

Gennaio – Marzo 2018  
Anno LXVII – Numero 1

# LA MAGISTRATURA

ORGANO DELL'ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI



# I nuovi diritti

## La Magistratura

Periodico a cura dell'Associazione Nazionale Magistrati

Le opinioni espresse in ciascun articolo sono proprie dell'autore e possono non coincidere con quelle della redazione o della direzione o con la linea dell'ANM

## Direzione e Amministrazione

Roma - Palazzo di Giustizia,  
presso l'Associazione Nazionale Magistrati  
Telefono: 06/6861266 - Fax: 06/68300190

Sito internet: [www.associazionemagistrati.it](http://www.associazionemagistrati.it)

## Direttore responsabile

Valeria Aloisio

## Direttore editoriale

Rossana Giannaccari

## Comitato di redazione

Francesca Bonanzinga  
Tommasina Cotroneo  
Liana Esposito  
Luca Poniz

Concept grafico  
dol - [www.dol.it](http://www.dol.it)

## EDITORIALE

4 I nuovi diritti di Rossana Giannaccari

## ATTUALITÀ

8 Coscienza senza più diritti? di Domenico Airoma

12 Il ruolo del giudice nella postmodernità: alla ricerca di un nuovo pensiero giuridico di Nicola Morgese

18 Lo Statuto Universale del Giudice approvato a Santiago Del Cile dall'Unione Internazionale Magistrati di Giacomo Oberto

32 L'associazionismo giudiziario e l'Europa di Raffaele Sabato

## FAMIGLIA

40 La tutela volontaria dei minori stranieri non accompagnati. Un istituto in evoluzione di Filomena Albano

46 Famiglie e genitorialità alla prova dell'uguaglianza di Cecilia D'Elia

51 La mamma non è più una sola? di Paolo Di Marzio

69 L'obbligo di mantenimento degli ascendenti di Italo Federici

76 Unione civile fra persone dello stesso sesso: dalla coppia alla famiglia omosessuale di Marco Gattuso

81 Riflessi penali della surrogazione di maternità effettuata all'estero di Giuseppe Marra

87 Alla ricerca del giusto punto di equilibrio tra valori costituzionalmente confliggenti di Andrea Penta

100 Note a margine sui diritti (e doveri?) del figlio maggiorenne non indipendente economicamente e nel procedimento di negoziazione assistita di Maria Gabriella Rossi

114 Quali diritti e quale processo per la famiglia ed i minori di Bombina Santella

## IUS SOLI

118 Ius Culturae di Marco Tarquinio

## PARITÀ DI GENERE

124 Il giudice penale e la questione di genere di Fabrizio Filice

## DROGA

130 Cannabis: luoghi comuni fra riforma e "legalizzazione" di Alfredo Mantovano

## RISERVATEZZA E PRIVACY

136 La riservatezza e la privacy nell'era di internet di Gabriele Positano

## FINE VITA

144 Biotestamento e neuropsichiatria: consapevolezza e capacità di giudizio di Vincenzo Bonavita e Carmine Vitale

150 Riflessioni in proposito di spersonalizzazione delle determinazioni giurisprudenziali in materie aventi ad oggetto temi etici come il fine-vita e l'eutanasia di Gaetano Bono

157 La vicenda Eluana: un grande caso costituzionale italiano di Beppino Englaro

162 Salute e diritti tra autonomia e responsabilità (a proposito delle leggi 24 e 219 del 2017) di Alberto Maria Gambino e Dario Farace

169 Le nuove norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento di Giacomo Rocchi

175 Il diritto di decidere come e quando morire come espressione della dignità e della libertà dell'uomo. La giurisprudenza sovranazionale a confronto di Giulia Testa

## NEGAZIONISMO

184 Negazionismo e libertà di manifestazione del pensiero: un bilanciamento difficile di Paola De Franceschi

# I NUOVI DIRITTI

**Rossana Giannaccari**

Direttore de "La Magistratura"

Il 27 dicembre 2017 la Costituzione ha celebrato il suo settantesimo compleanno e continua ad essere uguale a sé stessa nella parte che riguarda i principi fondamentali, l'unica a non essere stata modificata. Nei suoi settant'anni di vita la carta costituzionale, benché rigida, ha dimostrato duttilità e flessibilità nell'adattarsi ai cambiamenti della società civile, attraverso l'interpretazione evolutiva affidata al giudice delle leggi e di legittimità ma anche al singolo magistrato, chiamato quotidianamente a ricercare i principi fondamentali nella complessità delle situazioni giuridiche che approdano nelle aule di giustizia.

I valori che hanno ispirato i padri costituenti hanno accompagnato la storia di un Paese che ha vissuto grandi tensioni sociali, ha attraversato i periodi bui delle stragi e del terrorismo, ha conosciuto una devastazione ambientale senza precedenti ma non ha mai abdicato ai valori di libertà e democrazia espressi all'indomani del secondo conflitto mondiale.

Per citare Thomas Jefferson "Every difference of opinion is not a difference of principle", espressione che ben si attaglia alla nostra Costituzione. Il futuro che ci attende non appare meno complesso.

Accanto ad inquietanti scenari di conflitti mondiali, si apre l'età dei "nuovi diritti", dei "diritti emergenti", dei "diritti di terza e quarta generazione": sono i diritti che nascono dai grandi temi della bioetica, dalle disuguaglianze, dalla comunicazione globale.

La scienza ha reso l'uomo protagonista della sua esistenza, il progresso scientifico ha consentito la cura delle malattie ma ha posto il problema della dignità della persona di fronte all'accanimento terapeutico; la crisi della famiglia, le famiglie allargate e le unioni tra persone dello stesso sesso aprono spazio a nuove ed

inedite formazioni sociali, in cui si fanno strada esigenze di tutela finora sconosciute.

La comunicazione globale ha annullato le distanze tra individui ma presenta risvolti drammatici nella vita delle persone, quando la diffusione di informazioni ed immagini avviene senza il consenso e sono a disposizione di tutti attraverso un click. È storia recente la strumentalizzazione che la raccolta dei dati può portare anche nell'ambito della massima espressione della democrazia che è il diritto di voto.

Ed infine, le migrazioni dei popoli, fenomeno antico nella storia dell'umanità ma epocale nei nostri giorni, avvicinando culture e tradizioni differenti, pongono problemi di integrazione e discriminazione.

Nascono nuovi diritti o sono gemmazione di diritti già esistenti? Come vanno bilanciati i diritti emergenti con il catalogo dei doveri e di altri valori come la libertà di coscienza e la sicurezza?

Assistiamo, accanto all'emersione dei nuovi diritti, ad una metamorfosi del diritto, che va sempre più perdendo la sua struttura piramidale, fondata sulla gerarchia delle fonti, per assumere una veste reticolare in cui la tutela è affidata non solo al diritto statale ma al diritto sovranazionale, alle convenzioni ed all'interpretazione delle corti europee.

Il giudice è protagonista della stagione dei nuovi diritti ma è opportuno interrogarsi su quale sia il perimetro della sua azione di fronte a valori concorrenti o confliggenti, quali frontiere siano ancora da esplorare e quali limiti debbano essere posti per evitare che l'interpretazione degeneri in soggettività.

La magistratura associata ha voluto lanciare un appello al legislatore "La politica si pronunci sui grandi temi

come il fine vita, la stepchild adoption, il fenomeno dell'immigrazione e i diritti fondamentali sui quali il legislatore è chiamato a dare delle risposte ai cittadini che però non arrivano. Le domande di giustizia, invece, ci sono e il giudice non può non rispondere davanti alla richiesta di tutela di un diritto. Si crea, quindi, un corto circuito perché la politica non accetta la risposta che è stata data dal magistrato che, per essersi sovraesposto per riempire un vuoto lasciato dal legislatore, viene aggredito e accusato di supplenza. E la magistratura rischia così di essere delegittimata dal modo in cui la politica ne dibatte" (così il Presidente Albamonte nel suo discorso di insediamento).

Abbiamo riflettuto sui nuovi diritti nel corso del XXXIII Congresso dell'ANM, che si è svolto a Siena dal 20 al 22 ottobre 2017, offrendo una visione pluralista su temi che toccano il diritto e la coscienza.

A Siena è stata presentata questa Rivista nella sua nuova veste editoriale, e, nel solco della continuità con il programma della Giunta, il comitato di redazione ha voluto dedicare un intero numero al tema dei nuovi diritti, attraverso il pensiero di diverse voci, della legge e della scienza, del giornalismo e della società civile. L'obiettivo è quello di lasciare una traccia del dibattito associativo e della società civile, che non ha il pregio della completezza ma offre degli spunti sui temi più ricorrenti nelle aule di giustizia, come la nascita, la genitorialità, le nuove formazioni sociali, il fine vita, la liberalizzazione delle droghe leggere. Ma anche su quelli che approderanno nel prossimo futuro, come il diritto all'oblio, il negazionismo, lo ius soli.

Arriveranno nelle aule di giustizia perché in esse vive il diritto, perché, anche quando il legislatore solleva il giudice da scelte valoriali - dalla fecondazione assistita, al fine vita alle unioni civili solo per citare le più recenti - ci sarà sempre una norma da interpretare, un'istanza di giustizia alla quale dare risposta, una lacuna da colmare. Il giudice sarà solo, avrà con sé il privilegio ed il peso dell'indipendenza.

Guarderà alla Costituzione come al suo faro, cercherà conforto nella giurisprudenza di legittimità, si confronterà con la legislazione e la giurisprudenza sovranazionale.

Interpellerà la Corte Costituzionale e la Corte di Giustizia, applicando le decisioni della Corte di Strasburgo.

Dovrà essere un giudice attento alle nozioni tecnico giuridiche ma anche aperto ai saperi extragiuridici, un giudice capace di interpretare il cambiamento della società civile, di percepirne gli stimoli culturali e di alimentare le proprie conoscenze attraverso il confronto con l'Accademia, il Foro e la società civile.

I nuovi diritti sono un terreno fertile anche per guardare ai valori dell'associazionismo giudiziario, per interrogarci sul modello di magistrato che andrà delineandosi nei prossimi anni, su come esercitare la giurisdizione per garantire nuovi diritti e rendere effettivi i diritti esistenti. Libertà e democrazia sono assicurate non solo dalla legge, ma dall'indipendenza, interna ed esterna della magistratura.

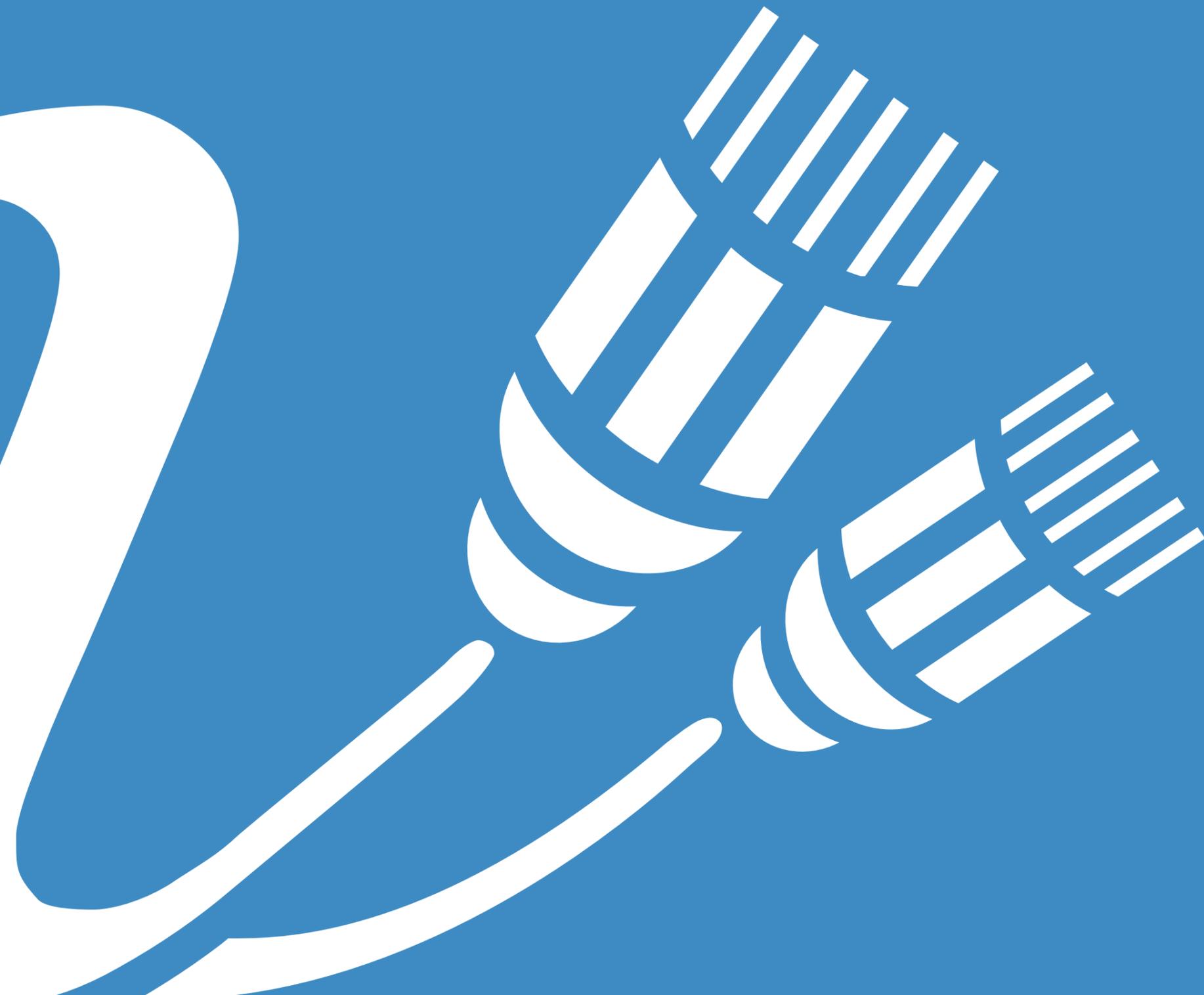
Scriveva Calamandrei che "l'indipendenza dei giudici, cioè quel principio istituzionale per cui al momento in cui giudicano debbono sentirsi svincolati da ogni subordinazione gerarchica, è un duro privilegio, che impone, a chi ne gode, il coraggio di restar solo con sé stesso, a tu per tu, senza nascondersi dietro il comodo schermo dell'ordine del superiore".

Ma essere indipendenti oggi significa anche esercitare la giurisdizione con responsabilità, guardando ai tempi della giustizia senza trascurare la qualità della risposta di giustizia.

Significa chiedere alla politica non solo di scrivere le leggi, magari riappropriandosi del suo ruolo nella naturale sede parlamentare, ma anche di dare le necessarie risorse per assicurare l'efficienza della giustizia.

Significa chiedere all'autogoverno di fare scelte che, a tutti i livelli, mettano al centro la complessità del mestiere del giudice e possano allontanare lo spettro del giudice burocrate.

Al giudice si chiede di abbandonare la tentazione del carrierismo per guardare alla bellezza della giurisdizione, che è scienza del diritto e capacità di rendere giustizia. ●



# ATTUALITÀ

# COSCIENZE SENZA PIÙ DIRITTI?

**Domenico Airoma**

Procuratore aggiunto della Repubblica presso il Tribunale di Napoli Nord

La tutela della libertà di coscienza va assumendo un rilievo sempre più centrale in una società fattasi plurale, dove l'omogeneità culturale e valoriale è oramai persa. In particolare, l'emersione dei cosiddetti nuovi diritti – rami nati da un'unica pianta, l'autodeterminazione - lascia sul campo nuovi soggetti deboli, sia individuali che collettivi. La mancata risoluzione del contrasto fra principi confliggenti, mediante la positiva previsione e regolamentazione del diritto all'obiezione di coscienza, scarica sulla magistratura il peso del conflitto, con il rischio di farle perdere la necessaria terzietà.

## 1. L'AUTODETERMINAZIONE COME NUOVO FONDAMENTO DELLA DIGNITÀ DELL'UOMO

Se c'è un principio che, dopo un processo di lenta incubazione avviato durante la rivoluzione del Sessantotto, è venuto assumendo un ruolo centrale nell'elaborazione dapprima giurisprudenziale e poi normativa, è senza dubbio quello dell'autodeterminazione.

Si tratta di "un concetto chiave, attraverso cui interpretare le Costituzioni e aggiornare il catalogo dei diritti individuali"; ed "è proprio questo concetto che spesso ha condotto alla creazione di nuovi diritti". (Luca Antonini, 2012)

Nato nell'alveo del diritto alla "privacy", l'autodeterminazione ha ben presto abbandonato il

solco dei desideri privati per esondare nel campo dei diritti della persona, assumendo una funzione, non più solo oppositiva nei confronti dell'invadenza dei pubblici poteri, ma fortemente pretensiva, reclamando effettività di tutela e, soprattutto, assolutezza di protezione.

E' quanto è accaduto e sta accadendo sul terreno del diritto alla vita familiare, del diritto alla genitorialità, del diritto a disporre della stessa vita, generando un sisma il cui epicentro è la concezione stessa dell'uomo e della sua dignità.

*"In questo contesto, ogni gruppo rivendica il 'suo diritto', dimenticando che ogni nuovo diritto crea un nuovo e correlativo dovere per qualcun altro o comunque un incisione di altri valori. Soprattutto si tende alla normativizzazione del desiderio, quasi che il rivestimento legislativo del desiderio potesse misticamente assicurarne il compimento. Intrappolati nel miraggio di questo inganno, i nuovi diritti allora rischiano di creare nuove infelicità: questo sembra essere spesso il loro tragico destino"* (Luca Antonini, 2012).

Ed in questo contesto non è mancato chi, pur non nell'ambito dei giuristi (ma questo è ancor più significativo), ha mostrato di guardare con sospetto a questa euforia da nuovi diritti, ponendosi una domanda tanto provocatoria quanto fondante: "può ogni desiderio (...) costituire un diritto?" Ed ancora, si è osservato: "Il diritto (...) tutela l'individuo ma anche la società e non può disinteressarsi delle

ricadute di una legge sull'antropologia civile, ossia sui fondamenti che tengono insieme una comunità e una società (Claudio Magris, Corriere della Sera, 16 marzo 2016).

E' evidente, infatti, che una prospettiva individualistica, declinata in modo assolutistico, oltre a porre in crisi il principio di solidarietà, mette in discussione il fondamento stesso della capacità dell'uomo di decidere in modo libero e autonomo: la libertà di coscienza e la sua incoercibilità.

Perché è chiaro che la posta in gioco non è rappresentata da aspetti *accidentali* del consorzio sociale, ma da questioni fondanti, rispetto alle quali la minoranza non può essere costretta ad un ossequio che mortifichi gli ineludibili precetti posti dalla coscienza: il gioco, in tal caso, non sarebbe più autenticamente democratico, ma subdolamente totalitario.

## 2. LA LIBERTÀ DI COSCIENZA COME DIRITTO FONDAMENTALE DELL'UOMO, PRESUPPOSTO DELLA STESSA AUTODETERMINAZIONE

La libertà di coscienza è la culla di tutti i diritti fondamentali della persona, perché è grazie ad essa che al soggetto viene data la stessa facoltà di scegliere se e come aderire ad una visione del mondo, ad una concezione di vita, se e come schierarsi in campo religioso.

La Corte Costituzionale, nella sentenza n. 467 del 1991, intervenendo sulla disciplina dell'obiezione di coscienza al servizio militare, allora obbligatorio, ha sottolineato, con riferimento alla libertà di coscienza, il rango di diritto fondamentale dell'uomo, garantito dall'art. 2 della Costituzione, che il legislatore può solo regolamentare ma mai negare.

*"A livello dei valori costituzionali, la protezione della coscienza individuale si ricava dalla tutela delle libertà fondamentali e dei diritti inviolabili riconosciuti e garantiti all'uomo come singolo, ai sensi dell'art. 2 della Costituzione, dal momento che non può darsi una piena ed effettiva garanzia di questi ultimi senza che*

*sia stabilita una correlativa protezione costituzionale di quella relazione intima e privilegiata dell'uomo con sé stesso che di quelli costituisce la base spirituale-culturale e il fondamento di valore etico-giuridico.*

*(...) la sfera di potenzialità giuridiche della coscienza individuale rappresenta (...) un valore costituzionale così elevato da giustificare la previsione di esenzioni privilegiate dall'assolvimento di doveri pubblici qualificati dalla Costituzione come inderogabili (c.d. obiezione di coscienza)."*

Il rilievo primario che assume la tutela della libertà di coscienza viene confermato anche dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Al riguardo infatti, i giudici di Strasburgo hanno significativamente sviluppato la propria giurisprudenza giungendo a configurare la deducibilità dell'obiezione di coscienza anche qualora la stessa non sia prevista dall'ordinamento interno; colmando, pertanto, una lacuna normativa, nella misura in cui tale lacuna viene considerata non giustificata e lesiva appunto della superiore libertà di coscienza.

Nel Caso *Ercep contro Turchia* (decisione del 22/11/2011), riguardante la repressione dell'obiezione di coscienza al servizio militare, la Corte di Strasburgo ha ribadito che "ciò che è protetto dall'Articolo 9 della Convenzione, la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, è uno dei fondamenti di una 'società democratica' ai sensi della Convenzione. Si tratta, nella sua dimensione religiosa, di uno degli elementi più essenziali per l'identità dei credenti e per la loro concezione della vita, ma è anche un bene prezioso per gli atei, gli agnostici, gli scettici e gli indifferenti. Si tratta del pluralismo, conquistato a caro prezzo nel corso dei secoli e da cui dipende il tipo di società. (...) il giudice deve tener conto della necessità di garantire un vero pluralismo religioso, di vitale importanza per la sopravvivenza di una società democratica (...) il pluralismo, la tolleranza e lo spirito di apertura sono le caratteristiche di una "società democratica".

### 3. L'OBBLIGO DI BILANCIAMENTO TRA CONCEZIONI DI VITA E VISIONI MORALI CONFLIGGENTI

L'esistenza di un conflitto con diritti del pari riconosciuti dall'ordinamento costituzionale non può, pertanto, costituire di per sé ragione per escludere tutela all'obiezione di coscienza radicata in visioni morali e religiose pur minoritarie, una volta riconosciuto il fondamento della stessa in principi di rango costituzionale.

Nella sentenza nr. 467 del 1991, sopra citata, la Corte Costituzionale invita, infatti, il legislatore a compiere *“una delicata opera”* di bilanciamento, *“in modo da non arrecare pregiudizio al buon funzionamento delle strutture organizzative e dei servizi d'interesse generale”*.

Non solo. Sempre la Corte Costituzionale ha chiarito, quanto alle modalità di bilanciamento, che le stesse non possono comportare trattamenti discriminatori nei confronti di chi invoca l'obiezione di coscienza.

Nella sentenza n. 470 del 1989, che dichiarò illegittima la legge sull'obiezione di coscienza al servizio militare nella parte in cui prevedeva un servizio sostitutivo più lungo rispetto a quello di leva, la Corte osservava che *“la differente durata del servizio sostitutivo rivestirebbe chiaramente quel significato di sanzione nei confronti degli obiettori che già si è stigmatizzato, ledendo, altresì, i fondamentali diritti tutelati dal primo comma dell'art. 3 e dal primo comma dell'art. 21 della Costituzione, in quanto sintomo di una non giustificabile disparità di trattamento per ragioni di fede religiosa o di convincimento politico e, nello stesso tempo, freno alla libera manifestazione del pensiero”*.

Il primato della coscienza individuale, così come affermato dalla Corte Costituzionale con la sentenza appena citata, non venne smentito nemmeno quando la stessa Corte, con la sentenza n. 196 del 1987, respinse la questione di legittimità costituzionale della legge 194 del 1978 nella parte

in cui non permetteva ai giudici tutelari, chiamati ad autorizzare le minorenni a procedere all'interruzione di gravidanza senza il consenso dei genitori, di sollevare obiezione di coscienza.

La Corte ribadì che si trattava *“di comporre un potenziale conflitto tra beni parimenti protetti in assoluto: quelli presenti alla realtà interna dell'individuo, chiamato poi, per avventura, a giudicare, e quelli relativi alle esigenze essenziali dello jusdicere (ancorché intra volentes)”*, confermando, appunto, la protezione assoluta della coscienza individuale; ritenne di respingere la questione sulla base della posizione differente dei magistrati rispetto a tutti gli altri dipendenti pubblici, ma soprattutto sul fatto che il mestiere di magistrato garantisce appieno la sua coscienza: *“Il magistrato è tenuto ad adempiere con coscienza appunto (art. 4 legge 23 dicembre 1946, n. 478) i doveri inerenti al suo ministero: si ricompongono in tal modo, nella realtà oggettiva della pronuncia, e i suoi convincimenti e la norma obiettiva da applicare. E' propria del giudice, invero, la valutazione, secondo il suo prudente apprezzamento: principio questo proceduralmente indicato, che lo induce a dover discernere - secondo una significazione già semantica della prudenza - intra virtutes et vitia. Ciò beninteso in quei moduli d'ampiezza e di limite che nelle singole fattispecie gli restano obiettivamente consentiti, realizzandosi, in tal guisa, l'equilibrio nel giudicare.”*

Tuttavia – per segnalare la necessità di una tutela piena della coscienza dei magistrati e l'equilibrio nell'esercizio della giurisdizione – la Corte aggiungeva un accenno (che aveva il sapore della raccomandazione) di adottare *“adeguate misure organizzative nei casi di particolare difficoltà”*, così da non destinare i magistrati la cui coscienza si oppone alle procedure abortive al ruolo di Giudice tutelare.

### 4. LA MANCATA PREVISIONE POSITIVA DELL'OBIEZIONE DI COSCIENZA E LE RICADUTE SULLA TERZIETÀ DEL GIUDICE. POSSIBILI SCENARI

Se questa è la cornice di riferimento, non può revocarsi in dubbio che un'interpretazione sia costituzionalmente che convenzionalmente orientata conduca –doverosamente- a riconoscere l'obiezione di coscienza pur in assenza di una previsione positiva.

Tuttavia, il carattere di ideologia aggressiva che sempre più va assumendo oggi il relativismo, ha fatto sì che –con riferimento alle disposizioni che hanno introdotto i *nuovi diritti* in tema di famiglia e fine vita- fosse deliberatamente esclusa ogni disciplina sull'obiezione di coscienza; con ciò il legislatore rinunciando a comporre quel conflitto fra visioni morali confliggenti oggi divenuto la quinta ineliminabile dell'attuale paesaggio antropologico e, di fatto, scaricando questo compito sul giudice. Si viene, pertanto, a darsi una situazione di assoluta novità, dove alla magistratura non viene chiesto, come pure è accaduto in passato, di sviluppare quel che era implicitamente contenuto nel testo costituzionale, ma di decidere se –prima ancora che *come*- vi sia ancora spazio per riconoscere diritti alle coscienze dissenzienti.

Si tratta, in ultima analisi, di stabilire chi non ha il diritto di auto-determinarsi, ma è tenuto a etero-determinarsi.

Al di là dei calici alzati per i nuovi diritti, vi è più di un motivo, perciò, per essere preoccupati.

Innanzitutto, per la necessaria terzietà della magistratura.

Qualche anno fa, il Procuratore Generale della Cassazione, inaugurando l'anno giudiziario, il 23 gennaio 2015, così fotografava questo rischio:

*“(...) Archivate le ideologie (...), le scelte etiche condivise sono solo quelle sancite dal diritto penale:*

*per censurare una condotta occorre qualificarla come reato, ‘mancando altrimenti un sistema di valori davvero eloquente e condiviso’ (...).*

*In breve: non solo la rilevanza dei comportamenti antisociali è affidata alla giustizia penale, ma l'intero collante sociale, rappresentato dal senso civico comune, è appaltato alla giurisdizione penale. (...)*

*“La magistratura – ha osservato qualche tempo fa il Presidente emerito della Corte costituzionale, Gaetano Silvestri – è da tempo uscita dal terreno del controllo, che è quello ad essa congeniale e proprio, per addentrarsi in quello della mediazione e della regolazione del conflitto sociale. (...)*

*Insomma, il terzo potere si trasforma sempre più in gigantismo della giurisdizione per le aspettative etiche e sociali che l'accompagnano, il che costituisce una grave distorsione dell'assetto sociale”.*

Altro motivo di preoccupazione è nell'effetto –all'apparenza paradossale- di un'autodeterminazione individualistica senza limiti: posto che –come è stato autorevolmente osservato (G. Zagrebelsky, 1992)- non è possibile accordare la vittoria a tutti i desideri, proprio per la loro pretesa di assolutezza- bisogna che qualcuno decida chi vince e chi perde. Per autodeterminarsi ci si affiderà, in ultima analisi, allo Stato, che attraverso il giudice, stabilirà chi soccombe, chi cioè è destinato a zittire la propria coscienza, perdendo la dignità stessa.

Ma la Storia insegna che non a lungo si può giocare con la dignità degli uomini. E che sorge sempre un Antigone ad ammonire che non tutto ciò che è giuridicamente possibile è anche moralmente lecito.

*“(...) bisogna aver visto calpestare il proprio diritto o il diritto altrui per sentir crescere nell'anima, a poco a poco, la certezza di quelle supreme leggi etiche, in confronto delle quali l'onnipotenza del diritto appare una miserabile illusione” (Francesco Carnelutti, 1990).* ●

# IL RUOLO DEL GIUDICE NELLA POSTMODERNITÀ: ALLA RICERCA DI UN NUOVO PENSIERO GIURIDICO

**Nicola Morgese**

Giudice del Tribunale di Trani

Nell'attuale contesto storico, dominato dal pensiero tecnico e contrassegnato da un diritto sempre più reticolare e frammentato, si assiste ad un radicale mutamento della funzione del giudice, la cui immagine, distaccandosi da quella di semplice *custode* e bocca della legge, tende progressivamente a conformarsi, sotto la spinta di nuovi diritti e principi, a quella di *artefice* e creatore della regola più idonea a risolvere, secondo giustizia, il caso controverso. Si delinea così, in una stagione postmoderna, un orizzonte giuridico nuovo, i cui confini devono ancora disvelarsi ma che sembrano protendersi verso una decisiva svolta assiologica, espressiva di un duplice mutamento prospettico: sul piano dogmatico, nei rapporti fra legge e *giudizio* e su quello ermeneutico, nella stessa forma del ragionamento giuridico.

La figura classica del giudice tende oggi più che mai a ritirarsi dalla tradizionale cornice in cui per secoli è stata incasellata e che ne confinava il ruolo nell'immagine alta ma riduttiva di pura voce

(*viva vox*) del diritto<sup>1</sup> o, secondo la definizione di Montesquieu,<sup>2</sup> di essere inanimato, bocca della legge.<sup>3</sup>

Il quadro storico in cui questa immagine prosperava era caratterizzato da una dimensione fortemente nazionalistica del diritto, tipica degli Stati moderni improntati alla formula westfaliana del "*cuius regio, eius religio*": espressione che sintetizzava

1 Secondo una definizione ricavata da D. I. 1. 8 e attribuita al giurista Marciano.

2 Charles-Louis de Secondat, barone di Montesquieu: "*Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*" (*Esprit des Lois*, XI, cap. VI).

