questione riguardante la prescrizione di contraccettivi, anche meccanici e post-coitali»⁵¹, le Linee di indirizzo sono pienamente efficaci.

Orbene, volendo svolgere qualche breve notazione sulla vicenda, viene subito in rilievo che alla luce dell'indirizzo espresso dalla sentenza

(51) Cons. Stato, sez. III, ord. del 5 febbraio 2015, n. 588. Più precisamente il TAR Lazio (sez. III-*quater*, ord. del 12 maggio 2014, n. 4843) in sede cautelare aveva rigettato completamente l'istanza dei ricorrenti volta ad ottenere la completa sospensione del provvedimento. Tale decisione è stata impugnata innanzi al Consiglio di Stato che ha parzialmente riformato la decisione del giudice di primo grado.

del TAR Puglia (n. 3477 del 2010) sopra richiamata⁵², che conferma la interpretazione restrittiva fatta propria anche recentemente dalla Cassazione penale⁵³, le previsioni delle Linee guida riguardanti il divieto di obiezione all'interno dei consultori appaiono pienamente legittime⁵⁴. Allo stesso modo, altrettanto legittimo, sembra quanto disposto dal provvedimento regionale in punto di contraccezione. A ben guardare, una eventuale decisione di annullamento dell'atto della Regione Lazio avrebbe tutto il senso di porre in discussione, oltre il termine di impugnazione, quanto già stabilito dall'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA)⁵⁵ in sede di autorizzazione alla commercializzazione dei farmaci e dispositivi medici contraccettivi sulla base del dato scientifico a disposizione⁵⁶.

(52) *Contra*, S. CURRERI, *Il "decreto Zingaretti" sull'esercizio dell'obiezione di coscienza all'aborto: una risposta sbagliata ad un problema serio*, in *Confronti costituzionali*, accessibile dal collegamento <http://www.confronticostituzionali.eu/>; cfr. S. PRISCO, *Obiezione di coscienza all'aborto e risposte dell'ordinamento giuridico. Una (amichevole) replica a Salvatore Curreri*, in *idem*.

(53) Vd. *supra*: Cass. pen., VI sez., sent. 2 aprile 2013, n. 14979.

(54) In tal senso anche: B. LIBERALI, *La delimitazione dell'obiezione di coscienza alla luce di alcune recenti vicende giudiziarie e amministrative*, in <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/03/liberali.pdf>.

(55) L'Agenzia Italiana del Farmaco provvede sull'immissione dei farmaci in commercio e sul loro impiego sicuro ed appropriato a seguito di una attenta sperimentazione del farmaco stesso o, comunque, prendendo atto della sperimentazione effettuata sullo stesso in un altro Paese membro dell'Unione europea la cui affidabilità è garantita dall'Agenzia Europea dei Medicinali (EMA). Per approfondimenti sul punto: F. MASSIMINO, *Il ciclo di vita del farmaco: breve sintesi normativa*, in *San. pubbl. priv.*, 5, 2009, p. 5 ss.

(56) La comunità scientifica condivide la decisione dell'AIFA di commercializzare questi preparati orali per la contraccezione d'emergenza in quanto «essi non causano aborto e non sono in grado di danneggiare una gravidanza in atto»: si vd. il *position paper* del 20 aprile 2013 della Società medica italiana per la contraccezione (SMIC) e della Società italiana della contraccezione (SIC) consultabile su: <http://www.smicontraccezione.it/Documenti/Utenti/SIC%20SMIC%20position%20paper%2020%20aprile%202013.pdf>; ovvero l'Organizzazione Mondiale della Salute (OMS) nel documento «Medical Eligibility Criteria for Contraceptive Use» del 2009; spec. p. 63 (accessibile su: http://whqlibdoc.who.int/publications/2010/9789241563888_eng.pdf). Nondimeno, l'AIFA, in esecuzione della Raccomandazione europea del Comitato di valutazione dei rischi per la farmacovigilanza dell'EMA ha recentemente provveduto alla «Modifica dell'autorizzazione all'immissione in commercio del medicinale per uso umano "Norlevo" (14a00534)», pubblicata sulla G.U., Serie Generale, n. 28 del 4 febbraio 2014 (Suppl. Ordinario n. 10). A seguito di tale intervento, il foglietto illustrativo evidenzia tra le caratteristiche del prodotto che il meccanismo d'azione principale consiste nel bloccare o nel ritardare l'ovulazione, ma non può im-

D'altronde, il provvedimento regionale, con particolare riguardo alla contraccezione di emergenza, appare voler risolvere eventuali dubbi interpretativi sui comportamenti che è legittimo assumere nell'ambito della procedure di accesso ai farmaci "Norlevo", "Levonelle" o "ElleOne", da taluni assimilati alle procedure chimiche di interruzione di gravidanza. Questa associazione di idee, fondata su un dato scientifico indimostrato, fornisce – ai farmacisti al momento della vendita e ai medici in sede di prescrizione⁵⁷ – il presupposto per invocare l'applicazione dell'art. 9 della legge 194 anche per i suddetti metodi contraccettivi, così come avviene per l'assunzione della pillola abortiva RU486. Le obiezioni, circa eventuali effetti abortivi di tali pillole anticoncezionali, nascono dall'impossibilità di escludere in maniera assoluta che il principio attivo in esse contenuto possa avere anche un effetto di tipo antinidatorio⁵⁸ e non meramente impeditivo del concepimento, attraverso il blocco dell'ovulazione. Secondo taluni, infatti, l'embrione già esiste prima dell'annidamento, sicché il farmaco post-coitale, causando la perdita dell'embrione umano già formatosi, altro non sarebbe che una forma chimica di interruzione della gravidanza⁵⁹.

Orbene, questa ipotesi sul momento iniziale della vita non trova accoglimento nel nostro ordinamento, come condivisibilmente affermato dalla giurisprudenza. Il TAR Lazio, infatti, con la sentenza n. 8465 del

pedire l'impianto nell'utero di un ovulo fecondato. Diversamente nel precedente foglietto illustrativo si leggeva che «il farmaco potrebbe anche impedire l'impianto», ossia non veniva escluso che oltre ad inibire o ritardare l'ovulazione potesse «anche» avere effetti antinidatori. Il provvedimento dell'AIFA è stato impugnato ed al momento il giudizio è ancora pendente davanti il TAR Lazio per il merito. In sede di richieste cautelari, tuttavia, lo stesso TAR, con l'ord. sez. III, n. 2407 del 29 maggio 2014, non ha concesso la sospensione del provvedimento impugnato, motivando che «recenti studi hanno dimostrato che il farmaco Norlevo non è causa di interruzione della gravidanza». Tale ordinanza peraltro è pure stata confermata dal Consiglio di Stato (ord. sez. III, 11 settembre 2014, n. 4057).

(57) D. PARIS, *L'obiezione di coscienza di medici e farmacisti alla prescrizione e vendita della c.d. "pillola del giorno dopo"*, in R. BALDUZZI (a cura di), *La responsabilità professionale in ambito sanitario*, Bologna, il Mulino, 2010, p. 503 ss.

(58) Si vd. la letteratura scientifica riportata da D. PARIS, *L'obiezione di coscienza di medici e farmacisti ...*, cit., p. 504.

(59) Per una panoramica delle posizioni scientifiche sul punto si veda: G. BONI, *Il dibattito sull'immissione in commercio della c.d. pillola del giorno dopo: annotazioni su alcuni profili giuridici della questione, in particolare sull'obiezione di coscienza*, in *Dir. fam. pers.*, 2, 2001, p. 677 ss.

2001⁶⁰ ha chiarito che la c.d. “pillola del giorno dopo” non permette il concepimento – proprio perché impedisce l’annidamento dell’embrione⁶¹ – e per l’effetto non può trovare applicazione la legge 194⁶².

3.2. *Le condizioni di accesso al servizio: il caso della Regione Lombardia*

Tra gli interventi regionali nell’ambito dell’attuazione della legge 194 si devono di certo ricordare le Linee guida del 22 gennaio 2008 della Regione Lombardia⁶³. L’atto in questione provvedeva a limitare l’aborto terapeutico in caso di pericolo fisico o psichico della donna entro la ventiduesima settimana più tre giorni, laddove invece la legge statale lascia libero il medico di valutare in concreto la situazione; introduceva degli aggravamenti per l’accesso alle procedure per l’interruzione della gravidanza; imponeva la creazione di un registro regionale dove inserire, anonimamente, i dati relativi ai risultati delle indagini prenatali e all’accertamento eseguito sul feto abortito, onde verificare l’accuratezza

(60) TAR Lazio, sez. II, sent. 12 ottobre 2001, n. 8465.

(61) Il TAR ritiene che «l’esame sistematico della regolamentazione dettata dalla legge 194/1978 [...] induce a ritenere che il legislatore abbia inteso quale evento interruttivo della gravidanza quello che interviene in una fase successiva all’annidamento dell’ovulo nell’utero materno. Tale conclusione è avvalorata dall’art. 8 della legge 194/1978, che in dettaglio prende in considerazione le modalità interruttive della gravidanza e ne impone l’effettuazione con l’intervento di un medico specialista ed all’interno di strutture ospedaliere o case di cura autorizzate, circostanze non peculiari alle metodiche anticoncezionali, i cui effetti si esplicano in una fase anteriore all’annidamento dell’ovulo»; *ivi*.

(62) Invero, se l’art. 9 è una norma eccezionale, ai sensi dell’art. 14 delle «Disposizioni sulla legge in generale» opera il divieto di analogia. L’eccezionalità della norma che autorizza l’astensione nasce dalla necessità di garantire l’effettività dell’ordinamento: sostenere il contrario varrebbe ad affermare la facoltatività dell’osservanza in tutti quei casi che possono essere ricondotti ad una certa previsione legislativa che autorizza all’astensione da un ufficio obbligatorio: se si vuole, in tal senso, F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, cit., p. 133. *Contra*: L. LOMBARDI VALLAURI, *Bioetica, potere, diritto*, cit., p. 38 ss.; G. BONI, *Il dibattito sull’immissione in commercio della c.d. pillola del giorno dopo*, cit., p. 689 ss. In ordine alla vicenda specifica della “pillola del giorno dopo” si vd.: G. DI COSIMO, *I farmacisti e la “pillola del giorno dopo”*, in *Quad. cost.*, 2001, p. 142 ss.; V. PACILLO, *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 215; D. PARIS, *L’obiezione di coscienza di medici e farmacisti alla prescrizione e vendita della c.d. “pillola del giorno dopo”*, cit., p. 525 ss.

(63) Segnatamente con la deliberazione n. VIII/6454 del 22 gennaio 2008 la Giunta regionale ha preso atto delle Linee guida predisposte dal Presidente della Regione, mentre il decreto del D.G. Sanità 22 gennaio 2008, n. 327 (recante “Atto di indirizzo per la attuazione della legge 22 maggio 1978 n. 194”) ha disposto l’approvazione delle medesime.

diagnostica delle indagini prenatali; obbligava il ginecologo ad avvalersi della collaborazione di specialisti per l'accertamento dei presupposti patologici, anziché lasciare allo stesso la facoltà di chiedere tale confronto come prevede la normativa statale; prescriveva ulteriori aggravamenti per il rilascio della certificazione per l'interruzione della gravidanza oltre il novantesimo giorno; da ultimo, invitava le strutture sanitarie ad un maggior coinvolgimento della coppia e della famiglia, malgrado la legge statale riservi ogni decisione alla donna.

Lo scopo dichiarato del provvedimento era quello di specificare il contenuto di talune norme (gli artt. 6 e 7 della legge n. 194 del 1978), tuttavia esso è stato subito letto come un tentativo di intervenire in un ambito di competenza del legislatore statale – ossia nella determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP)⁶⁴. Ad ogni modo alcuni medici delle strutture sanitarie lombarde hanno adito il giudice amministrativo per ottenere l'annullamento delle Linee guida in parola, che a loro avviso imponevano illegittimamente una applicazione restrittiva della legge n. 194 del 1978.

Il TAR Lombardia ha statuito l'illegittimità dei provvedimenti impugnati, a partire dal rilievo che la legge del 1978 è il frutto del bilanciamento operato dal legislatore statale tra «la tutela della vita umana sin dal suo inizio (cfr. art. 1, ultimo comma), bene giuridico presidiato dall'art. 2 della Costituzione, e la tutela del diritto alla salute della gestante, a sua volta presidiato dall'art. 32 della Costituzione», precisando che «il punto di equilibrio individuato dal legislatore si sostanzia, da un lato, nella definizione delle condizioni puntuali al ricorrere delle quali è ammesso il ricorso alle tecniche di interruzione volontaria della gravidanza e, dall'altro lato, nella definizione delle procedure idonee ad attestare l'effettiva sussistenza di quelle condizioni». Il TAR, dunque, ricordando che con la sent. n. 35 del 1997 la Corte costituzionale ha chiarito che l'«importanza» e la «delicatezza» del punto di equilibrio raggiunto dalle previsioni della legge 194 fa sì che esse siano «a contenuto co-

(64) Sin da subito critico sull'intervento della Regione Lombardia: S. CATALANO, *Note a margine del decreto della Regione Lombardia di "attuazione" della legge 22 maggio 1978, n. 194*, in www.forumcostituzionale.it.

stituzionalmente vincolato»⁶⁵, ha concluso che le norme della legge del 1978 – sia che dettino le condizioni per accedere al servizio sia che prescrivano le modalità procedurali per ottenere l'accertamento della gravidanza – determinano concretamente il contenuto dei diritti della madre e del nascituro, e per ciò stesso incidono «sulla determinazione del contenuto delle prestazioni da garantire affinché quei diritti possano essere tutelati».

Per il giudice amministrativo, nondimeno, tale assunto sarebbe confermato dalla previsione costituzionale di cui all'art. 117, comma 2, lett. *m*), Cost., la quale riserva alla legislazione esclusiva dello Stato la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale». Detta disposizione, si badi, non individua «una materia in senso stretto, ma definisce una competenza trasversale del legislatore statale che può investire anche materie riservate alla competenza delle Regioni, per le quali tuttavia lo stesso legislatore statale deve poter dettare le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni essenziali garantite che sostanziano il contenuto minimo di tali diritti (cfr. Corte costituzionale, sentenza 26 giugno 2002, n. 282)». Tuttavia, il TAR ritiene di potersi spingere ad affermare che «una corretta lettura della disposizione», nonché della medesima giurisprudenza costituzionale appena richiamata, inducono «a ritenere che per determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni non debba intendersi esclusivamente l'individuazione degli standard strutturali e qualitativi delle prestazioni stesse, come pure ha affermato la Corte (cfr. Corte costituzionale 4 dicembre 2009, n. 322), ma debba anche (e prima ancora) intendersi l'individuazione delle condizioni cui è subordinato l'accesso a quelle prestazioni, giacché sarebbe del tutto illogico ritenere il contrario, e cioè che la norma costituzionale, pur avvertendo l'esigenza di assicurare prestazioni di contenuto minimo uniforme su tutto il territorio nazionale, lasci poi che ciascuna

(65) Il giudice amministrativo precisa, altresì, che «l'individuazione del limite di tutela di un diritto non è altro che l'individuazione del contenuto del diritto stesso», e che «l'individuazione del contenuto del diritto non è altro che l'individuazione delle prestazioni da garantire affinché quel diritto possa essere soddisfatto».

Regione possa stabilire quando quelle prestazioni debbano essere assicurate ai cittadini»⁶⁶.

Le Linee guida regionali sono state dichiarate illegittime, dunque, perché l'individuazione delle condizioni per l'accesso alle tecniche di interruzione volontaria della gravidanza, nonché la disciplina delle procedure per l'accertamento di dette condizioni sono di competenza statale. Come a dire che spetta solo alla legge 194 determinare i livelli essenziali delle prestazioni ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost., tra cui vanno anche ricomprese le condizioni di accesso al diritto.

3.3. *L'aborto farmacologico: il caso della Regione Marche*

Gli sviluppi scientifici hanno fatto sì che alle procedure chirurgiche di interruzione della gravidanza si affiancassero quelle chimiche. Del resto di questa eventualità già si avvedeva il legislatore del 1978, disponendo all'art. 15 che «Le Regioni, d'intesa con le Università e con gli Enti ospedalieri, promuovono l'aggiornamento del personale sanitario ed esercente le arti ausiliarie [...] sull'uso delle tecniche più moderne, più

(66) Critica su questa ricostruzione: F. BIONDI, *L'interruzione di gravidanza fra Stato e Regioni in una decisione del giudice amministrativo*, in *Quad. cost.*, 2, 2011, p. 413 ss.; la quale ritiene che, pur ammettendo che le prestazioni possano incidere sul contenuto del diritto, per il Giudice costituzionale «la competenza "trasversale" ex art. 117, comma 2, lett. m), Cost. può essere invocata solo con riferimento alle "prestazioni", restando il contenuto del diritto, costituzionalmente o legislativamente sancito, altra cosa (v. già sent. n. 282/2002)». Neppure poi la giurisprudenza costituzionale ritiene che l'intervento statale all'interno di tale competenza possa «escludere o ridurre radicalmente il ruolo delle Regioni». La stessa A. inoltre sostiene che il TAR Lombardia sarebbe potuto arrivare allo stesso risultato più correttamente, «inquadrandolo la disciplina contenuta nella l. n. 194/1978 nell'ambito della materia, di competenza concorrente, "tutela della salute"». Da altra parte è stato osservato che solleva interrogativi la riconduzione della disciplina dell'accesso nell'ambito organizzativo e gestorio delle prestazioni, tradizionalmente assegnato all'autonomia regionale: L. TRUCCO, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni tra politiche legislative e Corte costituzionale*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza. Convegno annuale del Gruppo di Pisa, Trapani 8-9 giugno 2012*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013, p. 126 ss. Le regole per l'accesso, difatti, altro non sono che «la *condicio sine qua non* di usufruizione delle prestazioni essenziali medesime»; ne segue che il riconoscimento della legittimità dell'intervento del legislatore regionale espone al rischio di vedere pregiudicate le «pari opportunità di accesso alle prestazioni». Peraltro, quando si parla di «livelli essenziali» non sembra doversi rinviare solo al *quantum* delle prestazioni, ma anche a come sono organizzate (M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni, (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m), della Cost.*), in *Pol. dir.*, 2002, p. 350 ss.; E. BALBONI, *Il concetto dei livelli essenziali e uniformi come garanzia in materia di diritti sociali*, in questa Rivista, 6, 2001, p. 1103 ss.) e sembra dunque difficile non farvi rientrare i profili dell'accesso.

rispettose dell'integrità fisica e psichica della donna e meno rischiose per l'interruzione della gravidanza».

L'aborto farmacologico è una procedura di interruzione della gravidanza, alla quale la donna può ricorrere entro la settima settimana di gestazione, che non richiede né anestesia, né intervento chirurgico: la gestante deve solo assumere un farmaco che va ad agire sul corpo luteo che consente alla gravidanza di andare avanti. Il farmaco in questione conosciuto in commercio come RU486⁶⁷ si è rivelato estremamente efficace (funziona nel 95-98% dei casi)⁶⁸ e viene impiegato in moltissimi Paesi.

In Italia la pillola RU486 è stata commercializzata osservando la modalità autorizzatoria più rapida⁶⁹; ciò nonostante, a causa di presunti maggiori pericoli per la salute della donna che l'aborto chimico avrebbe presentato rispetto alle metodologie tradizionali, la procedura è stata tutt'altro che spedita⁷⁰. Basti pensare che se nel novembre 2007 è stata inoltrata all'AIFA la richiesta di commercializzazione, l'iter autorizzatorio è stato definito solo nel giugno 2009 con parere favorevole all'immissio-

(67) In particolare, il mifepristone – che è il principio attivo della pillola RU486 – blocca l'azione sulle strutture uterine del progesterone, un ormone che favorisce e assicura il mantenimento della gravidanza. Come chiarito dal *dossier* dell'AIFA sulla pillola RU486, per aumentare l'efficacia del farmaco serve un'altra sostanza, la prostaglandina, contenuta nel misoprostol. L'associazione mifepristone/misoprostol è la modalità più diffusa per l'induzione dell'aborto medico ed è stata inserita nell'elenco dei farmaci essenziali per la salute riproduttiva dall'Organizzazione Mondiale della Sanità nel 2006. Per una trattazione di divulgazione scientifica sull'aborto farmacologico si vd. C. FLAMIGNI, C. MELEGA, *RU486. Miti e realtà della pillola RU486*, 2ª ed., Milano, Franco Angeli, 2010.

(68) UPtODATE, *Mifepristone for the medical termination of pregnancy*, consultabile dal collegamento: www.uptodate.com.

(69) Si tratta della procedura di mutuo riconoscimento delle valutazioni positive già espresse dalle altre Autorità di regolazione del commercio farmaceutico europeo, in applicazione del principio di reciprocità (regolata dagli artt. 42 ss del d.lgs. n. 219 del 2006).

(70) Il mifepristone è stato utilizzato per la prima volta in Italia all'interno di un progetto di sperimentazione multicentrica organizzata dall'OMS. Nel 2001, poi, l'Ospedale Sant'Anna di Torino ha chiesto al Ministero della salute la sperimentazione di un servizio di aborto medico. Il Consiglio Superiore di Sanità, solo nel 2004, ha accordato l'autorizzazione alla sperimentazione, preoccupato che l'aborto medico potesse avvenire al di fuori delle strutture ospedaliere e quindi fossero violate le previsioni della legge n. 194 del 1978. Successivamente la sperimentazione venne sospesa a causa di alcune irregolarità. Sulla vicenda si vd.: A. MORRESI, E. ROCCELLA, *La favola dell'aborto facile ...*, cit.; nonché C. FLAMIGNI, C. MELEGA, *RU486. Non tutte le streghe sono state bruciate*, Roma, L'asino d'oro, 2010, p. 121 ss.

ne in commercio dell'Agenzia⁷¹, quando normalmente il procedimento si perfeziona in tre mesi.

Nonostante le difficoltà, la sperimentazione del farmaco abortivo è comunque proseguita – grazie soprattutto all'attivismo di alcune Regioni che hanno deciso di somministrarlo ancor prima che fosse registrato⁷², importandolo direttamente dall'estero, come consentito dalla legge n. 94 del 1998 in particolari casi per le cure cc.dd. *offlabel* – fino ad arrivare alla immissione in commercio generalizzata su tutto il territorio nazionale – come si è detto – nel novembre 2009.

L'AIFA, tuttavia, non ha autorizzato la vendita del medicinale al pubblico nelle farmacie, ma ha disposto – coerentemente con la disciplina dettata dalla legge n. 194 del 1978 – che la donna, ai sensi dell'art. 8 della stessa legge, dall'assunzione del farmaco all'espulsione del prodotto del concepimento, sia assistita da un medico del servizio ostetrico-ginecologico⁷³.

Pur essendo passati più di cinque anni dall'immissione in commercio della pillola RU486, l'accesso al servizio di aborto farmacologico non è assicurato allo stesso modo su tutto il territorio nazionale. Come lamenta la XII Commissione permanente "Affari sociali" della Camera all'esito dell'esame della Relazione sullo stato di attuazione della legge 194, nella seduta del 6 marzo 2014⁷⁴, «la sua diffusione è comunque percentualmente disomogenea considerando la popolazione delle varie Regioni; le prescrizioni per l'utilizzo di questa metodica con limiti entro la settimana

(71) Si tratta della determinazione del 24 novembre 2009, n. 1460, del Consiglio d'amministrazione dell'Agenzia Italiana del Farmaco, pubblicata su G.U., del 9 dicembre 2009, n. 286, suppl. ord., n. 229.

(72) L'Emilia-Romagna ha approvato nel 2005 una risoluzione per l'impiego della RU486 all'interno di un percorso ospedaliero nel pieno rispetto della l. 194 del 1978, nonché della normativa per l'importazione dei farmaci direttamente dall'estero. Successivamente anche altre Regioni hanno seguito l'esempio: Toscana, Piemonte, Marche, Puglia e la Provincia autonoma di Trento. In Lombardia, diversamente, l'Ospedale Buzzi di Milano ha voluto sperimentare un altro farmaco, il Methotrexate.

(73) In realtà, sulla necessità della ospedalizzazione della donna richiedente l'interruzione per via farmacologica sono state avanzate forti perplessità: si vd. C. FLAMIGNI, C. MELEGA, *RU486*, cit., p. 144 ss.; G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: ...*, cit., p. 857.

(74) A.C. 5/04154 del 6 marzo 2014, p. 40, consultabile su <http://www.camera.it/leg17/824?tip o=A&anno=2014&mese=03&giorno=06&view=filtered&commissione=12>.

settimana e l'indicazione di ricovero per 3 giorni possono risultare disincantanti rispetto alla richiesta di tale opzione, che negli altri Paesi europei avviene con modalità di trattamento ambulatoriale o domiciliare». L'ultima Relazione ministeriale sullo stato di attuazione della legge n. 194 del 15 ottobre 2014, in effetti, evidenzia che: «Il ricorso all'aborto medico varia molto per Regione, sia per quanto riguarda il numero di interventi che per il numero di strutture. Valori percentuali più elevati si osservano nell'Italia settentrionale, in particolare in Liguria (25.2%), Valle d'Aosta (24.0%), Piemonte (19.0%) ed Emilia-Romagna (18.5%)». Nondimeno «I dati del 2012, riferiti dalle Regioni o dedotti dal *file* Istat relativo ai modelli D12, mostrano un valore leggermente superiore rispetto al 2011: 7.855 casi (pari all'8.5% di tutte le IvG), effettuati in tutte le Regioni tranne le Marche»⁷⁵. Anche nella Relazione *ex art.* 16 della legge n. 194 dello scorso anno, il Ministero ha rilevato la stessa situazione, con la differenza che nel 2010 la pillola RU486 non era mai stata utilizzata in Abruzzo e in Calabria; e, invece, nel 2011 non era stata utilizzata nelle sole Marche⁷⁶.

Ed ancora, in un documento specifico sull'«Interruzione volontaria di gravidanza con mifepristone e prostaglandine» del Ministero della salute presentato nel 2013, si attesta che «il ricorso all'aborto medico varia molto per Regione, sia per quanto riguarda il numero di interventi (dai 2 casi delle Marche ai 3.083 dell'Emilia-Romagna, considerando il periodo 1.1.2010-31.12.2011) che per il numero di strutture (totale di 125 strutture in tutta Italia a fine 2011, con una variabilità regionale che va da 1 a 29)»⁷⁷. Eppure il Ministero della salute ha approvato già in data

(75) MINISTERO DELLA SALUTE, *Relazione del Ministro della salute sulla attuazione della legge ...*, cit., p. 40.

(76) *IDEM*, *Relazione del Ministro della salute sulla attuazione della legge contenente norme per la tutela sociale della maternità e per l'interruzione volontaria di gravidanza (LEGGE 194/78)* del 13 settembre 2013, p. 38, consultabile su: http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_publicazioni_2023_allegato.pdf.

(77) MINISTERO DELLA SALUTE, *Interruzione volontaria di gravidanza con mifepristone e prostaglandine. Anni 2010 - 2011* del 28 febbraio 2013, p. 20, accessibile dal collegamento: http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_publicazioni_1938_allegato.pdf. Ovviamente i 2 casi sono da riferire all'anno 2010, visto che per l'anno 2011 nella Regione Marche non vi sono stati interventi di interruzione volontaria della gravidanza per via farmacologica (si vd., *idem*, p. 4).

24 giugno 2010 le «Linee di indirizzo sulla interruzione volontaria di gravidanza con mifepristone e prostaglandine»⁷⁸, proprio per provvedere ad omogeneizzare l'erogazione del servizio su tutto il territorio nazionale, ma ciò non sembra bastare per garantire quella omogeneità nell'impiego della pillola RU486 che la Commissione Affari sociali e il Comitato dei diritti sociali del Consiglio d'Europa⁷⁹ chiedono alle Regioni e al Ministero della salute.

4. Domani: che fare davanti a tanta disomogeneità nell'erogazione del servizio?

Il conflitto politico e culturale sulla legalizzazione dell'interruzione volontaria della gravidanza è stato combattuto un po' in ogni angolo dello spazio pubblico: in Parlamento, nelle urne referendarie, nei gazebo dei comitati promotori, nelle aule giudiziarie. In ogni caso sembra essere stato confermato che dalla scelta del 1978 non è possibile tornare indietro.

Il problema più attuale riguarda però l'attuazione della legge e l'effettività dei diritti da essa previsti. La paralisi del servizio di interruzione della gravidanza a causa di insufficienze organizzative che si presentano sotto le forme più varie – che vanno dalla carenza di personale non obiettore nelle strutture ospedaliere e consultoriali alla mancanza di varietà nelle metodologie abortive – è ben lungi dall'essere scongiurata.

A fronte delle anomalie nell'attuazione della legge 194, gli interventi delle Regioni – quando vi sono – sembrano procedere per tentativi, mancando sostanzialmente una regia complessiva a livello centrale per garantire la continuità dell'erogazione del servizio.

(78) Consultabili su: http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_1302_allegato.pdf.

(79) Il Comitato dei diritti sociali del Consiglio d'Europa ha ritenuto che il nostro Paese abbia violato l'art. 11 della Carta Sociale Europea, perché il Servizio sanitario italiano non è organizzato in modo tale da garantire in ogni caso la presenza di personale medico e ausiliario non obiettore; nonché il principio di non discriminazione sancito dall'art. E della stessa Carta, perché l'interruzione volontaria di gravidanza non è garantita allo stesso modo in tutte le Regioni italiane. La decisione *International Planned Parenthood Federation – European Network (IPPF EN) v. Italy* - Complaint No. 87/2012 è accessibile dal collegamento http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/CC87Merits_en.pdf.

Confidando che solo a partire dalla conoscenza concreta dei bisogni delle pazienti e delle strutture sia possibile tentare di riorganizzare il disegno dell'erogazione del servizio, la Commissione Affari sociali ha chiesto al Ministero della salute di impegnarsi in una rilevazione più efficiente della situazione sui territori, alla quale, peraltro, sembra preludere la creazione del "Tavolo tecnico" per il monitoraggio sullo stato di attuazione delle norme per la tutela della maternità e per l'interruzione volontaria della gravidanza, istituito presso il Ministero della salute a cui sono invitati a partecipare gli assessori regionali⁸⁰.

La richiesta di migliorare il flusso di informazioni provenienti dai territori viene anche dal Comitato dei diritti sociali del Consiglio d'Europa, il quale ha censurato il comportamento del nostro Paese per la violazione della Carta Sociale Europea, proprio in ragion del fatto che non è possibile conoscere puntualmente come la prestazione venga erogata a livello locale⁸¹.

In realtà, lo strumento adatto a questo scopo già esiste: la Relazione sullo stato di attuazione della legge 194, il cui metodo di rilevazione andrebbe però migliorato – ad esempio, ponderando il dato numerico che emerge dai territori con degli indici che esprimano le specificità locali, quali la densità di popolazione residente, le difficoltà economiche e non che comporta lo spostamento da una struttura regionale all'altra, ecc. Ciò andrebbe fatto, nondimeno, per elaborare un modello di bacino di utenza ragionevole del servizio al quale le Regioni e le Province autonome⁸² possano ispirarsi per l'organizzazione del servizio sui territori di loro competenza⁸³.

(80) A.C. 5/04154, cit., p. 45 ss.

(81) Vd. *supra* nota 79; cfr. A. CARMINATI, *La decisione del Comitato europeo dei diritti sociali richiama l'Italia ad una corretta applicazione della legge 194 del 1978*, in *Osservatorio AIC*, giugno 2014, accessibile dal collegamento: <http://www.osservatorioaic.it/>.

(82) L. TRUCCO, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni tra politiche legislative e Corte costituzionale*, cit., p. 125 rileva che «sulla scorta dei lavori preparatori alla riforma [del Titolo V del 2001], e, soprattutto, degli interventi del legislatore regionale e di talune decisioni rese al riguardo dallo stesso Giudice costituzionale, è parso ad un certo punto evidente che la clausola dei LEP se da un lato puntava a sottrarre alle Regioni l'individuazione di prestazioni essenziali in forza del principio di eguaglianza, dall'altro lasciava però alle stesse lo "spazio" per apportare una eventuale *reformatio in melius* della disciplina nazionale in forza del principio di decentramento».

(83) La garanzia dei LEP non sarebbe altro che «uno dei punti di emersione dell'interesse nazio-

Le condizioni di accesso al servizio, d'altronde, si rivelano il vero indice di effettività del servizio medesimo: garantire l'omogeneità delle prestazioni cui dà diritto la legge 194 significa, infatti, null'altro che garantire l'accesso in condizioni di parità su tutto il territorio nazionale. Non dimeno, poiché la legge 194 definisce i livelli essenziali delle prestazioni (LEP) in materia di interruzione volontaria della gravidanza, a fronte della conclamata incapacità delle Regioni e delle Province autonome di assicurare la loro uniformità su tutto il territorio nazionale, sarebbe interesse dello Stato provvedere a verificare dette situazioni in vista di un eventuale intervento sostitutivo ai sensi dell'art. 120 Cost.⁸⁴.

Una volta capito cosa succede nei territori si dovrebbe procedere a strutturare adeguatamente il servizio⁸⁵. Le soluzioni già praticate a questo scopo dalle amministrazioni sanitarie consistono nella riserva nei bandi di concorso di ruoli riservati al solo personale non obiettore. Tuttavia, poiché il lavoratore non può essere privato della possibilità della obiezione "successiva" all'instaurazione del rapporto di lavoro al pari dei suoi colleghi, la creazione di ruoli specifici per i non obiettori in sede di reclutamento non appare un rimedio risolutivo. Forse più efficace sarebbe prevedere il diritto dell'azienda ospedaliera a trattenere parte della retribuzione, nonché a bloccare gli scatti di carriera del personale che ha partecipato alle procedure selettive per la quota riservata ai non obiettori, ove decida di esercitare la facoltà di cui all'art. 9⁸⁶.

nale», solo apparentemente scomparso dal Titolo V del 2001: così M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni*, cit., p. 354.

(84) A. CARMINATI, *La decisione del Comitato europeo dei diritti sociali richiama l'Italia ad una corretta applicazione della legge 194 del 1978*, cit., p. 10.

(85) Le soluzioni avanzate per garantire la continuità nell'erogazione del servizio vanno dall'indennità economica per i medici non obiettori per il carico di lavoro supplementare alla ipotesi di una soglia minima del 50% o del 70% di non obiettori; dalla possibilità di eseguire la prestazione anche in strutture private autorizzate dalla Regione alla previsione di bandi di concorso riservato al solo personale non obiettore.

(86) Invero: «la decurtazione economica costituirebbe un deterrente abbastanza persuasivo per i profili professionali con livelli stipendiali più contenuti; il congelamento dell'avanzamento di carriera, invece, agirebbe come disincentivo per le figure professionali indifferenti alla leva economica, creando contestualmente condizioni più favorevoli per la promozione alla qualifica di primario anche per i ginecologi non obiettori»: F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, cit., p. 183.

Simili conseguenze, per altro verso, rappresentano già uno strumento di forte persuasione nell'ottica di una obiezione di coscienza più responsabile, al pari di una prestazione alternativa. Più in generale, per valorizzare la sincerità del convincimento di coscienza che motiva l'obiezione, la proposta potrebbe essere anche un'altra: prevedere un adeguato apparato sanzionatorio disciplinare e penale per tutto il personale sanitario potenzialmente coinvolto in queste procedure, reclutato con bandi riservati agli obiettori oppure no, in grado di dissuadere veramente dall'obiezione pretestuosa, il vero *vulnus* all'attuazione della legge n. 194 del 1978⁸⁷.

(87) Come si è già proposto in altro luogo (*IBIDEM*, p. 180 ss.) si potrebbe prevedere di sanzionare la mendacità della dichiarazione rilasciata ai sensi dell'art. 9 della legge 194 con «un'apposita fattispecie incriminatrice che si perfezioni nel momento in cui essa (la falsa dichiarazione) sia apprezzabile all'esterno – ossia quando il medico o l'anestesista obiettore abbiano partecipato a procedure abortive nell'esercizio dell'attività intramuraria – in ogni caso assistita dalla pena accessoria dell'interdizione dall'esercizio della professione medica».

L'obiezione di coscienza nei consultori pubblici

Alessandra Pioggia

L'elevato numero di medici obiettori mette seriamente in pericolo l'effettività del diritto delle donne di avere accesso ai servizi per l'interruzione volontaria di gravidanza. Alcune procedure hanno luogo presso i consultori, a cui le donne si rivolgono per veder certificare che il parto o la maternità mettono in serio pericolo la loro salute fisica e psichica. La legge 194 dispone che, anche di fronte ad un elevato numero di obiettori, l'amministrazione debba assicurare che le procedure si svolgano effettivamente. Alcune Regioni tentano di risolvere i problemi dovuti ad una diffusa obiezione di coscienza. Il saggio si interroga sulle ragioni e le giustificazioni della previsione di una obiezione di coscienza relativa alle attività che si svolgono nei consultori e analizza alcune possibili soluzioni organizzative e i loro limiti.

1. Il problema e alcuni tentativi di risolverlo sul piano organizzativo

Una recente ordinanza del Consiglio di Stato ha riportato all'attenzione la questione del rapporto fra l'obiezione di coscienza in materia di interruzione volontaria di gravidanza e le prestazioni fornite alle donne che intendano accedere a questa pratica all'interno dei consultori familiari. I giudici di Palazzo Spada il 5 febbraio 2015 hanno infatti accolto la richiesta di sospensione dell'efficacia della parte del decreto del commissario *ad acta* della Regione Lazio, che prevede che anche i medici operanti nei consultori siano obbligati a rilasciare la certificazione necessaria per l'interruzione volontaria di gravidanza nel primo trimestre di gestazione. Una scelta, quella della Regione, motivata espressamente con «l'esigenza di omogeneizzazione delle funzioni e delle attività svolte dai consultori familiari regionali, secondo un'ottica partecipativa volta ad assicurare un'offerta assistenziale equa e uniforme sull'intero territorio regionale»; una decisione che certamente tiene conto, cercando di fronteggiarne gli effetti da un punto di vista organizzativo, di una realtà

regionale in cui, alla luce degli ultimi dati disponibili in proposito¹, ad obiettare sono l'80,7% dei ginecologi.

È bene chiarire sin d'ora che l'attività alla quale anche gli obiettori di coscienza sarebbero tenuti ai sensi delle Linee guida regionali riguarda unicamente l'assistenza prestata nei consultori familiari, in cui non si pratica materialmente l'interruzione volontaria di gravidanza. Nel consultorio, infatti, avvengono soltanto gli accertamenti medici dello stato di gravidanza, l'esame, insieme alla donna, ed eventualmente anche al padre del concepito, di soluzioni che potrebbero aiutarla a rimuovere le cause che la inducono alla richiesta di interruzione della gravidanza, e, infine, l'attività di certificazione dello stato di gravidanza e della richiesta di interruzione volontaria della stessa nei primi novanta giorni.

La questione posta prima di fronte al TAR del Lazio e poi al Consiglio di Stato riguarda queste ultime attività, quelle, cioè, a carattere certificatorio. Se il TAR con l'ordinanza del 9 ottobre 2014 non aveva ritenuto sussistenti le condizioni necessarie per sospendere l'efficacia delle Linee guida impugnate, il Consiglio di Stato si è mostrato, invece, di diverso avviso e, ritenendo sussistenti i presupposti di contrarietà alla legge dell'imposizione ai medici, anche obiettori, delle attività certificatorie svolte nel consultorio, ha accolto la richiesta sospensiva dei ricorrenti.

Pochi anni prima, precisamente nel 2010, una questione relativa all'obiezione di coscienza in materia di interruzione volontaria di gravidanza nell'ambito dei consultori familiari era stata risolta alla luce di una interpretazione opposta a quella appena vista. Il ricorso in questo caso riguardava una deliberazione della Giunta della Regione Puglia che aveva disposto l'integrazione del personale dei consultori con un medico ginecologo "non obiettore" e due ostetriche "non obiettrici" al fine di assicurare la garanzia nell'erogazione dei servizi consultoriali. Il TAR Puglia², diversamente da quanto da ultimo ritenuto dal Consiglio di

(1) *Relazione del Ministro della Salute sulla attuazione della Legge contenente norme per la tutela sociale della maternità e per l'interruzione volontaria di gravidanza (legge 194/78) - dati preliminari 2013 e dati definitivi 2012*, presentata al Parlamento il 15 ottobre 2014.

(2) TAR Puglia, Bari, sez. II, sent. 14 settembre 2010, n. 3477.

Stato, aveva considerato a questo proposito come nessuno dei compiti assegnati al personale che opera nei consultori fosse suscettibile di essere rifiutato da medici e ostetriche in virtù della loro obiezione di coscienza, dal momento che si tratta di strutture in cui non si pratica materialmente l'interruzione di gravidanza. Per tale motivo aveva ritenuto irragionevole, e quindi illegittima, la discriminazione fra obiettori e non nella definizione dell'organico dei consultori stessi³.

Una soluzione, questa, che nelle sue motivazioni mostrava di accogliere una interpretazione del tutto opposta da quella oggi fatta propria dal Consiglio di Stato: per il TAR Puglia, infatti, le attività svolte nei consultori non sono suscettibili di essere rifiutate, per il Consiglio di Stato, invece, non possono essere imposte agli obiettori, proprio perché incluse dalla legge fra le azioni il cui compimento è materia di possibile obiezione.

Entrambi i casi qui presi in considerazione sono il frutto di scelte organizzative che cercano di garantire alcuni servizi legati all'interruzione di gravidanza nei consultori familiari, nonostante la presenza di personale obiettore.

Come è noto, la possibilità, riconosciuta dalla legge, per il personale medico e non di rifiutarsi di svolgere una serie di attività legate al percorso dell'interruzione di gravidanza, non consente alla struttura sanitaria di non erogare i relativi servizi, essendo quest'ultima tenuta comunque «ad assicurare l'espletamento delle procedure previste ...»⁴. Al diritto all'obiezione di coscienza da parte dei singoli, non corrisponde un'analoga possibilità da parte delle strutture. Non solo, come efficacemente ricordato da ultimo in una significativa sentenza del Consiglio di Stato, non esiste una obiezione di coscienza riconoscibile ad una struttura nel suo complesso, ma quest'ultima «al contrario deve attrezzarsi, nonostante il rifiuto del singolo sanitario dovuto a ragioni di auton-

(3) Sulla sentenza si veda D. PARIS, *Medici obiettori e consultori pubblici. Nota a TAR Puglia (Bari)*, sez. II, 14 settembre 2010, n. 3477, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2011, con spunti critici, peraltro condivisibili come si dirà oltre, sull'interpretazione dell'articolo 9 della legge 194 del 1978 accolta dai giudici pugliesi.

(4) Così all'articolo 9, comma 2 della legge 194 del 1978. In generale sulla doverosità delle strutture sanitarie si veda A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 5.

mia professionale e morale, per garantire l'effettuazione di una prestazione doverosa»⁵.

Se da un punto di vista giuridico e normativo, quindi, non è in alcun modo in dubbio che le Regioni, dovendo assicurare i livelli essenziali di assistenza⁶, fra cui naturalmente è inclusa anche l'interruzione volontaria di gravidanza⁷ con tutto ciò che la precede, ivi compresi i servizi consultoriali, siano direttamente onerate del dovere di garantire le prestazioni relative, sul piano della concreta possibilità di adempiere a questo dovere alcuni dubbi sorgono, perlomeno a leggere i dati che emergono dalla già citata Relazione del Ministro della salute sull'attuazione della legge 194. La situazione in entrambe le Regioni prima considerate appare più che complessa. Come si è visto nel Lazio risultano obiettori quasi l'81% dei medici ginecologi, mentre in Puglia la percentuale si assesta su un valore più basso, ma comunque vicino al 70%⁸.

2. I servizi per l'interruzione volontaria della gravidanza in crisi di effettività

La gravità della situazione italiana in materia di servizi per l'interruzione volontaria della gravidanza è di recente emersa a diversi livelli.

(5) Cons. Stato, sez. III, sent. 2 settembre 2014, n. 4460. La sentenza non riguarda l'obiezione di coscienza prevista dalla legge n. 194 del 1978, ma concerne il diverso caso della sospensione delle cure destinate a tenere in vita una persona che versa in stato vegetativo. La vicenda è quella più che nota di Eluana Englaro e il Consiglio di Stato chiude la vicenda dal punto di vista amministrativo riconoscendo la doverosità da parte della Regione Lombardia e delle sue strutture sanitarie di rispettare la pretesa della paziente di veder interrotte le cure alle quali è sottoposta, una volta accertato in sede giudiziale che la sua volontà era in questo senso. Il riferimento alla mancanza di una "obiezione di coscienza di struttura" è fatto dai giudici in risposta agli argomenti della Direzione regionale della sanità a proposito della possibilità delle strutture di rifiutarsi di prestare assistenza nella sospensione delle cure mediche indesiderate. Qui il giudice, richiamando alcuni passaggi di A. PIOGGIA, *Consenso informato ai trattamenti sanitari e amministrazione della salute*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, p. 127 ss., ribadisce che «solo gli individui hanno una "coscienza", mentre la "coscienza delle istituzioni" è costituita dalle leggi che le regolano».

(6) Articolo 3, comma 1, d.lgs. n. 502 del 1992.

(7) Come espressamente indicato nell'allegato 1 al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 29 novembre 2001, concernente la definizione dei livelli essenziali di assistenza.

(8) Il dato è in media con quello del resto del territorio italiano, in cui, peraltro, si registrano anche punte dell'88%, come nei casi di Molise e Campania.

Risale allo scorso anno⁹ la decisione del Comitato Europeo dei Diritti Sociali, organismo del Consiglio d'Europa, sul caso *International Parenthood Federation European Network (IPPF EN) v. Italy* (n. 87/2012), in cui si constata la violazione dell'art. 11, parte I (diritto alla salute) in combinato disposto con l'art. E, parte V (non-discriminazione) della Carta Sociale Europea da parte dell'Italia in riferimento all'accesso all'interruzione volontaria di gravidanza come disciplinata dalla legge 194 del 1978¹⁰. L'esito della pronuncia è motivato dalla constatazione della effettiva assenza in Italia di soluzioni organizzative in grado di assicurare concretamente la piena soddisfazione dei diritti di tutte le donne che intendono avvalersi della possibilità offerta da tale legge. Nel funzionamento concreto dei servizi il profilo della discriminazione è duplice e riguarda il rapporto fra donne residenti in zone diverse del territorio nazionale, a cui l'accesso all'interruzione volontaria di gravidanza è assicurato in maniera difforme, tanto da costringere alcune di esse a spostarsi per poter veder soddisfatto il proprio diritto¹¹; e quello fra donne che chiedono tutela del proprio diritto alla salute attraverso l'interruzione di gravidanza e donne e uomini che chiedono la tutela della propria salute attraverso altro tipo di prestazioni sanitarie. Gli ostacoli che si frappongono fra il diritto e la sua soddisfazione per le prime sono tali da discriminarle di fatto anche nel godimento della salute in generale. La ragione principale di tali discriminazioni per il Comitato Europeo è la conseguenza «dell'incapacità delle autorità competenti di adottare le misure necessarie per compensare le carenze di fornitura del servizio causata dal personale sanitario che sceglie di esercitare il proprio diritto all'obiezione di coscienza».

Quasi un anno prima della decisione del Comitato, nel giugno del 2013, la Camera dei Deputati aveva avviato la discussione della mozione presentata da Sinistra Ecologia e Libertà, in cui si chiedeva al Governo di

(9) La decisione del Comitato Europeo dei Diritti Sociali è stata adottata il 10 marzo 2014.

(10) Sulla decisione si vedano le articolate e utili considerazioni di M. DI MASI, *Obiezione di coscienza e interruzione volontaria di gravidanza: il Consiglio d'Europa ammonisce l'Italia*, in www.questionegiustizia.it.

(11) S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli, 2006, p. 56, a questo proposito non ha esitato a parlare di un vero e proprio «turismo abortivo».

«garantire la piena applicazione della legge n. 194 del 1978 su tutto il territorio nazionale», anche «dando piena centralità ai consultori familiari» e assumendo iniziative affinché «le competenti federazioni nazionali degli ordini professionali del personale sanitario si adoperino per garantire uniformità sul territorio nazionale in ordine agli indirizzi deontologici relativi all'esercizio dell'obiezione di coscienza». A tale mozione se ne sono aggiunte altre di diverse forze politiche e, al momento della votazione, insieme ad essa, sono state approvate anche quelle di analogo tenore.

Il 12 marzo di quest'anno, con 441 voti favorevoli, 205 contrari e 52 astenuti è stata approvata la «Relazione sui progressi concernenti la parità tra donne e uomini nell'Unione europea», la cosiddetta risoluzione Tarabella dal cognome del suo relatore, l'eurodeputato belga Marc Tarabella. Nella Relazione si insiste sul fatto che «le donne debbano avere il controllo della loro salute e dei loro diritti sessuali e riproduttivi, segnatamente attraverso un accesso agevole alla contraccezione e all'aborto». Non ci sono riferimenti diretti alle difficoltà che l'accesso a tali servizi incontra in Italia, ma l'invito a garantire l'effettività nel godimento dei diritti riproduttivi, anche considerando quanto visto sopra, è evidente.

3. La situazione dei consultori familiari

La questione del rapporto fra obiezione di coscienza e servizi è, quindi, indubbiamente sul tavolo e, di fronte al moltiplicarsi delle pronunce e iniziative di sensibilizzazione e richiamo, non sembra più tollerabile l'atteggiamento di rassegnata accettazione con il quale le istituzioni italiane hanno fino ad ora registrato le difficoltà e i sacrifici imposti alle donne che intendono accedere ai servizi per l'interruzione volontaria di gravidanza¹². Per modificare la situazione occorre senz'altro uno sforzo organizzativo che parta dal riconoscimento dell'esigenza di assicurare il

(12) È significativa in questo senso l'impostazione della memoria difensiva del Governo italiano nel procedimento che si è concluso con la citata pronuncia del Comitato Europeo dei Diritti Sociali. L'argomento fondamentale utilizzato dal nostro esecutivo si è basato sul presupposto per cui la legge 194 raggiungerebbe un giusto equilibrio tra il diritto alla vita e alla salute della donna e la libertà di coscienza del personale sanitario, per cui l'apparente impedimento all'accesso all'interruzione volontaria di gravidanza provocato dal numero elevato di obiettori non potrebbe certo essere interpretato come una violazione dell'art. 11 della Carta Sociale Europea.

pieno rispetto dei diritti delle donne coinvolte fin dal momento del primo contatto con le strutture sanitarie. In questo senso diviene strategico soffermarsi proprio sul rapporto fra obiezione di coscienza ed effettività dei servizi che precedono la vera e propria pratica abortiva e, in particolare, su quelli offerti dalle amministrazioni sanitarie regionali attraverso i consultori¹³.

Sono questi infatti i luoghi a cui si rivolgono le donne che intendano interrompere la propria gravidanza nel primo trimestre di gestazione. Ci soffermeremo unicamente su questo tipo di richiesta, dal momento che l'interruzione di gravidanza in un periodo gestazionale successivo coinvolge prevalentemente strutture diverse e pone questioni organizzative inerenti all'obiezione di coscienza degli operatori parzialmente distinte da quelle che tratteremo qui e che richiederebbero di essere affrontate in modo specifico.

Una indagine conoscitiva promossa dal Parlamento nel 2005¹⁴ ha dimostrato che proprio in quell'anno, per la prima volta, il consultorio è stato il servizio maggiormente utilizzato dalle donne italiane ed immigrate per la consulenza e la certificazione preliminari all'interruzione volontaria di gravidanza. Anche dagli ultimi dati disponibili e risalenti al 2013¹⁵ il consultorio risulta il luogo al quale si rivolgono il 40,7% delle donne che intendono abortire, rispetto al 25,3 % che si rivolgono al medico di fiducia e al 30,5% che si rivolgono al servizio ostetrico ginecologico di un presidio ospedaliero. Tenuto conto che in quest'ultimo gruppo di donne sono incluse anche coloro che accedono alla interruzione di gravidanza oltre il terzo trimestre e che debbono quindi necessariamente passare attraverso un accertamento delle condizioni di salute proprie e del feto da parte di un medico del servizio ostetrico ginecologico dell'ente ospedaliero in cui deve praticarsi l'intervento, risulta

(13) In materia si veda il recente G. FATTORINI, *I consultori in Italia*, Roma, L'Asino d'oro, 2014.

(14) Camera dei Deputati, XII Commissione, *Indagine conoscitiva sull'applicazione della legge 194 del 1978 recante "Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza"*, in particolare per quanto riguarda le funzioni attribuite dalla legge ai consultori familiari. Documento conclusivo (31 gennaio 2006).

(15) Si veda la già citata *Relazione del Ministro della Salute sulla attuazione della Legge contenente norme per la tutela sociale della maternità e per l'interruzione volontaria di gravidanza (Legge 194/78) - dati preliminari 2013 e dati definitivi 2012*.

evidente come il consultorio sia senz'altro il principale luogo organizzato in cui la donna che intenda procedere all'interruzione volontaria di gravidanza nei primi novanta giorni incontra i servizi sanitari. Di qui l'urgenza di fornire prestazioni adeguate già a questo livello, anche in considerazione del fatto che la numerosità dei consultori è ben inferiore a quella prevista dalla legge istitutiva di essi, dal momento che circa la metà delle Regioni non raggiunge l'obiettivo stabilito dalla legge 34 del 1996 (un consultorio ogni 20.000 abitanti)¹⁶. A ciò si aggiunge il dato per cui non in tutti i consultori è possibile ottenere la certificazione necessaria ad accedere in una struttura autorizzata per ottenere l'interruzione della gravidanza. Aspetto quest'ultimo certamente dipendente dalla presenza di un numero elevato di medici obiettori che rifiutano di provvedere a tale adempimento¹⁷.

In questo panorama si inquadrano le iniziative delle Regioni, come quella da ultimo posta in essere dalla Regione Lazio con le sue Linee guida sull'attività all'interno dei consultori o quella ipotizzata dalla Regione Puglia a proposito del rapporto fra obiettori e non nell'organico di queste ultime strutture.

L'obiezione di coscienza in entrambi i casi è oggetto di un tentativo di regolazione mirante a rendere disponibili in maniera più rispondente alle esigenze dell'utenza i servizi. Ma, come abbiamo constatato, l'approccio è opposto: se la Regione Puglia prendeva atto del fatto che esistono una serie di pratiche mediche che si svolgono all'interno dei consultori possibile oggetto di obiezione di coscienza da parte del personale addetto, la Regione Lazio assume una posizione diversa e richiede a tutti, obiettori compresi, di prestare la propria attività in una serie di procedure che, per quanto inserite nel percorso sanitario di interruzione della gravidanza, non ne costituiscono che una fase preliminare e quindi non sono ritenute oggetto di obiezione.

(16) Si veda in proposito il Rapporto *Organizzazione e attività dei consultori familiari pubblici in Italia - anno 2008*, pubblicato a novembre 2010 a cura del Dipartimento della prevenzione e della comunicazione del Ministero della salute.

(17) Su questi aspetti si veda anche G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Napoli, Jovene, 2009, p. 841 ss.

Anche le soluzioni offerte dai giudici sono diverse e ripetono in maniera speculare e opposta la contrapposizione fra le due interpretazioni regionali: nel giudizio sulla deliberazione pugliese il TAR mostra di ritenere errata la considerazione per cui anche alcune delle attività che si svolgono all'interno del consultorio siano passibili di obiezione di coscienza, mentre, nella pronuncia cautelare a proposito delle Linee guida del Lazio, il Consiglio di Stato dà per assunta la possibilità che l'attività di certificazione da parte dei medici dei consultori possa essere oggetto di una legittima obiezione di coscienza.

Quest'ultima pronuncia, vista la sede cautelare in cui è stata assunta, non si diffonde in motivazioni. Al tempo stesso, pur nella laconicità del testo, è importante prenderla in piena considerazione dal momento che tocca direttamente la questione del rapporto fra obiezione e attività non direttamente rivolte a provocare l'interruzione di gravidanza, consentendoci di soffermarci con attenzione su una questione chiave per l'effettività dei servizi. La pratica che i giudici mostrano di ritenere non possa essere imposta ad un medico obiettore, infatti, è quella di certificazione che, come si intuisce, non incide in alcun modo sulla gravidanza, limitandosi a dover accertare l'esistenza di quest'ultima, unitamente alla richiesta della donna di poter accedere alla sua interruzione. La questione quindi è nodale: se un medico obiettore può rifiutarsi di certificare gravidanza e richiesta della donna, è evidente che l'impatto dell'obiezione di coscienza va fronteggiato in maniera complessiva, non soltanto in ordine alle pratiche mediche direttamente rivolte a provocare l'aborto, ma anche per aspetti della procedura, compresa la parte per così dire "amministrativa", che le precede.

4. L'obiezione di coscienza e le attività che si svolgono nel consultorio

La previsione legislativa che viene in considerazione a questo proposito è quella contenuta nell'articolo 9 della legge 194¹⁸, la cui formulazione è effettivamente stata oggetto di diverse, a volte opposte, interpretazio-

(18) Sulla scarsa chiarezza nella formulazione dell'articolo 9, si veda subito A. D'ATENA, *Commento all'art. 9*, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *Commentario alla l. 22 maggio 1978, n. 194*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1978, p. 1650.

ni¹⁹. Il primo comma di questo articolo dispone che «il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie non è tenuto a prendere parte alle procedure di cui agli articoli 5 e 7 ed agli interventi per l'interruzione della gravidanza quando sollevi obiezione di coscienza», precisando poi, al terzo comma, che l'esonero riguarda unicamente il «compimento delle procedure e delle attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza, e non [dal]l'assistenza antecedente e conseguente all'intervento».

Sul rapporto fra questi due commi si dividono le possibili letture. Chi dà prevalenza all'ultima formulazione esclude, come ha fatto il TAR Puglia, che gli obiettori di coscienza possano rifiutarsi di compiere attività non materialmente abortive, e quindi non intravede nell'ambito dei servizi consultoriali, che forniscono prestazioni che attengono la fase preliminare all'intervento, alcuna prestazione possibile oggetto di obiezione. Chi legge, invece, le due disposizioni a partire da quanto disposto dalla prima, segnala come le procedure "obiettabili" siano esplicitamente anche quelle di cui all'articolo 5 della legge, procedure che si svolgono anche nei consultori e non riguardano, quindi, la pratica medica direttamente rivolta a determinare l'interruzione di gravidanza²⁰.