3 Espressione quest'ultima tributaria della definizione "*Magistratum legem esse loquentem*" resa da Cicerone in *De Legibus* III, 122.

una concezione ultrasecolare, consolidatasi alla fine della rivoluzione francese e che riteneva lo Stato di diritto<sup>4</sup> estensione di un potere sovrano e indipendente, all'interno dei propri confini.

Era questo un tempo storico dominato, come in seguito avvertito, dalla fede nelle grandi narrazioni metafisiche (le grandi ideologie come l'illuminismo, il marxismo, l'idealismo e le c.d. strutture immutabili fra cui lo Stato nazionale) e nella conseguente fiducia in un diritto improntato alla *certezza*,<sup>5</sup> inteso come ordinato disporsi di precetti dettati dal legislatore e geometricamente organizzati da una scienza giuridica pura, capace di ridurne le propaggini a sistema, consegnandole alla tassonomia delle codificazioni.

Tale visione tipica della c.d. modernità giuridica - e che ha trovato origine ed alimento in una forma di *mitizzazione* della legge statale - entra in una lenta agonia all'inizio del secolo scorso<sup>6</sup> (Santi Romano) e muore del tutto in epoca recente, quando si è infine entrati in un periodo di mutazione e crisi che per alcuni è stata perfino considerata come una stagione di paventata "*Fine del diritto*" (vedasi gli atti di un incontro del 2008 promosso da Pietro Rossi<sup>7</sup>) o al più pervasa da un diritto minimo, un

4 Sull'evoluzione storico dello Stato di diritto cfr. P. Costa e D. Zolo, *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002. E. Santoro, *Diritto e diritti: lo stato di diritto nell'era della globalizzazione. Studi genealogici: Albert Venn Dicey e il Rule of law*, Torino, 2008.

5 In proposito resta celebre il saggio *La certezza del Diritto*, di F. López De Onate, Roma, 1942, in cui la costanza e generalità del diritto era condizione per l'affermarsi della propria eticità

6 S. Romano, *Lo stato moderno e la sua crisi. Discorso inaugurale per l'anno accademico*. 1909.

7 *Fine del diritto?*, a cura di P. Rossi, Bologna, 2009.

diritto "*senza verità*".<sup>8</sup>

Si è così compiuta, negli ultimi decenni, una lenta e inesorabile metamorfosi<sup>9</sup> dell'idea tradizionale del diritto, una forma di mutazione in cui l'esperienza giuridica si è quasi del tutto rinnovata, riuscendo, secondo una plastica immagine,<sup>10</sup> a disfarsi, come a primavera i serpenti, della pelle stretta e coartante del diritto statale, per cominciare ad indossarne una nuova.

È così che alla fine di tale evoluzione, assimilata quasi ad un processo di liberazione, si sono aperte le porte di un contesto giuridico nuovo, denominato pos-moderno, (sul calco del termine post-moderno di François Lyotard<sup>11</sup>) e connotato dalla definitiva perdita della fede in uno Stato legislatore depositario di verità, per approdare ad una stagione governata dalla progressiva disgregazione delle fonti e dal proliferare di principi superiori.

Come efficacemente detto<sup>12</sup> da François Ost e ricordato già un decennio fa dal primo Presidente della Corte di Cassazione, nella relazione annuale della giustizia 2009, il "*nuovo*" diritto, apparso all'esito di questa inesorabile parabola, ha ormai perduto l'originaria forma piramidale, presentandosi agli operatori come una "rete" fitta e intricata di fonti.

8 N. Irti, *Diritto senza Verità*, Bari, 2011.

9 Cfr. A. Catania, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*. Bari, 2010

10 P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Bari, 2015, p. VIII.

11 J. F. Lyotard, *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, 1979.

12 Cfr. F. Ost, *Dalla piramide alla rete: un nuovo paradigma per la scienza giuridica?* In M. Vogliotti, *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, 2008.

Agli occhi degli studiosi, in particolare, il diritto odierno si palesa in *forma* reticolare: come un *intreccio* composito di regole consuetudinarie (*lex mercatoria*), di fonti nazionali e fonti sovranazionali (UE e CEDU), di principi costituzionali, convenzionali e unionali nonché di interpretazioni vincolanti delle Corti, la cui concreta attuazione richiede quindi un sforzo continuo e incessante da parte dell'interprete.

In questa nuova cornice, la funzione del giudice comune ed in particolare del giudice civile è andata gradualmente trasfigurandosi, non essendo più incentrata, in correlazione con lo spostamento dell'asse portante dell'ordinamento dalla legge al *giudizio*, sulla mera *applicazione* del precetto, quanto piuttosto sulla diretta regolamentazione del caso concreto, alla luce dei *testi* - e più latamente - dei *contesti* normativi.

Per l'effetto, al giudice non è più richiesto solo di applicare la legge, operando una mera sussunzione della fattispecie concreta in quella legislativa astratta, quanto piuttosto di compiere una forma complessa di interpretazione armonizzatrice, volta a rinvenire (da "*invenio*" latino<sup>13</sup>), all'interno dell'intreccio composito di fonti e principi, la regola da applicare<sup>14</sup> al caso concreto, all'esito di un processo cognitivo spesso condotto al di fuori dei tradizionali schemi ermeneutici.

L'approccio pragmatico si cristallizza icasticamente nell'assunto secondo cui il giudice comune non è più e *in via esclusiva* soggetto, secondo la nota definizione costituzionale (art. 101, comma 2),

13 P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Bari, 2017

14 Processo di indagine del diritto che ha come risultante l'enunciazione della *regola*, all'esito di un procedimento logico antico, già enunciato in D.50.17.1, *Paulus libro 16 ad Plautium*, secondo cui: "*Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*".

alla legge nazionale ma è vincolato in primo grado alle fonti e ai principi unionali nonché alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, ai sensi e per gli effetti dell'art. 117 comma 1 Cost..

Sul punto appare emblematico il fatto che due grandi protagonisti del panorama giuridico contemporaneo si spingano ad affermare che la scelta di applicare oggi la disposizione statale "*secondo il senso fatto palese dal significato delle parole*" e alla luce "*della intenzione del legislatore*" rappresenta una operazione esegetica antiquata che "*sa terribilmente di vecchiume*",<sup>15</sup> in ossequio ad una norma, l'articolo 12 delle preleggi, tacciato implacabilmente come "*reperto fossile*".<sup>16</sup>

Si delinea dunque una trasformazione radicale della stessa logica ermeneutica, dovendo l'approccio argomentativo classico, di stampo logico-sillogistico<sup>17</sup>, cedere il passo ad un'attività di ricerca e rinvenimento del *diritto* complessa e articolata, sintetizzabile nei seguenti passaggi: a) individuare, all'interno del variegato panorama (nazionale e sopranazionale) *le fonti* da applicare; b) coordinare le stesse, come interpretate dalle Alte Corti, alla luce dei canoni dell'interpretazione conforme e/o adeguatrice; c) armonizzare il precetto ai valori e ai principi generali e superiori; d) adattare la regola

15 P. Grossi, nella relazione tenuta nel corso convegno del CSM tenutosi a Roma il 26 maggio 2016, dal titolo *La dimensione economica del diritto nel pos-moderno, La funzione del giudice civile tra mercato e diritti*.

16 Cfr. N. Lipari, *Diritti fondamentali e ruolo del giudice*, in *Rivista di Diritto Civile* n. 5/2010.

17 Cfr. più in generale, sul tema A. Kaufmann, *Il ruolo dell'abduzione nel procedimento di individuazione del diritto*, in *Ars Interpretandi* 2001, p. 321.

così *ricavata* al concreto fatto della vita.<sup>18</sup>

Il cambio di rotta si fa sempre più evidente, anche alla luce della graduale avanzata, in diretta corrispondenza con l'aumento del "*potere dell'uomo sull'uomo*"<sup>19</sup> garantito dalla tecnica, di nuovi *diritti umani*: diritti che, per acquisita preesistenza rispetto alle formazioni statuali, non richiedono specifica enunciazione legislativa, essendo ricavati per *gemmazione* e implementazione dal sostrato dei principi contenuti nelle Carte dei diritti fondamentali.

Si veda, in guisa di esempio, il raffinato esercizio ermeneutico che ha consentito, tra l'altro, il riconoscimento del diritto all'ambiente salubre, tratto dal diritto alla salute e la tutela dei nuovi diritti della personalità, quali il diritto alla riservatezza, il diritto all'identità personale (Corte Cost. n.474/2002) e il diritto all'oblio (Corte Cost., sent. 287/2010), ricavati dalla giurisprudenza (come da ultimo, il diritto alla conoscenza delle proprie origini da parte del figlio adottato, Cass. Civ., 09/11/2016, n.22838), all'esito di una interpretazione creativa fortemente orientata da scelte valoriali.

In questo contesto, dunque, il giudice non sembra più incarnare la figura tradizionale ma riduttiva di custode delle Leggi, quanto piuttosto quella autentica dell'*artefice*<sup>20</sup> (*ars boni et equi di celsiana memoria*) che concorre direttamente alla creazione della regola, secondo un'immagine in cui la spada della giustizia - e dunque in senso traslato del giudice - non è più l'arma del guardiano che vigila

18 Appare in questo senso chiara l'inversione rispetto al tradizionale procedimento sussuntivo che, anziché procedere dal fatto alla norma, vedeva invece nella norma il parametro al quale *adattare* il fatto in oggetto.

19 N. Bobbio, *L'età dei diritti*, p. XV.

20 Rimarcandone l'etimologia composita di *ars* e *facere*, con riferimento all'*ars iuris* di cui D.1.1.1. pr., "*...ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi*"

sul rispetto di una *norma data*, ma lo strumento regolatore utile a rinvenire il punto in cui sferrare il taglio (*dixastès*<sup>21</sup>) che risolve la contesa.

Fuor di metafora, può affermarsi che il giudice-interprete postmoderno non dimora più ai margini del circuito normativo ma al suo centro e, in quanto mediatore tra fonti, valori e situazioni di vita, diviene egli stesso, in tutta la sua carnale essenza,<sup>22</sup> autentico produttore del diritto: in una dinamica che rievoca la funzione correttiva e *suppletiva*<sup>23</sup> svolta, nell'insuperata esperienza giuridica romana, dal *praetor peregrinus*.

Come autorevolmente rilevato,<sup>24</sup> sono ormai numerosi i settori dell'ordinamento in cui si registra, oltre che una compresenza di fonti nazionali e sovranazionali, una fitta e ininterrotta proliferazione di clausole elastiche e principi generali, di origine interna e sovranazionale, la cui attuazione resta demandata al momento del giudizio e dunque all'opera ricostruttiva dell'interprete.

Il fenomeno alimenta un andamento *ascensionale*, tale per cui il criterio della decisione sembra passare al di sopra dei testi legislativi, per attingere

21 Secondo la nota definizione del giudice data da Aristotele in *Etica Nicomachea*, Libro V, in cui "*il giudice è colui che divide la cosa in due parti eguali*" "*δικαστς διχαστής*".

22 Di "*schiumosa soggettività*" dell'interprete parla Natalino Irti in *Un Professore-insegnante (per Giuseppe Benedetti)*, in *R. trim. d. proc. civ.* 2008, p.1421.

23 Essenza del diritto pretorio, secondo la definizione di Papiniano: "*Ius praetorium est quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam*" (D.1.1.7.1).

24 G. Vettori, *Regole e Principi. Un decalogo*, in *Persona e Mercato*, 2015 e P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, op. cit.

ai valori e principi (dignità della persona, parità di trattamento, libertà di impresa, giustizia) enunciati nei Trattati - l'articolo 2 del Trattato Unione Europea - e nelle Carte fondamentali che divengono, nell'interpretazione offerta dalle Corti supreme, un nucleo assiologico imprescindibile e la premessa di qualsiasi interpretazione.

Gli esempi sono molteplici, in ogni campo e settore giuridico: in ambito contrattuale, possono enumerarsi le fondamentali pronunzie in tema di abuso del diritto (Cass. Civ., sez. un, 18/09/2009, n.20106) e di rilevanza d'ufficio della nullità per contrasto con i doveri inderogabili di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. (Cass. Civ., sez. un. 4 settembre 2012, n. 14828, Corte cost. n.248/2013 e n.77/2014); con riferimento al diritto del lavoro, possiamo citare, nell'ottica della rimarcata supremazia dei principi generali, la recente giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di discriminazione per età e parità di trattamento, di cui all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

A quest'ultimo riguardo, con sentenza del 19.04.2016 (resa nella causa C-441/14), la Corte di giustizia, disattendendo in pochi enunciati la regola, per decenni consolidata, dell'inidoneità della direttiva comunitaria non eseguita a produrre effetti diretti sull'ordinamento interno (al di fuori del caso di direttive *self-executing*), ha affermato la vincolatività anche orizzontale del principio di non discriminazione, di cui alla direttiva 78/2000/Ce, definendolo come un *principio generale dell'Unione*. Sulla scorta di tale qualificazione, la Corte di Lussemburgo ha dunque *assegnato* al giudice nazionale il compito di interpretare il diritto interno alla luce della lettera e dello scopo della direttiva, onde permettere, in chiave di effettività, il conseguimento del risultato fissato da quest'ultima anche a costo di modificare, se del caso, una giurisprudenza consolidata o di disapplicare ogni disposizione della normativa nazionale contraria.

Infine, secondo la risoluta dottrina della CGUE,

il giudice nazionale, a fronte di principi generali di diritto comunitario, ha sempre *l'obbligo*, anche in sostituzione del legislatore inadempiente, *di assicurare* comunque la tutela giuridica che il diritto dell'Unione attribuisce ai soggetti dell'ordinamento operando, ove necessario, anche a dispetto della legislazione nazionale e dei principi di *certezza* del diritto e di *tutela dell'affidamento*.<sup>25</sup>

Appare dunque innegabile, alla luce del ricordato - e parziale - quadro esemplificativo, il disvelarsi di un orizzonte giuridico nuovo, connotato da un duplice mutamento prospettico che investe non solo, nella dogmatica delle fonti, i rapporti fra legge e giudizio ma più radicalmente la stessa forma del ragionamento giuridico.

Non è azzardato affermare a riguardo che, in controtendenza rispetto ad un'epoca orientata alla ragione *calcolante*<sup>26</sup> e portata pigramente a scivolare verso una logica di tipo binario (propria del linguaggio dei computer), gli interpreti del diritto siano, ora più che mai, invitati ad un pensare *problematico* - di tipo meditativo - che coniughi, ai fini decisori, elementi normativi e assiologici provenienti dall'intera *rete* del diritto globalizzato e dalla stessa esperienza.<sup>27</sup>

È a questo tipo di pensiero che si affida, a ben vedere, la Corte di Giustizia quando assegna sistematicamente alle Corti nazionali (con la locuzione *"spetta al giudice..."*) il compito di verificare, in considerazione delle circostanze del caso concreto,<sup>28</sup> se la normativa interna sia

25 Cfr. parte motiva della sentenza del 19 aprile 2016, C-144/14, *Dansk Industri* (DI).

26 *"Denken als Rechnen"*, secondo l'espressione di M. Heidegger, in *l'Abbandono*, Genova, 1983.

27 P. Grossi, *Ritorno al diritto*, p. 84.

28 In una prospettiva in cui è lo stesso fatto a determinare il diritto, ancora una volta in linea con la metodologia giuridica romana: cfr. D.9.2.52.2 *"Respondi in causa ius esse positum"*.

*conforme* o meno ad un determinato principio e, in caso contrario, assumersi l'onere di una decisione correttiva.

Un atteggiamento ermeneutico inedito che presuppone un'opera attenta di ponderazione e tessitura,<sup>29</sup> compiuta in un panorama del diritto che da *ius positum* è divenuto, di riflesso al liquefarsi della società,<sup>30</sup> un fenomeno *costantemente in fieri*: situazione che richiede agli interpreti competenze e sensibilità supplementari che allontanino gli spettri di decisioni obbligate proprie di chi gradirebbe, esasperando il messaggio di Weber<sup>31</sup>, un diritto sussumibile in algoritmi affidabili a macchine.<sup>32</sup>

Risulta chiaro, in conclusione, come questa virata storica comporti, in un tempo peraltro animato da una crescente sete di diritti umani e sociali, una indubbia *sovraesposizione* dell'interprete ed in particolare del giudice, chiamato a navigare, a volte in totale solitudine, nel labirinto legislativo, senza poter contare su quelle *mappe* concettuali che, per decenni, ha fiduciosamente (o forse solo passivamente) consultato.

È in questo quadro quindi che devono svilupparsi le riflessioni e i dibattiti in tema di interpretazione del diritto, nel complesso ambito dell'organizzazione del lavoro giurisdizionale: dovendosi rimarcare la sempre più evidente specificità di una funzione

29 Cfr. N. Lipari, *Il Giudice Civile tra legge e giudizio*, 2016.

30 Espressione centrale nell'elaborazione di Z. Bauman, sviluppata, fra l'altro, in *Modernità Liquida*, Bari, 2011.

31 M. Weber, in *Economia e Società*, trad. it. Milano 1974.

32 Si veda sul punto il capitolo *Macchine al posto dei giudici?* nel volume di C. Bona, *Sentenza imperfette*, Bologna, 2010 e da ultimo, L. Viola, *Interpretazione della legge con modelli matematici*, Milano, 2017.

che, per come rimodulata, richiede un approccio lavorativo di certo non incentrato su logiche di muta *produttività*.

Non è un caso che le stesse Raccomandazioni del Consiglio d'Europa CM/-Rec (2010) sui giudici adottino una definizione del concetto di *«efficienza della magistratura»*, concettualmente agli antipodi rispetto alle sempre diffuse ossessioni statistiche e individuata nella capacità, da parte del giudice, di *«rendere decisioni di qualità in un termine ragionevole, sulla base di un apprezzamento equo delle circostanze»*.<sup>33</sup>

Un obiettivo arduo e ambizioso che esige sforzi congiunti a tutti i livelli istituzionali: agli Stati nel senso di assicurare all'apparato giudiziario risorse e strutture idonee ad una adeguata ripartizione dei carichi; ai dirigenti degli uffici nel senso di stimolare continue occasioni di incontro e riflessione che alimentino, sul piano dialogico, una giurisdizione condivisa che scongiuri il rischio di derive personalistiche.

Infine al singolo giudice, al quale è richiesto l'obbligo di assumere coscienza di un ruolo più alto e complesso che richiede una formazione incessante ma soprattutto una dose supplementare di responsabilità e di coraggio che consentano di accettare, senza le bussole e i proutari di un tempo, le sfide giuridiche della postmodernità. ●

33 Cfr. articolo 31 delle Raccomandazioni.

# LO STATUTO UNIVERSALE DEL GIUDICE

## APPROVATO A SANTIAGO DEL CILE DALL'UNIONE INTERNAZIONALE MAGISTRATI

**Giacomo Oberto**

Giudice del Tribunale di Torino

*«Public liberty (...) cannot subsist long in any state unless the administration of common justice be in some degree separated both from the legislative and also from the executive power».*

**William Blackstone**

Commentaries on the Laws of England, I  
Oxford, 1765, p. 259

Lo scritto tratta del ruolo dell'Unione Internazionale Magistrati (UIM) nel processo di internazionalizzazione e transnazionalizzazione dei principi concernenti l'indipendenza del potere giudiziario. Esso illustra poi il contesto in cui si colloca il nuovo Statuto Universale del Giudice, approvato a Santiago del Cile nel novembre 2017 i suoi tratti fondamentali. In particolare vengono affrontati i temi dell'indipendenza esterna della magistratura e inamovibilità dei magistrati. Si illustrano quindi i principi in materia di Consigli di Giustizia, o Consigli Superiori della Magistratura e le regole sulle risorse a disposizione della Giustizia

e sulla protezione dei giudici. Si passa quindi a trattare dell'indipendenza interna, del reclutamento, della formazione, della nomina, della promozione e della valutazione dei magistrati. Si affronta poi l'argomento dell'etica giudiziaria, con particolare riguardo all'etica dell'efficienza, per trattare quindi della responsabilità disciplinare, civile e penale dei magistrati, nonché dello *status* economico e sociale dei giudici. Il contributo si chiude quindi con la disamina delle regole del nuovo Statuto Universale circa la sfera di applicabilità delle disposizioni in esame.

### 1. IL RUOLO DELL'UNIONE INTERNAZIONALE MAGISTRATI NEL PROCESSO DI INTERNAZIONALIZZAZIONE E TRANSNAZIONALIZZAZIONE DEI PRINCIPI CONCERNENTI L'INDIPENDENZA DEL POTERE GIUDIZIARIO

Nel quadro dell'internazionalizzazione e della transnazionalizzazione dei principi concernenti l'indipendenza del potere giudiziario (su cui v. da ultimo, anche per i necessari ulteriori richiami, G. Oberto, *Un nuovo statuto per un nuovo giudice*, 2017, [www.giacomooberto.com/Oberto\\_Un\\_nuovo\\_statuto\\_per\\_un\\_nuovo\\_giudice\\_2017.htm](http://www.giacomooberto.com/Oberto_Un_nuovo_statuto_per_un_nuovo_giudice_2017.htm)), un ruolo sempre più attivo è svolto dall'Unione Internazionale Magistrati ([www.iaj-uim.org](http://www.iaj-uim.org)).

Si ricorderà a questo proposito che l'Unione Internazionale Magistrati (UIM), di cui lo scrivente ha l'onore di essere il Segretario Generale, è nata nel 1953, dopo la fine della Seconda Guerra Mondiale, per instaurare una migliore comprensione tra i sistemi giudiziari dei paesi membri. Attualmente essa comprende i rappresentanti di 87 Paesi membri. L'UIM è un'organizzazione non governativa che non raggruppa persone fisiche, ma associazioni nazionali di magistrati. Più esattamente, le associazioni che aderiscono all'unione devono essere delle associazioni di magistrati formate liberamente e rappresentative della magistratura dei rispettivi Paesi. Inoltre, le associazioni aderenti debbono dimostrare (all'atto dell'ammissione e ogni cinque anni, all'interno di una speciale procedura di *monitoring*) che i rispettivi sistemi giudiziari assicurano al loro interno una vera indipendenza della magistratura, o che, in caso contrario, quanto meno le associazioni in questione lottano per il raggiungimento di tale indipendenza.

Lo scopo principale dell'UIM è quello di contribuire al rafforzamento dell'indipendenza della

magistratura, in quanto attributo essenziale della funzione giudiziale, così come la protezione dello statuto costituzionale e morale della magistratura e la garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali.

L'UIM è diretta dal suo Consiglio Centrale, composto dai rappresentanti delle associazioni aderenti, nonché dal Comitato della Presidenza, che è l'organismo amministrativo, diretto da un Presidente eletto ogni due anni, affiancato da sei Vicepresidenti e dall'ultimo ex Presidente (Presidente Onorario) per un periodo di due anni.

L'Unione comprende quattro commissioni di studio e quattro gruppi regionali (continentali).

Durante le riunioni ed i congressi i paesi aderenti cercano di raggiungere una migliore conoscenza del Paese in cui si svolgono queste conferenze, del suo sistema giudiziario e dei problemi che incontrano i magistrati. Petizioni e raccomandazioni vengono emesse alla conclusione di ogni congresso.

L'UIM sviluppa periodicamente piani pluriennali d'azione, come quelli della lotta alla corruzione (in collegamento con l'*UNODC* delle Nazioni Unite), del diritto ambientale (in collaborazione con l'*Environmental Judicial Global Institute*), della redazione di linee guida sulla costituzione di associazioni di magistrati nei Paesi che ne sono sprovvisti. Parimenti, organizza periodiche conferenze internazionali tematiche (come nel 2013 a Yalta sui Consigli di Giustizia, nel 2014 a Foz do Iguazu sul diritto ambientale, nel 2016 a Città del Messico sulle problematiche della corruzione, nel 2017 a Santiago del Cile sull'indipendenza della magistratura e l'autogoverno dei giudici). Potrà ancora aggiungersi che, per ciò che attiene alla rappresentatività dell'organizzazione, a seguito dei risultati della procedura di *monitoring* svolta negli anni 2015-2016 è emerso che le associazioni facenti parte dell'UIM contano un totale di circa 120.000 membri, rappresentanti il 70% dei magistrati dei

Paesi in questione.

Tra il 1993 e il 1995, le varie componenti regionali della UIM hanno adottato Carte sullo statuto del giudice:

- » la «Carta sullo statuto dei giudici» adottato dall'Associazione Europea dei Magistrati nel 1993 ([www.iaj-uim.org/iuw/wp-content/uploads/2013/01/Statuto-Giudice-EAJ.pdf](http://www.iaj-uim.org/iuw/wp-content/uploads/2013/01/Statuto-Giudice-EAJ.pdf));
- » lo «Statuto del giudice iberoamericano» (*Estatuto del Juez iberoamericano*) adottato nel 1995 dal Gruppo Ibero-Americano dell'UIM ([www.iaj-uim.org/iuw/wp-content/uploads/2013/01/Estatuto-del-juez-iberoamericano.pdf](http://www.iaj-uim.org/iuw/wp-content/uploads/2013/01/Estatuto-del-juez-iberoamericano.pdf));
- » lo «Statuto del giudice in Africa», adottato nel 1995 dal Gruppo Africano dell'UIM ([www.iaj-uim.org/iuw/wp-content/uploads/2013/06/Statuto-Giudice-AFR.pdf](http://www.iaj-uim.org/iuw/wp-content/uploads/2013/06/Statuto-Giudice-AFR.pdf)).

Pochi anni dopo, nel 1999, dopo un lungo processo di riflessione, il Consiglio Centrale dell'UIM, durante la sua riunione a Taiwan, ha adottato una Carta universale sulla statuto dei giudici ([www.iaj-uim.org/universal-charter-of-the-judges/](http://www.iaj-uim.org/universal-charter-of-the-judges/)). A partire dal 1999 e dall'adozione della Carta Universale a Taiwan, l'UIM ha condotto un lungo lavoro circa gli *standard* minimi indispensabili per la garanzia dell'indipendenza della magistratura. In occasione della riunione di Foz do Iguacu del 2014 il Consiglio Centrale dell'UIM ha adottato la proposta del Comitato di Presidenza volta ad un aggiornamento della Carta adottata nel 1999 a Taiwan. In occasione della riunione di Barcellona (2015), un gruppo di lavoro è stato costituito, con l'incarico di redigere la bozza della nuova Carta.

La necessità di una nuova Carta Universale s'imponesse in considerazione del fatto che lo Statuto precedentemente in vigore, risalente al 1999, era ormai da tempo avvertito come bisognoso di aggiornamento, alla luce, da un lato, dell'accesso all'Unione Internazionale Magistrati di un consistente numero di nuovi Paesi (passati da 43 a 87 nel 2017) e, dall'altro, delle sempre più puntuali riflessioni svolte a livello internazionale sui temi

attinenti all'indipendenza, allo *status*, alle diverse forme di responsabilità dei magistrati. Ciò anche sull'onda dell'approvazione, nell'ultimo ventennio, di svariati documenti internazionali, molti dei quali promulgati sotto l'egida del Consiglio d'Europa: dalla Carta Europea sullo Statuto del Giudice, varata nel 1998, alla Raccomandazione n° R 2010/12, ai pareri del Consiglio Consultivo dei Giudici Europei (CCJE) e ad alla relativa *Magna Charta* del 2010, ai rapporti e ai lavori della Commissione Europea sull'Efficacia della Giustizia (CEPEJ) (per un elenco cfr. G. Oberto, *Un nuovo statuto per un nuovo giudice*, cit., § 3).

## 2. IL CONTESTO IN CUI SI COLLOCA IL NUOVO STATUTO UNIVERSALE ED I SUOI TRATTI FONDAMENTALI

La situazione sopra descritta costituisce dunque il *background* dell'iniziativa dell'Unione Internazionale Magistrati, portata a compimento nel 2017 con l'adozione, il 14 novembre a Santiago del Cile, del nuovo Statuto Universale del Giudice.

Il testo di tale documento si compone di nove articoli, corrispondenti all'incirca ad altrettanti distinti capitoli: 1) Principi generali; 2) Indipendenza esterna; 3) Indipendenza interna; 4) Reclutamento e formazione; 5) Nomina, promozione e valutazione; 6) Etica; 7) Responsabilità disciplinare; 8) Remunerazione, protezione sociale e pensionamento; 9) Applicabilità dello Statuto Universale.

Le principali novità, rispetto alla versione del 1999, possono essere, in poche parole, così riassunte:

- a. attribuzione di rilievo autonomo al profilo dell'indipendenza interna;
- b. riconoscimento dell'essenzialità, nella tutela dell'indipendenza della magistratura, del ruolo svolto da organi quali i Consigli di Giustizia (o, per i sistemi influenzati dall'esperienza francese e italiana, Consigli Superiori della Magistratura), esistenti ormai in svariate realtà e, in particolare, in Europa;
- c. enfaticizzazione del principio di inamovibilità del giudice ed esplicita condanna della pratica

(conosciuta da alcuni sistemi) delle «prime nomine temporanee» (seguite, a distanza di alcuni anni, da apposite *reappointment procedures*);

- d. attribuzione di un ruolo determinante alla formazione (iniziale e continua) della magistratura;
- e. corretta enfaticizzazione del requisito dell'efficienza dell'operato della magistratura;
- f. enucleazione di autonomi principi sulla deontologia professionale, nell'ambito dei quali trova idonea collocazione la questione dei c.d. «codici etici»;
- g. estensibilità dei principi riconosciuti dalla Carta non solo a tutti i soggetti che, a vario titolo, esercitano funzioni giurisdizionali (si pensi ai giudici di pace, agli organi giurisdizionali specializzati, ai giudici popolari, etc.), ma anche ai membri del pubblico ministero.

## 3. GLI ARTICOLI 1, 2-1 E 2-2 DEL NUOVO STATUTO UNIVERSALE: PRINCIPI GENERALI; INDIPENDENZA ESTERNA E INAMOVIBILITÀ

Lo Statuto Universale ([www.iaj-uim.org/universal-charter-of-the-judge-2017](http://www.iaj-uim.org/universal-charter-of-the-judge-2017)) esordisce con il richiamo d'obbligo al principio della tripartizione dei poteri (cfr. art. 1, comma primo), seguito da una definizione della funzione principale dell'attività giurisdizionale, sostanzialmente ricalcata sulla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo, adottata dall'assemblea delle Nazioni Unite nel 1948 (art. 10) e sulla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 6). Lo Statuto passa quindi a proclamare il requisito dell'indispensabilità dell'indipendenza del giudice, «per l'esercizio di una giustizia imparziale nel rispetto della legge». Si tratta di un collegamento che evidenzia la strumentalità dell'indipendenza rispetto all'imparzialità, già presente nella Raccomandazione del Consiglio d'Europa n° R 2010/12 «sui giudici: indipendenza,

efficienza e responsabilità», laddove l'indipendenza è definita alla stregua di un «*fundamental right, laid down in Article 6 of the Convention*», il cui scopo è quello di garantire ad ogni persona il diritto «to have their case decided in a fair trial, on legal grounds only and without any improper influence» (art. 3, Raccomandazione cit.).

L'affermazione di cui sopra è seguita nello Statuto dall'ulteriore specificazione, per cui tale indipendenza «costituisce una prerogativa o un privilegio accordato non già nell'interesse personale dei giudici, bensì nell'interesse dello Stato di diritto e di tutte le persone che chiedono e attendano una giustizia imparziale», ciò che pure riflette il contenuto della Raccomandazione n° R 2010/12 (art. 11).

Il successivo art. 2 esordisce con la precisazione circa la collocazione che, nell'ambito delle fonti del diritto, il principio dell'indipendenza della magistratura deve possedere. Anche tale affermazione, secondo cui «L'indipendenza del giudice deve essere garantita dalla Costituzione o comunque al livello normativo più elevato possibile» (cfr. art. 2-2), trova una precisa eco nella citata Raccomandazione n° R 2010/12 (art. 11).

L'esperienza dell'attività ultrasessantennale dell'UIM dimostra che uno degli strumenti più utilizzati al fine di minacciare e violare l'indipendenza della magistratura è dato dalla possibilità di operare trasferimenti d'ufficio di giudici o pubblici ministeri. Per questa ragione la prima delle concrete garanzie ad essere menzionate dallo Statuto è proprio quella dell'inamovibilità. Anche qui la falsariga seguita è quella della citata Raccomandazione del Consiglio d'Europa, per cui l'inamovibilità costituisce un aspetto fondamentale dell'indipendenza dei giudici. Seguendo sul punto il parere N. 1 del CCJE (cfr. G. Oberto, *Progetto preliminare di parere sulle norme concernenti l'indipendenza della giustizia e l'inamovibilità dei giudici contenute nella Raccomandazione n° R (94) 12*

del Consiglio d'Europa sull'indipendenza, l'efficienza e il ruolo dei giudici, in Riv. dir. priv., 2002, p. 193 ss.), già la Raccomandazione chiaramente evidenziava come il concetto di «inamovibilità» sia qualcosa di ulteriore rispetto a quella che i giuristi di *Common Law* riduttivamente traducono con il termine *tenure*. Mentre infatti quest'ultima espressione denota il diritto di un giudice di conservare la propria carica sino al pensionamento (fatte salve, ovviamente, eventuali misure disciplinari, che nei sistemi di matrice anglosassone, a differenza che da noi, costituiscono eventi di assoluta rarità), l'inamovibilità pone il giudice al riparo dal rischio di essere trasferito «to another judicial office without consenting to it, except in cases of disciplinary sanctions or reform of the organisation of the judicial system» (cfr. l'art. 52 della citata opinion).

L'art. 2-2 del nuovo Statuto declina siffatta regola, stabilendo al comma primo che «I giudici, siano essi nominati o eletti, sono inamovibili fin tanto che non abbiano raggiunto l'età del collocamento obbligatorio a riposo o il termine del loro mandato».

I commi terzo e quarto prevedono poi, rispettivamente, che «Nessun giudice può essere destinatario di un trasferimento, o anche di una promozione, senza il suo consenso» e che «Nessun giudice può essere trasferito, sospeso o esonerato dalle sue funzioni se non nei casi previsti dalla legge e nel rispetto di procedure disciplinari che garantiscano la salvaguardia dei diritti di difesa e del principio del contraddittorio». Quest'ultima disposizione appare di particolare interesse rispetto alla pratica della *c.d. lustration* (destituzione in massa di tutti i giudici, o di intere categorie di essi, a prescindere da ogni valutazione sul merito o sul demerito del loro operato), seguita in un numero crescente di Paesi dell'Europa centro-orientale. Tale deprecabile istituto costituisce un eloquente esempio di come, con il pretesto di un sovvertimento politico o sociale, il sistema si sbarazzi del rischio di decisioni non gradite ai nuovi governanti, riservandosi la possibilità di influire

sulla selezione di una nuova generazione di giudici, maggiormente «in sintonia» con i gruppi al potere.

#### 4. L'ARTICOLO 2-3 DEL NUOVO STATUTO UNIVERSALE: I CONSIGLI DI GIUSTIZIA.

La Raccomandazione del Consiglio d'Europa n° R 2010/12 affronta con una certa circospezione il tema dei Consigli di Giustizia, limitandosi ad una sorta di constatazione sul ruolo degli stessi: il relativo Capitolo IV s'apre, invero, con l'affermazione, dal sapore piuttosto lapalissiano, per cui tali organi d'autogoverno «mirano a salvaguardare l'indipendenza della magistratura e dei singoli giudici e pertanto tendono a promuovere l'efficiente funzionamento del sistema giudiziario» (cfr. art. 26, Raccomandazione cit.). Lo Statuto Universale del Giudice, varato dall'UIM nel 2017, prevede invece che «un Consiglio di Giustizia, o altro organo equivalente» *deve* (enfasi dello scrivente) essere costituito «per assicurare l'indipendenza dei giudici, ad eccezione dei paesi in cui per tradizione questa indipendenza è garantita attraverso altri mezzi» (cfr. art. 2-3, comma primo).

La tendenza a livello internazionale appare svilupparsi, del resto, proprio in questo senso. Si potrà citare al riguardo un altro documento di estremo interesse, di provenienza, questa volta, dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, la quale, in data 30 settembre 2009, ha approvato una risoluzione (cfr. la *Resolution 1685 (2009)*, «Allegations of politically motivated abuses of the criminal justice system in Council of Europe member states», <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17778&lang=en>), che ha espressamente invitato – oltre tutto in termini assai perentori – la Germania a dotarsi di un Consiglio Superiore della Magistratura.

Un tema di scottante attualità, quale quello della composizione di questi organi, è affrontato dal nuovo Statuto Universale con la prescrizione secondo cui

tale Consiglio «Deve comprendere una maggioranza di giudici eletti dai loro pari, secondo modalità che ne garantiscano la rappresentanza più ampia» (cfr. art. 2-3, comma terzo). Disposizione, questa, più avanzata di quella della Raccomandazione del Consiglio d'Europa n° R 2010/12, secondo cui tali consessi dovrebbero essere composti per non meno della metà da giudici eletti dai loro pari «from all levels of the judiciary» e con il rispetto del pluralismo all'interno del potere giudiziario (cfr. art. 27, Raccomandazione cit.). La regola della maggioranza di giudici compare, del resto, nella già ricordata risoluzione dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, la quale ha, tra l'altro, invitato la Francia a (cfr. il punto 5.3.4.) «consider restoring a majority of judges and prosecutors within the *Conseil supérieur de la magistrature* or ensuring that the members appointed by political bodies also include representatives of the opposition and making the *Conseil supérieur de la magistrature's* opinion binding also for decisions concerning prosecutors».

L'ultimo periodo del comma quarto dell'art. 2-3 del nuovo Statuto Universale, secondo cui «Nessun componente del governo o del parlamento può essere allo stesso tempo componente del Consiglio di Giustizia», mira in particolare ad evitare che – come purtroppo accade ancora in troppi sistemi al mondo – figure di carattere eminentemente politico, come ad es. il Ministro della Giustizia, siedano in seno al Consiglio di Giustizia (o, addirittura, lo presiedano). Il successivo comma quinto tende invece a contrastare un'altra pratica corrente in vari sistemi (ancora una volta, in molti di quelli dell'ex blocco comunista), secondo cui al Consiglio di Giustizia vengono affidati poteri essenzialmente consultivi. Si stabilisce, infatti, che «Il Consiglio di Giustizia deve essere dotato delle più ampie competenze in materia di reclutamento, formazione, nomina, promozione e responsabilità disciplinare dei giudici», laddove il richiamo alle «più ampie competenze» non può essere inteso se non come evocativo di poteri decisionali.

#### 5. GLI ARTICOLI 2-4 E 2-5 DEL NUOVO STATUTO UNIVERSALE: RISORSE E PROTEZIONE DEL GIUDICE.

In materia di risorse a disposizione della giustizia, va ricordato che già i *Basic Principles* delle Nazioni Unite (1985) avevano consacrato il principio secondo cui (cfr. art. 7) «It is the duty of each Member State to provide adequate resources to enable the judiciary to properly perform its functions». L'art. 2-4 del nuovo Statuto Universale riprende tale regola, stabilendo che «E' dovere degli altri poteri dello Stato fornire al potere giudiziario i mezzi necessari alla sua attività».

Il principio viene però corredato da una nuova regola, secondo la quale «Il potere giudiziario deve essere messo in condizione di partecipare, o di essere consultato, in relazione ai processi decisionali relativi a materie concernenti il bilancio della Giustizia e le risorse materiali e umane allocate agli uffici giudiziari».

L'art. 2-5 del nuovo Statuto Universale si occupa quindi della protezione del giudice e del rispetto delle sue decisioni. Sul primo punto viene fatto generico richiamo alla necessità di una «protezione statutaria contro le minacce e gli attacchi di qualunque natura, di cui possa formare oggetto a causa o in occasione dell'esercizio delle sue funzioni». Si insiste altresì sul fatto che «Lo Stato deve garantire la sicurezza fisica del giudice e della sua famiglia. Lo Stato deve assicurare misure di protezione degli uffici giudiziari, al fine di garantire la serenità delle udienze».

Anche la Raccomandazione del Consiglio d'Europa n° R 2010/12 interviene sul tema, precisando anche che, laddove i giudici considerano che la loro indipendenza sia in pericolo, essi dovrebbero poter «haverecoursetoacouncilforthejudiciaryoranother independent authority, or they should have effective means of remedy» (cfr. art. 8, Raccomandazione cit.): il che è esattamente quanto, ad esempio,

accade presso il C.S.M. italiano in relazione alle c.d. «pratiche a tutela». L'*Explanatory Memorandum* chiarisce poi sul punto (e trattasi di argomento sul quale lo scrivente ha molto insistito in sede di lavori preparatori) che tra gli altri «effective means of remedy» un ruolo fondamentale è svolto nei sistemi di *Common Law* dall'istituto del *Contempt of Court*, tramite il quale i giudici britannici sono in grado di «autoprotgersi» efficacemente da ogni forma di ingerenza esterna (cfr. art. 21 del citato *Memorandum*, secondo cui «The Recommendation calls for all necessary measures to be taken to protect and promote the independence of judges. These measures could include laws such as the “contempt of court” provisions that already exist in some member states (Recommendation, paragraph 13)»).

Ai sensi dell'ultimo capoverso del citato art. 2-5, «Le critiche contro le decisioni di Giustizia sono da evitarsi, qualorasi idonee a minare l'indipendenza del potere giudiziario o a compromettere la fiducia del pubblico nell'istituzione. Nel caso tali critiche siano emesse, vanno posti in essere rimedi che consentano di proporre azioni giudiziarie perché i giudici in questione possano adeguatamente difendersi».

## 6. L'ARTICOLO 3 DEL NUOVO STATUTO UNIVERSALE: L'INDIPENDENZA INTERNA

Il concetto di indipendenza interna è, in un certo senso, dato per presupposto dal nuovo Statuto Universale; in effetti una definizione dello stesso è già contenuta in un documento internazionale, quale la già ricordata Raccomandazione del Consiglio d'Europa n° R 2010/12, che tratta dell'indipendenza interna come dell'«indipendenza di ogni singolo giudice nell'esercizio delle sue funzioni giudiziarie» (cfr. art. 22, Raccomandazione cit.). L'art. 3 qui in commento si apre invece con l'enunciazione del principio di soggezione alla sola legge (cfr. art. 3-1): norma che, come noto, compare

anche nell'art. 101 c.c. della nostra Costituzione e che, nella pratica, costituisce, senza ombra di smentite, uno dei principi più vilipesi della stessa. Avuto riguardo ai sempre latenti rigurgiti – cui non sono purtroppo estranei ampi settori dello stesso ordine giudiziario – di pericolose impostazioni favorevoli ad un inquadramento stratificato e verticistico di un potere che, tutto al contrario, è per definizione e deve rimanere «diffuso», fondamentale appare la regola secondo cui «Una organizzazione di tipo gerarchico della magistratura, in cui i giudici fossero subordinati ai presidenti degli uffici giudiziari o a istanze superiori nell'esercizio della loro attività giurisdizionale, ad eccezione dei casi di riforma delle decisioni, secondo quanto previsto da questo Statuto (cfr. art. 3-2), costituirebbe attentato al principio dell'indipendenza della magistratura». La regola appare del resto rafforzata dal richiamo ai «casi di riforma delle decisioni», ciò che rende evidente il carattere tassativo dell'eccezione rispetto ad una regola già sancita, del resto, in uno dei rapporti della Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa (cfr. l'art. 68 del *Venice Commission Report on Judicial Independence* (2008)).

I successivi artt. 3-2, 3-3 e 3-4 affrontano temi di indipendenza interna in relazione all'attività quotidiana del giudice: così il primo cerca di porre il giudice al riparo da ogni tipo di «influenza, pressione, minaccia o intervento, diretti o indiretti». Da segnalare, nell'esperienza del giudice civile italiano, le crescenti minacce e pressioni da parte di svariati rappresentanti di un ceto forense, che un ventennio marcato dalla presenza di insulti quotidiani al potere giudiziario, ha (dis)educato ad esprimere. A tale «moda» sembrano voler porre un (timido) argine alcune decisioni di legittimità (si veda ad es. Cass., Sez. Un., 18 luglio 2017, n. 17720, secondo cui il fatto di manifestare, da parte di un legale, l'intenzione di agire in giudizio nei confronti del giudice per il risarcimento dei danni, mentre è ancora pendente il procedimento, «costituisce senza ombra di dubbio un illecito disciplinare» a

carico del legale stesso): certo, appare fondamentale che i capi degli uffici giudiziari si astengano dal concorrere, di fatto, alla perpetrazione di simili abusi, evitando di trasformarsi, per quieto vivere, in meri «passacarte disciplinari».

L'art. 3-3, dal canto suo, sembra voler contrastare la pratica (propria di svariati sistemi di *Common Law*, nonché dei Paesi, ad es., scandinavi) dei *court administrators*, veri e propri *managers* di estrazione aliena al *milieu* giurisdizionale, incaricati di trattare tutte le questioni amministrative, gestionali, contabili, etc., che nei sistemi più propriamente continentali (si pensi a quelli di Paesi come l'Italia, la Francia, la Spagna, il Portogallo, la Germania, ecc.), vengono svolte dai capi degli uffici giudiziari. Una questione piuttosto delicata è rappresentata in ogni ordinamento dal tema della modalità di assegnazione delle controversie all'interno degli uffici giudiziari. Al riguardo, l'art. 3-4 del nuovo Statuto Universale stabilisce al primo comma che «L'assegnazione dei fascicoli deve basarsi su regole oggettive, stabilite e comunicate in precedenza ai giudici. La decisione sull'assegnazione deve essere presa in maniera trasparente e verificabile». La norma corrisponde a quanto stabilito dalla Raccomandazione n° R 2010/12 del Consiglio d'Europa (cfr. art. 24: «The allocation of cases within a court should follow objective pre-established criteria in order to safeguard the right to an independent and impartial judge. It should not be influenced by the wishes of a party to the case or anyone otherwise interested in the outcome of the case»). In un'ottica completamente diversa si pongono invece i *Basic Principles* delle Nazioni Unite (1985), a mente dei quali (cfr. art. 14) «The assignment of cases to judges within the court to which they belong is an internal matter of judicial administration». La disposizione qui in commento del nuovo Statuto Universale riflette quindi la mutata sensibilità a livello internazionale sull'esigenza di trasparenza nell'operato degli uffici giudiziari.

Una specifica disposizione (art. 3-5) del nuovo Statuto Universale fa poi salvo, al primo comma, il principio della libertà d'espressione, sebbene si richieda che, nell'esercizio di questo diritto, i giudici debbano «comunque dar prova di riserbo e comportarsi sempre in maniera tale da preservare la dignità delle loro funzioni, così come l'imparzialità e l'indipendenza della magistratura».

Il capoverso s'occupa invece del diritto di associazione professionale del giudice. Il principio, conforme a quanto stabilito da documenti internazionali quali, ad es., la già più volte citata Raccomandazione del Consiglio d'Europa n° R 2010/12 (cfr. art. 25), i *Basic Principles* delle Nazioni Unite (cfr. art. 9) e la *Magna Carta of European Judges (CCJE)* (cfr. art. 12), ha visto negli ultimi anni intensificarsi clamorose violazioni (perpetrate o anche solo minacciate): dal Venezuela, alla Turchia, alla Bulgaria, etc.

## 7. GLI ARTICOLI 4 E 5 DEL NUOVO STATUTO UNIVERSALE: RECLUTAMENTO, FORMAZIONE, NOMINA, PROMOZIONE E VALUTAZIONE

Il reclutamento e la nomina dei giudici formano oggetto, nel contesto del nuovo Statuto Universale, di due distinti articoli (4-1 e 5-1), in quanto, in numerosi sistemi, le due procedure, facenti capo ad organi diversi, possono talora condurre, in concreto, a risultati non coincidenti. Ciò che, però, il sistema vuole comunque garantire, è, da un lato, il rispetto di «criteri oggettivi e trasparenti basati sulla capacità professionale» e, dall'altro, il fatto che la scelta sia operata dall'organo di autogoverno, o almeno da un organo dotato delle stesse caratteristiche. Il che, ovviamente, non è, laddove, come sovente accade, il potere esecutivo si riserva la scelta dei giudici, ovvero un potere di veto sulle scelte dell'organo di autogoverno o della commissione tecnica da quest'ultimo incaricata di realizzare le procedure di selezione.

Il fondamentale rilievo dei «criteri oggettivi» (*objective criteria*) di selezione appare già ampiamente enfatizzato dalla Raccomandazione del Consiglio d'Europa n° R 2010/12, ove hanno trovato collocazione alcune disposizioni già presenti nella Raccomandazione del 1994 ed in particolare il riferimento alla necessità che tutte le decisioni concernenti la selezione e la carriera dei giudici siano basate su «objective criteria pre-established by law or by the competent authorities».

Sulla base di queste premesse il nuovo Statuto Universale stabilisce, quanto al reclutamento (art. 4-1), che «Il reclutamento o la selezione dei giudici vanno basati esclusivamente su criteri oggettivi, atti a garantire il rispetto delle capacità professionali; essi vanno effettuati dall'organo descritto all'Articolo 2-3» (e dunque da un Consiglio di Giustizia, o da organo equivalente). Il capoverso soggiunge che «La selezione dei giudici va effettuata senza distinzione di genere, origine etnica o sociale, opinioni filosofiche e politiche, convinzioni religiose». Per ciò che attiene alla nomina (art. 5-1) viene previsto che «Ogni nomina a giudice deve compiersi secondo criteri oggettivi e trasparenti basati sulla capacità professionale». Il capoverso aggiunge che «La scelta deve essere effettuata dall'organo indipendente definito all'Articolo 2-3 della presente carta, o da un organo equivalente».

Al tema della formazione lo Statuto Universale dedica l'art. 4-2, a mente del quale «La formazione iniziale e la formazione continua, in quanto garanti dell'indipendenza della magistratura, così come della qualità ed efficacia del sistema giudiziario, costituiscono diritto e dovere del giudice. Esse vanno organizzate sotto il controllo del potere giudiziario».

Il periodo conclusivo del citato art. 4-2, secondo cui la formazione iniziale e la formazione continua dei giudici «vanno organizzate sotto il controllo del potere giudiziario», risponde poi ad un altro

caposaldo della materia in questione, già consacrato dall'art. 57 della Raccomandazione del Consiglio d'Europa n° R 2010/12, per il quale la formazione iniziale e continua deve essere erogata da un' «independent authority», incaricata di assicurare che «initial and in-service training programmes meet the requirements of openness, competence and impartiality inherent in judicial office».

La materia delle promozioni è trattata dall'art. 5-2 del nuovo Statuto Universale, a mente del quale «Quando non è basata sull'anzianità, la promozione di un giudice deve fondarsi esclusivamente sulle qualità e sui meriti constatati nell'esercizio delle funzioni per il tramite di valutazioni oggettive, effettuate con il rispetto del principio del contraddittorio».

Il secondo comma precisa poi che «Le decisioni sulla promozione devono essere pronunciate nel quadro di procedure trasparenti, stabilite dalla legge. Esse non possono esserlo se non su richiesta del giudice o con il suo accordo».

L'art. 5-3 si occupa delle valutazioni di professionalità, stabilendo, al primo comma, che «Nei paesi in cui i giudici formano oggetto di una procedura di valutazione, questa deve essere prioritariamente qualitativa e fondata sul merito del giudice, sulle sue competenze professionali, personali e sociali; nell'ipotesi di promozione alle funzioni dirigenziali, essa deve basarsi anche sulle competenze gestionali». Il secondo comma soggiunge che «La valutazione dei giudici deve riposare su criteri oggettivi, resi pubblici in precedenza. Essa deve coinvolgere il giudice e deve permettergli di contestare la decisione davanti ad un organo indipendente». La disposizione riecheggia l'art. 58 della Raccomandazione del Consiglio d'Europa n° R 2010/12, anch'esso fondato sull'esigenza di «objective criteria», resi pubblici dalle competenti autorità, mentre la procedura di valutazione dovrebbe comunque consentire ai giudici di esprimere il loro punto di vista sia

sull'attività svolta, che sulla valutazione espressa dagli organi competenti, così come consentire loro di eventualmente impugnare i giudizi espressi «before an independent authority or a court».

Fondamentale, poi, in relazione al principio di indipendenza, la regola espressa dal comma finale, secondo cui «In nessun caso i giudici devono essere valutati in funzione delle decisioni rese».

## 8. L'ARTICOLO 6 DEL NUOVO STATUTO UNIVERSALE: L'ETICA

L'articolo 6 del nuovo Statuto Universale qui in commento appare particolarmente interessante a seguito dell'adozione delle regole di cui alla Raccomandazione del Consiglio d'Europa n° R 2010/12. Va ricordato in particolare che la redazione di queste ultime era stata particolarmente laboriosa e aveva costituito il frutto di interminabili discussioni in cui la commissione d'esperti incaricati dal Consiglio d'Europa di redigere il progetto preliminare si era impelagata, al fine di distinguere la deontologia dai doveri disciplinarmente rilevanti. Il tutto complicato dalla visione della questione prevalente nella parte orientale del nostro Continente, in cui, come noto, i codici di etica giudiziaria sono norme dotate di efficacia vincolante, la cui violazione determina *sic et simpliciter* responsabilità disciplinare. Alla fine era prevalso il punto di vista propugnato con vigore dallo scrivente, costituito dalla predisposizione, nella citata Raccomandazione del Consiglio d'Europa, di una norma di carattere generale (l'art. 72, Raccomandazione cit., nella specie), nella quale, dopo l'affermazione-cardine secondo la quale «Judges should be guided in their activities by ethical principles of professional conduct» veniva immediatamente inserita la «cerniera» rispetto alle regole disciplinari, concepita ed espressa nei termini seguenti: «These principles not only include duties sanctioned by disciplinary measures, but offer guidance to judges on how to conduct themselves».

In altre parole, l'idea che si era voluta rendere era che molti dei doveri etici dei magistrati sono anche (e prima ancora) doveri disciplinarmente rilevanti, ma che taluni doveri etici appartengono esclusivamente a tale categoria e, come tali, non possono dar luogo a responsabilità disciplinare.

Il nuovo Statuto Universale antepone invece chiaramente i principi in tema di deontologia rispetto a quelli relativi alla responsabilità disciplinare, civile e penale. L'art. 6-1 dello Statuto si apre, dunque, con l'enunciazione secondo cui «I giudici debbono, in ogni caso, essere guidati da principi deontologici»: principi che debbono promanare «dai giudici stessi e far parte della loro formazione». Tali regole vanno enunciate «per iscritto, al fine di aumentare la fiducia del pubblico nei giudici e nel potere giudiziario. I giudici devono svolgere un ruolo rilevante nella elaborazione di questi principi di deontologia». Con il che si opera un chiaro riferimento ai codici deontologici, peraltro in un'accezione ben diversa da quella di mere raccolte di principi disciplinarmente rilevanti. L'impressione (corretta, questa volta) che si ricava è che i principi ivi enunciati abbiano una valenza più ampia di quella dei principi di carattere meramente disciplinare.

Tali principi vengono dunque enunciati agli artt. 6-2, 6-3 e 6-4 tramite un'enumerazione (certo non tassativa) di alcune regole di condotta, quali: imparzialità, equilibrio, rispetto delle incompatibilità, dovere di riserbo, efficienza, limiti nell'esercizio di attività extragiudiziarie. Questi articoli trovano, almeno in parte, un'eco nei già ricordati artt. da 59 a 65 della Raccomandazione del Consiglio d'Europa n° R 2010/12.

## 9. L'ETICA DELL'EFFICIENZA (E LA CEPEJ DEL CONSIGLIO D'EUROPA)

Tra i doveri deontologici appena menzionati spicca quello relativo all'efficienza, in forza del quale «Il giudice deve adempiere le sue obbligazioni professionali nel rispetto di termini ragionevoli e

porre in essere tutti gli strumenti necessari per il raggiungimento di risultati di efficienza».

Il primo testo internazionale ad occuparsi della materia è stato, come noto, la già più volte citata Raccomandazione del Consiglio d'Europa n° R 2010/12, che qualifica l'«efficienza della magistratura», qualificata come la capacità di «rendere decisioni di qualità in un termine ragionevole» (art. 31). In quel sistema, poi, l'«efficient management of cases» viene altresì espressamente considerato alla stregua dell'oggetto di un preciso dovere non soltanto delle autorità preposte al funzionamento del sistema giudiziario, ma anche di ogni singolo giudice (cfr. art. 31 cit.). Peraltro la Raccomandazione si preoccupa di specificare che l'efficienza deve comunque essere raggiunta «nel rispetto dell'indipendenza e dell'imparzialità dei giudici» (art. 32).

In quest'ottica si sono mosse svariate iniziative a livello europeo, soprattutto nel quadro delle attività della CEPEJ del Consiglio d'Europa. La *Commission Européenne pour l'efficacité de la Justice/European Commission for the Efficiency of Justice* è una commissione costituita presso il Consiglio d'Europa, allo scopo di migliorare l'efficienza ed il funzionamento della giustizia negli Stati membri, così come di realizzare l'applicazione degli strumenti elaborati a tal fine dal Consiglio d'Europa. I suoi compiti sono molteplici: - analizzare i risultati dei sistemi giudiziari; - individuarne i problemi; - definire mezzi concreti per migliorare, da un lato, la valutazione dei risultati dei sistemi giudiziari e dall'altro, il relativo funzionamento; - indicare agli organi competenti del Consiglio d'Europa quali siano i campi in cui l'elaborazione di uno strumento giuridico sarebbe auspicabile. A tal fine la CEPEJ mette a punto degli indicatori, raccoglie ed analizza dati, definisce misure e strumenti di valutazione, redige dei documenti (rapporti, pareri, linee guida, piani d'azione, ecc.), intrattiene rapporti con istituti di ricerca e centri di documentazione, invita esperti e ONG, procede ad audizioni, sviluppa

reti di professionisti della giustizia. La CEPEJ è stata creata il 18 settembre 2002 tramite la Risoluzione Res(2002)12 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa. Essa riunisce esperti dei 47 Stati membri del Consiglio d'Europa ed è assistita da un Segretariato (per ulteriori informazioni e rinvii sulla struttura della CEPEJ, i suoi gruppi di lavoro, i documenti elaborati e le rispettive ricadute a livello interno nei vari Paesi membri del Consiglio d'Europa si fa rinvio a G. Oberto, *Il Consiglio d'Europa e i temi della giustizia: la Raccomandazione del 2010 sul tema «Indipendenza, efficienza e responsabilità dei giudici»; la CEPEJ e il Centre de pilotage «CEPEJ-SATURN» del Consiglio d'Europa; il «Programma Strasburgo» e il ruolo del Tribunale di Torino nella rete dei tribunali referenti della CEPEJ*, 2015, [www.giacomooberto.com/oberto\\_consiglio\\_europa\\_temi\\_justizia.htm](http://www.giacomooberto.com/oberto_consiglio_europa_temi_justizia.htm)).

Sarà bene precisare che, nel citato scenario, si sono sviluppate numerose iniziative a livello locale, nel contesto di una diversa sensibilità che, talora, sembra interessare anche i settori più tradizionalmente ancorati ad una visione burocratica dell'agire del giudice. Basti pensare, tanto per citare due esempi, da un lato, allo sviluppo di tecniche di decisione volte ad enfatizzare il percorso argomentativo e decisionale basato sulla c.d. «ragion più liquida» (cfr. *ex multis* Cass., 19 agosto 2016, n. 17214; Cass., 18 novembre 2016, n. 23531; Cass., 19 giugno 2017, n. 15064; Cass., 21 giugno 2017, n. 15350) e dall'altro all'elaborazione di regole operazionali, all'interno di ogni singolo ufficio giudiziario, in grado di ottenere risultati di efficienza nella concreta gestione del ruolo del giudice.

In proposito sarà il caso di ricordare il c.d. «Programma Strasburgo», predisposto dal Presidente del Tribunale di Torino nel 2001 e successivamente più volte reiterato, aggiornato ed esteso al relativo distretto di Corte d'appello; programma cui venne inserito, a partire dal 2009, un «decalogo» di prescrizioni e consigli per i singoli giudici, volti, per così dire, a «colorare di efficienza»,

zone grigie delle norme procedurali.

## 10. L'ARTICOLO 7 DEL NUOVO STATUTO UNIVERSALE: RESPONSABILITÀ DISCIPLINARE, CIVILE E PENALE.

L'art. 7 del nuovo Statuto Universale, pur recando come rubrica la dizione «Responsabilità disciplinare», s'occupa, a ben vedere, di tutti i multiformi tipi di responsabilità in cui può incorrere il giudice.

Alla responsabilità disciplinare propriamente detta è dedicato il solo art. 7-1, il quale, a differenza delle corrispondenti disposizioni della Raccomandazione del Consiglio d'Europa n° R 2010/12, appare concentrato più che altro sulle questioni procedurali. Così il primo comma stabilisce che «La gestione amministrativa e disciplinare degli appartenenti al potere giudiziario è esercitata in condizioni tali da permettere di preservare la loro indipendenza e si fonda sulla applicazione di criteri oggettivi ed appropriati». Il capoverso soggiunge che «Le procedure disciplinari devono svolgersi di fronte ad un organo indipendente, composto da una maggioranza di giudici, o di fronte ad un organo equivalente». Anche qui si riecheggiano principi già sanciti dalla Raccomandazione del Consiglio d'Europa n° R 2010/12, la quale impone, per la celebrazione dei processi disciplinari, il rispetto di una serie di garanzie: dalla attribuzione di tale competenza ad un'autorità indipendente o ad un tribunale, al diritto di proporre appello, alla necessaria proporzionalità tra violazione e sanzione (art. 69).