Non c'è dubbio che una tale lettura del primo comma dell'articolo 9, se non adeguatamente temperata con la limitazione che il comma 3 dello stesso pone alla possibile obiezione di coscienza, finisca per consentire estremi interpretativi che si traducono di fatto nel tollerare l'astensione quasi totale degli obiettori anche dal semplice "contatto" con la donna che richiede una interruzione volontaria di gravidanza, come nei casi in cui è stato ritenuto legittimo il rifiuto degli analisti di svolgere esami

(19) Per una ricognizione delle diverse interpretazioni D. PARIS, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Firenze, Passigli, 2011, p. 107 ss.; ma anche M. ZANCHETTI, *La legge sull'interruzione della gravidanza*, Padova, Cedam, 1992, p. 238 ss. Un recente e articolato contributo in materia di obiezione di coscienza si deve a F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014.

(20) V. ZAGREBELSKI, *Nota a Pret. Ancona, 9 ottobre 1979*, in *Giur. it.*, 1980, p. 184; P. NUVOLONE, *Gravidanza (interruzione della) (diritto costituzionale e penale)*, in *Novissimo Digesto it.*, app. II, Torino, UTET, 1982, p.1125.

clinici di routine²¹ o in tante altre ipotesi, che non sono giunte di fronte ai giudici, ma che ci narrano di donne drammaticamente abbandonate a se stesse nei reparti ginecologici durante i turni in cui non erano presenti medici e operatori non obiettori²².

Quello che si profila in casi come questi è un vero e proprio “boicottaggio”²³ della legge sull’interruzione volontaria di gravidanza, consumato per di più sulla pelle delle donne. Un esito assolutamente inaccettabile perché in contrasto, non solo con la stessa legge 194, ma suscettibile anche di sacrificare, in modo del tutto incompatibile con i principi costituzionali, i diritti di coloro che sono coinvolte in una procedura di particolare delicatezza.

La indubbia estensione della possibilità di obiezione a quanto si svolge prima della pratica medica funzionale a provocare l’interruzione di gravidanza, disposta dal comma 1 dell’articolo 9 laddove fa riferimento anche alle procedure di cui all’articolo 5 della legge (quelle, per intendersi, che si svolgono nel consultorio), va, quindi, necessariamente interpretata alla luce e non a prescindere da quanto previsto dal terzo comma dell’articolo 9²⁴. Ne discende la necessità di domandarsi quali attività relative alle procedure che possono svolgersi nei consultori e che sono disciplinate dall’articolo 5 siano «specificamente e necessariamente dirette a determinare l’interruzione della gravidanza».

A ben guardare l’unica attività fra quelle compiute dal personale dei consultori che integra le condizioni appena richiamate è proprio quella di certificazione, come del resto ha ritenuto anche il Consiglio di Sta-

(21) Così TAR Emilia-Romagna, sent. 29 gennaio 1981, n. 30 e Cons. Stato, sez. I, sent. 10 ottobre 1983, n. 1027.

(22) C. SCIUTO, *Abortire fra gli obiettori*, in “D” di Repubblica, 3 dicembre 2011; C. LALLI, *C’è chi dice no. Dalla leva all’aborto come cambia l’obiezione di coscienza*, Milano, Il saggiatore, 2011, p. 75 a proposito del caso di un anestesista che si è rifiutato di somministrare un anestetico ad una paziente con aborto terapeutico in corso.

(23) P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei “casi” e astrattezza della norma*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 141. Sul punto si vedano anche A. PUGIOTTO, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, Utet, Torino, 1995, p. 254; G. BRUNELLI, *L’interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l’applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, cit., p. 841 ss.

(24) A. D’ATENA, *Commento all’art. 9*, cit., p. 1654.

to nell'ordinanza presa qui in considerazione²⁵. Né l'informazione, né la consulenza, né gli accertamenti sanitari che si svolgono nel consultorio sono infatti «specificamente e necessariamente» diretti a determinare la pratica abortiva, mentre la certificazione lo è. Non per la parte in cui attesta lo stato di gravidanza, ma certamente per la parte in cui collega tale stato ad un «serio pericolo per la [...] salute fisica o psichica» della donna. Questo vale evidentemente per la certificazione che attesta l'urgenza dell'intervento e abilita la donna ad ottenere immediatamente l'interruzione di gravidanza presso una struttura autorizzata, ma vale anche per la semplice attestazione dello stato di gravidanza e dell'avvenuta richiesta della donna di addivenire alla sua interruzione, che consente alla donna stessa di ottenere la prestazione sanitaria interruttiva dopo una settimana dal rilascio²⁶. In ciascuna delle due tipologie di certificazioni il medico è «specificamente e necessariamente» coinvolto nella decisione della donna, essendo lui e solo lui a dover accertare che lo stato di salute della stessa è posto in «serio pericolo» dalla gravidanza.

5. La funzione della certificazione medica nella decisione di abortire

Una tale interpretazione è, a ben guardare, del tutto coerente con i presupposti su cui si è fondato in Italia il riconoscimento della legittimità dell'interruzione volontaria di gravidanza. All'origine della legge 194, come è stato efficacemente ricostruito²⁷, non c'è il riconoscimento di un diritto all'autodeterminazione procreativa delle donne, ma l'idea della relazione-contrapposizione tra il diritto alla vita del concepito e la salute della donna gestante²⁸.

(25) L'inclusione dell'attività certificatoria fra quelle coperte dalla possibile obiezione di coscienza emerge con chiarezza dai toni del dibattito parlamentare che precedette l'approvazione della legge 194, come ben ricostruito da D. PARIS, *Medici obiettori e consultori pubblici*, cit., p. 8 ss. Sul punto si veda anche A. BOMPIANI, *Storia parlamentare dell'art. 9: "l'obiezione di coscienza"*, in *Medicina e Morale*, 1978, p. 376 ss.

(26) In questo senso anche D. PARIS, *Medici obiettori e consultori pubblici. Nota a TAR Puglia (Bari)*, sez. II, 14 settembre 2010, cit., p. 8.

(27) S. NICCOLAI, *La legge sulla fecondazione assistita e l'eredità dell'aborto*, in www.costituzionalismo.it.

(28) M.R. MARELLA, *Esercizi di biopolitica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 1.

Il riferimento alla salute di quest'ultima è da inquadrarsi nel contesto in cui si sviluppa il discorso sulla legalizzazione dell'aborto sin dall'inizio degli anni '70 in Italia²⁹. Ad occupare la scena c'è la piaga degli aborti clandestini, da combattere sotto un duplice profilo: perché mettono in serio pericolo la salute della donna, ma anche perché, nel loro essere "fuori dalla legge", mantengono la decisione di abortire in uno spazio impenetrabile al diritto. La salute diventa allora il perno della disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza: è il bene da tutelare attraverso la regolazione di una procedura abortiva medicalizzata e la «giustificazione» che serve a ribadire che l'aborto non è, in nessun momento, nemmeno nei primissimi giorni della gestazione, una scelta di libera autodeterminazione della donna, ma il modo estremo in cui l'ordinamento accetta di proteggerne la salute quando è posta in «serio pericolo» dalla gravidanza³⁰. Di qui il ruolo del medico del consultorio che, certificando questo «serio pericolo», diviene attore insieme alla donna della decisione di abortire, compiendo un atto «specificamente e necessariamente» diretto a determinare l'interruzione della gravidanza³¹.

Ora è certamente vero che la nozione di salute accolta a questo proposito dalla legge è estremamente larga e perciò idonea ad includere la considerazione di aspetti non solo propriamente medici, ma anche attinenti alle condizioni economiche, sociali e familiari della donna o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, fino alla previsione di anomalie o malformazioni del concepito. In questa ampiezza ha sostan-

(29) In tema si veda ampiamente T. PITCH, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, Milano, Il Saggiatore, 1998, p. 70 ss.

(30) Parla, a questo proposito, di atteggiamento paternalistico del legislatore M.R. MARELLA, *Le donne*, in L. NIVARRA, *Gli anni Settanta del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 356. Sulla espulsione della questione dell'autodeterminazione dal panorama della disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza si vedano P. ZATTI, U.G. NANNINI, *Gravidanza (interruzione della)*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, Utet, 1990, p. 260.

(31) Per questo non sembra del tutto condivisibile la posizione assunta in proposito da D. PARIS, *L'obiezione di coscienza*, cit., p. 111, il quale, pur riconoscendo che la legge 194 afferma il diritto del medico obiettore di rifiutarsi di certificare lo stato di gravidanza e la richiesta della donna, sostiene che «il riconoscimento dell'obiezione di coscienza ai medici chiamati ad eseguire l'aborto è assai più giustificato e costituzionalmente dovuto di quanto non lo sia lo stesso riconoscimento per i medici chiamati ad accertare l'esistenza dei presupposti per autorizzare l'interruzione della gravidanza». Fino a che il legislatore non riconoscerà autonomo valore all'autodeterminazione della donna, il medico sarà chiamato a svolgere un ruolo diretto nella decisione abortiva.

zialmente trovato spazio l'autodeterminazione femminile, senza che però questa abbia mai potuto essere ufficialmente protagonista della scelta. Per poter ottenere l'interruzione della gravidanza la donna deve "travestire" la propria decisione con la "maschera" del serio pericolo per la sua salute fisica o psichica e in questo coinvolgere un medico che lo certifichi. Non si può qui non notare come proprio il contrasto fra una realtà di fatto, in cui è la donna a decidere, e una esigenza di diritto, in cui deve essere il pericolo per la salute a giustificare l'interruzione di gravidanza, renda l'attività del medico chiamato ad attestare l'esistenza dei presupposti per autorizzare l'intervento, diversa e specifica rispetto a quella a cui è solitamente chiamato. Nella sostanza anche il medico sa che ad essere in gioco è innanzi tutto la scelta della donna di diventare o meno madre, il desiderio o il rifiuto di una gravidanza. La salute è l'abito che rende praticabile per legge l'esercizio dell'autodeterminazione femminile nelle prime fasi di una gestazione. Il medico viene, quindi, di fatto chiamato, prima che ad "accertare", ad "accettare" che la donna scelga per sé.

Emerge qui con tutta la sua evidenza la contraddizione di una legge che non volendo riconoscere il collegamento fra autodeterminazione della donna e interruzione di gravidanza, autorizza di fatto chi non è d'accordo a rifiutarsi di impiegare la propria professionalità medica per consentire l'esercizio di un diritto³².

È evidente che le cose andrebbero diversamente e diversamente dovrebbe ricostruirsi l'obiezione di coscienza se la legge riconoscesse il fondamento di autodeterminazione che sta alla base della scelta di interruzione di gravidanza nel primo periodo di gestazione. Nel nostro Paese introdurre una simile modifica alla legge 194 avrebbe il pregio di restituire certezza e verità ad una disciplina che di fatto ammette, senza avere il coraggio di dirlo, che la donna possa decidere di interrompere la propria gravidanza nelle prime settimane di gestazione³³.

(32) Sul diverso modo di atteggiarsi dell'obiezione di coscienza nella vicenda dell'interruzione volontaria di gravidanza e sui limiti della sua estensione si vedano le convincenti considerazioni di P. VERONESI, *L'obiezione di coscienza e le riflessioni del giurista nell'area del biodiritto*, in *Criminalia*, 2012, p. 409.

(33) Configura il diritto di interrompere la gravidanza come una espressione della "libertà per-

Realtà vicine alla nostra come quella francese hanno già da tempo sposato questa soluzione. La cosiddetta legge *Veil*, del 17 gennaio 1975, consente alla donna di accedere all'interruzione di gravidanza nelle prime quattordici settimane allorché il suo stato la ponga in «*une situation de détresse*», ovvero in uno stato di angoscia e sofferenza che, come ha di recente ribadito il *Conseil constitutionnel*³⁴, spetta soltanto alla donna apprezzare³⁵. In Spagna, ai sensi dell'articolo 14 della *Ley organica* n. 2 del 2010, nell'arco del medesimo periodo preso in considerazione dalla legge francese, l'interruzione di gravidanza è rimessa alla “libera e informata scelta” della donna.

Se è la donna a scegliere, è evidente come non possa darsi obiezione di coscienza se non con stretto riferimento alle pratiche mediche abortive, a quelle, cioè, che materialmente provocano l'interruzione della gravidanza. Non sarebbe allora più giustificata una obiezione alla certificazione, dal momento che in questa pratica il medico non avrebbe alcun coinvolgimento diverso dal mettere a disposizione la sua professionalità per accertare una gravidanza in corso e stabilire la fase di gestazione. La scelta interruttiva sarebbe infatti una decisione riservata alla donna e non una soluzione consentita dall'ordinamento per scongiurare un serio pericolo per la sua salute certificato da un medico. In un quadro come questo, del resto, la situazione del professionista sanitario non sarebbe diversa da quella del giudice tutelare che autorizza la minorenni a richiedere l'interruzione volontaria di gravidanza. Per quest'ultimo, chiamato soltanto a verificare la capacità di agire della mi-

sonale”, negativa, in quanto libertà “da” la costrizione giuridica di divenire madre, L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e bioetica. La questione dell'embrione*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di Biodiritto*, Vol. I, Milano, Giuffrè, 2010, p. 248. Sul punto ampiamente anche M. DI MASI, *Obiezione di coscienza e interruzione volontaria di gravidanza: il Consiglio d'Europa ammonisce l'Italia*, cit.

(34) Decisione n. 2014/700 del 31 luglio 2014.

(35) Peraltro la possibilità di eliminare dalla legge il riferimento alla «*situation de détresse*» è stata oggetto di un dibattito parlamentare svoltosi in Francia all'inizio del 2014, anche a seguito dell'adozione, a novembre dello stesso anno, della *Proposition visant à réaffirmer le droit fondamental à l'interruption volontaire de grossesse en France et en Europe*, in cui si riafferma la natura di diritto fondamentale di tutte le donne francesi ed europee di accedere all'interruzione volontaria di gravidanza.

nore, non esiste la possibilità di una obiezione di coscienza³⁶. Non c'è obiezione, perché non c'è alcun coinvolgimento del giudice in una decisione che è ancora tutta ambientata nello spazio di autodeterminazione della donna.

Allo stato attuale, invece, l'autodeterminazione resta fuori dalla porta del consultorio, dove la decisione di abortire si trasforma in una scelta anche medica per la tutela della salute. Questo giustifica l'obiezione del medico alla certificazione, ma, si badi bene, solo a questa e a nessuna altra delle attività che si svolgono nei consultori familiari. Nessuna altra azione è, infatti, specificamente e necessariamente diretta a determinare l'interruzione di gravidanza. Nessun accertamento medico, nessuna informazione, nessuna attività di consulenza è rifiutabile da parte del personale.

6. *Quali soluzioni organizzative?*

Se allora quello attinente alle attività certificatorie, come si ritiene, è l'unico limite che l'amministrazione sanitaria incontra nell'organizzare i servizi che si svolgono nei consultori familiari, resta da comprendere come conciliare questa, allo stato legittima, omissione con le esigenze di presa in carico della donna che si rivolge al consultorio.

Certamente l'impiego di medici non obiettori è necessario, a costo, altrimenti, di rendere incompleto, come purtroppo avviene in molte realtà, il servizio offerto.

In questa prospettiva la soluzione, ipotizzata dalla Regione Puglia nel 2010, di bandire un concorso per l'assunzione di non obiettori appare giustificata, se pure limitatamente ai soli medici. Al di fuori della certificazione non appaiono sussistere altre attività suscettibili di obiezione e, quindi, effettivamente, non si giustifica la richiesta di personale ostetrico non obietto per i consultori.

Resta da comprendere come articolare la riserva di assunzione. A questo proposito è stata ipotizzata la possibilità di riservare la metà dei po-

(36) La Corte costituzionale a questo proposito è stata chiara: al giudice non spetta riscontrare l'esistenza dei requisiti che consentono di interrompere la gravidanza, ma unicamente riconoscere la capacità di agire della minore. Così nella sent. n. 196 del 1987, ma dello stesso tenore sono anche Corte cost. sent. n. 514 del 2002 e ord. n. 126 del 2012.

sti in organico a non obiettori³⁷. La soluzione appare praticabile, anche se non si ignorano le difficoltà relative ai limiti che le amministrazioni incontrano nel definire i propri organici. In altri termini, se il posto vacante fosse solo uno, non sarebbe possibile, né opportuno raddoppiare le esigenze di personale solo per garantire parità di accesso agli obiettori rispetto ai non obiettori. Non si può escludere, quindi, che a fronte di esigenze specifiche in cui appaia necessario per la garanzia dell'effettività dei servizi consultoriali assumere un medico e uno solo, questo posto possa essere riservato ad un non obiettore³⁸. Diversamente la doverosità nell'assicurazione delle prestazioni, che, come abbiamo visto, grava sulla struttura sanitaria, si tramuterebbe in una sorta di "*obligatio diabolica*", impossibile, cioè, da realizzare.

Altra questione riguarda la revoca della non obiezione da parte del medico del consultorio, o, per meglio dire, la praticabilità di una obiezione successiva all'assunzione. Si potrebbe qui ritenere, e non senza fondamento, che la possibilità di obiettare non si dia a chi è stato assunto proprio in virtù della sua disponibilità all'esercizio di tutte le attività previste dalla legge con riferimento all'interruzione volontaria di gravidanza. Del resto non è mancato chi ha ipotizzato la limitazione della possibilità di obiettare soltanto a coloro che fossero stati assunti prima dell'entrata in vigore della legge 194 e, quindi, quando le pratiche abortive non facevano parte dei servizi sanitari³⁹.

(37) Così lo stesso TAR Puglia, Bari, sez. II, sent. 14 settembre 2010, n. 3477, cit.

(38) Sulla legittimità della clausola della non obiezione in un bando di concorso TAR Emilia-Romagna, Parma, 13 dicembre 1982, n. 289. *Contra* TAR Liguria, 3 luglio 1980, n. 396. In dottrina, V. PACILLO, *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 211. In dottrina ritengono legittima l'introduzione della clausola della non obiezione nel bando di concorso A. PUGIOTTO, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, UTET, 1995, p. 251 e, se pure con qualche precauzione, D. PARIS, *Riflessioni di diritto costituzionale sull'obiezione di coscienza all'interruzione volontaria della gravidanza a 30 anni dalla legge n. 194 del 1978*, in *Quad. reg.*, 2008, p. 1093. Per una opinione contraria si veda, invece, M. ZANCHETTI, *La legge sull'interruzione della gravidanza*, Cedam, Padova, 1992, p. 250.

(39) In questo senso anche S. RODOTÀ, *Obiezione di coscienza e diritti fondamentali*, in P. BORSSELLINO, L. FORNI, S. SALARDI (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, in *Notizie di Politeia*, 101, 2011, p. 36. Interessante a questo proposito è anche il riferimento alla possibilità di leggere in termini di abuso del diritto il disallineamento fra la funzione astratta e l'impiego concreto dell'esercizio dell'obiezione di coscienza fatto da F. GRANDI, *Doveri costituzionali e*

Al tempo stesso non si può trascurare la circostanza per cui la percezione della contrarietà alla propria coscienza di certe attività possa subentrare proprio attraverso la pratica che queste comportano⁴⁰. Quindi, di fronte ad una possibile obiezione successiva all'assunzione, all'amministrazione si ripropone il medesimo problema organizzativo, di fronte al quale potrà e dovrà individuare soluzioni quali, ad esempio, il trasferimento del medico obiettore per liberare in organico un posto per un nuovo non obiettore. Né si potrebbe qui lamentare un trattamento deteriore per chi abbia deciso di obiettare. Fermo restando il fatto che un trasferimento per ragioni organizzative è sempre possibile, occorre anche considerare come un certo "aggravio" nella prestazione sostitutiva richiesta sia ritenuto condivisibilmente possibile per chi abbia deciso di obiettare. Un aggravio che qualcuno ha sostenuto dover essere tanto più pesante quanto più grave appare il rischio di disfunzione organizzativa che l'obiezione comporta⁴¹. E non c'è dubbio che la disfunzione creata dall'obiezione di coscienza di chi sia stato assunto in quanto non obiettore sia fra le più consistenti per l'organizzazione della struttura. Nell'ottica di una valorizzazione della responsabilità organizzativa dell'amministrazione sanitaria, anche in termini di riconoscimento ad essa degli strumenti necessari ad adempiere ai doveri di garanzia delle prestazioni che su di essa gravano, occorre aggiungere qui, a conclusione del discorso, un'ultima considerazione. L'attenzione che in questa sede si è data ad un singolo adempimento, quello relativo alla certificazione della gravidanza e delle condizioni che consentono la richiesta di interruzione della stessa, non deve far dimenticare come, quando ci si interroga sui doveri organizzativi dell'amministrazione sanitaria, occorra dare rilievo all'intero percorso che la persona svolge all'interno di una struttura⁴².

obiezione di coscienza, cit. e *Id.*, *Aborto farmacologico e attività di secondamento: la disobbedienza intermittente nella dimensione dei doveri*, in www.rivistaaic.it, 4, 2013, p. 7 ss.

(40) P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, cit., p. 149, ritiene, infatti, che non si possa impedire la proposizione dell'obiezione in un momento successivo all'assunzione e ritiene che la clausola della "non obiezione" possa essere legittimamente inserita soltanto nei contratti a tempo determinato.

(41) In questo senso F. ONIDA, *Contributo ad un inquadramento giuridico del fenomeno delle obiezioni di coscienza (alla luce della giurisprudenza statunitense)*, in *Dir. eccl.*, 1985, p. 249.

(42) Per un ragionamento più ampio su questi aspetti si veda A. PIOGGIA, *Questioni di bioetica*

Se pure a piccoli passi, il diritto di chi entra in relazione con una amministrazione preposta alla cura della salute va arricchendosi di pretese che mettono progressivamente in luce un dovere organizzativo che non si esaurisce ed estingue con la semplice erogazione delle singole prestazioni mediche dovute. Chi si rivolge alla sanità pubblica per veder soddisfatto un proprio diritto non perde per ciò stesso tutti gli altri, ivi compresa la propria autodeterminazione. È proprio a partire dalla stretta interconnessione fra questa e il diritto alla salute che di recente con una articolata e meditata sentenza il Consiglio di Stato⁴³ ha affermato che le strutture sanitarie sono tenute ad una «prestazione complessa che va dall'accoglimento del malato alla comprensione delle sue esigenze e dei suoi bisogni, dall'ascolto delle sue richieste alla diagnosi del male, dall'incontro medico/paziente alla nascita, all'elaborazione di una strategia terapeutica condivisa, dalla formazione del consenso informato all'attuazione delle cure previste e volute, nella ricerca di un percorso anzitutto esistenziale prima ancor che curativo, all'interno della struttura sanitaria, che abbia nella dimensione identitaria del malato, nella sua persona e nel perseguimento del suo benessere psico-fisico, il suo fulcro e il suo fine».

In questo quadro l'idea stessa che incontrare personale obiettore in un consultorio pubblico possa voler dire dover ricominciare da capo, subire lo strazio di sentirsi rifiutate sin dall'inizio, ricevere di fatto «una porta in faccia» non sembra più in alcun modo accettabile. L'amministrazione sanitaria deve farsi carico di questo, non soltanto garantendo una prestazione, ma provvedendo affinché questa sia inserita in un percorso in cui l'accoglimento, la comprensione, l'ascolto a cui ha fatto riferimento il Consiglio di Stato, non siano di fatto vanificati da comportamenti che pretendono di trovare la propria giustificazione nell'obiezione di coscienza. In tale prospettiva è allora evidente non solo che occorranza medici non obiettori nei consultori, ma anche che occorra vigilare perché il personale che ha fatto obiezione non si sottragga ai propri compiti e sanzionare con fermezza gli eventuali inadempimenti.

nell'organizzazione delle strutture sanitarie, in *Dir. Pubbl.*, 2008, p. 407 e *Id.*, *Diritti umani e organizzazione sanitaria*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2011, p. 21.

(43) Cons. Stato, sez. III, sent. 2 settembre 2014, n. 4460, cit.

La sicurezza dei farmaci in Italia, tra vincoli sopranazionali e riparto interno di competenze

Giulia Massari

L'articolo trae spunto da un episodio riportato dai media nazionali nell'autunno 2014, quando l'Agenzia Italiana del Farmaco, a fronte di segnalazioni di morti sospette verificatesi in concomitanza temporale con la somministrazione di un vaccino antinfluenzale, diramava il divieto di utilizzo di due lotti del medesimo. Con l'obiettivo di analizzare la reazione delle Regioni al comunicato dell'Agenzia, il contributo indaga prioritariamente l'organizzazione complessiva del sistema di farmacovigilanza, muovendo dalla dimensione internazionale per giungere a quella europea e, infine, alla struttura italiana, influenzata in larga misura dai livelli superiori di regolazione. Una volta delineata la fitta rete di vincoli cui lo Stato è sottoposto, il saggio si sofferma sulle relazioni "discendenti", tra lo Stato e le Regioni, e mira a chiarire se a queste ultime sia riservato un margine di autonomia nelle scelte attinenti alla farmacovigilanza o se il loro ruolo sia esclusivamente ancillare e di supporto alle decisioni di matrice statale.

1. Il caso

“Vaccino antinfluenza, tre morti sospette: AIFA blocca due lotti di Flud”, “Nuove morti sospette, possibili altre sospensioni”, “Serie di morti dopo il vaccino. È panico, le Regioni nel caos”, “Blocco vaccini: Agenzia europea del farmaco scagiona Flud”, “Vaccini, negativi tutti i test sul Flud”¹. Bastano pochi titoli di giornale per riassumere efficacemente le vicende di cui si è reso involontario protagonista, al termine dell'autunno scorso, il vaccino antinfluenzale Flud, prodotto dall'azienda farmaceutica

(1) I titoli sono tratti, rispettivamente, da: *Il Messaggero.it*, 27 novembre 2014; *Il Sole 24 Ore*, 29 novembre 2014; *Il Giornale.it*, 29 novembre 2014; *La Repubblica.it*, 3 dicembre 2014; *La Stampa*, 23 dicembre 2014.

Novartis. La psicosi collettiva è deflagrata dopo il comunicato stampa dell'Agencia Italiana del Farmaco (d'ora in avanti, AIFA o Agenzia) del 27 novembre 2014, con il quale essa rendeva noto che, «in concomitanza temporale con la somministrazione di dosi provenienti dai due lotti 142701 e 143301 del vaccino antinfluenzale Fluad», si erano verificati «quattro eventi avversi gravi o fatali». In ragione delle segnalazioni pervenute, l'AIFA disponeva appunto, a scopo cautelativo, il divieto di utilizzo dei lotti indicati, inoltrando il relativo provvedimento alle Regioni, tramite posta elettronica certificata². Nella giornata del 28 novembre 2014 venivano inserite nella Rete Nazionale di Farmacovigilanza altre otto segnalazioni di decessi di persone vaccinate nei giorni precedenti con dosi di Fluad, dosi appartenenti anche a lotti diversi da quelli già dichiarati interdetti. Anziché estendere *tout court* il divieto di utilizzo a tali differenti lotti, l'Agenzia riteneva opportuno procedere a una preventiva verifica caso per caso delle segnalazioni, ferma la contestuale valutazione del nesso di causalità tra somministrazioni di vaccino e decessi.

Frattanto, conformemente a quanto statuito dall'AIFA, tutte le Regioni ritiravano dal commercio i due lotti sospetti. Alcune, però, andavano oltre: il Lazio, per esempio, che deliberava il divieto di utilizzo di *tutti* i lotti di vaccino a marchio Fluad³, e la Liguria, ove l'Assessore alla Salute proclamava addirittura la momentanea sospensione dell'intera campagna vaccinale antinfluenzale, sospensione durata per vero lo spazio di un pomeriggio⁴.

A distanza di pochi giorni, il 3 dicembre 2014, interveniva sulla questione anche il Comitato di valutazione dei rischi per la farmacovigilanza (PRAC), riunito presso l'Agenzia europea dei medicinali (EMA), rilevando come non vi fosse alcuna evidenza che le morti registrate in Italia de-

(2) Come la stessa AIFA ha avuto modo di precisare con successivo comunicato stampa (n. 405 del 29 novembre 2014), per mettere a tacere le polemiche sollevate da alcune Regioni in ordine alla tempestività dell'informazione.

(3) Nota prot. n. 664796/GR/11/02 del 28 novembre 2014 a firma del Direttore della Direzione Regionale Salute e Integrazione Sociosanitaria, avente ad oggetto "Ritiro cautelativo vaccino antinfluenzale FLUAD".

(4) Lo ha dichiarato lo stesso Assessore alla Salute della Liguria, Claudio Montaldo, ai microfoni di Telenord Liguria, il 28 novembre 2014.

rivassero dall'assunzione di Fluad. Il rientro dell'allarme sanitario, tuttavia, va ascritto unicamente all'esito favorevole delle analisi effettuate dall'Istituto Superiore di Sanità, attestanti la conformità ai parametri attesi e la conseguente sicurezza del vaccino: gli eventi fatali, seppur in concomitanza temporale con la somministrazione di questo, ne erano del tutto indipendenti sul piano causale. Dopo la comunicazione delle risultanze dei test, datata 23 dicembre 2014, l'AIFA rimuoveva così il divieto di utilizzo dei due lotti in precedenza bloccati.

Consideratone anche l'epilogo, la vicenda del ritiro dal commercio di dosi di vaccino antinfluenzale non assume, in sé, rilievo peculiare⁵, ma offre il destro per svolgere qualche riflessione su un insieme di attività tanto raffinate quanto articolate, le attività di vaccinosorveglianza e, più in generale, di farmacovigilanza. Il sistema di farmacovigilanza è il prototipo del sistema di *governance* multilivello, ove cioè diversi operatori, nazionali e sovranazionali, si trovano a interagire e a confrontarsi, in un viluppo inestricabile di competenze. Il rischio, in un meccanismo siffatto, è che la medesima competenza sia contesa tra più soggetti o che, viceversa, sia da tutti trascurata: di qui la condivisa necessità di fissare un riparto quanto mai puntuale e in linea di principio inderogabile. Quali sono, dunque, attualmente, i compiti dell'AIFA in materia? E quali i margini di autonomia delle Regioni? In particolare, è ammesso che gli organi regionali trascendano le prescrizioni dell'Agenzia, come è successo nel "caso Fluad"? Come si inquadrano, poi, gli attori italiani nel panorama europeo e internazionale? Le considerazioni che seguiranno ambiscono, quanto meno, a dissipare le nebbie più fitte.

2. Il contesto globale

Prendendo a prestito le parole dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, la farmacovigilanza è intesa come «la scienza e l'insieme di attività connesse al rilevamento, alla valutazione, alla comprensione e alla prevenzione delle reazioni avverse o di ogni altra complicazione derivan-

(5) Peraltro, i vaccini antinfluenzali dell'azienda farmaceutica Novartis erano stati oggetto di analogo provvedimento di divieto di utilizzo già nell'ottobre 2012, a causa di un'anomalia segnalata dalla ditta produttrice medesima.

te dall'assunzione di medicinali»⁶. Le attività in questione si collocano in un momento successivo rispetto alla commercializzazione del farmaco, quando cioè quest'ultimo è ormai accessibile al grande pubblico: i severi *trial* clinici che precedono il rilascio dell'autorizzazione all'immissione in commercio (AIC) del dispositivo, infatti, non sono comunque in grado di garantirne la totale sicurezza, poiché, prima del provvedimento autorizzativo, esso viene sperimentato su un campione circoscritto di pazienti, per brevi periodi di tempo e dietro stretto controllo medico⁷. È ben possibile, quindi, che effetti collaterali o reazioni avverse si verificino soltanto dopo l'apertura al mercato, ove gli utilizzatori sono più numerosi, più eterogenei e senz'altro meno seguiti⁸.

Affinché i regolatori nazionali e internazionali sviluppassero sul punto una concreta sensibilità, tuttavia, è stato necessario attendere una catastrofe di proporzioni colossali, il cosiddetto "disastro del Talidomide"⁹. Prodotto in Germania a partire dal 1957 e distribuito in Paesi anche extraeuropei, il Talidomide era prescritto alle donne in gravidanza come antiemetico e il suo assorbimento da parte del feto provocò la nascita di migliaia di bambini focomelici e micromelici, ovvero con arti solo in parte sviluppati. Prima che il farmaco fosse ritirato dal commercio tra-

(6) Libera traduzione dall'inglese dal sito della *World Health Organization* (www.who.int), ma la definizione è risalente.

(7) Lo spiegano A.S. DELL'ERBA e G. PEPE, *Farmacovigilanza: indagine conoscitiva sul livello di informazione dei sanitari*, in *Riv. It. Medicina Legale*, 1999, p. 1163. In precedenza, addirittura, la sperimentazione clinica si effettuava unicamente sugli animali, ragion per cui la dottrina aveva ad affermare che «il momento iniziale dell'attività di farmacovigilanza coincide con quello della prima somministrazione di una nuova sostanza al paziente uomo»: così V. FROSINI, *Aspetti giuridici della informazione farmacologica e della farmacovigilanza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1987, p. 745.

(8) Come fanno notare anche i rappresentanti della celebre agenzia statunitense *Food and Drug Administration*, «... *the immense biological subtlety of human pharmaceuticals often cannot practically or adequately be detected in formal clinical studies*»: M.A. FRIEDMAN, J. WOODCOCK, M.M. LUMPKIN, J.E. SHUREN, A.E. HASS, L.J. THOMPSON, *Reply to P. Lurie and L.D. Sasich, Safety of FDA-Approved Drugs*, in *The Journal of American Medical Association*, 1999, 282 (24), pp. 2297-2298.

(9) Così qualificato da R.H.B. MEYBOOM, A.C.G. HEGBERTS, F.W.J. GRIBNAU, Y.A. HEKSTER, *Pharmacovigilance in Perspective*, in *Drug Safety*, 1999, p. 439 e dalla maggior parte della dottrina internazionale. Secondo L. BENCI, *La prescrizione e la somministrazione di farmaci. Responsabilità giuridica e deontologica*, ed. digitale, 2014, pp. 11-12, «da un punto di vista storico» l'origine della farmacovigilanza va ricondotta proprio alla vicenda del Talidomide.

scorsero quattro anni, cinque in Italia, evidentemente a cagione della mancanza di un efficace apparato di monitoraggio, confronto e valutazione del nesso di causalità con le malformazioni dei neonati, che pure si riscontravano nella quasi totalità dei casi di trattamento della madre con Talidomide¹⁰.

Lo sgomento, appunto, indusse gli Stati membri dell'Organizzazione Mondiale della Sanità ad inserire il problema nella lista delle priorità e ad affrontarlo apertamente in occasione delle *World Health Assemblies*, a cominciare dall'incontro del 1962¹¹. Nel 1965, l'Assemblea, «*convinced of the urgent need for the international collection and distribution of information on adverse drug reactions*», invitò gli Stati ad attivare il prima possibile reti nazionali di monitoraggio, che potessero convergere in un sistema internazionale sotto l'egida dell'Oms, sulla falsariga della *post-marketing surveillance* già operante negli Stati Uniti attraverso la *Food and Drug Administration*¹². Il progetto pilota per la realizzazione del livello internazionale prese avvio in Virginia nel febbraio 1968, a seguito della risoluzione WHA 20.51 del 1967, proprio grazie al supporto organizzativo e finanziario del Governo statunitense. Alla fase sperimentale, durata due anni, parteciparono dieci Paesi, tutti già dotati di centri di monitoraggio interni e di sistemi embrionali di farmacovigilanza¹³, la cui omogeneizzazione rappresentava il vero traguardo dello sforzo collettivo: bisognava imparare a parlare un linguaggio comune, prima di ambire a scambiare, catalogare e comparare informazioni.

I buoni risultati ottenuti nel biennio convinsero l'Oms a potenziare il progetto, trasferendo il polo operativo nel proprio quartiere generale di Ginevra (1970), e invogliarono un numero sempre crescente di Stati ad

(10) In disparte, naturalmente, ogni commento sulla fase di sperimentazione *pre-marketing*.

(11) A cominciare, dunque, dalla XV *World Health Assembly*, con la risoluzione WHA 15.41.

(12) In *Official Records of the World Health Organization*, No. 143, 1965, WHA 18.42.

(13) Tra i quali, ad esempio, il Regno Unito, che già nel 1964 aveva predisposto il sistema della "*Yellow Card*", a disposizione dei medici per segnalare ad apposita Commissione i casi di sospette reazioni avverse conseguenti all'assunzione di medicinali da parte dei pazienti: cfr. S. DAVIS, B. KING, J.M. RAINE, *Spontaneous Reporting – UK*, in R.D. MANN, E. ANDREWS (eds.), *Pharmacovigilance*, Chichester, Wiley, 2007, p. 199 ss.

aderirvi¹⁴. Nel 1978, a tre anni dall'ingresso dell'Italia nel *network*, intervennero nuove, importanti metamorfosi: con l'ulteriore spostamento della sede a Uppsala, la promozione e il finanziamento del programma passarono nelle mani del Governo svedese, ferma la stretta collaborazione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, e il *WHO Research Center for International Monitoring for Adverse Reactions to Drugs* si riconvertì nel *Who Collaborating Center for International Drug Monitoring*, conosciuto come *Uppsala Monitoring Center* (UMC), tuttora snodo universale della farmacovigilanza.

Attualmente, compete al Centro di Uppsala la gestione di *VigiBase*[®], la vastissima banca dati formatasi nel corso di quasi mezzo secolo, in costante implementazione attraverso le segnalazioni di reazioni avverse a farmaci e a vaccini, accertate o presunte, che gli Stati partecipanti – divenuti ormai centoventi¹⁵ – trasmettono a cadenze regolari¹⁶. A sua volta, l'UMC si avvale del supporto del *Council for International Organizations of Medical Sciences* (CIOMS), organizzazione non-profit creata nel 1949 per la diffusione di una corretta informazione scientifica in campo biomedico e attiva sin dalla fine degli anni Settanta sul versante della farmacovigilanza, con un'attenzione particolare all'armonizzazione interstatuale delle procedure di *reporting*¹⁷. Si deve ad un gruppo di lavoro istituito nel 2005 dal CIOMS insieme all'Organizzazione Mondiale della Sanità, ad esempio, l'approfondimento dello studio della vaccinosorveglianza, con la predisposizione di definizioni standard in ambito di reazioni avverse all'immunizzazione: «nello stabilire questo gruppo di lavoro congiunto – recita, infatti, la relazione conclusiva – sia l'Organizza-

(14) Per una panoramica esaustiva sulla formazione e l'evoluzione del programma di monitoraggio promosso dall'OMS si veda J. VENULET, M. HELLING-BORDA, *WHO's International Drug Monitoring – The Formative Years, 1968-1975*, in *Drug Safety*, 2010, 33 (7), p. 1 ss.

(15) Oltre ai ventinove Paesi "affiliati", impegnati a uniformare i propri meccanismi di *reporting* ai parametri richiesti, in vista dell'acquisizione dello *status* di membri a tutti gli effetti. I numeri, riferiti a dicembre 2014, sono tratti dal sito www.who-umc.org.

(16) Il funzionamento della banca dati è descritto sinteticamente da M. LINDQUIST, *VigiBase, the WHO Global ICSR Database System: Basic Facts*, in *Drug Information Journal*, vol. 42, 2008, p. 409 ss.

(17) S. RODEN, T. GIBBS, *CIOMS Working Groups and their Contribution to Pharmacovigilance*, in R.D. MANN, E. ANDREWS (eds.), *Pharmacovigilance*, cit., p. 287 ss.

zione Mondiale della Sanità sia il CIOMS hanno riconosciuto la specialità dei vaccini rispetto agli altri medicinali e hanno fornito risposte alle specifiche esigenze di monitoraggio e valutazione della loro sicurezza»¹⁸.

3. *La normativa nazionale: resoconto di un moto perpetuo*

3.1. *I primi passi*

Tutti i principi, le linee guida e le buone pratiche in materia di farmacovigilanza e vaccinosorveglianza elaborati a livello internazionale dagli enti citati ma anche da innumerevoli altri organismi, cui in questa sede non è possibile neppure accennare¹⁹, hanno come destinatari principali, naturalmente, gli Stati. Senza un coinvolgimento diretto degli Stati nel monitoraggio degli eventi sfavorevoli susseguenti all'assunzione di farmaci o alla somministrazione di vaccini, senza serie politiche nazionali tese a semplificare le procedure di segnalazione e a promuoverne l'utilizzo, regole e raccomandazioni si tradurrebbero in meri esercizi di stile. D'altronde, nel quadro della tutela della salute pubblica che ogni Stato è chiamato a garantire sul proprio territorio, un controllo efficace delle reazioni avverse non può che essere obiettivo primario dei Governi lungimiranti, vista l'incidenza che queste esercitano sulla spesa sanitaria interna: secondo la *European Medicines Agency*, il 5% delle ospedalizzazioni è dovuto ad *Adverse Drug Reactions* (ADRS) e proprio le ADRS si classificano al quinto posto tra le cause di morte della popolazione europea, con circa 197.000 decessi ogni anno²⁰.

(18) Traduzione libera da CIOMS, WHO (eds.), *Definition and Application of Terms for Vaccine Pharmacovigilance*, Genève, 2012, p. 28. Qualche pagina prima, la stessa relazione spiega che la società nutre aspettative molto elevate circa la sicurezza dei vaccini, poiché questi hanno costituito uno dei maggiori successi delle politiche pubbliche in materia di sanità, debellando malattie pericolose ed altamente infettive, e si eseguono su individui, spesso su bambini, in principio in buone condizioni di salute (p. 18).

(19) Si menzionano soltanto la *International Conference on Harmonisation of Technical Requirements for Registration of Pharmaceuticals for Human Use* (ICH), per l'uniformazione delle procedure di registrazione dei farmaci e di inserimento delle informazioni nelle banche dati, e la *Brighton Collaboration*, per il rafforzamento delle tecniche di vaccinosorveglianza e la predisposizione di un lessico scientifico di riferimento.

(20) EMA, *One-year report on human medicines pharmacovigilance tasks of the European Medicines Agency*, London, 2014, p. 8. Dal canto suo, la *Food and Drug Administration* ha stima-

L'Italia, anche sulla scorta di simili valutazioni, iniziò ad interessarsi agli effetti nocivi dei farmaci, seppure a piccoli e gradualmente passi, già prima che l'Europa intervenisse dettagliatamente nel campo della farmacovigilanza²¹; tuttavia, al momento dell'adesione al Programma internazionale dell'Organizzazione Mondiale della sanità, avvenuta come si è visto nel 1975, il nostro Paese non disponeva di un sistema strutturato di sorveglianza *post-marketing*, né di una cultura giuridico-scientifica mirata. All'epoca, le uniche prescrizioni davvero inquadrabili nel settore in esame erano contenute in tre circolari del Ministero della sanità, *in primis* nella n. 7 del 16 gennaio 1965, che invitava i medici ospedalieri a segnalare con tempestività al Ministero stesso qualsiasi effetto tossico che si fosse manifestato durante il trattamento con prodotti farmaceutici, soprattutto se di recente introduzione²². In assenza di meccanismi sanzionatori per gli inadempienti o, viceversa, di disposizioni incentivanti per i volenterosi, le circolari rimasero di fatto lettera morta.

Quanto agli atti di rango legislativo, la previsione più pregnante era costituita dall'art. 1 della legge 7 agosto 1973, n. 519, che inseriva tra i compiti del riformato Istituto Superiore di Sanità l'«accertamento della composizione e della innocuità dei prodotti farmaceutici di nuova istituzione prima della sperimentazione clinica sull'uomo» (lett. *l*)), previsione, peraltro, resa esecutiva solo quattro anni dopo, con il decreto del Ministero della sanità del 28 luglio 1977 e il correttivo del 25 agosto seguente. Il legislatore, in tal caso, era effettivamente animato dallo scrupolo di accertare la sicurezza dei farmaci, ma in una fase ancora antecedente alla loro commercializzazione, concentrandosi tutte le premure sul corretto svolgimento della “sperimentazione” clinica sull'essere uma-

to che il costo della gestione delle reazioni avverse da farmaci, negli Stati Uniti, si attesta sui 136 miliardi di dollari all'anno, una cifra più elevata del costo complessivo per l'assistenza cardiovascolare e diabetica, e che un caso su cinque di morte o di lesione grave sia originato da una ADR (dati tratti dal sito istituzionale della FDA, confermati, tra gli altri, da D.F. THOMPSON, R.P. SHARP, *Identification and Reduction of Adverse Drug Reactions*, in *Journal of Healthcare Leadership*, 2, 2010, pp. 43-48).

(21) È ben vero, però, che la regolazione farmaceutica, a livello di Comunità economica europea, ha preso avvio nel 1965, con la decisione di sottoporre i medicinali ad autorizzazione prima della loro immissione sul mercato (direttiva 65/65/CEE).

(22) Ma si vedano altresì le successive circolari n. 123/1966 e n. 98/1969, di analogo tenore.

no: la farmacovigilanza – ormai è chiaro – risponde a istanze ben diverse. Non colse il punto neppure la legge 883/1978, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, poiché, in modo assai vago, si limitava a propugnare «una disciplina della sperimentazione, produzione, immissione in commercio e distribuzione dei farmaci e dell'informazione scientifica sugli stessi, diretta ad assicurare l'efficacia terapeutica, la non nocività e la economicità del prodotto» (art. 2, n. 7), per poi individuare nel prosieguo i soggetti competenti a fornire al pubblico la suddetta informazione scientifica (cfr. artt. 29-31).

Una seria presa di coscienza da parte del regolatore italiano giunse, invece, negli anni Ottanta, come dimostrò sin dal principio il decreto ministeriale 20 marzo 1980²³. Il provvedimento, infatti, impose ai titolari di autorizzazione alla produzione e al commercio di specialità medicinali nazionali o estere di trasmettere al Ministero della sanità, per ogni specialità registrata a proprio nome, un rapporto informativo periodico, contenente «la specificazione della natura e della frequenza degli eventuali effetti tossici e secondari, sia locali che generali, conseguenti o comunque correlabili con l'impiego del farmaco, di cui i responsabili dell'impresa *fossero* venuti a conoscenza per diretta comunicazione della classe medica o per il tramite degli informatori scientifici o in qualunque altro modo» (art. 2). La norma, rivolta alle aziende farmaceutiche e non più in via diretta ai sanitari, poteva contare, ora sì, su una sanzione di sicuro effetto persuasivo, quale la revoca dell'autorizzazione all'immissione in commercio; il suo limite, per contro, era dato dalla circoscritta applicazione temporale, incidendo essa esclusivamente sui medicinali registrati dopo la propria entrata in vigore e conservando valore impositivo solo per i primi cinque anni di registrazione di ciascun prodotto.

In attesa che intervenisse il d.m. 28 luglio 1984 a rimuovere questo vincolo, un altro decreto del Ministero della sanità, datato 23 giugno 1981, esortò i medici alla compilazione delle schede di segnalazione delle reazioni indesiderate connesse all'utilizzo di farmaci, schede che poi, appunto, sarebbero state raccolte dalle imprese titolari di Aic per il succes-

(23) Abrogato dal d.P.R. 25 gennaio 1991, n. 93 (v. nota successiva).

sivo inoltre alla Direzione ministeriale (art. 8). Il menzionato testo del 1984, oltre a slegare l'obbligo in capo alle aziende da qualsivoglia demarcazione temporale, aggiunse tra i documenti da trasmettere al Ministero i moduli predisposti dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, debitamente compilati dalle aziende medesime.

Chiarito una volta per tutte che la pericolosità dei medicinali non può dirsi esclusa sol che questi abbiano superato con successo la fase sperimentale, cominciava dunque a prendere forma un congegno stabile di monitoraggio, anche successivo al loro ingresso sul mercato. Con il d.l. 30 ottobre 1987, n. 443, convertito, con modificazioni, dalla legge 531/1987, proprio il termine "farmacovigilanza" fece la sua comparsa nella legislazione italiana: l'art. 9, comma 1, teneva infatti a precisare che i medicinali sarebbero stati «sottoposti a farmacovigilanza secondo le disposizioni del presente articolo»²⁴. In base ad esso, fermo quanto già previsto per le ditte farmaceutiche, anche le Unità sanitarie locali furono gravate dell'invio al Ministero di una relazione semestrale circa gli «effetti tossici e secondari» osservabili durante il trattamento con farmaci, effetti che, a loro turno, *tutti* i medici curanti erano tenuti a comunicare alle Usl territorialmente competenti, entro dieci giorni o, nei casi mortali o di particolare gravità, entro ventiquattro ore dalla conoscenza degli stessi. Per la prima volta, inoltre – e il punto è fondamentale –, piena dignità venne conferita alle segnalazioni di reazioni avverse effettuate senza intermediazioni dai cittadini, parimenti raccolte dalle Usl del territorio. Sorse, così, in Italia prima che in molti altri Paesi europei, la prassi della segnalazione spontanea, che tanta parte ha avuto e continua ad avere nell'evoluzione e nel potenziamento delle attività di verifica dei medicinali in commercio.

L'intera mole di schede e di rapporti redatti dalle aziende titolari di Aic, dalle Unità sanitarie locali (attraverso i medici curanti) e dai cittadini, quindi, confluiva presso la Direzione generale del servizio farmaceutico, una delle sette Direzioni generali in cui si articolava il Ministero della sanità, che provvedeva a notificarla all'Organizzazione Mondiale della Sanità per l'inserimento nella banca dati internazionale. L'incremento con-

(24) L'art. 9 del d.l. 443/1987 ha ricevuto esecuzione con il d.P.R. 25 gennaio 1991, n. 93, quest'ultimo poi abrogato dal d.lgs. 8 aprile 2003, n. 95.

tinuo delle informazioni in arrivo e la loro crescente complessità sotto il profilo tecnico-scientifico, peraltro, imposero la creazione di un organismo consultivo altamente qualificato, tenuto a rendere, «a richiesta del Ministro della Sanità, parere su tutte le questioni relative alla farmaceutica» e, in particolare, preposto alla valutazione della «rispondenza delle specialità medicinali ai requisiti richiesti dalle disposizioni di legge e dalle direttive emanate dalla Comunità europea»: era la Commissione Unica del Farmaco (CUF), che mosse i primi passi nel 1993, grazie al d.lgs. n. 266.

3.2. *Le sollecitazioni del regolatore europeo*

Il 1993 segnò una tappa ancora più decisiva per lo sviluppo della farmacovigilanza, italiana e non solo. Se fino a quel momento, infatti, l'allora Comunità economica europea si era concentrata, quanto ai farmaci per uso umano, sulle procedure di autorizzazione all'immissione in commercio²⁵ – pur rilevanti, di riflesso, anche per la fase *post-marketing* – fu soltanto a partire dal 1993, con la direttiva n. 39 del 14 giugno e il regolamento n. 2309 del 22 luglio, che essa intervenne specificamente sulla fase successiva all'ottenimento dell'Aic. Anche sotto il profilo della farmacovigilanza, dunque, l'Italia, al pari degli altri Stati membri, ebbe a confrontarsi con un ulteriore livello di regolazione, più cogente e pervasiva rispetto a quella promanante dal diritto internazionale. Nella fattispecie, la direttiva n. 93/39/CEE, introducendo gli artt. 29-*bis* - 29-*decies* nella direttiva n. 75/319, stabilì, senza margini di equivoco, che «gli Stati membri *istituissero* un sistema di farmacovigilanza allo scopo di raccogliere informazioni utili per la sorveglianza dei medicinali, in particolare per quanto riguarda gli effetti collaterali negativi dei medicinali per l'uomo» (art. 29-*bis*); rese obbligatoria, per ciascuna società farmaceutica responsabile dell'immissione in commercio, l'individuazione di una persona addetta alla farmacovigilanza, che assicurasse la continuità del flusso informativo tra impresa e consumatori e redigesse un rap-

(25) Con la già menzionata direttiva n. 65/65/CE (v. nota 20) e con le direttive nn. 66/454, 75/318, 75/319, 83/570, 87/21, 89/341. Per una ricostruzione della normativa europea inerente all'obbligo della previa autorizzazione da parte delle competenti autorità nazionali al fine di immettere in commercio le specialità medicinali, si veda M. GNES, *Farmaci*, in M.P. CHITTI, G. GRECO (dir.), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte speciale, Tomo II, Milano, Giuffrè, 2007, p. 1075 ss., spec. pp. 1077-1082.

porto dettagliato sui presunti effetti collaterali registrati, da inviare alle autorità competenti (art. 29-*quinquies*); onerò gli Stati, poi, dell'immediata comunicazione di «tutti i casi di presunti gravi effetti collaterali negativi» all'«Agenzia europea di valutazione dei medicinali» (*European Agency for the Evaluation of Medical Products*), organismo neo-istituito dal pressoché contestuale regolamento n. 2309/93/CEE.

Tra i molteplici compiti attribuiti dal regolamento, l'Agenzia, insediata a Londra e abbreviata in principio EMEA²⁶, fu incaricata del «coordinamento della sorveglianza, nelle effettive condizioni d'uso, dei medicinali autorizzati nella Comunità e [della] consulenza sulle misure necessarie per garantire un uso sicuro ed efficace di tali medicinali», da svolgersi «in particolare valutando e mettendo a disposizione, mediante una banca dati, le informazioni sugli effetti collaterali negativi dei medicinali in questione» (art. 51, lett. c)). La banca dati, necessariamente informatizzata, sarebbe stata alimentata dalle competenti autorità degli Stati membri (art. 24, comma 2). Con riferimento ai farmaci soggetti alla procedura di autorizzazione centralizzata, procedura dal medesimo regolamento disciplinata²⁷, si ribadì, inoltre, la necessità di una «stretta collaborazione» tra l'Agenzia e i sistemi nazionali di farmacovigilanza, che frattanto, in base al gioco di specchi fra i due atti comunitari del '93, come si è visto, avrebbero dovuto essersi perfezionati in ogni Paese dell'Unione. L'Agenzia europea per la valutazione dei medicinali iniziò ad operare il 26 gennaio 1995, divenendo stella polare del nascente sistema di farmacovigilanza europeo, direttore dell'orchestra composta dai singoli Centri nazionali.

(26) Con il regolamento n. 726/2004/CE, che aggiornerà il n. 2309/93, la denominazione dell'Agenzia sarà semplificata e modificata in «Agenzia europea per i medicinali», e dunque EMA.

(27) Una valutazione dei mutamenti apportati dal regolamento n. 2309/1993 alle modalità di autorizzazione all'immissione in commercio dei farmaci si ritrova in G. PASTORI, *La normativa comunitaria in tema di autorizzazione e vigilanza sui medicinali dalla direttiva n. 65/65 al regolamento n. 2309/1993*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario*, 1996, p. 329 ss. e in E. JORIO, *Considerazioni e riflessioni sulle norme comunitarie di procedura per la autorizzazione e la sorveglianza e sulla istituzione della Agenzia di valutazione dei medicinali*, in *Rass. Dir. Farm.*, 1, 1994, p. 11 ss. Ripercorrono invece l'evoluzione normativa precedente all'emanazione del regolamento n. 2309/1993, sempre in tema di procedure autorizzatorie, E. JORIO, B. CONVERSO, L.P. JORIO, *L'immissione in commercio delle specialità medicinali in Europa: procedure, limitazioni e proposte*, in *Rass. Dir. Farm.*, 2, 1992, p. 11 ss.

Per parte sua, l'Italia imputò il proprio servizio di farmacovigilanza al Dipartimento per la valutazione dei medicinali e la farmacovigilanza, costituito dalla legge 6 febbraio 1996, n. 52 in seno al Ministero della sanità, trasferendo a questo anche i compiti prima affidati alla Direzione generale del servizio farmaceutico (e frattanto transitati verso il Dipartimento della prevenzione e dei farmaci). Nell'espletamento delle sue funzioni, era previsto che il Dipartimento si avvallesse «dell'Istituto Superiore di Sanità, della Commissione Unica del Farmaco, del Consiglio Superiore di Sanità, delle Regioni, delle Unità sanitarie locali, delle aziende ospedaliere, dei medici di medicina generale, delle farmacie, delle associazioni di consumatori, delle aziende produttrici e degli informatori scientifici dei farmaci» (art. 29, legge 52/1996). L'attribuzione ad esso delle attività di farmacovigilanza italiane si rinsaldò con il d.lgs. 18 febbraio 1997, n. 44, che recepiva la direttiva 93/39/CEE: qui, per la prima volta, le Regioni acquisirono visibilità propria, con l'invito a coadiuvare l'ufficio ministeriale, singolarmente o d'intesa fra loro, nell'attuazione della farmacovigilanza, fornendo «elementi di conoscenza e valutazione» ad integrazione dei *report* delle reazioni avverse provenienti dalle Unità sanitarie locali (art. 2). Nell'ambito delle Regioni, cui spettava altresì la diffusione delle informazioni al personale sanitario e la formazione degli operatori nel settore, il sorgere spontaneo di Commissioni di farmacovigilanza, già cominciato nel 1995²⁸, ricevette così nuova linfa. Tali Commissioni, gruppi di lavoro votati alla causa, precursori dei Centri regionali di farmacovigilanza, strinsero per di più, senza alcuna coercizione esterna, rapporti di cooperazione informale e diedero vita al cosiddetto Gruppo Interregionale di Farmacovigilanza (GIF). Riallargando la prospettiva al piano europeo, non si può prescindere, ai fini di codesta rassegna, dal citare le direttive n. 2000/38/CE e n. 2001/83/CE, quest'ultima, in special modo, tesa alla sistematizzazione della materia e recante emblematicamente un "Codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano". In punto di farmacovigilanza, la direttiva n. 2001/83 reiterava disposizioni anteriori, già esaminate, come l'obbligo per gli Stati membri di dotarsi di un sistema nazionale efficace,

(28) Nel 1995 si attivò, ad esempio, la Commissione regionale di farmacovigilanza per la Lombardia.

che includesse medici, altri operatori sanitari e aziende farmaceutiche, o l'obbligo per i titolari di autorizzazione all'immissione in commercio di disporre di un responsabile qualificato per la gestione delle pratiche attinenti, e precisava ancora una volta – sul solco di quanto prescritto nel regolamento 2309/1993 – che l'EMEA avrebbe predisposto una «rete informatizzata», contenente tutte le segnalazioni dei presunti gravi effetti collaterali negativi pervenute dagli Stati, in modo da consentire alle autorità nazionali competenti di condividere le informazioni in simultanea. Tale *database* elettronico, battezzato *EudraVigilance* (EV), fu lanciato in via sperimentale nel 2001, lo stesso anno, peraltro, in cui si mise in moto la banca dati italiana, dal più modesto nome di «Rete nazionale di farmacovigilanza» (RNF).

Grazie alla Rete nazionale, Regioni e Province autonome, Aziende sanitarie locali, strutture ospedaliere e case farmaceutiche instaurarono in Italia un dialogo permanente, tra di loro e con il vertice ministeriale, un dialogo che, arricchito, prosegue tuttora. Il cammino, o piuttosto la corsa, del legislatore, che tanto disorienta l'interprete con improvvise accelerazioni, virate e inattese battute di arresto, con ritocchi ripetuti a testi già emendati, non trova certo qui, tuttavia, il suo epilogo.

Ebbene, a seguire, va considerato il d.lgs. 8 aprile 2003, n. 95, il quale, nell'attuare la direttiva n. 2000/38/CE, sopra soltanto menzionata, modificò nuovamente il referente italiano per la farmacovigilanza, che tornò ad essere una Direzione generale del Ministero della sanità, o meglio, della Salute (Direzione generale per la valutazione dei medicinali e per la farmacovigilanza, poi, con il d.P.R. 129/2003, Direzione generale dei farmaci e dispositivi medici). Su alcuni punti interessa ora soffermarsi: anzitutto, il decreto sancì in via ufficiale la possibilità per le Regioni di avvalersi di appositi Centri regionali per svolgere più adeguatamente i compiti di farmacovigilanza; ordinò, poi, alle strutture sanitarie di nominare ciascuna un proprio responsabile della farmacovigilanza, che fungesse da interlocutore unico verso il basso (medici curanti, altri operatori sanitari, cittadini) e verso l'alto (Ministero); impose – e ciò in questa sede rileva particolarmente – la segnalazione di tutte le reazioni avverse, a prescindere dalla loro gravità, provocate dalla somministrazione di qualunque tipo di vaccino.

La Direzione generale dei farmaci e dispositivi medici, peraltro, dispense

in fretta i panni di responsabile della farmacovigilanza per l'Italia, perché il d.l. 30 settembre 2003, n. 269, «al fine di garantire l'unitarietà delle attività in materia di farmaceutica», aggregò tutte le funzioni attinenti al settore farmaceutico, ripartite principalmente tra la Direzione generale medesima e la Commissione Unica del Farmaco, in capo ad un soggetto nuovo, vigilato dal Ministero della salute e dal Ministero dell'economia e delle finanze: l'Agenzia Italiana del Farmaco (art. 48)²⁹.

Attraendo a sé il governo dell'intero ramo, l'AIFA divenne dunque competente per il controllo della spesa farmaceutica, per la contrattazione dei prezzi dei prodotti rimborsati dal Servizio sanitario nazionale, per l'autorizzazione decentrata all'immissione in commercio dei farmaci e molto altro³⁰, ma – va qui sottolineato – anche per la vigilanza sui medicinali dopo la loro commercializzazione. È interessante notare sin da ora che, ai sensi del d.l. 269/2003 e del decreto del Ministero della salute n. 245 del 20 settembre 2004, un ruolo di primo piano nella nomina dei tre organi di vertice dell'Agenzia fu attribuito alle Regioni: il Direttore generale doveva, e deve, essere nominato sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome, mentre due dei quattro membri del Consiglio di amministrazione e uno dei tre componenti del Collegio dei revisori erano, e sono, designati direttamente dalla medesima Conferenza, che partecipa altresì alla designazione del Presidente del C.d.A.

Quella che potrebbe definirsi la prima fase della legislazione in materia di farmacovigilanza si chiuse con l'adozione del d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219, intitolato all'attuazione della direttiva 2001/83/CE³¹ e, quindi, all'a-

(29) A parere di E. CHITI, *Tendenze e problemi del processo di agencification nell'ordinamento europeo*, in B. MARCHETTI (a cura di), *L'amministrazione comunitaria. Caratteri, accountability e sindacato giurisdizionale*, Padova, Cedam, 2009, p. 32, l'istituzione dell'AIFA «risponde senza dubbio alle esigenze, del sistema comune europeo per i prodotti farmaceutici, di avere un interlocutore nazionale chiaramente identificabile e specializzato», ma il fatto che essa soggiaccia all'indirizzo e alla vigilanza del Ministero della salute, oltre che alla vigilanza del Ministero dell'economia e delle finanze, la espone al rischio di «cattura» da parte dei regolati, che lo stesso sistema europeo, invece, esorta a scongiurare.

(30) Un quadro efficace dei compiti assegnati all'AIFA è offerto da L. CASINI, *L'Agenzia italiana del farmaco: ufficio-agenzia o agenzia-ente pubblico?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2004, p. 121 ss.

(31) Attuazione giunta, per vero, con quasi cinque anni di ritardo, come criticamente osserva F. MERUSI, *Limiti alla concorrenza e Stati "recalcitranti": il caso della direttiva "Codice del far-*

dozione di un Codice sui medicinali per uso umano. Il d.lgs. 219/2006, recependo anche gli ultimi interventi europei, ambiva a porsi come «testo unico del medicinale»³², contenitore organico delle norme relative alla farmaceutica, rimedio alla giungla di decreti, leggi e regolamenti ammassatisi nel corso degli anni gli uni sugli altri, in un garbuglio – come dalla lettura di queste pagine traspare – di assai difficile dipanamento.

Senza dimenticare il caso concreto da cui la ricognizione è partita, merita segnalare, nel corpo del provvedimento, il Titolo XI, consacrato a “Vigilanza e sanzioni”, ove si affida all’AIFA – ora il tempo presente è d’obbligo, vista la persistente vigenza del decreto – il potere di vietare la vendita e l’utilizzazione del medicinale o di disporre il ritiro dal commercio, anche limitatamente a singoli lotti, qualora, fra l’altro, esso risulti nocivo nelle normali condizioni d’impiego (artt. 142 e 144). In presenza della medesima eventualità, l’AIFA potrebbe addirittura decidere di revocare l’autorizzazione all’immissione in commercio in precedenza rilasciata (con procedura decentrata), il che comporterebbe il ritiro definitivo di quel medicinale dal commercio.

Quanto alle Regioni, oltre a confermare che esse «collaborano con l’AIFA nell’attività di farmacovigilanza, fornendo elementi di conoscenza e valutazione ad integrazione dei dati» ricavabili dalle segnalazioni di reazioni avverse, il d.lgs. 219/2006 prevede che l’AIFA organizzi riunioni periodiche con i responsabili regionali, «per concordare le modalità operative relative alla gestione della farmacovigilanza» (art. 129, comma 4).

3.3. *Le evoluzioni più recenti*

Nonostante i buoni risultati ottenuti con il potenziamento progressivo dell’EMA e l’istituzione al suo interno, nel 2004, del Comitato per i medi-

maco” non recepita dall’ordinamento italiano e del disegno di legge sugli emoderivati, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2004, p. 1187 ss.

Va precisato che il d.lgs. 219/2006 provvede altresì all’attuazione della direttiva 2003/94/CE, che stabiliva i principi e le linee direttrici delle buone prassi di fabbricazione relative ai medicinali per uso umano.

(32) Così P. MINGHETTI, *La nuova normativa del farmaco*, Milano, Tecniche Nuove, 2006, p. VII (Prefazione).

cinali per uso umano (CHMP), incaricato di formulare i pareri dell'Agenzia su qualsiasi questione riguardante la valutazione dei medicinali destinati all'uomo³³, nonostante l'implementazione della banca dati informatica *EudraVigilance*, nonostante la capillarità dei controlli e lo sforzo congiunto dei Paesi membri, Consiglio e Parlamento europeo ritennero che la regolazione della farmacovigilanza andasse ulteriormente affinata e il 15 dicembre 2010 approvarono, pertanto, la direttiva n. 2010/84 e il regolamento n. 1235/2010, per la novella, rispettivamente, della direttiva n. 2001/83 e del regolamento n. 726/2004³⁴.

Tra le numerose modifiche apportate, valore peculiare assumono l'ampliamento del concetto di "reazione avversa", che sottende oramai gli effetti nocivi conseguenti non solo all'utilizzo corretto del medicinale, ma anche ad un errore terapeutico, a un impiego inappropriato o a un abuso dello stesso, e l'inclusione dei cittadini tra i soggetti attivi di farmacovigilanza, in facoltà di effettuare la propria segnalazione senza l'intermediazione dei medici (facoltà – ricordiamo – che in Italia esisteva già a partire dal d.l. 443 del 1987). Ancora, a seguito della normativa del 2010, ogni Stato membro deve istituire e alimentare un portale *web* nazionale dei medicinali, ove fornire alla popolazione le informazioni basilari circa i farmaci e il loro monitoraggio, mentre i titolari di Aic, tenuti a trasmettere ad *EudraVigilance* tutti i sospetti effetti collaterali negativi gravi (entro quindici giorni) e non gravi (entro novanta giorni), devono dotarsi di un sistema di farmacovigilanza "equivalente" a quello dello Stato membro pertinente, informatizzato e multidirezionale. Vengono rafforzate, poi, le procedure di registrazione e di comunicazione dei supposti effetti collaterali negativi e si disciplina con dovizia di dettagli una procedura d'urgenza per il caso di dubbio fondato circa la sicurezza del medicinale; deputato al ricevimento delle comunicazioni, all'elaborazione di pareri e in generale alla gestione dei rischi derivanti dall'impiego di medicinali per uso umano, è un altro Comitato interno

(33) V. regolamento n. 726/2004/CE.

(34) Tra i numerosi "Considerando" della direttiva, appunto, si legge: «Alla luce delle esperienze acquisite e considerata la valutazione della Commissione sul sistema di farmacovigilanza dell'Unione, risulta evidente la necessità di adottare misure volte a migliorare il funzionamento del diritto dell'Unione in materia di farmacovigilanza».

all'EMA, creato appositamente dal regolamento n. 1235/2010, il Comitato di valutazione dei rischi per la farmacovigilanza (PRAC).

Entrambi i testi del 2010, peraltro, sono divenuti operativi, per espressa volontà del Consiglio e del Parlamento europeo, solo il 21 luglio 2012, in sostanziale concomitanza, dunque, con la pubblicazione di ulteriori provvedimenti europei: il regolamento di esecuzione n. 520/2012 del 19 giugno 2012, la direttiva n. 2012/26 e il regolamento n. 1027/2012 del 25 ottobre 2012. L'ultima sequenza normativa, ben lungi dallo sconvolgere l'impianto del 2010, si preoccupa al contrario di renderlo ancora più solido, trasparente ed efficace, promuovendo un coordinamento sempre maggiore tra gli Stati membri.

L'Italia, dunque, ha avuto appena il tempo di compiacersi del risultato – faticosamente – raggiunto con il d.lgs. 219/2006, che un ennesimo intervento in materia di farmacovigilanza le è stato intimato. Un tiepido segnale di attenzione da parte del legislatore nazionale, a termine di recepimento della direttiva n. 2010/84/UE già scaduto, si intravede nella legge di stabilità 2013, ove è statuito che un decreto interministeriale di natura non regolamentare, da adottarsi entro sessanta giorni dall'entrata in vigore della legge, sentita la Conferenza permanente Stato-Regioni, individui «le procedure operative e le soluzioni tecniche per un'efficace azione di farmacovigilanza», con particolare riguardo a una determinata serie di aspetti, tra i quali gli studi sulla sicurezza dopo l'immissione in commercio e il rispetto degli obblighi sulla registrazione o sulla comunicazione delle sospette reazioni avverse a un medicinale (art. 1, comma 344, legge 24 dicembre 2012, n. 228). Trascorsi oltre due anni, a fronte dei sessanta giorni concessi, lo schema di decreto ha ricevuto il parere favorevole della Conferenza Stato-Regioni nella seduta del 25 marzo scorso ed ha ottenuto il sigillo definitivo il 30 aprile 2015, con la firma del Ministro della salute, del Ministro degli affari esteri e della cooperazione nazionale, del Ministro dello sviluppo economico, del Ministro dell'economia e delle finanze e del Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio con delega alle politiche europee. L'emanazione del decreto ha sancito – come prevede l'art. 1, comma 345 della legge di stabilità 2013 – la contestuale abrogazione del (solo) Titolo IX del d.lgs. 219/2006, intitolato alla “Farmacovigilanza”.

Con l'ultimo provvedimento ministeriale, da leggersi in raccordo con

il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 42 (che in parte già aveva recepito la direttiva n. 2012/26/UE), le lacune residue nell'ordinamento italiano paiono colmate e il Paese si mostra ormai allineato ai parametri dell'Unione. È senz'altro merito del pungolo europeo, anzi, se l'Italia, nell'anno 2012, ha contato ben 29.048 segnalazioni immesse nella RNF, equivalenti a un tasso di 479 segnalazioni per milione di abitanti, raggiungendo e superando così il valore di 300 segnalazioni per milione di abitanti, definito dall'OMS il "gold standard" per un sistema di farmacovigilanza efficiente³⁵.

4. Riepilogando: l'organizzazione italiana della vigilanza sui farmaci

Sebbene non possa comunque parlarsi di raggiunta stabilità e durevolezza, visti il progresso inarrestabile della farmacologia e l'esistenza di margini di perfezionamento connaturata a qualsiasi genere di regolamentazione, è opportuno ora compendiare a grandissime linee i meccanismi di farmacovigilanza vigenti, ricavabili dal profluvio normativo fin qui tratteggiato.

Con riferimento esclusivo all'Italia, il sistema si configura come un'imponente matrioska, ove la "madre" è rappresentata dal *network* internazionale retto dall'OMS, contenente la rete dell'Unione europea gestita dall'EMA e, ancora all'interno, la rete nazionale guidata dall'AIFA. I sistemi di farmacovigilanza instaurati dalle diverse aziende farmaceutiche titolari in Europa di autorizzazioni all'immissione in commercio, invece, non possono propriamente iscriversi nella rete nazionale (e costituire, dentro a questa, ulteriori piccole bambole), risultando il loro dialogo con l'Agenzia europea non mediato da interventi dell'AIFA: essi sono, quindi, nuclei autonomi, vincolati nondimeno a rendere minuziose informative sia all'autorità centrale sia a quella nazionale.

Tenute distinte, per tale ragione, le imprese produttrici, allorché si tenti di aumentare il grado di dettaglio entro i confini dello Stato, alla metafora della matrioska va affiancata l'immagine di un imbuto rovesciato, il cui collo è dato dall'Agenzia italiana del farmaco e, in parallelo, dalla Rete nazionale di farmacovigilanza. Sulla RNF convergono sia le segna-

(35) AIFA, *Relazione annuale al Parlamento sulla vigilanza post-marketing per l'anno 2012*, p. 3.

lazioni di effetti collaterali negativi effettuate direttamente dai cittadini, che scelgono di usufruire del portale *web* dell'AIFA, sia le segnalazioni raccolte dai responsabili della farmacovigilanza di ciascuna struttura sanitaria, cui si rivolgono, a tal fine, i medici, gli altri operatori e i pazienti della struttura medesima. Una volta validate, le segnalazioni delle reazioni avverse, gravi e non gravi, sono trasmesse dall'AIFA alla banca dati *EudraVigilance*, e dunque all'EMA, la quale, a sua volta, le inoltra all'Organizzazione Mondiale della Sanità, o più precisamente all'*Uppsala Monitoring Center*, insieme alle segnalazioni provenienti dai sistemi di farmacovigilanza degli altri Stati membri. Il monitoraggio incrociato dei *database* permetterà di identificare agevolmente le associazioni ricorrenti tra eventi avversi e utilizzo di farmaci e dunque di neutralizzare la tanto temuta minaccia di un "Talidomide *bis*".

Se ciò avviene di *default*, come attività ordinaria del sistema, è interessante capire cosa accade qualora, attraverso il raffronto di segnalazioni attendibili e concordanti oppure all'esito della valutazione dei rapporti periodici di aggiornamento sulla sicurezza (PSURS) elaborati dalle imprese titolari di AIC, si ravvisi, ad esempio, un elevato rischio di tossicità collegato all'impiego di uno specifico medicinale. In questi casi, ai sensi della direttiva n. 2001/83/CE, come successivamente modificata, e del decreto interministeriale di recente adozione in Italia, l'AIFA ha la possibilità di attivare la cosiddetta procedura d'urgenza³⁶, che le consente di sospendere o revocare un'autorizzazione all'immissione in commercio, di negarne il rinnovo o di vietare la commercializzazione di un medicinale, con la rapidità imposta, appunto, dall'urgenza. Prima di esprimersi in qualsivoglia senso, l'AIFA ha però l'onere di informare l'EMA, per una verifica preliminare circa la diffusione del medicinale in questione: se esso risulta autorizzato solo in Italia, sarà l'AIFA ad affrontare il problema in autonomia, se invece, ed è l'ipotesi più frequente, esso ha ottenuto l'autorizzazione anche in altri Stati membri, il fulcro decisionale necessariamente si sposterà. E, differenziando ancora, si sposterà in capo all'EMA ove l'AIC sia stata rilasciata tramite procedura centralizzata, si sposterà in seno a un gruppo di coordinamento interstatale ove l'AIC

(36) Cfr. *supra*, par. 3.3.

sia stata accordata dai singoli Governi tramite procedura decentrata o di mutuo riconoscimento.

Nella prima eventualità, sulla quale brevemente ci soffermiamo³⁷, l'esame è deferito al Comitato di valutazione dei rischi per la farmacovigilanza, che emetterà una raccomandazione entro i sessanta giorni successivi, rivolta, a seconda del contenuto, al titolare dell'autorizzazione all'immissione in commercio o all'AIFA. Con la sua raccomandazione, infatti, il PRAC può invitare la casa farmaceutica, fra l'altro, a promuovere lo svolgimento di uno studio sulla sicurezza del farmaco e a valutarne i risultati oppure può ordinare allo Stato italiano di «attuare provvedimenti volti a ridurre al minimo i rischi» oppure, ancora, può suggerire all'EMA di sospendere, revocare o non rinnovare l'autorizzazione all'immissione in commercio (art. 107-*undecies*, par. 3, direttiva n. 2001/83).

In ogni momento, poi, se reputa indispensabile un'azione immediata per la salvaguardia della salute pubblica, l'AIFA può sospendere l'AIC senza indugio e vietare l'uso del medicinale fino ad una decisione definitiva, informandone subito la Commissione dell'Unione europea, l'EMA e gli Stati membri (art. 107-*decies*, par. 2, direttiva n. 2001/83).

L'art. 142 del d.lgs. 219/2006, che non è stato scalfito dal decreto interministeriale del 30 aprile 2015 – delegato dalla legge di stabilità 2013 ad abrogare, come anticipato, il solo Titolo IX, e quindi gli artt. 129-134, del d.lgs. 219/2006 – consente, inoltre, all'AIFA di vietare la vendita del medicinale e di disporre il ritiro dal commercio, «anche limitatamente a singoli lotti», se a giudizio motivato della stessa ricorre una delle condizioni legittimanti la revoca o la sospensione dell'AIC, tra le quali figurano la nocività del prodotto e un rapporto rischio/beneficio sfavorevole, alle normali condizioni di impiego. Provvedimenti di questo tipo, che possono essere adottati anche qualora il farmaco sia stato registrato con procedura centralizzata o di mutuo riconoscimento, contemplanò comunque un successivo intervento delle autorità europee e segnata-

(37) Ci si limita qui, comunque, a fornire le coordinate essenziali dei meccanismi di reazione al segnale o, quantomeno, a indirizzare la lettura dei testi normativi, che non sempre eccellono in chiarezza. A questi, però, inevitabilmente si rimanda, per una compiuta comprensione (v., in particolare, artt. 107-*decies*, 107-*undecies* e 107-*duodecies* del testo consolidato della direttiva n. 2001/83/CE).

mente del PRAC, chiamato a confermare o a smentire il supposto rischio per la salute pubblica prima che si inneschino reazioni più invasive, incidenti sull'autorizzazione all'immissione in commercio.

Ed è esattamente nella cornice dell'art. 142 del Codice dei medicinali che si inquadra l'iniziativa dell'AIFA a riguardo del vaccino antinfluenzale Flud, dalla quale si è partiti. Nonostante l'oggettiva specificità dei vaccini, evidenziata – si è visto – anche a livello internazionale, le norme cui essi soggiacciono in materia di farmacovigilanza sono effettivamente le stesse che valgono per la generalità dei farmaci. La distinta definizione di “medicinale immunologico”, in realtà, compare sia nella direttiva n. 2001/83/CE sia nel d.lgs. 219/2006, ma le disposizioni inerenti alla sorveglianza *post-marketing* recano il generico termine “medicinale”, comprensivo delle sostanze che esercitano una «funzione farmacologica, immunologica o metabolica».

5. Il ruolo delle Regioni nella gestione ordinaria della farmacovigilanza

Le richiamate ingerenze dell'Unione europea nella gestione statale della farmacovigilanza, che oggi si fondano sull'art. 168 TFUE, dedicato più in generale alla protezione della salute umana³⁸, non si sono mai spinte sino ad imporre un particolare assetto interno ai Paesi membri per il perseguimento degli obiettivi prefissati, né tanto meno a determinare a quale livello di governo nazionale spettasse farsi carico del loro raggiungimento. Com'è noto, infatti, la Corte di giustizia europea si è da sempre disinteressata delle modalità con cui gli Stati distribuiscono al proprio interno le competenze atte a soddisfare i vincoli derivanti dal diritto comunitario, reclamando esclusivamente che essi, attraverso un'articolazione qualsiasi, a tali vincoli si conformino³⁹.

(38) L'art. 168 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, ex art. 152 del Trattato che istituisce la Comunità europea, considera l'azione dell'Unione in termini di “completamento” delle politiche nazionali e in essa ricomprende «la lotta contro i grandi flagelli», ovvero «la sorveglianza, l'allarme e la lotta contro gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero».

(39) Si veda *in primis* Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza 15 dicembre 1971, cause riunite da C-51/71 a C-54/71: «qualora il Trattato o i regolamenti attribuiscono poteri o impongano obblighi agli Stati membri ai fini dell'applicazione del diritto comunitario, la soluzione del problema relativo al modo in cui l'esercizio di detti poteri e l'adempimento di detti obblighi

Valutata, dunque, la consistenza dei rapporti tra Italia e Unione europea a proposito di farmacovigilanza, non resta che soffermarsi sull'organizzazione prescelta dallo Stato italiano per rispondere in modo adeguato alle esigenze di sicurezza dei prodotti farmaceutici, che dall'Unione e, ancor prima, dal cuore del Paese promanano.

Si è già ampiamente illustrato come codesta organizzazione faccia capo all'Agenzia Italiana del Farmaco e si è osservato che un ruolo non marginale né passivo, nel sofisticato congegno allestito, compete alle Regioni. Queste, ai sensi del d.lgs. 219/2006, sono tenute a formare e sensibilizzare il personale sanitario, a monitorare i consumi dei medicinali sul territorio e a "collaborare", appunto, con l'AIFA nella gestione della farmacovigilanza, assistendola nella raccolta e nell'analisi delle informazioni trasmesse dalle case farmaceutiche; tutto ciò, eventualmente, attraverso Centri all'uopo creati. In concreto, il supporto delle Regioni si rivela ancora più generoso, poiché esse fungono altresì da coordinatori operativi di tutte le attività di farmacovigilanza del territorio, coadiuvano i responsabili di farmacovigilanza delle strutture sanitarie locali per l'inserimento delle segnalazioni di sospette reazioni avverse nella Rete nazionale (inserimento che, se opportuno, valideranno e codificheranno con l'apposita terminologia), affiancano l'AIFA nell'analisi periodica dei dati della segnalazione spontanea, organizzano ed eseguono progetti di farmacovigilanza attiva e predispongono e inviano *feedback* ai segnalatori, per mantenere intatto il loro coinvolgimento sino alla fine del percorso⁴⁰. Ai Centri

possano essere affidati dagli Stati a determinati organi interni dipende unicamente dal sistema costituzionale dei singoli Stati» (par. 4). La dottrina tedesca ha coniato, a tal proposito, il concetto di "cecità" dell'ordinamento dell'Unione europea nei confronti delle Regioni (*Landesblindheit*), concetto ripreso e investigato anche dagli studiosi italiani, tra i quali M. SAVINO, *Regioni e Unione europea: il mancato «aggiramento» dello Stato*, in *Le Regioni*, 3-4, 2007, p. 433 ss.; G. FALCON, *La «cittadinanza europea» delle Regioni*, in *Le Regioni*, 2, 2001, p. 327 ss.; L. TORCHIA, *Regioni e Unione europea: temi e problemi*, in *Le Regioni*, 3-4, 2000, p. 495 ss.; A. D'ATENA, *Il doppio intreccio federale: le Regioni nell'Unione europea*, in *Le Regioni*, 6, 1998, p. 1401 ss. Per un discorso complessivo sul rapporto tra le Regioni italiane e l'Unione europea, M.P. CHITI, *Regioni e Unione europea dopo la riforma del Titolo V della Costituzione: l'influenza della giurisprudenza costituzionale*, in *Le Regioni*, 6, 2002, p. 1401 ss.

(40) Come attesta il documento *Erice 2010. Criticità e proposte per la farmacovigilanza in Italia*, redatto all'esito del *workshop* del 27-30 giugno 2010, dal titolo "La Rete Italiana di Farmacovigilanza: quale futuro?", e scaricabile dal sito dell'AIFA.

regionali accreditati dall'AIFA⁴¹ è devoluto, poi, un ruolo attivo nella RNF, ossia la verifica del nesso di causalità tra farmaco assunto e reazione insorta, con riferimento alle segnalazioni immesse dai responsabili della rispettiva Regione.

Nonostante la presenza dei Centri regionali si sia dimostrata determinante per il progresso della farmacovigilanza italiana e sia perciò fortemente raccomandata dal Governo nazionale, molti enti hanno procrastinato la loro istituzione⁴² e in alcuni, ancora, un vero e proprio Centro manca. Il reale propulsore dell'ultima ondata di nascite, peraltro, ha verosimilmente natura economica: la legge finanziaria 2007, infatti, ha previsto, nel rispetto di indirizzi da concordare in sede di Conferenza Stato-Regioni, la realizzazione di un programma di farmacovigilanza attiva per l'utilizzo delle risorse stanziare dall'art. 36, comma 14 della legge n. 449/1997 e ha stabilito che tali risorse, frattanto confluite nel bilancio dell'AIFA, fossero distribuite alle singole Regioni mediante apposita convenzione, per l'effettiva attuazione del programma (art. 1, comma 819, legge 27 dicembre 2006, n. 296). Ebbene, in base agli indirizzi emersi a più riprese in seno alla Conferenza Stato-Regioni, i progetti finanziabili dall'AIFA attraverso il fondo destinato alla farmacovigilanza, pari a 25 milioni di euro, contemplan lo «sviluppo e potenziamento dei Centri regionali di farmacovigilanza» (accordo del 18 ottobre 2007) o, laddove inesistenti, la loro istituzione (accordi del 28 ottobre 2010 e del 26 settembre 2013). Sulla scorta delle prime convenzioni, stipulate per la maggior parte nel corso del 2008, l'AIFA ha erogato alle Regioni i fondi disponibili per gli anni 2008 e 2009, per consentire loro di avverare i piani presentati, mentre le erogazioni successive sono dipese, com'è ovvio, dal grado di avanzamento e dall'efficacia dei lavori intrapresi. Tra i progetti suggeriti alle Regioni dalla Conferenza, «particolare rilevanza» assumono quelli «volti ad approfondire le ADR che si verificano in seguito alla somministrazione dei vaccini». Poiché, d'altra parte, la prevenzione delle malattie – cui i vaccini sono finalizzati – è compito pre-

(41) I «Requisiti minimi per un Centro regionale di Fv (CRFV)» sono ora contenuti nell'allegato 1 dell'accordo sancito in Conferenza Stato-Regioni il 26 settembre 2013, n. 138/CSR.

(42) L'istituzione più recente è quella del Centro di farmacovigilanza della Sardegna, confermata in via definitiva dalla delibera di Giunta regionale n. 7/20 del 17 febbraio 2015.

cipuo dei Dipartimenti di prevenzione presso le Aziende sanitarie locali, la sorveglianza degli eventi avversi conseguenti all'immunizzazione deve essere esercitata dai Centri regionali di farmacovigilanza (o dagli organismi che ne fanno le veci) in sinergia con essi⁴³.

Le attribuzioni dei Centri regionali elencate poco sopra in relazione alla generalità dei farmaci non mutano, comunque, con riferimento ai vaccini. Di conseguenza, in un caso come nell'altro, qualora l'AIFA adotti un provvedimento incidente sulla commerciabilità di un prodotto a motivo della sua sospetta pericolosità, i Centri regionali, quali meri ingranaggi della macchina nazionale di farmacovigilanza, tenuti significativamente a "collaborare" con l'AIFA, non possono che attenersi al dettame impartito e procedere ad eseguirlo. Ma – per riprendere gli interrogativi dell'*incipit* – alla stessa passiva obbedienza sono costretti anche gli organi di governo della Regione?

La risposta, sindacabile e forse neppure univoca, presuppone un'ulteriore estensione prospettica, dal momento che il discorso inevitabilmente interseca la disciplina del riparto di competenze in materia sanitaria tra lo Stato e le Regioni, come emergente dalla Costituzione dopo la riforma del 2001.

6. *Un tentativo di sistemazione*

6.1. *La tutela della salute, una competenza contesa*

Il novellato testo dell'articolo 117 della Costituzione demanda all'esclusiva potestà legislativa e regolamentare⁴⁴ dello Stato la «determinazione dei

(43) In Emilia-Romagna, ad esempio, della vaccinosorveglianza si occupa il Centro regionale di farmacovigilanza in raccordo con il dipartimento di prevenzione dell'Asl di Modena e con l'Unità di farmacologia dell'Università di Bologna, oscillando senza posa tra attività di prevenzione e attività di monitoraggio. Si veda il *Rapporto sulla sorveglianza post-marketing dei vaccini nella Regione Emilia-Romagna. Anni 2012-2013*, scaricabile dal sito <http://www.saluter.it/documentazione/rapporti>.

(44) «La potestà regolamentare – recita l'art. 117, comma 6, Cost. – spetta allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva, salva delega alle Regioni». Esiste però una teoria secondo cui, per non frustrare la *ratio* della devoluzione della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni alla competenza legislativa statale, in siffatta materia la delega alle Regioni dovrebbe considerarsi esclusa: l'esercizio da parte delle Regioni della potestà regolamentare, infatti, determinerebbe una differenziazione da territorio a territorio, differenziazione «ontologicamente incom-

livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (comma 2, lett. *m*), e comma 6), tra i quali rientra il diritto alla salute, «fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività» ai sensi dell'articolo 32 Cost., mentre include la «tutela della salute» nell'elenco di materie assegnate alla competenza legislativa concorrente di Stato e Regioni (comma 3)⁴⁵.

Come affermato dalla Corte costituzionale e condiviso da copiosa dottrina⁴⁶, la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP) non costituisce in realtà «una “materia” in senso stretto, ma [...] una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie», volta ad «assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite [...] senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle» (Corte cost., sentenza n. 282/2002). All'interno dell'ampia categoria dei LEP, i livelli essenziali delle prestazioni rese in ambito sanitario acquistano consistenza distinta e peculiare, configurando la speciale famiglia dei LEA, i livelli essenziali di assistenza sanitaria. I LEA, peraltro concepiti dal legislatore già prima della riforma costituzionale, rappresentano il “nucleo irriducibile” dei servizi di promozione della salute, la soglia minima di attività sanitarie che ogni Regione deve fornire entro i propri confini, in modo da garantire alla collettività, almeno nei servizi di base, un trattamento uniforme⁴⁷.

patibile con la determinazione dei livelli essenziali». Così L. CUOCOLO, *Livelli essenziali: allegro ma non troppo*, in *Giur. cost.*, 2, 2006, p. 1271.

(45) L. CUOCOLO, *À rebours, la tutela della salute tra Regioni e Stato*, in *Quaderni regionali*, 1, 2005, p. 79, osserva opportunamente che, «mentre ... l'articolo 32 della Costituzione ha una finalità generale, cioè quella di riconoscere e fondare un diritto, l'articolo 117 ha la preminente funzione di ripartire le competenze tra lo Stato e le Regioni».

(46) Si citano, a mero titolo esemplificativo, A. D'ALOIA, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 6, 2003, p. 1063 ss., spec. pp. 1084-1086; A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, *Quad. cost.*, 1, 2003, p. 15 ss., spec. pp. 21-23; V. MOLASCHI, *Sulla «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni: riflessioni sulla vis expansiva di una “materia”*, in *Sanità pubblica e privata*, 5, 2003, p. 523 ss.; M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione*, in *Politica del Diritto*, 3, 2002, p. 345 ss., spec. pp. 354-356; F.S. MARINI, *La Corte costituzionale nel labirinto delle materie «trasversali»: dalla sent. n. 282 alla n. 407 del 2002*, in *Giur. cost.*, 4, 2002, p. 2951 ss.; R. BIN, *Il nuovo riparto di competenze legislative: un primo, importante chiarimento*, in *Le Regioni*, 6, 2002, p. 1445 ss.

(47) G. CARPANI, *La cooperazione fra Stato e Regioni nella definizione dei LEA: dall'intesa “con-*

Dato il suo carattere di materia trasversale, la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni incide – lo si è appena rimarcato – anche sulla «tutela della salute», ove lo Stato può intervenire soltanto tramite i principi fondamentali. L'indiscutibile intreccio tra le due clausole ha originato accesi contrasti tra Governo e Regioni, che la Corte costituzionale, nel tentativo di sopire, ha talvolta rinfocolato: non è agevole, in effetti, definire in modo assoluto dove si arresti la competenza esclusiva dello Stato circa i livelli essenziali e dove incominci l'autonomia regionale nell'organizzazione del servizio di assistenza sanitaria⁴⁸, così come non è facile stabilire in che cosa concretamente si sostanzino i principi fondamentali inerenti alla tutela della salute.

I LEA, ad ogni buon conto, sono stati individuati, previo accordo con le Regioni, dal d.P.C.M. 29 novembre 2001, sulla base dell'art. 6 del d.l. 347/2001, nella versione modificata dalla legge di conversione n. 405/2001⁴⁹. Il suddetto art. 6, prima, e l'art. 54 della legge 289/2002, poi, hanno chiarito che per la definizione e i mutamenti dei livelli essenziali di assistenza è imprescindibile un'intesa in sede di Conferenza permanente, quale espressione del principio di leale collaborazione, cui i rapporti tra lo Stato e le Regioni devono improntarsi nell'inte-

*dizionata" sancita dal Presidente della Conferenza Stato-Regioni al ritiro, da parte del Governo, del provvedimento, in Sanità pubblica e privata, 5, 2008, p. 6, parla di "cittadinanza nazionale", che gli «utenti del servizio sanitario, senza distinzioni conseguenti alla residenza» conseguirebbero attraverso i LEA. Sui livelli essenziali di assistenza sanitaria, invero, la letteratura è sterminata: basti qui segnalare C. BOTTARI (a cura di), *I livelli essenziali delle prestazioni sociali e sanitarie*, Rimini, Maggioli, 2014; V. MOLASCHI, *I livelli essenziali delle prestazioni nella sanità*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, vol. *Salute e Sanità*, a cura di R. FERRARA, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 445-457; C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Il caso della tutela della salute*, Bologna, Bononia University Press, 2008; L. CUOCOLO, *La tutela della salute tra neoregionalismo e federalismo. Profili di diritto interno e comparato*, Milano, Giuffrè, 2005; R. BALDUZZI (a cura di), *La sanità italiana tra livelli essenziali di assistenza, tutela della salute e progetto di devolution*, Milano, Giuffrè, 2004; A. ROVAGNATI, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti il diritto alla salute: un primo esempio di attuazione della previsione di cui alla lett. m), Il comma, art. 117 Cost., in Le Regioni*, 6, 2003, p. 1141 ss.*

(48) Si veda per tutti C. TUBERTINI, *I livelli essenziali di assistenza sanitaria e l'effettività del diritto alla salute*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2006, p. 505 ss.

(49) Impensabile, ora, addentrarsi nel dibattito scaturito dalla definizione dei LEA attraverso il d.P.C.M. 29 novembre 2001, per cui si rinvia all'esauritivo commento di F. GIGLIONI, *Le procedure di determinazione dei livelli essenziali di assistenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 10, 2004, p. 1103 ss.

ro settore⁵⁰. Come ratificato dalla pronuncia n. 134 del 2006 della Corte costituzionale, la potestà di determinare i livelli essenziali di assistenza porta con sé, per di più, la competenza esclusiva a fissare gli standard qualitativi e strutturali di cui agli stessi LEA, ovvero a regolarne l'attuazione mediante integrazioni e specificazioni⁵¹, purché venga seguita la medesima procedura partecipata prevista per la loro definizione.

Ciò detto, è bene ora precisare che il d.P.C.M. 29 novembre 2001 ha inserito tra i LEA anche le vaccinazioni obbligatorie e raccomandate, sottintendendo che la somministrazione di queste costituisca prestazione ineliminabile a carico di ciascuna Regione⁵². Nell'allegato contenente la ricognizione della normativa vigente, il provvedimento governativo rinvia al Piano sanitario nazionale (PSN) e al Piano nazionale vaccini (PNV) per le "liste di prestazioni", ed è proprio il Piano nazionale vaccini 2005-2007, adottato con l'accordo della Conferenza Stato-Regioni del 3 marzo 2005, a catalogare le prestazioni essenziali in materia di copertura vaccinale⁵³. Con un velo di ambiguità, quest'ultimo prescrive che le Regioni, «ferma restando [la loro] autonomia», devono agevolare il raggiungimento a livello locale degli obiettivi pattuiti. L'ultimo Piano nazionale concernente i vaccini, rinominato Piano nazionale di prevenzione vaccinale (PNPV), è stato promulgato per mezzo dell'intesa del 22 febbraio 2012 e rappresenta di fatto una costola del più ampio Piano nazionale

(50) La procedura, imperniata sull'intesa tra lo Stato e le Regioni, è stata puntualmente inquadrata dalla sentenza n. 88/2003 della Corte costituzionale.

(51) Con il conseguente rischio di ulteriore compromissione delle competenze regionali: v. R. BALDUZZI, *Livelli essenziali e risorse disponibili: la sanità come paradigma*, in C. BOTTARI, F.A. ROVERSI-MONACO (a cura di), *La tutela della salute tra garanzie degli utenti ed esigenze di bilancio*, Rimini, Maggioli, 2012, pp. 86-87.

(52) Da notare che, in base allo schema di d.P.C.M. diffuso a febbraio 2015 dal Ministero della salute, recante la revisione dei LEA, anche «l'osservazione e la rilevazione di reazioni indesiderate post-vaccinali» sono menzionate.

(53) Lo ricorda V. MOLASCHI, *Verso il superamento degli obblighi vaccinali: considerazioni alla luce del Piano Piemontese di Promozione delle Vaccinazioni 2006*, in M. ANDREIS (a cura di), *La tutela della salute tra tecnica e potere amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 89.

Il primo Piano nazionale vaccini risale al 1999, quando ancora il decreto del Presidente del Consiglio sulla definizione dei LEA non esisteva, e discende dal Piano sanitario nazionale 1998-2000. Non va ommesso neppure il richiamo al Piano nazionale della prevenzione attiva 2004-2006, del 6 aprile 2004.

di prevenzione (PNP)⁵⁴. Sulla base del programma redatto a livello centrale, ciascuna Regione elabora il proprio Piano vaccinale, impartendo, a cascata, indirizzi alle strutture sanitarie locali.

6.2. *La (inesistente) autonomia regionale nel settore*

L'intero cammino fin qui percorso dovrebbe aiutare ad affrontare dal punto di vista corretto la problematica che ci occupa, nonostante i molteplici nodi che ingarbugliano il filo.

Anzitutto, è fuor di dubbio che il potere di interdire il commercio o la vendita di un vaccino, a fronte di un sospetto circa la sua pericolosità, spetti esclusivamente all'AIFA, nei termini che abbiamo visto stabiliti dall'Unione europea. È l'AIFA a governare la rete di farmacovigilanza italiana, è l'AIFA, quale organo "tecnico-scientifico della sanità", a detenere «il ruolo e le responsabilità che competono allo Stato, ... con riguardo alla sperimentazione e alla certificazione d'efficacia, e di non nocività, delle sostanze farmaceutiche e del loro impiego terapeutico a tutela della salute pubblica», come anche la Corte costituzionale ha riconosciuto (sentenza n. 185/1998, richiamata *in parte qua* dalla sentenza n. 8/2011). Non le Regioni, tenute invece ad eseguire quanto dall'AIFA disposto, ossia, nel caso del Fluad, a ritirare dal commercio i due lotti indicati nel comunicato: se non avessero diramato il ritiro, contravvenendo agli obblighi di collaborazione con l'Agenzia ministeriale, le stesse sarebbero incorse in un grave inadempimento, tale da abilitare un intervento sostitutivo del Governo ai sensi dell'art. 120 della Costituzione. Il problema, tuttavia, non si è presentato, poiché ciascun ente territoriale ha provveduto spontaneamente al blocco dei due lotti.

È sorto, invece, il dilemma opposto, nel momento in cui una Regione ha ritirato tutti i vaccini a marchio Fluad e un'altra ha interrotto, seppur per brevissimo tempo, l'intera campagna vaccinale. Senza alcuna intenzione di criminalizzare oppure assolvere le decisioni regionali in questione, che peraltro non hanno avuto il minimo impatto pratico, si tratta unicamente

(54) Il Piano nazionale della prevenzione è nato con l'intesa del 23 marzo 2005 per coprire gli anni 2005-2007, ma è stato prorogato per il biennio 2008-2009. Ad esso sono seguiti il PNP 2010-2013 (intesa del 29 aprile 2010) e il PNP 2014-2018 (intesa del 13 novembre 2014), attualmente in vigore.

di comprendere, sul piano teorico, se esse siano esplicitazione di una competenza legittima in capo all'ente di riferimento o se viceversa concretizzino un'invasione ingiustificata nell'alveo delle potestà statali.

Sotto un primo, nodale profilo, i due casi possono essere accomunati. Si ritiene, in base a questo, che la preposizione dell'AIFA al vertice del sistema di farmacovigilanza comporti, a carico delle Regioni, non soltanto, in positivo, l'obbligo di ottemperare alle sue direttive, ma altresì, in negativo, il divieto di travalicare i confini ivi tracciati. Sebbene riguardante una fattispecie distinta, e sebbene le motivazioni in quel caso avessero anche natura economica, il principio desumibile dalle sentenze n. 8/2011 e n. 151/2014 della Corte costituzionale⁵⁵, infatti, sembra potersi estendere alla vicenda del Fluad. Stando a queste pronunce, alle Regioni è fatto assoluto divieto di sostituire i propri apprezzamenti, espressi dalle Commissioni regionali del farmaco, alle valutazioni dell'AIFA, risultando altrimenti eluso il ruolo che la legislazione statale attribuisce all'Agenzia in materia. Come incisivamente statuirà, in seguito, anche il Consiglio di Stato, il potere di farmacovigilanza è «unico e accentrato» e appartiene all'AIFA, chiamata a svolgere un compito insostituibile e «insurrogabile» (Cons. Stato, sent. 8 settembre 2014, n. 4538, paragrafi 108.3 e 135).

Né varrebbe, per spiegare le scelte più radicali del Lazio e della Liguria, addurre il principio di precauzione: qualora ad esso fosse stato necessario ricorrere, per le medesime ragioni, avrebbe dovuto essere l'AIFA ad attivarlo.

Se poi, scavando ancora, ci si interrogasse sul motivo di ordine costituzionale per cui questo potere esclusivo riposi nelle mani dell'AIFA, e non sia piuttosto delegato a singole strutture regionali specializzate, non sarebbe difficile arguire che alla base vi è un'esigenza di uniformità di trattamento della popolazione italiana, innanzi a minacce incombenti in egual misura sui cittadini della Calabria e della Valle d'Aosta, e che, dunque, l'attribuzione a un organismo accentrato è diretta conseguenza della competenza dello Stato a dettare i principi fondamentali in materia di «tutela della salute», ex art. 117, comma 3 della Costituzione. Ove

(55) Sentenze rese in tema di rimborsabilità dei farmaci *off-label*, su cui si rimanda, per una panoramica esauriente, a G.M. CAVO, *Impiego di farmaci off-label e razionalizzazione della spesa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2014, p. 1071 ss.

il potere di farmacovigilanza, al contrario, fosse frazionato e disperso sul territorio, sarebbe lo stesso diritto supremo di cui all'art. 32 Cost. a risultarne compromesso.

Per quanto riguarda, più nello specifico, la decisione della Liguria di sospendere la campagna delle vaccinazioni antinfluenzali, qualificate come vaccinazioni raccomandate per i soggetti a rischio, essa appare, oltre che del tutto sproporzionata rispetto alla condizione da fronteggiare, sganciata altresì da qualsivoglia appiglio normativo. Una risoluzione di tal fatta integra indiscutibilmente una lesione dei livelli essenziali di assistenza sanitaria, che includono, come si è accennato, le vaccinazioni raccomandate. È evidente che la Regione abbia agito con intenzioni meritorie, senz'altro anche sull'onda del clamore mediatico della vicenda, ma nessun istinto di protezione può giustificare un simile *black out* nella somministrazione dei vaccini, che, esso sì, esporrebbe a rischio reale la salute di un'intera fascia di cittadinanza.

Ipotesi ben diversa, infatti, è data dalla sospensione dell'obbligo vaccinale decisa in Veneto con l.r. 23 marzo 2007, n. 7, in riferimento alle quattro vaccinazioni praticate in età pediatrica (antidifterite, tetano, poliomielite ed epatite B), che pure ha sollevato critiche da più parti: in tal caso, come si è fatto notare, pur essendo venuta meno la coazione, l'amministrazione continua a garantire l'offerta in regime di gratuità⁵⁶. Sospendere la campagna dei vaccini antinfluenzali, invece, significa dismettere completamente il servizio, in spregio a quanto stabilito dal d.P.C.M. 29 novembre 2001.

Quale che sia la situazione, insomma, le Regioni non godono di alcuna autonomia nel far fronte alle emergenze di farmacovigilanza, nemmeno se l'intento è rafforzare il livello di sicurezza dei propri abitanti: credendo di dare qualcosa di più, esse finirebbero, invariabilmente, per togliere.

(56) F. CORVAJA, *La legge del Veneto sulla sospensione dell'obbligo vaccinale per l'età evolutiva: scelta consentita o fuga in avanti del legislatore regionale?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2008. L'Autore si domanda, però, «se la previsione delle vaccinazioni in termini di facoltà e non di obbligo possa incidere sul livello essenziale di questa prestazione sanitaria, guardata nell'ottica della prevenzione della salute collettiva» e, per altro verso, esprime forti riserve circa la compatibilità della sospensione degli obblighi di vaccinazione con i principi fondamentali della materia «tutela della salute». Più incline a legittimare una simile scelta di politica sanitaria regionale è, invece, D. MESSINEO, *Problemi in tema di discipline regionali sui trattamenti sanitari: il caso dei vaccini*, in *Le Regioni*, 2, 2009, p. 331 ss.

Se da un lato, dunque, si ritiene di escludere – ad oggi – la loro libera iniziativa nel settore, non si può fare a meno di ricordare, dall'altro, il ruolo da queste giocato nella nomina degli organi direttivi dell'AIFA⁵⁷, ruolo che, di fatto, fissa sul regista della farmacovigilanza un'impronta regionale permanente. D'altra parte, in quanto amministrazione "nazionale", e non statale⁵⁸, l'Agenzia Italiana del Farmaco non poteva certo figurare del tutto refrattaria al coinvolgimento degli enti territoriali; sarebbe stato più ragionevole, però, che le Regioni partecipassero, attraverso la Conferenza permanente, non solo ai procedimenti di designazione dei vertici dell'Agenzia, ma anche alla definizione dei suoi indirizzi⁵⁹, da cui risultano invece estromesse.

Tentando di bilanciare l'esigenza di accentramento del potere di farmacovigilanza, sopra ampiamente evidenziata, con le rivendicazioni di maggiore incisività delle prerogative regionali, si potrebbe immaginare, appunto, un'evoluzione dell'AIFA in senso federalista, con graduale, correlativo distacco dal Ministero della salute. L'allentamento del giogo governativo consentirebbe alla rinnovata autorità di porsi quale organismo di raccordo tra i due livelli, per realizzare in pieno quel carattere "nazionale" connaturato alla sua missione. Anche nell'urgenza, infatti, una «collaborazione paritaria»⁶⁰ è possibile, e va perseguita, poiché non è a motivo di questa che le Regioni si spogliano della propria autonomia.

(57) Cfr. *supra*, par. 3.2.

(58) Perché portatrice di istanze che interessano in egual modo l'intera Repubblica, e non il solo Stato, che di questa costituisce oramai una mera componente. Il riferimento imprescindibile, in epoca ben anteriore alla revisione dell'art. 114 della Costituzione, è L. TORCHIA, *Le amministrazioni nazionali*, Padova, Cedam, 1988, ma si veda, ancor prima, S. CASSESE, *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 1985, p. 380, che individua la categoria delle amministrazioni "a rete" e in essa inserisce il servizio sanitario: il Ministro della salute si qualifica così, significativamente, come semplice «portatore degli interessi statali nel servizio sanitario nazionale».

(59) Così, M. CLARICH, B.G. MATTARELLA, *L'Agenzia italiana del farmaco*, in G. FIORENTINI (a cura di), *I servizi sanitari in Italia: 2004*, Bologna, il Mulino, 2004, p. 283.

(60) A distanza di oltre un decennio, le preziose indicazioni di L. TORCHIA, «Concorrenza» fra Stato e Regioni dopo la riforma del Titolo V: dalla collaborazione unilaterale alla collaborazione paritaria, in *Le Regioni*, 4, 2002, p. 647 ss., suggerite dalla riforma costituzionale appena varata, non hanno ancora trovato completo svolgimento.

Lo Stato vieta, i Sindaci consentono. La crisi del paradigma eterosessuale del matrimonio

Carlo Alberto Ciaralli

Il presente lavoro si propone di approfondire il tema delle trascrizioni dei matrimoni omosessuali celebrati all'estero. Prendendo le mosse da una recente sentenza del Tribunale di Grosseto che ha imposto la trascrizione dei same sex marriage nel registro di stato civile del Comune, il contributo analizza la normativa statale in tema di matrimoni, la più recente giurisprudenza, nazionale e sovranazionale, tutt'altro che lineare, in materia di unioni omosessuali e la reazione del Ministero dell'interno a seguito delle trascrizioni operate da taluni Sindaci. Con uno sguardo critico a giurisprudenza e prassi, il contributo mira a chiarire se, ed in che modo, il legislatore nazionale possa riconoscere diritti «matrimoniali» alle coppie omosessuali e quale sia il ruolo dei Sindaci, in rapporto alle competenze conferite dallo Stato, quale la tenuta dei registri dello stato civile, in materia di trascrizione di matrimoni omosessuali celebrati all'estero.

1. Il same sex marriage nel silenzio costituzionale e normativo

Le vicende degli ultimi mesi, legate alle trascrizioni, da parte di taluni Sindaci, di unioni matrimoniali celebrate all'estero fra persone del medesimo sesso, hanno riaperto l'annoso dibattito circa la legittimità, all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, delle unioni omosessuali¹.

Il problema, tutt'altro che secondario, è generato dall'assenza, sia nel dettato costituzionale, sia nella normativa di tipo civilistico, di qualsivoglia norma che, *apertis verbis*, riconosca il diritto di accedere al matrimonio civile alle coppie dello stesso sesso.

(1) Il d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, *Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti Locali* disciplina, all'art. 54, le Attribuzioni del Sindaco nelle funzioni di competenza statale. In particolare, il terzo comma prevede che «il Sindaco, quale ufficiale del Governo, sovrintende, altresì, alla tenuta dei registri di stato civile e di popolazione e agli adempimenti demandatigli dalle leggi in materia elettorale, di leva militare e di statistica» (corsivo non testuale).

In conseguenza, il dibattito sul punto si è focalizzato sulla corretta interpretazione delle disposizioni dell'ordinamento giuridico nazionale in tema di famiglia e matrimonio, escludendo la compatibilità del *same sex marriage* con l'architettura giuridica italiana oppure ricercando, nel silenzio normativo, varchi idonei ad ammettere che l'istituto in parola non sia in contrasto con l'ordinamento giuridico complessivo.

In tema di famiglia e matrimonio, la Costituzione italiana, all'art. 29, dispone che «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia quale società naturale fondata sul matrimonio»².

Il disposto costituzionale, invero, ha ingenerato nella dottrina un profondo dibattito sul significato da attribuire al medesimo e, in particolare, sulla formula «società naturale fondata sul matrimonio».

La formula «società naturale», con riferimento all'istituto familiare, fu il frutto di un compromesso adottato in sede di Assemblea Costituente tra quanti (interpretazione c.d. «giusnaturalista») intendevano la famiglia come «società di diritto naturale», preesistente allo Stato ed estranea alle vicende del diritto positivo (riconoscendo, dunque, l'immutabilità storica dell'istituto familiare inteso quale unione legittima di due soggetti di sesso diverso) e quanti (interpretazione c.d. «storicistica»), invece, ritenevano legittimo contrapporre/affiancare alla famiglia altre formazioni sociali, aventi proprie regole distinte dalla famiglia di tipo tradizionale, concependo la formula «società naturale» come una «norma in bianco», rinviando al momento storico in cui l'art. 29, primo comma, è destinato ad operare³.

Ai fini della presente indagine occorre accertare quali siano, nell'ordina-

(2) Per un'analisi delle diverse problematiche insite nel dettato dell'art. 29 della Costituzione si vedano, tra gli altri, B. FUNAIOLI, *Il regime della famiglia al lume della Costituzione*, in *Riv. dir. matrim.*, 1948, p. 3 ss.; D. BARBERO, *I diritti della famiglia nel matrimonio*, in *Justitia*, 1955, p. 455 ss.; F. COLACE, *Stato e famiglia nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, p. 934 ss.; P. BARILE, *Eguaglianza dei coniugi e unità della famiglia*, in *Id.*, *Scritti di diritto costituzionale*, Padova, 1969, p. 174 ss.; E. NASO, *Art. 29*, in *La Costituzione italiana nell'interpretazione della Corte costituzionale. Commentario sistematico*, Roma, 1971, p. 722 ss.; M. BESSONE, *Art. 29*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, II, 1976, p. 1 ss.; F. CAGGIA, A. ZOPPINI, *Art. 29*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, 2006, p. 601 ss.

(3) Per una ricostruzione puntuale del dibattito intercorso in dottrina riguardo al significato da attribuire alla locuzione «famiglia come società naturale» si veda, per tutti, E. DI SALVATORE, *Tradizione come problema costituzionale*, Giulianova, 2012, spec. p. 146 ss.

mento giuridico italiano, le situazioni soggettive in virtù delle quali, legittimamente, due individui possono contrarre il matrimonio.

Le disposizioni rilevanti sul punto sono gli artt. da 84 a 88 e 107 del codice civile.

I nubendi devono avere la maggiore età (18 anni, riducibile in casi particolari a 16 anni mediante decreto del Tribunale per i minori); devono essere in grado di intendere e volere, non devono aver contratto un precedente matrimonio che sia, al tempo della celebrazione dello stesso, ancora perdurante; non devono avere tra loro determinati vincoli parentali (parentela in linea collaterale di terzo grado e affinità in linea collaterale in secondo grado); non devono aver riportato una condanna per il reato di omicidio, consumato o tentato, ai danni del precedente coniuge dell'altro nubendo.

Inoltre, il consenso di entrambe le parti è un requisito primario per poter contrarre validamente il matrimonio. Nulla dispone il codice civile, quale causa ostativa del matrimonio, in ordine al matrimonio tra persone del medesimo sesso.

Un elemento, di carattere nient'affatto secondario, che può essere utilizzato in via interpretativa è l'uso, in base a quanto statuito dall'art. 107 del codice civile, dei termini «marito» e «moglie»; questi termini, secondo un'interpretazione di tipo restrittivo, farebbero propendere per la limitazione della capacità matrimoniale alle sole persone di sesso diverso.

Rispetto alla validità delle unioni celebrate all'estero nel quadro dell'ordinamento giuridico nazionale, in ossequio alla normativa vigente in materia⁴, il matrimonio possa dirsi legittimamente celebrato

(4) La normativa italiana riguardante gli atti matrimoniali contratti all'estero è disciplinata dalla legge 31 maggio 1995, n. 218, avente ad oggetto la «Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato». In particolare, rilevano in questa sede gli artt. 28 e 65, in base ai quali, al fine di qualificare l'atto matrimoniale come valido, occorre far riferimento alle norme del luogo ove l'atto ha trovato compimento. Art. 28: «Il matrimonio è valido, quanto alla forma, se è considerato tale dalla legge del luogo di celebrazione o dalla legge nazionale di almeno uno dei coniugi al momento della celebrazione o dalla legge dello Stato di comune residenza in tale momento». Art. 65: «Hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità quando essi sono stati pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato, anche se pronunciati da autorità di altro Stato, purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa».

qualora rispetti le norme del luogo in cui l'atto è stato posto in essere.

2. *Il superamento (mancato?) del paradigma eterosessuale del matrimonio per via giurisprudenziale*

Il dibattito concernente il riconoscimento, all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, delle unioni fra persone dello stesso è stato alimentato da alcune pronunce giurisprudenziali tutt'altro che univoche.

È opportuno, ai fini del presente lavoro, richiamare, in prima istanza, una fondamentale pronuncia della Corte costituzionale in tema di unioni omosessuali; si tratta, nello specifico, della sentenza n. 138/2010⁵.

In detta pronuncia, il Giudice delle leggi è stato investito del giudizio sulla conformità ad alcune disposizioni costituzionali (tutela della dignità della persona, eguaglianza dei cittadini, diritti della famiglia e rispetto delle norme internazionali e dell'ordinamento dell'Unione europea da parte delle norme nazionali)⁶ di talune norme civilistiche, concernenti

(5) Corte cost., sent. 21 aprile 2010, n. 138, in *Giur. Cost.*, 2010, p. 1604 ss., con note di R. ROMBOLI, *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" o "troppo poco"*, in *Giur. Cost.*, 2010, p. 1629 ss. e B. PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del Legislatore nella sentenza n.138/2010 della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2010, p. 2715 ss. La pronuncia ha dato luogo a numerosi commenti da parte della dottrina. Si vedano, in particolare, B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La "società naturale" e i suoi "nemici" (sul paradigma eterosessuale del matrimonio)*, Torino, 2010, p. 1 ss.; G. FERRANDO, *Questo matrimonio non si può fare?*, *ivi*, p. 137 ss.; A. RUGGERI, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale...) pretesa a connotarsi come "famiglie"*, *ibidem*, p. 307 ss.; A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, p. 2697 ss.; R. ROMBOLI, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138/2010*, Napoli, 2011, p. 3 ss.; G. BRUNELLI, *Le unioni omosessuali nella sentenza n. 138/2010: un riconoscimento senza garanzia?*, *ivi*, 143 p. ss.; I. RUGGIU, *L'argomento culturale sotteso alla sent. 138/2010*, *ivi*, p. 161 ss.; F. CALZARETTI, *Copie di persone dello stesso sesso: quali prospettive?*, in www.forumcostituzionale.it; I. MASSA PINTO, C. TRIPODINA, *Sul come per la Corte costituzionale "le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio" ovvero tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010*, in www.dircost.unito.it; F. DAL CANTO, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla «aspirazione» al matrimonio al «diritto» alla convivenza*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, p. 1195 ss.