Sempre sul piano procedurale, il nuovo Statuto Universale dispone (cfr. art. 7-1, comma quarto) che «La procedura disciplinare si conforma alle regole del diritto ad un equo processo. Il giudice deve avere accesso agli atti della procedura e godere dell'assistenza di un avvocato o di un collega. Le decisioni disciplinari debbono essere motivate

e possono formare oggetto di ricorso dinanzi ad un organo indipendente». Ancora, è previsto (cfr. il successivo comma quinto) che «Le sanzioni disciplinari nei confronti di un giudice non possono essere adottate se non per motivi precedentemente previsti dalla legge e con l'osservanza di regole di procedura predeterminate. Esse devono rispondere ai principi di proporzionalità».

Di fondamentale rilievo, ai fini della salvaguardia dell'autonomia e dell'indipendenza interne di ogni singolo giudice, appare la regola per cui «Ad esclusione dei casi di dolo o di negligenza grave, accertati con una decisione di giustizia divenuta definitiva, nessuna procedura disciplinare può essere proposta contro un giudice per effetto dell'interpretazione di norme di diritto o della valutazione dei fatti o dell'apprezzamento delle prove da lui effettuati» (cfr. art. 7-1, comma terzo).

L'art. 7-2 del nuovo Statuto Universale è dedicato alla responsabilità civile e penale.

Quanto alla prima, andrà dato conto del fatto che la Raccomandazione del Consiglio d'Europa n° R 2010/12 recepisce la regola vigente in un certo numero di sistemi continentali, per cui la parte che si ritiene danneggiata dall'operato di un giudice può agire, a determinate condizioni, nei confronti dello Stato, il quale potrà eventualmente rivalersi sul magistrato. Il relativo art. 67 stabilisce dunque che «Only the state may seek to establish the civil liability of a judge through court action in the event that it has had to award compensation».

In modo assai più conforme, invece, ai principi approvati dalle Nazioni Unite nel 1985 (cfr. art. 16: «judges should enjoy personal immunity from civil suits for monetary damages for improper acts or omissions in the exercise of their judicial functions»), il nuovo Statuto Universale stabilisce, al comma secondo, che «Gli errori giudiziari debbono trovare rimedio nel quadro di un sistema adeguato di ricorsi giurisdizionali. Ogni riparazione per altre

mananze del sistema della giustizia comporta esclusivamente la responsabilità dello Stato». Il sistema viene quindi completato dal comma terzo, a mente del quale «Ad eccezione dei casi di dolo, non appare appropriato che, nell'esercizio delle sue funzioni giudiziarie, un giudice sia esposto ad una responsabilità personale, nemmeno per il tramite di un'azione di rivalsa da parte dello Stato». Sarà appena il caso di osservare che, contrariamente a quanto comunemente ritenuto, questa regola non è propria solo dei sistemi di *Common Law*, ma è altresì presente in svariati ordinamenti continentali.

## 11. L'ARTICOLO 8 DEL NUOVO STATUTO UNIVERSALE: STATUS ECONOMICO E SOCIALE DEI GIUDICI

Venendo ora allo *status* economico dei giudici, va considerato che l'art. 8-1, in materia di remunerazione, prevede che «Il giudice deve ricevere una remunerazione idonea a garantirne l'indipendenza economica e, attraverso questa, la dignità, l'imparzialità e l'indipendenza» (cfr. il relativo comma primo). Lo stretto legame tra *status* economico (e sociale) e indipendenza viene dunque posto chiaramente in evidenza, sulla falsariga di quanto già stabilito dalla Raccomandazione del Consiglio d'Europa n° R 2010/12, la quale stabilisce, tra l'altro, che la remunerazione dei giudici dovrebbe essere commisurata al tipo di professione da essi esercitata ed alle relative responsabilità, oltre che essere «sufficient to shield them from inducements aimed at influencing their decisions» (art. 54).

In quest'ottica un rilievo particolare assume il tema della retribuzione, per così dire, «a cottimo», che si cela dietro i sistemi di *primes de rendement*, introdotti già da alcuni anni in Francia, così come in Spagna ed in altri Paesi. Proprio per questo già la Raccomandazione del Consiglio d'Europa n° R 2010/12 bandiva, siccome fonti di possibili «difficulties for the independence of judges», tutti i sistemi che pongano in collegamento «la remunerazione delle funzioni giudiziarie con il

rendimento del lavoro» (cfr. art. 55), laddove il nuovo Statuto Universale stabilisce (cfr. art. 8-1, comma secondo) che «La remunerazione non può dipendere dal risultato dell'attività del giudice o dalla sua produttività e non può essere ridotta durante la durata del suo servizio professionale».

Seguono (cfr. artt. 8-2 e 8-3) disposizioni in tema di protezione sociale («Lo statuto deve prevedere la garanzia del giudice contro i rischi sociali legati alla malattia, maternità, invalidità, vecchiaia e decesso») e di collocamento a riposo.

Con particolare riguardo a questo ultimo tema, il nuovo Statuto Universale pone fondamentalmente tre regole: la prima attiene al livello del trattamento pensionistico, che deve essere «corrispondente al suo livello di responsabilità» (cfr. art. 8-3, comma primo). La seconda, dettata dalla necessità di contrastare la prassi vigente in alcuni sistemi giuridici, è volta a consentire al giudice collocato a riposo l'esercizio di «un'altra attività professionale nel campo giuridico, a condizione che questa sia deontologicamente compatibile con la sua precedente attività giurisdizionale» (cfr. art. 8-3, comma secondo). La terza, strettamente collegata alla precedente, fa divieto al legislatore di privare il giudice del suo trattamento pensionistico per il solo fatto che egli eserciti un'altra attività professionale (cfr. art. 8-3, comma terzo).

## 12. L'ARTICOLO 9 DEL NUOVO STATUTO UNIVERSALE: LA SFERA DI APPLICABILITÀ DELLE DISPOSIZIONI IN ESAME

Qualche parola va infine spesa sul campo di applicabilità dello Statuto Universale.

Al riguardo, può veramente dirsi che l'aggettivo «universale» appare adatto a definire non solo l'estensione territoriale di questo nuovo documento internazionale, avente vocazione a dettare principi minimi di rispetto dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura in tutti i

Paesi ed i sistemi giuridici del mondo, ma anche la riferibilità soggettiva a chiunque si trovi ad esercitare funzioni giurisdizionali. Così, ai sensi dell'art. 9-1, lo Statuto «a tutte le persone che esercitano funzioni giudiziarie, in particolare ai giudici non professionali». Rimane in tal modo «coperta», ad es., la sconfinata area dei *magistrates*, dei *justices of the peace* e, più in generale dei *non professional judges* che, come noto, svolgono nei sistemi di *Common Law* la stragrande maggioranza delle attività affidate da noi ai giudici di carriera.

Sia consentito aggiungere in questa sede che, nonostante chi scrive si fosse strenuamente battuto (unitamente agli altri giudici membri – del tutto minoritari – di una commissione costituita per lo più da alti funzionari ministeriali) per l'estensione della Raccomandazione del Consiglio d'Europa n° R 2010/12 anche ai magistrati del Pubblico Ministero, essa è risultata applicabile esclusivamente ai giudici. Infatti, sfortunatamente, era prevalsa nel comitato d'esperti l'interpretazione riduttiva del citato art. 6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che limita l'espressione «tribunal» al solo personale giudicante degli uffici giudiziari, senza peraltro tenere conto che, ben consapevole del fatto che una giustizia perfettamente indipendente presuppone necessariamente anche una pubblica accusa indipendente, lo stesso Consiglio d'Europa si era sentito in dovere, già da diversi anni, di affiancare ad un Consiglio consultivo dei giudici (CCJE) un Consiglio consultivo dei pubblici ministeri (CCPE).

Eppure, anche nel contesto delle attività del Consiglio d'Europa, la situazione è radicalmente mutata nel corso di questi ultimi anni. Basti pensare, tanto per citare un esempio, alla distanza che corre tra, da un lato, la raccomandazione del Consiglio d'Europa del 2000 sul tema «The Role of Public Prosecution in the Criminal Justice System» (<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804be5>

5a), laddove si afferma, con disarmante truismo, che laddove l'ordinamento prevede l'indipendenza degli uffici di procura, tale indipendenza va effettivamente garantita e, dall'altro, la *Rome Charter*, approvata dal Consiglio Consultivo dei Pubblici Ministeri Europei nel 2014 ([www.coe.int/en/web/human-rights-rule-of-law/2015-news/-/asset\\_publisher/8X0wvBBc60he/content/the-consultative-council-of-european-prosecutors-ccpe-of-the-council-of-europe-adopts-the-european-charter-for-prosecutors](http://www.coe.int/en/web/human-rights-rule-of-law/2015-news/-/asset_publisher/8X0wvBBc60he/content/the-consultative-council-of-european-prosecutors-ccpe-of-the-council-of-europe-adopts-the-european-charter-for-prosecutors)), il cui punto IV statuisce, in maniera ben più incisiva, che «The independence and autonomy of the prosecution services constitute an indispensable corollary to the independence of the judiciary. Therefore, the general tendency to enhance the independence and effective autonomy of the prosecution services should be encouraged».

Proprio in quest'ottica, il nuovo Statuto Universale non solo prevede, all'art. 9-2, che «Nei paesi in cui membri del pubblico ministero sono assimilati ai giudici, i principi del presente Statuto sono applicabili anche ad essi, in considerazione della natura delle loro funzioni», ma stabilisce espressamente, e, questa volta, con una formulazione non limitata ai sistemi in cui i magistrati delle procure sono assimilati ai giudici (cfr. art. 9-3), che «L'indipendenza dei pubblici ministeri, che è essenziale per la salvaguardia dei principi dello stato di diritto, va garantita dalla legge al livello più alto possibile, esattamente come quella dei giudici». ●

# L'ASSOCIAZIONISMO GIUDIZIARIO E L'EUROPA

**Raffaele Sabato**

Consigliere della Corte di Cassazione

Aggiornando un precedente contributo, l'articolo tratta delle elaborazioni in sede europea – supportate tradizionalmente dall'associazionismo dei magistrati - a sostegno dello sviluppo di ordinamenti giudiziari idonei a favorire il riconoscimento di nuovi diritti.

Vengono in rilievo, in tale ambito, i lavori del Ccje e del Ccpe che, unitamente a quelli della Cepej, hanno costituito la trama che ha ispirato interventi anche normativi del Consiglio d'Europa.

Quanto, poi, alle minacce che in alcuni Paesi si pongono all'azione dei magistrati tesa al riconoscimento dei diritti, emergono i dati preoccupanti relativi – nella UE – a Ungheria e Polonia.

Anche l'Italia è oggetto d'attenzione, in relazione a una legge sulla responsabilità civile dei magistrati che è una minaccia all'indipendenza e stride rispetto alle altre adeguate garanzie che sorreggono l'azione di giudici e p.m. del nostro paese.

Nel 2009 l'Associazione nazionale magistrati ha celebrato i 100 anni di vita pubblicando, tra l'altro, un bel volume nel quale ha trovato spazio un resoconto dell'impegno dei magistrati associati italiani, nell'adempimento agli scopi di cui all'art.

2 dello statuto, in relazione alle iniziative che, a livello europeo e internazionale, hanno avuto ad oggetto l'ordinamento giudiziario (ed in particolare l'indipendenza della magistratura, anche attraverso forme di governo autonomo, la tutela degli interessi dei magistrati, nonché il prestigio e il rispetto della loro funzione, l'affinamento della professionalità e la formazione). A quasi un decennio da tale ricognizione, nell'ambito di un numero de "La Magistratura" dedicato ai nuovi diritti, un aggiornamento di quella riflessione è sembrato opportuno, in relazione ai rapporti che esistono tra diritti e ambienti giudiziari nei quali essi trovano riconoscimento (o che ne impediscono il riconoscimento stesso). Di una siffatta elaborazione le seguenti note, necessariamente limitate nello spazio, possono solo costituire un abbozzo, da migliorare e precisare in seguito.

Gli anni successivi al 2009 sono stati forieri di importanti novità sul fronte indicato: come si è già riferito su questa Rivista,<sup>2</sup> nella stessa data del 17 novembre 2010 sono state portate a termine due importanti iniziative che, compendiando elaborazioni del Consiglio d'Europa, costituiscono un successo per gli obiettivi dell'associazionismo

giudiziario e una importante premessa per lo sviluppo di nuovi diritti per gli utenti della giustizia. Anzitutto il Consiglio consultivo dei giudici europei (Ccje) presso il Consiglio d'Europa ha adottato in quella data la "Magna Carta dei giudici (principi fondamentali)", un testo di sintesi delle principali conclusioni dei Pareri già adottati dal Ccje, di cui già il Vertice dei capi di stato e di governo di Varsavia del 2005 aveva raccomandato di fare "buon uso". In pari data il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha definitivamente approvato la nuova Raccomandazione CM/Rec (2010) 12 "sui giudici: indipendenza, efficacia e responsabilità", con *memorandum esplicativo, sostitutivo della previgente Raccomandazione No. R (94) 12 "sull'indipendenza, l'efficacia e ruolo dei giudici"*. Come subito fu notato, la Raccomandazione (emanante dalla sede politica del Comitato dei Ministri) è caratterizzata da maggiore prudenza e apertura rispetto alla Magna Carta (formulata dal Consiglio dei giudici, con presa d'atto del Comitato dei ministri); ma entrambi i testi hanno fatto registrare affermazioni (tanto più importanti in relazione all'epoca in cui sono state formulate) a tutela dell'indipendenza della magistratura (anche requirente, posto che nell'art. 11 della Magna Carta si menziona che lo "statuto di indipendenza" del p.m. è elemento essenziale dello Stato di diritto realizzato attraverso la magistratura giudicante parimenti indipendente). I due testi hanno altresì definitivamente inserito nel panorama della giustizia europea il ruolo, invocato da sempre dall'associazionismo giudiziario italiano, riconosciuto sia nella Magna Carta che nella Raccomandazione, dei Consigli superiori della magistratura (e, nell'ambito delle loro competenze, delle "pratiche a tutela" – v. paragrafo 8 della Raccomandazione, che ipotizza in alternativa una competenza accertativa della lesione all'indipendenza in sede giudiziaria). In relazione agli scenari politici dell'epoca, connotati da importanti attacchi alla giustizia per il tramite dei media, la Raccomandazione, da un lato, ha indicato nella moderazione il criterio da seguire, d'altro lato ha previsto che i politici debbano evitare ogni

critica ai provvedimenti giurisdizionali che possa compromettere l'indipendenza della magistratura e minare la fiducia del pubblico nella stessa; essi "devono inoltre astenersi da qualsiasi azione che possa mettere in dubbio la loro volontà di rispettare le decisioni dei giudici, diversa dall'esprimere la loro intenzione di interporre impugnazione." Sia la Raccomandazione che la "Magna Carta" reputano opportune la formazione di codici etici da parte degli stessi magistrati, aventi oggetto più esteso rispetto alla definizione di violazioni disciplinari.

Già nel volume del 2009<sup>3</sup> si era poi sottolineato che, al di là della fissazione di *standard* da offrirsi agli Stati membri, il merito dell'azione del Consiglio d'Europa - in piena consonanza con gli auspici dei magistrati associati - era stato quello di aver riconosciuto il ruolo consultivo degli organi nazionali di autogoverno, e delle stesse associazioni di magistrati, nella fissazione di tali *standard*. In particolare, il rafforzamento del ruolo dei magistrati - ritenuto essenziale su un piano più generale, da parte del Consiglio d'Europa, allo sviluppo della democrazia e all'attuazione piena dei diritti dell'uomo sulla base della Convenzione europea - si era perseguito creandosi da parte del Comitato dei ministri, già nel 2000, un'istanza consultiva sulle questioni concernenti l'indipendenza, il Consiglio consultivo dei giudici europei (Ccje); analogo organismo, il Consiglio consultivo dei pubblici ministeri europei (Ccpe), era stato costituito nel 2005 per raggiungere simili finalità per quanto concerne i magistrati del p.m.

Anche negli anni dal 2009 in poi i pareri dei due Consigli consultivi hanno continuato a toccare temi di grande rilevanza ai fini del dibattito circa gli ordinamenti giudiziari degli Stati membri del Consiglio d'Europa e circa i rapporti tra tali ordinamenti e la tutela dei diritti dei cittadini.

1 Associazione Nazionale Magistrati, *Cento anni di associazione magistrati*, Ipsoa, 2009; il brano oggetto di richiamo è alle pp. 119 ss.

2 *Due importanti testi in tema di indipendenza della magistratura adottati dal Consiglio d'Europa il 17 novembre 2010*, in questa *Rivista*, 2011, pp. 60 ss.

3 V. nota 1 *supra*.

Oltre all'importante parere n. 12 (2009) su "i rapporti tra giudici e pubblici ministeri in una società democratica", su cui si tornerà, dal 2010 in poi sono stati emessi dal Ccje pareri sui seguenti temi:

- » n. 13 (2010) su "il ruolo dei giudici nell'esecuzione delle decisioni giudiziarie";
- » n. 14 (2011) su "giustizia e tecnologie informatiche";
- » n. 15 (2012) su "la specializzazione dei giudici";
- » n. 16 (2013) su "i rapporti tra giudici e avvocati";
- » n. 17 (2014) su "la valutazione del lavoro dei giudici, la qualità della giustizia e il rispetto dell'indipendenza della magistratura";
- » n. 18 (2015) su "la posizione del potere giudiziario e i suoi rapporti con gli altri poteri in una moderna democrazia";
- » n. 19 (2016) su "il ruolo dei presidenti degli organi giurisdizionali";
- » n. 20 (2017) su "il ruolo degli organi giurisdizionali rispetto all'uniforme applicazione della legge".

Quanto al Ccpe, oltre all'importante parere n. 4 (2009) su "i rapporti tra giudici e pubblici ministeri in una società democratica", su cui come detto si tornerà, lo stesso ha emesso dal 2010 in poi pareri sui seguenti temi:

- » - n. 5 (2010) su "ruolo dell'ufficio del pubblico ministero e giustizia minorile";
- » - n. 6 (2011) su "il rapporto tra pubblici ministeri e l'amministrazione penitenziaria";
- » - n. 7 (2012) su "la gestione delle risorse degli uffici del pubblico ministero";
- » - n. 8 (2013) su "i rapporti tra pubblici ministeri e mezzi di comunicazione";
- » - n. 9 (2014) su "norme europee e principi relativi al pubblico ministero";
- » - n. 10 (2015) su "il ruolo dei pubblici ministeri nelle indagini penali";
- » - n. 11 (2016) su "la qualità e l'efficienza del lavoro dei pubblici ministeri, anche nel contrasto al terrorismo e alla criminalità organizzata e ad altri gravi delitti";
- » - n. 12 (2017) su "il ruolo dei pubblici ministeri

in rapporto ai diritti delle vittime e dei testimoni nei procedimenti penali".

Nell'impossibilità di fornire un commento anche solo breve di una siffatta imponente serie di pareri oramai costituenti, unitamente a quelli precedenti, un *corpus* di ordinamento giudiziario europeo a supporto dei diritti dei cittadini nelle moderne democrazie, è possibile solo soffermarsi su tre dati:

- a. la convergenza dei lavori dei due Consigli consultivi su alcuni temi e, fra essi, il tema delle garanzie di indipendenza del p.m., riconosciuta come preliminare all'indipendenza del magistrato giudicante nell'importante parere congiunto su "i rapporti tra giudici e pubblici ministeri in una società democratica" che, come detto, ha assunto il n. 12 (2009) per il Ccje e il n. 4 (2009) per il Ccpe; tale parere, dunque, ha valore propulsivo verso i paesi nei quali il p.m. conosce ancora forme di eccessiva dipendenza dal potere esecutivo;
- b. la complementarità reciproca tra i lavori dei due Consigli consultivi e quelli della Commissione europea per l'efficienza della giustizia – Cepej – operante sempre nell'ambito del Consiglio d'Europa ma costituita, invece che di giudici o p.m. designati dai rispettivi organi di governo autonomo, da rappresentanti dei ministeri della giustizia; la Cepej, oltre a ormai ben note elaborazioni di dati con cadenza biennale denominate "Sistemi giudiziari europei – Efficienza e qualità della giustizia",<sup>4</sup> è protagonista dalla sua costituzione nel 2002 di altre importanti azioni sul tema del funzionamento delle macchine giudiziarie;
- c. la sempre maggiore influenza delle

4 Agli elaborati biennali della Cepej di cui al testo, relativi a tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa, fa da corrispondente, per gli Stati membri dell'Unione Europea, il *Justice Scoreboard* predisposto annualmente dalla Commissione. V. [https://ec.europa.eu/info/strategy/justice-and-fundamental-rights/effective-justice/eu-justice-scoreboard\\_en](https://ec.europa.eu/info/strategy/justice-and-fundamental-rights/effective-justice/eu-justice-scoreboard_en)

elaborazioni di Ccje, Ccpe e Cepej sulle riforme, soprattutto nelle nuove democrazie, e sulla stessa produzione normativa del Consiglio d'Europa sui temi concernenti la giustizia; a titolo esemplificativo, si può ricordare, oltre alla già citata Raccomandazione del Comitato dei ministri CM/Rec (2010) 12 "sui giudici: indipendenza, efficacia e responsabilità", la recente Raccomandazione CM/Rec (2012) 11 su "il ruolo dei pubblici ministeri al di fuori del sistema giudiziario penale", la quale va a completare la preesistente Rec (2000) 19 su "il ruolo dei pubblici ministeri nel sistema giudiziario penale".

d. Le informazioni rilevanti possono essere reperite agevolmente su [www.coe.int/ccje](http://www.coe.int/ccje), [www.coe.int/ccpe](http://www.coe.int/ccpe) e [www.coe.int/cepej](http://www.coe.int/cepej).

4. Un'ulteriore serie di notazioni può muovere dal rilievo che, mentre indubbiamente in Europa in via generale si assiste a miglioramenti sul fronte dell'efficienza della giustizia<sup>5</sup>, in alcuni Stati si percepiscono sostanziali regressi nello sviluppo di ambienti giudiziari idonei a sostenere l'*enforcement* dei diritti. Limitando le considerazioni ai soli Stati membri dell'UE (siccome le questioni relative alla Turchia e a qualche altro paese extra-UE necessiterebbero di ben più accurate trattazioni), sono sicuramente preoccupanti le situazioni dell'Ungheria e della Polonia, oltre che in parte della Cechia (nuova denominazione breve della Repubblica ceca). La gravità della situazione polacca ha addirittura indotto la Commissione UE a proporre al Consiglio le procedure di cui all'art. 7, para. 1, del trattato UE, includenti sanzioni fino alla riduzione degli aiuti e alla sospensione dei diritti di voto; ciò in relazione alla grave violazione del principio dello Stato di diritto realizzata attraverso numerose leggi incidenti sull'intera struttura del sistema giudiziario (Tribunale costituzionale, Corte

5 Tale, ad esempio, il primo rilievo nella presentazione ufficiale della Commissione UE al *Justice Scoreboard* del 2017; v. *supra*.

suprema, tribunali ordinari, Consiglio nazionale per la magistratura, organizzazione giudiziaria e Scuola nazionale della magistratura), mediante sistematiche interferenze del potere esecutivo sulla composizione, sui poteri, sull'amministrazione e sul funzionamento di detti organismi.

Per tutti i paesi in questione le lesioni dell'indipendenza della magistratura si accompagnano a generali dissensi verso le politiche dell'Unione, in particolare per quanto concerne il trattamento dei flussi migratori, ciò che evidenzia lo stretto nesso – cui si è fatto sopra cenno – tra riconoscimento dei diritti e qualità dell'ordinamento giudiziario.

Tra le varie iniziative assunte per suscitare non solo reazioni ma anche e soprattutto consapevolezza circa tali fenomeni, oltre a meritorie prese di posizione dell'associazionismo giudiziario, si sono registrati interventi dell'UE e del Consiglio d'Europa. Si segnalano, tra gli altri, una decisione della Corte di giustizia UE e pareri della Commissione europea per la Democrazia attraverso il Diritto, nota come Commissione di Venezia ([http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/default.aspx?p=01\\_Presentation&lang=IT](http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/default.aspx?p=01_Presentation&lang=IT)), e degli altri organi del Segretariato e dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, oltre che il rapporto – destinato a diventare periodico – del Ccje su "l'indipendenza e l'imparzialità dei giudici negli Stati membri del Consiglio d'Europa" (<https://www.coe.int/en/web/ccje/-/report-on-judicial-independence-and-impartiality-in-the-council-of-europe-member-states-in-2017>). Tale rapporto, emesso con riferimento al 2017 (e occasionalmente aggiornato con Dichiarazioni del Ccje su specifici temi, quali quelli concernenti la Turchia o la Polonia), adempie all'invito del Segretario generale del Consiglio d'Europa a "sviluppare una metodologie e realizzare un regolare meccanismo interno al Consiglio di valutazione dell'indipendenza e dell'imparzialità

dei giudici degli Stati membri”<sup>6</sup>. Il rapporto, dopo una panoramica degli *standard* europei pertinenti, affronta i profili dell’indipendenza funzionale (nomina e inamovibilità), dell’indipendenza organizzativa (Consigli superiori della magistratura e organizzazione dei tribunali), dell’imparzialità, dei codici etici e della condotta professionale e disciplinare, nonché delle basi economiche per il buon funzionamento del sistema giudiziario. Tratta poi dei temi del dibattito pubblico sulla giustizia e delle critiche alla magistratura. Una lettura dello stesso dà l’idea dei problemi in essere e delle preoccupazioni da nutrire per un’effettiva tutela dei diritti in Europa.

Può essere il caso di richiamare che, in un precedente di tale rapporto (presentato congiuntamente in riferimento al 2015 dal Ccje e dal Ccpe - <https://rm.coe.int/1680630e3a>), purtroppo anche l’Italia ha formato oggetto di attenzione. Superate in parte talune serie problematiche relative alle riforme degli anni 2006-2007, il nostro Paese risulta ora chiamato in causa in relazione all’intervenuta riforma della legge sulla responsabilità civile dei magistrati. Alla p. 58 del rapporto la legge vigente – che per le sue caratteristiche è ora un *unicum* nel panorama europeo, che pure conosce alcune altre ipotesi di responsabilità civile - è considerata come lesiva dell’indipendenza dei magistrati (*“the possibility of being held personally liable for damages for judicial decisions may constitute a serious threat for decision-making, initiative in judging and the conscientious and efficient conduct of proceedings and trials. Whether gross negligence can be seen in finding facts or in evaluating evidence may be disputable in a given case, but the mere threat of being held accountable for a judicial decision other than by way of appeal can be considered a substantial infringement of judicial*

*independence”*).

**5.** Non può essere infine questa la sede per richiamare adeguatamente le attività (che avevano trovato spazio nella ricognizione del 2009) svolte dall’Unione internazionale dei magistrati (Uim), dall’Associazione europea dei magistrati (Aem), e da *Magistrats européens pour la démocratie et les libertés* (Medel), le quali istanze associative hanno anch’esse – nella diversità degli ambiti di rappresentatività e di campi d’azione – in questi anni fornito un grande contributo per lo sviluppo di sistemi giudiziari confacenti alla tutela dei diritti degli utenti della giustizia. ●

<sup>6</sup> Rapporto per il 2016 del Segretario Generale Rapporto per il 2016 del Segretario Generale “State of democracy, human rights and the rule of law. A security imperative for Europe”, p. 7.





# FAMIGLIA

# LA TUTELA VOLONTARIA DEI MINORI STRANIERI NON ACCOMPAGNATI. UN ISTITUTO IN EVOLUZIONE

**Filomena Albano**

Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza

## 1. INTRODUZIONE

La l. 7 aprile 2017 n. 47 recante disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati, in vigore dal 6 maggio 2017, è la traduzione, sul piano del diritto, del principio d'uguaglianza. Tale normativa, che si prefigge l'obiettivo di adattare l'ordinamento italiano alle mutate esigenze del complesso fenomeno migratorio minorile, incide a trecentosessanta gradi sulle misure ad esso rivolte. Si tratta della prima legge a livello europeo che, ora codificando principi acquisiti, ora modificando norme in vigore e ora introducendone di nuove, si preoccupa di riordinare il frammentario quadro dell'accoglienza italiana dei *minori* non accompagnati, sin dal momento della loro identificazione ed eventuale procedura di accertamento dell'età. Pur adottando una definizione di "*minore* straniero non accompagnato" (art. 2) che arretra, sul piano del diritto, rispetto alla definizione già assunta a livello europeo (il legislatore dell'Unione, infatti, ha da tempo espunto il termine "straniero" dalle direttive del sistema comune europeo d'asilo – c.d. "CEAS"), la l. n. 47/2017 costituisce concreta attuazione del principio del superiore interesse del

*minore*: il *best interests of the child* sancito dall'art. 3 della Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo (che ne puntualizza il carattere preminente) assurge a obiettivo ma soprattutto a parametro di azione, tanto per le istituzioni quanto per i privati cittadini.

Sul fronte normativo, la l. n. 47/2017 – adottata a seguito di un *iter* avviato nel 2011 e già novellata con d.lgs. 22 dicembre 2017, n. 220 (entrato in vigore il 31 gennaio 2018) – è testimonianza di una realtà giuridica in movimento, che accompagna lo spostamento dei flussi migratori, nonché di un panorama sociale fluido, teso verso l'effettiva inclusione, che predispone in corsa gli strumenti necessari a rendere efficiente il "sistema" di accoglienza. La tensione verso l'inclusione del *minore* straniero non accompagnato nel tessuto sociale dello Stato di destinazione è accentuata dalla previsione dell'art. 11 l. n. 47/2017, che "cristallizza" l'istituto della tutela volontaria, elevandolo a baluardo dell'integrazione.

La previsione normativa si pone ora dinanzi alla riprova della sua concreta attuazione. A pochi mesi dalla sua entrata in vigore, sono stati compiuti

rilevanti progressi: ciò è testimoniato dal numero delle candidature degli aspiranti tutori pervenute ad oggi e così anche dalla partecipazione attiva delle istituzioni, che insieme alla cittadinanza hanno raccolto la sfida lanciata dalla l. n. 47/2017, anche in risposta alle richieste dell'UE che nel 2014 aveva aperto una procedura d'infrazione contro l'Italia per presunta violazione della disciplina europea sui *minori* non accompagnati, in particolare richiedenti protezione internazionale. All'esito di prime rilevazioni svolte in merito all'attuazione dell'art. 11, il 25 gennaio 2018 la Commissione europea ha ritenuto non sussistente la violazione da parte dell'Italia e ha archiviato la procedura.