(6) Nello specifico, gli articoli 2, 3, 29 e 117 primo comma.

la vita familiare e il matrimonio⁷, le quali non consentirebbero, secondo un'interpretazione sistematica delle disposizioni in parola, il matrimonio tra persone del medesimo sesso⁸.

In assenza di un'esplicita disposizione di livello costituzionale, la Corte ha ricondotto le unioni omosessuali nell'alveo delle *formazioni sociali* di cui all'art. 2 della Costituzione, intese quali: «ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico».

In tale nozione è da annoverare anche «l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone, nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge, il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri»⁹. Come ha riconosciuto la stessa Corte costituzionale, nozioni quali famiglia e matrimonio si evolvono con il tempo e con il mutare della sensibilità sociale in argomento¹⁰; tuttavia, è da escludere, a giudizio della Corte costituzionale, che l'unione omosessuale possa essere ricondotta in seno all'art. 29 della Costituzione, ove si definisce la famiglia quale «*società naturale fondata sul matrimonio*»¹¹.

(7) In particolare, gli articoli 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis e 156-bis.

(8) Del giudizio costituzionale, rispetto all'ordinanza ivi trattata, rileva in particolare la prima questione postasi dinanzi al Giudice delle leggi, ovvero, come è stato correttamente sostenuto «se il divieto per le coppie omosessuali di potersi unire in matrimonio derivasse solamente da una "consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio" e da una interpretazione di una serie di disposizioni sparse nel codice civile o in alcune leggi speciali, nessuna delle quali contenente comunque espressamente la diversità di sesso come condizione per il matrimonio oppure da specifiche disposizioni il cui dato letterale conduceva univocamente a quel risultato». Cfr. R. ROMBOLI, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, cit., p. 7.

(9) Corte cost., sent. 138/2010, p.to 8 Considerato in diritto.

(10) «È vero che i concetti di famiglia e matrimonio non si possono ritenere cristallizzati con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi». Cfr. Corte cost., sen. 138/2010, p.to 9 Considerato in diritto.

(11) A giudizio della Corte costituzionale «Con tale espressione (società naturale), come si desume dai lavori preparatori dell'Assemblea costituente, si volle sottolineare che la famiglia con-

Dai lavori preparatori della Costituzione, secondo l'interpretazione cui aderisce la Corte costituzionale, emergerebbe che «la questione delle unioni omosessuali rimase del tutto estranea al dibattito svoltosi in Assemblea Costituente¹², benché la condizione omosessuale non fosse certo sconosciuta [...] essi (i costituenti) tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942»¹³. La nozione cui fa riferimento la Corte costituzionale è, evidentemente, quella che vede nella diversità del sesso dei coniugi un requisito essenziale, sebbene del tutto implicito, per accedere all'istituto matrimoniale. L'estensione, ad avviso della Corte, per via ermeneutica, dell'istituto matrimoniale alle coppie omosessuali non potrebbe avvenire, poiché si darebbe luogo ad una *interpretazione creativa* del dettato costituzionale¹⁴. Ad avviso della Corte, sarà compito del legislatore, nell'ambito della propria discrezionalità, prevedere forme e modi di riconoscimento e tutela dei diritti delle unioni omosessuali¹⁵.

templata dalla norma (art. 29 Cost.) aveva dei diritti originari preesistenti allo Stato, che questo doveva riconoscere». Cfr. Corte cost., sent. 138/2010, p.to 9 *Considerato in diritto*. Tale indirizzo, ovvero la preesistenza della famiglia rispetto allo Stato, era già stato sostenuto da E. NASO, *Art. 29, in La Costituzione italiana nell'interpretazione della Corte costituzionale. Commentario sistematico*, cit., p. 723.

(12) Con specifico riguardo al dibattito intercorso in seno all'Assemblea Costituente, in tema di «famiglia» e «matrimonio» si vedano, per tutti, P. VERONESI, *Costituzione, «strane famiglie» e «nuovi matrimoni»*, in *Quad. cost.*, 2008, p. 577 ss. e C. PINELLI, *La nota del Consiglio Episcopale Permanente e le norme costituzionali in tema di famiglia e formazioni sociali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

(13) Corte cost., sent. 138/2010, p.to 9 *Considerato in diritto*. *Contra*, P. VERONESI, *Costituzione, «strane famiglie» e «nuovi matrimoni»*, cit., p. 585, a giudizio del quale la mancata considerazione dei costituenti rispetto al tema dei matrimoni omosessuali «non è sufficiente ad escludere, sin da subito, simili approdi (ovvero il riconoscimento del *same sex marriage*): è infatti connaturata alle Costituzioni, in quanto fonti destinate a durare nel tempo, la capacità di rispondere ad esigenze neppure ipotizzabili da coloro che le hanno a suo tempo elaborate».

(14) «Detta interpretazione, però, non può spingersi fino al punto di incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata». Cfr. Corte cost., sent. n. 138/2010, p.to 9 *Considerato in diritto*.

(15) Come ha sottolineato la Corte costituzionale, analizzando la disciplina degli Stati ove si è privilegiata la strada della regolazione della condizione giuridica delle coppie omosessuali, le scelte sono state «in alcuni casi una vera e propria estensione alle unioni omosessuali della disciplina prevista per il matrimonio civile oppure, più frequentemente, forme di tutela molto differenziate e che vanno, dalla tendenziale assimilabilità al matrimonio delle dette unioni, fino al-

Peraltro, sul punto, non tutta la dottrina è concorde rispetto alla supposta ampia rimessione della Corte costituzionale alla discrezionalità del Parlamento in merito alle scelte di politica legislativa da adottare rispetto al *same sex marriage*. In effetti, vi è chi ritiene si sia in presenza di un'apertura «vincolata» alla discrezionalità del legislatore: «Il richiamo della Corte all'esistenza di un nucleo non modificabile (differenza di sesso) fa infatti chiaramente ed inequivocabilmente riferimento all'art. 29 Cost., per cui se ne deve coerentemente trarre la conclusione che la modifica di quel nucleo sia possibile da parte del legislatore, ma non nelle forme ordinarie, bensì in quelle della revisione costituzionale»¹⁶. Superato appare il problema, più volte sollevato in passato, della contrarietà all'ordine pubblico del matrimonio omosessuale¹⁷. Escludere la contrarietà del *same sex marriage* alle norme in materia di ordine pubblico non è questione di secondario rilievo, posto che l'ordine pubblico «non è un limite generale di tutte le situazioni giuridiche di libertà, non forma oggetto di una clausola generale»¹⁸.

la chiara distinzione, sul piano degli effetti, rispetto allo stesso». Cfr. Corte cost., sent. 138/2010, p.to 10 Considerato in diritto. In effetti, in alcuni Stati è stato esteso l'istituto matrimoniale alle coppie omosessuali (Belgio, Portogallo, Francia, Spagna, Olanda, Inghilterra, Danimarca), mentre in altri sono stati previsti *ex novo* istituti giuridici tesi a riconoscere diritti a questo tipo di unioni (Germania, Repubblica Ceca, Ungheria, Austria, Finlandia, Slovenia, Svezia).

(16) R. ROMBOLI, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, cit., p. 19.

(17) Come autorevolmente sostenuto da A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Arch. Giur.*, 1-2, 1963, p. 111 ss., spec. p. 113, la nozione di «Ordine pubblico» può essere riferita ad una realtà «materiale» oppure «ideale»: «La prima individuierebbe il fenomeno in uno stato di concreta, tangibile, esteriore pace sociale (concetto sociologico di ordine pubblico); la seconda lo troverebbe nel rispetto di alcuni e determinati principi politici che l'ordinamento ritiene indispensabile per la sua sopravvivenza (concetto giuridico di ordine pubblico)». Si veda, inoltre, per un approfondimento sul punto, P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, spec. p. 117; C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico*, in *Giur. Cost.*, 1962, p. 191 ss.; L. PALADIN, *Ordine pubblico (voce)*, in *Nov. Dig. It.*, XII, 1965, p. 130 ss.; A. PACE, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano, 1967; G. CORSO, *Ordine pubblico (dir. pubbl.)*, in *Enc. del Dir.*, XXX, 1980, p. 1057 ss. Più di recente, si veda, altresì, F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova, 2007.

(18) G. CORSO, *Ordine pubblico (dir. pubbl.)*, cit., p. 1062. Pur non essendo presente nella Costituzione italiana un esplicito riferimento all'ordine pubblico, vi è chi, come A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, cit., p. 120, ha sostenuto che «il fatto che la Costituzione non parli mai di ordine pubblico ma usi invece al suo posto il termine "sicurezza" è

È opportuno sottolineare come la Corte costituzionale ha confermato e, anzi, ribadito con decisione il proprio indirizzo giurisprudenziale in tema di matrimoni omosessuali. In particolare, lo ha fatto nella sentenza n. 170/2014, avente ad oggetto gli effetti della sentenza di rettificazione giudiziale di attribuzione di sesso sul matrimonio preesistente¹⁹. Nella pronuncia in parola il Giudice delle Leggi ha ripercorso le argomentazioni già sostenute nella sentenza n. 138/2010, asserendo altresì che «la situazione (sul piano fattuale innegabilmente infrequente, ma che, nella vicenda al centro del giudizio principale, si è comunque verificata) di due coniugi che, nonostante la rettificazione dell'attribuzione di sesso ottenuta da uno di essi, intendano non interrompere la loro vita di coppia, si pone, evidentemente, fuori dal modello del matrimonio – che, con il venir meno del *requisito, per il nostro ordinamento essenziale, della eterosessualità*, non può proseguire come tale – ma non è neppure semplicisticamente equiparabile ad una unione di soggetti dello stesso sesso, poiché ciò equivarrebbe a cancellare, sul piano giuridico, un pregresso vissuto, nel cui contesto quella coppia ha maturato reciproci diritti e doveri, anche di rilievo costituzionale, che, seppur non più de-

un argomento che non prova né la diversità dei concetti di sicurezza pubblica e ordine pubblico, né la soppressione di quest'ultimo concetto nell'attuale sistema costituzionale». Dello stesso avviso C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico*, cit., p. 193.

(19) Corte cost., sent. 11 giugno 2014, n. 170, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2694 ss., con nota di F. SAITTO, *L'incostituzionalità del "divorzio imposto" tra rettificazione di sesso e tutela del "pregresso vissuto" della coppia*, p. 2706 ss. La pronuncia ha dato origine ad un vivace dibattito in sede dottrinale. Si vedano, per un approfondimento sul punto, G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. "divorzio imposto"*, in www.articolo29.it; P. BIANCHI, *Divorzio imposto: incostituzionale ma non troppo*, in www.forumcostituzionale.it; B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in www.articolo29.it; A. RUGGERI, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, in www.giurcost.org; D. FERRARI, *La Corte costituzionale torna sulla condizione giuridica delle coppie omosessuali: l'imporso di un modello eterosessuale di coniugio?*, in *Politica del Diritto*, 3, 2014, p. 445 ss.; M. WINKLER, *La Corte costituzionale si pronuncia sul caso del divorzio "imposto": luci e ombre*, in www.articolo29.it; V. BALDINI, *Diritto al matrimonio, unioni omosessuali e volontà del costituente*, in www.dirittifondamentali.it; P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto": il "caso Bernaroli" nella sentenza n. 170/2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*; R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, in www.giurcost.org; R. CATALDI, *Coppia o famiglia? L'implicito interrogativo lasciato aperto dalla Consulta nella sentenza costituzionale sul c.d. "divorzio imposto"*, in *Osservatorio Arc*, dicembre 2014.

clinabili all'interno del modello matrimoniale, non sono, per ciò solo, tutti necessariamente sacrificabili»²⁰.

La Corte, dunque, ribadisce ulteriormente il proprio assunto fondamentale, ovvero che il parametro della eterosessualità tra i coniugi è requisito essenziale di esistenza del matrimonio. Nella stessa pronuncia, peraltro, la Corte costituzionale torna ad «invocare», pur nella sua piena discrezionalità, il legislatore statale affinché, pur non dovendo necessariamente estendere il matrimonio civile alle coppie omosessuali, appronti un qualsivoglia sistema di tutele a garanzia dei diritti connessi allo *status*, proprio delle unioni omosessuali, di coppia stabile.

In tema di unioni omosessuali è altresì intervenuta una rilevante pronuncia della Corte di Cassazione, la sent. n. 4184/2012²¹. Quest'ultima ha, in un primo momento, ribadito la propria consolidata giurisprudenza²², secondo la quale la diversità di sesso dei nubendi, unitamente alla manifestazione espressa della volontà matrimoniale, è requisito «essenziale» per la stessa esistenza dell'atto.

La Corte di Cassazione, infatti, nel sostenere la inequivocabile natura eterosessuale del matrimonio nell'ordinamento giuridico italiano, si richiama al tema della «tradizione», ovvero sostiene che concetti quali «marito» e «moglie» riprendano una «consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio»²³.

(20) Cfr. Corte cost., sent. n. 170/2014, p.to 5.1 Considerato in diritto (corsivo non testuale).

(21) Corte di Cassazione, sez. I civ., sent. 15 marzo 2012, n. 4184, con nota di F. ANGELINI, *La Corte di cassazione su unioni e matrimoni omosessuali: nell'inerzia del legislatore la realtà giuridica si apre alla realtà sociale*, in *Giur. Cost.*, 2, 2012. Si vedano, inoltre, M. DI BARI, *Considerazioni a margine della sentenza 4184/2012 della Corte di Cassazione: la Cassazione prende atto di un trend europeo consolidato nel contesto delle coppie same sex anche alla luce della sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Rivista Arc*, 1, 2012; I. MASSA PINTO, *"Fiat matrimonio!"*, *L'unione omosessuale all'incrocio del dialogo tra Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di Cassazione: può una sentenza della Corte di Cassazione attribuire a (un inciso di) una sentenza della Corte europea il potere di scardinare «una consolidata ed ultramillenaria tradizione» (superando anche il giudicato costituzionale)?*, *ivi*, 2, 2012; C. NARDUCCI, *La posizione giuridica della coppia omosessuale: tra riconoscimento e garanzia*, *ivi*, 3, 2012; E. CALEVI, *Unioni same-sex: dall'inesistenza all'inidoneità a produrre effetti giuridici*, in *Giur. It.*, 8-9, 2012, p. 1767 ss.

(22) Si vedano, per tutte, le pronunce 1808/1976, 1304/1990, 1739/1999, 7877/2000.

(23) La Corte di Cassazione riprende l'espressione usata dal Tribunale di Venezia nell'ordinanza di rimessione del 3 aprile 2009 alla Corte costituzionale, cui seguì la sentenza n. 138/2010 del Giudice delle leggi.

La stessa Cassazione, collegandosi a quanto poc'anzi sostenuto, afferma come il postulato (riferendosi alla natura «eterosessuale» del matrimonio) sia «non arbitrario, ma fondato su antichissime e condivise tradizioni culturali (l'ordine naturale esige la diversità di sesso tra i nubendi), prima ancora che giuridiche, che il diritto, come in altri innumerevoli casi, nel rispecchiare, ordina»²⁴.

Soffermandosi sulla natura giuridica delle unioni omosessuali, la Corte di Cassazione riconosce come «I componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto, se – secondo la legislazione italiana – non possono far valere né il diritto a contrarre matrimonio né il diritto alla trascrizione del matrimonio contratto all'estero, tuttavia – a prescindere dall'intervento del legislatore in materia –, quali titolari del diritto alla “vita familiare” e nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali, possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza appunto di “specifiche situazioni”, il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti, applicabili nelle singole fattispecie, in quanto ovvero nella parte in cui non assicurino detto trattamento, per assunta violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza»²⁵.

Ma, nella seconda parte della pronuncia, nonostante le aperture precedenti, la Corte di Cassazione ha negato il diritto della coppia omosessuale di veder trascritto l'atto matrimoniale nei pubblici registri, «aggiungendo», di fatto, il problema della validità e dell'esistenza dell'atto matrimoniale.

Il problema è stato «aggirato» poiché, a giudizio della Cassazione, «l'intrascrivibilità delle unioni omosessuali dipende, non più dalla loro inesistenza, e neppure dalla loro invalidità, ma dalla loro inidoneità a

(24) Corte di Cassazione, sent. n. 4184/2012, p.to 2.2.2.

(25) Corte di Cassazione, sent. n. 4184/2012, p.to 4.2.

produrre, quali atti di matrimonio appunto, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano»²⁶. In tal modo, non rileverebbe più l'inesistenza dell'atto o l'invalidità dello stesso, bensì l'inefficacia, per l'atto matrimoniale celebrato all'estero, a dispiegare qualsivoglia effetto giuridico sul piano del diritto interno. In tal modo la Corte sposta il nucleo della questione dal piano «sostanziale» (se, cioè, l'ordinamento giuridico italiano può ammettere l'esistenza del *same sex marriage*) a quello degli «effetti» prodotti dall'atto (incapacità dell'atto stesso di dispiegare i propri effetti).

In senso difforme, rispetto alla giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione, si è pronunciato un Tribunale ordinario, quello di Grosseto, in una disputa avente ad oggetto la richiesta, operata da parte di una coppia omosessuale che aveva contratto matrimonio all'estero, di veder riconosciuto nell'ordinamento italiano e trascritto nei pubblici registri del proprio Comune di residenza l'atto matrimoniale²⁷.

Il Tribunale maremmano, nel proprio dispositivo, richiama, come d'altra parte fatto dalla Corte di Cassazione, una rilevante pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo²⁸, nella quale la stessa ha sostenuto che «visto l'art. 9 della Carta (dei diritti fondamentali dell'Unione europea, c.d. Carta di Nizza) [...] la Corte non ritiene più che il diritto al

(26) Corte di Cassazione, sent. n. 4184/2012, p.to 4.3.

(27) Tribunale di Grosseto, Ordinanza 3-9 Aprile 2014. La vicenda origina da un ricorso, presentato da una coppia omosessuale, al Tribunale maremmano, in forza dell'art. 95 del d.P.R. 396/2000, avverso il rifiuto, opposto dall'Ufficiale di stato civile del Comune, di trascrivere nei pubblici registri l'unione matrimoniale, celebrata a New York nel 2012. La norma in oggetto prevede che «Chi intende promuovere la rettificazione di un atto dello stato civile o la ricostituzione di un atto distrutto o smarrito o la formazione di un atto omesso o la cancellazione di un atto indebitamente registrato, o intende opporsi a un rifiuto dell'ufficiale dello stato civile di ricevere in tutto o in parte una dichiarazione o di eseguire una trascrizione, una annotazione o altro adempimento, deve proporre ricorso al tribunale nel cui circondario si trova l'ufficio dello stato civile presso il quale è registrato l'atto di cui si tratta o presso il quale si chiede che sia eseguito l'adempimento». Di segno opposto rispetto alla pronuncia in parola si veda, per tutte, Tribunale di Pesaro, decreto 21 ottobre 2014, n. 1428, nel quale si aderisce completamente a quanto sostenuto dalla Corte di Cassazione e dalla Corte costituzionale in tema di diniego della trascrizione dei matrimoni omosessuali celebrati all'estero.

(28) Corte EDU, sent. 24 giugno 2010, caso *Schalk & Kopf c. Austria*. La pronuncia aveva ad oggetto il ricorso, presentato da due cittadini austriaci, avverso il diniego delle autorità nazionali di autorizzare il loro matrimonio.

matrimonio di cui all'art. 12 (CEDU) debba essere limitato in tutti i casi al matrimonio tra persone di sesso opposto»²⁹.

In tal modo, il Tribunale di Grosseto tende a dimostrare che la pronuncia in parola avrebbe, di fatto, superato la consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione in merito ai requisiti soggettivi essenziali dei nubendi³⁰.

A giudizio del Tribunale maremmano l'ammissione, da parte della Cassazione, del superamento del requisito della diversità del sesso dei coniugi quale titolo indispensabile per contrarre matrimonio avrebbe ormai legittimato la trascrizione dell'atto nei pubblici registri del Comune. Il Tribunale di Grosseto ha altresì sostenuto come non vi sia alcuna norma nell'ordinamento giuridico che espliciti il divieto di unione matrimoniale tra persone del medesimo sesso, né, per converso, alcuna norma che preveda il carattere «eterosessuale» dell'unione quale requisito necessario per contrarre matrimonio³¹.

Vi è da dire che la Corte di Appello di Firenze ha annullato la suddetta pronuncia del Tribunale di Grosseto per vizi di tipo procedurale; infatti, il Tribunale maremmano ha ommesso la citazione dell'Avvocatura dello Stato in giudizio. Il medesimo Tribunale di Grosseto, a seguito del rinvio operato dalla Corte d'Appello fiorentina, è tornato a riaffermare la

(29) Corte EDU, sent. *Schalk & Kopf c. Austria*, p.to 3.3.3. Art. 9 Carta di Nizza: «Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio». Art. 12 CEDU: «A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto».

(30) Dopo aver ribadito le ragioni del proprio indirizzo giurisprudenziale sul punto, la Corte di Cassazione stessa ha ammesso che, dinanzi alla pronuncia della Corte EDU, la propria consolidata giurisprudenza «non si dimostra più adeguata all'attuale realtà giuridica, essendo stata radicalmente superata la concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi è presupposto indispensabile, per così dire naturalistico, della stessa esistenza del matrimonio» (p.to 4.3). Com'è stato sostenuto da I. MASSA PINTO, «*Fiat matrimonio*», cit., p. 6, «il limitato ma determinante effetto dell'interpretazione della Corte europea [...] sta nell'aver fatto cadere il postulato implicito, il requisito minimo indispensabile a fondamento dell'istituto matrimoniale, costituito dalla diversità di sesso dei nubendi e, conseguentemente, nell'aver incluso nell'art. 12 CEDU anche il matrimonio omosessuale».

(31) Nello specifico, il Tribunale richiama gli artt. da 84 a 88 del codice civile, concernenti appunto le condizioni soggettive per addivenire al matrimonio, nelle quali non vi è traccia di esplicito riferimento alla eterosessualità quale condizione indispensabile per accedere all'istituto in parola.

necessità della trascrizione dei matrimoni omosessuali celebrati all'estero, motivando il proprio orientamento negli stessi termini della precedente pronuncia ma in forma più estesa ed argomentata³².

In tema di *same sex marriage*, si è nuovamente pronunciata la Corte di Cassazione, sostanzialmente confermando i propri precedenti orientamenti e quanto disposto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 138/2010³³.

La Corte di Cassazione, in primo luogo, ha negato, diversamente da quanto asserito dai ricorrenti, che nel caso di specie vi siano elementi innovativi che giustifichino una nuova pronuncia della Corte costituzionale.

Nel merito, la Corte di Cassazione, come anticipato, ha mantenuto inalterato il proprio orientamento giurisprudenziale, negando cioè che nel nostro ordinamento giuridico sia ammissibile il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Le unioni omosessuali, proprio in ragione di quanto già sostenuto dalla Corte costituzionale nella pronuncia del 2010, devono essere ricondotte nell'alveo delle «formazioni sociali» previste dall'art. 2 della Costituzione. Ma, ha aggiunto la Corte, «il nucleo affettivo-relazionale che caratterizza l'unione omo-affettiva [...] riceve un diretto riconoscimento costituzionale all'art. 2 Cost. e mediante il processo di adeguamento e equiparazione imposto dal rilievo costituzionale dei diritti in discussione può

(32) La pronuncia del Tribunale maremmano è reperibile online: <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2015/02/decreto-trib-gr-chigiottiebucci.pdf>.

(33) Corte di Cassazione, sez. I civ., sent. 30 ottobre 2014, n. 2400/15.

In detta pronuncia i ricorrenti, a sostegno delle loro doglianze (la mancata trascrizione del matrimonio omosessuale celebrato all'estero), asseriscono che «la nozione di matrimonio è diventata *gender neutral* e il diritto al matrimonio ha natura di diritto fondamentale. Se il legislatore ordinario può disporre liberamente di questo diritto può anche privarlo di efficacia». In tal modo, sempre a giudizio dei ricorrenti, verrebbero incrinata le statuizioni contenute nella sent. n. 138/2010 della Corte costituzionale e nella sent. n. 4184/2012 della Corte di Cassazione, ove entrambe le Corti negarono il riconoscimento del matrimonio omosessuale, ancorché celebrato all'estero, nell'ordinamento giuridico italiano. Inoltre, la c.d. «lettura originalista» (la quale, per giustificare l'esclusione delle unioni omosessuali dalla nozione di famiglia quale «società naturale fondata sul matrimonio» dettata dall'art. 29 della Costituzione, fa ricorso all'*original intent* dei Costituenti, ovvero essi non ignorarono di certo l'esistenza delle unioni omosessuali, ma ritennero che la nozione di famiglia dovesse, implicitamente, essere ricondotta al tradizionale connubio marito-moglie) dell'art. 29 della Costituzione sarebbe, alla luce di quanto disposto dagli artt. 9 della Carta di Nizza e 12 della CEDU, del tutto anacronistica.

acquisire un grado di protezione e tutela equiparabili a quello matrimoniale in tutte le situazioni nelle quali la mancanza di una disciplina legislativa determina una lesione dei diritti fondamentali scaturenti dalla relazione in questione»³⁴.

La Corte ha, inoltre, ribadito la discrezionalità del legislatore quanto alle forme ed ai modi con cui riconoscere e garantire i diritti spettanti allo *status* di coppia. Gli artt. 9 della Carta di Nizza e 12 della CEDU, infatti, non pongono in capo allo Stato un obbligo di estensione della disciplina matrimoniale alle unioni omosessuali, pur non escludendo che gli Stati procedano al riconoscimento delle unioni suddette.

Secondo questa giurisprudenza, in sostanza, il riconoscimento dei diritti connessi allo *status* di coppia non impone l'estensione dell'istituto del matrimonio alle coppie omosessuali, ben potendo gli Stati operare l'estensione dei «diritti» tradizionalmente correlati al matrimonio, ma non l'istituto stesso³⁵.

3. La prassi in materia di unioni omosessuali: le trascrizioni da parte dei Sindaci... e la loro cancellazione ad opera dei Prefetti

Il Ministro dell'interno, al fine di bloccare le trascrizioni che numerosi primi cittadini stavano ponendo in essere su tutto il territorio nazionale³⁶, ha emanato, in data 7 ottobre 2014, una circolare diretta ai Prefetti della Repubblica, nonché ai Commissari del governo per le Province Autonome di Trento e Bolzano³⁷.

L'art. 14 del d.lgs. 300/1999 (recante norme per la «Riforma dell'orga-

(34) Corte di Cassazione, sez. I civ., sent. n. 2400/15, Motivi della decisione, 16.

(35) A giudizio della Cassazione, anche la Corte EDU è rimasta coerente con il proprio orientamento giurisprudenziale. Infatti, a partire dalla pronuncia *Schalk & Kopf c. Austria*, passando per le più recenti *Gas & Dubois c. Francia* (15 marzo 2012) e *Hamalainen c. Finlandia* (16 luglio 2014), la Corte di Strasburgo ha mantenuto ferma la non obbligatorietà per gli Stati dell'estensione dell'istituto matrimoniale alle unioni omosessuali.

(36) L'elenco delle città i cui Sindaci hanno trascritto i matrimoni omosessuali contratti all'estero: Roma, Udine, Bologna, Milano, Empoli, Livorno, Fano, Pistoia, Grosseto, Reggio Emilia.

(37) Oggetto della circolare ministeriale è la «Trascrizione nei registri dello stato civile dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero». La circolare ministeriale è disponibile online: <http://serviziodemografici.interno.it/sites/default/files/news-files/Circolare%20del%207%20Ottobre%202014.pdf>.

nizzazione del Governo, a norma dell'articolo 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59») prevede esplicitamente che il Ministero dell'interno sia competente in ordine alla vigilanza sul corretto funzionamento dello stato civile e dell'anagrafe³⁸.

Inoltre, in base a quanto disposto dal Testo unico degli enti locali, il Ministro è competente ad intervenire in materia con atti, quali le «circolari ministeriali», che hanno la preminente funzione di essere rivolte al personale subordinato al Ministro, affinché una determinata azione venga posta in essere, un determinato comportamento venga tenuto, una determinata condotta venga a cessare³⁹.

Pertanto, non è irrilevante constatare come la circolare ministeriale non sia il primo atto mediante il quale il Ministero dell'interno assume, in via diretta, una posizione di netta contrarietà alla trascrizione dei matrimoni omosessuali celebrati all'estero. In effetti, sul punto era già intervenuta una circolare della Direzione centrale del Ministero dell'interno, datata 18 ottobre 2007, nella quale veniva richiamata l'attenzione «degli ufficiali di stato civile affinché al momento di trascrivere un matrimonio

(38) In merito alla natura delle circolari ministeriali si vedano, per tutti, A. RUGGERI, *Circolari amministrative e circolari di indirizzo politico*, in *Riv. trim. dir. Pubbl.*, 1973, p. 1758 ss.; R. TARCHI, *Le circolari ministeriali con particolare riferimento alla prassi*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Norme secondarie e direzione dell'amministrazione*, Bologna, 1992, p. 267 ss.;

art. 14, commi 1-2, d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300: «Al Ministero dell'interno sono attribuite le funzioni e i compiti spettanti allo Stato in materia di: garanzia della regolare costituzione e del funzionamento degli organi degli enti locali e funzioni statali esercitate dagli enti locali, tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, difesa civile e politiche di protezione civile, poteri di ordinanza in materia di protezione civile, tutela dei diritti civili, cittadinanza, immigrazione, asilo, soccorso pubblico, prevenzione incendi. Il ministero svolge in particolare le funzioni e i compiti di spettanza statale nelle seguenti aree funzionali: *a)* garanzia della regolare costituzione degli organi elettivi degli enti locali e del loro funzionamento, finanza locale, servizi elettorali, vigilanza sullo stato civile e sull'anagrafe e attività di collaborazione con gli enti locali; *b)* tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica e coordinamento delle forze di polizia; *c)* amministrazione generale e supporto dei compiti di rappresentanza generale di governo sul territorio; *d)* tutela dei diritti civili, ivi compresi quelli delle confessioni religiose, di cittadinanza, immigrazione e asilo».

(39) Il d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 prevede, all'art. 54, comma 12, che: «Il Ministro dell'interno può adottare atti di indirizzo per l'esercizio delle funzioni previste dal presente articolo da parte del sindaco». In particolare, la circolare ministeriale in oggetto rientra nella categoria delle c.d. «circolari interpretative», ovvero una nota con la quale il Ministero informa gli organi periferici circa la corretta interpretazione da seguire rispetto ad una determinata norma giuridica o ad un insieme di norme incidenti su una determinata materia, al fine di garantire un'omogenea applicazione del diritto su tutto il territorio nazionale.

contratto all'estero da un cittadino, pongano particolare cura alla verifica che i due sposi siano di sesso diverso, eventualmente richiedendo direttamente al cittadino o al consolato che ha trasmesso la pratica, in caso di dubbio, un documento di identità dal quale si evinca inequivocabilmente il sesso degli interessati»⁴⁰.

Entrando pienamente nel merito, la circolare, in prima battuta, prende atto della trascrizione, operata da diversi Sindaci, di matrimoni tra persone del medesimo sesso celebrati all'estero. Le «direttive» – come l'atto ministeriale qualifica le disposizioni dei Sindaci – poste in essere al fine di operare la trascrizione dei matrimoni omosessuali, vengono definite come «non conformi al quadro normativo vigente».

A sostegno di tale perentoria affermazione la circolare ministeriale sottolinea come la capacità giuridica delle persone e lo stato civile rientrano a pieno titolo nell'ambito competenziale esclusivo dello Stato⁴¹.

Inoltre, la natura meramente certificativa della trascrizione non esonera, a parere del Ministro, gli ufficiali di stato civile dal verificare, oltre alla regolarità dell'atto in ossequio alle norme del luogo ove lo stesso è stato posto in essere⁴², anche la compatibilità dell'atto stesso rispetto alle norme dell'ordinamento giuridico italiano.

Di conseguenza, la circolare pone in capo agli ufficiali di stato civile non un mero onere di verifica formale (relativa alla validità intrinseca dell'atto), bensì un dovere «attivo» di accertamento della sussistenza, in capo ai soggetti interessati, dei requisiti, previsti dall'ordinamento giuridico italiano, necessari al fine di ottenere la trascrizione del matrimonio celebrato all'estero.

A compimento dell'argomentazione, la circolare ministeriale ha richiamato le succitate pronunce della Corte costituzionale (sent. 21 aprile 2010, n. 138) e della Corte di Cassazione (sent. 15 marzo 2012, n. 4184), secondo le quali, a parere del Ministro, non vi sarebbe altra lettura che

(40) La circolare ministeriale del 2007 è disponibile online: http://www.servizidemografici.interno.it/sitoCNSD/documentazioneRicerca.do?metodo=dettaglioDocumento&servizio=documentazione&ID_DOCUMENTO=986&codiceFunzione=NO&codiceSettore=SC.

(41) In particolare, si opera un rinvio implicito alle materie contenute nell'art. 117, comma 2, lettera i) («cittadinanza, stato civile e anagrafi») della Costituzione.

(42) Si rinvia a quanto già riferito *sub* nota 4.

quella intesa ad escludere la possibilità, all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, di veder riconosciute le unioni omosessuali.

Sarà dunque compito dei Prefetti, a parere del Ministero dell'interno, accertare le eventuali violazioni della legge e disporre la cancellazione degli atti trascritti nei registri pubblici dello stato civile⁴³.

In effetti, a seguito delle polemiche suscitate dalle trascrizioni operate dai Sindaci dei *same sex marriage* celebrati all'estero e, successivamente, dalla presa di posizione ministeriale, a mezzo stampa e mediante la circolare, i Prefetti interessati hanno intimato ai Sindaci di ottemperare alla loro richiesta di cancellazione dei matrimoni omosessuali dai registri dello stato civile⁴⁴.

In realtà, però, quanto affermato dal Ministero dell'interno non è privo di ambiguità. In primo luogo, l'art. 54, comma 11, del Testo unico degli enti locali dispone che, in caso di «inerzia» del Sindaco (o di un suo delegato), nelle materie di cui ai commi 1-3-4 del medesimo articolo (emanazione degli atti che gli sono attribuiti dalla legge e dai regolamenti in materia di ordine e sicurezza pubblica, svolgimento delle funzioni affidategli dalla legge in materia di pubblica sicurezza e di polizia giudiziaria, vigilanza su tutto quanto possa interessare la sicurezza e l'ordine pubblico, tenuta dei registri di stato civile e di popolazione e agli adempimenti demandatigli dalle leggi in materia elettorale, di leva militare e di statistica, atti contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana) il Prefetto possa «intervenire con proprio provvedimento», sostituendosi al Sindaco inadempiente.

La disposizione in parola desta, invero, non poche perplessità. La previsione della sostituzione diretta del Prefetto, «anche» in caso di inadem-

(43) Sul ruolo e i poteri del Prefetto si vedano, fra gli altri, V. MAZZARELLI, *Prefetto e prefettura (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 947 ss.; C. MEOLI, *Prefetto*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Torino, 1996, p. 392 ss.; M. CAMMELLI, *L'ufficio territoriale del governo (art. 11)*, in A. PAJNO, L. TORCHIA (a cura di), *La riforma del governo*, Bologna, 2000, p. 165 ss.; S. CASSESE, *Gli uffici territoriali del governo nel quadro della riforma amministrativa*, in *Le Regioni*, 2001, p. 869 ss.; R. LAURO, V. MADONNA, *Il prefetto della Repubblica tra istituzioni e società*, Rimini, 2005.

(44) In proposito, il Sindaco di Milano, in data 17 gennaio 2015, ha dichiarato alle agenzie di stampa di essere indagato dalla Procura di Milano per «omissione di atti d'ufficio», in quanto non ha ottemperato alla richiesta del Prefetto di cancellare i matrimoni omosessuali precedentemente trascritti dal registro dello stato civile del Comune di Milano.

pienza da parte del Sindaco, parrebbe, a prima lettura, configurare un rapporto tra i due organi di tipo «gerarchico-funzionale». Se è vero che le materie in cui il Prefetto può sostituirsi al Sindaco sono «attribuzioni del Sindaco nelle funzioni di competenza statale» (dunque in tal senso il Prefetto si pone quale rappresentante territoriale del Governo con funzione di garanzia dell'unitaria applicazione delle norme giuridiche su tutto il territorio nazionale), è parimenti rispondente al vero che Sindaco e Prefetto non sono organi riconducibili alla categoria classica della «gerarchia», promanando gli stessi da ambiti dell'amministrazione diversi (Enti locali il primo, Ministero dell'interno il secondo). D'altronde, la stessa giurisprudenza amministrativa⁴⁵ è pressoché unanime nel ritenere che il Sindaco, nell'adempimento delle sue funzioni, benché delegate dallo Stato, rimanga pur sempre inquadrato quale «ufficiale di Governo» del territorio, afferente quindi all'ordinamento degli Enti Locali; egli, in sostanza, non diverrebbe un organo dell'amministrazione statale, subordinato gerarchicamente al Ministero dell'interno ed al Prefetto. Infine, l'art. 118, comma 2, della Costituzione stabilisce che: «I Comuni, le Province e le Città metropolitane sono titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze». Il disposto dell'art. 54, comma 11, del TUEL, laddove prevede che il Prefetto possa sostituirsi «anche» in caso di inerzia del Sindaco, farebbe supporre una generale potestà sostitutiva, in capo all'organo prefettizio, non vincolata al requisito della stretta «inadempienza» da parte del Sindaco o del suo delegato; tale circostanza solleva forti dubbi di legittimità costituzionale, poiché parrebbe irragionevole «conferire» ai Comuni (nel caso di specie mediante legge statale) funzioni sulle quali un organo dello Stato (nella circostanza il Prefetto) possa intervenire in qualunque momento, senza che vi siano limiti o indicazioni espresse, nel corpo della norma, circa i casi nei quali l'organo statale possa, a buon diritto, intervenire in via sostitutiva in ambiti assegnati dalla legge alla competenza del Sindaco.

Proprio in tema di competenza del Prefetto ad intervenire sugli atti posti in essere dal Sindaco in materia di tenuta dei registri dello stato civi-

(45) Si vedano, per tutte, Cons. di Stato, sez. IV, sent. 28 marzo 1994, n. 291 e Cons. di Stato, sez. VI, sent. 17 ottobre 2003, n. 7266.

le del Comune si è recentemente pronunciato il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sez. I-ter, con le pronunce depositate in data 9 marzo 2015, nn. 3907-3911-3912 (aventi sostanzialmente il medesimo tenore)⁴⁶. Preliminarmente, il Tribunale amministrativo, operando un richiamo alla giurisprudenza costituzionale, ha condiviso quanto già sostenuto dal Giudice delle Leggi, ove afferma che «la Corte costituzionale ha, infatti, affermato che l'art. 29 Cost. si riferisce alla nozione di matrimonio definita dal codice civile come unione tra persone di sesso diverso e questo significato del precetto costituzionale non può essere superato con un'interpretazione creativa né, peraltro, con specifico riferimento all'art. 3, comma 1, Cost., le unioni omosessuali possono essere ritenute *tout court* omogenee al matrimonio [...] la Consulta ha stabilito che tra le formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost., in grado di favorire il pieno sviluppo della persona umana nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico, rientra anche l'unione omosessuale ma, ha evidenziato che spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità politica, individuare con atto di rango legislativo le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, scegliendo, in particolare, se equiparare *tout court* il matrimonio omosessuale a quello eterosessuale, ovvero introdurre forme diverse di riconoscimento giuridico della stabile convivenza della coppia».

Il TAR, inoltre, condividendo quanto precedentemente sostenuto dalla Corte di Cassazione, nella pronuncia n. 4184/2012, ha affermato che: «In sostanza, allo stato dell'attuale normativa nazionale italiana, il matrimonio celebrato all'estero tra persone dello stesso sesso risulta privo dei requisiti sostanziali necessari per procedere alla sua trascrizione, ai sensi dell'art. 10 del d.P.R. 396/2000, come confermato dalla giurisprudenza, la quale ha affermato che «l'intrascrivibilità delle unioni omosessuali dipende non più dalla loro inesistenza e neppure dalla invalidità, ma dalla loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano»».

Entrando pienamente nel merito della pronuncia, a giudizio del TAR Lazio, la normativa vigente: *a)* esclude qualsivoglia tipo di intervento so-

(46) La pronuncia del TAR Lazio è reperibile online: <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2015/03/Tar-Lazio-2015.pdf>.

stitutivo prefettizio (ad eccezione del caso di «inerzia» del Sindaco); *b*) affida all'autorità giudiziaria il compito di valutare l'eventuale cancellazione di un atto indebitamente registrato nel registro di stato civile del Comune. Dunque, a parere del giudice amministrativo, da un lato i Prefetti sono sprovvisti della competenza a censurare gli atti posti in essere dal Sindaco in materia di trascrizioni delle unioni matrimoniali celebrate all'estero, dall'altro il TAR stesso rinviene la competenza medesima in capo ai Tribunali ordinari, ai quali spetterà la valutazione della trascrivibilità o meno delle unioni suddette⁴⁷.

La disciplina in parola, della quale si è tentato di tratteggiare i caratteri essenziali ed i punti di maggiore criticità, dimostra come, in assenza di una normativa statale che, in via esplicita, statuisca in merito alle forme e ai modi in cui le unioni omosessuali (in virtù del proprio *status* di «coppia») possano trovare riconoscimento giuridico nel nostro ordinamento, l'ammissibilità dei matrimoni omosessuali all'interno dell'ordinamento giuridico italiano (in presenza di un articolato dibattito dottrinario, alimentato da pronunce non sempre lineari della giurisprudenza costituzionale e di merito) resta un problema ancora largamente insoluto. Non sarebbe pertanto condivisibile, per le ragioni finora esposte, l'eventualità che il legislatore «decida di non decidere» in merito all'estensione dei diritti connessi allo *status* di «coppia» alle unioni omosessuali. Il tema non è, infatti, il riconoscimento o meno dei diritti, poiché le pronunce della Corte EDU e della Corte costituzionale, nel silenzio della normativa nazionale, fanno chiaramente intendere come vi sia la ragionevole pretesa, da parte alle coppie omosessuali, di accedere ad un determinato catalogo di diritti inerenti alla loro vita di «coppia».

Ciò che il legislatore è chiamato a fare, anche a fronte di quanto già previsto in diversi Stati dell'Unione europea, si sostanzia nell'estensio-

(47) «Quindi, una trascrizione nel Registro degli atti di matrimonio può essere espunta e/o rettificata solo in forza di un provvedimento dell'Autorità giudiziaria e non anche adottando un provvedimento amministrativo da parte dell'Amministrazione centrale, neanche esercitando il potere di sovraordinazione che, effettivamente, il Ministro dell'interno vanta sul Sindaco in tema di stato civile» (p.to 4.1). In tal senso, però, la pronuncia in parola non pare tener conto di un'anomalia sistemica che genererà non pochi problemi di certezza del diritto. Infatti, non essendovi alcuna chiara indicazione in merito da parte del legislatore, potrà avvenire (come del resto è già avvenuto) che distinti Tribunali decidano in maniera opposta l'uno rispetto all'altro, creando in tal senso forte disorientamento ed eterogeneità di scelte rispetto a casi del tutto simili tra loro.

ne, totale o parziale, dei diritti connessi al matrimonio anche alle coppie omosessuali (mediante, eventualmente, l'istituzione di «pubblici registri delle unioni civili», in modo tale da determinare con certezza quale sia la platea di soggetti interessata all'accesso ai diritti derivanti dall'iscrizione al registro medesimo) oppure nel consentire l'accesso all'istituto del «matrimonio civile» anche alle coppie omosessuali⁴⁸.

In conclusione, non si può sottacere che la scelta che il legislatore è chiamato a fare in ordine alla disciplina delle unioni omosessuali sarà gravida di conseguenze sul piano dell'ordinamento giuridico e, in particolare, rispetto alla disciplina del diritto di famiglia.

La discrezionalità riconosciuta in materia al legislatore, *in primis* dalla Corte costituzionale, potrebbe portare all'estensione «parziale» dei diritti connessi al matrimonio alle coppie omosessuali (a parere di chi scrive, l'ipotesi più verosimile nell'immediato futuro) e non alla totale equiparazione coppie eterosessuali-omosessuali, anche in ragione dell'accesso dibattuto politico in materia, connotato molto spesso da venature più ideologiche che da argomentazioni di tipo giuridico (in special modo, riguardo all'ipotetica futura adottabilità dei figli da parte delle coppie omosessuali, qualora venga loro riconosciuto il diritto di contrarre matrimonio)⁴⁹.

(48) Del medesimo avviso è, in particolare, G. FERRANDO, *Il diritto al matrimonio delle coppie dello stesso sesso: dalla discriminazione alla pari dignità*, in *Politica del Diritto*, 3, 2014, p. 359 ss., spec. p. 373: «Il legislatore, chiamato direttamente in causa dalla Corte costituzionale, deve ora fare la sua parte della Camera dei Deputati approvando una legge all'altezza della nostra grande tradizione di civiltà. Se così non dovesse essere, non ci si lamenti poi che i giudici intervengano a ristabilire il primato della Costituzione, come hanno dimostrato di saper fare in altre occasioni».

(49) Al momento di dare alle stampe il presente saggio, è intervenuta una rilevante pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU, 21 luglio 2015, caso *Oliari e altri c. Italia*) di cui, per esigenze di brevità, si riporta di seguito il contenuto essenziale (la sentenza è reperibile online: <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2015/07/CASE-OF-OLIARI-AND-OTHERS-v.-ITALY.pdf>).

La Corte, in ossequio alla propria giurisprudenza pregressa, torna a ribadire la necessità indefettibile di riconoscere i diritti connessi allo *status* di coppia alle unioni omosessuali. Ma, a differenza delle precedenti pronunce, la Corte opera un salto di qualità, condannando lo Stato italiano, per violazione dell'art. 8 della CEDU, sulla base della considerazione che «il Governo italiano ha ecceduto il suo margine di apprezzamento ed ha mancato di adempiere il suo *obbligo positivo* di assicurare che ai ricorrenti fosse disponibile uno specifico quadro legale che prevedesse il riconoscimento per la tutela delle loro unioni omosessuali» (p.to 185).

In definitiva, un chiaro e perentorio segnale indirizzato al Legislatore italiano, al fine di stimolare un intervento a breve termine per sanare una lacuna normativa ritenuta non più procrastinabile, ponendo in essere istituti giuridici che estendano alle unioni omosessuali i diritti connessi, nell'ordinamento giuridico italiano, al matrimonio civile.

El reconocimiento jurídico de la diversidad sexual en la España de las autonomías: la Ley 11/2014 del Parlamento de Cataluña

Markus González Beilfuss

Recentemente, sette Comunità Autonome spagnole hanno approvato alcune leggi che intendono sradicare la discriminazione contro i membri dei collettivi LGTB, promuovendo al tempo stesso politiche pubbliche connesse a queste finalità. Il presente contributo analizza il contenuto di queste norme, tenendo in considerazione la prospettiva costituzionale e la disciplina legale della diversità sessuale in Spagna. Una particolare attenzione viene dedicata alla Ley catalana de octubre de 2014, che, anche per essere la più recente, si presenta come la più avanzata, introducendo per la prima volta un elenco di infrazioni e sanzioni amministrative a tutela dei collettivi LGTB.

1. Introducción

En las últimas décadas, el reconocimiento social y jurídico de la diversidad sexual está avanzando de forma significativa en un número creciente de países. Aunque con ritmos y grados diferentes, el monopolio tradicional del matrimonio heterosexual está siendo sustituido por una concepción más amplia de familia, que incluye tanto las monoparentales como las integradas por parejas de hecho (heterosexuales u homosexuales) y, en su caso, los matrimonios entre personas del mismo sexo.

Por lo que respecta a los Países europeos, el reconocimiento jurídico de esta realidad sigue siendo dispar. A diferencia de lo que ocurre en otras latitudes, en Europa la diversidad sexual no está perseguida, pero su regulación es ciertamente heterogénea. No obstante esta disparidad nacional, cabe recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene incluyendo hace años la orientación sexual como una de las causas de discriminación prohibidas por el art. 14 del Convenio Eu-

ropeo de Derechos Humanos¹. La obligación de interpretar el Convenio como un instrumento vivo también está llevando al Tribunal de Estrasburgo a considerar que el derecho a la vida familiar del art. 8 del Convenio debe incluir estos nuevos tipos de familia². Por su parte, el Derecho de la Unión Europea prohíbe de forma expresa, como es sabido, la discriminación por orientación sexual en el art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión. Asimismo, la lucha contra este tipo de discriminación constituye una competencia de las instituciones europeas reconocida en el art. 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que hasta ahora se ha traducido en iniciativas heterogéneas³. Con todo, aunque el avance ha sido innegable, el reconocimiento de la diversidad sexual tiene todavía mucho camino por recorrer tanto en el ámbito de la Unión Europea y del Consejo de Europa, como en el de los diferentes Estados europeos.

Uno de los supuestos en el que esta necesidad de reconocimiento es mayor es el de la transexualidad. La discrepancia entre el sexo morfológico y la vivencia interna e individual del género (entendido éste como concepto psicosocial que incluye aspectos heterogéneos como la vivencia personal del cuerpo, la vestimenta o el modo de hablar) está visibilizándose de forma creciente en muchos estados. Pero lo verdaderamente interesante de esta evolución es que la transexualidad no sólo está enriqueciendo el propio debate sobre la diversidad sexual, sino que también está poniendo claramente de relieve la necesidad de vincular esta última con el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana.

(1) Vid., por todas, las Sentencias de 21 de diciembre de 1999 (Caso Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal) y de 9 de enero de 2003 (Casos L. y V. c. Austria, y S. L. c. Austria).

(2) Vid. las Sentencias de 11 de julio de 2002 (Casos Christine Goodwin c. Reino Unido, e I. c. Reino Unido).

(3) Vid., en este sentido, la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el trabajo y la ocupación, así como, entre otras, las Resoluciones del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994 sobre igualdad de derechos de homosexuales y lesbianas en la Comunidad Europea, y de 24 de mayo de 2012 sobre la lucha contra la homofobia en Europa.

Esta vinculación obliga a abordar la transexualidad desde una perspectiva más amplia que la empleada hasta el momento. No sólo se trata de prohibir cualquier tipo de discriminación que pueda sufrir el colectivo transexual, sino sobre todo de reconocer las necesidades concretas de un colectivo que, a su vez, es tremendamente heterogéneo. En definitiva, la confluencia de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales en el movimiento LGTB y la más reciente incorporación de los intersexuales (es decir, las personas que presentan atributos físicos que se encuentran entre los sexos masculino y femenino) está planteando la necesidad de superar el concepto tradicional de sexo a favor de uno más amplio, que también incluya el género y la orientación sexual. Pero sobre todo está poniendo de relieve que el reconocimiento jurídico de esta realidad debe vincularse al derecho a la diferencia, a la libre personalidad y a la dignidad humana, y no sólo a la prohibición de discriminación.

Si, como se ha mencionado, el reconocimiento jurídico de la homosexualidad es dispar entre los Países europeos, en el caso de la transexualidad las diferencias son todavía mayores. De hecho, son pocos los países que la regulan de forma expresa. Así, Suecia, Reino Unido, Bélgica y España son algunos de los que en los últimos años han aprobado leyes específicas sobre la transexualidad⁴. Por lo general, sin embargo, se trata de normas que se limitan a regular el modo en que la transexualidad puede tener efectos civiles. Ello no obstante, si, como se acaba de señalar, el reconocimiento jurídico de la transexualidad va más allá del cambio registral de sexo, parece claro que tales leyes también deberían incluir una serie de medidas encaminadas a poner fin a las discriminaciones que el colectivo transexual ha sufrido históricamente, así como a reconocer una serie de derechos especialmente vinculados a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad de cada uno de sus integrantes.

(4) Al margen de las leyes de Suecia (1972), Reino Unido (2004 y 2010), Bélgica (2007) y España (2007), la transexualidad también ha sido regulada expresamente en otros Estados europeos como Montenegro (2007) y Albania (2010), así como en algunos Países sudamericanos como Bolivia (2009) y Argentina (2010), o africanos como Sudáfrica (2003).

Aunque pueda resultar a primera vista sorprendente, en el caso de España son las Comunidades Autónomas y no el Estado central las que en los últimos años están aprobando leyes de este tipo. Navarra, el País Vasco, Galicia, Andalucía, Cataluña, Canarias y Extremadura son, por orden cronológico, las siete regiones españolas que han aprobado leyes de este tipo⁵, que serán objeto de análisis en este trabajo.

Por una cuestión de espacio, su estudio se limitará al fundamento competencial y al contenido más destacado de toda esta normativa. En todo caso, se dedicará especial atención a la ley catalana por tratarse de una de las normas más recientes y completas. En este sentido, cabe destacar que, como en el caso de la gallega y la extremeña, la ley catalana se refiere expresamente a todo el movimiento LGTBI y no sólo a los transexuales. Además, la ley catalana ha sido la primera en incorporar un catálogo de infracciones y sanciones administrativas como instrumento específico de erradicación de la homofobia, bifobia y transfobia. Por ello, constituye de momento el intento más ambicioso de reconocimiento jurídico de la diversidad sexual en la España de las autonomías. Antes de analizar, sin embargo, la normativa autonómica, conviene referirse a la dimensión constitucional y la regulación general de la diversidad sexual en España, que no pueden ser ni ignoradas ni vulneradas por las Comunidades Autónomas.

2. El reconocimiento jurídico de la diversidad sexual en España

El peso de la religión católica en la sociedad española y el carácter tradicionalmente confesional del Estado español explican que la diversidad sexual no sólo haya carecido de reconocimiento jurídico durante muchos años, sino que incluso haya sido perseguida. Cabe recordar, en este sentido, que la homosexualidad fue despenalizada hace sólo 35 años, y que la cirugía de reasignación de sexo dejó de perseguirse penalmente hace apenas 25 años. Lógicamente, la entrada en vigor de la

(5) Vid., por orden cronológico, las Leyes 12/2009, de 19 de noviembre, de la Comunidad Foral de Navarra; 14/2012, de 28 de junio, del País Vasco; 2/2014, de 14 de abril, de Galicia; 2/2014, de 8 de julio, de Andalucía; 11/2014, de 10 de octubre, de Cataluña; 8/2014, de 28 de octubre, de Canarias; y 12/2015, de 8 de abril, de Extremadura.

Constitución de 1978 supuso un punto de inflexión importante, al reconocerse el principio general de igualdad y prohibirse expresamente toda discriminación por cualquier tipo de circunstancia y condición personal. Por su parte, el Código Penal de 1995 dio un paso importante en la protección de la diversidad sexual al introducir diversas normas para castigar penalmente la discriminación por orientación sexual. Así, el Código Penal contempla este tipo de discriminación como agravante de cualquier delito (art. 22.4 CP), a la vez que tipifica como delito determinadas acciones u omisiones fundamentadas en la orientación sexual de las víctimas (arts. 314, 510, 511 y 512 CP)⁶.

2.1. La dimensión constitucional de la diversidad sexual

Más allá de su mayor o menor reconocimiento legal, es importante señalar que la diversidad sexual tiene una dimensión constitucional que es evidente, que va más allá del principio de igualdad y que, en última instancia, deriva del propio reconocimiento de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político creado por la Constitución Española (art. 10.1 CE). Precisamente esta dimensión constitucional de la diversidad sexual ha llevado al Tribunal Constitucional español a pronunciarse en diversas ocasiones sobre aspectos concretos de tal diversidad.

Así, al igual que el Tribunal de Estrasburgo, el Tribunal Constitucional español no ha tenido ningún reparo en considerar que la orientación sexual debe entenderse incluida entre los supuestos específicos de discriminación prohibidos constitucionalmente por el art. 14 CE. Ello le ha permitido, por ejemplo, analizar desde esta perspectiva el despido de un trabajador de *Alitalia* por su homosexualidad⁷, así como la imposibilidad legal que en determinados casos las parejas de hecho homose-

(6) Cabe destacar que la última reforma del Código Penal, operada por la Ley Orgánica 1/2015 y que entrará en vigor el próximo 1 de julio, ha introducido en estos preceptos referencias explícitas a la identidad sexual y a las razones de género, extendiendo con ello la protección penal de la diversidad sexual a los supuestos de transexualidad.

(7) STC 41/2006, de 13 de febrero.

xuales o heterosexuales sin hijos tuviesen acceso a la pensión de viudedad⁸.

En los últimos años, la dimensión constitucional de la diversidad sexual ha llevado al Tribunal Constitucional a abordar problemas relacionados con la transexualidad y la identidad de género. Así, este Tribunal ha admitido que un cambio en el régimen de visitas a un hijo motivado por la transexualidad sobrevenida de su padre puede vulnerar el art. 14 CE⁹. El Tribunal tampoco ha tenido reparo en aplicar la ya mencionada doctrina sobre la imposibilidad legal de acceder a las pensiones de viudedad a un supuesto de pareja transexual¹⁰. En ambas sentencias es importante señalar que el problema de constitucionalidad no derivaba de la prohibición de discriminación, sino del principio general de igualdad, lo cual pone de relieve que la dimensión constitucional de la diversidad sexual va más allá de la primera y que puede derivar de otros derechos fundamentales y, en el fondo, del reconocimiento constitucional del libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana (art. 10.1 CE). Aunque la pretendida vulneración de este último precepto no abre las puertas, por sí solo, a la jurisdicción de amparo, conviene destacar que cualquier actuación pública o privada que afecte negativamente a la diversidad sexual puede tener, pues, relevancia constitucional.

En esta misma línea, cabe señalar que la vertiente constitucional de la diversidad sexual también ha dado entrada a la dimensión positiva de los derechos fundamentales, esto es, a las obligaciones de actuación que pueden derivarse de las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales. En la jurisprudencia constitucional española esta posibilidad todavía no se ha dado en el ámbito de la diversidad sexual. Pero en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cabe recordar que en sendas sentencias de 11 de julio de 2002 (casos Chris-

(8) STC 41/2013, de 14 de febrero.

(9) STC 176/2008, de 22 de diciembre.

(10) STC 77/2013, de 8 de abril.

tine Goodwin c. R.U., e I. c. R.U.) el Tribunal consideró que el Reino Unido había incumplido las obligaciones derivadas del art. 8 CEDH al incluir en el sistema de salud británico las operaciones de reasignación de sexo, pero no reconocerles efectos legales.

2.2. El reconocimiento legal de la diversidad sexual en España

Volviendo al caso español y dejando de lado la dimensión constitucional, otro aspecto que cabe destacar es que el reconocimiento jurídico de la diversidad sexual que se ha producido en los últimos años ha sido obra, principalmente, del legislador estatal. En efecto, dejando de lado las normas penales que persiguen la discriminación por orientación sexual y, muy recientemente, por identidad sexual y razones de género, debe dejarse constancia de las siguientes cuatro leyes.

Por un lado, y por orden cronológico, cabe destacar la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, que reconoció una serie de medidas generales para la aplicación del principio de igualdad de trato, que son expresamente aplicables a los supuestos de discriminación por orientación sexual o identidad de género. Entre ellas, cabe señalar la propia definición de las diversas modalidades de discriminación, así como del concepto de acoso. Esta ley también destaca por haber introducido, con carácter general, una figura clave en el derecho antidiscriminatorio de todos los Países como la inversión de la carga de la prueba en las jurisdicciones civil, contencioso-administrativa y social siempre que existan indicios de discriminación. Su introducción en el derecho procesal español como consecuencia de esta Ley puede calificarse de amplia, aunque no alcanza, lógicamente, a la jurisdicción penal en virtud del principio de presunción de inocencia.

Desde la perspectiva de la diversidad sexual la segunda norma estatal que cabe destacar es la Ley 13/2005, de 1 de julio, que fue pionera en el reconocimiento legal del matrimonio homosexual en Europa, al otorgarle exactamente los mismos efectos que al matrimonio heterosexual. Como es sabido, el Tribunal Constitucional avaló la constitucionalidad de esta Ley mediante la STC 198/2012, de 6 de noviembre, en la que se dio gran

trascendencia a la necesidad de interpretar evolutivamente y “como un árbol vivo” una garantía institucional como la del matrimonio.

Una tercera norma estatal que debe ser mencionada es la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida. Esta Ley no sólo reconoció expresamente que toda mujer mayor de edad puede ser receptora de dichas técnicas con independencia de su estado civil y orientación sexual – algo que ya era posible con anterioridad –, sino que en un matrimonio entre dos mujeres la madre no biológica también pueda reconocer como propio al hijo nacido mediante dichas técnicas.

Finalmente, cabe referirse a la ya mencionada Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Aprobada en ejercicio de la competencia del Estado en relación con el Registro civil (art. 149.1.8 CE), esta norma se limita a regular el procedimiento para solicitar el cambio registral del sexo. Iniciado por cualquier persona española mayor de edad y sustanciado a través de un procedimiento gubernativo, lo más destacado de la regulación española es que, a diferencia de la italiana, la rectificación registral no requiere que se haya producido ninguna cirugía de reasignación de sexo. Basta con que se den dos requisitos: por un lado, que exista un diagnóstico médico o psicológico de disforia de género y, por otro, que ésta haya sido tratada médicamente dos años por lo menos. En su caso, la rectificación registral del sexo también conlleva el cambio del nombre propio de la persona para que no resulte discordante con el nuevo sexo registral.

Aunque no exista una ley integral, el reconocimiento jurídico de la diversidad sexual por parte del legislador estatal puede calificarse, pues, de avanzado desde un punto de vista de comparado. Ello no significa, lógicamente, ni que no subsistan importantes problemas legales, ni que España quede al margen de la preocupación expresada por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas¹¹ y por el Parla-

(11) Vid., en este sentido, la Resolución 17/19 del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, así como el Informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos

mento Europeo¹² en relación con la existencia de importantes discriminaciones por razón de orientación sexual y de identidad de género. Ahora bien, en un Estado con un importante nivel de descentralización política como España, el reconocimiento normativo de la diversidad sexual también pasa – y no de manera secundaria – por las Comunidades Autónomas.

3. El reconocimiento normativo de la diversidad sexual por parte de las Comunidades Autónomas

Como se ha señalado en la introducción, en los últimos años han sido siete las Comunidades Autónomas españolas que han aprobado leyes que, de forma específica, abordan la igualdad de trato y el reconocimiento de determinados derechos a los integrantes de colectivos sexualmente diversos¹³. En el caso de Navarra, País Vasco, Andalucía y Canarias estas leyes se circunscriben a la identidad de género y a la transexualidad, mientras que las leyes gallega, catalana y extremeña tienen un ámbito subjetivo más amplio, que incluye a lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales, es decir, a todo el colectivo LGTBI. Aunque sólo la ley andaluza se califica formalmente como integral, todas estas normas pretenden regular en sentido amplio la situación de este colectivo. Así, contienen normas que pretenden garantizar su no discriminación, pero también otras que les reconocen una serie de derechos sustantivos, y unas terceras que, sobre todo, contienen mandatos a los poderes públicos autonómicos en ámbitos muy diversos.

3.1. El fundamento competencial de la normativa autonómica

La primera cuestión de las leyes autonómicas que estamos analizando que puede resultar sorprendente a ojos de un lector foráneo es la propia posibilidad que las Comunidades Autónomas puedan aprobarlas.

Humanos publicado en 2011 “Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género”.

(12) Vid. las Resoluciones del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 1989 sobre la discriminación de los transexuales, y de 18 de enero de 2006 sobre la homofobia en Europa.

(13) Vid. la nota 5.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el proceso de descentralización política desarrollado en España desde el año 1978 ha implicado la aprobación de 17 Estatutos de Autonomía que atribuyen a las Comunidades Autónomas competencias importantes en ámbitos como la sanidad, la asistencia social o la educación. Si bien el alcance de estas competencias es heterogéneo, los Parlamentos autonómicos han aducido sobre todo sus competencias sectoriales en estos y otros ámbitos materiales para fundamentar su capacidad de aprobar las leyes a las que nos estamos refiriendo¹⁴.

A pesar de su carácter pretendidamente integral, ninguna de las leyes autonómicas incide en el reconocimiento registral de las personas transexuales, puesto que éste es un ámbito que, como se ha visto, está reservado al Estado (art. 149.1.8 CE). Las leyes autonómicas tampoco se inmiscuyen en otras competencias exclusivas del Estado que afectan a la protección penal de la diversidad sexual (art. 149.1.6 CE) o a ámbitos como la legislación laboral (art. 149.1.7 CE)¹⁵. Finalmente, desde una perspectiva competencial también cabe descartar que las leyes autonómicas aquí analizadas menoscaben la competencia estatal para regular las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales (art. 149.1.1 CE). En este sentido, cabe señalar que la jurisprudencia constitucional vincula este título competencial con los derechos constitucionales en sentido estricto y considera que habilita al Estado para establecer unas condiciones básicas uniformes que garanticen la igualdad en el ejercicio de tales derechos en todo el territorio. Si bien la jurisprudencia constitucional ha permitido una aplicación amplia del art. 149.1.1 CE, este título competencial no puede impedir, en definitiva, que las Comunidades Autónomas reconozcan derechos legales a los destinatarios de las políticas públicas dictadas en ejercicio de sus competencias sectoriales.

(14) Algunas leyes también aluden a cláusula social contenida en sus Estatutos, que es equivalente al art. 9.2 de la Constitución española o art. 3 de la Constitución italiana.

(15) Cabe tener en cuenta, sin embargo, que los Estatutos de Autonomía suelen otorgar competencias a las Comunidades Autónomas en relación con las políticas activas de empleo.

3.2. Los beneficiarios de las leyes autonómicas

Entrando en el contenido de la normativa autonómica, el primer aspecto que debe ser mencionado es el de los posibles beneficiarios de los derechos reconocidos en ellas. El fundamento competencial de las leyes autonómicas, esto es, como se ha visto, las competencias sectoriales de las Comunidades Autónomas en diversos ámbitos son las que permiten con total naturalidad que sean las propias Comunidades las que delimiten libremente sus beneficiarios potenciales. En este sentido, cabe destacar que todas las leyes autonómicas emplean el criterio de la residencia efectiva – al margen de su regularidad administrativa – para poderse acoger a su normativa. Los extranjeros en situación administrativa irregular también son, pues, potenciales beneficiarios de todas las leyes autonómicas existentes en este ámbito. En el caso concreto de los transexuales es interesante advertir que en ningún caso los beneficiarios de las leyes autonómicas deben cumplir necesariamente los requisitos exigidos por la normativa estatal para rectificar la mención registral de su sexo. De hecho, todas las leyes autonómicas permiten que personas con disforia de género se beneficien de las mismas en un momento anterior, que es distinto en las diversas Comunidades Autónomas. Así por ejemplo, en la Comunidad Foral Navarra se exige haber iniciado los trámites registrales para el cambio de sexo, en el País Vasco y en Canarias es suficiente presentar una disonancia de género estable y persistente de seis meses, mientras que en el caso de Andalucía es suficiente una mera manifestación de voluntad. En definitiva, son las Comunidades Autónomas las que determinan los posibles beneficiarios de sus normativas.

3.3. Alcance general de las leyes autonómicas

Clarificados el fundamento competencial y el ámbito subjetivo de aplicación de las diversas normas autonómicas, cabe abordar su contenido más destacado desde una perspectiva general.

Así, la primera cuestión que debe ser subrayada desde este punto de vista es el carácter pretendidamente integral de dichas leyes. Aunque, como se ha mencionado, sólo la andaluza hace referencia a esta cuestión en su título, todas las normas autonómicas van más allá de la prohibición de dis-

criminación y contienen una serie de derechos y normas programáticas que pretenden mejorar la situación en que se encuentran sus destinatarios. A pesar de esta loable pretensión, es evidente que las Comunidades Autónomas sólo pueden regular aquellas materias sobre las que ostentan competencias legislativas. Si bien, como se ha señalado, estas son amplias, es evidente que el fenómeno de la diversidad sexual excede tales competencias. Así, más allá de la modificación registral del sexo en el caso de los transexuales y de las normas penales que protegen la diversidad sexual y que, como se ha señalado, son de competencia estatal, no debe olvidarse que en el sistema constitucional español materias como la legislación procesal, laboral y civil, así como las bases de la sanidad y la Seguridad Social constituyen competencias del Estado que no pueden ser vulneradas por las Comunidades Autónomas en aras de una pretendida regulación integral de la diversidad sexual. Las remisiones de no pocos preceptos de las leyes autonómicas a “la legislación aplicable” son reveladoras en este sentido y vienen a reconocer que la diversidad sexual sólo puede ser abordada integralmente desde la colaboración entre las Comunidades Autónomas y el Estado. La mera lectura de las leyes autonómicas pone de relieve, en definitiva, que desde un punto de vista jurídico no pueden tener realmente un carácter integral. En todo caso, el carácter pretendidamente integral de las leyes autonómicas tiene una consecuencia positiva desde un punto de vista social y político, puesto que dichas leyes contribuyen significativamente a la visibilidad y reconocimiento de la diversidad sexual.

Una segunda cuestión del contenido de estas leyes que debe ser destacada desde una perspectiva general es la heterogeneidad de las disposiciones que las integran. En efecto, más allá de la regulación general del objeto y los beneficiarios de dichas leyes, así como de algunas definiciones en relación con las diversas modalidades de discriminación que reproducen la Ley estatal 62/2003, las leyes autonómicas contienen un conjunto amplio y heterogéneo de preceptos que, a su vez, tienen propósitos muy diversos. En efecto, como se verá a continuación, en unos casos lo que se pretende principalmente es garantizar la ausencia de discriminación en ámbitos donde ésta ha existido tradicionalmente; en otros, de lo que se trata es de garantizar derechos, servicios o actuaciones por lo general públicos que den respuesta a necesidades concretas

de los colectivos sexualmente diversos; en otros, se busca combatir y erradicar expresiones de odio contra tales colectivos; finalmente, otras normas se limitan a contener mandatos más o menos genéricos en relación con aspectos como la formación de determinados colectivos o la sensibilización ciudadana en relación con el colectivo LGTBI.

Si bien en muchas ocasiones no es posible separar de forma nítida los anteriores objetivos, lo cierto es que la mayor parte de las disposiciones de las leyes autonómicas tienen contenidos normativos incompletos y genéricos que precisan un desarrollo posterior, desarrollo que en la mayor parte de casos es decisivo para lograr una modificación real de la situación existente. Si bien es cierto que la voluntad de hacer visible al colectivo LGTBI puede justificar por sí misma la aprobación de este tipo de leyes, desde un principio es importante advertir del riesgo que su capacidad transformadora sea ciertamente limitada si posteriormente no existe voluntad política y disponibilidad presupuestaria para desarrollarlas y aplicarlas de forma efectiva.

Una última consideración general sobre el contenido de las leyes autonómicas que cabe realizar afecta a su relativa homogeneidad. Como en otros ámbitos, la influencia de las leyes autonómicas preexistentes es muy notoria, de modo que no existen diferencias significativas de modelo o de contenido. Con todo, cabe llamar la atención sobre cierta tendencia a ampliar el contenido de las normativas preexistentes para introducir algunas novedades o incorporar disposiciones en ámbitos sectoriales nuevos. Aunque no se trata, lógicamente, de una tendencia absolutamente lineal, la reciente incorporación de la intersexualidad en las leyes catalana y extremeña constituye un claro ejemplo en este sentido. Lo mismo cabe decir de la institucionalización, en ambas Comunidades Autónomas, del movimiento LGTBI en órganos de naturaleza consultiva, así como de la inclusión de un catálogo de infracciones y sanciones en las leyes catalana y extremeña. El mimetismo que suele estar presente en la legislación autonómica se ve acompañado, pues, por un elemento de competitividad y superación de las normativas anteriores que puede resultar positivo, pero que también debe ser relativizado a la luz del carácter incompleto de la mayor parte de preceptos que las integran, así como de la ló-

gica ausencia (dada su reciente aprobación) de informes que permitan analizar el impacto real de las leyes precedentes.

3.4. Los contenidos más destacados de las leyes autonómicas

Entrando ya en el análisis concreto de las leyes que nos ocupan, lo primero que cabe señalar es que los ámbitos sectoriales sobre los que se actúa son principalmente el sanitario, el laboral, el social y el educativo. Aunque algunas leyes también incluyen previsiones que inciden en los medios de comunicación públicos o en ámbitos como la familia, la cultura, el ocio, el deporte y la juventud, la mayor parte de disposiciones autonómicas se refieren a dichos cuatro sectores. En este mismo sentido, si bien algunas leyes también incluyen apartados específicos en torno a la lucha contra la homofobia o la transfobia, su contenido es en gran medida coincidente con las normas de otras leyes que no contienen estos apartados.

Por lo que se refiere al ámbito sanitario (que se circunscribe, lógicamente, sobre todo a la transexualidad), las leyes autonómicas incluyen previsiones diversas. Más allá de la prohibición expresa de terapias aversivas¹⁶, lo que se pretende generalmente es garantizar el derecho de las personas transexuales a ser tratadas conforme a su identidad de género y a ser atendidas por profesionales con experiencia en este ámbito. En algunas leyes también se prevé, aunque sea genéricamente, la creación de unidades de referencia integradas por especialistas de diversas áreas¹⁷, así como la elaboración de guías clínicas para abordar la transexualidad desde perspectivas consensuadas entre dichos profesionales¹⁸. Pero es importante señalar que las leyes objeto de análisis no concretan ni los tratamientos a los que se pueden someter las personas transexuales, ni la cobertura pública de los mismos, aspecto éste que es remitido a las respectivas cartas de servicios¹⁹ y que, por lo tanto, pone

(16) Vid., en este sentido, el art. 4.3 de la ley navarra y el art.4 de la ley andaluza.

(17) Vid., por ejemplo, el art. 6 de la ley andaluza.

(18) Así, por ejemplo, art. 6 de la ley navarra, art. 9 de la ley vasca y art. 8 de la ley analuza.

(19) Vid., entre otros, el art. 4.1 de la ley navarra, el art. 10 de la ley andaluza y el art. 16 de la ley catalana.

de manifiesto que dichas leyes dejan abiertos aspectos vitales para la situación de los transexuales.

Un segundo sector que es abordado por la mayor parte de leyes autonómicas es la atención laboral de los transexuales. En la medida en que el acceso al trabajo suele ser más difícil para este colectivo, dichas leyes contienen normas heterogéneas, que van desde recordar la prohibición de discriminación por identidad de género en la contratación por parte de las Administraciones públicas²⁰, hasta la previsión de posibles medidas de discriminación positiva²¹ y de políticas activas de empleo dirigidas a este colectivo²². Por lo general sin embargo, se trata de previsiones incompletas y genéricas, que deben ser concretadas en el futuro. Un claro ejemplo en este sentido es el de las posibles medidas de discriminación positiva en el acceso al trabajo, a las que se acostumbra a dar cobertura legal, pero sin incluir ningún elemento de obligatoriedad que haga de las mismas una realidad.

Un tercer ámbito que suele ser abordado por las leyes autonómicas es el de la atención social de las personas sexualmente diversas. Aunque no en todas ellas se dedica un apartado específico a este tipo de atención, las previsiones legales en este ámbito también son heterogéneas. Así, algunas leyes se limitan a incorporar disposiciones genéricas en torno al apoyo social o a los servicios de asesoramiento dirigidos a dichas personas²³. Otras contemplan medidas en relación con el acceso de los transexuales a las residencias de la tercera edad de acuerdo con su identidad de género²⁴, así como a la propia participación del colectivo

(20) Este es el caso, por ejemplo, del art. 14 de la ley vasca y del art. 13 de la ley andaluza.

(21) Vid., el art. 10 de la ley navarra, el art. 15 de la ley vasca, el art. 5 de la ley gallega, y el art. 13 de la ley andaluza.

(22) Vid., entre otros, el art. 14 de la ley andaluza.

(23) Vid., entre otros, el art. 6 de la ley vasca y el art. 18 de la ley andaluza.

(24) Vid., el art. 21 de la ley andaluza, el art. 16 de la ley canaria, el art. 17 de la ley catalana, y el art. 7 de la ley extremeña.

LGTBI en la prestación de determinados servicios²⁵. No obstante, por lo general vuelve a tratarse de previsiones mayoritariamente genéricas que desde una perspectiva jurídica constituyen más bien mandatos finalistas o habilitaciones genéricas de actuación.

Un último ámbito que es abordado por todas las leyes autonómicas es el educativo. En este caso, las previsiones legales no sólo afectan a las personas sexualmente diversas como beneficiarios del sistema educativo, sino también a los docentes, a los contenidos educativos y en algún caso a la propia comunidad educativa. En todo caso, dichas previsiones vuelven a ser muy heterogéneas. Así, en este ámbito pueden encontrarse normas concretas que garantizan el derecho de los estudiantes y docentes a mostrarse y usar el nombre que corresponde a su género²⁶, junto a otras que se refieren genéricamente a la introducción del fenómeno LGTBI en los currícula académicos y en los métodos de enseñanza²⁷, o a la capacitación de los docentes, la prevención del acoso escolar por razón de género²⁸ o la divulgación de la realidad LGTBI entre las asociaciones de padres de alumnos²⁹. Una vez más, cabe llamar la atención sobre la progresiva ampliación de las cuestiones abordadas, si bien en términos generales se trata de previsiones que deben ser desarrolladas para poder tener algún impacto real.

Más allá de estas materias comunes, algunas leyes autonómicas también incorporan, como ya se ha avanzado, previsiones en otros ámbitos. Así, cabe destacar las normas dirigidas a los medios de comunicación públicos en relación con la transmisión de una imagen no estereotipada y no discriminatoria de la diversidad sexual³⁰. Otras leyes también incorporan

(25) Vid. el art. 16.2 de la ley canaria.

(26) Vid. a modo de ejemplo, el art. 15 de la ley andaluza.

(27) Vid. en este sentido, el art. 17 de la ley vasca y el art. 12 de la ley catalana.

(28) Vid. el art. 16 de la ley andaluza y el art. 10 de la ley catalana.

(29) Vid. el art. 25 de la ley gallega.

(30) Vid. el art. 16 de la ley navarra, el art. 31 de la ley gallega, el art. 15 de la ley catalana y el art. 32 de la ley extremeña.

previsiones relacionadas con la capacitación de diversos colectivos profesionales en relación con el fenómeno LGTBI³¹, así como la no discriminación de los transexuales en la práctica del deporte³² o en el acceso a la adopción o acogimiento familiares³³. Finalmente, cabe llamar la atención sobre el derecho de los transexuales, reconocido en algunas leyes autonómicas, a obtener una documentación identificativa que acredite su género mientras se está a la espera de una operación quirúrgica de reasignación de sexo³⁴. En todo caso, el grado de concreción de este tipo de medidas es heterogéneo, aunque en la mayor parte de casos vuelve a tratarse de normas genéricas que requieren concreción futura.

Como consecuencia del carácter básicamente principal de las leyes autonómicas que nos ocupan cabe destacar, por último, dos cuestiones que algunas han incorporado: por un lado, el reconocimiento y apoyo al movimiento LGTBI y, por otro, la existencia de algunas medidas encaminadas a garantizar el cumplimiento de las previsiones legales. Por lo que respecta a la primera cuestión, la evolución normativa es clara. Así, de previsiones genéricas en relación con el apoyo institucional a las asociaciones que defienden los derechos de los colectivos sexualmente diversos³⁵ se ha pasado en algunos casos a la creación de órganos de asesoramiento de los propios Gobiernos autonómicos que cumplen funciones de consulta, participación y estudio en relación con el colectivo LGTBI³⁶.

Por su parte, la preocupación por el riesgo evidente que las leyes autonómicas se conviertan en declaraciones carentes de desarrollo y con-

(31) Vid. el art. 16 de la Ley navarra, el art. 13 de la ley vasca, el art. 10 de la ley gallega, el art. 11 de la ley canaria y el art. 37 de la ley extremeña.

(32) En este es caso de las leyes gallega, catalana y extremeña.

(33) Vid., en este sentido, las leyes gallega, catalana y extremeña.

(34) Vid., por ejemplo, el art. 7 de la ley vasca, el art. 9 de la ley andaluza, el art. 17 de la ley canaria y el art. 35 de la ley extremeña.

(35) Vid. el art. 7 de la ley gallega.

(36) Este último es el caso de Cataluña y Extremadura.

creción ha llevado a un número creciente de Comunidades Autónomas a introducir mecanismos específicos de seguimiento. En la mayoría de casos se trata de informes anuales o bienales sobre su cumplimiento que deben presentarse ante los respectivos Parlamentos autonómicos³⁷. En algún caso se incorporan previsiones que aluden a la competencia del Defensor del Pueblo autonómico para supervisar la actuación de las Administraciones públicas, y para apoyar a los colectivos LGTBI y desarrollar funciones de mediación³⁸. Finalmente, en alguna Comunidad Autónoma incluso se prevé la necesidad de realizar evaluaciones de impacto de género en la elaboración de las disposiciones legales y reglamentarias³⁹. Por lo general, sin embargo, se trata de mecanismos que se mueven en el ámbito de la responsabilidad política y que pueden contribuir a poner de manifiesto los déficits en el desarrollo y aplicación de dichas leyes, así como a la progresiva visualización del colectivo LGTBI.

4. La Ley del Parlamento de Cataluña 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales, y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia

Como se ha señalado al principio de este trabajo, Cataluña ha sido la quinta Comunidad Autónoma en aprobar una ley dedicada específica y expresamente al colectivo LGTBI. Si bien Canarias y Extremadura han elaborado normas similares con posterioridad, la ley catalana merece ser analizada por separado por ser la más avanzada y la primera en incorporar un catálogo de infracciones y sanciones.

Lo primero que cabe señalar de la ley del Parlamento de Cataluña es que no nace en el vacío, sino que se enmarca en un proceso de reconocimiento del fenómeno LGTB que ya en el año 2006 se tradujo en la aprobación de un Plan Interdepartamental del Gobierno autonómico

(37) Este es el caso, por ejemplo, de las leyes gallega y andaluza.

(38) Este es el caso de las leyes gallega y catalana.

(39) Vid. el art. 38 de la ley extremeña.

sobre esta materia, y que en el año 2007 asistió a la creación del Consejo Nacional de Lesbianas, Gays, y Hombres y Mujeres Bisexuales y Transexuales como órgano consultivo y de participación del Gobierno autonómico en este ámbito.

Desde un punto de vista político cabe señalar que la ley catalana tiene su origen en una proposición de ley presentada por tres partidos progresistas de la oposición, y no por el Gobierno autonómico. Tras un procedimiento legislativo que permitió la comparecencia de los principales representantes del colectivo LGTBI, pero que no dio lugar a la introducción de cambios significativos (el más relevante fue la inclusión del fenómeno de la intersexualidad), la ley fue finalmente aprobada por todas las formaciones con representación parlamentaria, excepto el Partido Popular y Unión Democrática de Cataluña, uno de los dos partidos que integran la coalición que gobierna la Comunidad Autónoma. Asimismo, cabe señalar que el Consejo de Garantías Estatutarias de la Generalitat de Cataluña (un órgano consultivo que dictamina la conformidad de las leyes autonómicas con la Constitución Española y el Estatuto de Autonomía) emitió pocos meses antes de la aprobación de la ley, y a instancias del Partido Popular, un dictamen que consideró, por unanimidad, que su contenido no contravenía ningún precepto constitucional o estatutario⁴⁰.

Desde un punto de vista competencial, la ley catalana se fundamenta en los arts. 40.2, 40.7 y 40.8 del vigente Estatuto de Autonomía, preceptos que otorgan competencias a la Generalitat de Cataluña en relación con la protección de las diversas modalidades de familia y la promoción de la igualdad de las diversas uniones estables de pareja, así como de todas las personas con independencia de su orientación sexual. Cabe destacar que en el dictamen que se acaba de mencionar el Consejo de Garantías Estatutarias descartó la vulneración de competencias del Estado y, concretamente, la violación de las competencias estatales en relación con la legislación penal (art. 149.1.5 CE) y con la garantía

(40) Dictamen 17/2014, de 14 de agosto.

de la igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio de los derechos constitucionales (art. 149.1.1 CE). Por lo que respecta, concretamente, al catálogo de infracciones y sanciones administrativas de la ley, el Consejo de Garantías confirmó su legitimidad competencial a partir de la conexión material entre dichas infracciones y las competencias de la Generalitat que fundamentan la ley. Si bien es cierto que tal conexión no está tan clara, como se verá, en algunas infracciones, la doctrina constitucional de considerar que el régimen sancionador no constituye un título competencia propio ha resultado clave en este sentido.

Entrando en el contenido concreto de la ley, lo primero que cabe señalar es su carácter pretendidamente integral y transversal. Aunque como en casi todas las normas autonómicas este hecho no se refleja en el título de la ley, las manifestaciones de tal carácter en el articulado son múltiples. Así, la ley no sólo beneficia a cualquier persona que se encuentre en Cataluña con independencia de su situación administrativa (art. 3), sino que en el caso de los transexuales no requiere ningún tratamiento médico ni diagnóstico de disforia de género para poder ser aplicada. En segundo lugar, la ley pretende explícitamente hacer frente a los problemas relacionados con la diversidad sexual que puedan plantearse en cualquier etapa, área y contingencia de la vida. Asimismo, cabe destacar que en su art. 4 la ley da entrada a conceptos como la discriminación por asociación (con el que se pretende proteger a personas que son discriminadas como consecuencia de su relación con personas del colectivo LGTBI), así como de victimización secundaria, que se refiere al maltrato adicional que sufren los miembros de este colectivo como consecuencia directa o indirecta de los déficits de las actuaciones por parte de los poderes públicos. Por último, el carácter integral y transversal de la ley también se refleja en el hecho que obliga no sólo a la Administración autonómica, sino también a todos los poderes públicos de Cataluña (art. 3), concepto éste que incluye a la Administración local.

A diferencia de las restantes leyes autonómicas, la norma catalana dedica un título específico (el primero) a la organización administrativa. De este modo, se pone de relieve la importancia de la dimensión institucional de la ley, que en el caso catalán se concreta de dos modos.

Por un lado, mediante la creación (art. 8) de un órgano gubernamental con medios personales y materiales suficientes para coordinar todas las políticas del Ejecutivo autonómico, y para coordinar la acción de este con la Fiscalía y el Defensor del Pueblo autonómico. Por otro lado, la ley también prevé en su art. 7 la existencia del Consejo Nacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transgéneros e Intersexuales, órgano consultivo y de participación del movimiento LGTB que ya existía desde el año 2007, pero que ahora se amplía para acoger en su seno la intersexualidad.

Por lo que se refiere a su contenido material, la ley catalana incorpora previsiones en los mismos sectores que las restantes leyes autonómicas. Al tratarse de una de las leyes más recientes, dichas previsiones son en ocasiones más amplias e innovadoras, pero en términos generales los contenidos de la ley catalana no difieren mucho. Es importante destacar que los contenidos normativos de la ley catalana presentan los mismos problemas de ausencia de completud e indeterminación que se han señalado al analizar la normativa de las diversas Comunidades Autónomas. La mera lectura de la norma catalana pone claramente de manifiesto, en efecto, que su carácter pretendidamente integral y transversal no impide que muchas de sus disposiciones sean esencialmente programáticas y establezcan mandatos genéricos de actuación que deben ser concretados en el futuro. Si desde un punto de vista jurídico la ley catalana está lejos, pues, de erradicar la discriminación que tradicionalmente ha sufrido el colectivo LGTBI y de garantizar los derechos de sus integrantes, desde una perspectiva social y política su papel puede ser muy relevante, al contribuir de manera importante a la visualización de dicho colectivo y a la sensibilización de la sociedad respecto de sus necesidades.

En todo caso, existen algunos contenidos de la ley catalana que deben ser destacados a la luz de las restantes leyes autonómicas. Así, en el ámbito de la formación y sensibilización de los diversos profesionales que pueden entrar en contacto con los miembros del colectivo LGTBI, la ley catalana contempla en su artículo 11 el llamado deber de intervención de estos profesionales, que se concreta en la obligación de poner

en conocimiento de las fuerzas y cuerpos de seguridad y de los órganos competentes la existencia de cualquier situación de riesgo, así como la sospecha fundamentada de discriminación o violencia por razón de orientación sexual, identidad o expresión de género.

En el ámbito de la sanidad, la ley catalana contempla normas muy heterogéneas que, como en el caso de las restantes leyes autonómicas, tienen que ser desarrolladas en normas posteriores y, concretamente, en la cartera de servicios garantizados por el sistema sanitario de Cataluña. El derecho a la atención sanitaria de acuerdo con las necesidades de cada colectivo y, concretamente, del colectivo transexual debe ser, en efecto, concretado en normas y actuaciones posteriores. En todo caso, cabe dejar constancia del artículo 16.2 de la norma catalana, que contempla a la pareja estable de un integrante del colectivo LGTBI como familiar más próximo en lo relativo al consentimiento por sustitución, esto es, la posibilidad de prestar válidamente el consentimiento cuando el paciente no está en disposición de darlo.

Por lo que respecta al ámbito educativo, la ley catalana emplea en su art. 12 el concepto de coeducación, con el que se hace referencia a la acción educativa proactiva que potencia la igualdad real de oportunidades y elimina cualquier tipo de discriminación. Sin embargo, el desarrollo de los medios e instrumentos para ello no se concreta, sino que vuelve a dejarse a actuaciones futuras.

Desde una perspectiva comparada, la norma catalana también destaca por introducir algunas previsiones en el ámbito del orden público y la privación de la libertad. En su artículo 18, en efecto, se prevé de forma genérica la necesidad de garantizar a los miembros de colectivo LGTBI un trato y una estancia adecuados en las dependencias policiales, así como de establecer normas de identificación y cacheo adecuadas a los mismos. Pensadas sobre todo para el colectivo transgénero, entre estas medidas también se incluye el derecho a continuar recibiendo el tratamiento hormonal o médico en las dependencias policiales y penitenciarias, así como el derecho de los internos transgéneros a recibir en los centros penitenciarios un trato acorde con su identidad.

En el ámbito de los medios de comunicación social, la ley catalana contempla una medida novedosa. Así, su art. 15 atribuye al Consejo Audiovisual de Cataluña (que es una administración independiente encargada de velar por la pluralidad de los medios de comunicación social) la competencia no sólo de garantizar que el fenómeno LGTBI se aborde de acuerdo con los principios de la ley, sino también de hacer un seguimiento de las informaciones de los medios que ofrezcan un tratamiento contrario a la diversidad sexual. Concretamente, se contempla la necesidad de emitir periódicamente un informe al respecto que debe ser entregado al Parlamento de Cataluña, el Consejo Nacional de LGTBI y el Defensor del Pueblo catalán.

Pero el contenido que sin duda resulta más novedoso de la ley catalana es su Título IV, relativo a los “mecanismos para garantizar el derecho a la igualdad”. En esta parte de la ley se incluyen diversas cuestiones que deben ser destacadas, y que ponen de manifiesto que el legislador catalán ha sido muy consciente del riesgo que las previsiones de la norma acaben siendo básicamente retóricas.

Por un lado, el artículo 25 otorga a las entidades del movimiento LGTBI y a los sindicatos, asociaciones de profesionales y organizaciones de consumidores legitimación para defender el derecho a la igualdad de los integrantes de dicho colectivo en los procedimientos administrativos siempre que, lógicamente, se preste consentimiento para ello.

La ley también contempla en su art. 29, por otro lado, que las administraciones catalanas garanticen que los integrantes del colectivo LGTBI reciban toda la información y asistencia jurídica especializada relacionada con la discriminación y los diversos tipos de violencia que puedan padecer. Asimismo, la norma prevé en su art. 9 que las personas que padezcan o estén en riesgo de padecer cualquier tipo de discriminación o violencia tienen derecho a recibir una protección integral, real y efectiva, que en el ámbito administrativo y judicial debe concretarse, en su caso, en el cese inmediato de la discriminación, en la adopción de medidas cautelares y en el restablecimiento del pleno ejercicio de los derechos de la persona perjudicada.

En cualquier caso, uno de los mecanismos más destacados de la ley para garantizar el derecho a la igualdad de los miembros del colectivo LGTBI es la figura de la inversión de la carga de la prueba. El art. 30 de la ley reconoce la posibilidad de emplear este instrumento del derecho antidiscriminatorio en el ámbito de dicho colectivo y se refiere expresamente a las pruebas estadísticas y los tests situacionales para poder apreciar la concurrencia de indicios discriminatorios que deben ser justificados por la parte demandada. Como se ha señalado anteriormente, sin embargo, debe tenerse en cuenta que la utilización de dicha figura se supedita a las leyes procesales, así como a las reguladoras de los procedimientos administrativos, esto es, a normas que son básicamente estatales.

Desde la perspectiva de la efectividad del derecho a la igualdad debe llamarse la atención sobre dos contenidos adicionales de la ley catalana que resultan novedosos: la regulación del derecho de admisión contenida en el art. 26, por un lado, y la introducción de un apartado dedicado a las infracciones y sanciones, por otro.

La regulación del derecho de admisión por parte de los titulares de los espacios y establecimientos abiertos al público tiene un doble contenido: por un lado, se prohíbe que su ejercicio pueda suponer una discriminación por razón de orientación sexual o identidad o expresión de género en el sentido de impedir el acceso o la permanencia en dichos espacios de los integrantes de estos colectivos. Mucho más novedoso, sin embargo, es el apartado segundo de dicho precepto, que obliga a los propietarios a impedir el acceso o expulsar de dichos establecimientos, en su caso con el auxilio de la fuerza pública, a aquellos que violenten de palabra o de hecho a otras personas en razón de su identidad de género u orientación sexual, o que vistan o exhiban públicamente símbolos, objetos o indumentarias que inciten a la discriminación o a la homofobia, la bifobia o la transfobia. A diferencia de otros preceptos de la ley, en este caso estamos ante una disposición que tiene un contenido normativo que puede ser aplicado y exigido de forma inmediata. Desde una perspectiva constitucional esta obligación puede entrar en conflicto con la libertad de empresa (art. 38 CE), si bien puede encon-

trar su justificación en la necesidad de evitar cualquier vejación o incitación al odio o a la discriminación contra las minorías. Dicha obligación tampoco puede considerarse una vulneración de la libertad de expresión, puesto que lo que se prohíbe no es la pura expresión de ideas. Pero conviene esperar para ver cuál es la aplicación práctica de una disposición de este tipo para poder disipar cualquier duda en relación con su aplicación efectiva.

Finalmente, cabe referirse al apartado de la ley dedicado a su régimen sancionador. Como se ha mencionado en varias ocasiones, la catalana ha sido la primera ley autonómica que ha optado por introducir no sólo un catálogo de infracciones y sanciones administrativas, sino una regulación específica del procedimiento sancionador. Esta novedad, que ha sido secundada por la ley extremeña, puede ser analizada desde diversos puntos de vista.

Desde una perspectiva competencial, conviene tener en cuenta, de entrada, que dichas infracciones y sanciones se limitan al ámbito administrativo y no inciden en el ámbito penal ni el laboral, que, como se ha visto, son competencia del Estado. La vinculación material de las infracciones con las competencias autonómicas que fundamentan la ley justifica, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la introducción de una regulación de este tipo. Pero, como puso de manifiesto el Consejo de Garantías Estatutarias en su dictamen, la ley catalana puede plantear algunos problemas desde esta perspectiva.

Por un lado, cabe tener en cuenta que algunas de las infracciones hacen referencia a actuaciones de palabra que tienen un alcance general y que se aproximan mucho a algunos delitos tipificados en el Código Penal. El carácter transversal de la normativa catalana y la dificultad de diferenciar nítidamente las competencias autonómicas concurrentes llevaron al Consejo de Garantías Estatutarias de la Generalitat a descartar cualquier invasión competencial, no sin antes sugerir algunos cambios de redacción (que fueron aceptados por el Parlamento) para reforzar la vinculación entre la infracción y las competencias autonómicas.

Por otro lado, cabe tener en cuenta que las infracciones previstas en la ley catalana hacen referencia, básicamente, a la utilización de expresiones que inciten a la violencia y al odio contra integrantes del colectivo LGTBI, así como a actos de aislamiento, rechazo, acoso o persecución. La ley clasifica las infracciones en leves, graves y muy graves y prevé sanciones principalmente de multa, pero que también pueden implicar la prohibición de contratación y de ser beneficiario de subvenciones públicas durante un tiempo determinado. Como reconoció el Consejo de Garantías Estatutarias en su ya mencionado dictamen, los preceptos de la ley pretenden garantizar que no se vulnera ninguna de las garantías constitucionales aplicables a los procedimientos sancionadores en el ámbito administrativo y, concretamente, los principios de presunción de inocencia, culpabilidad, tipicidad, taxatividad y reserva de ley. Asimismo, la ley catalana también ha tenido en cuenta la doctrina constitucional en torno a los delitos de odio y la libertad de expresión, de forma que en las infracciones por utilizar determinadas expresiones se exige la existencia de una voluntad de incitar a la violencia o al odio contra los miembros del colectivo LGTBI.

En todo caso, el aspecto más destacado, desde una perspectiva jurídica, del régimen sancionador previsto en la ley es su relación con la jurisdicción penal, máxime teniendo en cuenta que bastantes de las infracciones están estrechamente relacionadas con conductas tipificadas en el Código Penal. Desde un punto de vista constitucional, no parecen existir problemas importantes, toda vez que la ley catalana reconoce explícitamente los principios de *non bis in idem* y de precedencia de la jurisdicción penal en su articulado. Por lo que se refiere a este último se prevé expresamente, en efecto, la obligación de comunicar al Ministerio Fiscal o al órgano judicial competente cualquier acto que pueda ser constitutivo de delito o falta, así como la necesidad de suspender cualquier procedimiento sancionador hasta que la autoridad judicial no se haya pronunciado con carácter firme.

Desde una perspectiva práctica, sin embargo, cabe llamar la atención sobre el impacto de la necesaria suspensión de los procedimientos sancionadores que versen sobre actos susceptibles de tener trascendencia

penal. En la medida, en efecto, en que la mayor parte de infracciones administrativas previstas están íntimamente relacionadas con delitos y faltas penales no cabe esperar una aplicación sencilla del apartado sancionador de la ley. Así, la utilización de expresiones que inciten a la violencia o al odio, la realización de actos de acoso contra integrantes del colectivo LGTBI o el impedirles la realización de trámites o el acceso a unos servicios públicos son conductas que en la mayoría de ocasiones pueden ser perseguidas penalmente y que, por tanto, difícilmente podrán dar lugar a sanciones administrativas.

Ciertamente, la evaluación prevista en la propia ley en el plazo de dos años permitirá corroborar hasta qué punto este pronóstico es acertado. Pero también en este punto la ley catalana parece destinada a tener un papel más simbólico que real desde un punto de vista estrictamente jurídico. Lo anterior no impide reconocer, una vez más, que la ley puede tener gran importancia para visibilizar las necesidades del colectivo LGTBI, así como para sensibilizar a la sociedad y a los poderes públicos sobre la necesidad de darles respuesta. Pero desde una perspectiva jurídica la norma catalana, al igual que las restantes leyes autonómicas, no constituye una ley integral y transversal que reconoce y garantiza de forma completa y efectiva todos los derechos de los integrantes del colectivo LGTBI. Aunque esta conclusión sea esperable desde una perspectiva competencial y jurídica, conviene destacarla para no frustrar las muy legítimas esperanzas de todas aquellas personas partidarias de un mayor reconocimiento de la diversidad sexual y del colectivo LGTBI como consecuencia de la garantía constitucional del libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humanas.

L'informativa antimafia e i sistemi di monitoraggio sulle grandi opere: il caso "EXPO Milano 2015"

Laura Pergolizzi

Il presente contributo esamina la disciplina relativa all'informativa antimafia e ne approfondisce alcuni peculiari aspetti. Lo studio delle disposizioni contenute nel c.d. Codice antimafia e delle interpretazioni fornite dagli operatori del settore e dalla dottrina è rivolto all'individuazione dei suoi presupposti. Su un diverso piano è inquadrata la natura del potere discrezionale del Prefetto in sede di rilascio dell'informativa antimafia, l'ampiezza di tale potere e, contestualmente, i limiti entro i quali è circoscritto il sindacato del giudice amministrativo, attraverso una ricognizione dei più recenti orientamenti giurisprudenziali e dottrinali. Una volta acquisiti questi dati, si procede ad una disamina degli interventi modificativi operati dal Ccsgo sul sistema di controllo amministrativo antimafia nell'ambito delle c.d. "Grandi opere" ed "opere per grandi eventi", prestando particolare attenzione alla più recente esperienza dell'EXPO Milano 2015.

1. Premessa

Il fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel sistema dell'economia legale coinvolge in particolar modo l'Italia, ove le mafie – pur rappresentando, ormai, una questione di rilevanza internazionale¹ – si sono storicamente insediate.

A livello istituzionale, la dolorosa² presa di coscienza sull'entità di ta-

(1) Commissione speciale sulla criminalità organizzata, la corruzione ed il riciclaggio di denaro, Relazione sulla criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio, 26 settembre 2013; Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni, Relazione sulla criminalità organizzata nell'Unione europea, 6 ottobre 2013; Atti parlamentari doc. XXIII n. 16 tomo I, Relazione conclusiva della Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, approvata dalla Commissione nella seduta del 22 gennaio 2013.

(2) Circ. Ministero di grazia e giustizia 8 maggio 1983, n. 1/2439 U.L.

le problematica ha avuto ricadute su tutte le aree del diritto, principalmente quella penalistica, processualpenalistica, penitenziaria ed amministrativa, ove lento e discontinuo si è rivelato il lavoro del legislatore. Nonostante già nel 1965 la legge n. 575 recante «Disposizioni contro la mafia» avesse previsto, all'art. 10, che i soggetti sottoposti ad una misura di prevenzione comminata con provvedimento definitivo dovessero essere cancellati dagli albi di appaltatori di opere o di forniture pubbliche, i primi veri passi verso la creazione di uno specifico «sistema dei controlli antimafia»³ sono stati compiuti negli anni Ottanta. La legge c.d. Rognoni-La Torre⁴ introdusse infatti nel codice penale italiano il reato di associazione per delinquere di tipo mafioso (art. 416-*bis*); estese, conseguentemente, l'applicazione della legge n. 575 del 1965 anche agli indiziati di appartenere ad associazioni mafiose o similari; introdusse l'obbligo, per le cancellerie dei tribunali, di inviare alle Prefetture copia dei provvedimenti definitivi di applicazione delle misure di prevenzione affinché il Prefetto provvedesse a darne comunicazione agli organi ed enti legittimati al rilascio di licenze e concessioni aventi sede nella propria Provincia. In tal modo la certificazione faceva il suo ingresso nella disciplina dei contratti pubblici.

All'indomani del «risveglio delle coscienze»⁵ provocato dagli attentati del 1993 e dalle stragi del 1991-1992 il legislatore delegato è intervenuto nuovamente adottando il d.lgs. 8 agosto 1994, n. 490⁶, il cui art. 4 attribuisce al Prefetto il potere di adottare, nei confronti dell'impresa aggiudicataria degli appalti pubblici, ma posta «a rischio» di infiltrazione mafiosa, l'informativa antimafia, ovvero un provvedimento amministrativo attestante la sussistenza, o meno, di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate.

(3) V. CUSMANO, A. PORRACCILO, *La documentazione antimafia (d.lgs. 6.9.2011, n. 159: artt. 82-101)*, in *Legislazione Penale* XXXII, 2, 2012, p. 109.

(4) La legge veniva approvata all'indomani dell'omicidio del Prefetto/Generale Carlo Alberto dalla Chiesa e di sua moglie Emanuela Setti Carraro.

(5) Espressione utilizzata al riguardo da G.C. CASELLI e A. INGROIA, in M. MARESO e L. PEPINO (a cura di), *Nuovo dizionario di mafia e antimafia*, EGA, Torino, 2008, pp. 323-324.

(6) Cfr. la delega contenuta all'art. 1 della legge n. 47 del 1994.

Dal 1994 ad oggi, la disciplina sulle informative antimafia è stata significativamente modificata. Razionalizzata in un primo momento dal d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252, l'intera normativa è stata, nuovamente, rivisitata dal Libro II del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 («Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia», c.d. Codice antimafia), ulteriormente integrata e modificata dai «correttivi» d.lgs. 15 novembre 2012, n. 218 e d.lgs. 13 ottobre 2014, n.153 e potenziata dal d.l. 24 giugno 2014, n. 90 («Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari»).

Occorre evidenziare che già con la c.d. Legge Obiettivo del 21 dicembre 2001, n. 443 («Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive»), il legislatore aveva adottato interventi mirati alla prevenzione e alla repressione dell'infiltrazione della criminalità organizzata nell'ambito della realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti strategici, ritenuti particolarmente appetibili per le organizzazioni mafiose. In tale ottica, il d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190⁷ ha istituito il CCASGO – Comitato di Coordinamento per l'Alta Sorveglianza delle Grandi Opere – organismo collegiale posto al vertice di una rete di monitoraggio operante principalmente sulle realizzazioni di grandi opere pubbliche (ricostruzione post eventi sismici in Abruzzo ed in Emilia-Romagna, realizzazione «Piano Carceri», realizzazione EXPO Milano 2015), il cui quadro delle competenze è stato ampliato a tal punto che l'art. 3-*quinquies* del d.l. 25 settembre 2009, n. 135 stabilisce che i controlli antimafia sui contratti pubblici e sui successivi subappalti e subcontratti aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture siano effettuati con l'osservanza delle Linee guida indicate dal CCASGO, anche in deroga a quanto previsto dalla legge.

Obiettivo di questo lavoro è analizzare l'informativa antimafia nelle sue tipologie, il procedimento relativo al suo rilascio e il sindacato del giudice amministrativo. Lo studio delle disposizioni contenute nel c.d. Codice antimafia e delle interpretazioni fornite dagli operatori del settore

(7) Ora recepito nell'art. 180 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

e dalla dottrina sarà rivolto all'individuazione dei suoi presupposti, della sua finalità e dei suoi effetti. Su un diverso piano verrà inquadrata la natura del potere discrezionale che il legislatore ha rimesso al Prefetto in sede di rilascio del provvedimento in esame, la sua ampiezza e, contestualmente, i limiti entro i quali è circoscritto il sindacato del giudice amministrativo, attraverso una ricognizione dei più recenti orientamenti giurisprudenziali e dottrinali. Una volta acquisiti questi dati, sarà possibile procedere ad una disamina degli interventi modificativi operati dal CCASGO sul sistema di controllo amministrativo antimafia nell'ambito delle cc.dd. "Grandi Opere" e delle cc.dd. "opere per grandi eventi", prestando particolare attenzione alla più recente esperienza dell'Expo Milano 2015.

2. L'informativa antimafia: la nuova classificazione delle tipologie

Giurisprudenza amministrativa costante⁸ aveva, in passato, distinto tre tipologie di informativa: l'informazione tipica ricognitiva di cause di per sé interdittive (*ex art. 4, comma 4, d.lgs. 8 agosto 1994, n. 490*); l'informazione tipica accertativa, relativa ad eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa, avente efficacia interdittiva automatica (*ex art. 10, comma 7, d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252*); l'informativa antimafia atipica o supplementare – nata dalla prassi e successivamente ricondotta al *dictum* dell'art. 1-*septies* del d.l. 6 settembre 1982, n. 629, introdotto dall'art. 2 della legge 15 novembre 1988, n. 486 – non immediatamente interdittiva in quanto fondata sull'accertamento di elementi che, pur indicanti il pericolo di collegamenti tra l'impresa e la criminalità mafiosa, non raggiungevano la soglia di gravità richiesta per le informative tipiche. Dopo un lungo periodo di valorizzazione della figura "atipica" si rintraccia, nell'ultimo decennio, un filone di pronunce del Consiglio di Stato in cui si è sottolineato che gli indizi del rischio di "coinvolgimento associativo" con la criminalità organizzata comunque non dovessero costituire semplici sospetti o congetture prive di riscontri fattuali. In alcuni casi il Prefetto ha dato peso ad elementi inerenti a vicende rivelatesi, in sede processuale, estranee rispetto al rischio di infiltrazione ma-

(8) Cons. Stato, sez. VI, 15 dicembre 2012, n. 8928; Cons. Stato, sez. VI, 21 ottobre 2005, n. 5952; Cons. Stato, sez. VI, 8 giugno 2009, n. 3491.

fiosa: sono state annullate, ad esempio, informative atipiche prefettizie basate esclusivamente su una denuncia per detenzione di sostanze stupefacenti, a carico del socio di una ditta, mai sfociata in procedimento penale⁹ oppure su sospettati collegamenti, non accuratamente argomentati, tra la ditta sospettata e una ditta già destinataria di interdittiva antimafia¹⁰. Alla luce di tali criticità, il Codice antimafia ha escluso dal novero dei provvedimenti prefettizi la discussa tipologia, cosicché l'accertamento prefettizio, oggi, può avere solo esito binario, caducatorio o liberatorio¹¹. Nello specifico, l'art. 84, comma 4, del Codice antimafia stabilisce che le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa sono desunte: dai provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluni dei delitti indicati dal medesimo art. 84¹² (lett. *a*)); dalla proposta o dal provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione (lett. *b*)); dall'omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei reati di cui agli articoli 317 e 629 del codice penale in determinate condizioni¹³ (lett. *c*)); dagli accertamenti disposti dal Prefetto, anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministro dell'interno e dagli accertamenti da effettuarsi in altra Provincia a cura dei Prefetti competenti su richiesta del Prefetto precedente ai sensi della lettera *d*)

(9) Cfr. TAR Campania, Napoli, sez. I, 29 novembre 2006, n. 10298. In questo caso oggetto della denuncia era la detenzione di "uno spinello".

(10) TAR Campania, Napoli, sez. I, 20 giugno 2006, n. 7223.

(11) Per un approfondimento del tema A. MEZZOTERO, *Le informative prefettizie antimafia; natura, tipologie ed effetti interdittivi (nota a TAR Lazio, Roma, sez. I, sent. 9 luglio 2008, n. 6487)*, in *Rassegna avvocatura dello Stato*, Anno LX, 4, pp. 277-323; M.G. VIVARELLI, *Le informative prefettizie antimafia*, in *Appalti e contratti*, 12, 2009, pp. 41-52; G. D'ANGELO, *La documentazione antimafia nel d.lgs. 6 settembre 2011, n.159: profili critici*, in *Urbanistica e appalti*, 3, 2013, p. 258.

(12) Nello specifico si veda quanto indicato dagli artt. 353, 353-bis, 629, 640-bis, 644, 648-bis, 648-ter del codice penale, i delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale e di cui all'articolo 12-*quinquies* del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356.

(13) Aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, da parte dei soggetti indicati nella lettera *b*) dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste, salvo che ricorra l'esimente di cui all'articolo 4 della legge 24 novembre 1981, n. 689.

(lett. *d*) e lett. *e*); in caso di sostituzioni “anomale”, effettuate da chiunque conviva stabilmente con i soggetti destinatari dei provvedimenti di cui alle lettere *a*) e *b*), che denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia (lett. *f*)).

Quanto agli elementi rinvenuti dal Prefetto in sede di accertamento (lett. *e*) essi devono, quantomeno, possedere un grado di qualificata probabilità¹⁴. Nell'esercizio dei suoi poteri il Prefetto può, al di là delle fonti tipiche, adottare una misura interdittiva sulla base di fatti e vicende aventi un valore sintomatico e indiziario, purché sufficienti a porre in evidenza il pericolo che possa verificarsi, secondo l'*id quod plerumque accidit*, il tentativo di ingerenza nell'attività imprenditoriale della criminalità organizzata. Tale potere è stato definito variamente come potere generale di investigazione non tipizzato¹⁵, o anche come «espressione di anticipazione logica della soglia di difesa sociale»¹⁶. Il grado di dimostrazione probatoria non è analogo a quello richiesto per dimostrare, in sede di giurisdizione penale, l'appartenenza di un soggetto ad associazioni di tipo mafioso. La giurisprudenza amministrativa ha elaborato alcune figure sintomatiche, più o meno consolidate, in virtù delle quali è possibile presupporre l'esistenza di un'infiltrazione mafiosa: non vi sono dubbi, infatti, circa la sua presenza qualora si riscontri che un socio occulto o un socio di fatto sottometta un'impresa societaria alle strategie dell'organizzazione delinquenziale (c.d. contiguità compiacente); né sorgono dubbi circa la presenza di un suddetto tentativo qualora venga in rilievo che un'impresa sia stata vittima di pressione estorsiva «fino al punto di essere costretta a conformarsi ai voleri del clan che ne ha il controllo, avendo perduto, ovvero risultando fortemente compromessa la sua capacità di autodeterminazione» (c.d. contiguità soggiacente)¹⁷. Ancora, devono certamente essere escluse le ipotesi di tentativo ove

(14) G.F. NICODEMO, *Il contenuto minimo dell'informativa antimafia tipica*, nota a Cons. Stato, sez. VI, 8 giugno 2009, n. 3491, in *Urbanistica e Appalti*, 9, 2009, p. 1094.

(15) A. MEZZOTERO, *Le informative prefettizie antimafia...*, op. cit., p. 289.

(16) Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2011, n. 882.

(17) E. LEOTTA, *I poteri certificativi del Prefetto quali strumenti di contrasto alla criminalità organizzata: inquadramento sistematico ed aspetti problematici*, in www.giustizia-amministrativa.it.

l'imprenditore abbia assunto un «comportamento di resistenza» nei confronti delle pressioni del clan locale¹⁸. Più problematica appare la valutazione di fatti legati alla sfera personale del privato: in materia di rapporti familiari, lì dove l'orientamento maggioritario sostiene che, se al di là del mero rapporto di parentela non vi sia traccia di alcun elemento volto a suffragare il rischio della permeabilità dell'impresa, debba venire in rilievo un intreccio di interessi economici e familiari dai quali poter desumere la sussistenza dell'oggettivo pericolo che «i rapporti di collaborazione instaurati tra soggetti inseriti nello stesso contesto familiare costituiscano strumenti volti a diluire e mascherare l'infiltrazione mafiosa»¹⁹; c'è stato anche chi ha sostenuto che il mero rapporto di parentela dell'imprenditore con soggetti affiliati al sodalizio criminoso generi il dubbio ragionevole che l'attività della ditta sia strumentale anche alla gestione e al perseguimento di affari illeciti²⁰. Sulle «frequentazioni», è stato precisato che il Prefetto deve accertare la presenza di circostanze di fatto come la ripetitività delle frequentazioni, lo spessore criminale dei personaggi frequentati e l'assenza di plausibili e legittime giustificazioni degli incontri con questi ultimi²¹ e che, in secondo luogo, le circostanze di fatto ivi riportate devono essere inquadrare in una situazione di contiguità dell'attività imprenditoriale all'organizzazione mafiosa, non essendo sufficienti isolati ed autonomi fatti storici²².

2.1. *Aspetti procedurali*

Secondo quanto è stabilito dall'art. 91 del Codice antimafia, il rilascio dell'informativa antimafia deve essere richiesto, al momento dell'aggiudicazione, dalla stazione appaltante al Prefetto della Provincia nella quale ha sede l'operatore economico interessato, per la stipulazione di contratti e subcontratti il cui valore sia: *a)* pari o superiore a quello determinato dalla legge in attuazione delle direttive comunitarie in

(18) Cons. Stato, sez. V, 31 maggio 2007, n. 2828.

(19) CGA, sez. giur., 19 ottobre 2010, n. 1292.

(20) TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 7 maggio 2007, n. 4043.

(21) TAR Campania, sez. I, 31 gennaio 2008, n. 447.

(22) TAR Campania, sez. I, 29 luglio 2009, n. 4451.

materia di opere e lavori pubblici, servizi pubblici e pubbliche forniture, indipendentemente dai casi di esclusione ivi indicati; *b*) superiore a 150.000 euro per le concessioni di acque pubbliche o di beni demaniali per lo svolgimento di attività imprenditoriali, ovvero per la concessione di contributi, finanziamenti e agevolazioni su mutuo o altre erogazioni dello stesso tipo per lo svolgimento di attività imprenditoriali; *c*) superiore a 150.000 euro per l'autorizzazione di subcontratti, cessioni, cottimi, concernenti la realizzazione di opere o lavori pubblici o la prestazione di servizi o forniture pubbliche. (art. 91 Codice antimafia).

Al fine di ottenere benefici in termini di semplificazione e di maggiore celerità nel procedimento di aggiudicazione dei contratti, il legislatore ha previsto l'istituzione, presso il Ministero dell'Interno, di una Banca dati nazionale della documentazione antimafia cosicché, ai sensi dell'art. 92 del Codice antimafia, quando dalla consultazione della banca dati nazionale unica emerge la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, il Prefetto possa disporre le necessarie verifiche e rilasciare l'informazione antimafia interdittiva entro trenta giorni dalla data della consultazione. Quando le verifiche siano di particolare complessità, il Prefetto ne dà comunicazione senza ritardo all'amministrazione interessata e fornisce le informazioni acquisite nei successivi quarantacinque giorni, procedendo con le stesse modalità quando la consultazione della banca dati nazionale unica è eseguita per un soggetto che risulti non censito. L'informazione antimafia interdittiva è comunicata dal Prefetto, entro cinque giorni dalla sua adozione, all'impresa.