Si sottolinea che l'espressione "persona di minore età" è da preferirsi rispetto all'espressione, sia pure più diffusa, di "*minore*": si è "*minore*", infatti, rispetto a un "maggiore", mentre l'espressione "persona di minore età" non reca alcun confronto e attribuisce lo *status* di persona indipendente, titolare autonoma di diritti. Questa stessa espressione riflette la menzionata tendenza, di derivazione internazionale ed europea, volta ad attribuire rilievo puerocentrico alla normativa recentemente adottata perlopiù nel settore della cooperazione giudiziaria in ambito familiare e, dunque, alla terminologia ivi impiegata (una per tutte, l'espressione "responsabilità genitoriale" che ha sostituito quella di "potestà parentale"). È solo per motivi di immediatezza comunicativa che, dunque, nelle riflessioni che seguono, si è impiegato il termine "*minore*", distinguendolo in corsivo.

## 2. LA TUTELA VOLONTARIA DEI MINORI STRANIERI NON ACCOMPAGNATI NELL'ART. 11 L.N. 47/2017

L'art. 11 della l. n. 47/2017, così come modificato dal d.lgs. n. 220/2017, istituisce elenchi di tutori volontari presso i tribunali per i minorenni. Sono tutori volontari i privati cittadini "selezionati e adeguatamente formati da parte dei garanti

regionali e delle province autonome di Trento e di Bolzano per l'infanzia e l'adolescenza, disponibili ad assumere la tutela di un minore straniero non accompagnato o di più minori, nel numero massimo di tre, salvo che sussistano specifiche e rilevanti ragioni". Laddove non sia nominato il garante, "all'esercizio di tali funzioni provvede temporaneamente l'ufficio dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza con il supporto di associazioni esperte nel settore delle migrazioni e dei minori, nonché degli enti locali, dei consigli degli ordini professionali e delle università"; per promuovere e facilitare la nomina dei tutori volontari, i garanti delle regioni e delle province autonome, e l'Autorità garante nelle regioni di competenza, concludono dei protocolli di intesa con i presidenti dei tribunali per i minorenni. Il d.lgs. n. 220/2017 ha previsto altresì la competenza dell'Autorità garante nel monitoraggio dell'attuazione delle disposizioni contenute all'art. 11: a tal fine è previsto che i garanti regionali e delle province autonome di Trento e di Bolzano collaborino costantemente, presentando una relazione sulle attività realizzate con cadenza bimestrale.

L'art. 11 istituzionalizza la figura del tutore volontario: una figura relativamente nuova, oramai consolidata in alcuni Stati membri (tra cui, sia pure con alcune specificità, il Belgio) e già sperimentata da alcune prassi locali. Si tratta di una figura che trae ispirazione dal livello sovranazionale secondo il quale, pur in assenza di una definizione comunemente accettata di tutore (oltre al termine "tutore" o "tutore legale", il diritto dell'Unione usa espressioni variegata quali "rappresentante", "rappresentante legale", "rappresentante speciale"), si intende una persona indipendente che protegge l'interesse superiore e il benessere generale del *minore* trasformandone i bisogni in diritti e, a tal fine, integrandone la capacità giuridica ed esercitando la rappresentanza legale. Il tutore volontario lavora a stretto contatto con la rete degli attori del sistema di protezione e accoglienza: egli è da intendersi quale chiave di volta del sistema, punto di riferimento

per il *minore* in tutela, la persona cui egli possa rivolgersi e su cui possa contare, anche laddove alcuni anelli della catena del sistema stridano o vi siano eventuali lacune da colmare.

La preferenza accordata dal legislatore all'istituto della tutela volontaria ha l'obiettivo di ricomporre una prassi nazionale che, al momento dell'entrata in vigore della l. n. 47/2017, appariva ampiamente frammentaria. Una rilevazione dei dati relativa ai tempi di nomina del tutore, alla natura della tutela (pubblica/istituzionale, privata/volontaria o "ibrida"), all'utilizzo di elenchi o protocolli di intesa tra amministrazioni, alla presenza di meccanismi di monitoraggio, realizzata dall'Autorità garante con la collaborazione del Ministero della giustizia e degli uffici giudiziari competenti, mostra infatti criticità riconducibili prevalentemente alle tempistiche della nomina del tutore e ad una carenza diffusa di strumenti preposti al monitoraggio delle attività tutorie (**Autorità Garante per l'infanzia e l'adolescenza**, *Relazione al Parlamento* 2016, 2017, p. 142 ss., accessibile a questo indirizzo: <http://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/RELAZIONE%202016%20%281%29.pdf>). Il tempo medio di nomina del tutore di *minori* stranieri non accompagnati risultava superiore a quanto richiesto dalla Commissione europea in sede di revisione del c.d. "pacchetto CEAS" (cinque giorni) e il numero di minori in carico a ciascun tutore rendeva non semplice l'esercizio delle sue funzioni.

Concorre alla ricomposizione del "sistema-tutela" anche la previsione, contenuta nel d.lgs. n. 220/2017, che devolve la competenza per la nomina del tutore di *minori* stranieri non accompagnati al tribunale per i minorenni: l'art. 19, quinto comma, del d.lgs. n. 142/2015 prevede ora che "l'autorità di pubblica sicurezza dà immediata comunicazione della presenza di un minore non accompagnato al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni e al Tribunale per i minorenni per l'apertura della tutela e la nomina del tutore ai sensi degli articoli 343 e seguenti del codice civile

[...] Il provvedimento di nomina del tutore e gli altri provvedimenti relativi alla tutela sono adottati dal presidente del tribunale per i minorenni o da un giudice da lui delegato". Si tratta di un'importante e quanto mai necessaria precisazione, in un'ottica di razionalizzazione del sistema, giunta all'esito di orientamenti giurisprudenziali (da ultimo v. Cass., sez. VI civ., ordinanza 12.1.2017, n. 685, in Foro it., 2017, pp. 522-529) e discussioni intorno alla riduzione delle competenze del tribunale per i minorenni e delle rispettive procure, sino alla loro definitiva abolizione.

L'art. 11 della l. n. 47/2017 traduce sul piano del diritto un messaggio di inclusione che deve essere letto in una duplice prospettiva: nella prospettiva del privato cittadino, le persone sono chiamate ad un importante esercizio di responsabilità sociale, nella costruzione di un rapporto di fiducia con il *minore*, che li pone sul piano più alto all'interno della cornice dell'integrazione dei *minori* non accompagnati nel nostro Paese. Al contempo, nella prospettiva pubblicistica, il tutore diventa strumento di gestione del fenomeno migratorio, chiave di volta del sistema di protezione e accoglienza, ma al contempo inserito nella trama di una rete indispensabile – composta da istituzioni, enti locali, associazioni – con la quale egli dialoga, collabora e che supporta e da cui, allo stesso tempo, deve essere supportato.

### 3. L'AUTORITÀ GARANTE PER L'INFANZIA E L'ADOLESCENZA E LA TUTELA VOLONTARIA

La l. n. 47/2017 cala l'Autorità garante nel sistema italiano di protezione e accoglienza dei *minori* stranieri non accompagnati: oltre ad attribuirle un ruolo, sia pure in via temporanea, nella selezione e formazione dei tutori volontari nelle regioni prive di garante (attualmente Abruzzo, Toscana e Valle d'Aosta, dopo le recenti nomine in Molise e Sardegna), l'art. 11 le conferisce una competenza sul monitoraggio delle disposizioni ivi contenute, che avrà un impatto incisivo, non solo di verifica, ma

anche di impulso nell'attuazione della normativa, nonché un riflesso al di là dei confini nazionali.

Prima dell'adozione della l. n. 47/2017, in attuazione delle competenze di indirizzo delle politiche dell'infanzia e dell'adolescenza previste dalla propria legge istitutiva (l. n. 112/2011), l'Autorità garante aveva predisposto degli strumenti volti a guidare le attività di selezione e formazione dei tutori volontari: linee guida per la selezione, la formazione e l'iscrizione negli elenchi dei tutori volontari; un modello di protocollo d'intesa tra presidenti dei tribunali per i minorenni e garanti; dei moduli formativi standard per aspiranti tutori volontari, articolati in modulo fenomenologico, giuridico, psico-sociale (24/30 ore). Si stanno attualmente svolgendo i corsi di formazione in quasi tutta Italia.

L'attività di monitoraggio che l'Autorità garante si accinge a predisporre si prospetta un lavoro di rete che coinvolgerà non solo i garanti regionali e delle province autonome, ma anche i tribunali per i minorenni nonché i tutori stessi. La creazione di un vero e proprio sistema di monitoraggio dell'istituto della tutela volontaria in Italia è, d'altronde, un riflesso "a piani intrecciati" della rete entro la quale si inserisce il tutore stesso.

L'Autorità garante, che nasce da un'esigenza espressa a livello internazionale e la cui attività si esplica sul piano interno, in rapporto osmotico con il livello europeo e internazionale, ha *per se* vocazione al lavoro di rete. Un'importante attività in questo senso è stata compiuta nel contesto della procedura di infrazione 2014/2171, sopra menzionata, avviata dalla Commissione europea nei confronti dell'Italia, avente ad oggetto la presunta violazione delle direttive 2003/9/CE e 2005/85/CE, specificamente nella parte relativa all'istituto della tutela dei *minori* stranieri non accompagnati. Sin dall'inizio del 2017, infatti, l'Autorità garante ha intrapreso un proficuo dialogo con il Dipartimento per le politiche europee presso la Presidenza del

Consiglio dei ministri, trasmettendo i dati raccolti nel report sull'istituto della tutela pubblicato nella Relazione parlamentare e collaborando costantemente con il Ministero della giustizia, dapprima chiedendo di sensibilizzare gli uffici giudiziari competenti all'esistenza della procedura in menzione e poi condividendo i risultati di una prima attività di rilevazione svolta nei confronti dei garanti regionali e delle province autonome in attuazione dell'art. 11 l. n. 47/2017. Non da ultimo occorre evidenziare la considerevole attività di informazione alla Commissione europea in occasione della creazione di una *European Network on Guardianship*, luogo virtuale di confronto tra Stati membri con lo scopo principale di individuare *best practice* nel settore della tutela legale, anche attraverso un meccanismo di cooperazione transfrontaliera.

### 4. CRITICITÀ APERTE

Il panorama sino a qui delineato non è scevro da elementi di criticità. Dimostrazione del fatto che le previsioni relative alla tutela volontaria contenute all'art. 11 l. n. 47/2017 rappresentino una disciplina perfettibile è la più volte ricordata adozione del d.lgs. n. 220/2017, che ha novellato l'art. 11, "aggiustando il tiro" all'esito di soli pochi mesi di attuazione sperimentati. Se, da una parte, inoltre, la pratica rivela le difficoltà applicative che richiedono aggiustamenti normativi, dall'altra – nella logica in movimento richiamata in apertura – mutano le condizioni entro le quali si viene a collocare la disciplina della tutela volontaria.

Dal punto di vista tecnico-interpretativo, la disciplina transitoria contenuta all'art. 4, secondo comma, del d.lgs. n. 220/2017 prevede che le modifiche per le quali i procedimenti volti alla nomina del tutore di *minori* stranieri non accompagnati vengono concentrati dinanzi al tribunale per i minorenni si applichino "alle comunicazioni effettuate dopo il trentesimo giorno dalla data di entrata in vigore del presente decreto" (ossia dal 3 marzo

2018). Tale disposizione, in ossequio alla logica di razionalizzazione del sistema cui sono informate le stesse modifiche, deve essere intesa nel senso che il tribunale per i minorenni è competente esclusivamente per le comunicazioni di cui al novellato art. 19, quinto comma, del d.lgs. n. 142/2015 e, di contro, esso non è competente per la gestione delle tutele già aperte e pendenti dinanzi ai giudici tutelari, né nei confronti di *minori* per i quali la comunicazione di cui alla stessa disposizione sia effettuata prima del 3 marzo 2018.

Dal punto di vista della sua attuazione pratica, la disciplina sulla tutela volontaria deve essere arricchita delle misure necessarie al tutore per svolgere serenamente le proprie funzioni, nella progressiva realizzazione di un vero e proprio “sistema”: in più occasioni (da ultimo con nota del 20 novembre 2017) l’Autorità garante ha sollecitato le istituzioni a colmare le lacune che ruotano intorno ai temi della polizza assicurativa, dei permessi di lavoro nonché intorno alla questione dei rimborsi spese. Su quest’ultimo punto, è stata sollevata una questione di legittimità costituzionale in merito agli articoli 11 e 21 della l. n. 47/2017 per violazione dell’art. 3 della Costituzione, deducendo la disparità di trattamento tra incapaci italiani soggetti a tutela e *minori* stranieri non accompagnati, conseguente al fatto che, “non essendo garantita alcuna indennità per le spese sostenute dal tutore volontario, sussiste il concreto pericolo che nessuno si dichiari disponibile ad assumersene la tutela” (Tribunale di Benevento, ordinanza 19 ottobre 2017, n. 682).

L’attuazione dell’art. 11 apre ulteriori scenari di sfida. Il primo scenario riguarda l’attuazione del meccanismo di monitoraggio. Se è vero che si tratta di una sfida che riguarda l’Autorità garante in quanto attore selezionato dal legislatore per la sua realizzazione, al contempo un monitoraggio sostenibile, soprattutto in questa fase iniziale, deve essere il risultato di un lavoro sinergico che coinvolga il supporto di tutti gli attori del sistema di protezione e accoglienza, *in primis* i garanti regionali

e delle province autonome, ma anche i tribunali per i minorenni. Il secondo piano, il più importante, su cui si muove la sfida attuativa dell’art. 11 della l. n. 47/2017 riguarda il coinvolgimento delle persone: perché il sistema di tutela volontaria contribuisca a strutturare un sistema di integrazione efficiente dei *minori* stranieri non accompagnati, è necessario coltivare la motivazione della cittadinanza, intervenendo per la progressiva costruzione di un sistema reticolare, affinché il tutore non sia lasciato solo nell’esercizio delle sue funzioni.

## 5. CONCLUSIONI

L’attuazione della disciplina contenuta all’art. 11 della l. n. 47/2017, che costituisce chiave di volta dell’intera legge e pone il tutore volontario al centro del sistema italiano di protezione e accoglienza dei *minori* stranieri non accompagnati, deve essere condotta gradualmente e in maniera consapevole, per evitare che la tutela effettiva dei diritti fondamentali dei minori si fletta dinanzi ad una gestione emergenziale del fenomeno migratorio, pregiudicando la concreta attuazione dell’interesse superiore del minore.

Tutte le disposizioni contenute nella l. n. 47/2017 sono tra loro correlate: da una efficace attuazione dell’art. 11, ad esempio, discende un’altrettanta efficace attuazione della disciplina contenuta nell’art. 5 che, integrando il d.lgs. n. 142/2015 con il nuovo art. 19 bis, chiarisce la procedura di identificazione dei *minori* stranieri non accompagnati.

La disciplina che ha istituzionalizzato, nel nostro ordinamento, la tutela volontaria, è una disciplina destinata ad evolversi, nel prossimo futuro, soggetta ad aggiustamenti che andranno nella direzione che indicherà l’esperienza pratica. Nella “corsa” ponderata alla strutturazione di un “sistema” italiano efficace ed efficiente di tutela volontaria, è indispensabile che permanga evidente il rilievo ricoperto dal tutore volontario: il costo

per i “servizi” dei tutori volontari non deve essere considerato una spesa, ma un investimento. La tutela come obiettivo e strumento per aprirsi al mondo, per aiutare silenziosamente, per sviluppare un’importante risorsa di capitale umano: la tutela come strumento che possa accrescere il sentimento di appartenenza e di integrazione per i bambini e le bambine, i ragazzi e le ragazze che giungono soli nel nostro Paese. ●



# FAMIGLIE E GENITORIALITÀ ALLA PROVA DELL'UGUAGLIANZA

**Cecilia D'Elia**

Scrittrice

La XVII legislatura è stata quella che nell'ambito del diritto familiare sarà ricordata per l'approvazione del divorzio breve e della legge che regola le unioni civili tra persone dello stesso sesso. L'iter di discussione di quest'ultima è stato accompagnato da un dibattito che ha largamente interessato non solo le persone LGBT, la cui vita era coinvolta dalle norme in discussione, ma l'opinione pubblica nel suo complesso.

Alla luce di questa esperienza e delle norme approvate (legge n.76/2016), si può infatti sostenere che il vero conflitto nella cultura diffusa del Paese non sia più sul riconoscimento della coppia omosessuale - anche se le norme italiane non parlano di matrimonio, ma di specifica formazione sociale - quanto sul diritto alla genitorialità omosessuale. Dal testo approvato è stato infatti cancellato l'originario art. 5 (con cui si estendeva anche ai genitori dello stesso sesso la possibilità di adottare il figlio del partner, la cd. *stepchild adoption*), su cui si erano concentrate opposizioni da più fronti. Il dibattito sulle unioni civili e sulla genitorialità omosessuale, infatti, si è intrecciato con quello sulla gestazione per altri. Più forte della preoccupazione per i diritti dei minori, è stata la paura che la *stepchild adoption* aprisse

anche nel nostro paese alla Gestazione per altri (GPA), per altro espressamente vietata dalla legge sulla riproduzione assistita. Purtroppo questo tema ha finito per viziare la discussione sulla adozione da parte del partner e lo sguardo si è spostato dai minorenni ai genitori e alle loro scelte. Ma il cuore della questione non riguarda tanto la libertà degli adulti di generare, questione comunque rilevante, quanto il diritto dei figli al riconoscimento della genitorialità. Si è così negata ai bambini che già crescono all'interno di famiglie omogenitoriali la possibilità di veder riconosciute le relazioni di cura che sostengono la loro vita quotidiana e la loro crescita, con tutti i rischi che questo comporta nel caso di morte prematura del genitore biologico.

La mancata approvazione della *stepchild adoption* ha di fatto messo la magistratura di fronte al difficile compito di dover decidere, caso per caso, se e come riconoscere dignità ai legami del minore con gli adulti di riferimento, senza pregiudizio per il loro orientamento sessuale, guardando piuttosto al supremo interesse del minore. Ci muoviamo inoltre su un terreno nel quale più volte nel nostro paese sentenze della Consulta o decisioni della giurisprudenza di merito, dovendo rispondere a domande generate dall'incalzare della vita delle

persone, hanno anticipato scelte del legislatore. Ed è questo che, a partire dalla pronuncia della suprema Corte n. 12962 del 24 maggio 2016, le corti di merito sono già state più volte chiamate a fare (S. Celentano, 2017) per i casi di bambini nati da *surrogacy* praticata all'estero da coppie di uomini, o bambini nati da PMA cosiddetta eterologa (anche questa praticata all'estero, essendo nel nostro paese la procreazione medicalmente assistita consentita solo alle coppie eterosessuali) da coppie di donne (M. Gattuso, 2018).

Il dibattito sulle unioni civili e sulla *stepchild adoption* offre materia di riflessione su questioni che non riguardano solo le coppie omosessuali, ma chiamano in causa l'esperienza della famiglia e della genitorialità, le trasformazioni in atto in questo ambito e la necessaria tutela dei diritti delle persone coinvolte. Si intrecciano questioni che riguardano il rapporto tra adulti, l'accesso alle tecniche attraverso cui oggi è possibile diventare genitori, il riconoscimento dei legami di genitorialità e il supremo interesse del minore a vederli riconosciuti.

## FAMIGLIE, LE RAGIONI DEL PLURALE

Alla voce famiglia della Treccani si può leggere: *malgrado la sua universalità, la famiglia assume nei diversi contesti sociali e culturali una straordinaria varietà di forme, sì da rendere problematico individuare un tratto distintivo che la caratterizzi in ogni circostanza.*

Dunque la famiglia è legata alla cultura degli uomini e delle donne, alla loro organizzazione sociale, al modo in cui vivono la loro sessualità e genitorialità. Nell'epoca contemporanea sta attraversando un grande cambiamento, frutto anche dei processi di secolarizzazione della seconda metà del secolo scorso. Tale mutamento si esprime attraverso alcuni evidenti fenomeni demografici quali il calo e la posticipazione del matrimonio, la diminuzione delle nascite, l'aumento delle convivenze, dell'instabilità

coniugale, delle famiglie con un solo genitore, delle famiglie ricomposte e delle famiglie unipersonali. Questo processo ha suggerito alla sociologa Chiara Saraceno la metafora del caleidoscopio, per indicare una realtà che muta "nelle norme e nelle relazioni che la costituiscono nel tempo, e da una società all'altra. Apparentemente gli ingredienti/tessere sono sempre gli stessi - rapporti tra i sessi, rapporti tra generazioni, filiazione, scambi economici, norme - ma si combinano in modo e con significati diversi a seconda del contesto" (Saraceno, 2012).

Tale pluralità non riguarda solo la compresenza in uno stesso tempo di più tipologie di famiglie, ma anche i diversi tipi di famiglia che una persona può sperimentare durante l'arco della propria vita. Si può nascere in una famiglia tradizionale, fare esperienza del divorzio dei propri genitori, vivere con uno di loro, entrare a far parte di una famiglia ricomposta, acquisendo parenti non biologici; e poi crescendo andare a vivere soli, quindi iniziare una convivenza o sposarsi, e via dicendo. (A.L. Zanatta, 2008).

Se guardiamo all'Italia registriamo che nel periodo 2008-2014, i matrimoni sono diminuiti in media al ritmo di quasi 10.000 l'anno. I nubendi maschi hanno in media 35 anni e le donne 32 (entrambi quasi due anni in più rispetto al 2008). La durata media del matrimonio al momento della separazione è di circa 17 anni (Istat).

Mentre diminuiscono i tassi di nuzialità, cresce però il numero delle famiglie, a ritmo più sostenuto di quanto faccia la popolazione del paese. Fenomeno dovuto al diffondersi della famiglia coniugale-nucleare e all'aumento della durata della vita. Al centro di questa grande trasformazione vi è il mutamento avvenuto nelle relazioni tra i sessi, nella sessualità e nella vita riproduttiva. Il motore del cambiamento sono state le donne, che hanno messo in discussione il ruolo di madre e di moglie come destino imposto e i rapporti gerarchici caratteristici della famiglia patriarcale, aprendo

la strada al riconoscimento dei diritti delle altre soggettività che possono comporre una famiglia: donne e bambini (D'Elia, Serughetti, 2017).

Giocando sul fatto che a proposito del matrimonio tra persone dello stesso sesso si parli di matrimonio egualitario (*marriage equality*), perchè non fa distinzioni sull'orientamento sessuale di chi si sposa e con esso si riconosce il diritto di tutti a sposarsi, la saggista americana Rebecca Solnit ha sottolineato come "può però anche significare matrimonio tra pari. Cosa che il matrimonio tradizionale non è stato". (R. Solnit, 2017)

Il matrimonio tradizionale era infatti un'istituzione gerarchicamente governata dal capofamiglia. L'affermarsi della libertà delle donne ha trasformato questo rapporto gerarchico in un rapporto egualitario, aprendo la strada anche al matrimonio tra persone dello stesso sesso. Lo ha potuto fare perchè al centro della famiglia ha avuto sempre più valore l'affettività e il benessere reciproco.

## DA DOVE VENIAMO

"La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare" (art. 29 Cost.). Anche il nostro testo costituzionale tradisce la vivacità del dibattito attorno alla famiglia: il primo comma appare illogico per quel richiamo a una "società naturale" fondata però su un istituto di legge. I costituenti erano soprattutto alle prese con la questione dell'indissolubilità del matrimonio, che se approvata avrebbe costituzionalizzato il divieto di divorzio, mentre la nozione di "società naturale" evidenziava una discontinuità con l'esperienza storica fascista, che aveva fatto della famiglia uno strumento per il controllo statale. La formulazione "fondata sul matrimonio" era quindi funzionale ad introdurre il tema dell'indissolubilità, cosa che poi non riuscì ai suoi sostenitori.

All'epoca non era tra gli orizzonti possibili di discussione la questione delle unioni tra persone dello stesso sesso, ma il processo di costituzionalizzazione della famiglia metterà in crisi il modello gerarchico e organicista e guarderà ai diritti inviolabili del soggetto libero di svolgere la sua personalità (art. 2 Cost.) e all'affermazione del principio d'eguaglianza (art. 3 Cost.). In questo percorso la famiglia diventa sfera in cui i singoli possono liberamente organizzare le proprie relazioni e il richiamo all'intervento dello Stato viene fatto "per ottenere la rimozione degli ostacoli al pieno sviluppo di questa dimensione relazionale" (M.R. Marella, G. Marini, 2014)

Come ci ricorda Stefano Rodotà (2015) il diritto si era impadronito dell'amore. "Nella modernità occidentale lo ha chiuso in un perimetro, l'unico all'interno del quale poteva e doveva essere considerato giuridicamente legittimo: il rapporto coniugale formalizzato, ... in questo perimetro veniva poi operata una seconda riduzione, costruendo rapporti tra i coniugi secondo categorie tipiche del diritto patrimoniale" Si pensi al rapporto con il corpo dell'altro, al debito coniugale. Vicende che non riguardano in egual modo entrambi i coniugi, ma obbediscono alla "naturale" asimmetria tra i generi. "Possesso e non amore, dunque, come regola giuridica di base. Proprietà e non appartenenza reciproca, come strumento per la legittimazione di un rapporto personale che, per questa ragione si stenterebbe a definire amoroso." (ivi).

I cambiamenti avvenuti nelle famiglie, ma anche tanti conflitti ancora aperti, si possono leggere come effetti della fine di questa idea proprietaria della famiglia, finalizzata alla certezza patriarcale della generazione.

La trasformazione non è stata indolore. Solo nel 1956 la Corte di Cassazione ha deciso che al marito non spettava nei confronti della moglie e dei figli lo *jus corrigendi*, ossia il potere educativo e correttivo del *pater familias* che comprendeva anche la

coazione fisica, "fino al Novecento inoltrato ancora invocato nelle aule dei tribunali" (Feci, Schettini, 2017).

Fece scalpore il caso di Franca Viola che ad Alcamo, nella Sicilia del 1965, rifiutò il matrimonio riparatore, istituto che rimarrà in vita fino al 1981. Nel 1968 la Corte costituzionale cancellò il reato di adulterio, che sanciva una grande disparità tra i sessi. Nel 1970 fu approvata la legge sul divorzio, nel 1975 il nuovo diritto di famiglia, che finalmente mise fine alla figura del capo famiglia e riconobbe la corresponsabilità tra coniugi. Solo nel 1981 venne abrogato il delitto d'onore e siamo dovuti arrivare al 2012 per avere l'uguaglianza tra figli legittimi e naturali. Il cognome materno ai figli, infine, è un capitolo ancora da scrivere.

Siamo dunque ancora dentro quest'onda lunga della trasformazione degli stili di vita, delle relazioni tra generi e generazioni, della genitorialità. Con il matrimonio o la convivenza oggi inizia una storia di coppia che ogni giorno viene scelta, confermata, rinnovata, o portata a termine. Le famiglie sono una comunità di affetti in cui sempre più è centrale il benessere dei componenti, la qualità delle loro relazioni, a sostegno del pieno sviluppo della persona umana.

## LA GENITORIALITÀ DOPO LA STIRPE

Eppure, pur essendo cadute le norme con il quale il diritto italiano aveva pensato la famiglia e le sue relazioni, tra i retaggi culturali che ci consegna l'antica famiglia - e la sua funzione di garantire certezza della generazione - permane un sottofondo organicistico. Riemerge quando si parla di genitorialità, soprattutto in relazione alla PMA, e si fa fatica a riconoscere la priorità della manifestazione di volontà rispetto al dato genetico. Ma permane anche quando parliamo di cittadinanza e di *ius sanguinis*.

Fanno parte del nostro recente passato i delitti contro l'integrità e la sanità della stirpe. Tra questi figuravano l'aborto, la procurata impotenza alla procreazione, l'incitamento a pratiche contro la procreazione. Eredità del codice fascista, sono sopravvissuti anche nella democratica Italia repubblicana, non più ad indicare l'interesse demografico dello Stato e la sua politica della natalità, quanto una continuità nell'idea di concepire il diritto della riproduzione e della maternità. L'istituzione così normata era una famiglia chiusa verso l'esterno. Oggi parleremmo di primato delle relazioni biologiche. In tale contesto costringere la donna ad abortire non era reato contro di lei, contro una persona, ma contro la stirpe, cioè contro la funzione riproduttiva che doveva garantire.

Negli anni il divieto di contraccezione (art. 553) viene liberato dal suo fondamento ideologico patriottico e nazionalista e sempre più si lega al diritto della famiglia, al suo fondamento naturale e alla sua finalità procreativa. I progetti di riforma del codice fascista del Ministro della Giustizia Guido Gonella degli anni Sessanta sostituivano la parola stirpe con generazione. Si faceva cadere un termine troppo legato al ventennio fascista, ma si ribadiva una concezione della famiglia e della sua finalità procreativa.

Anche in questo campo a eliminare divieti o aprire la strada a nuove regolamentazioni sono intervenute sentenze della Corte costituzionale oppure decisioni di merito del Tribunale.

La resistenza a lasciare tale concezione si è vista nel modo in cui il legislatore aveva normato la procreazione medicalmente assistita, legge a sua volta profondamente mutata dalle sentenze della Corte costituzionale. E discutendo di nuove famiglie, di *stepchild adoption*, ma se si vuole anche di cittadinanza, torna a galla la stirpe e il retaggio organicistico sotteso a un'idea di famiglia e alla relazione di sangue che ad essa si accompagna. Sempre il vocabolario Treccani, così la definisce:

discendenza, origine di una famiglia o di un individuo, soprattutto se di alto lignaggio, o anche di un gruppo etnico, di un intero popolo.

Di un intero popolo, soprattutto se quello che giustifica la cittadinanza è lo *ius sanguinis*. Così è nel nostro Paese, che ha favorito la trasmissione della cittadinanza “con il sangue”, per mantenere un legame con i tanti emigrati italiani che vivevano e lavoravano all'estero e contribuivano allo sviluppo e all'arricchimento del paese attraverso le rimesse. In entrambi i casi, per le relazioni familiari e per la cittadinanza, si tratta di abbandonare un'idea chiusa di appartenenza, fondata sul primato della relazione biologica. Questa scelta non disconosce

la corporeità e le relazioni ad essa legate, ma ne contesta la riduzione a corpo-natura e il suo primato nel definire i legami tra le persone. Andare veramente oltre l'idea di stirpe, che continua ad essere tra noi ben oltre la sua superata declamazione giuridica, apre quindi alla possibilità di operare scelte sull'uso del proprio corpo e sulla propria esistenza. Soprattutto consente di riconoscere i legami affettivi che già oggi compongono le famiglie, ben oltre la consanguineità. Cioè di saper vedere quanto nella genitorialità vada dato valore alla consapevole assunzione della responsabilità genitoriale nei confronti del nascituro, qualunque sia l'orientamento sessuale del genitore. ●

Vittorio Caporrella, *La famiglia nella Costituzione italiana. La genesi dell'articolo 29 e il dibattito della Costituente*, in *Storicamente*, 6, n. 9, 2010, [http://storicamente.org/famiglia\\_costituzione\\_italiana](http://storicamente.org/famiglia_costituzione_italiana)

Stefano Celentano, *Stepchild adoption. Prove di resistenza*, *Questione Giustizia*, 9 ottobre 2017, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it)

Maria Antonella Cocchiara, *Il diritto e la violenza. Le tappe di una lentissima evoluzione*, [www.ingenerare.it](http://www.ingenerare.it), 25/11/2013

Cecilia D'Elia e Giorgia Serughetti, *Libere tutte. Dall'aborto al velo, donne nel nuovo millennio*, minimum fax, Roma 2017

Simona Feci e Laura Schettini (a cura di) *La violenza contro le donne nella storia, Contesti, linguaggi, politiche del diritto (secoli XV – XXI)*, Viella, 2017.

Marco Gattuso, *Un bambino e le sue mamme: dall'invisibilità al riconoscimento ex art. 8 legge 40*, *Questione giustizia*, 16 gennaio 2018, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it)

M.R. Marella, G. Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Laterza, Roma-Bari, 2014.

Stefano Rodotà, *Diritto d'amore*, Laterza, Roma-Bari, 2015

Chiara Saraceno, *Coppie e famiglie*, Feltrinelli, Milano, 2012

Rebecca Solnit, *Gli uomini mi spiegano le cose*, Ponte delle grazie, Milano, 2017

Anna Laura Zanatta, *Le nuove famiglie*, Il Mulino, Bologna, 2008

# LA MAMMA NON È PIÙ UNA SOLA?

**Paolo Di Marzio**

Magistrato di Tribunale destinato alla Corte di Cassazione

## 1. LA VICENDA UMANA E GIUDIZIARIA.

Con sentenza 30 settembre 2016, n. 19599, la prima sezione della Cassazione ha deciso che un bambino può essere giuridicamente figlio di due madri. Prima di esaminare alcuni passaggi della decisione della Suprema Corte, sembra opportuno ricostruire, sia pure in sintesi, l'intera vicenda umana e giudiziaria del bambino e delle sue madri.<sup>1</sup>

Le signore R.V.M., di nazionalità spagnola, e L.M.B., cittadina italiana, hanno contratto matrimonio in Spagna il 20.6.2009. Dal certificato di nascita del minore risulta che sono entrambe madri di T.B.V., bambino che porta i cognomi di ambedue ed è nato a Barcellona il 21.2.2011.

La signora L.M.B. ha donato gli ovuli necessari per il concepimento del bambino mediante fecondazione eterologa, ed è pertanto madre genetica del piccolo, mentre la gravidanza è stata portata avanti fino alla nascita dalla signora R.V.M., madre partoriente; il

<sup>1</sup> Per più ampi ragguagli cfr., in CED Cass., la *Relazione* n. 18 del 3 febbraio 2016 (est. DI MARZIO P.) - preliminare alla pronuncia della Suprema Corte n. 19599 del 30 settembre 2016, ora in esame - redatta per l'Ufficio del Massimario della Cassazione, di cui la presente nota sintetizza, integra e sviluppa i contenuti a seguito della intervenuta decisione.

minore è cittadino spagnolo.

Le signore hanno domandato congiuntamente la trascrizione dell'atto di nascita del bambino in Italia nel corso dell'anno 2013. L'ufficiale dello stato civile di Torino, raccolto il parere contrario della locale Procura della Repubblica, ha opposto il rifiuto a trascrivere l'atto, ritenendo ostative ragioni di ordine pubblico. Le signore hanno proposto reclamo in data 30.7.2013.

Agli inizi dell'anno 2014 R.V.M. e L.M.B. hanno divorziato consensualmente, sempre in Spagna, sulla base di un accordo sottoscritto il 21.10.2013, in cui si prevede l'affidamento congiunto del minore con condivisione tra le due donne delle responsabilità genitoriali.

Avverso il diniego di trascrizione opposto dall'Ufficiale dello stato civile, R.V.M. e L.M.B. hanno proposto reclamo ai sensi dell'art. 96 del Dpr n. 396 del 2000, che è stato respinto dal Tribunale di Torino con decreto del 21.10.2013, ritenendo sussistere un ostacolo di ordine pubblico, perché nell'ordinamento italiano madre è (solo) colei che partorisce. Il Tribunale ha evidenziato che le domande originariamente proposte dalle due donne erano state: 1) l'accertamento del rapporto di filiazione intercorrente tra il minore e L.M.B., cittadina italiana; 2) l'accertamento dei requisiti di legge per il riconoscimento nello Stato italiano dell'atto di nascita del bambino; 3) l'accertamento dei requisiti di legge per l'acquisto, da parte del minore,

della cittadinanza italiana; 4) l'ordine, da impartirsi all'Ufficiale dello stato civile, di provvedere alla annotazione e trascrizione nei registri dell'anagrafe dell'atto di nascita del bambino.

Annotava il Tribunale che nell'atto di nascita del minore, allegato dalle parti in integrale, il minore risultava figlio della madre A, di cittadinanza spagnola, e della madre B, di cittadinanza italiana, mentre nel certificato di nascita «prodotto per estratto, la prima risulta essere il padre e la seconda la madre». Osservava, inoltre, che le domande volte ad ottenere l'accertamento del rapporto di filiazione ed il riconoscimento della cittadinanza italiana al minore (comunque cittadino spagnolo) non potevano essere esaminate nella procedura attivata ai sensi dell'art. 96 del Dpr 396 del 2000, prevista per contestare, in sede di volontaria giurisdizione, il rifiuto opposto dall'Ufficiale dello stato civile dal compiere un atto di sua competenza. Unica domanda ammissibile nell'ambito del giudizio promosso era quindi quella volta all' «*accertamento dei requisiti di legge per il riconoscimento, nello Stato Italiano, dell'atto di nascita del minore ... domanda che deve essere riformulata come volta ad ottenere la trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero*».

Il Tribunale rilevava però che, al fine della trascrizione di atti di nascita formati all'estero, le disposizioni che regolano la materia sono gli artt. 17 (*Trasmissioni di atti*) e 19 (*Trascrizioni*) del Dpr n. 396 del 2000. La prima norma disciplina la trasmissione, curata dall'Autorità Consolare all'Ufficiale dello stato civile italiano, degli atti e provvedimenti relativi al cittadino italiano formati all'estero perché possa provvedersi alla trascrizione. La seconda disposizione regola invece gli atti dello stato civile redatti all'estero ed in relazione a cittadini stranieri, residenti però in Italia, che possono essere trascritti presso il Comune di residenza degli interessati nel nostro Paese. Osservava allora il giudice di prime cure che, nel caso in esame, il minore è un cittadino straniero e risiede all'estero, non risultano perciò integrate le condizioni perché gli atti che lo

riguardano siano trascritti nei registri dell'anagrafe italiana.

Il Tribunale ha perciò concluso che non possa procedersi alla trascrizione dell'atto di nascita, formato all'estero, del minore T.B.V., ai sensi dell'art. 18 del Dpr n. 396 del 2000, per contrarietà all'ordine pubblico, inteso come insieme di principi desumibili dalla Carta Costituzionale o comunque fondanti l'intero assetto ordinamentale, fra i quali le norme in materia di filiazione che fanno espresso riferimento ai concetti di padre, madre, marito e moglie. In particolare osta alla trascrizione, nel caso di specie, il principio immanente nel nostro ordinamento secondo il quale la madre è solo colei che partorisce il bambino.

Le reclamanti hanno quindi proposto impugnazione domandando alla Corte d'Appello di Torino, previa revoca del decreto impugnato, di accertare e dichiarare esistente il rapporto di filiazione tra il minore e la signora L.M.B. ex art. 33, L. 218 del 1995;<sup>2</sup> di rilevare che sussistono i requisiti di legge per il riconoscimento nello Stato Italiano dell'atto di nascita del minore e del conseguente diritto di quest'ultimo ad acquisire la nazionalità italiana; di ordinare all'Ufficiale dello stato civile di Torino di provvedere alla trascrizione e/o annotazione nei Pubblici Registri dell'Anagrafe dell'atto di nascita del minore, con ogni consequenziale provvedimento di legge ritenuto opportuno per la miglior tutela di T.B.V.

2 In ordine a questa domanda, che pure sembra di rilievo essenziale, non pare possa rinvenirsi nella pronuncia della Corte piemontese una decisione espressa. In dispositivo, comunque, la Corte di merito scrive: "Accoglie il reclamo", ma poi specifica: "E per l'effetto ordina all'Ufficiale dello stato civile di Torino di trascrivere l'atto di nascita (...)". Si è anticipato che la domanda era stata rigettata dal Tribunale di Torino, il quale aveva ritenuto la stessa non esaminabile nell'ambito di una procedura promossa ai sensi dell'art. 96 del Dpr n. 396 del 2000.

Ha rilevato la Corte di merito che il minore è nato in Spagna e secondo il diritto spagnolo l'italiana L.M.B. è madre legittima, in applicazione del principio del *ius sanguinis*, tanto quanto la spagnola R.V.M. e le due donne sono indicate nel certificato di nascita - *Certification Literal* - del registro dello stato civile del Comune di Barcellona come "madre A" e "madre B", ed alla trascrizione del certificato di nascita del minore, ha ritenuto la Corte torinese, può procedersi ai sensi dell'art. 17 del Dpr n. 396 del 2000. Secondo la Corte d'Appello, dal disposto dell'art. 33 della L. n. 218 del 1995 discende, con evidenza, che la norma di diritto internazionale privato attribuisce ai provvedimenti accertativi (certificato di nascita) dello Stato estero ogni determinazione in ordine al rapporto di filiazione, con conseguente inibizione al giudice italiano di sovrapporre propri accertamenti sulla validità di un titolo che è valido per la legge nazionale di rinvio.<sup>3</sup> Secondo la Corte sabauda, l'assunto è confermato dal disposto di cui all'articolo 65 della legge n. 218 del 1995, il quale prevede che 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 contrarie all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa.

3 La Corte sabauda ha richiamato, a sostegno dei propri argomenti, quanto deciso da Cass. sez. I, sent. 14.1.2003, n. 367, edita in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1, 2004, p. 262, e da Cass. sez. I, sent. 1.10.2003, n. 14545, pubblicata in *Fam. dir.*, 1/2005, p. 47, con nota di MERELLO S., *Il valore del certificato di nascita straniero al fine del ricongiungimento familiare*.

Occorreva pertanto valutare se la trascrizione dell'atto di nascita del minore dovesse ritenersi non consentita per contrasto con l'ordine pubblico italiano.

I giudici dell'appello hanno ritenuto di aderire, al proposito, all'orientamento proposto dalla Suprema Corte secondo cui il concetto di ordine pubblico ai fini internazional-privatistici si identifica con quello indicato con l'espressione "*ordine pubblico internazionale*"<sup>4</sup>, da intendersi come «*complesso di principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico e fondati su esigenze di garanzia comuni ai diversi ordinamenti, di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, sulla base di valori sia interni che esterni all'ordinamento purché accettati come patrimonio condiviso in una determinata comunità giuridica sovranazionale*».<sup>5</sup>

4 La Corte di merito ha esplicitato quali sono i precedenti di legittimità cui intendeva far riferimento, ed ha indicato: Cass. sez. III, sent. 22.8.2013, n. 19405, edita in *Foro it.*, 2014, I, p. 2898, con nota di CASORIA M., "*Per aspera ad astra*": la risarcibilità del danno "parentale" assurge a principio di ordine pubblico internazionale, ed in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 139, con nota di MAZZOLA M., *Danno morale da lesione del rapporto parentale e ordine pubblico internazionale (obliando il principio jura novit curia)*; Cass. sez. L, sent. 26.4.2013 n. 10070 (Ced Cass. Rv. 626439) che richiama Cass. sez. I, sent. 6.12.2002 n. 17349 (Ced Cass., Rv. 559033), pubblicata in *Foro pad.*, 2003, p. 62; nonché Cass. sez. L, sent. 23.2.2006 n. 4040, edita in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2007, p. 157.

5 Si è creduto di evidenziare con il corsivo queste parole della Corte torinese, non le uniche trascritte testualmente della decisione, per porre l'accento sulla centralità della nozione di ordine pubblico che si ritiene applicabile ai fini della risoluzione di alcune delle problematiche più complesse tra quelle poste dalla vicenda in esame.

Questa premessa è risultata necessaria alla Corte di merito per affermare che nel caso di specie, nonostante l'emergere di numerose situazioni giuridicamente problematiche, operando anche riferimento alla necessità di valorizzare il superiore interessedelminore,ilpossibilecontrastoconl'ordine pubblico interno doveva essere escluso. Questo doveva affermarsi sebbene in Italia il matrimonio omosessuale non riceva un riconoscimento legale, non si preveda la possibilità che un bambino abbia una madre - ulteriore e, comunque - diversa dalla partoriente, la inseminazione eterologa sia consentita solo a coppie infertili di sesso diverso e la maternità surrogata sia vietata, prevedendosi l'irrogazione di sanzione penale per i trasgressori.

Secondo i Giudici torinesi deve adeguatamente valorizzarsi il preminente interesse del minore che, ove il suo atto di nascita non fosse trascritto, non avrebbe in Italia un esercente la responsabilità genitoriale e nessuno potrebbe esercitarne la rappresentanza con riferimento a problematiche sanitarie, scolastiche e ricreative. Inoltre il bambino si troverebbe costretto a vivere, nella società italiana, in una condizione di incertezza giuridica, e verrebbe anche privato dei rapporti successori nei confronti della famiglia della madre genetica ma non partoriente.

In conseguenza di queste valutazioni la Corte d'Appello, con decreto depositato il 4.12.2014, ha accolto il reclamo ed ha ordinato all'Ufficiale dello stato civile di Torino di trascrivere l'atto di nascita del minore, figlio di due madri.

## 2. IL RICORSO PER CASSAZIONE PROPOSTO DAL PROCURATORE GENERALE DELLA CORTE D'APPELLO DI TORINO

Avverso il decreto emesso dalla Corte territoriale di Torino ha proposto ricorso per Cassazione il Procuratore Generale di Torino.

Il ricorrente ha osservato che il «tema centrale della questione» consiste nel verificare se la trascrizione dell'atto di nascita del figlio di due madri comporti la *violazione dell'ordine pubblico* italiano, ostandovi in tal caso il limite previsto dagli articoli: n. 18 del Dpr n. 396 del 2000, e n. 65 della legge n. 218 del 1995.

La Corte d'Appello di Torino, ha ricordato l'impugnante, aveva richiamato la giurisprudenza della Suprema Corte laddove afferma che in materia di ordine pubblico, ai fini internazional-privatistici, il concetto rilevante è quello di *ordine pubblico internazionale*, da intendersi come il complesso di principi fondamentali caratterizzanti non solo l'ordinamento interno ma anche esterni, «purché accettati come patrimonio condiviso in una determinata comunità giuridica sovranazionale», fermo restando che ogni giudizio il quale abbia conseguenze su di un minore deve essere orientato al rispetto del suo superiore interesse. Ha osservato allora il ricorrente che la Corte di merito non aveva però ritenuto di operare riferimento anche alla recente pronuncia della prima sezione civile della Suprema Corte del 26 settembre 2014, n. 24001.<sup>6</sup> In questa decisione la Suprema Corte ha ribadito che l'ordine pubblico non si identifica con qualsiasi norma imperativa, consistendo esso nei principi fondamentali che caratterizzano l'ordinamento giuridico, mentre è invece inesatto affermare che l'ordine pubblico si identifichi con «i valori condivisi della comunità internazionale». L'ordine pubblico internazionale è il limite che

6 Cass. sez. I, sent. 11.11.2014, n. 24001, edita, tra l'altro, in Foro it., 2014, 1, p. 3408 con nota di CASABURI G., *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*; in Corr. giur., 4/2015, p. 471, con nota di RENDA A., *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali e interesse del minore*; ed in Nuova giur. civ. comm., 2015, I, p. 235, con nota di BENANTI C., *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*.

l'ordinamento giuridico nazionale pone all'ingresso di norme e provvedimenti stranieri a protezione della sua coerenza interna, e «non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale», come sostenuto dai ricorrenti,<sup>7</sup> «ma comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili». In quella decisione, pertanto, la Suprema Corte ha ritenuto che il divieto di pratiche di surrogazione di maternità, protetto da sanzione penale, attiene all'ordine pubblico. Contro questa valutazione non può invocarsi la migliore tutela del superiore interesse del minore, perché l'interesse del minore è stato valutato a monte dal legislatore, che ha deciso di riconoscere la maternità a chi ha partorito il bambino, consentendo peraltro di attivare l'istituto dell'adozione per assicurare al minore anche un secondo genitore che non abbia con lui legami biologici.

Il Procuratore ricorrente ha quindi sostenuto che il principio secondo cui «la filiazione sia necessariamente discendenza da persone di sesso diverso» appare come «un principio fondamentale, e addirittura immanente perché discendente dal diritto naturale». Un simile principio non può essere messo in discussione, conseguendone il contrasto con l'ordine pubblico «delle discipline che consentono soluzioni antitetiche, quale quella spagnola che consente la formazione di un atto di nascita nel quale al minore sono attribuite due madri».

Il Procuratore Generale di Torino domandava pertanto l'annullamento del decreto di rigetto della domanda di trascrizione dell'atto di nascita,

7 Questa concezione dell'ordine pubblico, invero, è stata talora proposta anche dalla Suprema Corte, cfr. Cass. sez. L., sent. 11.11.2000, n. 14462, edita in Giust. civ., 2001, 1, p. 2719 ss., con nota di PARDINI A., *Contratto di lavoro tra italiani all'estero: ordine pubblico internazionale e facoltà di scelta della legge regolatrice*.

pronunciato dalla Corte d'Appello di Torino,<sup>8</sup> e la conferma del decreto di segno opposto pronunciato invece dal Tribunale di Torino in data 21.10.2013.

## 3. IL RICORSO PROPOSTO DAL MINISTERO DELL'INTERNO.

Avverso il decreto della Corte d'Appello di Torino che ha disposto la trascrizione nei registri dell'anagrafe in Italia dell'atto di nascita del piccolo T.V.B., ha proposto impugnazione in Cassazione anche il Ministero dell'Interno.

Nel ricorso redatto quale difensore del Ministero, l'Avvocatura dello Stato ha innanzitutto contestato, ai sensi dell'art. 360, co. I, n. 3, C.p.c., la violazione e falsa applicazione dell'art. 18 del Dpr n. 396 del 2000, nonché degli artt. 5 e 9 della legge n. 40 del 2004.

Il ricorrente ha ricordato, a tal proposito, che l'art. 18 del Dpr n. 396 del 2000 dispone: «Gli atti formati all'estero non possono essere trascritti se sono contrari all'ordine pubblico», ed ha sostenuto che la nozione di ordine pubblico (internazionale) posta a fondamento della propria decisione dalla Corte d'Appello di Torino nel decreto impugnato, la quale ha indotto i giudici piemontesi a disporre la trascrizione dell'atto di nascita del minore, non può essere accolta. La Corte di merito ha affermato, infatti, che l'ordine pubblico internazionale italiano sarebbe costituito dall'insieme di principi e valori che rappresentano un «patrimonio condiviso in una determinata comunità giuridica sovranazionale»,<sup>9</sup> ma questa impostazione non può condividersi. «L'accoglimento di un'interpretazione così

8 Per aver «violato o falsamente applicate le richiamate disposizioni (art. 18, Dpr 396/2000, art. 269, terzo comma, c.c., art. 65, L. 218/1995)», ha ribadito il ricorrente.

9 In un determinato momento storico, naturalmente.

estensiva della nozione di ordine pubblico ... finirebbe per vuotare di ogni significato la stessa norma con la quale quel limite è stato introdotto dal legislatore italiano, rendendola assolutamente inutile e superflua... invero, lo scopo precipuo della norma con la quale il legislatore impedisce la trascrizione di atti esteri contrari all'ordine pubblico è quello di salvaguardare quell'insieme di principi e valori ritenuti fondamentali nel nostro ordinamento al punto di essere considerati parte integrante e imprescindibile del sostrato giuridico nazionale», scrive l'Avvocatura.

Il ricorrente ha sostenuto che pure la Suprema Corte ha talora proposto, in materia di diritto internazionale privato, definizioni dell'ordine pubblico assai estensive, e perciò non condivisibili. Anche il Ministero ha quindi inteso richiamarsi, adesivamente, alla nozione di ordine pubblico dettata dalla Cassazione con sentenza n. 24001 del 2014, analizzando proprio un caso di maternità surrogata, ed ha ricordato che la Corte di legittimità ha affermato con chiarezza che «l'ordine pubblico internazionale ... è il limite che l'ordinamento nazionale pone all'ingresso di norme e provvedimenti stranieri, a protezione della sua coerenza interna, dunque non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, ma comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili». <sup>10</sup> Pertanto, secondo il ricorrente, «l'esistenza, nel nostro ordinamento, di principi 'fondamentali' e 'irrinunciabili', importa che gli stessi «appaiano 'superabili' soltanto» per effetto di «un diverso approccio legislativo interno e non scardinabili dall'esistenza, in altri Paesi, di discipline legislative rappresentative di principi diversi e contrari ... tra questi, un principio fondamentale è senza dubbio quello inerente la nozione di filiazione che il nostro ordinamento intende esclusivamente quale discendenza da persone di sesso diverso». Tanto

si desume pure dalla legislazione in materia di fecondazione assistita, cui le resistenti hanno fatto ricorso nel caso in esame, la quale prevede, all'art. 5 della legge n. 40 del 2004, che «possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». In relazione a questo profilo, ha osservato il ricorrente, nulla è mutato a seguito della sentenza della Corte costituzionale che ha ritenuto in certi limiti ammissibile la pratica della fecondazione eterologa, da valutarsi pertanto impropriamente citata dai giudici della Corte di merito.

Del resto l'art. 12, comma 2, della stessa legge n. 40 del 2004, continua a prevedere l'irrogazione di sanzioni a carico di «chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'art. 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi o uno dei componenti sia minorenni ovvero che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi».

Ancora decisivo, al fine di escludere la possibilità di riconoscere l'esistenza di un rapporto di filiazione tra L.M.B. ("madre italiana"), che ha donato gli ovuli,<sup>11</sup> ed il minore T.V.B., è poi il disposto di cui all'art. 9, comma 3, della legge n. 40 del 2004, laddove prevede che «in caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi». <sup>12</sup> Nel caso di specie, ha argomentato il ricorrente, avendo L.M.B. «donato gli ovuli ai fini del concepimento ... l'applicazione del citato articolo 9 precluderebbe la possibilità di riconoscere alla stessa alcun tipo di

relazione giuridica parentale con il minore. In forza, dunque, della legislazione attualmente vigente nel nostro ordinamento e dell'intangibile principio ad essa sotteso concernente la nozione di filiazione quale discendenza da persone di sesso diverso, non può negarsi la palese contrarietà all'ordine pubblico della trascrizione di un atto di nascita, quale quello oggetto del presente giudizio, che riconosca ad un soggetto una duplice maternità».

In definitiva, secondo il Ministero dell'Interno, il provvedimento straniero che attribuisca ad un soggetto una duplice maternità si pone in contrasto a tal punto radicale con diversi principi del nostro ordine pubblico da non potersi riconoscere efficace nel diritto interno.

#### 4. GLI ISTITUTI GIURIDICI COINVOLTI. LA FECONDAZIONE ETEROLOGA.

Sembra opportuno ricordare che, pacificamente, il bambino di cui le ricorrenti hanno domandato la trascrizione dell'atto di nascita è nato a seguito di fecondazione eterologa, praticata nell'ambito di una coppia omosessuale.

Si attua una tecnica di fecondazione eterologa quando il seme maschile o l'ovulo femminile utilizzati per il concepimento non appartengono ad uno dei componenti della coppia che intende avere un bambino, bensì ad un donatore esterno alla stessa.

Prima del divieto introdotto dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*), alla fecondazione eterologa si ricorreva senza ostacoli normativi anche in Italia. Nel 1997 la pratica era attuata in ben 75 centri

privati,<sup>13</sup> che operavano nel rispetto delle direttive impartite con circolari ed ordinanze dal Ministero della sanità.<sup>14</sup> In questo clima di sperimentazione del libero ricorso alle tecniche di fecondazione è poi intervenuta la ricordata legge n. 40 del 2004, che ha imposto il divieto assoluto di pratica della fecondazione eterologa.

Ha avuto così impulso in Italia il fenomeno del c.d. "turismo procreativo". In sostanza, anche<sup>15</sup> le coppie sterili o infertili di connazionali che avrebbero avuto diritto ad accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ma non erano in grado di conseguire un concepimento omologo, hanno cominciato a recarsi all'estero per sottoporsi alla pratica della fecondazione eterologa.

Seguivano alcune pronunce contrastanti emesse dalle Corti europee. In particolare, la Sezione I della CEDU aveva affermato, nell'aprile del 2010, l'irragionevolezza del divieto assoluto di accesso alla fecondazione eterologa in Austria,<sup>16</sup> un Paese che, come l'Italia, comunque consentiva la pratica della procreazione medicalmente assistita. La

13 Dati estratti dalla Relazione della XII Commissione permanente della Camera dei deputati del 14 luglio 1998 sulle proposte di legge n. 416, n. 616 e n. 816, presentate nel corso della XII Legislatura.

14 Cfr. VARRONE L., *I "correttivi" alla l. n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita ad opera della giurisprudenza costituzionale*, in AIAF, Rivista dell'associazione degli Avvocati per la famiglia e per i minori, 2/2015 p. 11, anche per l'indicazione dei provvedimenti normativi secondari all'epoca vigenti.

15 Ma non solo, naturalmente.

16 *S.H. and Others c. Austria*, 1° aprile 2010 (C. 57813/00), edita in *Fam. dir.*, 2010, p. 977, con nota di SALANITRO U., *Il divieto di fecondazione eterologa alla luce della convenzione europea dei diritti dell'uomo: l'intervento della corte di Strasburgo*.

10 Come si legge in Cass. sez. I, sent. 11.11.2014, n. 24001 ... *cit.*, *loc. cit.*

11 Ma non ha portato avanti la gestazione e tantomeno, naturalmente, ha partorito il bambino.

12 Le evidenze sono nel ricorso.

Grande Camera della stessa Corte, cui era stato deferito il medesimo giudizio su cui aveva in precedenza pronunciato la Prima Sezione, ha deciso il 3 novembre 2011 in senso (sostanzialmente) opposto, affermando che il legislatore austriaco dell'epoca non aveva ecceduto il limite di discrezionalità che doveva essergli riconosciuto nel disciplinare la materia<sup>17</sup> evidenziando, tra l'altro, il rischio che la donazione di ovuli possa condurre allo sfruttamento ed alla umiliazione delle donne, con particolare riferimento a quelle provenienti da un contesto economicamente svantaggiato.<sup>18</sup>

Quindi la Corte costituzionale, con la sentenza n. 162 del 2014,<sup>19</sup> ha sancito l'incostituzionalità

17 *S.H. and Others c. Austria*, G.C., 3 novembre 2011 (C. 57813/00), pubblicata in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2012, p. 224, con nota di MURGO C., *La Grande Chambre decide sulla fecondazione eterologa e la rimette all'apprezzamento degli Stati contraenti*. Per una sintetica ricostruzione della vicenda, cfr. VARRONE L., *I "correttivi" alla l. n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita... cit.*, p. 19, anche per indicazioni bibliografiche.

18 Sembra opportuno ricordare, in proposito, che la legge 19.2.2004, n. 40, dispone all'art. 6, comma 1, che "chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni".

19 Corte cost., sent. 10.6.2014, n. 162, edita, tra l'altro, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2563, con nota di TRIPODINA C., *Il "diritto al figlio" tramite fecondazione eterologa. La Corte costituzionale decide di decidere, in Europa e dir. priv.*, 3/2014, p. 1117, con nota di CASTRONOVO C., *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*, ed in *Foro it.*, 2014, p. 2343, con nota di CASABURI G., *"Requiem" (gioiosa) per il divieto di fecondazione medicalmente assistita eterologa: l'agonia della l. 40/04*. In dottrina si è ritenuto necessario segnalare che, a seguito della pronuncia della Consulta, definita "coraggiosa", appare ora opportuno un intervento del legislatore, affinché disciplini

del divieto assoluto di ricorso alla fecondazione eterologa nel nostro ordinamento. La Consulta ha rilevato che il divieto senza eccezioni della fecondazione eterologa si poneva in contrasto con il diritto all'autodeterminazione delle persone e delle coppie ed il diritto alla salute, anche psichica, degli aspiranti genitori. La Corte costituzionale ha quindi osservato che, indubbiamente, i diritti della coppia che intendeva accedere alla pratica della fecondazione assistita dovevano porsi in bilanciamento con i diritti del possibile frutto del concepimento, il figlio, ed ha preso in considerazione, al proposito, i diritti all'identità genetica ed a conoscere il genitore biologico, nonché il rischio psicologico di vedersi attribuire una genitorialità non naturale. Ha osservato allora la Consulta che rischi analoghi si pongono anche in riferimento all'adozione, che non per questo è fatta oggetto di un divieto legislativo, dovendo anche tenersi presente che la pratica della fecondazione eterologa è finalizzata a favorire la vita, pertanto un valore positivo.

almeno alcuni profili della fecondazione eterologa, quali "le modalità della raccolta dei gameti e del loro impiego a tal fine, nonché le conseguenze sanzionatorie dell'eventuale inosservanza delle regole, sapendo però che individuarle è quanto mai difficile per il peso decisivo che hanno in materia le situazioni di fatto acquisite e perché il ricorso alle misure penali appare il meno plausibile", BASILE M., *I donatori di gameti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2015, p. 225. In attesa del legislatore, la Conferenza delle Regioni ha adottato il 4 settembre del 2014, un *Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa*, il quale detta in sostanza delle linee guida per orientare gli utenti che intendono accedervi e gli operatori destinati a praticare la tecnica, testo che può leggersi, tra l'altro, sul sito *Regioni.it*. Per una sintesi delle principali previsioni del documento, cfr. MOSCARINI M., *L'infertilità e le problematiche della PMA*, in *AIAF*, *Rivista dell'associazione degli Avvocati per la famiglia e per i minori*, 2/2015, p. 7 ss.

Il divieto di praticare la fecondazione eterologa è perciò venuto meno nel nostro Paese, per effetto della sentenza n. 162 del 2014 della Corte Costituzionale, ma solo in relazione alle coppie formate da persone maggiorenne di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambe viventi. La pratica della fecondazione eterologa nell'ambito di coppie di cui non sia accertata l'infertilità, ed anche di coppie di persone dello stesso sesso, in Italia continua pertanto ad essere vietata dalla legge senza eccezioni,<sup>20</sup> anche a prescindere dal possibile collegamento con la pratica, anch'essa vietata, della surrogazione di maternità.