È utile precisare quale sia il rapporto che intercorre tra la disciplina che regola il procedimento di rilascio dell'informativa antimafia e le norme in materia di procedimento amministrativo contenute nella legge 7 agosto 1990, n. 241. A lungo, infatti, ci si è chiesti in che modo quei criteri di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, richiesti dalla legge 241/1990, possano conciliarsi con le delicate finalità cui tende lo strumento di prevenzione dell'informativa.

In ordine alla comunicazione di avvio del procedimento è prevalente la tesi di chi esclude la sussistenza della fattispecie procedimentale per le esigenze di celerità e di riservatezza tipiche dell'informativa.

va antimafia²³, nonché per l'effetto interdittivo e vincolante per l'Amministrazione, la quale «è tenuta doverosamente a procedere al ritiro dell'aggiudicazione»²⁴.

Sul diritto di accesso agli atti si osserva quanto segue. Il disposto dell'art. 24, comma 1 della legge n. 241 del 1990 stabilisce che non tutti i documenti sono suscettibili di essere conosciuti dai cittadini, poiché la regola dell'accessibilità trova eccezione in determinati casi previsti dalla legge. Inoltre, lo stesso art. 24, al comma 6 dispone che con regolamento, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, il Governo possa prevedere casi di sottrazione all'accesso di documenti amministrativi quando i documenti riguardino le strutture, i mezzi, le dotazioni, il personale e le azioni strettamente strumentali alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione e alla repressione della criminalità con particolare riferimento alle tecniche investigative, all'identità delle fonti di informazione e alla sicurezza dei beni e delle persone coinvolte, all'attività di polizia giudiziaria e di conduzione delle indagini (lett. c)). L'informativa antimafia riguarda – senza dubbio – l'ordine pubblico e la prevenzione e repressione della criminalità, dunque ben potrebbe rientrare in quel genere di documentazione che la legge sottrae al diritto di accesso. In via più generale, è stato osservato che l'esclusione dell'obbligo di garantire la trasparenza derivi da esigenze cautelari, tipiche del procedimento, e da esigenze di segretezza degli accertamenti di polizia che si collocano nel medesimo procedimento²⁵. Non è possibile, tuttavia, trascurare altri aspetti che vengono in rilievo da una lettura integrale del citato articolo 17: si evince, infatti, che l'accesso deve essere negato solo in presenza di determinate e ben precise circostanze. Inoltre – come è specificato – l'accesso deve comunque essere garantito ai richiedenti per i documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici (comma 7).

(23) Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2006, n. 851; *idem*, sez. VI, 7 novembre 2006, n. 6555.

(24) TAR Lombardia 17 dicembre 2014, n. 355.

(25) TAR Lazio, Roma, sez. I-ter, 1 febbraio 2005, n. 854; TAR Campania, Napoli, sez. I, 23 ottobre 2003, n. 13601.

Peculiare è la soluzione adottata di recente dal CGA, il quale considera ammissibile «l'ostensibilità dei documenti a monte delle informative, con eventuale apposizione di *omissis* per occultare le relazioni di servizio, gli autori delle stesse, nonché le fonti di informazione, a prescindere dalla comprensibilità del documento osteso che ne derivi, tutte le volte in cui debba essere tutelato il segreto istruttorio, in relazione ad indagini preliminari o procedimenti penali in corso»²⁶. Ancora, l'obbligo di cui art. 3 della legge 241 ricadrà anche sulla pubblica amministrazione che adotta il provvedimento, consequenziale all'informativa, di diniego di stipulare il contratto? Sulla questione il TAR Lombardia, nella sentenza n. 7483 del 2010, ha tracciato un percorso logico convincente secondo il quale, nel caso in cui vi sia una correlazione tra i fatti posti alla base dell'informativa (e del successivo provvedimento della p.a.) ed i fatti oggetto di indagini penali in corso, è doveroso che la p.a. mantenga la riservatezza per quegli atti coperti da segreto d'indagine. Ciò non inficerebbe la legittimità del provvedimento finale in quanto, come già precedentemente enunciato dal Consiglio di Stato, le garanzie di difesa del cittadino vengono pur sempre salvaguardate, a livello sostanziale, dal diritto di accesso agli atti²⁷.

3. Il potere discrezionale del Prefetto

La valutazione del Prefetto coinvolge «i bisogni sottesi alla libertà d'impresa, che non deve pregiudicare la libertà e la dignità umane; all'uso efficace e legittimo delle risorse pubbliche, che deve produrre effetti benefici per un'impresa virtuosa e non per le organizzazioni criminali»²⁸. La ponderazione di interessi²⁹ così delicati impone un'accurata analisi della natura e dei contorni del potere discrezionale del Prefetto «nel compimento degli atti necessari a riscontrare ed a vagliare i dati di fatto e gli interessi rilevanti in ordine all'atto da adottare e ai suoi presup-

(26) CGA 9 febbraio 2012, n. 130

(27) Cons. Stato, sez. VI, 23 maggio 2008, n. 3155.

(28) Cons. Stato, VI, 17 luglio 2006, n. 4574

(29) M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1939, p. 72 ss; *Id.*, *Diritto amministrativo*, II, Giuffrè, Milano, 1988, p. 483 ss.

posti di fatto e di diritto³⁰ ovvero nella fase istruttoria del procedimento e, conseguentemente, nell'adozione del provvedimento amministrativo. In relazione alla fase istruttoria, l'art. 84, lett. *d*), del Codice antimafia stabilisce che il Prefetto può avvalersi degli ampi poteri di accesso e di accertamento disciplinati dal d.l. 6 settembre 1982, n. 629 e dall'art. 93 dello stesso Codice antimafia. Nel primo caso si fa riferimento ai poteri di coordinamento tra gli organi amministrativi e di polizia ed ai poteri di accesso e di accertamento che il Ministero dell'interno, ai sensi dell'art. 1 del d.l. 6 settembre 1982, n. 629 – convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726 – può delegare al Prefetto, stabilendone i limiti e le modalità di esercizio. La normativa appena citata pone il rappresentante del Governo al centro di una fitta rete di comunicazione: nell'esercizio dei propri poteri: egli può proporre al Tribunale del luogo in cui la persona dimora l'applicazione delle misure di prevenzione (art. 1-*quinquies*, comma 1); può visitare gli istituti penitenziari ed avere colloqui personali con i detenuti e gli internati; può convocare qualsiasi persona (art. 1-*quinquies*, comma 6). Egli può, altresì, convocare – previa autorizzazione del Ministro dell'interno e conseguenti intese con i Prefetti delle Province interessate ai problemi da trattare – apposite conferenze interprovinciali, anche allo scopo di concertare ogni utile iniziativa degli organi di polizia e delle altre amministrazioni pubbliche nel quadro della lotta alla criminalità organizzata di tipo mafioso (art. 1-*sexies*).

L'art. 93 del Codice antimafia stabilisce poi che il Prefetto, per gli accessi e gli accertamenti presso i cantieri delle imprese, possa trovare ausilio nell'intervento dei gruppi interforze e, altresì, che gli accessi e gli accertamenti presso i cantieri possano riguardare tutti i soggetti che intervengono a qualunque titolo nel ciclo di realizzazione dell'opera, anche con noli e forniture di beni e prestazioni di servizi, compresi quelli di natura intellettuale, qualunque sia l'importo dei relativi contratti o dei subcontratti.

Si ricorda, inoltre, che il d.P.R. 2 agosto 2010, n. 150, agli articoli 3 e 5, ha introdotto la possibilità che il Prefetto possa sentire l'«interessato» pri-

(30) M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit.; *Id.*, *Diritto amministrativo*, cit.

ma dell'emissione dell'informazione stessa qualora ne rilevi l'utilità alla luce del materiale informativo acquisito a seguito dell'accesso e degli accertamenti presso i cantieri. Sull'istituto dell'audizione, la Relazione illustrativa al Codice antimafia³¹ ha puntualizzato che «la *ratio* della norma non è quella di realizzare una forma di contraddittorio anticipato, in quanto la disposizione non riguarda l'accesso agli atti e la partecipazione al procedimento amministrativo di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241».

A seguito di una valutazione complessiva dei suddetti strumenti di investigazione³² la giurisprudenza più recente³³ ha ravvisato le caratteristiche tipiche della c.d. discrezionalità tecnica. In sede di analisi sullo *status* degli operatori economici, è chiaro che la conoscenza tecnico-scientifica non sia idonea a produrre risultati certi e che, pertanto, al Prefetto rimanga un margine di apprezzamento in ordine all'adozione del provvedimento. Dunque, c'è da chiedersi quanto ampia sia la discrezionalità concessa all'organo istruttore: il giudice amministrativo ha, più volte, sottolineato che l'informativa antimafia «non dove necessariamente collegarsi ad accertamenti in sede penale di carattere definitivo e certi sull'esistenza della contiguità dell'impresa con organizzazioni malavitose – e, quindi, del condizionamento in atto dell'attività di impresa – potendo essere sorretta da elementi sintomatici e indiziari da cui emergano sufficienti elementi del pericolo che possa verificarsi il tentativo di ingerenza nell'attività imprenditoriale della criminalità organizzata»: ciò, ad avviso dell'organo giudicante, è chiara espressione di «ampia discrezionalità»³⁴ dell'organo amministrativo nell'adozione del provvedimento³⁵.

Il potere discrezionale del Prefetto assume un ruolo ancora più determi-

(31) Disponibile su www.giustizia.it.

(32) Cons. Stato, sez. IV, 4 maggio 2004, n. 2783; TAR Lazio, Roma, sez. I, 9 luglio 2008, n. 6518.

(33) Cons. Stato, sez. III, 9 maggio 2012, n. 2678; TAR Campania, Napoli, sez. III, 4 aprile 2002, n. 1861.

(34) Cons. Stato, sez. VI, 25 maggio 2010, n. 3292; Cons. Stato, sez. III, 12 novembre 2011, n. 5995; Cons. Stato, sez. III, 9 maggio 2012, n. 2678.

(35) Cons. Stato, sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 364; Cons. Stato, sez. VI, 8 giugno 2009, n. 3491; Cons. Stato, sez. III, 9 maggio 2012, n. 2678.

nante se si osservano gli effetti che il suo esercizio produce sui rapporti che intercorrono tra la stazione appaltante ed il privato. L'effetto interdittivo immediato ha trovato, in sede dottrinale e giudiziale, due diversi filoni di interpretazione; l'uno che studia il margine di discrezionalità delle due amministrazioni coinvolte nel procedimento – il Prefetto e la stazione appaltante –, l'altro che si concentra sulla figura del privato e sulla sua capacità. L'opinione più accreditata identifica una "riserva di amministrazione" che trova fondamento nel principio cardine della «unicità della competenza di accertamento e valutazione»³⁶ delle vicende idonee a palesare i tentativi di infiltrazione mafiosa: tale competenza si radica nella sola figura del Prefetto. Pertanto, la stazione appaltante non potrebbe, salvo eccezioni, essere titolare di un potere discrezionale nel valutare i provvedimenti prefettizi ricevuti³⁷, in quanto le sue possibilità si riducono ad una mera presa d'atto di un accertamento di circostanze ostative al mantenimento del rapporto³⁸.

Già da tempo, peraltro, il Consiglio di Stato sottolinea come la stazione appaltante non abbia né il carattere, né il potere, né l'onere di verificare la portata o i presupposti dell'informativa, poiché la competenza in argomento è per legge «esclusivamente» del Prefetto, il quale dispone dei mezzi tecnici, operativi, professionali e di indagine finalizzati all'esame prescritto³⁹. In linea con il predetto orientamento, l'art. 94 del Codice antimafia prevede, come regola generale, l'obbligo (e non più, come avveniva in passato, la facoltà) per l'amministrazione di recedere dal contratto o di revocare l'autorizzazione o la concessione, fatto salvo il pagamento del valore delle opere eseguite ed il rimborso delle spese sostenute. Il potere discrezionale della stazione appaltante è stato ampiamente ridotto: solo in via eccezionale, infatti, «non procede a revoca dell'affidamento o a recesso dal contratto quando le opere sono in via

(36) V. MONTARULI, G. ESPOSITO, *I contratti pubblici nella legislazione antimafia*, Roma, DEI, 2010, p. 70.

(37) M. ALESIO, *Limiti e contenuto del sindacato di legittimità sul certificato antimafia*, in *Diritto e Giustizia*, 1, 2004, p. 90; TAR Campania, Napoli, sez. I, 11 maggio 2004, n. 8562.

(38) A. CIULLO, *Note (critiche) in tema di informativa antimafia*, in *Norma quotidiano di informazione giuridica*, p. 8.

(39) Cons. Stato, sez. VI, 11 settembre 2001, n. 4724.

d'ultimazione o quando si tratta di forniture di beni e servizi essenziali al perseguimento dell'interesse pubblico, per le quali il fornitore non è sostituibile in tempi rapidi» (art. 93, comma 3). Si segnala che, nel caso in cui la stazione appaltante sia un ente locale sciolto in conseguenza di fenomeni di infiltrazione e di condizionamento di tipo mafioso, ai sensi dell'articolo 143 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico sull'ordinamento degli enti locali), l'art. 100 del Codice antimafia stabilisce che la stazione appaltante abbia l'obbligo di acquisire, nei cinque anni successivi allo scioglimento, l'informazione antimafia precedentemente alla stipulazione, all'approvazione o all'autorizzazione di qualsiasi contratto o subcontratto, ovvero precedentemente al rilascio di qualsiasi concessione o erogazione indicati nell'articolo 67, indipendentemente dal valore economico degli stessi⁴⁰. Nel caso di specie, evidenti sono i motivi per i quali la discrezionalità della stazione appaltante sia stata compresa in maniera ancora più incisiva.

Per quanto concerne il privato, l'effetto interruttivo immediato – è stato recentemente osservato – sarebbe dovuto ad un'ipotesi di incapacità legale a contrarre, che è di tipo speciale⁴¹, perché limitata esclusivamente ai rapporti che egli instaura – a livello verticale – con la stazione appaltante. Al contrario, la suddetta incapacità non opera sul piano orizzontale, non avendo nessun valore nei rapporti tra privati: l'informativa antimafia, infatti, non dovrebbe implicare alcuna presunzione di pericolosità atta a transitare verso i terzi⁴².

Il ruolo del Prefetto nella “vita” dell'impresa è divenuto ancor più determinante a seguito dell'adozione del già citato d.l. 24 giugno 2014, n. 90, il quale ha introdotto, all'art. 32, «misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese». In forza di tale norma, nell'ipotesi in cui l'autorità giudiziaria proceda per i delitti di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, 320, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis

(40) A. BALSAMO, C. MALTESE, *Il codice antimafia: tutte le novità del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 82.

(41) C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 215-220.

(42) N. DURANTE, *Ambiti di discrezionalità in materia di documentazione antimafia per le imprese*, relazione resa al convegno di studi su «L'informazione interdittiva antimafia», organizzato dal TAR Calabria il 16 novembre 2013, in Catanzaro.

del codice penale ovvero, in presenza di rilevate situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili ad un'impresa aggiudicataria di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture, ovvero ad un concessionario di lavori pubblici o ad un contraente generale, il Presidente dell'ANAC ne informa il Procuratore della Repubblica e, in presenza di fatti gravi e accertati propone al Prefetto competente in relazione al luogo in cui ha sede la stazione appaltante, alternativamente: *a)* di ordinare la rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto e, ove l'impresa non si adegui nei termini stabiliti, di provvedere alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto d'appalto o della concessione; *b)* di provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o della concessione.

Lo stesso articolo, al comma 10, stabilisce che le suddette disposizioni si applicano anche nei casi in cui sia stata emessa dal Prefetto un'informazione antimafia interdittiva e sussista l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto, ovvero la sua prosecuzione al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici, ancorché ricorrano i presupposti di cui all'articolo 94, comma 3, del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159; in tal caso, è stato stabilito che le misure siano disposte di propria iniziativa dal Prefetto che ne informa il Presidente dell'ANAC e revocate, cessando comunque di produrre effetti, in caso di passaggio in giudicato di sentenza di annullamento dell'informazione antimafia interdittiva, di ordinanza che dispone, in via definitiva, l'accoglimento dell'istanza cautelare eventualmente proposta ovvero di aggiornamento dell'esito della predetta informazione, anche a seguito dell'adeguamento dell'impresa alle indicazioni degli esperti.

4. Il sindacato del giudice amministrativo

La casistica appena analizzata ha mostrato quanto sia consistente il numero di impugnative aventi ad oggetto informative antimafia cc.dd. accertative e cc.dd. supplementari o atipiche, per eccesso di potere. Nu-

merose pronunce hanno tracciato i confini del controllo giurisdizionale sull'informativa antimafia, precisando che il provvedimento in esame può essere oggetto di sindacato solo ove presenti manifesti vizi di eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza e travisamento dei fatti⁴³. Al fine di analizzare in maniera più esaustiva questo profilo, è utile richiamare quanto la giurisprudenza amministrativa ha stabilito sul sindacato di legittimità del decreto di scioglimento degli organi elettivi degli enti locali per infiltrazioni mafiose previsto dall'art. 143 del d.lgs. 18 agosto del 2000, n. 267 (Testo unico degli enti locali): pur presentando alcuni profili che lo differenziano dall'informativa antimafia – essendo, ad esempio, configurabile come atto di alta amministrazione⁴⁴ – tale decreto è tuttavia il provvedimento amministrativo che si avvicina di più, rispetto agli altri, all'informativa antimafia quanto ai presupposti dell'adozione ed alle sue finalità. In questo caso la valutazione della pubblica amministrazione ha ad oggetto l'accertamento della «sussistenza di collegamenti diretti o indiretti dei Consigli comunali con la criminalità organizzata di tipo mafioso o similare ovvero forme di condizionamento degli stessi»: determinare un'alterazione del procedimento di formazione della volontà degli organi elettivi ed amministrativi; compromettere il buon andamento e l'imparzialità delle amministrazioni comunali e provinciali e il regolare funzionamento dei servizi ad esse affidati; arrecare grave e perdurante pregiudizio per lo stato della sicurezza pubblica; tale valutazione è perciò ampiamente discrezionale. Anche in questo caso è il Prefetto, nominando una commissione d'indagine attraverso la quale esercita i poteri di accesso e di accertamento, a ricoprire un ruolo determinante: si osserva, infatti, che sebbene il decreto non venga da lui direttamente adottato, essendo disposto con d.P.R. a seguito di un lungo *iter* procedimentale che coinvolge un gran numero di organi amministrativi, esso, in ogni caso, trae origine dall'impulso fornito dalla sua prima valutazione. Inoltre, anche il decreto in esame non esige la prova della commissione di reati da parte degli amministratori; essendo sufficienti, inve-

(43) Cons. Stato, 13 novembre 2013, n. 996; Cons. Stato, sez. VI, 18 agosto 2010, n. 5880; Cons. Stato, sez. IV, 15 dicembre 2011, n. 6611; Cons. Stato, sez. III, 19 gennaio 2012, n. 254.

(44) Cons. Stato, sez. III, 6 marzo 2012, n. 1266.

ce, semplici elementi (e quindi circostanze di fatto anche non assurgenti al rango di prova piena) di un collegamento e/o influenza tra l'amministrazione e i sodalizi criminali, ovvero essendo sufficiente che gli elementi raccolti e valutati siano "indicativi" di un condizionamento dell'attività degli organi amministrativi e che tale condizionamento sia riconducibile all'influenza e all'ascendente esercitati da gruppi di criminalità organizzata⁴⁵. La giurisprudenza amministrativa, a fronte del margine, particolarmente ampio, di apprezzamento di cui fruisce il Prefetto, ha affermato che il sindacato del giudice della legittimità può concernere esclusivamente la verifica della sussistenza delle circostanze di fatto riportate nella motivazione nonché della valutazione, sotto il profilo della logica e dell'*iter* logico seguito dalla pubblica amministrazione⁴⁶. L'impostazione secondo la quale «all'ampliamento della sfera di discrezionalità dell'amministrazione corrisponde una limitazione del sindacato del giudice amministrativo, il quale può indagare il merito amministrativo solo nelle ipotesi tassativamente previste dalla legge»⁴⁷ appare in linea con quella riguardante il sindacato di legittimità dell'informativa antimafia⁴⁸. Nel descrivere i poteri prefettizi ci siamo soffermati su alcuni orientamenti secondo i quali questi sarebbero espressione di una discrezionalità tecnica e non, altresì, "pura". Ci si chiede, pertanto, quali potrebbero essere, sul piano processuale, gli effetti concreti di tale configurazione, alla luce dell'attuale disciplina sull'attività istruttoria e sui mezzi di prova che, in applicazione dell'art. 16 della legge 21 luglio 2000, n. 173⁴⁹, estende anche alla giurisdizione di legittimità lo strumento della consulenza tecnica e, dall'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, a tutti i mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, fatti salvi il giuramento e l'interrogatorio formale (art. 63 c.p.a.).

(45) Cons. Stato, sez. III, 6 marzo 2012, n. 1266; TAR Campania, Napoli, sez. I, 6 febbraio 2006, n. 1622; TAR Lazio, Roma, sez. I, 1° febbraio 2012, n. 1119.

(46) Cons. Stato, sez. IV, 24 aprile 2009, n. 2615.

(47) Cons. Stato, sez. IV, 26 gennaio 2009, n. 447.

(48) Cons. Stato, sez. VI, 4 agosto 2006, n. 4765.

(49) L'art. 16 della legge 21 luglio 2000, n. 173 ha aggiunto al comma 1 dell'art. 44 del r.d. n. 1054 del 1924 le parole «ovvero disporre la consulenza tecnica».

È utile ricordare che il Consiglio di Stato 9 aprile 1999, n. 601 ha stabilito che il giudice amministrativo potesse operare un sindacato c.d. intrinseco, ovvero «accertare direttamente i fatti, controllare la ragionevolezza delle analisi della pubblica amministrazione, verificare in maniera diretta il criterio tecnico da essa utilizzato ed il procedimento applicativo da essa seguito, se necessario con l'applicazione delle regole specialistiche già utilizzate dalla pubblica amministrazione e con l'ausilio della consulenza tecnica»⁵⁰. In quella sede veniva superato l'orientamento giurisprudenziale, fino a quel momento vigente, secondo il quale il procedimento valutativo di contenuto specialistico sfuggiva al sindacato di legittimità del giudice amministrativo (c.d. sindacato estrinseco)⁵¹. In seguito, la giurisprudenza si è divisa in merito ad un aspetto ulteriore. Da un lato vi era chi sosteneva che il controllo intrinseco del giudice amministrativo sul giudizio tecnico dell'organo amministrativo avesse un'intensità c.d. forte⁵², essendo possibile, per il giudice, «ripetere *ex novo* la valutazione tecnico-discrezionale»⁵³ e sostituirsi alla valutazione tecnica già effettuata. L'opposto orientamento, divenuto maggioritario, escludeva che il giudice avesse la possibilità di spingersi fino al punto di surrogare la propria opinione a quella, non condivisa, della pubblica amministrazione e riteneva, al contrario, che egli avesse la possibilità di «incidere sulle sole determinazioni amministrative apparse, sulla scorta di un sindacato di ragionevolezza, sicuramente inattendibili»⁵⁴ (c.d. intensità debole). Così, la sentenza 27 febbraio 2006, n. 829 del Consiglio di Stato ha riconosciuto che la c.d. discrezionalità tecnica esprimesse un concetto diverso dal merito amministrativo e, pertanto, non potesse essere aprioristicamente sottratta al sindacato del giudice amministrativo.

Tornando nuovamente sul punto, la Cassazione, riunitasi a Sezioni Uni-

(50) Cons. Stato, sez. VI, 4 novembre 2002, n. 6004.

(51) Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 1982, n. 55; Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 1991, n. 160.

(52) G. VACIRCA, *Prime riflessioni sul nuovo regime delle prove in materia di pubblico impiego*, in *Foro amm.*, 1987, p. 1344.

(53) Cons. Stato, sez. IV, 30 ottobre 2009, n. 6708

(54) Cons. Stato, sez. IV, 6 ottobre 2001, n. 5287.

te, è intervenuta con due recenti pronunce⁵⁵ ove si precisa che il giudice amministrativo non può, comunque, procedere ad una valutazione autonoma sulla base di propri calcoli o proprie valutazioni, al di fuori dei casi in cui la legge prevede una giurisdizione di merito, dovendo l'esame essere ricondotto nei limiti propri del sindacato di legittimità. In altre parole, al giudice amministrativo non è comunque consentito di sostituirsi⁵⁶ ad un potere già esercitato dalla pubblica amministrazione, essendo possibile «stabilire se la valutazione complessiva operata dalla p.a. nell'esercizio del proprio potere debba essere ritenuta corretta sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di contestualizzazione della norma posta a tutela della conformità a parametri tecnici, che nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro contestualizzato»⁵⁷. Resta fermo il fatto che il suo sindacato non possa impingere nel merito, ma che esso sia circoscritto alla verifica, sotto il profilo della logicità, del significato attribuito dalla pubblica amministrazione agli elementi di fatto, alla coerenza ed attendibilità delle sue valutazioni ed alla congruità della motivazione addotta⁵⁸.

In dottrina, più estrema è la posizione assunta da chi, evidenziando che l'adozione di un'informativa interdittiva coinvolge interessi di natura costituzionale particolarmente delicati, ha avanzato la proposta di sottoporla al controllo di un'autorità giudiziaria che non si limiti a valutarne l'eventuale illogicità o contraddittorietà manifesta, ma che, al contrario, sia titolare anche del potere di apprezzarne il merito⁵⁹.

5. Sistemi di controllo ad hoc sulle grandi opere. L'esperienza Expo Milano 2015 alla luce delle quattro edizioni delle Linee guida CCASGO

Come anticipato, al fine di disciplinare le procedure di controllo antimafia sui contratti relativi alla realizzazione dell'Expo Milano 2015⁶⁰, il

(55) Cass., Sez. un., UU., 22 maggio 2012, n. 8071 e 10 agosto 2011, n. 17143.

(56) Cons. Stato, sez. VI, 27 febbraio 2006, n. 829.

(57) Cons. Stato, sez. IV, 4 febbraio 2014, n. 505; Cons. Stato, sez. VI, 1 giugno 2012, n. 3283.

(58) TAR Calabria, Catanzaro, 3 ottobre 2012, n. 975.

(59) A. CIULLO, *Note (critiche) in tema di informativa antimafia*, cit., p. 16.

(60) M. FERRARESI, *"Expo 2015" e lavoro: l'avviso comune di Regione Lombardia e parti socia-*

CCASGO ha approvato quattro edizioni di «Linee guida EXPO Milano 2015». L'esercizio di tale attività trova legittimazione nel già citato d.l. 25 settembre 2009, n. 135, il cui articolo 3-*quinquies* stabilisce che i controlli antimafia sui contratti pubblici e sui successivi subappalti e subcontratti aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture sono effettuati nel rispetto della normativa ad essi relativa e, altresì, «con l'osservanza delle Linee guida indicate dal CCASGO, anche in deroga a quanto previsto dal regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 giugno 1998, n. 252». In applicazione di siffatta previsione, gli atti di indirizzo pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale rispettivamente nelle date 19 aprile 2011 (c.d. Prima edizione), 7 dicembre 2013 (c.d. Seconda edizione), 10 maggio 2014 (c.d. Terza edizione) e 30 luglio 2014 (c.d. Quarta edizione), definiscono le modalità di controllo sugli appalti connessi alla realizzazione dell'EXPO Milano 2015, in relazione al succedersi delle varie fasi di avanzamento degli interventi stessi.

La Prima edizione si concentra sul «metodo di lavoro e i soggetti della rete» (par. 1): al centro della struttura di monitoraggio prevista dal CCASGO è stata posta la Prefettura di Milano, cui il legislatore, in ragione della particolare delicatezza e complessità delle iniziative che si prevedeva sarebbero state avviate in vista degli interventi sull'EXPO 2015, ha fornito il supporto, da un lato, di una sezione specializzata del CCASGO istituita *ad hoc* (art. 3-*quinquies*, comma 2) e, dall'altro, del «Gruppo interforze per l'EXPO 2015» (GICEX), ovvero di un organismo info-investigativo costituito, a livello centrale, presso il Dipartimento della pubblica sicurezza (art. 3-*quinquies*, comma 3). Il «nucleo» composto dalle tre figure Prefettura di Milano, sezione specializzata CCASGO e GICEX è tenuto ad avvalersi «dell'apporto indispensabile di tutti i soggetti istituzionali e non a vario titolo coinvolti nella realizzazione dell'evento, secondo una logica di rete»⁶¹ che ha ispirato, sottolinea il CCASGO, l'attività del Comitato stesso negli ultimi anni. A seguito di una recente iniziativa del Governo, l'art. 19 del d.l. 24 giugno 2014 ha soppresso l'Autorità per la vigilanza

li nel contesto normativo di regolazione dell'evento», in *Diritto delle relazioni industriali*, 3, 2014, p. 797.

(61) Prima edizione Linee guida, p. 4.

dei contratti pubblici (AVCP), disponendo che i suoi compiti e le sue funzioni fossero trasferiti all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC). Relativamente alle opere EXPO 2015, il Presidente dell'ANAC potrà formulare proposte al Commissario EXPO 2015 per la corretta gestione delle relative procedure d'appalto, ricoprendo, ai sensi dell'art. 30 del d.l. 90/2014 («Unità operativa speciale per EXPO 2015») anche il ruolo di alta sorveglianza delle procedure EXPO 2015, tramite la verifica preventiva della legittimità degli affidamenti ed esecuzione dei contratti.

5.1. Bipartizione del momento accertativo

Il progetto "milanese" si rifà, in larga parte, al modello abruzzese, disponendo un regime derogatorio in ordine alla competenza ed al procedimento di rilascio dell'informativa. La competenza, in relazione all'esigenza di una concentrazione operativa dei flussi informativi, è stata imputata al Prefetto di Milano, quale unico soggetto competente all'emissione di tutte le informative che interessino imprese anche aventi sede legale in qualunque altra Provincia. In regime derogatorio, il procedimento di rilascio delle informative antimafia subisce alcune modifiche rispetto all'*iter* previsto per norma di legge, il quale, come sopra esposto, consta di una fase procedurale unica finalizzata all'adozione di una informativa antimafia liberatoria o interdittiva.

Il CCASGO, puntualizzando che in situazioni di emergenza come l'Abruzzo e l'EXPO 2015 i controlli antimafia sono improntati al criterio di efficacia, speditezza e dinamicità, ha ritenuto opportuno adottare talune modalità operative che nell'esperienza dell'Abruzzo si sono rivelate particolarmente calzanti. Si tratta di un modello procedimentale distinto in due momenti successivi:

A) L'accertamento, nell'immediato, delle cause interdittive tipizzate dal c.d. Codice antimafia all'art. 84, comma 4. Si tratta dei provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluni dei delitti di particolare gravità (lett. *a*)); dalla proposta o dal provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione (lett. *b*)); dall'omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei reati di cui agli articoli 317 (concussione) e 629 (estorsione) del codice penale (lett. *c*)) sulla base delle risultanze emergenti dal sistema d'indagine, c.d. SDI, integrato con le acquisizioni

effettuate a seguito della consultazione del certificato del casellario giudiziario e dei carichi pendenti.

B) La verifica, in via successiva, degli eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa, sulla base degli elementi ulteriori che attengono a tutto quel ventaglio di situazioni indizianti che prescindono dal riscontro dell'esistenza di provvedimenti giudiziari o di prevenzione. Tali elementi sono quelli ricavabili dagli accertamenti e dai riscontri, eseguiti ai sensi dell'art. 84, comma 4, lett. *d*), del Codice antimafia, e dell'art. 91, comma 6, dello stesso decreto, secondo il quale il Prefetto può desumere il tentativo di infiltrazione mafiosa da provvedimenti di condanna anche non definitiva per reati strumentali all'attività delle organizzazioni criminali, unitamente a concreti elementi da cui risulti che l'attività d'impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata.

Come meglio definito nella seconda edizione delle Linee guida, si tratta di una bipartizione del momento accertativo tra una prima fase «speditiva di controllo», finalizzata all'emissione di una liberatoria provvisoria, ed una seconda fase finalizzata all'emissione del provvedimento conclusivo del procedimento. Ciò è giustificato dal fatto che l'accertamento del tentativo di infiltrazione mafiosa possiede un grado di complessità più ampio rispetto a quello che caratterizza l'accertamento delle cause interdittive tipizzate. È lo stesso CCASGO, nelle prime due edizioni, a sintetizzare ed esplicitare le fasi procedurali di un modello che appare del tutto innovativo⁶².

Si segnala, però, che con la Seconda edizione, gli strumenti del Prefetto nella fase «speditiva di controllo» sono stati ampiamente potenziati rispetto all'edizione precedente. È nel 2013, infatti, che la Dna (Direzione nazionale antimafia) fa ingresso nella prima fase del procedimento di controllo, essendo tenuta a dialogare proficuamente con l'Ufficio Territoriale di Governo. Tale preziosa opportunità di collaborazione, è bene sottolinearlo, è circoscritta solo all'ambito dell'Expo Milano 2015. Ancora, alla luce dell'inevitabile maggior carico di lavoro che si prevede e dell'esigenza di garantire una sempre maggiore celerità e speditez-

(62) Prima edizione Linee guida, p. 15.

za dell'azione di controllo», la Terza edizione ha stabilito che il Prefetto potesse procedere al potenziamento della *task force* già istituita presso le Prefetture di Milano attraverso l'apporto di ulteriore personale delle Forze di Polizia e del Corpo di polizia locale di Milano e la stipula, in sede locale, di uno specifico protocollo d'intesa che ne preveda l'utilizzo per finalità amministrative istruttorie.

Spinto da una sempre più pregnante esigenza di potenziamento dei controlli antimafia, anche nella Quarta edizione il CCASGO si sofferma sulla necessità che il Prefetto di Milano instauri una diretta interlocuzione tra il Gruppo interforze, la Prefettura di Milano e le altre Prefetture del territorio nazionale.

5.2. La (mancata) sperimentazione del sistema “white list”. Verso un sistema di controllo ex ante?

Al fine di costruire ulteriori barriere contro la criminalità organizzata il legislatore ha introdotto nuovi strumenti di contrasto al fenomeno mafioso. Chiaro, infatti, il quadro prospettato della Direttiva del Ministero dell'interno del 23 giugno 2010 (Controlli antimafia preventivi nelle attività “a rischio” di infiltrazione da parte delle organizzazioni criminali), lì dove viene considerato che «l'infiltrazione mafiosa tende ad annidarsi in attività che si pongono a valle dell'aggiudicazione e che interessano, in maniera particolare, il ciclo degli inerti ed altri settori collaterali» e che «per colpire le organizzazioni criminali nei loro interessi economici e tutelare l'economia legale è necessario affinare l'applicazione degli strumenti posti a disposizione dell'ordinamento giuridico tenendo conto della realtà territoriale ed ambientale in cui si trova ad operare l'impresa». Tra questi, la Direttiva prevedeva l'istituzione delle cc.dd. *white lists*, facendo cenno alla creazione di un sistema che fosse in grado di individuare preventivamente gli operatori economici “affidabili” in quanto sottoposti, in via preventiva, al controllo antimafia, al fine di abbattere i tempi necessari per effettuare le verifiche presso le Prefetture, spesso incompatibili con appalti che, per ragioni improcrastinabili, dovessero essere iniziati prima. Non a caso, la prima sperimentazione di un sistema di *white lists* è stata accolta nel nostro ordinamento in occasione della ricostruzione post-terremoto in Abruzzo, con l'art. 16 d.l. 28 aprile 2009, n. 39 («Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite

dagli eventi sismici nella Regione Abruzzo nel mese di aprile 2009 e ulteriori interventi urgenti di protezione civile»), per i lavori relativi all'Expo 2015⁶³, con l'art. 3-*quinquies* del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito nella legge 20 novembre 2009, n. 166, per l'attuazione del Piano straordinario carceri, con l'art. 17-*quater* del d.l. 27 febbraio 2009, n. 195 e, più recentemente, per la ricostruzione post-terremoto in Emilia Romagna⁶⁴, con il d.l. 6 giugno 2012, n. 74. Nelle citate disposizioni si stabiliva che per i subappalti e i subcontratti successivi ai contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, presso le competenti Prefetture fosse istituito un elenco di fornitori e prestatori di servizi non soggetti a rischio di inquinamento mafioso, ai quali potessero rivolgersi gli esecutori dei lavori, servizi e forniture. Veniva, altresì, stabilito che le modalità di costituzione e di aggiornamento di detti elenchi fosse demandata ad un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri. Ancor prima che tale decreto venisse adottato, l'art. 4, comma 3, lett. g), del d.l. n. 70 del 2011 estendeva a livello generale la disciplina delle *white lists*, prevedendone l'utilizzo per tutte le costruzioni di opere pubbliche, «soprattutto se di interesse strategico». Il decreto preannunciava l'emanazione di un d.P.C.M. che definisse le modalità dell'istituzione e dell'aggiornamento dei suddetti elenchi. Così, la legge n. 190 del 2012, all'art. 1, commi 52 e ss., ha previsto che per l'efficacia dei controlli antimafia nelle attività imprenditoriali maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa – ovvero trasporto di materiali a discarica per conto di terzi; trasporto, anche transfrontaliero, e smaltimento di rifiuti per conto di terzi; estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti; confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume; noli a freddo di macchinari; fornitura di ferro lavorato; noli a caldo; autotrasporti per conto di terzi; guardiania – fosse istituito presso ogni Prefettura l'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori, non

(63) Per un approfondimento sulle *white lists* per la ricostruzione in Abruzzo e per l'Expo 2015, *La riorganizzazione dei controlli antimafia nel settore dei contratti pubblici*, a cura della Scuola superiore dell'amministrazione dell'interno, 2, 2011.

(64) Per un approfondimento sulle *white lists* per la ricostruzione post-sisma in Emilia-Romagna si veda G. MARCHIANO, *White lists, elenchi di merito e rating di legalità: semplificazione amministrativa?* in www.osservatorioappalti.unitn.it, p. 26 ss.

soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa, operanti nei medesimi settori e che l'iscrizione negli elenchi della Prefettura della Provincia ove avesse sede l'impresa fosse sufficiente a soddisfare i requisiti per l'informazione antimafia per l'esercizio della relativa attività. Il d.P.C.M. 18 aprile 2013 ha determinato l'istituzione, presso tutte le Prefetture, delle *white lists*, stabilendo che a decorrere dal 14 ottobre 2013 la normativa che ha istituito la *white list* per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose nel contesto della ricostruzione post sisma e nell'ambito dei lavori per l'Expo 2015 di Milano cessassero di trovare applicazione e che le imprese già iscritte in una delle predette *white list* fossero "trasferite" d'ufficio negli elenchi corrispondenti della nuova *white list* conservandone la residua validità (art. 10). Al fine di incentivare l'iscrizione nelle *white lists*, l'art. 29 del d.l. n. 90 del 2014 ha imposto alle stazioni appaltanti di acquisire la comunicazione e l'informazione antimafia liberatoria obbligatoriamente attraverso la consultazione, anche in via telematica, di tali elenchi. Ne consegue che tale iscrizione costituisce la forma necessitata attraverso la quale viene accertata, nei confronti dei soggetti che operano nei settori più permeabili alle organizzazioni criminali, l'assenza di motivi ostativi ai fini antimafia⁶⁵.

Sulla convenienza di tale operazione si registrano opinioni divergenti: le *white lists*, secondo alcuni autori, costituirebbero «uno strumento indispensabile se si vuole colpire alla base qualsiasi tentativo della mafia di intercettare i flussi finanziari destinati agli investimenti in costruzioni, pubblici e privati»⁶⁶. Dello stesso avviso anche l'Associazione nazionale costruttori edili che le ha ritenute «l'unico strumento veramente efficace ai fini di tutelare le imprese di costruzione nei confronti della criminalità organizzata»⁶⁷. Non manca, però, chi ha criticato il legislatore laddove

(65) Per un approfondimento ulteriore si consulti <http://www.prefettura.it/mantova/contenuti/66298.htm>.

(66) Espressione utilizzata da V. BONIFATI, *Più coraggio sulle White list «antimafia»*, in *Il Sole 24 Ore* del 6 febbraio 2012 (p. 14); V. CUSMANO, A. PORRACCILO, *La documentazione antimafia d.lgs. 6.9.2011, n. 159: artt. 82-101 in Legislazione Penale*, Anno XXXII, 2, 2012, p. 28; cfr. E. BORBONE, *White lists, quadro attuale e possibili sviluppi*, su www.altalex.it

(67) Ance, Audizione presso le Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia del Senato sullo schema del decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, 25 luglio 2012, su www.senato.it.

ha provveduto ad espandere il campo d'applicazione delle *white lists* a tutto il territorio nazionale ancor prima che queste venissero attivate per le speciali ipotesi previste e, quindi, senza alcuna riprova che il nuovo strumento avesse davvero una concreta efficacia⁶⁸.

6. *Considerazioni conclusive*

L'analisi dei poteri istruttori che il legislatore ha rimesso al Prefetto ha permesso di rilevare che il suo potere discrezionale ben potrebbe rientrare, così come da alcuni sostenuto, nell'alveo della c.d. discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione. Tale potere discrezionale, dotato di particolare ampiezza, interviene in maniera determinante sulla procedura di gara. La stazione appaltante è, infatti, sempre tenuta a revocare l'aggiudicazione, non essendo più possibile per il Prefetto adottare informative c.d. atipiche; qualora il contratto sia già stato stipulato, essa ha l'obbligo, e non più la facoltà, di recedere dal contratto, salvo eccezioni residuali. La casistica analizzata ha dato luce, inoltre, ad un consistente numero di impugnative aventi ad oggetto informative antimafia c.d. accertative e c.d. supplementari o atipiche, per eccesso di potere. Facendo ricorso alla copiosa giurisprudenza sul tema, è stato possibile ricordare che tale controllo debba limitarsi al profilo della sua logicità in relazione alla rilevanza dei fatti accertati dal Prefetto, secondo la logica che fa corrispondere all'ampliamento della sfera di discrezionalità dell'amministrazione una limitazione del sindacato del giudice amministrativo. Essendo la discrezionalità del Prefetto una discrezionalità c.d. tecnica, il giudice amministrativo può stabilire sulla correttezza della valutazione complessiva operata dalla pubblica amministrazione nell'esercizio del proprio potere sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di contestualizzazione della norma posta a tutela della conformità a parametri tecnici, che nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro contestualizzato.

Ulteriori considerazioni generali possono essere espresse guardando al metodo delle *white lists*, il cui studio ha permesso di inserire l'informativa antimafia all'interno di un contesto, oggi molto più ricco, di stru-

(68) A. CISTERNA, M.V. DE SIMONE, B. FRATTASI, S. GAMBACURTA, *Commento al Codice antimafia*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2011, p. 164.

menti che coinvolgono non più solo gli Uffici territoriali di governo, ma tutte le istituzioni e gli operatori economici stessi. Ciò rappresenta, nel suo complesso, un segnale di superamento delle normative antimafia di vecchio stampo adottate, di volta in volta, per soddisfare esigenze di carattere emergenziale.

Tuttavia, alta rimane la preoccupazione laddove le maglie di una disciplina così puntuale sembrano subire una deroga proprio nell'ambito di occasioni particolarmente appetibili per le mafie come quella dell'EXPO 2015, essendo la regolamentazione dei controlli antimafia estesamente affidata al lavoro del CCASGO. Ciò, se da un lato può costituire un'opportunità, essendovi la possibilità di costruire sistemi *ad hoc*, dall'altro può rappresentare una criticità per gli operatori del settore, cui non è sottoposto lo studio di un solo sistema, ma di numerosi sottosistemi. Ad esempio, è stato, in questa sede, mostrato come il procedimento per il rilascio dell'informativa antimafia subisca, nell'ambito delle procedure per l'EXPO Milano 2015, una bipartizione che la legge non prevede. Il rischio, in tal modo, è quello che possa essere vanificato il lavoro svolto nel 2011 dal legislatore del Codice antimafia – Codice che, si ricorda, era stato presentato come omnicomprensivo, completo, autosufficiente⁶⁹. Sotto il profilo dell'unicità di trattamento, si auspica che il legislatore ragioni sull'opportunità di riportare ad unità la disciplina dei controlli antimafia "sulle grandi opere", traendo spunto dalle numerose sperimentazioni operate dal CCASGO nel corso degli anni.

Sempre in tema di unicità di trattamento, si osserva che l'art. 91 del Codice antimafia, così come modificato dal d.lgs. 13 ottobre 2014, n. 153, stabilisce che «Per le imprese costituite all'estero e prive di sede secondaria nel territorio dello Stato, il Prefetto svolge accertamenti nei riguardi delle persone fisiche che esercitano poteri di amministrazione». Tuttavia, nell'esperienza dei Paesi comunitari ed extracomunitari non esisto-

(69) G.M. FLICK, *Mafia e imprese vent'anni dopo Capaci, Via D'Amelio, Mani Pulite. Dai progressi nella lotta al crimine organizzato ai passi indietro nel contrasto alla criminalità economica e alla corruzione*, in *Riv. Soc.*, 2-3, 2013, p. 505; G. FIANDACA – C. VISCONTI, *Il Codice delle leggi antimafia: risultati, omissioni, prospettive*, in *Legislazione Penale*, Anno XXXII, 2, 2012, p. 181; G. D'ANGELO, *La documentazione antimafia nel d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159: profili critici*, in *Urbanistica e Appalti*, 3, 2013, p. 256 ss.

no strumenti antimafia ed anticorruzione⁷⁰ analoghi a quelli italiani. Ciò rischia, in concreto, di vanificare qualunque genere di intervento antimafia ed anticorruzione predisposto, in maniera tanto esclusiva quanto isolata, dal nostro legislatore.

L'immagine di una mafia statica che opera in seno ad un'area geografica circoscritta è stata, pur tardivamente, superata. Risale solo al 2012 l'istituzione di una Commissione speciale sul crimine organizzato (Commissione CRIM) cui il Parlamento europeo ha attribuito la funzione di controllo, di analisi e di valutazione dell'entità della criminalità organizzata, della corruzione e del riciclaggio di denaro ed il loro impatto sull'Unione e sui suoi Stati membri e dell'attuale stato di attuazione della legislazione e delle relative politiche dell'Unione in materia. Particolarmente preoccupante è il quadro prospettato dalla CRIM lì dove, nella Relazione finale di chiusura dei 18 mesi di attività, segnala la necessità di riconoscere in tutti gli Stati un reato di associazione mafiosa con identica fattispecie costitutiva e pena, al fine di superare gli ostacoli cagionati dalle differenti definizioni legali di "crimine organizzato", rafforzare gli strumenti della confisca e del sequestro dei patrimoni criminali sviluppando la cooperazione giudiziaria e di polizia tra gli Stati membri dell'Unione europea, creare la figura del Procuratore europeo per coordinare le diverse indagini nazionali e combattere i crimini che colpiscono gli interessi finanziari dell'Unione europea, realizzare un quadro legale unico che permetta di applicare una sentenza emanata in uno degli Stati membri anche negli altri Paesi europei.

(70) Sui modelli stranieri V. D'AMBROSIO, *I profili penali della corruzione e della maladministration*, in F. MERLONI e L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa*, Firenze, Passigli, 2010, pp. 142-143.

Amministrazione comunale per ordinanze e bonifica dall'amianto degli immobili: profili procedurali e contenuti

Piera Maria Vipiana

Lo scritto svolge una breve indagine sulla giurisprudenza amministrativa in materia di ordinanze riguardanti le bonifiche da amianto, strumenti frequentemente utilizzati per far fronte alla capillare e preoccupante presenza sul territorio italiano di manufatti contenenti amianto. Il tema di regola è trascurato dalla dottrina in materia, ma appare assai rilevante nell'ambito di una produzione giurisprudenziale, meno nota di quella penale o civile, ma di notevole impatto al fine di conseguire un Paese libero da amianto.

Si prendono in esame le disposizioni costituenti la base normativa delle ordinanze, la competenza ad adottarle, i principali problemi in ordine al procedimento da seguire, nonché i profili contenutistici. Si prospettano infine alcuni suggerimenti de iure condendo in materia.

1. Inquadramento del tema

Il ruolo dell'azione amministrativa in materia di bonifiche da amianto è rilevante, sia quanto alle bonifiche delle aree costituenti sedime di industrie oppure di cave¹, sia quanto a quelle che si potrebbero definire le microbonifiche o bonifiche capillari², attinenti a singoli immobili sui quali insistono rifiuti in amianto o che presentano, fra i loro componen-

(1) Per un caso, relativo a interventi di messa in sicurezza di un sito minerario dismesso, finalizzati ad eliminare il pericolo derivante dalla presenza dell'amianto e di inquinanti vari presenti all'interno dell'area mineraria, cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I, 22 maggio 2013, n. 5138, confermata da Cons. Stato, sez. IV, 6 agosto 2014, n. 4195.

(2) Al riguardo ci permettiamo di rinviare a P.M. VIPIANA, *Relazione introduttiva* al Convegno "L'inquinamento da amianto", svoltosi ad Alessandria il 7 maggio 2013, in *Id.* (a cura di), *Inquinamento da amianto*, Utet Giuridica, Torino, 2014, pp. 15-43.

ti, materiali contenenti amianto: in particolare³, le coperture in cemento-amianto degli edifici.

Queste ultime bonifiche presentano profili di criticità, perché, in particolare:

- si devono basare su conoscenze approfondite di ogni manufatto, che non sempre sussistono, circa la natura, lo stato e la datazione dei materiali che lo costituiscono;
- sono sovente svolte e pagate, se l'immobile è privato, dai privati proprietari, che possono incontrare serie difficoltà economiche allo svolgimento dei lavori di bonifica;
- possono costituire momenti di inquinamento grave: nel senso che tali bonifiche potrebbero comportare, se non sono seguiti tutti gli accorgimenti necessari, problemi di esposizione all'amianto stesso, sia essa occupazionale, vale a dire dei lavoratori, sia essa non occupazionale, ossia della popolazione in genere.

Le bonifiche in questione, che si ricollegano necessariamente ad interventi edilizi interessanti il patrimonio immobiliare esistente, avvengono molto frequentemente – anche se non sempre⁴ – a seguito di un'ordinanza amministrativa che impone i lavori e che, di regola, viene emessa in conseguenza di segnalazioni o esposti di privati. Pertanto l'intervento edilizio correlato alla bonifica da amianto viene effettuato a seguito dell'esercizio del potere amministrativo consistente nell'emissione di ordinanze: in breve, sulla base di quella che potrebbe denominarsi l'amministrazione per ordinanze. Quest'ultima, quantunque sia diffusa anche con riferimento ad altri settori giuridici, si esplica con riguardo al tema in esame, inerente (in particolare) al diritto ambientale e al diritto urbanistico, con modalità particolarmente interessanti.

Dall'analisi della giurisprudenza si evince che abbastanza numerosi sono i ricorsi, esperiti dinanzi ai giudici amministrativi, che vertono su ta-

(3) Ma non solo: ad esempio, nel caso preso in esame da TAR Liguria, sez. II, 3 luglio 2013, n. 996, si trattava di gara, indetta dall'Istituto Gaslini di Genova, per l'affidamento del servizio di bonifica dall'amianto delle tubazioni dei cunicoli impiantistici ed aree comprese tra due edifici.

(4) Per un caso in cui un privato aveva chiesto il rilascio del permesso di costruire, finalizzato alla demolizione di un capannone industriale dismesso, sito nell'ambito di una zona industriale e abbisognavole di bonifica, in quanto composto da elementi di amianto, cfr. TAR Basilicata, sez. I, 21 giugno 2013, n. 366.

li ordinanze. Ciò dimostra che l'adozione di esse presenta profili problematici dei quali devono tener conto i redattori delle medesime e che possono giungere all'attenzione giurisprudenziale. A livello regionale, oltre ad approvare leggi sul problema amianto anche in tema di funzioni amministrative⁵, si è talvolta sentita l'esigenza di adottare linee guida in proposito⁶. Ovviamente si tratta di documenti molto utili in concreto: tuttavia, in caso di eventuali contrasti fra le prescrizioni di tali documenti e le disposizioni normative legislative o dei decreti ministeriali che si menzioneranno, prevarranno queste ultime.

Non è isolato il caso in cui il giudice, a seguito del fatto che i ricorrenti hanno dato atto dell'intervenuto annullamento in sede di autotutela dell'atto impugnato, ha preso atto della sopravvenuta cessazione della materia del contendere, atteso che si è realizzato in via amministrativa l'interesse che la parte ricorrente intendeva ottenere in sede giurisdizionale⁷. La stessa (relativa) frequenza dei casi di declaratoria della sopravvenuta cessazione della materia del contendere⁸ costituisce indice delle incertezze che l'amministrazione incontra nell'utilizzare lo strumento giuridico dell'ordinanza in riferimento alle fattispecie in esame.

Nelle pagine seguenti si intende effettuare una breve indagine sulla giurisprudenza amministrativa in materia di ordinanze riguardanti le bonifiche da amianto. La finalità è quella di analizzare tale giurisprudenza che, anche dal circoscritto punto di vista in esame, riveste un ruolo di rilievo, sebbene meno eclatante e quindi meno noto di quello di altre

(5) V., ad esempio: in Lombardia, la l.r. 31 luglio 2012, n. 14, modificativa della legge 29 settembre 2003, n. 17, recante norme per il risanamento dell'ambiente, bonifica e smaltimento dell'amianto; in Toscana, la l.r. 19 settembre 2013, n. 51, contenente norme per la protezione e bonifica dell'ambiente dai pericoli derivanti dall'amianto e promozione del risparmio energetico, della bioedilizia e delle energie alternative; in Sicilia, la l.r. 29 aprile 2014, n. 10, con norme per la tutela della salute e del territorio dai rischi derivanti dall'amianto.

(6) Ad esempio, nella Regione Piemonte, cfr. il Protocollo regionale per la gestione di esposti/segnalazioni relativi alla presenza di coperture in cemento-amianto negli edifici (d.g.r. n. 40-5094 del 18 dicembre 2012).

(7) TAR Piemonte, sez. I, 12 settembre 2013, n. 992.

(8) V., infatti, pure TAR Basilicata, sez. I, 21 giugno 2013, n. 359. Nel caso preso in esame da TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 1° agosto 2013, n. 424, una nuova ordinanza, adottata durante la pendenza di un giudizio a seguito di ricorso contro una precedente ordinanza, aveva posto nel nulla anche quest'ultima, sicché il ricorso era stato dichiarato improcedibile.

giurisprudenze che, tutte quante, hanno dato adito a rilevanti prese di posizione dottrinali: la giurisprudenza civile in tema di danni da amianto e quella giuslavoristica⁹, nonché quella penalistica¹⁰.

A proposito dei provvedimenti in esame, ai quali non si riferisce (se non con qualche cenno) la dottrina amministrativistica sull'inquinamento da amianto¹¹, possono venire in rilievo, di volta in volta, ordinanze di necessità, atti necessitati, al pari di ordinanze ordinarie¹², relativamente al-

(9) Quanto alla dottrina civilistica ed a quella giuslavoristica cfr., a titolo esemplificativo: A. GRANTANI, *L'esposizione ultradecennale dei lavoratori all'amianto e i connessi benefici al vaglio della Corte Costituzionale*, Nota a Corte cost., 12 gennaio 2000, n. 5, in *Riv. giur. ambiente*, 3-4, 2000, p. 525 ss.; N. COGGIOLA, *Il giudice e la statistica: attività lavorative, esposizione all'amianto ed asbestosi (ovvero quando il numero di morti e malati fa la prova nel processo)*, Nota a Trib. Barcellona Pozzo di Gotto, 15 aprile 2004 e 11 novembre 2004, in *Giur. It.*, 2005, p. 6 ss.; *Id.*, *Il risarcimento dei danni da esposizione ad amianto: dall'utilizzo del concetto dell'aumento del rischio all'inversione dell'onere della prova sul nesso di causalità*, Nota a Cass. civ., sez. lavoro, 14 gennaio 2005, n. 644, *ivi*, 2005, p. 7 ss.; *Id.*, *L'esposizione alle polveri d'amianto ed il nesso di causalità di fronte al giudice civile*, Nota a Trib. Trieste, sez. lavoro, 25 marzo 2004, *ivi*, 2005, p. 3 ss.; *Id.*, *Esposizione ad amianto e mancato risarcimento dell'ansia di contrarre una patologia*, Nota a Cass. civ., sez. lavoro, 7 novembre 2006, n. 23719, in *Resp. civ. e prev.*, 7-8, 2007, p. 1648 ss.; D. CHINDEMI, *Rischio amianto esteso alla popolazione e obblighi del datore di lavoro*, in *Resp. civ. e prev.*, 12, 2009, p. 2597 ss.; A. MURATORIO, *La declinazione della probabilità causale qualificata nell'esposizione all'amianto*, Nota a Cass. civ., sez. lavoro, 12 agosto 2009, n. 18246, in *Argomenti Dir. Lav.*, 1, 2010, p. 239; R. RIVERSO, *La tutela risarcitoria dei più deboli tra i deboli (gli esposti all'amianto)*, in *Lavoro nella Giur.*, 5, 2012, p. 429 ss.; L. GAUDINO, *Esposizione ad amianto e danno da pericolo: qualche riflessione dopo la pronuncia della Cour de cassation sul préjudice d'anxiété*, in *Resp. civ. e prev.*, 12, 2010, p. 2620 ss.; AA. VV., *Amianto, responsabilità civile e penale e risarcimento danni*, Rimini, Maggioli, 2012; A. CIATTI, *La responsabilità civile da inquinamento da amianto*, in P.M. VIPIANA (a cura di), *Inquinamento da amianto*, cit., p. 85 ss.; P. TOSI, *La tutela del lavoratore esposto ad amianto nel diritto del lavoro e nel diritto previdenziale*, *ivi*, p. 95 ss.; M. P. GIRACCA, *Il timore è situazione soggettiva meritevole di protezione?*, *ivi*, p. 167 ss.

(10) In materia v., *ex multis*: P. PISA, *La responsabilità penale correlata all'inquinamento da amianto*, in P.M. VIPIANA (a cura di), *Inquinamento da amianto*, cit., p. 121 ss.; N. MENARDO, *Considerazioni sul nesso di causalità in caso di morte per esposizione a polveri di amianto*, Nota a Cass. pen., sez. IV, 24 maggio 2012, n. 33311, in *Giur. It.*, 2013, p. 6 ss.; G. L. GATTA, *Il diritto e la giustizia penale davanti al dramma dell'amianto: riflettendo sull'epilogo del caso Eternit*. Editoriale, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 24 novembre 2014; S. ZIRULLA, *L'amianto continua a uccidere, ma il disastro è già prescritto. Un altro caso "tipo Eternit"*. Osservazioni a margine delle sent. Cass. pen., 28 maggio 2014 (dep. 21 luglio), n. 32170, *Pres. Romis, Est. Blaiotta, ric. PG in proc. Vicini e altri, che conferma GUP Barcellona Pozzo di Gotto, 11 marzo 2013, giud. Adamo (caso Sacelit)*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 9 dicembre 2014.

(11) V. R. FERRARA, *L'inquinamento da amianto nel diritto ambientale*, in P.M. VIPIANA (a cura di), *Inquinamento da amianto*, cit., 75 ss., e V. CINGANO, *La bonifica dall'amianto fra disciplina generale e disciplina speciale*, *ivi*, p. 151 ss.

(12) Sul potere di ordinanza ci permettiamo di rinviare ai lavori citati da P.M. VIPIANA PERPETUA,

le quali si prenderanno in considerazione, in questa sede, i profili procedurali e contenutistici, mentre si trascureranno, per ragioni di spazio, altri aspetti, quali l'individuazione del destinatario dell'ordinanza e l'esecuzione di essa.

2. Le singole disposizioni normative richiamabili

Con riguardo alle fattispecie in esame, dalla giurisprudenza sulle ordinanze in materia si evince che le amministrazioni richiamano, di volta in volta, varie disposizioni normative.

In primo luogo, viene menzionato, quale disposizione che giustifica l'esercizio del potere, l'art. 192 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, ossia del cosiddetto Codice dell'ambiente¹³. Tale articolo, riferito all'abbandono dei rifiuti (in generale), si applica quando il materiale contenente amianto è un rifiuto abbandonato: come accade, ad esempio, nel caso di lastre di cemento amianto prelevate da un edificio e collocate sul suolo (una scarpa, un prato e così via)¹⁴. Ovviamente l'articolo può trovare applicazione anche allorché il materiale contenente amianto venga abbandonato insieme ad altri rifiuti¹⁵.

In secondo luogo, come si illustrerà meglio fra breve, viene richiamata la disciplina di cui alla legge 27 marzo 1992, n. 257, allorché il materia-

Le ordinanze sindacali contingibili e urgenti in materia di circolazione stradale a tutela della salute e dell'incolumità fisica, in questa Rivista, 3-4, 2013, nota 8.

(13) Come nel caso preso in esame da TAR Basilicata, sez. I, n. 359/2013, cit. L'articolo in questione, dopo aver vietato (al comma 1) «l'abbandono e il deposito incontrollati di rifiuti sul suolo e nel suolo», aggiunge, fra l'altro, che chiunque viola il divieto «è tenuto a procedere alla rimozione, all'avvio a recupero o allo smaltimento dei rifiuti ed al ripristino dello stato dei luoghi in solido con il proprietario e con i titolari di diritti reali o personali di godimento sull'area, ai quali tale violazione sia imputabile a titolo di dolo o colpa, in base agli accertamenti effettuati, in contraddittorio con i soggetti interessati, dai soggetti preposti al controllo»: al riguardo si precisa che «il sindaco dispone con ordinanza le operazioni a tal fine necessarie ed il termine entro cui provvedere, decorso il quale procede all'esecuzione in danno dei soggetti obbligati ed al recupero delle somme anticipate» (comma 3).

(14) Si tratta del caso preso in esame, ad esempio, da TAR Campania, Salerno, sez. II, 12 settembre 2013, n. 1863: nella specie il ricorso riguardava l'ordinanza dirigenziale di rimozione, conferimento e pulizia di un determinato sito, emessa ai sensi dell'art. 192 del d.lgs. 152/2006, dal dirigente di un Comune, e diretta alla Provincia, ente proprietario dell'area, su cui insistevano manufatti abusivi (prefabbricati) costituiti da strutture in cemento-amianto.

(15) Come nella fattispecie di cui alla sentenza di Cons. Stato, sez. V, 10 giugno 2014, n. 2977.

le che contiene amianto è una componente di un immobile, che si tratta di restaurare o bonificare.

In terzo luogo, in alcuni casi in cui viene in luce una bonifica da amianto l'amministrazione richiama la normativa in materia di bonifica dei siti inquinati di cui al Codice dell'ambiente. Ad esempio, in un caso¹⁶ in cui era necessario imporre la rimozione della copertura in amianto, l'amministrazione aveva adottato un'ordinanza a provvedere ad una serie di adempimenti in materia ambientale, ai sensi dell'art. 244 del d.lgs. 152/2006.

In quarto luogo, non di rado accade che l'accertamento di una situazione di pericolo per la salute, a causa della presenza negli edifici di materiale contenente amianto floccato o in matrice friabile, dia luogo all'adozione di un'ordinanza ai sensi degli artt. 50 e 54 TUEL, che sono, in effetti, menzionati frequentemente dalle amministrazioni nei loro provvedimenti¹⁷.

In quinto luogo, altre volte ancora le amministrazioni si riferiscono al combinato disposto fra l'art. 50 o 54 TUEL ed una delle disposizioni specifiche ora citate. Ad esempio, in un caso giunto all'attenzione del giudice amministrativo¹⁸, un sindaco, con il provvedimento che poi fu assoggettato a gravame, ordinava, ai sensi degli artt. 50 del d.lgs. 267/2000 e 192, comma 3, del d.lgs. 152/2006, all'Agenzia del Demanio ed alla società Autostrade s.p.a. di procedere alla bonifica di alcune aree ricadenti nel territorio comunale di proprietà dei due enti per via della presenza di rifiuti speciali (contenenti amianto) abbandonati.

(16) Preso in considerazione da TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 13 gennaio 2014, n. 108.

(17) Ad esempio, il giudizio sfociato nella sentenza di TAR Piemonte, sez. I, 20 marzo 2014, n. 480, ha avuto ad oggetto un'ordinanza ex art. 54 d.lgs. 267/2000.

(18) TAR Puglia, Bari, sez. I, 26 agosto 2013, n. 1246. Analogamente, nel caso preso in esame da TAR Campania, Napoli, sez. V, 14 ottobre 2013, n. 4605, si tratta del ricorso avverso l'ordinanza sindacale adottata, ai sensi del d.lgs. 267/2000 e del d.lgs. 152/2006, tra gli altri, nei confronti della Regione Campania, in persona del Coordinatore Area Demanio e Patrimonio, nella qualità di responsabile *pro-tempore* degli Enti comproprietari dei suoli e delle aree posti in una località dove sono stati rinvenuti materiali contenenti amianto: tale ordinanza disponeva di provvedere, per quanto di propria competenza e nel rispetto delle norme vigenti in materia, alla rimozione dei rifiuti pericolosi (materiali contenenti amianto) depositati sull'area.

In realtà giurisprudenza e dottrina hanno escluso, in via generale, la possibilità di ricorrere allo strumento atipico dell'ordinanza contingibile e urgente, disciplinato in via generale dagli artt. 50 e 54 del d.lgs. 267/2000, laddove la possibilità di emanare atti tipici, a fronte di determinati presupposti, sia prevista da una specifica normativa di settore¹⁹: ad esempio, l'art. 192 del d.lgs. 152/2006²⁰. Questo secondo approccio, più corretto giuridicamente, è stato talvolta seguito anche in relazione alle fattispecie in esame. Così, in una fattispecie concreta il sindaco aveva adottato un'ordinanza di rimozione dei rifiuti, depositati in un capannone industriale, potenzialmente pericolosi per la salute pubblica, fra i quali materiali contenenti amianto, nel termine di due mesi; l'ordinanza era stata impugnata, fra l'altro, sulla base del rilievo che mancherebbe l'urgenza e quindi sarebbe violato l'art. 54, comma 2, del d.lgs. 267/2000, mentre sarebbe stato possibile utilizzare lo strumento ordinario di cui all'art. 192, comma 3. Nella specie il giudice amministrativo ha ritenuto che «Il contenuto del provvedimento è palesemente contraddittorio, non potendosi adottare un provvedimento urgente, per la cui esecuzione viene concesso un certo lasso di tempo, tale da consentire lo svolgimento di un adeguato procedimento, con invio del preavviso per l'emissione di un'ordinanza di rimozione ex art. 192, del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152»²¹.

In sesto luogo, non isolato è il caso in cui il manufatto che presenta materiale contenente amianto sia anche abusivo dal punto di vista edilizio. In tal caso²² l'amministrazione applicherà contestualmente la disciplina di cui al Testo unico sull'edilizia d.P.R. 380/2001 (e alla correlata legislazione regionale) e la disciplina della legge 257/1992.

(19) Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3765.

(20) TAR Calabria, Catanzaro, 20 ottobre 2009, n. 1118; TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 31 maggio 2010, n. 959; TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 9 giugno 2010, n. 1758. In dottrina cfr. P. COSMAI, Nota a TAR Calabria, Catanzaro, 20 ottobre 2009, n. 1118, in *Amb. & Svil.*, 2010, p. 227 e ss., e P. RONCELLI, *I poteri di ordinanza contingibile ed urgente in materia ambientale*, in *Riv. giur. ambiente*, 6, 2010, p. 1002.

(21) TAR Abruzzo, Pescara, 3 febbraio 2014, n. 72.

(22) Che recentemente è stato preso in esame, ad esempio, da TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 24 gennaio 2014, n. 560.

Infine si può presentare la fattispecie in cui, a fronte di un manufatto contenente amianto, il privato lo demolisca e lo sostituisca con un altro edificio, costituente quindi nuova costruzione: in assenza dell'acquisizione da parte del privato del relativo titolo abilitativo, l'ordinanza comunale che disponga la demolizione delle opere edilizie eseguite non sarebbe illegittima²³.

3. In particolare, il richiamo alla legge n. 257 del 1992

Ricorrenti sono i casi in cui, come si evince dalla giurisprudenza in proposito, le pubbliche amministrazioni, nelle ordinanze *de quibus*, richiamano la legge 27 marzo 1992, n. 257, recante "Norme relative alla cessazione dell'impiego dell'amianto"²⁴. Ovviamente in questa sede non sarebbe possibile descrivere il sistema dei poteri amministrativi che emergono dalla legge e dai regolamenti conseguenti, in particolare dal d.m. 6 settembre 1994: il riferimento a tale normativa è effettuato qui soltanto a livello di quadro giuridico nel quale si collocano le ordinanze.

Ai sensi dell'art. 12, comma 5, della legge, «presso le Unità sanitarie locali è istituito un registro nel quale è indicata la localizzazione dell'amianto floccato o in matrice friabile presente negli edifici» e «i proprietari degli immobili devono comunicare alle unità sanitarie locali i dati relativi alla presenza dei materiali di cui al presente comma». Pertanto la legge sembra configurare l'ipotesi di un'attività spontanea dei proprietari degli immobili di bonifica degli edifici dall'amianto – in effetti il costo delle operazioni di rimozione è a carico dei proprietari degli immobili – in base alle modalità previste sia dalla legge medesima, sia dal d.m. 6 settembre 1994. Qualora l'attività spontanea non si verifichi, già la legge delinea un ordine da parte della pubblica amministrazione. In-

(23) TAR Lazio, Roma, sez. I-*quater*, 22 aprile 2014, n. 4380.

(24) Ad esempio, nel caso preso in esame da TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 24 gennaio 2014, n. 560, una pregressa ordinanza sindacale, adottata in relazione alle norme relative alla cessazione dell'impiego dell'amianto di cui alla legge 257/1992, aveva disposto la rimozione della copertura della scala di accesso all'unità abitativa realizzata in cemento amianto, secondo le procedure di cui al d.lgs. 257/2006: però tale provvedimento non era stato impugnato ed era rimasto lettera morta; pertanto l'Asl, con apposita nota, richiedeva la rimozione delle opere realizzate abusivamente poiché il campione esaminato presentava fibre minerali tipiche dell'amianto crisotilo.

fatti il comma 3 dell'art. 12 prevede che «Qualora non si possa ricorrere a tecniche di fissaggio, e solo nei casi in cui i risultati del processo diagnostico la rendano necessaria, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano dispongono la rimozione dei materiali contenenti amianto, sia floccato che in matrice friabile».

La normativa volta a prevenire i rischi derivanti dall'amianto individua la pericolosità di tale sostanza in riferimento all'eventualità del rilascio di fibre aerodisperse nell'ambiente, che costituisce, pertanto, il presupposto per l'applicazione delle misure di salvaguardia ivi previste. In questo senso depongono tre disposizioni.

Per un verso, si tratta dell'art. 2, legge 257/1992, ove si specifica che per rifiuti di amianto si intendono «i materiali di scarto delle attività estrattive di amianto, i detriti e le scorie delle lavorazioni che utilizzano amianto, anche provenienti dalle operazioni di decoibentazione nonché qualsiasi sostanza o qualsiasi oggetto contenente amianto che abbia perso la sua destinazione d'uso e che possa disperdere fibre di amianto nell'ambiente».

Per un altro verso, rileva l'art. 1 dell'allegato n. 1 del d.m. 6 settembre 1994, il quale, premesso che «la potenziale pericolosità dei materiali di amianto dipende dall'eventualità che siano rilasciate fibre aerodisperse nell'ambiente che possono venire inalate dagli occupanti», individua come criterio principale la friabilità dei materiali: si definiscono friabili i materiali che possono essere sbriciolati o ridotti in polvere mediante la semplice pressione delle dita. I materiali friabili possono liberare fibre spontaneamente per la scarsa coesione interna (soprattutto se sottoposti a fattori di deterioramento quali vibrazioni, correnti d'aria, infiltrazioni di acqua) e possono essere facilmente danneggiati nel corso di interventi di manutenzione o da parte degli occupanti dell'edificio, se sono collocati in aree accessibili.

Per un altro verso ancora viene in rilievo l'art. 7 dell'allegato n. 1 al d.m. 6 settembre 1994, secondo il quale «le lastre piane o ondulate di cemento-amianto, impiegate per copertura in edilizia, sono costituite da materiale non friabile che, quando è nuovo o in buono stato di conservazione, non tende a liberare fibre spontaneamente. Il cemento-amianto, quando si trova all'interno degli edifici, anche dopo lungo tempo, non va incontro ad alterazioni significative tali da determinare un rilascio

di fibre, se non viene manomesso. Invece, lo stesso materiale esposto ad agenti atmosferici subisce un progressivo degrado per azione delle piogge acide, degli sbalzi termici, dell'erosione eolica e di microrganismi vegetali». Pertanto l'obbligo di smaltimento dei materiali contenenti amianto deriva dal pericolo di dispersione delle relative fibre dovuto ad un cattivo stato di conservazione della sostanza o ad interventi di manutenzione²⁵.

4. *La competenza*

Quanto alla questione della competenza ad adottare l'ordinanza, occorre tener presente la distinzione discendente dal riferimento normativo. Soltanto qualora possano trovare applicazione gli artt. 50 o 54 TUEL l'organo competente è il Sindaco. Invece, ove la fattispecie rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 192 del d.lgs. 152/2006 oppure della l. 257/1992, la competenza è dei dirigenti dell'ente²⁶.

Di conseguenza, il giudice amministrativo, in relazione all'ordinanza di un Comune a firma del dirigente della Direzione servizi al territorio, avente ad oggetto rimozione amianto e bonifica dello stato dei luoghi in uno stabilimento di proprietà della ricorrente, ha considerato fondata ed assorbente la censura di incompetenza, dal momento che l'atto impugnato è stato adottato dal dirigente, laddove, come specifica anche apposito protocollo regionale, la competenza è del «Sindaco (quale Autorità sanitaria locale) [...] che procederà all'emissione dei provvedi-

(25) Cfr. TAR Campania, Napoli, sez. V, 7 giugno 2006, n. 6786. Nella specie, l'Azienda sanitaria locale competente non aveva mai fatto riferimento al cattivo stato di conservazione dell'amianto quale presupposto dell'obbligo di rimozione ivi prescritto, né alcuna indicazione in tal senso è contenuta nel provvedimento impugnato: invece la rimozione della sostanza è stata ritenuta dall'Asl necessaria in relazione al pericolo derivante dalle modalità di esecuzione dei lavori di parziale demolizione del fabbricato, il cui tetto è composto da lastre di cemento - amianto, posti in essere da una ditta privata per conto del Comune nell'ambito delle opere di ampliamento dell'adiacente via pubblica. Ciò è desumibile anche dall'esplicito riferimento, contenuto nella nota con cui l'Azienda sanitaria locale ha invitato il Comune a «disporre *ad horas* la rimozione», alla necessità per l'ente locale di presentare un piano di lavoro ai sensi dell'art. 34 d.lgs. 277/1991; la norma in esame prevede tale obbligo in capo al datore di lavoro «prima dell'inizio dei lavori di demolizione o di rimozione dell'amianto, ovvero dei materiali contenenti amianto, dagli edifici, strutture, apparecchi e impianti, nonché dai mezzi di trasporto» al fine di «garantire la sicurezza e la salute dei lavoratori e la protezione dell'ambiente esterno».

(26) TAR Basilicata, sez. I, n. 359/2013, cit.

menti di sanità pubblica», conformemente a quanto previsto dagli artt. 50 e 54 d.lgs. 267/2000²⁷.

Viceversa nel caso in cui siano stati ordinati, ai sensi dell'art. 192, comma 3, d.lgs. 152/2006, la rimozione e lo smaltimento dei rifiuti provenienti dallo scarto di edilizia, è stata ravvisata dal giudice amministrativo l'incompetenza del Sindaco: tale ordinanza avrebbe dovuto essere adottata dal dirigente comunale, in quanto rientrava nell'ordinaria gestione amministrativa²⁸.

Si noti che, oltre al problema dell'individuazione dell'organo competente ad adottare l'ordinanza, può porsi anche, in concreto, il problema, parallelo e prodromico, della determinazione di chi è competente a svolgere l'attività istruttoria ad esito della quale l'ordinanza potrà essere o non essere adottata ed avere un determinato contenuto²⁹.

5. I profili procedurali

Quanto alle ordinanze in tema di amianto, uno dei frequenti motivi di impugnazione attiene alla mancanza di comunicazione dell'avvio del procedimento.

Anche sul punto occorre distinguere la disciplina a seconda della tipologia di normativa applicabile.

Al riguardo, talvolta, come emerge in giurisprudenza³⁰, si richiama l'art. 192, del Codice dell'ambiente, a tenore del quale, fra l'altro, l'obbligo di procedere alla rimozione dei rifiuti può gravare, in solido con il responsabile, anche sul proprietario del sito e sul titolare di diritti

(27) TAR Piemonte, sez. I, ordinanza 24 gennaio 2014, n. 64.

(28) In senso conforme TAR Piemonte, sez. II, 14 giugno 2013, n. 766, che conclude per l'incompetenza del sindaco ad adottare l'ordinanza con la quale veniva confermato l'ordine di fermo lavori impartito verbalmente attraverso l'agente di polizia municipale ed esclude che, nel caso *de quo*, possa trovare applicazione l'art. 54 del d.lgs. 267/2000, il quale consente al Sindaco di adottare provvedimenti contingibili ed urgenti al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana: l'esercizio di tale potere sindacale di emanare ordinanze contingibili ed urgenti non può prescindere dalla sussistenza di una situazione di effettivo e concreto pericolo per l'incolumità pubblica, la quale non sia fronteggiabile con gli ordinari strumenti di amministrazione attiva, debitamente motivata a seguito di approfondita istruttoria.

(29) Sul punto v. *infra*, al § 5.

(30) TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 23 aprile 2013, n. 237.

reali o personali di godimento relativi ad esso, solo però se tale violazione sia anche a loro imputabile «a titolo di dolo o colpa», da accertarsi «in contraddittorio con i soggetti interessati» dai preposti al controllo. Interpretando tale normativa, la giurisprudenza amministrativa ha costantemente chiarito che l'ordinanza di rimozione di rifiuti abbandonati dev'essere preceduta dalla comunicazione, prevista dall'art. 7 della legge n. 241 del 1990, di avvio del procedimento ai soggetti interessati, stante la rilevanza dell'eventuale apporto procedimentale che tali soggetti possono fornire, quanto meno in riferimento all'accertamento delle effettive responsabilità per l'abusivo deposito dei rifiuti³¹. Come si è osservato in giurisprudenza, nella specifica materia risulta recessivo il disposto dell'art. 21-*octies* della legge sul procedimento, cosicché sarebbe illegittima l'ordinanza non preceduta dalla comunicazione stessa³².

Quanto all'applicazione delle norme sulla partecipazione procedimentale nel caso dell'applicazione della disciplina del Codice dell'ambiente, essa non può comportare – come precisa la giurisprudenza – un superfluo sviluppo dialettico, che determinerebbe un ritardo dell'azione amministrativa incompatibile con l'urgenza di liberare l'area interessata dai rifiuti contenenti amianto³³.

(31) Cfr., da ultimo, TAR Puglia, Lecce, sez. III, 13 febbraio 2013, n. 301, TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 14 gennaio 2013, n. 56, TAR Campania, Salerno, sez. I, 20 giugno 2012, n. 1254, TAR Calabria, Reggio Calabria, 19 dicembre 2012, n. 747, TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 5 luglio 2012, n. 714, e TAR Abruzzo, Pescara, 3 febbraio 2014, n. 72.

(32) TAR Liguria, sez. II, 11 luglio 2012, n. 982, e TAR Campania, Salerno sez. II, 2 agosto 2013, n. 1725.

(33) Il TAR Puglia, Bari, sez. I, 9 febbraio 2012, n. 299, ha ritenuto infondata la censura relativa alla pretesa mancanza di contraddittorio dell'adozione del provvedimento impugnato. Nella specie, dall'ordinanza risulta che l'ANAS aveva inviato al Comune una compiuta segnalazione sui rifiuti abbandonati, in cui vengono specificate tutte le circostanze del fatto: la società si era espressa nel senso che ogni responsabilità in ordine alla rimozione ricadesse sull'Amministrazione municipale, a norma del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152. Di conseguenza, il Comune non era tenuto ad acquisire alcun altro apporto, poiché era indiscussa la condizione dei luoghi ed era chiaro l'inquadramento normativo dato alla fattispecie dall'Anas; un superfluo sviluppo dialettico avrebbe d'altronde comportato un ritardo dell'azione amministrativa incompatibile con l'urgenza di liberare l'area dai rifiuti contenenti amianto. Il TAR aggiunge che, sebbene l'art. 184, comma 1, lettera *d*), del d.lgs. 152/2006 comprenda tra i rifiuti urbani «i rifiuti di qualunque natura o provenienza, giacenti sulle strade ed aree pubbliche o sulle strade ed aree private comunque soggette ad uso pubblico o sulle spiagge marittime e lacuali e sulle rive dei cor-

Differente è la posizione giurisprudenziale a proposito delle ordinanze sindacali contingibili ed urgenti adottate ai sensi dell'art. 50 o dell'art. 54 del d.lgs. 267/2000 che impongono ai proprietari la bonifica delle coperture in amianto di fabbricati: in tal caso le ordinanze non necessitano di previa comunicazione di avvio del procedimento ex art. 7, legge 241/1990³⁴. L'assunto giurisprudenziale, già comprensibile a causa dell'urgenza del provvedimento adottato³⁵, viene talora motivato anche sulla base di un'altra argomentazione: nei confronti del soggetto cui spetta la pulizia di un'area il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso, sicché occorre applicare l'art. 21-*octies*, comma 2, secondo inciso, della legge 241/1990, con conseguente inutilità della previa comunicazione di avvio del procedimento³⁶.

Analoghi rilievi sono stati effettuati relativamente al preavviso di rigetto. Infatti anche quest'ultimo istituto, al pari della comunicazione di avvio del procedimento, sarebbe di pregiudizio all'urgenza di provvedere allo smantellamento delle coperture in eternit dei fabbricati³⁷.

6. In particolare, l'istruttoria procedimentale

Nell'ambito dei procedimenti amministrativi volti all'adozione delle ordinanze in esame, merita soffermarsi sulla fase del procedimento costituita dall'istruttoria. Allorché si tratti di disporre la bonifica di materiali contenenti amianto, uno dei punti più delicati consiste nella scelta fra il restauro dei materiali danneggiati e i tre metodi di bonifica che – sia nel caso di interventi circoscritti ad aree limitate dell'edificio, sia nel ca-

si d'acqua», è da escludere che le lastre di eternit abbandonate, in quanto rifiuto pericoloso, ex art. 183, comma 1, lettera *b*), e art. 184, comma 4, possano rientrare nella gestione dei rifiuti urbani o assimilati assoggettati a semplice recupero o smaltimento.

(34) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 19 settembre 2012, n. 4968; Cons. Stato, sez. V, 13 agosto 2007, n. 4448; TAR Piemonte, sez. I, n. 480/2014, cit.

(35) TAR Basilicata, sez. I, 5 dicembre 2012, n. 543.

(36) Nella specie la Società Autostrade per l'Italia s.p.a. ha obblighi di manutenzione, gestione e pulizia delle strade e delle pertinenze in concessione: pertanto, se anche vi fosse stata la previa comunicazione dell'avvio del procedimento, il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (art. 21-*octies*, comma 2, secondo inciso, legge 241/1990). V. TAR Puglia, Bari, sez. I, 1° agosto 2013, n. 1217.

(37) Cfr. TAR Basilicata, sez. I, n. 543/2012, cit.

so di interventi generali – sono individuati dalla normativa nella rimozione dei materiali di amianto, nell'incapsulamento o nel confinamento. In talune ipotesi i problemi legati all'istruttoria assurgono all'attenzione del giudice amministrativo, dinanzi al quale l'ordinanza adottata dall'amministrazione è impugnata per vizi legati all'istruttoria procedimentale, quali il difetto di essa oppure la sua insufficienza o incompletezza.

Una vicenda molto significativa è quella che è stata portata all'esame dei giudici amministrativi fino al Consiglio di Stato³⁸, il quale ha adottato una sentenza istruttoria, prescrivendo una verifica diretta ad accertare lo stato della copertura in lastre di cemento amianto dei capannoni ed in particolare la gravità e l'estensione delle zone di danneggiamento delle lastre di copertura anche in relazione ai possibili interventi.

(38) Cons. Stato, sez. III, 30 luglio 2013, n. 4012. Nella specie, una società gestiva un deposito commerciale di sua proprietà in capannoni con coperture in lastre in cemento amianto: il responsabile comunale del Servizio ecologia e tutela dell'ambiente imponeva alla società la bonifica mediante «rimozione, incapsulamento o confinamento» delle coperture sulla base degli esiti di una ispezione del Dipartimento dell'agenzia regionale competente. L'ordinanza comunale e gli atti presupposti venivano impugnati davanti al TAR Campania con un ricorso dove – oltre a notare che dalle analisi compiute dalla società ricorrente non risultava il supero della soglia di pericolo fissata dai parametri normativi – si rilevava che le lastre di cemento amianto erano compatte e non danneggiate e che quindi la bonifica disposta con rimozione, incapsulamento o confinamento era eccessiva e non proporzionata, mentre si poteva procedere, secondo il d.m. 6 settembre 1994 (punto 2c), al restauro dei materiali danneggiati in alternativa alle procedure assai più complesse e costose della bonifica, e che l'unico criterio per accertare lo stato di eventuale pericolo proveniente dall'amianto è l'accertamento della quantità di fibre aerodisperse, accertamento che invece le autorità avevano del tutto omesso. Il TAR respingeva il ricorso ritenendo che sussistesse il pericolo di inquinamento da amianto perché le lastre presentavano segni di alterazione a causa della esposizione all'aperto. La sentenza del TAR viene impugnata dalla società che richiama accertamenti istruttori (con esame chimico fisico su campioni d'aria prelevati in otto postazioni) in base ai quali le fibre aerodisperse sono quantitativamente inferiori ai valori fissati dal d.m. attuativo della legge 257/1992 ed una perizia che ha concluso per la mancanza di rischi e pericoli per l'assenza di aerodispersione di fibre di amianto nell'ambiente e all'interno del deposito commerciale. Il Consiglio di Stato ritiene di disporre una ulteriore verifica, a cura della ARPAC – Agenzia regionale protezione ambientale campana – Dipartimento Provinciale di Napoli, diretta ad accertare: in contraddittorio con le parti e tenendo conto degli accertamenti a suo tempo presi a base nell'atto impugnato (della stessa ARPAC, Dipartimento Provinciale di Benevento) e di quelli effettuati dalla appellante, lo stato della copertura in lastre di cemento amianto dei capannoni utilizzati dalla società; l'attendibilità delle metodologie di indagine seguite a suo tempo dall'ARPAC di Benevento messa in relazione agli autonomi accertamenti della appellante; la gravità e la estensione delle zone di danneggiamento delle lastre di copertura anche in relazione ai possibili interventi, quali quello ritenuto di restauro, al posto di quello di bonifica.

Si può notare, pertanto, come, anche nella materia *de qua*, l'istruttoria procedimentale abbia un ruolo determinante.

In tema di attività istruttoria prodromica all'adozione dell'ordinanza, sembra che il problema di fondo sia costituito dalla valutazione sul livello di conservazione e di manutenzione del materiale contenente amianto presente in un immobile. Infatti, come si legge in una sentenza di giudice amministrativo, dalla lettura della normativa vigente, ossia della legge 257/1992 e del d.m. 6 settembre 1994, «non pare potersi evincere un obbligo cogente e generalizzato di rimuovere il materiale contenente amianto già utilizzato negli edifici privati prima dell'entrata in vigore della legge [...], salvo che lo stato di manutenzione del medesimo ne renda evidente l'opportunità»³⁹.

Un altro problema è dato dalla competenza ad emettere il parere tecnico necessario: essa, come si è precisato in giurisprudenza, spetta, in base alla legge, agli uffici delle Aziende sanitarie locali e non all'Agenzia per la protezione dell'ambiente⁴⁰. Più in generale si è posta la questione della competenza a svolgere l'istruttoria procedimentale – ed in

(39) TAR Toscana, sez. II, 11 dicembre 2010, n. 6722. Pertanto, in un ricorso, si sostiene l'illegittimità dell'ordinanza per carenza istruttoria che ha inciso sulla verifica dei presupposti che nel caso mancherebbero: il rapporto dell'Asl non contiene indicazioni sullo stato di degrado e sulle quantità dei materiali da rimuovere né accertamenti tecnici sono stati effettuati sui materiali contenenti amianto. Senza tali accertamenti tecnici l'obbligo indiscriminato di rimozione appare in contrasto con la l. 257/1992, poiché i rischi per la salute dipendono dalla possibilità che i materiali disperdano fibre nell'aria ed in merito esistono dei parametri fissati con decreti ministeriali che peraltro impongono la rimozione solo laddove non sia possibile adottare tecniche di fissaggio. Tale motivo non viene preso specificamente in esame dalla sentenza di TAR Toscana, sez. II, 20 gennaio 2014, n. 118, che pronuncia l'annullamento dell'ordinanza comunale per altri motivi.

(40) V. la pronuncia di TAR Toscana, sez. II, 11 dicembre 2010, n. 6722, che rileva la sussistenza di un contrasto tra le conclusioni raggiunte dall'ARPAT e quelle fatte proprie dall'Ufficio d'igiene e sanità pubblica dell'Azienda sanitaria locale e poi recepite nel provvedimento impugnato: mentre, infatti, per la prima vi sarebbe la necessità di rimozione della copertura, stante il suo cattivo stato di manutenzione, per la seconda il manufatto presenta al momento «un sufficiente stato manutentivo ... in assenza di parti friabili e/o frammentate, passibili di dispersione di fibre amiantifere», non essendo di per sé determinante, ai fini della valutazione, la presenza di licheni sulla superficie. Il TAR annulla l'atto, rilevando che, salva restando la necessità di un periodico monitoraggio della situazione (del resto evidenziata dalla stessa ARPAT), non sono, al momento, ravvisabili i presupposti stabiliti dalla legge per rendere necessaria la rimozione, dato che l'obbligo di smaltimento dei materiali contenenti amianto deriva dal pericolo di dispersione delle relative fibre dovuto ad un cattivo stato di conservazione della sostanza o ad interventi di manutenzione (TAR Campania, Napoli, sez. V, 7 giugno 2006, n. 6786).

particolare la valutazione dell'indice di esposizione all'amianto – prodromica all'eventuale adozione dell'ordinanza: in un caso in cui il ricorrente sosteneva che tale valutazione spettasse al Servizio Asl di prevenzione e sicurezza negli ambienti di lavoro, il giudice amministrativo ha affermato che correttamente essa è stata svolta dal Servizio igiene e sanità pubblica (preposto a vigilare sui rischi per l'incolumità pubblica a livello generale), perché, nella specie, l'accertamento dell'Asl non ha avuto un oggetto circoscritto alle condizioni di sicurezza e di salubrità del luogo di lavoro, ma era volto ad appurare la sussistenza di profili di pericolo per la pubblica incolumità, determinati nell'ambiente, sia interno che esterno, dalla presenza delle lastre di copertura in eternit: infatti è nota «la volatilità delle fibre di amianto, la cui lesività è accentuata dalla loro propensione a propagarsi facilmente nell'ambiente circostante» e le lastre erano collocate a copertura di un fabbricato aperto al pubblico, in quanto adibito a rivendita e «in relazione al quale, pertanto, emergeva primariamente un problema generale di tutela della collettività»⁴¹.

7. Il contenuto e la motivazione dell'ordinanza

Il contenuto dispositivo delle ordinanze in esame, come in parte emerge dall'analisi che precede, può essere vario. Si può trattare di un ordine di rimozione di materiali contenenti amianto da un terreno, oppure di restauro o bonifica di un edificio, nelle parti che presentano materiali contenenti amianto, oppure il provvedimento può contenere sia un ordine di analisi dei manufatti, sia, qualora le analisi mostrino la sussistenza di amianto, un ordine di bonifica dell'edificio⁴².

Si noti che, nel caso di bonifica, la normativa prevede tre differenti modalità: l'Amministrazione sceglierà una di esse, sulla base delle peculiarità del caso concreto, come risultanti dall'istruttoria svolta, e quindi adotterà un'ordinanza costituente esercizio di discrezionalità tecnica ed improntata al rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità.

(41) TAR Piemonte, sez. I, n. 480/2014, cit.

(42) In effetti v. il caso preso in considerazione da TAR Campania, Napoli, sez. V, 19 aprile 2007, n. 4992.

Talvolta l'ordinanza non prende posizione in ordine alle modalità di bonifica. In tal caso la giurisprudenza ha escluso che sussistesse sproporzione tra le misure di bonifica ordinate dall'autorità e le condizioni del materiale contenente amianto, anche in relazione al fatto che il provvedimento lasciava la possibilità di modulare variamente il tipo di intervento di bonifica mediante rimozione, incapsulamento o confinamento⁴³.

Un profilo giuridico rilevante a proposito delle ordinanze in tema di amianto attiene, come per tutti i provvedimenti amministrativi ed in particolare per le ordinanze, all'adeguatezza ed alla sufficienza della motivazione. In giurisprudenza si è ritenuto che un'ordinanza contingibile ed urgente è adeguatamente motivata in ordine ai presupposti che ne legittimano l'adozione se fa riferimento alla contingibilità ed urgenza legate ad emergenze sanitarie e di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale ai sensi dell'art. 50 d.lgs. 267/2000 ed alla presenza, sulla proprietà del destinatario del provvedimento, di rifiuti consistenti in materiale di amianto dotati della caratteristica della pericolosità ai sensi del d.lgs. 152/2006⁴⁴. A tal riguardo talvolta si condivide l'orientamento secondo cui le ordinanze contingibili e urgenti non debbono per forza avere sempre il carattere della provvisorietà, dato che il loro connotato essenziale è la necessaria idoneità delle relative misure ad eliminare la situazione di pericolo che costituisce il presupposto della loro adozione, e quindi le misure stesse possono essere provvisorie o definitive a seconda del tipo di rischio che intendono fronteggiare, nel senso che occorre avere riguardo alle specifiche circostanze di fatto del caso concreto e allo scopo pratico perseguito attraverso il provvedimento sindacale⁴⁵.

La motivazione del ricorso allo strumento straordinario ben può evincersi dalla pluralità di elementi acquisiti al procedimento, se oggettiva-

(43) Cons. Stato, sez. III, 30 luglio 2013, n. 4012.

(44) TAR Puglia, Bari, sez. I, n. 1217/2013, cit. Il giudice ha rilevato che, nella fattispecie in esame, gli effetti pregiudizievoli per la salute pubblica derivanti dal pericolo di dispersione di fibre di amianto palesano una situazione di concreta ed immediata minaccia per la sanità e l'incolumità pubbliche, indice della necessità di interventi solleciti e non più dilazionabili.

(45) Cfr. TAR Veneto, sez. III, 7 luglio 2010, n. 2887.

mente capaci di rivelare in sé le ragioni di urgenza che legittimano l'intervento eccezionale dell'Autorità sindacale.

Peraltro, la scelta dell'amministrazione di porre rimedio a tale situazione con l'emanazione di un'ordinanza contingibile ed urgente a tutela dell'igiene e della sanità pubblica, nonché della sicurezza dei cittadini, in quanto concerne il merito dell'azione amministrativa sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, non risultando manifestamente inficiata da illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza, né da travisamento dei fatti⁴⁶.

Con riferimento alle ordinanze contingibili ed urgenti in tema di bonifica di un edificio dall'amianto, una questione rilevante attiene al riconoscimento o meno di un pericolo per l'incolumità pubblica che potrebbe derivare dalla presenza di manufatti contenenti amianto. La questione emerge, con particolar evidenza, da una sentenza di giudice amministrativo relativa al ricorso proposto dalla comproprietaria di un fabbricato per civile abitazione contro l'ordinanza con la quale il Comune le aveva ordinato di provvedere *ad horas* all'analisi dei manufatti «verosimilmente contenenti amianto», insistenti sulla facciata esterna, ad opera di un laboratorio avente i requisiti previsti dal Piano regionale amianto e, in caso di esito positivo delle analisi, di provvedere alla esecuzione dei lavori necessari. Il giudice amministrativo⁴⁷, nella specie, ha accolto il ricorso e pertanto ha annullato l'ordinanza sulla base dei seguenti rilievi. Intanto «il potere sindacale di ordinanza contingibile e urgente, previsto dall'articolo 54 del TUEL al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini, costituisce un rimedio giuridico straordinario, dagli effetti particolarmente incisivi e penetranti nella sfera riservata di libertà e proprietà dei privati», cosicché l'esercizio di tale potere richiede «una verifica particolarmente rigorosa della sussistenza, nel singolo caso concreto, dei presupposti previsti dalla legge per la sua applicazione, sia sotto il profilo della ricorrenza di situazioni di oggettivo pericolo per

(46) TAR Basilicata, sez. I, 5 dicembre 2012, n. 543, che si riferisce a Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2009, n. 5807.

(47) TAR Campania, Napoli, sez. V, n. 4992/2007, cit.

la privata e/o la pubblica incolumità, sia sotto il profilo della inevitabilità del ricorso a tale rimedio straordinario sussidiario per l'accertata insufficienza, agli effetti del conseguimento del fine perseguito, dei mezzi giuridici ordinari messi a disposizione dall'ordinamento». Inoltre, ad avviso del TAR, qualora si sia di fronte ad un caso di pericolo gravante esclusivamente su beni privati sottratti a qualsiasi forma di uso e transito pubblici, il vaglio di legittimità dell'esercizio del potere di ordinanza *ex art. 54* dev'essere ancor più penetrante e severo, soprattutto al fine di impedire che il ricorso a tale strumento, svianando dalla funzione pubblica, si risolva in un'inutile e indebita interferenza in liti tra privati (magari già incardinate dinanzi al competente giudice civile). Dopo queste premesse il TAR ritiene che abbia avuto luogo un'illegittima interferenza dell'amministrazione, con abusivo ricorso all'invasivo strumento dell'ordinanza contingibile e urgente, in una lite in corso tra privati, in un'ipotesi sostanzialmente priva dei caratteri di urgenza e indifferibilità di intervento a tutela della pubblica e privata incolumità, poiché nella specie il pericolo per l'incolumità dei cittadini è circoscritto ad un immobile di proprietà privata e risulta eventualmente causato da fatti di carente o cattiva manutenzione: pertanto il fatto su cui è intervenuto il Comune con il provvedimento impugnato si inserisce in una lite tra condomini, priva di rilevanza di interesse pubblico.

Le conclusioni cui perviene il TAR nella sentenza non appaiono del tutto condivisibili: anche un edificio privato contenente amianto, qualora esso sia del tipo friabile, potrebbe creare un pericolo per la salute pubblica, in quanto le fibre di amianto potrebbero disperdersi nell'aria ed essere inalate da chiunque abiti nello stabile o si trovi a passare in una via adiacente all'immobile.

8. Riflessioni conclusive

Le microbonifiche dall'amianto che interessano beni immobiliari pubblici e privati sono certamente operazioni difficili da intraprendere e da gestire, per i motivi che si sono presi in esame.

In Italia attualmente si tratta di bonifiche che vengono iniziate, frequentemente, a seguito di esposti di soggetti diversi dai proprietari dei beni e sulla base di provvedimenti singoli, come sono le ordinanze.

Il che determina situazioni differenziate a seconda delle aree geografiche e culturali del Paese: probabilmente – ma sarebbe interessante uno studio sociologico in materia – la presentazione delle segnalazioni e degli esposti che danno adito all'adozione delle ordinanze *de quibus* è correlata alla sensibilità, alla cultura ed alla consapevolezza delle popolazioni.

Il fatto sta che, per far fronte alla capillare e preoccupante presenza sul territorio italiano di manufatti contenenti amianto, occorrerebbero perlomeno due altri fattori.

Per un verso, interventi più sistematici rispetto all'adozione delle ordinanze: interventi di tal fatta sono in parte prefigurati dalla legge del 1992, che impone censimenti; in tal senso si è mossa pure l'azione politica più recente, in particolare grazie all'approvazione del Piano nazionale amianto.

Per un altro verso, sarebbe necessaria un'opera di "autosegnalazione" da parte dei soggetti proprietari o detentori dei manufatti contenenti amianto: tale opera, che si contrappone alla denuncia da parte di terzi, prevenendola e quindi evitandola, potrebbe trovare la sua base nell'intento edificatorio di un soggetto⁴⁸ e può essere sia sollecitata tramite attente ed esaustive campagne volte a sensibilizzare la popolazione, sia incentivata grazie ad incisive agevolazioni, in particolare di tipo fiscale⁴⁹. Sotto tale profilo trova applicazione una delle più attuali prospettive del diritto dell'ambiente, il quale, accanto all'ottica preventiva e precauzionale – ossia ispirata ai principi di prevenzione e precauzione –, sta assumendo, ove possibile, una funzione promozionale e non soltanto sanzionatoria: ossia la funzione non solo di reprimere, con sanzioni amministrative e penali, i comportamenti lesivi dell'ambiente, ma anche

(48) Ad esempio, nel caso preso in esame da TAR Basilicata, sez. I, 21 giugno 2013, n. 366, un privato aveva chiesto il rilascio del permesso di costruire, finalizzato alla demolizione di un capannone industriale dismesso, abbisognevole di bonifica, essendo composto da elementi in amianto, con utilizzo della volumetria di tale capannone per la realizzazione di fabbricati destinati ad uso residenziale.

(49) L'art. 6, comma 4, lettera c), del d.m. 19 febbraio 2007 prevede un'ipotesi di maggiorazione della tariffa per gli impianti integrati, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lettera b), in superfici esterne degli involucri di edifici, fabbricati, strutture edilizie di destinazione agricola, in sostituzione di coperture in eternit o comunque contenenti amianto»: in proposito TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 15 maggio 2013, n. 4904.

la funzione di promuovere, mediante sussidi, mancate spese o incentivi fiscali, i comportamenti che tutelano l'ambiente.

Per un altro verso ancora, l'ampiezza e, per certi versi, la disorganicità della giurisprudenza che si è presa in esame, sotto vari profili inerenti alle ordinanze *de quibus*, rendono evidente la necessità di una riforma della legislazione in materia di inquinamento da amianto, anche sulla base delle indicazioni emergenti dalla risoluzione del Parlamento europeo del 14 marzo 2013 sulle minacce per la salute sul luogo di lavoro legate all'amianto e le prospettive di eliminazione di tutto l'amianto esistente⁵⁰: risoluzione che, nonostante quanto potrebbe apparire sulla base della rubrica, non si occupa soltanto dell'esposizione all'amianto dei lavoratori e degli ex lavoratori, ma anche di taluni aspetti di quella extralavorativa. L'ottica della riforma, allo scopo di affermare una più netta certezza del diritto, sarebbe quella di una maggiore regolamentazione sia dei vari aspetti legati all'emersione del problema amianto sul territorio, sia delle modalità di soluzione del problema stesso.

(50) La risoluzione si inserisce nell'ambito di una rilevante politica dell'Unione europea in tema di amianto: v., in particolare, la direttiva 2009/148/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 novembre 2009, sulla protezione dei lavoratori contro i rischi connessi con un'esposizione all'amianto.

Le elezioni regionali del 2014 in Calabria

Roberto De Luca

Sommario: 1. Introduzione - 2. Le primarie del centrosinistra e del M5s - 3. Gli schieramenti in campo e la campagna elettorale - 4. I risultati - 5. Il sistema elettorale - 6. Gli eletti - 7. Conclusioni

1. Introduzione

La Regione Calabria si è trovata a dovere anticipare di qualche mese, rispetto alla scadenza naturale della primavera 2015, l'elezione per il rinnovo del Consiglio e della Giunta. Come già successo in altre Regioni¹, era stato l'intervento della magistratura a determinare il voto anticipato. Nel caso calabrese, il Presidente della Giunta regionale in carica era stato costretto alle dimissioni, in pratica, da una sentenza, in primo grado, di condanna a 6 anni e interdizione perpetua dai pubblici uffici per abuso d'ufficio nell'esercizio della carica di Sindaco della città di Reggio Calabria². Per effetto della "Legge Severino", Scopelliti veniva sospeso per 18 mesi dal Consiglio regionale, decidendo, in seguito, di far decadere Giunta e Consiglio con la presentazione delle dimissioni da Presidente della Giunta medesima.

La legislatura di Scopelliti è stata caratterizzata, nella prima parte, soprattutto dallo stile di governo del Presidente della Giunta stesso – il cosiddetto "modello Reggio"³ – e, nella seconda parte, dalle vicende in-

(1) Nel 2013 e 2014, oltre che in Calabria e Emilia-Romagna, in questa tornata si è votato per il rinnovo dei Consigli regionali, in conseguenza dello scioglimento anticipato dell'assemblea, in Abruzzo, Basilicata, Lazio, Lombardia, Molise e Piemonte.

(2) La vicenda giudiziaria, nota come "caso Fallara", riguarda una serie di irregolarità compiute dalla dirigente del settore Finanze e Tributi del Comune di Reggio Calabria e avallate dal Sindaco in carica, Giuseppe Scopelliti. La Fallara, indagata, si toglierà la vita. Si veda su tutta la vicenda il volume G. BALDESSARRO, G. URSINI, *Il caso Fallara. Storia del "modello Reggio" e del suo tragico epilogo*, Reggio Calabria, Città del Sole Edizioni, 2012.

(3) Il "modello Reggio" fa riferimento proprio allo stile di governo di cui alla sentenza di condanna di Scopelliti. Il capo dell'esecutivo del Comune di Reggio Calabria che gestisce disinvoltamente la spesa pubblica, cercando di far passare molte attività come una politica del fare ef-

terne al PDL. La pratica di uno *spoil system* alla calabrese – piazzare nei posti più o meno nevralgici dell'apparato amministrativo regionale persone di stretta fede politica e/o personale anche con limitate competenze e capacità, oltre che senza i requisiti di legge in qualche caso – ha probabilmente accentuato i problemi organizzativi e di gestione che la Regione si porta dietro da molto tempo. Magistratura, Guardia di Finanza e Corte dei conti, in occasioni diverse, hanno dovuto rilevare incongruenze nell'apparato dirigenziale della Regione sia in fatto di retribuzione dei dirigenti per le attività svolte, sia per la mancanza dei requisiti curriculari previsti dalla legge. Un caso emblematico – denunciato dalle organizzazioni sindacali e divenuto oggetto di indagine giudiziaria – è quello della nomina di una dirigente “esterna”, moglie di un magistrato poi arrestato per legami con la ‘ndrangheta, al Dipartimento Controlli, creato *ad hoc* dalla Giunta.

Nel dicembre del 2013 nell'atto di nascita del Nuovo Centro Destra figura la metà dei 17 consiglieri calabresi eletti nel PDL. Oltre a 6 senatori e a 2 deputati, sono, infatti, 8 i consiglieri regionali calabresi che seguono il percorso politico di Angelino Alfano. Fra questi figurano il Presidente della Regione, Giuseppe Scopelliti, e 3 assessori fra i quali Pino Gentile, fratello del senatore Antonio, trasmigrato anch'egli nella nuova formazione politica. Nella coalizione di governo di centrodestra questa situazione sbilanciata a favore del Ncd ha, prevedibilmente, comportato attriti e risentimenti fra partiti che si sono acuiti proprio in fase di formazione delle coalizioni elettorali e di scelta del candidato Presidente della Regione, oltre ad avere influito in maniera negativa sull'andamento dell'ultima parte dell'attività del governo regionale.

L'attività del Consiglio regionale eletto nel 2010, nonostante le dichiarazioni di principio di inizio legislatura, è da ritenersi in linea – piuttosto

ficace ed efficiente. Dopo la sentenza il “modello Reggio”, nel dibattito politico e sulla stampa, da riferimento virtuoso che era, assume accezione negativa. Il direttore del *Corriere della Calabria*, Paolo Pollichieni, in data 24.10.2014 scrive: «le regole del modello Reggio le troverete stampate nella sentenza depositata [...]: nessun rispetto della democrazia; nessun rispetto delle regole e delle leggi; le risorse pubbliche usate senza alcun riguardo all'interesse pubblico [...] È anche una sentenza pedagogica. Spiega, anzi dimostra, il perché quel tanto decantato “modello Reggio” altro non appare che un sistema criminale di fare politica; catturare il consenso speculando sui bisogni, piegare al fabbisogno di una ristrettissima oligarchia le esigenze e gli interessi, economici ma non soltanto economici, di una intera comunità».

scarsa – con le passate legislature in fatto di produzione normativa, riunioni dell'assemblea e delle commissioni. Possono essere due, fra tutti, gli indicatori che attestano la conclamata scarsa efficacia dell'azione amministrativa e di governo della Regione Calabria: il debito accumulato alla voce sanità a fronte di servizi al cittadino mediamente di basso livello; l'enormità di fondi europei non spesi.

2. *Le primarie del centrosinistra e del M5s*

Prima di analizzare i vari aspetti delle elezioni regionali in Calabria è utile riportare alcune attività preliminari allo svolgimento delle elezioni, al fine di comprendere le modalità di scelta dei partiti e degli elettori.

Una legge regionale del 2009, la n. 25 del 17 agosto, nell'intento di «promuovere e favorire la partecipazione democratica dei cittadini al processo di selezione dei candidati alla Presidenza della Giunta regionale» aveva introdotto nell'ordinamento le «primarie istituzionali», organizzate e finanziate dalla Regione, per favorire la scelta popolare dei candidati Presidenti. La legge – proposta e approvata solo dalla maggioranza allora di centrosinistra in Consiglio – fu rinviata per l'applicazione alla successiva elezione regionale, quella della X legislatura (quella che sarebbe dovuta iniziare nel 2015), ufficialmente a causa del gravoso onere finanziario – stimato in 600 mila euro – a carico della Regione occorrente per lo svolgimento, appunto, delle primarie istituzionali.

Pur con lo stesso problema di reperire i fondi in bilancio, la Presidente della Giunta facente funzioni, Antonella Stasi, si è trovata nell'obbligo di dare formalmente concreta attuazione al disposto normativo, firmando il decreto di indizione delle elezioni primarie per il 21 settembre 2014.

Considerate sia le divisioni all'interno del centrodestra, che porterà a due coalizioni e, quindi, a due candidati Presidenti, sia il metodo di selezione dei candidati del M5s attraverso la Rete, solo il centrosinistra era lo schieramento intenzionato ad utilizzare lo strumento di selezione del candidato Presidente delle primarie. Al fine di evitare un danno all'immagine della coalizione elettorale se avesse utilizzato i fondi pubblici per svolgere una selezione tutta interna ai partiti, il buon senso dei dirigenti regionali del Pd ha determinato la scelta di far svolgere le prima-

rie semiaperte⁴ di coalizione, in forma “privatistica”, cioè senza utilizzare la legge regionale, domenica 5 ottobre.

Il Pd calabrese non poteva sottrarsi, infatti, alle primarie. Da tempo, quando era ancora Presidente della vasta Provincia di Cosenza, Mario Oliverio, politico di lungo corso, bersaniano prima, all'epoca delle primarie del Segretario Bersani, e cuperliano dopo, all'epoca delle primarie del Segretario Renzi, aveva manifestato l'intenzione di candidarsi a Presidente della Giunta regionale. Un candidato che, quindi, non era gradito al gruppo dirigente di maggioranza regionale e nazionale. E Renzi ritenne di contrapporre ad Oliverio un giovane amministratore, il sindaco 30enne del comune di Pizzo, Gianluca Callipo, riportando così lo scontro generazionale all'interno del partito al livello nazionale in Calabria, fra i “rottamatori” e quelli dell’“usato sicuro”.

Sfilatisi altri candidati del Pd, rimaneva nella competizione un terzo candidato, Gianni Speranza, Sindaco da nove anni a Lamezia Terme, la terza città della Calabria per numero di abitanti, esponente di SEL.

I tre *competitors*, in una campagna elettorale effettiva molto limitata per via dell'incertezza della data dello svolgimento delle elezioni primarie, per la vastità del territorio e la numerosità dei Comuni (409) interessati alla votazione, sono riusciti a portare alle urne oltre 131.000 elettori.

In verità il numero esatto di calabresi che si sono recati a votare lo si è appurato solo a distanza di qualche giorno dalla votazione. I dati dichiarati dal segretario del Pd “a caldo”, dopo lo spoglio, indicavano oltre 110.000 voti. Così come la vittoria di Oliverio, mai messa in dubbio, veniva indicata con una forbice in punti percentuali e non con l'indicazione precisa del numero di voti ottenuti.

Una rapida analisi del risultato elettorale delle primarie del centrosinistra è necessaria per comprendere meglio, dopo, il comportamento elettorale dei calabresi e l'esito della consultazione regionale. Un primo dato è la vittoria netta di Mario Oliverio nelle Province di Cosenza, Crotona e Reggio Calabria e la tenuta nelle due Province che in teoria dovevano essere favorevoli a Callipo, Vibo e Catanzaro, perché territori di residenza e più prossimi al candidato. Il risultato favorevole ad Oli-

(4) M. VALBRUZZI, *Tempi supplementari. Glossario breve sulle primarie*, in C&LS, CANDIDATE AND LEADER SELECTION, *Forza Doria. Divertissements seri sulle elezioni primarie*, Novi Ligure, Epoké, 2013.

verio in tutta la Calabria è essenzialmente frutto degli accordi ai vari livelli e nei diversi territori. Infatti, Oliverio era conosciuto dagli elettori soprattutto nella sua Provincia, Cosenza, dove era stato Presidente per dieci anni consecutivi. Come avrebbero potuto votare gli elettori del centrosinistra un candidato quasi sconosciuto al di fuori della Provincia di Cosenza, senza il “suggerimento” di qualche referente locale? La discesa in campo con largo anticipo di Oliverio è servita a definire gli accordi con i grandi elettori, alcuni dei quali non hanno esitato a votare e far votare un candidato appartenente ad una corrente diversa e ufficialmente minoritaria.

Tale ipotesi può essere confermata dall'analisi del voto nei singoli Comuni, in molti dei quali Oliverio ottiene una larga maggioranza. Se appare scontata la netta vittoria in alcuni Comuni della Provincia di appartenenza, sarebbe difficile spiegare la vittoria di Oliverio e i moltissimi voti ottenuti in Comuni della vicina Provincia di Catanzaro e della più lontana Provincia di Reggio Calabria se non ipotizzassimo che la scelta dello “sconosciuto” Oliverio sia stata “veicolata”, appunto, dai suoi grandi elettori⁵. Conferma ancora l'ipotesi dell'influenza dei grandi elettori, il risultato registratosi in alcuni Comuni dove Oliverio ha vinto con una schiacciante maggioranza. Dalla lettura dei risultati per Comune, possiamo estrapolare alcuni significativi casi che non necessitano di ulteriore commento: ad Acquaro (KR) Oliverio ottiene 246 voti (84,2%) contro i 46 (15,8%) di Callipo; a Satriano (CZ), Oliverio ottiene 362 voti (96,3%) contro i 13 (3,5%) del suo principale avversario; a Seminara (RC) Oliverio prende 248 voti (95,8%) e Callipo solo 10 (3,9%).

La modalità di partecipazione alle elezioni primarie dei calabresi non è dissimile da quella definita per ogni altra elezione con un sistema che consente di scegliere fra più candidati. La possibilità di votare un candidato, assegnando fiducia ad una persona, è un forte incentivo alla partecipazione e le elezioni primarie non sono certamente esenti da questa possibile scelta “personale”. Anzi, l'occasione che sia un solo schieramento in competizione interna non crea eccessivi problemi di opzione “politica” a coloro che utilizzano quale unico criterio di scelta quel-

(5) L. MUSELLA, *Clientelismo. Tradizione e trasformazione della politica italiana. 1972.1995*, Napoli, Guida Editore, 2000.

lo della fiducia alla persona. Non è un caso che siano circolate voci, in maniera insistente, su un accordo⁶ fra il candidato Callipo ed esponenti del centrodestra per recuperare qualche voto di elettori del Ncd in vista di un successivo accordo nella formazione della coalizione elettorale. Risulta, altresì, alquanto singolare, pur essendoci motivi fondati, che in alcuni Comuni si registrino più partecipanti alle primarie che voti alle elezioni europee, svoltesi pochi mesi prima, a maggio 2014, per i partiti del centrosinistra. Anche in questo caso, qualche esempio è illuminante per comprendere il comportamento tipico dell'elettore calabrese. A Petilia Policastro (KR) si recano a votare ben 1.591 cittadini alle primarie a fronte di 1.246 voti che il centrosinistra (Pd e Idv) aveva ottenuto nelle elezioni europee. A Roccabernarda (KR) votano alle primarie 822 elettori, mentre alle europee il centrosinistra aveva racimolato complessivamente 588 voti. A S. Eufemia d'Aspromonte (RC) sono in 678 a votare alle primarie e soltanto 373 voti alle europee per il centrosinistra. E poi ci sono i concittadini dei "favorite son"⁷. A San Giovanni in Fiore (CS), paese natale di Mario Oliverio, si recano a votare 4.335 cittadini, 3.915 dei quali depositano nell'urna il nome di Oliverio. A fine maggio, nella consultazione europea, avevano votato per Pd e Idv in 3.574. Nel suo Comune, Pizzo, dove Callipo è primo cittadino, si recano a votare alle primarie in 1.696. Nelle europee il centrosinistra aveva ottenuto 1.250 voti in totale, in pratica lo stesso numero di voti assegnati ora a Callipo. In margine alle elezioni primarie del centrosinistra, facciamo un accenno ad altre primarie che si sono svolte in regione: le "regionalie" del Movimento 5 Stelle.