## LA SURROGAZIONE DI MATERNITÀ.

In materia di trascrivibilità del certificato di nascita di un minore formato all'estero, quando ciò possa incontrare limiti di ordine pubblico, la prima sezione della Suprema Corte si è pronunciata di recente,<sup>21</sup> in un caso che ha avuto anche ampia eco mediatica.

Due cittadini italiani, coniugati con problemi di infertilità,<sup>22</sup> avevano ottenuto dalla locale Autorità

20 Infatti, in base al disposto di cui all'art. 4, comma 1, della legge n. 40 del 2004, non modificata sul punto, il ricorso a qualsiasi tecnica di procreazione medicalmente assistita, omologa o eterologa, "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". Inoltre, ai sensi dell'art. 5, norma anch'essa di applicazione generale, "possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenne di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi".

21 Cass. sez. I, sent. 11.11.2014, n. 24001 ... *cit.*, *loc. cit.*

22 La donna aveva dovuto subire un intervento

dell'anagrafe un certificato di nascita in base al quale risultavano essere i genitori di un bambino nato in Ucraina.

Tornati in Italia erano stati assoggettati a procedimento penale per alterazione di stato, sospettandosi la non veridicità della loro dichiarazione di nascita relativa al bambino.<sup>23</sup>

Il P.M. della Procura della Repubblica presso il competente Tribunale per i minorenni aveva domandato e conseguito anche la pronuncia dello stato di adottabilità del minore. Nel corso del giudizio i coniugi dichiaravano che il bambino era stato generato facendo ricorso alla maternità surrogata, in conformità con la legge ucraina che consente questa pratica. Il Tribunale accertava mediante consulenza tecnica che neppure il marito della coppia italiana era geneticamente padre del minore.<sup>24</sup>

di isterectomia, e l'uomo risultava affetto da oligospermia.

23 Il Tribunale di Cremona li ha giudicati colpevoli e condannati per questo reato, con pena sospesa, con sentenza del 9.12.2014. Per un'analisi dei reati che possono conseguire alle eventuali dichiarazioni non veritiere rese all'Ufficiale dello stato civile italiano da coloro che abbiano fatto ricorso alla fecondazione eterologa ed alla surrogazione di maternità all'estero, indicati nelle fattispecie di cui agli artt. 495, secondo comma, e 567, secondo comma, del codice penale, cfr. FACCHINI L., *La tormentata vicenda della procreazione medicalmente assistita eterologa: assolutismo legislativo e progressismo giurisprudenziale*, in *Giust. pen.*, 2014, p. 303 ss.

24 In dottrina si è cercato di sintetizzare la vicenda scrivendo che ricorreva un'ipotesi di "maternità surrogata eterologa transnazionale commerciale per gestazione, che aveva comportato il coinvolgimento di cinque diversi soggetti: la c.d. coppia d'intenzione, due donatori anonimi di gameti, ed una madre gestante, vale a dire colei che, dietro

Il Tribunale osservava che la pratica della maternità surrogata, così come la fecondazione eterologa, in Italia sono vietate dall'art. 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40. Inoltre, anche la legge ucraina era stata violata perché in quel Paese è consentita la maternità surrogata, ma a condizione che almeno il 50% del patrimonio genetico del bambino provenga dalla coppia committente.<sup>25</sup>

Il Tribunale ne desumeva che il bambino avrebbe potuto essere soltanto adottato dai coniugi italiani e che la denuncia di filiazione da loro effettuata

pagamento di un corrispettivo, aveva portato in grembo l'embrione, consentendone la nascita", DISTEFANO M., *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalistica su un difficile puzzle da ricomporre*, articolo edito sulla rivista telematica *Genius*, 1/2015 p. 164, (i corsivi sono nel testo). Si osservi che l'A. evidenzia, tra l'altro, che nel caso in esame la disponibilità della madre gestante era stata acquisita mediante il pagamento di una somma di denaro. In altro passaggio si sottolinea che in questa ipotesi "ci troviamo in presenza di "tre madri potenziali": una madre biologica (anonima), una madre di grembo (che rifiuta la maternità) e una madre intenzionale che, al contrario, la rivendica sulla base di un atto pubblico straniero", *op. ult. cit.*, p. 167 s.

25 Restando poi da valutare il rilievo da attribuire nel diritto interno all'affermazione di un giudice nazionale secondo cui un provvedimento amministrativo straniero risulta invalido in base alla legge nazionale estera che avrebbe dovuto rispettare. L'osservazione acquisterebbe però un significato molto più pregnante qualora si ritenesse che, in base alla norme del diritto internazionale privato, la legislazione nazionale applicabile non dovesse essere quella italiana bensì quella ucraina. Ha osservato in proposito DISTEFANO M., *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore... cit.*, p. 168, n. 25, che se "l'accertamento dello status filiationis" avesse dovuto essere effettuato ai sensi della legislazione vigente nello Stato di nascita del bambino, lo stesso "non avrebbe potuto essere riconosciuto, stante l'inesistenza del rapporto di filiazione ai sensi della legge ucraina".

era perciò avvenuta in frode alla disciplina dell'adozione. Anche la Corte d'Appello, adita in sede di impugnazione, affermava che sebbene il certificato di nascita ucraino del minore risultasse formalmente regolare,<sup>26</sup> non poteva ugualmente essere trascritto in Italia, ai sensi dell'art. 65 della legge 31 maggio 1995, n. 218 (*Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*) essendo contrario all'ordine pubblico, «atteso che la l. n. 40 del 2004 vieta qualsiasi forma di surrogazione di maternità e la stessa fecondazione eterologa». Ne conseguiva inevitabilmente l'accertamento della condizione di abbandono - e dunque lo stato di adottabilità - del bambino, ai sensi dell'art. 8 della legge 4 maggio 1983, n. 184, dato che il minore, nato in Ucraina, non era assistito in Italia né dai genitori né da altri parenti.

I coniugi proponevano allora ricorso anche per Cassazione, che si pronunciava con la ricordata sentenza n. 24001 del 2014, confermando la decisione adottata dai giudici di merito. La prima sezione della Suprema Corte coglieva l'occasione per chiarire che la nozione di ordine pubblico indicata dai ricorrenti, secondo cui esso consiste nei «valori condivisi della comunità internazionale», è (quanto meno) incompleta. L'ordine pubblico, invece, se è vero che certamente non si identifica con le «semplici norme imperative, bensì con i principi fondamentali che caratterizzano l'ordinamento giuridico», è anche vero che, nell'accezione di ordine pubblico internazionale, rappresenta il «limite che l'ordinamento giuridico nazionale pone alla rilevanza di norme e provvedimenti stranieri, a protezione della sua coerenza interna», pertanto «non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, ma comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili».

26 Pertanto debitamente apostillato.

La Suprema Corte, operata la riassunta premessa, ha ricordato che «l'ordinamento italiano - per il quale madre è colei che partorisce (art. 269, terzo comma, c.c.)<sup>27</sup> - contiene all'art. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004, un espresso divieto, rafforzato da sanzione penale, della surrogazione di maternità... il divieto di pratiche di surrogazione di maternità è certamente di ordine pubblico,<sup>28</sup> come suggerisce già la previsione della sanzione penale... vengono qui in rilievo la dignità

27 Osserva ZATTI P., *Maternità e surrogazione, in Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 197 ss., che quando il codice civile - il quale contiene la previsione di cui all'art. 269, terzo comma, secondo cui la madre del bambino è colei che lo partorisce - è stato emanato, l'ipotesi che la partoriente potesse limitarsi ad accogliere in grembo l'embrione formato dalla coppia committente non era neppure immaginabile, ed attribuire in un simile caso la maternità a colei che partorisce non è una misura di giustizia, bensì una misura di dissuasione della surrogazione.

28 Prima dell'adozione della legge n. 40 del 2004, invero, non sembra si fosse affermato in giurisprudenza che la surrogazione di maternità fosse una pratica contraria all'ordine pubblico. La giurisprudenza di merito, anzi, nell'ambito di una procedura cautelare era giunta ad affermare che l'accordo tra due coniugi che avrebbero fornito ovociti e seme, un ginecologo che avrebbe provveduto al concepimento *in vitro* ed una donna consenziente, nel cui utero l'embrione sarebbe stato impiantato ed avrebbe condotto fino al termine la gravidanza, fosse un patto lecito ed anche meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 cod. civ., cfr. Trib. Roma ord. 17.2.2000, in *Dir. fam.*, I, 2000, p. 706, con nota critica di D'AVACK L., *Nascere per contratto: un'ordinanza del Tribunale civile di Roma da ignorare*. L'autore pone il problema della possibile contrarietà della pratica con l'ordine pubblico ed invita a distinguere l'ipotesi in cui la donna estranea alla coppia committente provveda alla funzione di madre surrogata o vicaria, svolgendo pure il ruolo di generatrice e divenendo quindi anche la madre genetica del bambino, dal caso in cui ella assuma soltanto il ruolo di gestatrice, apparendo più corretto parlare, in questo caso, di madre incubatrice o portante.

umana - costituzionalmente tutelata - della gestante e l'istituto dell'adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in contrasto».<sup>29</sup> Merita peraltro di essere anche ricordato che, come segnalato dalla dottrina, la coppia di coniugi in questione «aveva per tre volte avanzato domanda di adozione. Tali richieste erano state respinte per 'grosse difficoltà nella elaborazione di una sana genitorialità adottiva'».<sup>30</sup>

La vicenda appena riassunta presenta comunque delle peculiarità che la distinguono dalle altre analoghe sinora sottoposte all'esame delle Corti. In questo caso, infatti, il Giudice italiano ha affermato, a seguito di propria valutazione che il certificato di nascita del bambino di cui era stata domandata la trascrizione in Italia risultava invalido anche per la legge del Paese in cui era stato formato. Inoltre, in questa ipotesi di nascita a seguito di maternità surrogata, neppure l'uomo della coppia committente aveva fornito alcun contributo genetico utilizzato per il concepimento del bambino.

29 La Suprema Corte prosegue, sul punto, osservando che soltanto all'istituto dell'adozione "governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici".

30 DISTEFANO M., *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore... cit.*, p. 164. Peraltro non è noto se i coniugi avessero manifestato la disponibilità ad adottare il bambino anche in questo caso. L'A. osserva pure che, sia in considerazione dell'età avanzata della coppia, "sia per la difficoltà ad elaborare una sana genitorialità adottiva ... se la Suprema Corte avesse consentito in questo caso di aggirare i limiti previsti dalla disciplina dell'adozione ... avrebbe violato proprio quel superiore interesse" del minore "che si vorrebbe garantire, oltre a realizzare una disparità di trattamento con le coppie che in Italia attendono, nel rispetto della legge, di adottare un neonato", DISTEFANO M., *op. ult. cit.*, p. 171.

Il Giudice di legittimità ha pure sinteticamente rilevato che il divieto di pratiche di surrogazione di maternità non è suscettibile di entrare in conflitto con la tutela del superiore interesse del minore, perché «il legislatore italiano, invero, ha considerato, non irragionevolmente, che tale interesse si realizzi proprio attribuendo la maternità a colei che partorisce».<sup>31</sup>

## IL MATRIMONIO OMOSESSUALE

Una tematica che presenta motivi di interferenza con la questione della possibilità di trascrivere l'atto di nascita formato all'estero del bambino che è indicato quale figlio di due madri, ora decisa dal Giudice di legittimità, è quella che si ricollega alla qualificazione che deve attribuirsi nel diritto italiano al matrimonio contratto tra persone dello stesso sesso.

31 Il Giudice di legittimità ha pure replicato all'argomento proposto dai ricorrenti secondo cui anche la Corte Europea dei Diritti dell'uomo avrebbe riconosciuto - nelle sentenze "gemelle": ric. 65192/11 (Mennesson c/Francia) e 65941 (Labasee c. Francia), pronunciate il 26.6.2014 - il diritto del bimbo nato mediante surrogazione di maternità ad essere riconosciuto come figlio legittimo della coppia committente. La Suprema Corte ha osservato come la Corte Europea abbia in realtà riconosciuto un ampio margine di discrezionalità ai singoli Stati in tema di maternità surrogata, ed abbia poi ritenuto che la Francia avesse superato questo limite non riconoscendo il rapporto di filiazione tra il nato ed il padre committente, il quale era però anche il padre biologico del minore. Nel caso di specie le due gemelle Mennesson e la piccola Labasee erano nate, mediante maternità surrogata, da due coppie eterosessuali committenti, francesi e residenti in Francia. I mariti avevano entrambi fornito i gameti necessari per il concepimento ed il rapporto di filiazione era stato legalmente riconosciuto negli Stati Uniti. Per circa dieci anni le bambine erano vissute in Francia con i genitori committenti, senza godere dello stato civile di filiazione e senza che venisse loro riconosciuta la cittadinanza francese.

Il problema della rilevanza nell'ordinamento interno di un simile matrimonio sembra essersi posto in sede giudiziaria<sup>32</sup> per la prima volta nel 2005, a seguito del rifiuto opposto dall'Ufficiale dello stato civile del Comune di Latina, che era stato richiesto di procedere alla trascrizione del matrimonio contratto all'estero da due omosessuali. Questi ultimi contestarono la scelta dell'Autorità comunale innanzi al Tribunale del luogo, che ritenne però corretta la valutazione operata dall'Ufficiale dello stato civile, perché *un simile matrimonio si pone in contrasto con l'ordine pubblico italiano*.<sup>33</sup> I richiedenti la trascrizione non mancarono di ricorrere in appello, e la Corte di merito di Roma affermò che *il matrimonio omosessuale non può essere trascritto nei registri dello stato civile italiano perché è inesistente* per il nostro ordinamento,<sup>34</sup> in quanto difetta di un requisito essenziale dell'istituto, che consiste nella diversità

32 A livello amministrativo, il Ministero dell'Interno aveva emanato il 26.3.2001, la circolare Miacel n. 2, nella quale veniva chiarito che "non è trascrivibile il matrimonio celebrato all'estero tra omosessuali, di cui uno italiano, in quanto contrario alle norme di ordine pubblico". Sempre il Ministero dell'Interno ha poi emanato la circolare n. 55 del 18 ottobre 2007, con la quale ha riaffermato che "il nostro ordinamento non ammette il matrimonio omosessuale e la richiesta di trascrizione di un simile atto compiuto all'estero deve essere rifiutata perché in contrasto con l'ordine pubblico interno". Cfr., in proposito, CALVIGIONI R., *Il sindacato dell'ufficiale dello stato civile sulla trascrivibilità dei matrimoni conclusi all'estero*, in *Fam. dir.*, 1/2015, p. 86, il quale conclude manifestando l'opinione che il rifiuto alla trascrizione del matrimonio omosessuale contratto all'estero, opposto dalla maggioranza degli ufficiali dello stato civile, appare legittimo.

33 Trib. Latina, decr. 10.6.2006, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2006, p. 1096.

34 Corte d'Appello di Roma, decr. 13.7.2006, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2007, p. 426.

di sesso tra i coniugi. Sulla ennesima impugnativa proposta dagli interessati la Suprema Corte, con la sentenza 15.3.2012, n. 4184, ha affermato che *il matrimonio omosessuale contratto all'estero non è inesistente per il diritto interno ma, non essendo normativamente previsto che esso possa sortire alcun effetto, lo stesso deve considerarsi inefficace*.<sup>35</sup> È parso opportuno ricordare questa vicenda perché sembra esemplarmente rappresentativa delle diverse opinioni che sono state espresse in materia di riconoscimento di un matrimonio omosessuale celebrato all'estero.

Nel caso delle due madri deciso dalla Suprema Corte in esame, merita peraltro di essere evidenziato che la domanda (residua) verteva sulla possibilità di trascrivere l'atto di nascita di un bambino, e non l'atto di matrimonio delle due donne che sono indicate quali sue madri.

Dei limiti entro cui può trovare riconoscimento il matrimonio omosessuale si è occupata la Corte costituzionale già con sentenza n. 138 del 2010. La Consulta ha osservato che per formazione sociale «deve intendersi 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, quale stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto

35 Cass. sez. I, sent. 15.3.2012, n. 4184, edita, tra l'altro, in *Giust. civ.*, 2012, 1, p. 1691, con nota di CHIOVINI F. e WINKLER M., *Dopo la Consulta e la Corte di Strasburgo, anche la Cassazione riconosce i diritti delle coppie omosessuali*, ed in *Fam. dir.*, 7/2012, p. 678, con nota di GATTUSO M., *Matrimonio "famiglia" e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la svolta della Corte europea dei diritti dell'uomo*. Sullo sviluppo di questa vicenda giudiziaria, cfr. CALVIGIONI R., *Il sindacato dell'ufficiale dello stato civile sulla trascrivibilità dei matrimoni conclusi all'estero*, in *Fam. dir.*, 1/2015, p. 81 s.

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. Si deve escludere, tuttavia, che l'aspirazione a tale riconoscimento (che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia) possa essere realizzata soltanto attraverso un'equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio».<sup>36</sup>

La Corte costituzionale ha operato, pertanto, l'esplicito riconoscimento del rilievo costituzionale, ex art. 2 Cost., delle unioni tra persone dello stesso sesso, intese quali formazioni sociali, ed ha ritenuto di dover rimettere al legislatore «nell'esercizio della sua piena discrezionalità, d'individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni omosessuali», unitamente alla possibilità della Corte stessa d'intervenire a tutela di specifiche situazioni (com'è avvenuto per le convivenze *more uxorio*).

A sua volta, la Suprema Corte, con la ricordata sentenza n. 4184 del 2012, investita del problema della possibilità di trascrivere nei registri d'anagrafe italiani un matrimonio omosessuale contratto all'estero, ha osservato che «il matrimonio tra persone dello stesso sesso celebrato all'estero non è inesistente per l'ordinamento italiano, ma soltanto inidoneo a produrre effetti giuridici», in assenza di una specifica previsione legislativa. La Corte ha pure specificato che «nella specie, l'intrascrivibilità di tale atto dipende non già dalla sua contrarietà all'ordine pubblico, ai sensi del Dpr n. 396 del 2000,

36 Corte cost., sent. 15.4.2010, n. 138, edita in *Giur. it.*, 2011, p. 537, con nota di BIANCHI P., *La Corte chiude la porta al matrimonio tra persone dello stesso sesso*; in *Dir. fam.*, 2011, p. 3, con nota di TONDI DELLA MURA V., *Le coppie omosessuali, fra il vincolo (elastico?) delle parole e l'artificio della libertà*; ed in *Fam. dir.*, 7/2010, con nota di GATTUSO M., *La Corte costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*.

art. 18<sup>37</sup>... ma dalla previa e più radicale ragione, riscontrabile anche dall'ufficiale dello stato civile in forza delle attribuzioni conferitegli, della sua non riconoscibilità come atto di matrimonio nell'ordinamento giuridico italiano. Ciò che, conseguentemente, esime il Collegio dall'affrontare la diversa e delicata questione dell'eventuale intrascrivibilità di questo genere di atti per la loro contrarietà con l'ordine pubblico».<sup>38</sup>

L'evoluzione della giurisprudenza del Giudice di legittimità in materia ha poi condotto, di recente, ad affermare espressamente che la trascrizione del matrimonio omosessuale non incontra nell'ordinamento giuridico italiano limiti di ordine pubblico.<sup>39</sup>

In materia si è quindi pronunciato, con sentenza n. 4899 del 26.10.2015,<sup>40</sup> anche il Consiglio di Stato,

ed ha affermato che «anche escludendo, quindi, l'applicabilità alla fattispecie considerata del fattore ostativo previsto all'art. 18 Dpr» n. 396 del 2000, «non potendosi qualificare come contrario all'ordine pubblico il matrimonio tra persone dello stesso sesso), la trascrizione dell'atto in questione deve intendersi preclusa proprio dal difetto di uno degli indispensabili contenuti dell'atto di matrimonio trascrivibile», la diversità di sesso tra i coniugi.

## 5. LA DECISIONE ADOTTATA DALLA SUPREMA CORTE, PROFILI DI CRITICITÀ

La prima sezione della Cassazione ha deciso il giudizio sul bambino figlio di due madri con sentenza 30 settembre 2016, n. 19599. Si tratta di una decisione meditata, lunga, articolata, che detta ben sette principi di diritto e non è agevole sintetizzare. Possono forse riassumersi le conclusioni scrivendo che gli ostacoli alla trascrizione dell'atto di nascita straniero del bambino figlio di due madri, poste dalla legislazione nazionale ed invocate dai ricorrenti, non deve ritenersi integrino principi dell'ordine pubblico italiano e non si risolvono perciò in ragioni sufficienti ad escludere la trascrizione del suo certificato di nascita, occorrendo assicurare la miglior tutela al preminente interesse del minore.<sup>41</sup>

41 Sembra peraltro meritare una considerazione, nel valutare quale sia il reale interesse del minore, il fatto che il progresso della scienza già oggi consentirebbe di provocare il concepimento di bambini che rechino in sé parte del corredo genetico di più persone. Appare allora opportuno

In conseguenza la Suprema Corte ha confermato il decreto della Corte di Appello di Torino che aveva ordinato la trascrizione del certificato di nascita del bambino nei registri dello stato civile italiano. Nonessendo possibile, nei limiti di questo contributo, esaminare tutti i principi di diritto espressi dalla Corte di legittimità sembra opportuno concentrare l'attenzione su almeno uno dei profili innovativi della decisione e poi, necessariamente, sulla nozione di ordine pubblico adottata dalla Cassazione, perché suscettibile di trovare applicazione in un numero di casi molto elevato.

Il Giudice di legittimità ricorda innanzitutto, in materia di definizione di che cosa debba intendersi per maternità surrogata (punto 10.2), che «la legge n. 40 del 2004 non consente alle coppie dello stesso sesso di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (art. 5) e punisce chi le "applica" con una sanzione amministrativa pecuniaria (art. 12, comma 2)». Inoltre, «di "surrogazione di maternità" e di "commercializzazione di gameti o di embrioni" parla l'art. 12, comma 6, che le vieta con una norma che – come sottolineato dalla Corte cost. n. 162 del 2004 (al p. 9) – è attualmente in vigore e le punisce con una sanzione penale detentiva nei confronti di "chiunque, in qualsiasi forma, [le] realizza, organizza o pubblicizza"».

porsi per tempo il problema di che cosa dovrà farsi in ordine alla richiesta di trascrizione del certificato di nascita di un bambino che taluno, in qualche parte del mondo - speriamo non per finalità eugenetiche - avrà fatto nascere componendo il materiale genetico di tre o quattro padri, semmai di più, ed altrettante madri. La verità pare essere che il superiore interesse del minore è un concetto elastico e, se i suoi limiti non sono attendibilmente definiti, "la legge diviene un lenzuolo bianco su cui il giudice può poi scrivere a suo piacimento la regola del caso concreto, sempre giustificata dall'interesse del minore", come ammonisce MOROZZO DELLA ROCCA P., *Dove finirà l'embrione se il piano si inclina ancora?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2015, p. 149.

Tanto premesso, la Suprema Corte scrive che «per surrogazione di maternità o maternità surrogata (o gestazione per altri) si intende la pratica con la quale una donna assume l'obbligo di provvedere alla gestazione e al parto per conto di altra persona o di una coppia sterile, alla quale si impegna a consegnare il nascituro: in tal caso, una donna utilizza il corpo di un'altra donna che presta il proprio al solo fine di aiutarla a realizzare il suo esclusivo desiderio di avere un figlio. Nel caso in esame, invece, una donna», la madre spagnola, «ha partorito un bambino (anche) per sé, sulla base di un progetto di vita della coppia costituita con la sua partner femminile ... quest'ultima non si è limitata a dare il consenso alla inseminazione da parte di un donatore di gamete maschile (evidentemente esterno alla coppia), ma ha donato l'ovulo che è servito per la fecondazione ed ha consentito la nascita» del bambino, partorito dalla madre spagnola e «frutto dell'unione di due persone coniugate in Spagna. E' questa una fattispecie diversa e non assimilabile ad una surrogazione di maternità».

Sulla base di queste premesse la Corte di legittimità ha quindi dettato il principio di diritto secondo cui, in «tema di PMA, la fattispecie nella quale una donna doni l'ovulo alla propria partner (con la quale, nella specie, è coniugata in Spagna) la quale partorisca, utilizzando un gamete maschile donato da un terzo ignoto, non costituisce un'ipotesi di maternità surrogata o di surrogazione di maternità, ma un'ipotesi di genitorialità realizzata all'interno della coppia, assimilabile alla fecondazione eterologa, dalla quale si distingue per essere il feto legato biologicamente ad entrambe le donne registrate come madri in Spagna (per averlo l'una partorito e per avere l'altra trasmesso il patrimonio genetico)».

A quanto sembra la decisione della Cassazione intende la maternità surrogata come un'ipotesi limitata alla gestazione di un nascituro con l'impegno da parte della gestante di consegnare poi il bambino ai committenti a seguito della nascita. Questa situazione non ricorrerebbe nel caso di

37 "Come, invece, originariamente affermato dall'ufficiale dello stato civile di Latina a giustificazione del rifiuto di trascrizione, in conformità con le ... circolari emanate dal Ministero dell'interno", ricorda la Suprema Corte. Merita anche di essere ricordato che, secondo il Tribunale di Latina originariamente investito del ricorso volto a conseguire la trascrizione dell'atto di matrimonio, l'intrascrivibilità dell'atto dipendeva (anche) dalla sua contrarietà con l'ordine pubblico internazionale (italiano), cfr. Trib. Latina, decr. 10.6.2005, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, p. 86 ss., con nota critica di BILOTTA F., *Matrimonio (gay) all'italiana*.

38 Cass. sez. I, sent. 15.3.2012, n. 4184 ... *cit.*, *loc. cit.*

39 Cass. sez. I, sent. 9.2.2015, n. 2400, edita in *Nuova giur. civ. comm.*, 7-8/2015, 1, p. 649, con nota di AULETTA T., *Ammissibilità del matrimonio tra persone del medesimo sesso*.

40 Cons. st., sez. III, sent. dep. 26.10.2015, n. 4899 (ric. n. RG 4543/2015), edita *on-line* nel sito *ricercagiuridica.com*.

specie perché la madre gestante ha condotto innanzi la gravidanza, cui non aveva assicurato un contributo genetico, intendendo consentire la nascita di un bambino (anche) proprio.

In che cosa consista la pratica della maternità surrogata non lo dice la legge n. 40 del 2004 e, sembra, la nozione non è definita neanche in altri testi legislativi. Neppure la scienza sembra avere dettato sinora una definizione certa di che cosa debba intendersi quando si parla di maternità surrogata. La Cassazione ha ritenuto che, al fine di decidere la controversia sottoposta, occorresse comunque spiegare la pratica in che cosa consista, ma sembra opportuno osservare che la definizione proposta non è la sola ipotizzabile. In Spagna, ad esempio, si preferisce parlare della pratica indicandola come “gestazione per sostituzione”. Intesa la maternità surrogata come una gestazione per sostituzione - e, si badi, è solo uno delle ipotesi possibili, possono proporsi di ulteriori - rimane da dubitare che nel caso esaminato dalla Suprema Corte l'agire delle ricorrenti non abbia integrato la fattispecie. Di fatto una madre si è sostituita all'altra, che aveva donato il patrimonio genetico, nel portare innanzi la gravidanza. Se si pone l'accento sull'alterazione del ciclo naturale della nascita, qualsiasi gestazione per sostituzione potrebbe forse anch'essa qualificarsi come una surrogazione di maternità.<sup>42</sup>

Particolare attenzione merita poi il concetto di ordine pubblico che la Cassazione ha ritenuto di indicare. La Suprema Corte ha dettato il principio di diritto (punto 7) secondo cui «il giudice italiano, chiamato a valutare la compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto di stato civile straniero (nella specie, dell'atto di nascita), i cui effetti si chiede di riconoscere in Italia, a norma degli artt. 16, 64 e 65 della legge n. 218 del 1995 e 18 DPR n. 396 del 2000, deve verificare non già se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto ad una o più

*norme interne (seppure imperative o inderogabili), ma se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo”.*

La questione di che cosa debba intendersi per ordine pubblico non è semplice. E' complesso anche trovare un accordo sul se esista un solo ordine pubblico o se da questo debba distinguersi un ordine pubblico internazionale e, soprattutto, indicare in che cosa le due nozioni si differenziano. Sicuramente condivisibile appare il rilievo che non ogni norma imperativa dell'ordinamento positivo integra un principio di ordine pubblico. Del resto, se così non fosse, non staremmo qui a parlare di “principi” di ordine pubblico, una nozione che, qualunque significato si intenda attribuirle, evidentemente si differenzia da quella di norme di legge.

La dottrina tradizionale afferma, e l'impostazione non pare meritevole di censura, che l'ordine pubblico si compone dei principi fondanti dell'ordinamento, desumibili dalla Costituzione e dalle leggi. Questo concetto permette di affermare che l'ordine pubblico deve desumersi dall'intero sistema dell'ordinamento positivo, considerato nel suo complesso, dovendo dallo stesso ricavarsi i principi fondamentali che lo reggono.

È indubbiamente vero, poi, che il disposto di cui agli articoli 10 ed 11 della Costituzione impone di tener conto degli impegni assunti dall'Italia in sede internazionale, e sembra possa condividersi pure l'opinione che dal diritto internazionale pattizio e consuetudinario possano desumersi principi che, in quanto recepiti nel nostro ordinamento, concorrono ad integrarne l'ordine pubblico. Ma è proprio questo il punto. Anche il diritto internazionale recepito costituisce un sistema di diritto vigente, ed è dall'intero sistema che sembra debbano desumersi i suoi principi.

La Cassazione scrive che l'ordine pubblico italiano deve ritenersi integrato, in materia di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, dai principi desumibili dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e ben venga. Nell'ampia materia in considerazione, peraltro, non sembrano da trascurarsi i principi desumibili dalla Dichiarazione universale dei diritti umani adottata in sede ONU nel 1948. Inoltre, in ogni settore del diritto esistono anche norme convenzionali che, essendo state recepite, sono ormai parte dell'ordinamento interno. In materia di tutela dei minori, ad esempio, può farsi riferimento alla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1959, alla Convenzione europea di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori del 1996, e non solo.

Sembra allora che pure queste norme convenzionali possano ritenersi parte del sistema da cui occorre desumere i principi vigenti dell'ordine pubblico italiano.