Lo scontro in atto fra parlamentari eletti in Calabria⁸ e i loro sostenitori

(6) I giornali hanno riportato tale accordo come «accurduni», il grande accordo fra centrosinistra e centrodestra (vedi *Il Fatto Quotidiano* del 16.9.2014).

(7) Il *favorite son*, il figlio prediletto, «candidato che, attraverso la sua partecipazione alle primarie, ottiene il più ampio sostegno specifico di una determinata area dentro al partito o di un determinato territorio» (M. VALBRUZZI, *Tempi supplementari. Glossario breve sulle primarie*, cit.). Nelle primarie del 2005 dai risultati per regione emersero i casi di Clemente Mastella (Campania) e Antonio Di Pietro (Molise).

(8) Due eletti in Calabria insieme ad altri 8 parlamentari, nel mese di gennaio 2015 in occasione dell'elezione del Capo dello Stato, in contrasto con la linea del Movimento, si dimetteranno dai gruppi parlamentari del M5S.

in occasione delle “regionalie”, previste nel settembre 2014, era arrivato ad un punto di rottura. Una militante della prima ora in Calabria, esclusa senza dichiarato motivo dalla competizione *online*, aveva addirittura minacciato di rivolgersi alla Procura della Repubblica per la sua “ingiustificata” esclusione dalla competizione. Ed erano venuti fuori altri veleni con accuse di familismo all’interno del movimento verso una parlamentare eletta in Calabria.

Le “regionalie” si sono svolte in due distinte fasi. Nella prima fase sono stati votati ed eletti i candidati consiglieri. Nella seconda fase, a distanza di tre giorni dall’altra (le votazioni sono avvenute il 15 e il 18 settembre 2014), è stato scelto il candidato Presidente. Nonostante l’utilizzo del voto elettronico e la possibilità dello spoglio immediato, i risultati sono stati resi noti a distanza di qualche giorno. Dalla lettura dei risultati, si può rilevare che la partecipazione dell’elettorato attivo (potevano votare soltanto gli iscritti al portale e residenti in Regione) è stata alquanto modesta. Complessivamente molto numeroso, invece, l’elettorato passivo: molti candidati, la gran parte dei quali con un numero di voti inferiore alle dita di due mani. I più votati vengono inseriti nelle liste provinciali e, in conseguenza dell’eccesso di frammentazione nell’offerta, riescono ad accedere nel gruppo dei selezionati candidati anche con soli otto voti.

Il candidato Presidente, il catanzarese avvocato Cono Cantelmi, risulterà il più votato nella competizione con 183 preferenze.

3. Gli schieramenti in campo e la campagna elettorale

Il necessario dialogo per la definizione di un accordo per formare un’alleanza elettorale e/o politica in vista delle regionali ha risentito nel campo dei partiti del centrodestra delle diatribe interne e delle posizioni che Forza Italia, Ncd e Udc rivestono nell’ambito nazionale. A causa della scissione precedentemente avvenuta a livello nazionale, in Calabria i rapporti fra gli alleati nel governo della Regione non erano dei migliori. Forte anche del risultato delle europee in Calabria del maggio 2014⁹, Forza Italia è stata la formazione più attiva nel proporre candidati Presi-

(9) Nelle europee, in Calabria, Forza Italia ottiene il 19,6%, Ncd e Udc insieme l’11,4%, Fratelli d’Italia il 3,6%.

denti per un'alleanza di centrodestra. La prima dichiarazione di autocandidatura è stata quella di Wanda Ferro, già Presidente della Giunta provinciale di Catanzaro, seguita da altri nomi rilevanti del partito di Forza Italia in Calabria, fra assessori in carica, parlamentari, consiglieri regionali che, immancabilmente, vengono bocciati dal gruppo dirigente del Ncd. Per venir fuori da questa *impasse*, operando una scelta condivisa in grado di salvaguardare l'accordo elettorale nel centrodestra – condizione minima questa da conseguire per poter competere con il centrosinistra, forte del 35,8% del Pd nelle ultime europee e soprattutto nei sondaggi che lo danno nettamente in vantaggio – la proposta proveniente da qualche dirigente di seconda linea dei partiti del centrodestra di adottare lo strumento largamente utilizzato dal Pd e dal centrosinistra per la scelta dei candidati, le primarie, non ha avuto tanti sostenitori.

A pochi giorni dalla presentazione delle liste, la scelta dei vertici nazionali di FI è ricaduta su Wanda Ferro, anche perché sembrava potesse avere anche l'assenso del Ncd. Ma il coordinatore nazionale del Ncd, Gaetano Quagliariello, contestando il metodo di scelta adottato da FI che non riconosceva "legittimità e dignità" al suo partito, bocciava la candidatura proposta giustificando tale scelta per la mancata consultazione per trovare un candidato condiviso. La motivazione ufficiale fornita da Quagliariello forse lasciava intendere l'aspirazione del partito a salire sul probabile carro del vincitore, il centrosinistra, in coerenza con l'accordo di governo nazionale, sebbene Oliverio avesse dichiarato, in più occasioni, che non poteva esserci alcun accordo fra la sua coalizione e il Ncd. Venendo meno l'eventualità di un accordo elettorale tra tutti i partiti del centrodestra, il Ncd si è visto costretto a "precettare" un candidato, che è stato trovato nell'avvocato penalista reggino Nico d'Ascola, eletto senatore nel Pdl nel 2013 e passato nel Ncd all'atto della scissione del partito.

Si è aggiunta alla competizione anche una lista di sinistra – "L'Altra Calabria" –, non compresa nello schieramento del candidato Presidente Oliverio, che si richiamava alla "Lista Tsipras", che in Calabria aveva ottenuto un buon risultato alle europee (4,1%).

Per quanto riguarda la formazione delle coalizioni, Oliverio che aveva intessuto molte relazioni con candidati consiglieri *in pectore* durante la sua campagna per le elezioni primarie, riesce a mettere in piedi ben 8 liste. Oltre al Pd e al "Centro Democratico", partiti nazionali, vengo-

no formate altre 6 liste di sostegno al candidato Presidente e fra queste compare anche il “Nuovo Cdu”, una formazione che nasce da una spaccatura all’interno dell’Udc, partito che si allea, invece, con il Ncd, con il quale già condivideva la responsabilità del governo regionale in carica. Fra le liste del centrosinistra figurano anche alcuni candidati che in precedenza erano stati eletti nel centrodestra. I due casi che hanno fatto più discutere sono quelli di Elio Belcastro, ex Mpa, sottosegretario all’ambiente in un Governo Berlusconi, e di Salvatore Magarò, consigliere regionale uscente, eletto nel centrodestra e presidente della Commissione regionale antimafia. Ma oltre ai candidati provenienti dallo schieramento avverso, sono molti i portatori di voti che trasmigrano nella coalizione di Oliverio. È questo un altro evidente segnale del facile pronostico sul vincitore delle elezioni.

La candidata di Forza Italia, Wanda Ferro, riesce, in poco tempo, ad allestire solo 3 liste. Oltre a FI e “Fratelli d’Italia”, nella coalizione di centrodestra è presente la sigla “Casa delle Libertà”.

Il Nuovo Centro Destra è alleato solo con l’Udc mentre M5s e “L’Altra Calabria” corrono in solitudine.

La sproporzione degli schieramenti in campo è già un forte indicatore dell’esito della competizione. Il risultato atteso, largamente scontato agli occhi dei diretti interessati ma anche degli elettori meno avveduti, ha influito sulla conduzione della campagna elettorale. Nel corso della campagna non si sono registrati eventi politico-elettorali che hanno suscitato un più largo interesse dei cittadini chiamati al voto. Anche la “puntata” in Calabria di Matteo Renzi, Presidente del Consiglio e Segretario del Pd, a sostegno del proprio candidato non ha avuto un grande effetto mediatico ma è servita solo a tranquillizzare gli elettori sul sostegno del Governo nazionale ad un prossimo governo regionale dello stesso colore politico.

Sono stati, invece, i candidati più prossimi all’elezione ad ingaggiare una battaglia tutta interna alla coalizione – «uno contro tutti, preferenza, contro preferenza»¹⁰ –, oltre che alla stessa lista, per la conquista del consenso personale attraverso il voto di preferenza.

(10) M. CALISE, *La personalizzazione del voto*, in *Dialoghi internazionali – Città nel mondo*, 16, 2011, pp. 10-19.

Il responso delle urne, infatti, ha fatto registrare nelle liste del centrosinistra diversi casi di candidati non molto distanti dall'elezione, divisi da pochi voti dall'ultimo eletto. Candidati, eletti e non eletti, anche alla loro prima esperienza nella competizione regionale, si sono distinti, oltre che per il numero di preferenze ottenute, per l'attivismo nella campagna elettorale, fra incontri mirati con l'elettorato e i sostenitori del proprio schieramento e per la diffusione a tappeto nella circoscrizione di materiali di propaganda (manifesti e "santini").

Di fatto, gli strumenti sia tradizionali che nuovi della comunicazione politica sono stati poco utilizzati, non tanto per l'inerzia degli attori in competizione, quanto piuttosto a causa dello scarso interesse mostrato dagli elettori verso la consultazione.

4. I risultati

La sproporzione nel numero di liste, e di candidati consiglieri, fra il centrosinistra e gli altri contendenti, la frattura consumatasi nel centrodestra, il passaggio di candidati e grandi elettori dal centrodestra al centrosinistra non potevano che confermare la "regola" della perfetta alternanza¹¹ che vuole lo schieramento di maggioranza uscente soccombere allo schieramento all'opposizione ad ogni rinnovo degli organi regionali. Considerati i problemi che la Regione Calabria si porta dietro ad ogni cambio di governo e il calo della fiducia rilevata attraverso indagini politico-elettorali, il comportamento degli elettori a favore di coloro che nel Consiglio hanno occupato gli scranni della minoranza è determinato più da un giudizio negativo sull'operato della Giunta uscente che da un giudizio favorevole sui programmi di quella che diventerà la nuova maggioranza.

Mario Oliverio ottiene il 61,4% dei consensi a fronte del 61,7% ottenuto dai partiti della coalizione. In pratica, la stessa percentuale di voti fra candidato Presidente e somma dei voti di lista dello schieramento è l'effetto della modifica introdotta nel sistema elettorale del divieto di voto disgiunto, cioè il voto di lista deve essere in accordo al voto al candidato Presidente della coalizione che contiene la lista votata.

(11) R. DE LUCA, *Calabria, La ferrea legge dell'alternanza*, in B. BALDI, F. TRONCONI (a cura di), *Le elezioni regionali del 2010*, Bologna, Istituto Cattaneo, 2010.

Tabella 1 – Calabria – Risultati elezioni regionali 2014 candidati presidenti e coalizioni

	Voti presidente	%	Voti liste coalizione	%
Gerardo Mario Oliverio	489.559	61,4	482.136	61,7
Wanda Ferro	188.167	23,6	182.492	23,3
Nico D'Ascola	69.392	8,7	68.458	8,8
Cono Cantelmi	39.549	5,0	38.231	4,9
Domenico Gattuso	10.549	1,3	10.043	1,3
Totali	797.216	100	781.360	100

Fonte: Ministero dell'Interno

Il candidato del centrosinistra vince con un nettissimo divario, quasi 38 punti percentuali, sulla candidata di Forza Italia, a dimostrazione del facile pronostico sul risultato. Anche se il centrodestra avesse marciato compatto contro lo schieramento di centrosinistra, la vittoria di Oliverio sarebbe stata schiacciante, 61,4% contro 32,8%, considerando solo dal punto di vista algebrico, e non politico, un'eventuale coalizione ampia di centrodestra.

Un confronto fra i risultati conseguiti dai due principali schieramenti nelle precedenti regionali (tabella 3) ci mostra l'estrema volatilità dell'elettorato. Il centrosinistra dal 34,8% del 2010 passa al 61,7%; i partiti del centrodestra, dal 57,6% del 2010 arrivano appena al 32,3% nel 2014, sommando i voti ottenuti dalle due distinte coalizioni riconducibili al centrodestra. In effetti una comparazione fra le ultime due elezioni è quasi improponibile per due ordini di motivi. Sono molto differenti sia gli schieramenti in campo che le sigle partitiche in competizione. L'altro motivo è da ricercare nel comportamento dell'elettorato che dimostra di essere molto instabile nell'orientare il voto. Per meglio dire, una buona parte degli elettori calabresi – ma, più diffusamente, da questa modalità di scelta instabile non sono esenti gli elettori delle altre Regioni meridionali – utilizza criteri di selezione che possono differire notevolmente da un'elezione all'altra, soprattutto in virtù della possibilità di utilizzare il voto alla persona, e in modo specifico il voto di preferenza. Oltre alla volatilità elettorale che si riscontra da un'elezione all'altra, in Calabria, in particolar modo, è stato più volte constatato che in due di-

stinte elezioni che si svolgono nella stessa giornata, un consistente numero di elettori vota per liste di schieramenti opposti, soprattutto se il sistema elettorale consente una scelta di tipo “personale”¹².

Tabella 2 – Calabria – Risultati elezioni regionali 2014 per liste circoscrizionali provinciali

Partito	Voti	%	Seggi
Partito Democratico	185.097	23,7	9
Oliverio Presidente	97.208	12,4	5
Democratici Progressisti	56.878	7,3	3
Calabria in rete - Campo Democratico	40.738	5,2	1
La Sinistra	34.109	4,4	1
Autonomia e Diritti	29.297	3,7	-
Centro Democratico	26.805	3,4	-
Nuovo CDU	12.004	1,5	-
Totale liste a sostegno Mario Oliverio	482.136	61,7	
Forza Italia	95.979	12,3	5
Casa delle libertà	67.166	8,6	3
Fratelli d'Italia - Alleanza Nazionale	19.347	2,5	-
Totale liste a sostegno Wanda Ferro	182.492	23,3	
Nuovo Centrodestra	47.447	6,1	3
Unione di centro (UDC)	21.011	2,7	-
Totale liste a sostegno Nico D'Ascola	68.458	8,8	
MoVimento 5 Stelle (Cono Cantelmi)	38.231	4,9	-
L'altra Calabria (Domenico Gattuso)	10.043	1,3	-
Totale Calabria	781.360	100,0	30

Fonte: Ministero dell'interno

(12) Un caso abbastanza singolare si verificò nell'*election day* del 2009. Nella provincia di Vibo Valentia si votò in contemporanea per le europee e per il rinnovo del Consiglio provinciale. Il risultato delle provinciali fu di segno completamente opposto a quello delle europee, con la vittoria netta del centrosinistra, mentre alle europee i partiti del centrodestra complessivamente avevano ottenuto molti più voti (R. DE LUCA, *Comportamenti elettorali nel voto in contemporanea*, in *Polena*, 2, 2010, pp. 73-83).

La tabella 3, che presenta la serie storica elettorale di un quinquennio in Calabria fra aggregazioni, ricostruita tenendo conto del posizionamento dei partiti fra le due onnicomprensive aree di centrodestra e centrosinistra, mostra la grande mobilità presente nell'elettorato calabrese. Se prendiamo in considerazione le ultime due elezioni, svoltesi nel 2014, regionali ed europee, il centrosinistra complessivamente guadagna più di 20 punti percentuali nelle regionali (dal 41,5% delle europee, nelle regionali ottiene il 61,7%), il centrodestra perde poco (meno 3,1 rispetto alle europee) mentre il M5s perde più dei tre quarti dei propri elettori (meno 16,6).

Tabella 3 – *Elezioni Calabria 2009-2014 – Andamento aggregazioni centrodestra, centrosinistra e M5S*

	Europee 2009	Regionali 2010	Camera 2013	Europee 2014	Regionali 2014
Centrodestra	50,7	57,6	30,1	35,4	32,3
Centrosinistra	47,0	34,8	28,3	41,5	61,7
M5s			24,9	21,5	4,9

Fonte: nostra elaborazione di dati Ministero dell'interno

Anche la comparazione fra i singoli partiti per le due elezioni svoltesi nel 2014 diventa, per certi versi, improponibile. Infatti, nello schieramento del centrosinistra sono presenti ben 6 delle 8 liste che non hanno riferimenti con partiti nazionali – e, quindi, non erano presenti nelle elezioni europee – e che sono state formate al solo scopo di portare voti utili alla vittoria del centrosinistra. Le liste non partitiche e di sostegno al candidato Presidente rappresentano il punto di forza delle strategie coalizionali per la conquista del governo regionale. Queste liste sono promosse ed organizzate, a volte, da candidati consiglieri che non trovano posto – o starebbero “stretti” per la concorrenza diretta di altri candidati – nelle liste di partito ufficiali; altre volte è il candidato Presidente, o il partito stesso, che organizza la lista allo scopo di schierare candidati in grado di raccogliere consensi “personali”, soprattutto fra elettori delusi o di schieramento avverso. Una siffatta strategia – che può sintetizzarsi nel “più liste, quindi, più candidati (in grado di intercettare consensi) e più voti per la coalizione e per il candidato presidente” – è ampiamente utilizzata nelle elezioni per il rinnovo degli organi dei Co-

muni superiori ai 15 mila abitanti, soprattutto nel Meridione, dove è più diffuso il comportamento elettorale di assegnare il voto alla persona, il voto di preferenza¹³.

Il Pd, che è il partito più votato nelle regionali con il 23,4%, alle europee di maggio 2014 aveva ottenuto il 35,8%, Forza Italia dal 19,6% delle europee passa al 12,3% delle regionali, il Ncd e Udc insieme dall'11,4% al 6,1%. Diminuiscono nettamente i loro consensi, in pratica, tutti i partiti a beneficio, appunto, delle liste non partitiche.

Addirittura la lista "Oliverio Presidente", che richiama chiaramente lo scopo al quale si prefigge di contribuire, diventa il secondo "partito" con il 12,6% dei voti validi, più di Forza Italia (12,3%). Complessivamente le sei sigle che non fanno riferimento ad un partito nazionale della coalizione di centrosinistra ottengono il 35,0% dei consensi, quindi molto più del 26,9% conquistato dalle due liste di partito, Pd e Centro Democratico. Si può decifrare il voto di questa parte consistente dell'elettorato che preferisce votare per una lista non di partito, esclusivamente come un voto "personale" assegnato al candidato consigliere. D'altra parte, queste liste di appoggio al candidato Presidente solitamente non hanno né un programma elettorale, né dispongono di un'organizzazione simile a quella di un partito che è attivo nel territorio e lavora soprattutto per le occasioni elettorali. Le liste non partitiche solitamente si formano pochi giorni prima del momento elettorale e anche se dovessero avere degli eletti in Consiglio e formare un proprio gruppo consiliare autonomo, pur collocato politicamente all'interno dell'area della coalizione e del candidato Presidente, difficilmente diventano un'organizzazione politica.

Che sia il voto al candidato consigliere, il voto di preferenza, la chiave del successo delle liste non partitiche è fuor di dubbio. Nella tabella 4 che ri-

(13) In un'analisi sulle elezioni comunali nei capoluoghi di Provincia nel 2012 e 2013 viene rilevata la forte relazione esistente fra partecipazione elettorale e utilizzo del voto di preferenza per i candidati consiglieri. Ad esempio, nel 2012, nei Comuni capoluoghi del Nord il valore mediano della partecipazione era 60,7% e il valore mediano dell'indice di preferenza (il rapporto percentuale fra voti di preferenza espressi su voti di preferenza esprimibili, in questo caso coincidenti con i voti di lista, essendo esprimibile una sola preferenza ad elettore) era 60,5%; al Centro la mediana della partecipazione era 64,8% e l'indice di preferenza 62,0%, mentre al Sud i due valori mediani erano rispettivamente di 71,8% e 92,2%.

porta gli indici di preferenza¹⁴ di tutte le liste presenti nella competizione regionale si può notare l'elevato utilizzo del voto di preferenza da parte degli elettori ed in particolare nel caso degli elettori che votano per una lista non partitica¹⁵. L'alto indice di preferenza, inoltre, sta a significare, quasi sempre, che nelle liste c'è molta competizione interna fra candidati e questo non può che arrecare benefici all'intera lista. E i numeri in tabella relativi al Movimento 5 Stelle, che ha l'indice più basso, possono fornire una chiave di lettura del relativo insuccesso della lista rispetto alle precedenti europee. Il M5s ha una bassa competizione al suo interno anche perché i suoi candidati, evidentemente, sono poco noti agli elettori e, quindi, non riescono ad essere grandi raccoglitori di consenso.

Tabella 4 – Calabria - Indice di preferenza (Ip) per liste elezioni regionali 2014

lista	voti preferenza	voti lista	IP
Democratici Progressisti	54.460	56.878	95,7
Casa delle Libertà	63.986	67.166	95,3
Autonomia e Diritti	27.817	29.297	94,9
Calabria in Rete	38.454	40.738	94,4
Nuovo Centro Destra	43.900	47.447	92,5
La Sinistra con Speranza	31.307	34.109	91,8
Centro Democratico	24.530	26.805	91,5
Nuovo CDU	10.854	12.004	90,4
Oliverio Presidente	85.530	97.208	88,0
Pd	162.661	185.097	87,9

(segue)

(14) L'indice di preferenza è dato dal rapporto percentuale dei voti di preferenza espressi su quelli esprimibili. Ad esempio, l'indice 87,4 per la Regione Calabria significa che complessivamente su 100 elettori che hanno espresso un voto valido per un partito ben 87,4 hanno espresso anche un voto di preferenza per un candidato.

(15) Quasi tutte le liste hanno un indice di preferenza elevatissimo (vedi tab. 4), tranne M5S e "L'Altra Calabria". In particolare, le liste non partitiche hanno l'indice di preferenza più alto che sta ad indicare, al netto di errori materiali dell'elettore (cognome sbagliato del candidato, apposizione del cognome su simbolo errato, ecc.), che tutti coloro che hanno votato per quella lista hanno espresso un voto di preferenza. L'indice di preferenza leggermente più basso, fra le liste non partitiche, della lista "Oliverio Presidente" si giustifica con l'interpretazione che, attraverso quella scelta, un certo numero di elettori ha interpretato di votare "solo" per il candidato Presidente, pensando, erroneamente, che in quel modo avrebbe votato per il candidato Presidente e non anche per una lista provinciale.

lista	voti preferenza	voti lista	IP
UDC	18.230	21.011	86,8
Forza Italia	79.313	95.979	82,6
Fratelli d'Italia	15.448	19.347	79,8
L'Altra Calabria	6.349	10.043	63,2
Movimento 5 Stelle	19.688	38.231	51,5
Totale Regione	682.527	781.360	87,4

Fonte: nostra elaborazione su dati Ministero dell'interno

Il sistema elettorale che offre all'elettore la possibilità di esprimere un voto di preferenza non solo può incidere sul risultato di partiti e coalizioni ma può avere effetti anche sulla partecipazione elettorale. In questa tornata di elezioni regionali – si votava anche in Emilia Romagna – il consistente e preoccupante calo dei votanti è stato l'argomento più discusso del dopovoto, anche più dei risultati dei partiti e delle coalizioni. La partecipazione nelle regionali in Calabria nel 2014 è stata del 44,1%, vale a dire 15,2 punti in meno rispetto alle regionali del 2010. In valori assoluti sono stati ben 281 mila gli elettori che non sono andati a votare rispetto al 2010. Nelle europee del maggio 2014 la Calabria per la prima volta era andata sotto il fatidico muro del 50% di votanti. Allora aveva votato il 45,8%, anche se in valore assoluto erano stati circa 19.000 elettori in meno rispetto alle regionali¹⁶.

Tabella 5 – Calabria – Partecipazione elettorale elezioni 2010-2014

	% votanti	votanti	elettori
Regionali 2014	44,1	836.800	1.897.729
Regionali 2010	59,3	1.118.429	1.877.078
Europee 2014	45,8	817.780	1.786.728
Politiche 2013	63,2	997.905	1.580.119

Fonte: Ministero dell'interno

(16) Il corpo elettorale delle europee è diverso da quello delle regionali poiché nelle europee non sono conteggiati i residenti in Paesi della UE che possono votare, appunto, nel Paese dove risiedono. Nelle regionali compongono il corpo elettorale circa 110.000 elettori in più rispetto alle europee. È facilmente ipotizzabile che quasi nessuno di questi 110.000 elettori residenti all'estero si recherà a votare per le regionali.

Il dato calabrese sul calo della partecipazione è stato messo in risalto nei commenti a causa della concomitante e più clamorosa diminuzione di partecipazione avvenuta in Emilia-Romagna (meno 30,4 punti rispetto alle regionali del 2010). Nel confronto fra votanti in Calabria ed Emilia, ipotizzando che la principale causa dell'astensionismo – la sfiducia dei cittadini verso la politica, politici e partiti – è identica nelle due Regioni, è apparentemente sorprendente come in Calabria si voti più dell'Emilia, Regione quest'ultima che storicamente ha sempre espresso una forte partecipazione politica ed elettorale, molto più della Calabria.

Altri possibili motivi che hanno contribuito a far lievitare l'astensionismo sono: il voto in una sola giornata, la data dell'elezione fissata in una domenica di fine novembre, una campagna elettorale sottotono. Analizzando i dati sulla partecipazione per i singoli Comuni possiamo evidenziare che in alcuni Comuni si verifica una partecipazione molto più alta della media regionale. Attraverso l'analisi su questi Comuni dove c'è stata più partecipazione, si riesce a risalire ad una motivazione che ha spinto alcuni calabresi ad esprimere il voto. Quasi sempre nei Comuni con la partecipazione più alta della media regionale ritroviamo ottimi risultati, in termini di preferenze espresse, per uno o più candidati consiglieri. Quasi sempre sono i candidati del luogo ad avere questo successo che si riflette sulla maggiore partecipazione. Infatti, dobbiamo dedurre che in questi Comuni un certo numero di elettori si reca a votare soltanto per esprimere un voto di preferenza per il "proprio" candidato.

Questa motivazione del voto personale incide molto relativamente in Emilia-Romagna, dove gli indici di preferenza, per quanto comparabili, sono molto più bassi¹⁷ rispetto alla Calabria. In effetti non è la prima

(17) Non è possibile confrontare correttamente gli indici di preferenza tra Calabria ed Emilia, poiché in quest'ultima Regione il sistema elettorale prevede la doppia preferenza di genere, a differenza della Calabria dove vige la preferenza unica. Se ricaviamo l'indice di preferenza complessivo dell'Emilia-Romagna, quale rapporto percentuale fra numeri di voti di preferenza espressi e numeri di voti di lista, otteniamo un valore di 35,4%. In effetti questo indice andrebbe diviso per due, essendo due le preferenze esprimibili da ogni elettore (candidata e candidato). Nonostante questa "scorretta" approssimazione per eccesso dell'indice di preferenza della Regione Emilia-Romagna, il divario con la Calabria è notevolissimo poiché in questa Regione l'indice è 87,4% (vedi tabella 4).

volta che nei Comuni calabresi la partecipazione elettorale è più elevata rispetto ai Comuni emiliani. Da tempo accade, infatti, che nei Comuni del Meridione, dove si fa un largo uso del voto di preferenza, la partecipazione risulti più alta rispetto ai Comuni del Centro-Nord ed addirittura vi sono casi in cui la partecipazione nelle comunali, considerate elezioni di secondo ordine¹⁸, è più alta che nelle elezioni politiche, le elezioni di primo ordine.

5. Il sistema elettorale

È diventata una consuetudine, quasi un rito dell'ultimo atto, quella del Consiglio regionale calabrese di dare un'aggiustatina al sistema elettorale regionale pochi giorni prima della convocazione dei comizi per il rinnovo degli organi regionali. Era già successo che nel 2005 e nel 2010 si modificasse, seppur lievemente, il meccanismo elettorale. Nel 2014, lo scioglimento anticipato del Consiglio ha, però, preso in contropiede i consiglieri che avevano l'obbligo di adeguare lo Statuto – e, conseguentemente, la legge elettorale – alle norme statali in materia di riduzione del numero dei membri del Consiglio medesimo. Per cui il Consiglio ha dovuto, comunque, lavorare nella fretta del tempo ormai scaduto.

Nel Consiglio del 3 giugno 2014, con all'ordine del giorno la seconda lettura del testo di modifica dello Statuto regionale con il quale viene adeguata la composizione di Consiglio e Giunta, viene inserita anche la modifica alla legge elettorale.

La proposta di legge elettorale modificava il numero dei consiglieri da eleggere (da 50 a 30 più il Presidente della Giunta) e riduceva le circoscrizioni da 5 a 3, accorpando nella circoscrizione “Centro” di Catanzaro le due Province di Crotone e Vibo Valentia¹⁹. Inoltre nel-

(18) La classificazione fra elezioni di primo e secondo ordine è determinata, soprattutto, dal criterio dell'importanza dell'elezione, di cui la partecipazione è il dato più rilevante (K. REIF, H. SCHMITT, *Nine Second Order National Elections: A Conceptual Framework for the Analysis of European Election Results*, in *European Journal of Political Research*, vol. 8, 1, 1980, pp. 3-44).

(19) In pratica si ritorna alla suddivisione territoriale della Regione prima del 1992 quando furono istituite le nuove Province di Crotone e Vibo Valentia, da una ripartizione del territorio provinciale di Catanzaro.

la circoscrizione Centro si stabiliva che «le liste elettorali devono essere composte, a pena di inammissibilità, in modo che ci sia almeno un candidato residente per ciascuna delle Province corrispondenti». Viene cancellata la possibilità di dare un voto disgiunto, cioè per un partito di una coalizione diversa da quella del candidato Presidente prescelto.

Ma la modifica più rilevante e con dubbi profili di costituzionalità è relativa all'innalzamento della soglia di sbarramento al 15% sia per le liste regionali che per le coalizioni nell'intera Regione. Tale norma sembra essere studiata volutamente per evitare un nuovo scenario all'interno del Consiglio con l'ingresso consistente di consiglieri del M5s. Questa legge regionale, approvata dalla sola maggioranza il 6 giugno 2014, viene dapprima impugnata dal Governo davanti alla Corte costituzionale e successivamente il Governo rinuncia in conseguenza della ulteriore modifica apportata alla legge dal Consiglio regionale in data 11 settembre 2014. Viene abbassata la soglia di sbarramento per le coalizioni e le liste regionali all'8% e introdotta qualche altra lieve modifica, e con questa legge si va alle elezioni, lasciando esattamente come nelle elezioni precedenti alcune delle questioni discusse nell'ultima legislatura, come, ad esempio, la rappresentanza di genere e la rappresentanza territoriale delle piccole Province.

Un'altra questione relativa al sistema elettorale che viene sollevata durante la campagna elettorale, quando tutti erano ormai più convinti della vittoria di Oliverio, è il dubbio circa la possibilità che il candidato Presidente che sarebbe arrivato secondo nella corsa per la presidenza potesse occupare un posto in Consiglio. La legge riformata non fa menzione di questa eventualità, cosicché l'Ufficio centrale regionale non ha potuto attribuire il seggio da consigliere alla candidata Presidente di Forza Italia, Wanda Ferro, seconda classificata.

Il testo di legge con le varie modifiche, cancellazioni e aggiunte, assomiglia ad un vestito con tante toppe ricucite, non sempre nel modo migliore. Risulta, infatti, molto complicato districarsi nei meccanismi di attribuzione dei seggi, in considerazione dei frequenti rimandi nel testo che non sempre risultano perfettamente congrui con la norma da disciplinare.

La rappresentanza di genere è l'altra grande questione che è stata igno-

rata dalla riforma. La legge Tatarella²⁰, che non conteneva alcuna norma specifica per la parità di genere nella rappresentanza, era stata modificata dal Consiglio regionale nel 2005 con questa debolissima prescrizione nonostante l'alto richiamo agli articoli della Costituzione: «le liste elettorali devono comprendere, a pena di inammissibilità, candidati di entrambi i sessi»²¹. In altri termini, ogni lista provinciale doveva avere almeno una donna candidata. Gli effetti concreti di questa norma sulla rappresentanza femminile sono praticamente pari allo zero. Nel 2005 vengono elette 2 donne su 50 consiglieri, nessuna nel 2010 e una soltanto su 31 consiglieri nel 2014.

Il sistema elettorale regionale della Calabria – che mantiene l'impianto originario della legge Tatarella – con le revisioni, contiene alcune “incrostazioni” che potrebbero determinare anche un blocco di funzionamento. Se calcoliamo il valore di ogni seggio attribuito in termini di percentuali di voto, rileviamo che il valore medio di ogni seggio ottenuto dalle liste di centrodestra corrisponde al 2,9% di voti validi (32,1 la percentuale ottenuta dalle due coalizioni di centrodestra diviso gli 11 seggi ottenuti), mentre un seggio conquistato dal centrosinistra vale un po' di più, 3,2% (61,7% diviso 19 seggi). Ciò è la conseguenza della mancata attribuzione del premio di maggioranza, che non prevede una gradualità nell'applicazione. Sembra, quindi, paradossale che siano premiate le liste perdenti a scapito di quelle vincenti. Ad evitare un siffatto paradosso – e se ciò potesse essere praticamente realizzato – strategicamente la coalizione sicuramente vincente dovrebbe tentare di calibrare la vittoria con percentuali di poco inferiori al 60%, soglia al di sotto della quale scatterebbe il premio di maggioranza. Dal versante opposto le coalizioni perdenti, per avere una premialità in termini di seggi, tenterebbero di far arrivare la percentuale della coalizione vincente poco al di sopra del fatidico 60% in modo da non consentirle l'attribuzione dei seggi in più quale premio di maggioranza. Ragionando per assurdo – nel senso che se

(20) La legge 43/1995 che riforma il sistema elettorale per tutte le Regioni a Statuto ordinario. Le Regioni hanno potuto legiferare autonomamente in materia elettorale, per il rinnovo degli organi regionali, soltanto dopo le modifiche della Carta costituzionale del 1999.

(21) Art. 1, comma 6, legge Regione Calabria n. 1 del 2005.

può essere abbastanza prevedibile, come nel nostro caso, la vittoria di una coalizione, non è mai prevedibile la misura più o meno esatta della percentuale di voti che si otterranno – potremmo assistere ad una campagna elettorale all'incontrario²².

Rimanendo in tema del valore di un singolo seggio, dall'analisi dei risultati, anche quale conseguenza di quanto evidenziato sopra, si può osservare che una lista di una coalizione perdente, Ncd, ottiene 3 seggi con il 6,1% dei consensi, mentre una lista facente parte della coalizione vincente, "Calabria in Rete – Campo Democratico", con il 5,2% ottiene un solo seggio.

Invece per quanto riguarda l'attribuzione dei seggi potrebbe verificarsi un caso che, superando il paradosso, potrebbe creare serie difficoltà al funzionamento istituzionale. Potrebbe, infatti, accadere che una coalizione che supera lo sbarramento dell'8% non abbia alcuna lista che riesce a superare la soglia di lista del 4%. A chi dovrebbero essere assegnati i seggi conquistati dalla coalizione? La legge elettorale della Calabria evidentemente non contempla questa eventualità, né ha stabilito una clausola di salvaguardia in tal senso.

6. *Gli eletti*

La riduzione alquanto drastica del numero dei consiglieri regionali da 50 a 31 lasciava presagire una lotta all'ultimo voto fra i candidati più accreditati, e fra questi sono da annoverare, senza alcun dubbio, i consiglieri uscenti, in conseguenza della maggiore visibilità ottenuta sul territorio della circoscrizione per la loro attività istituzionale. La lotta quasi tutta interna alle singole liste e alle coalizioni ha però lasciato fuori dal Consiglio una buona parte dei consiglieri uscenti. Solo 9 dei 31 consiglieri erano stati in precedenza nell'Assemblea regionale calabrese. E solo tre degli assessori uscenti sono stati rieletti, anche perché la riduzione del numero di consiglieri ha limitato di molto, rispetto alla passata

(22) Nelle Regioni che hanno mantenuto il premio di maggioranza con l'attribuzione dei seggi al cosiddetto "listino" del Presidente, si potrebbe verificare un'analogia situazione di campagna elettorale all'incontrario, opportuna strategicamente, per quei candidati che occupano la seconda parte dell'elenco del candidato Presidente, poiché conquisterebbero l'elezione solo nella condizione di una vittoria "contenuta" (sotto il 60% dei voti) della coalizione di riferimento.

legislatura, la rappresentanza della nuova opposizione di centrodestra. Nel centrosinistra, come abbiamo detto, si è giocata la carta del rinnovamento escludendo i candidati uscenti del Pd che avevano al loro attivo già due legislature.

Il rinnovamento non ha però significato l'ingresso di molti giovani o relativamente giovani nel palazzo della massima assise elettiva regionale. Il nuovo Consiglio, rispetto al precedente, ha di poco abbassato l'età media dei consiglieri che è passata da 52 a 49,5 anni, ma come forze "giovani" abbiamo solo 6 consiglieri compresi nella fascia 32-39 anni. Analizzando, seppure superficialmente, il *curriculum* degli eletti, possiamo riscontrare che l'approdo in Consiglio regionale per molti è stato il corollario di un percorso quasi sempre nel partito, o nel sindacato. Per qualcuno non sempre è stato lo stesso partito, a parte i cambiamenti di sigle avvenuti in questi ultimi anni, che ha favorito l'ascesa nel Consiglio regionale. E molti degli eletti in precedenza avevano rivestito ruoli importanti nella politica locale da Sindaco, da consigliere o da assessore provinciale. Avere una platea larga di potenziali elettori era infatti la condizione per poter competere in una gara con avversari di primo piano. La platea di potenziali elettori poteva essere rappresentata dai cittadini del Comune dove si era stati Sindaco e dei Comuni vicini, la Provincia dove si era stati assessore, gli iscritti al sindacato dove si era stati dirigenti. Ad esempio, il primo degli eletti nella circoscrizione di Cosenza della lista "Oliverio Presidente", Orlandino Greco, ottiene complessivamente 7.855 voti di preferenza, di cui 1.939 nel Comune di Castrolibero su 5.547 votanti, il Comune dove era stato Sindaco. Altri candidati che hanno fatto carriera o, comunque, svolto ruoli nel partito o nel sindacato, ottengono voti di preferenza abbastanza diffusi sul territorio. La caratteristica comune a candidati con voti concentrati o diffusi territorialmente è di avere i potenziali elettori che rappresentano un capitale elettorale, che difficilmente può detenere chi si affaccia da esordiente nel mondo della politica e nel mercato del consenso elettorale. In questa competizione per la conquista di consensi sembrano essere quasi escluse le donne. Fra i 360 candidati solo una donna riesce ad essere eletta e pochissime possono essere considerate effettivamente in competizione. L'unica eletta, tra l'altro, è fra i consiglieri più giovani, è figlia di un ex assessore regionale e dirigente sindacale. Probabilmente

il patrimonio familiare di conoscenze è stato utile per la conquista di un seggio, l'unico della Provincia di Crotona, accorpata elettoralmente alla circoscrizione di Catanzaro. Per quanto riguarda la distribuzione territoriale degli eletti, Cosenza ha 12 eletti compreso il Presidente, Reggio Calabria ne ha 9, Catanzaro 5, Crotona 1 e Vibo Valentia 4. Proprio la Provincia di Vibo ha la più nutrita rappresentanza in rapporto agli abitanti, a scapito della Provincia di Catanzaro. La norma elettorale introdotta nell'ultima modifica del sistema sull'obbligo di inserire nella circoscrizione Centro almeno un candidato residente di ogni Provincia, è stata superata dalla pratica, nel senso che una Provincia, quella di Vibo, che in teoria non doveva avere più di due consiglieri in rapporto alla popolazione da rappresentare, ne ha ottenuti ben 4 per effetto della favorevole condizione dei candidati vibonesi dislocati nelle diverse liste. Oliverio, prima di nominare la sua Giunta, impiega un po' di tempo. Esattamente dopo due mesi dallo svolgimento delle elezioni, il Presidente nomina solo una metà della Giunta rinviando all'entrata in vigore delle modifiche statutarie sulla composizione della Giunta regionale, approvate in prima lettura nella seduta del Consiglio del 20 gennaio 2015. Il Presidente manifesta, a più riprese, l'intenzione di nominare una Giunta di alto profilo e, probabilmente, ha in mente un esecutivo formato da personalità e tecnici esterni al Consiglio. Per cui, per non incorrere nelle limitazioni imposte dallo Statuto, promuove l'iniziativa di modificare quella parte dello Statuto regionale che prevede un massimo di 3 assessori esterni sui 6 previsti. La prescrizione statutaria approvata dal nuovo Consiglio non limita più le decisioni del Presidente nella formazione della Giunta, stabilendo che l'unico requisito per poter essere nominati assessori è essere «cittadini eleggibili a consiglieri regionali». Viene anche introdotta la figura del «consigliere delegato», cioè viene assegnato al Presidente della Giunta il potere di «delegare specifiche attività ai consiglieri regionali».

La motivazione ufficiale di questo ampliamento fittizio della Giunta – ma il consigliere delegato può partecipare solo alle riunioni di Giunta dove si discute su materie della delega, senza però diritto di voto – è che un numero ristretto di assessori, stabilito per legge statale, non può assolvere alle tante competenze spettanti alla Regione. La motivazione meno ufficiale, della quale qualcuno parla, è che con una Giunta così

allargata possono essere esauditi più pretendenti al coinvolgimento nella partecipazione del governo regionale e, nello stesso tempo, possono essere chiamate direttamente in Giunta persone “esterne” con specifiche competenze e capacità di azione.

Il Presidente Oliverio nomina assessori due consiglieri, uno dei quali viene designato quale Vicepresidente della Giunta, e due “esterni” nelle persone della Ministra agli affari regionali dimissionaria, per entrare in Giunta appunto, Maria Carmela Lanzetta, e dell'ex consigliere e assessore regionale Nino De Gaetano. La nomina di quest'ultimo, che era stato escluso dalle liste del PD perché aveva alle spalle due legislature (e quindi incorreva nelle limitazioni regolamentari del PD), da più parti, è stata giudicata, a dir poco incauta²³ perché il suo nome, pur non essendo egli formalmente indagato, si ritrova nelle carte di un'indagine della magistratura sulle attività criminose di una cosca²⁴. La Lanzetta, che pur aveva accettato l'invito di Oliverio ad entrare in Giunta dimettendosi da Ministro, rinuncia all'assessorato dichiarando incompatibile la sua presenza nella stessa Giunta di cui fa parte De Gaetano.

7. Conclusioni

Sono molti i fattori che fanno ritenere questa elezione regionale molto diversa dalle precedenti. La prima volta della Calabria ad elezioni anticipate, la data di svolgimento in autunno, la votazione in un solo giorno, la vittoria con un margine amplissimo sulla coalizione perdente, l'altissimo astensionismo, per la prima volta sotto il 50% dei partecipanti, un Consiglio rinnovato al 70% dei suoi rappresentanti.

Molto simile alle precedenti elezioni, invece, il comportamento degli elettori improntato all'espressione di un voto per i candidati consiglieri e, conseguentemente, una campagna elettorale dei singoli candidati consiglieri tutta “personale”, prescindendo, quasi, dalla lista di appartenenza.

(23) Un richiamo ufficiale ad Oliverio proviene direttamente dal Governo per il tramite del Sottosegretario alla Presidenza Delrio il quale fa notare che «per la Calabria l'impegno del Governo è di dare il massimo esempio di legalità e trasparenza».

(24) A casa del boss mafioso furono rinvenuti numerosi fac-simile di De Gaetano per la campagna elettorale per le regionali del 2010. La magistratura accertò che i rapporti con la delinquenza organizzata erano avvenuti ad opera del suocero di De Gaetano.

D'altra parte, la vittoria ampiamente annunciata del centrosinistra ha fatto venir meno l'interesse per la competizione sia da parte dei dirigenti nazionali dei partiti sia da parte di molti elettori. Di questo ha risentito la campagna elettorale, che è stata piuttosto fiacca, contribuendo a far scendere di 15,2 punti percentuali la partecipazione rispetto alle precedenti regionali.

Il risultato a favore del centrosinistra era abbastanza scontato se, in virtù del comportamento elettorale dei calabresi, veniva valutata l'offerta degli attori partecipanti, dove era evidente la sproporzione fra il numero di liste (e di candidati) messe in campo dalla coalizione di centrosinistra e gli altri contendenti. Dalla difficilissima lotta per la conquista di un posto nell'Assemblea regionale – ridotta da 50 a 31 seggi per le disposizioni delle norme nazionali –, quasi sempre interna alla coalizione e alla stessa lista, viene fuori un Consiglio regionale solo formalmente rinnovato per più dei due terzi della sua composizione rispetto al precedente. Le caratteristiche e le carriere politiche degli eletti, infatti, non sono molto diverse dai consiglieri precedenti, né l'età media degli eletti si discosta molto da quella dei consiglieri eletti nel 2010. Una sola donna, pochissimi trentenni e, soprattutto, sono quasi del tutto assenti nel nuovo Consiglio figure attive anche al di fuori del campo della politica, che possono rappresentare un valore aggiunto alle competenze necessarie per risollevarle le sorti dell'ultima Regione d'Italia.

Evidentemente il meccanismo del voto di preferenza, e la cultura politica diventata comportamento elettorale che predilige la scelta "personale" anziché quella collettiva e più politica a favore di un partito o di uno schieramento, favorisce più i candidati che sono capaci nell'acquisire il consenso "personalmente" che coloro che vogliono impegnarsi mettendo a disposizione della politica la loro passione e competenza. E per diventare "campioni delle preferenze" occorre investire molto tempo e risorse, che non sono certo possedute dai giovani e da chi nella vita si occupa d'altro rispetto alla politica.

Sullo sfondo del risultato elettorale compaiono, anche questa volta, coloro che, nel pendolo fra un Governo di centrodestra e uno di centrosinistra, si ritrovano sempre sul carro dei vincitori. In questa elezione non

è andata bene ai candidati passati da una parte all'altra²⁵ ma è anche vero che interi "pacchetti" di voti, provenienti dal centrodestra, sono stati utili al centrosinistra per vincere in maniera netta le elezioni. Sono questi consensi fortemente assimilabili al "voto di scambio"²⁶ e che, probabilmente, attendono una contropartita.

Infine, ma non meno importante questione relativa a questa tornata elettorale, dobbiamo rilevare le falle di un sistema elettorale "rattoppato" che oltre agli effetti di carattere politico e, più in generale, sulla rappresentanza, come abbiamo visto, rende difficoltosa la sua applicazione a causa di non univoche interpretazioni. Nell'agenda dei lavori del Consiglio regionale, la revisione del sistema elettorale dovrebbe occupare, perciò, i primi punti ad evitare, come successo nel passato, che il rimedio dell'ultimo minuto sia peggiore del male.

(25) Un caso a sé è rappresentato dalla neoeletta Flora Sculco, figlia dell'ex consigliere ed assessore regionale della "Margherita", Enzo. La Sculco, nella passata legislatura, è stata collaboratrice, a contratto, esperta dell'assessore regionale all'ambiente del Governo di centrodestra.

(26) Secondo la nota definizione di A. PARISI, G. PASQUINO, *Relazioni partiti-elettori e tipi di voto*, in A. PARISI, G. PASQUINO (a cura di), *Continuità e mutamento elettorale in Italia. Le elezioni del 20 giugno 1976 e il sistema politico italiano*, Bologna, il Mulino, 1977, il "voto di scambio" si configura in una prestazione (il voto, appunto) e una controprestazione. Fra la vasta letteratura sul voto di scambio clientelare si vedano: F. PISELLI, *Parentela ed emigrazione*, Torino, Einaudi, 1981; P. FANTOZZI, *Politica, clientela e regolazione sociale*, Soveria M., Rubbettino, 1993.

TABLE OF CONTENTS AND ABSTRACTS

Essays and Articles

The law on assisted procreation loses another “pillar”: The absolute prohibition of heterologous fertilization has been considered illegitimate (p. 5)

Paolo Veronesi

Decision No. 162/2014 of the Italian Constitutional Court held unconstitutional the prohibition of heterologous fertilization provided by law No. 40/2004. It is a brave decision, with which the Court avoids comfortable “shortcuts” and considers directly the merit of the case. The paper highlights the legal and constitutional reasons of the judgment, analyzing and challenging the objections that have been made against the decision. In its final part, the paper also points out the ways by which the regions - in the face of the uncertainties demonstrated by national institutions - have given a more considered and practical response to this decision.

Heterologous fertilization: case law and the legislative competences of the Italian Regions (p. 35)

Lorenza Violini

The article deals with the problematic issues of the concrete implementation of decision No. 162/2014 of the Constitutional Court.

As it is well known, the decision has struck down the ban of the heterologous fertilization provided by law No. 40/2004. In doing so the Court has put on the same foot heterologous fertilization (banned by the law) and homologous fertilization (allowed by the law), in the name of the right to health and of the principle of substantive equality.

After the decision of the Constitutional Court, an intervention is needed in order to give implementation to the new procedure.

However the implementation of homologous fertilization has raised several issues that the Government, the Parliament and the Regions had to tackle.

The article deals with the interventions of the different subjects involved, and in particular of the Regions, and it is aimed to shed light on the intersection between rights, competences and funds that the implementation of “new rights” arises.

From the end of an unreasonable ban to the chaos of an unreasonable response. Judgment No. 162 of 2014 of Italian Constitutional Court, State and Regions on heterologous artificial insemination (p. 61)

Francesca Angelini

After an introduction about the modifications of law 40/2004 on assisted reproduction, during the first 10 years after its approval, the article analyses decision No. 162/2014 of the Italian Constitutional Court, nullifying provisions of law 40/2004, prohibiting assisted procreation of heterologous type. New treatments now allowed by the Constitutional Court's decision, however, caused conflicts between State and Regions on the implementation of assisted procreation of heterologous type because of the non-inclusion of these treatments among the LEA, i.e. the basic level of benefits guaranteed by the National Health Service. This led to a kind of strong health's federalism that put in question the guarantees of benefits at regional level and promotes medical tourism from one Region to another.

The difficulties in the implementation of law No. 194 of 22 May 1978: yesterday, today and tomorrow (p. 89)

Federica Grandi

This paper goes back over some symptomatic and conflicted events that have marked the path of the voluntary interruption of pregnancy (elected abortion), even before it was partially legalized by law No. 194 in 1978.

The deep differences of opinion within the Italian society on the abortion matter have been reflected into the legislator's activity of balancing constitutional values: its interpretations have divided the doctrine, especially on the woman's right to self-determination, as well as the constitutional jurisprudence.

In conclusion, the brief reflection on the different causes of the overall failure of law No. 194 asks each of us what future could have the right of voluntary abortion and, at the same time, if we could reach a positive solution. For example, we may use some useful legislative instrument,

such as the possibility to set up parliamentary inquiries – an important example is the annual Report of Health Ministry (“Relazione del Ministro della salute sull’attuazione della legge contenente norme per la tutela sociale della maternità e per l’interruzione volontaria di gravidanza”) – as well as thinking on the opportunity of new legislative acts, that could be able to make more rational (and sincere) the conscientious objection.

Conscientious objection in the Counseling centers (p. 121)

Alessandra Pioggia

The high number of conscientious objector doctors undermines the legal right of women to have access to services for the termination of pregnancy. Some of these take place in Counseling centers, to which women address in order to certificate that the childbirth or motherhood would seriously endanger their physical or mental health. Italian law 194 provides that, also when there are objectors, administration shall be required to ensure that the procedures are carried out. Some Regions try to solve problems due to the large medical objection with organizational solutions. The paper questions the reasons and justifications of a legal objection in the activities that take place in the Counseling centers, and analyzes some organizational solutions and their limits.

Drug safety in Italy, between supranational duties and internal distribution of competences (p. 141)

Giulia Massari

The article takes the cue from an episode reported by media outlets in the fall 2014, when the Italian Medicines Agency (AIFA) decided to suspend the sale of two batches of influenza vaccine, following the deaths of some patients after the administration. Aiming to analyze the Regions’ reaction to the Agency’s announcement, this paper investigates as a priority the general organization of the pharmacovigilance system, moving from the international to the European plane and then to the Italian structure, largely influenced by the higher levels of regula-

tion. Having outlined the various constraints imposed on the State, the essay focuses on the relationship between State and Regions and aspires to find out if Regions benefit from a margin of autonomy in pharmacovigilance choices or if their function is merely executive of central decisions.

Notes and Comments

The State prohibits, the Mayors allow. The crisis of heterosexual archetype of marriage (p. 173)

Carlo Alberto Ciaralli

Registration of same-sex marriages contracted abroad is the main issue of this study. Moving from a recent judgment of the Court of Grosseto, according to which same-sex marriages were to be recorded into the municipal registry, the Author analyzes the Italian marriage laws, the latest, rather ambiguous, national and supranational case law related to homosexual unions, as well as the reaction of the Italian Ministry of the Interior to the registrations allowed by certain Mayors.

Adopting a critical perspective on case law and practice, this study aims to clarify whether, and how, the Italian legislator can recognize marriage rights to homosexual couples. It also focuses on the role played by the Mayors in relation to the powers conferred by the State, record keeping included, as far as the registration of same-sex marriages contracted abroad is concerned.

Legal recognition of sexual diversity in regional Spain. In particular, law 11/2014 of the Catalanian Parliament (p. 195)

Markus Gonzáles Beilfuss

In recent years, seven Spanish Regions have passed laws that aim to eradicate discrimination against LGBTI persons and to promote spe-

cific public policies addressed to them. The article analyses the provisions of these laws taking into account both the constitutional dimension and the legal regulation of sexual diversity in Spain. Special attention is paid to the Catalan Law of October 2014, which is the most recent and therefore advanced one and which includes for the first time a set of administrative contraventions and sanctions to protect LGTBI persons.

“Informativa antimafia” and the systems of control of large-scale constructions: the Milan EXPO 2015 case (p. 223)

Laura Pergolizzi

This paper concerns the “informativa antimafia” and its various aspects. The aim of the study on the so-called “anti-mafia Code” and the focus on experts’ interpretation is to identify the conditions of the measure in question. Moving on the article analyzes the discretionary power of the Prefect, its size and the limit of the administrative judge, through an overall view in the most recent law cases and doctrine. In addition, the author has reviewed the operations of CCASGO on the administrative system of control of large-scale constructions, with a specific focus concerning the recent Milan EXPO 2015 experience.

Municipal ordinances and remediation of asbestos: procedural profiles and contents (p. 251)

Piera Maria Vipiana

The paper analyzes some aspects about the administrative case law concerning the ordinances that impose the remediation of asbestos: these ordinances are commonly used tools to face up to the widespread and disturbing presence, on Italian territory, of asbestos – containing products. The theme is usually overlooked by the doctrine on the subject, but it seems very relevant in the context of a jurisprudential production, less known than the criminal one or the civil one, but of considerable impact in order to achieve an asbestos – free country.

The paper examines the provisions constituting the legal basis of those ordinances, the competence to adopt them, the main problems with regard to the procedure, as well as the profiles of content. Finally it proposes some suggestions regarding some perspectives de jure condendo.

Regional Observatory

The Calabrian regional elections of 2014 (p. 273)

Roberto De Luca

Francesca Angelini

Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Roma “La Sapienza”

Carlo Alberto Ciaralli

Dottorando di ricerca in Business, Institutions, Markets, Università degli studi di Chieti-Pescara

Roberto De Luca

Ricercatore in Sociologia dei Fenomeni Politici, Università della Calabria

Markus González Beilfuss

Professore ordinario di Diritto costituzionale, Universidad de Barcelona

Federica Grandi

Assegnista di Ricerca in Diritto costituzionale, Università di Roma “La Sapienza”

Giulia Massari

Dottoranda di ricerca in Diritto am-

ministrativo, Università degli studi di Bologna

Laura Pergolizzi

Dottoranda in Giurisprudenza, Università degli studi di Bologna

Alessandra Pioggia

Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli studi di Perugia

Paolo Veronesi

Professore associato di Diritto costituzionale, Università degli studi di Ferrara

Lorenza Violini

Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli studi di Milano

Piera Maria Vipiana

Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli studi di Genova

Criteria editoriali

Istituzioni del Federalismo pubblica contributi scientifici sulle autonomie territoriali, espressione di diverse aree disciplinari, con una naturale preferenza per l'ambito giuridico e politico. IdF accetta solo contributi originali inediti. In base a specifici accordi con l'Autore e in casi particolari potranno essere pubblicati anche lavori già editi o in corso di pubblicazione in altra sede, fatto salvo apposito richiamo in nota da parte dell'Autore. Si accettano contributi redatti su file di testo in italiano, inglese, spagnolo, francese, che verranno pubblicati in lingua originale. Una volta accettato, il lavoro è coperto dal *copyright* della Rivista e non può essere riprodotto senza autorizzazione.

Criteri di revisione. Tutti i contributi da pubblicare sono sottoposti ad una doppia revisione effettuata direttamente dai componenti del Comitato Scientifico oppure affidata a esperti esterni individuati dallo stesso Comitato Scientifico, che resta comunque l'organo competente a decidere in via definitiva sulla pubblicazione o meno di un articolo. La revisione è effettuata attraverso il metodo del referaggio anonimo a "doppio cieco" (che esclude la conoscenza reciproca tra Autore e *referees*) al termine del quale viene comunicato all'Autore l'esito della valutazione. Per i contributi redatti da Autori individuati dal Comitato scientifico almeno uno dei due referaggi sarà comunque anonimo. I principali criteri per la selezione dei contributi sono: rigore e coerenza metodologica; struttura e impianto dell'articolo; originalità e no-

vità dell'apporto scientifico; fondatezza delle argomentazioni a sostegno della tesi; correttezza/completezza delle fonti e della bibliografia.

La Rivista si divide in varie Sezioni, articolate in Saggi e articoli, Note e commenti, Osservatorio regionale, Letture e segnalazioni.

Saggi e articoli. La parte prevalente della Rivista è dedicata alla pubblicazione di saggi e articoli che pervengono spontaneamente alla Rivista oppure vengono commissionati *ad hoc* ad Autori individuati dal Comitato scientifico. Questi contributi hanno una dimensione orientativa compresa tra le 20.000 e le 70.000 battute, note a piè di pagina e spazi inclusi, e devono essere corredati da un *abstract*.

Note e commenti. In questa sezione vengono pubblicati contributi più brevi, commenti a fonti normative, note a sentenza. Ai fini della pubblicazione i contributi, di dimensione di norma non eccedente le 40.000 battute, vengono valutati secondo un criterio di attualità del tema trattato e di attinenza agli argomenti di interesse della Rivista.

Osservatorio regionale. La sezione è dedicata a rassegne di giurisprudenza, legislazione regionale, analisi di buone prassi territoriali, notizie provenienti dalla Unione europea e altre notizie tratte dai materiali pubblicati on-line sul sito della Regione Emilia-Romagna e sul sito della Rivista.

Letture e segnalazioni. In questa sezione si pubblicano recensioni a lavori monografici e segnalazioni bibliografiche.