Resta poi fermo che occorre anche domandarsi, nell'ipotesi di contrasto tra un principio qualificabile fondamentale desumibile da norme internazionali con un principio, anch'esso qualificabile come fondamentale, che si è però previsto dall'ordinamento nazionale, a quale dei due debba assicurarsi prevalenza. Ove si ritenesse che sia sempre il principio desunto dal diritto internazionale a dover prevalere, l'intero ordinamento giuridico nazionale, compresi i suoi principi fondamentali, finirebbe per dover essere qualificato come un sistema giuridico meramente dispositivo. Il nostro ordinamento giuridico, infatti, potrebbe considerarsi in vigore fin quando le disposizioni del diritto internazionale, purché recepite, non si pongano in contrasto con le sue norme. Gli stessi principi su cui si fonda il diritto italiano dovrebbero (sempre) disapplicarsi quando contrastino con principi, da qualificarsi anch'essi come fondamentali, ma recepiti dall'ordinamento

internazionale.<sup>43</sup>

Pare ancora meritare una considerazione quello che sembrerebbe un problema, ma non ha ricevuto uno specifico esame da parte della Cassazione nella decisione in commento. Tradizionalmente si afferma che l'ordine pubblico è posto a presidio dei valori fondamentali dell'ordinamento, onde evitare che atti stranieri, anche giudiziari, possano essere riconosciuti efficaci nel nostro Paese sebbene si pongano in contrasto con i suoi principi fondamentali. Nel caso in esame, del bambino con due madri, è la stessa Suprema Corte a ribadire più volte, nel corso della decisione in esame, che le pratiche sottese alla nascita del bambino sono vietate nel nostro ordinamento. Tuttavia le due madri si sono giovate dell'elasticità delle norme del diritto internazionale privato, che trova la sua ragion d'essere nel facilitare il riconoscimento

43 Tesi che non appare condivisa dalla giurisprudenza della stessa Corte costituzionale, la quale ha ripetutamente affermato che il giudice comune, il quale rinvenga un contrasto insanabile tra la norma interna e quella internazionale recepita, deve proporre la questione di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost., cfr. Corte cost., sent. 24.10.2007, n. 349, edita, tra l'altro, in *Giust. civ.*, 2008, p. 585, con nota di SALVAGO S., *Espropriazioni illegittime e risarcimento del danno dopo la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 5-bis, comma 7-bis, l. n. 359 del 1992*, ed in *Riv. giur. urb.*, 4/2007, p. 373, con nota di CORVAJA F., *Gli obblighi internazionali nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007: una partita tra legislatore, Corte costituzionale e giudici comuni*. La Suprema Corte, inoltre, ha ribadito che deve rimanere “fermo il predominio assiologico della Costituzione sulla Convenzione europea”, Cass. SU, sent. 25.1.2017, n. 1946. Si osservi che, ad accogliere la diversa impostazione riassunta nel testo, si ingenererebbe pure il non agevole problema di individuare quale sia l'Autorità competente ad attribuire ad una norma - sia essa espressa, o meno - posta dall'ordinamento giuridico internazionale la qualifica di principio fondamentale.

42 Ed incorrerebbe, pertanto, nei più volte ricordati divieti di legge.

degli atti e delle decisioni straniere, per conseguire l'efficacia in Italia di un provvedimento che, in base alle leggi nazionali, non avrebbe potuto essere legittimamente adottato.<sup>44</sup> Lo schema potrebbe essere riutilizzato più volte, anche in settori molto diversi dell'ordinamento, con conseguenze imprevedibili. Occorrerà pertanto individuare con attenzione quali siano gli atti ed i provvedimenti stranieri che tuttora non possono essere recepiti nel nostro Paese perché in contrasto con l'ordine pubblico italiano.

In materia di maternità plurima, poi, suscita perplessità il fatto che, essendo il riconoscimento della stessa inibito dalla legislazione nazionale, si rischia l'insorgere di una discriminazione censuaria tra le aspiranti, perché non tutte le donne unite in una coppia posseggono disponibilità economiche tali da potersi recare all'estero al fine di porre in essere le pratiche necessarie per la nascita di un loro bambino.

Inoltre, qualora si ritenesse di seguire in uno Stato estero che lo consenta la medesima pratica, donazione dell'ovulo da parte di una donna e gestazione da parte dell'altra, nell'ambito di un rapporto trilaterale di cui sia parte anche un uomo conosciuto, padre genetico e semmai compagno di vita di una delle due, quanti saranno i genitori?

44 Il Consiglio di Stato, nella ricordata sentenza n. 4899 del 2015, *loc. cit.*, ha sostenuto che, ad accogliere simili domande, si "finirebbe per ammettere, di fatto, surrettiziamente ed elusivamente" il riconoscimento di istituti senz'altro estranei al nostro diritto, se non anche incompatibili con lo stesso. Ove si ritenesse di condividere questa linea di pensiero occorrerebbe pertanto negare la compatibilità delle richieste di trascrizione nei nostri registri dello stato civile di simili atti formati all'estero, potendo esercitarsi nell'individuare quale tra le categorie giuridiche già note sia quella più idonea a qualificare la fattispecie, dalla frode alla legge all'abuso del diritto, non sembrando da escludere l'opportunità di individuare una nuova e più consona definizione.

Chi eserciterà la responsabilità genitoriale? Sulle decisioni di maggiore importanza nell'interesse del minore occorrerà raggiungere un accordo a tre, decidendo a maggioranza? Tanti interrogativi.

In questo settore, peraltro, il problema di definire con la massima precisione quali siano i limiti al riconoscimento degli atti stranieri posti dall'ordine pubblico nazionale sembra ancora meritevole di approfondimento, e si presenta come assai attuale. La giurisprudenza di merito ha esaminato il caso di due donne italiane, coniugate in Spagna, che hanno domandato la trascrizione del certificato di nascita spagnolo di un bambino nato a Barcellona, a seguito di fecondazione eterologa, del quale risultavano essere madri entrambe. La peculiarità del caso, rispetto a quello esaminato dalla Suprema Corte nella sentenza in commento, consiste nel fatto che una delle due donne indicate come madri nel certificato di nascita, non ha fornito l'ovulo utilizzato per la fecondazione e neppure ha portato avanti la gravidanza. Si tratta, in sostanza, di una donna che può forse definirsi come una co-madre sociale del bambino la quale, in base al diritto italiano, potrebbe al più accedere alla c.d. *stepchild adoption*,<sup>45</sup> ma certo non potrebbe essere riconosciuta come madre del bambino. Il Tribunale di Napoli, con decreto depositato il 6.12.2016 ha ordinato all'Ufficiale dello stato civile di trascrivere anche questo atto di nascita straniero. ●

45 Cfr. Cass. sez. I, sent. 22.6.2016, n. 12962, edita, tra l'altro, in *Foro it.*, 2016, p. 2342, con nota di CASABURI G., *L'adozione omogenitoriale e la Cassazione: il convitato di pietra*, in *Fam. dir.*, 11/2016, p. 1034, con nota di VERONESI S., *La Corte di cassazione si pronuncia sulla stepchild adoption*, ed in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2016, p. 1213, con nota di FERRANDO G., *Il problema dell'adozione del figlio del partner*,

# L'OBBLIGO DI MANTENIMENTO DEGLI ASCENDENTI

**Italo Federici**

Giudice del Tribunale di Taranto

## 1. LA RIFORMA DELLA FILIAZIONE E I «RAPPORTI SIGNIFICATIVI» FRA NONNI E NIPOTE

La riforma della filiazione – contenuta nella legge, 10 dicembre 2012, n. 219 e nel decreto legislativo, 28 dicembre 2013, n. 154 – ha riguardato anche la regolamentazione degli altri rapporti parentali del minore, alla quale il legislatore ha riservato tre distinte norme codicistiche.

In particolare, l'art. 315 bis, comma 2, c.c. enuncia il diritto del minore di «mantenere rapporti significativi con i parenti»,<sup>1</sup> ribadito (e, per certi versi, esplicitato) dall'art. 337 ter, comma 1, c.c., laddove si parla di «ascendenti e [...] parenti di ciascun ramo

genitoriale», e ad esso è correlato il diritto degli ascendenti «di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni» (art. 317 ter, comma 1, c.c.). Come ovvio, nelle due situazioni giuridiche appena delineate l'interesse prevalentemente tutelato è quello del minore, che individua la ragione e, al tempo stesso, il limite anche del "diritto" dell'ascendente, il quale non potrebbe mai essere esercitato se – pur soltanto potenzialmente – pregiudizievole per la crescita e la formazione del discendente.<sup>2</sup> In tal senso si parla di un diritto nei confronti dei terzi (genitori o altri soggetti) e non del minore, neppure astrattamente qualificabile come soggetto passivo del correlato rapporto obbligatorio, in quanto per l'appunto titolare dell'interesse primario sotteso al rapporto medesimo.

Trattasi di norme a protezione di un sentimento, quello intercorrente fra ascendenti e minori,

1 Secondo G.F.BASINI, *I diritti-doveri dei genitori e dei figli*, in G. BONILINI (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, IV. *La filiazione e l'adozione*, Torino, 2016, p. 4061, il diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti ha natura assoluta e può essere fatto «valere nei confronti di tutti i terzi e, tra questi, anche nei confronti dello Stato, rispetto al quale il figlio minore potrà pretendere di non subire provvedimenti di adozione, di affidamento e allontanamento, se non nei casi previsti dalla legge».

2 Come ben evidenziato da Cass., 25 settembre 1998, n. 9606, in *Banca Dati online Pluris*, la tutela del vincolo affettivo e di sangue che lega nonni e nipoti rientra nel più ampio ambito della tutela del precuo interesse del minore, sicché un'eventuale opposizione «del genitore può ritenersi giustificato solo in presenza di serie e comprovate ragioni che sconsigliano di assicurare e regolamentare i rapporti dei nonni con il minore».

assurto a vero e proprio valore giuridico, stante la sua innegabile conformità al «patrimonio spirituale comune»,<sup>3</sup> alla quale autorevolissima dottrina subordina la possibilità di riconoscere rilievo giuridico anche ai fatti emozionali.<sup>4</sup>

È appena il caso di evidenziare la scarsa innovatività delle predette norme, le quali – analogamente, del resto, all'intera riforma della filiazione, assimilabile, per l'impatto sul quadro giuridico preesistente, a una sorta di testo unico di natura essenzialmente ricognitiva – hanno per lo più recepito gli approdi in materia sia della giurisprudenza, sia della

legislazione precedente.<sup>5</sup> Ed, invero, sin dall'inizio degli anni ottanta la S. corte<sup>6</sup> ha riconosciuto il diritto dei nonni di frequentare il nipote minore, venendo in rilievo «relazioni affettive che sono conformi ai principi etici del nostro ordinamento, ove mantenute in termini di frequenza e di durata tali da non compromettere la funzione educativa spettante al genitore [...] e sempreché non vengano dedotte e provate serie circostanze che sconsiglino il rapporto medesimo»; negli anni novanta si è poi riconosciuto il potere del Giudice di prevedere e di disciplinare, in sede di separazione, le facoltà di incontro e frequentazione dei nonni con i minori, nonostante la mancanza di un'espressa previsione normativa di livello primario, stante il fondamento costituzionale di una tutela a protezione della famiglia e delle sue tradizioni.<sup>7</sup>

Ciò premesso, appare corretto ricostruire la relazione affettiva nonno- nipote sulla falsariga di quella, ancor più pregnante, genitore-figlio, sebbene connotata da una minore intensità nei suoi aspetti sia spirituali sia materiali. In altri termini, è difficile contestare un ruolo latamente educativo anche dell'ascendente, sul quale ricade un dovere di assistenza morale e materiale del

minore, che integra quello dei genitori sino a divenire giuridicamente esigibile nel caso di un loro persistente inadempimento (persino se doloso). Tale conclusione non potrebbe mai legittimare "interferenze" dell'ascendente nella quotidianità del rapporto tra figlio e genitori, ai quali la funzione educativa va riconosciuta in via prioritaria, ma consente di affermare un pur rilevante ruolo di "vigilanza", che fonda la legittimazione dei nonni ad agire ai sensi dell'art. 336 c.c.

## 2. L'OBBLIGO DI CONTRIBUZIONE DEGLI ASCENDENTI FRA STATO DI BISOGNO E ESIGENZE DI MANTENIMENTO DEL MINORE

In questo contesto va inquadrato l'obbligo di contribuzione che l'art. 316 bis c.c. pone a carico degli ascendenti, «in ordine di prossimità», allorché «i genitori non hanno mezzi sufficienti» per adempiere i propri doveri nei confronti dei figli, ossia di mantenimento, istruzione ed educazione. Trattasi di un obbligo, del quale vanno approfonditi contenuto, presupposti e modalità processuali di attuazione.

Secondo una prima opzione interpretativa la norma intende garantire al nipote un sostegno economico tale da far fronte solamente alle sue esigenze primarie di vita. L'obbligo, dunque, sorgerebbe in presenza di un vero e proprio stato di bisogno, non potendosi porre a carico di un ascendente oneri di solidarietà dal contenuto economico più gravoso.

Seguendo un altro orientamento, la contribuzione posta a carico dei nonni si estenderebbe, invece, ad una completa assistenza materiale del discendente, ossia a tutte le esigenze correlate alla sua crescita e alla sua formazione. Tale conclusione appare la più corretta, tenuto conto non soltanto della lettera (la rubrica parla di «concorso nel mantenimento»), ma anche della *ratio* della norma, finalizzata in modo inequivoco alla tutela dell'interesse del minore in coerenza con il principio di solidarietà familiare; in

altri termini, rilevano non soltanto gli alimenti, ma anche le esigenze di vestiario, di salute e financo di svago, che risultino coesenziali ad un sano sviluppo della personalità del minore.<sup>8</sup>

D'altronde, porre in correlazione l'obbligazione dell'ascendente con lo stato di bisogno del nipote conduce inevitabilmente ad una interpretazione abrogativa dell'art. 316 bis, comma 2, c.c., la quale si limiterebbe a riproporre il medesimo meccanismo solidaristico già previsto dall'art. 433 c.c. e ss. La norma in esame, invece, richiama espressamente i doveri dei genitori – puntualmente enunciati nell'art. 147 c.c. e tutti richiamati, sotto forma di diritti dei figli, dall'art. 315 bis c.c. –, fra i quali vi è per l'appunto quello al mantenimento della prole.

Va evidenziato, peraltro, che il paventato rischio di un onere contributivo eccessivo a carico dell'ascendente è contenuto entro limiti ben definiti. In particolare, la quantificazione dell'assegno non potrebbe prescindere dalle condizioni economiche dell'obbligato, analogamente a quanto previsto dalla disciplina sugli alimenti, sicché il relativo obbligo neppure sorgerebbe qualora l'ascendente abbia redditi appena sufficienti per le proprie necessità di vita. In secondo luogo, il mantenimento del minore non potrebbe mai eccedere l'interesse ad esso sotteso, ossia quello di garantire una adeguata formazione, dovendosi ritenere "sfunzionale" un assegno che consenta un tenore di vita addirittura

3 A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. II. Dogmatica giuridica*, Milano, 1997, p. 455, ove si precisa: «Beninteso, la conformità o difformità tra i valori racchiusi in certi sentimenti e i valori giuridici deve raggiungere un grado di intensità apprezzabile per ottenere l'approvazione o provocare la riprovazione del diritto e quindi per dar luogo a una qualificazione giuridica nettamente positiva o nettamente negativa».

4 A. FALZEA, *o.c.*, p. 456: «dal punto di vista giuridico, i sentimenti vanno allora distinti in tre classi: a) *sentimenti-valori*, che costituiscono la parte più alta e fondamentale del patrimonio affettivo della comunità: il sentimento della dignità, umana o sociale; il sentimento di umanità; il sentimento dell'onore e del decoro [...]; b) *sentimenti-disvalori*, che contrastano con il modo di sentire comune e ledono valori affettivi essenziali del gruppo sociale: la crudeltà, la brutalità, la malvagità, la codardia, la libidine sfrenata, il disprezzo; c) *sentimenti neutri*, i quali non impegnano né positivamente né negativamente la vita della collettività e rispetto ai quali non si rende necessaria una presa di posizione del diritto: l'invidia e la misericordia, l'orgoglio e l'umiltà, la letizia e la tristezza, la simpatie e l'antipatia, l'esuberanza e la delusione, la superbia e l'avvilimento, ecc».

5 Si rinvia, in proposito, all'art. 1 della legge, 4 maggio 1983, n. 184, come modificato dall'art. 1, legge, 28 marzo 2001, n. 149, che prevede il diritto del minore di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia. Vanno, altresì, richiamate la Convenzione di New York del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo, ratificata con Legge 27 maggio 1991, n. 176 e la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996 e ratificata in Italia con legge, 20 marzo 2003, n. 77.

6 Cass., 24 febbraio 1981, n. 1115, in *Banca Dati online Pluris*.

7 Cass., 25 settembre 1998, n. 9606, in *Banca Dati online Pluris*.

8 In tal senso Trib. Messina, 25 febbraio 2016: «Va, nondimeno, osservato che presupposto per la nascita dell'obbligo degli ascendenti di integrare le finanze dei genitori non è già il requisito dello "stato di bisogno" previsto dall'art. 438 c.c., bensì il requisito della "insufficienza dei mezzi", che va apprezzata con riferimento all'incapacità dei genitori di "mantenere" il figlio minore, cioè di garantire con il proprio patrimonio e con i propri redditi non solo il soddisfacimento delle sue esigenze primarie, ma anche quanto necessario al pieno sviluppo della sua personalità e dunque, per esempio, il gioco e lo svago».

lussuoso<sup>9</sup> e, quindi, superfluo – se non addirittura dannoso – nella prospettiva di una sana educazione

### 3. LA SUSSIDIARIETÀ: L'INSUFFICIENZA DI MEZZI DI ENTRAMBI I GENITORI E IL BENEFICIUM ORDINIS

Il tratto caratterizzante dell'istituto in esame va individuato nella sua sussidiarietà rispetto all'obbligo di mantenimento posto a carico di entrambi i genitori. L'ascendente, invero, non è titolare di una posizione di garanzia per i debiti assistenziali del proprio discendente, ma è tenuto a contribuire al mantenimento del nipote soltanto quando sia il padre sia la madre «non hanno mezzi sufficienti». L'inciso contenuto nell'art. 316 bis, comma 1, c.c. conferma che l'obbligo di mantenimento grava in modo prioritario sui genitori, sicché solamente l'inadempimento di entrambi legittima pretese patrimoniali in favore degli altri ascendenti «in ordine di prossimità»; nel caso in cui la mancanza di mezzi riguardi uno soltanto dei genitori, l'obbligo graverà integralmente sull'altro, il quale potrà poi agire in regresso nei confronti

del genitore inadempiente, sia pure nei limiti della quota a lui spettante, calcolata – a norma dell'art. 316 bis, comma 1, c.c. – in proporzione alle relative sostanze e alla capacità di lavoro professionale o casalingo.

Secondo una parte della giurisprudenza l'impossibilità dei genitori deve avere natura oggettiva e, pertanto, l'inadempimento volontario anche di uno soltanto di essi<sup>10</sup> precluderebbe l'operatività dell'art. 316 bis c.c. L'argomento letterale alla base di tale conclusione deve cedere, tuttavia, dinanzi ad un'interpretazione sistematica ed assiologica della norma, la quale intende salvaguardare nel modo più ampio possibile la prole e il suo interesse – di rilievo costituzionale (art. 30) – a ricevere una educazione ed una istruzione adeguate per un compiuto percorso formativo della personalità. Conseguentemente, vanno condivisi quegli orientamenti che ritengono sufficienti l'impossibilità colposa<sup>11</sup> (si pensi al genitore che, pur potendo, non lavora oppure non gestisce al meglio le proprie risorse economiche) se non addirittura

le cosiddette omissioni volontarie del genitore,<sup>12</sup> il quale si sottragga intenzionalmente agli oneri di mantenimento del figlio. È appena il caso di rilevare, inoltre, che l'insufficienza dei mezzi non va intesa in senso assoluto, ossia come totale incapacità di mantenere i figli, dovendosi al contrario sostenere che anche una parziale incapacità di provvedere alle loro esigenze di crescita legittimi pretese patrimoniali nei confronti degli ascendenti, il cui contributo sarà, in tali casi, meramente integrativo di quello consentito dalle capacità reddituali dei genitori.

Altro aspetto da chiarire è come operi il meccanismo della sussidiarietà. Secondo un primo orientamento esso si risolverebbe in una sorta di *beneficium excussionis*, obbligando il creditore ad esperire preventivamente azioni esecutive nei confronti del debitore “principale”, ossia del genitore inadempiente, prima di agire nei confronti dell'ascendente. La criticità di questa conclusione risiede nella natura essenziale dell'interesse protetto, in tali termini dovendosi qualificare quello al mantenimento, la cui tutela deve essere immediata e non potrebbe attendere la definizione di preventive procedure espropriative. Le esigenze (anche) vitali sottese all'obbligazione di mantenimento consentono al più di ipotizzare un mero *beneficium ordinis*, ossia la necessità di una previa richiesta al genitore, all'inadempimento del quale sarebbe subordinata la facoltà di avanzare pretese patrimoniali nei confronti degli altri ascendenti.

12 Trib. Parma, 13 maggio 2014, in *Banca Dati online Pluris*: l'art. 316 bis c.c. va interpretato «nel senso che l'obbligo di concorso degli ascendenti deve ritenersi sussistente non solo nei casi di impossibilità oggettiva di provvedere al mantenimento della prole da parte dei genitori, ma anche in quello di omissione volontaria da parte di entrambi o di uno solo di essi, laddove l'altro non sia in grado di provvedervi da solo, posto che scopo della norma è quello di salvaguardare con la necessaria celerità ed in modo assoluto i minori».

10 Trib., Messina, 25 febbraio 2016, in *Banca Dati online Pluris*, per il quale «l'obbligo degli ascendenti, in ogni caso, trova ingresso non già perché uno dei due genitori sia rimasto inadempiente al proprio obbligo, ma se ed in quanto entrambi i genitori non abbiano mezzi per provvedervi».

11 Trib. Milano, 30 giugno 2000, in *Banca Dati online Pluris*: «è stato ricordato da autorevole dottrina, a questo proposito, che così come il diritto agli alimenti spetta a chi si trovi in stato di bisogno per propria colpa, a fortiori il contributo degli ascendenti è dovuto laddove la colpa non sia neppure dell'alimentando, ma del genitore tenuto al suo mantenimento».

### 4. IL PROCEDIMENTO MONITORIO EX ART. 316 BIS C.C. FRA SOMMARIETÀ E INTEGRITÀ DEL CONTRADDITTORIO. LA QUESTIONE DEL LITISCONSORZIO NECESSARIO

Del tutto condivisibile appare, pertanto, la scelta del legislatore di prevedere uno strumento processuale connotato dall'estrema celerità. Trattasi di un giudizio sommario di tipo monitorio e «a regime probatorio semplificato»,<sup>13</sup> in quanto il provvedimento di tutela può essere emesso sulla base di «sommarie informazioni» e si risolve in un decreto ingiuntivo, che, tuttavia, non può essere reso *inaudita altera parte*, stante la necessità di «sentire» l'inadempiente. La pienezza della cognizione viene poi recuperata in sede di giudizio – eventuale – di opposizione, per la cui regolamentazione si fa rinvio alle norme relative all'opposizione a decreto ingiuntivo.<sup>14</sup>

13 In tali termini si esprime Corte cost., 14 giugno 2002, n. 236, in *Banca Dati online Pluris*.

14 Come chiarito da Corte cost., 14 giugno 2002, n. 236, cit., sia pure con riferimento all'identica norma contenuta nel previgente art. 148 c.c., «la genericità delle espressioni contenute nell'anzidetta disposizione, dove non è indicato se il soggetto che viene meno ai propri obblighi sia il genitore o l'ascendente, essendo menzionato solo l'inadempiente e l'obbligato, ha consentito alla giurisprudenza un'applicazione estensiva, confermata anche in sede di giudizio di legittimità. La norma è stata infatti utilizzata sia come mero strumento di distrazione dei redditi, mediante il trasferimento coatto del credito attuato con l'ordine al terzo debitore dell'obbligato di versare quanto dovuto direttamente all'altro coniuge o a chi sopporta le spese di mantenimento, sia per ottenere la condanna del coniuge o degli ascendenti al pagamento delle somme necessarie al mantenimento dei minori, indipendentemente dalla esistenza di crediti verso terzi». Il Giudice delle leggi ha, peraltro, evidenziato che l'unica rilevante diversità tra il procedimento in esame

9 In tal senso, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1 *La famiglia*, Milano, 2014, p. 332, ove, tuttavia, si richiama Cass., 19 maggio 2009, n. 11538, secondo la quale, invece, «il tenore ampio, omnicomprensivo, inequivoco, esplicito e perentorio degli artt. 143, 147, 148, 155 c.c. non consente di accordare rilevanza alcuna al pericolo, pur non immaginario, che un cospicuo, dovizioso mantenimento erogato ai figli possa avere sul piano eticopsicologico ed educativo, effetti nocivi alla loro formazione». Tale rilievo, fondato su argomentazioni ermeneutiche essenzialmente letterali, non solo appare poco convincente in generale, stante l'obiettivo difficoltà di ricondurre nell'ambito del principio di solidarietà familiare forme di assistenza materiale che si estendono sino alla dimensione del lusso, ma diventa ancor meno persuasivo con riferimento alle relazioni parentali non genitoriali, connotate, come ovvio, da una minore intensità rispetto ai rapporti di filiazione.

Occorre a questo punto verificare se il procedimento finalizzato all'accertamento dell'obbligo contributivo in favore del nipote implichi il litisconsorzio necessario fra tutti gli ascendenti. La soluzione affermativa si fonda sul rilievo che l'accoglimento del ricorso richiede una valutazione globale circa la capacità reddituale di tutti gli ascendenti di pari grado. Ad una differente conclusione si dovrebbe pervenire, tuttavia, valorizzando le esigenze di snellezza e celerità del procedimento, che potrebbero essere significativamente frustrate dalla partecipazione di un numero elevato di parti; il che non impedisce il coinvolgimento degli altri ascendenti, mediante lo strumento della chiamata in causa del terzo, nell'ambito del giudizio di opposizione, la cui pendenza, quand'anche si dovesse protrarre, non potrebbe pregiudicare l'interesse primario al mantenimento del minore, stante l'efficacia del decreto ingiuntivo opposto.

D'altronde, la giurisprudenza è netta nell'escludere qualsivoglia correlazione fra solidarietà dell'obbligazione e litisconsorzio necessario,<sup>15</sup>

e quello monitorio, «del resto determinata dalle differenti regole di accertamento del credito, risiede nel regime probatorio; mentre per la pronuncia del decreto ingiuntivo è necessaria la prova scritta del credito, data l'assenza in questa fase di ogni forma di contraddittorio, nel procedimento previsto dall'art. 148 c.c. è sufficiente invece la mera verifica dell'inadempimento del genitore obbligato, non richiedendosi prove dell'esistenza del credito, che deriva dal rapporto di filiazione; onde la necessità, solo in questo giudizio e non in quello monitorio, dell'audizione dell'inadempiente».

<sup>15</sup> Fra le tante e da ultima, seppur in materia di illecito aquiliano, Cass., S.U., 22 settembre 2014, n. 19882, in *Banca Dati online Pluris*, secondo la quale «l'obbligazione solidale ...determina la costituzione di tanti rapporti obbligatori quanti sono i condebitori, si realizza la coesistenza nel medesimo giudizio di più cause scindibili, con esclusione della configurabilità di un rapporto unico ed inscindibile tra i soggetti che abbiano

sicché va riconosciuta all'attore la discrezionalità di individuare fra gli ascendenti il destinatario della domanda giudiziale. In proposito, occorre evidenziare, per un verso, che potrebbe non esservi alcun interesse a coinvolgere altri ascendenti e, quindi, ad «appesantire» l'istruttoria del procedimento con inevitabili riflessi sui tempi di definizione dello stesso, qualora le condizioni di quello convenuto siano tali da soddisfare per intero la richiesta di mantenimento; per altro verso, che anche in caso contrario il genitore-creditore, il quale non abbia intenzione di agire nei confronti dei propri ascendenti, potrebbe contenere le pretese alimentari nella misura consentita dai redditi degli ascendenti dell'altro genitore inadempiente. In ogni caso, il convenuto potrà sempre agire in regresso nei confronti degli altri ascendenti potenziali debitori, sia pure nei limiti della quota di loro spettanza.

## 5. LA TITOLARITÀ DEL CREDITO DI MANTENIMENTO

Va, da ultimo, affrontata la questione della titolarità del diritto azionato con il procedimento monitorio di cui all'art. 316 bis c.c., che, secondo l'impostazione maggioritaria, va riconosciuta in via esclusiva in favore del genitore privo di mezzi. Sul punto, la lettera della norma appare inequivoca, in quanto prevede che gli ascendenti siano tenuti a «fornire ai genitori stessi i mezzi necessari affinché possano adempiere i loro doveri nei confronti dei figli»: ciò al dichiarato scopo di evitare un'intromissione degli ascendenti «nell'esercizio della responsabilità genitoriale, che resta pur sempre in capo ai genitori,

concorso nella produzione del danno, con la conseguenza, sul piano processuale, che l'autonomia delle domande cumulativamente proposte nei confronti degli stessi coobbligati in solido impedisce generalmente di ravvisare non solo un litisconsorzio necessario tra gli autori dell'illecito, ma anche un rapporto di dipendenza tra l'affermazione o l'esclusione della responsabilità di alcuni di essi e l'accertamento del contributo fornito dagli altri».

anche quando questi non abbiano i mezzi sufficienti per fare fronte ai doveri verso i figli»<sup>16</sup>. È pur vero, tuttavia, che, come più volte ribadito, l'interesse sotteso alla norma in esame è immediatamente (ed esclusivamente) riferibile al minore, del quale si mira a garantire una crescita sana e una completa formazione; conseguentemente, appare coerente riconoscere la titolarità del credito di mantenimento alla persona che l'ordinamento intende tutelare,<sup>17</sup> sebbene con modalità tali da assicurare sia ai genitori l'esercizio esclusivo della responsabilità genitoriale, sia agli ascendenti una posizione non solo di responsabilità (sussidiaria), ma anche di controllo (discreto) del procedimento di sviluppo della personalità del minore. Tale conclusione trova conforto nell'idea, assolutamente prevalente, che il dovere di mantenimento non venga meno al raggiungimento della maggiore età, purché permanga la non indipendenza economica del beneficiario, il quale, pertanto, acquisisce anche la legittimazione attiva sino a quel momento attribuita ai genitori, ma nel suo esclusivo interesse. ●

<sup>16</sup> G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, Torino, 2006, p. 346.

<sup>17</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 334, secondo il quale per l'appunto «l'interesse che dev'essere soddisfatto è infatti l'interesse del figlio e la prestazione resa dai genitori costituisce un modo per soddisfare quell'interesse».

# UNIONE CIVILE FRA PERSONE DELLO STESSO SESSO: DALLA COPPIA ALLA FAMIGLIA OMOSESSUALE

Marco Gattuso

Giudice del Tribunale di Bologna

Con il nuovo istituto dell'unione civile fra persone dello stesso sesso e con la regolamentazione delle famiglie di fatto (etero e omosessuali), di cui alla legge n. 76 del 2016, il Legislatore ha optato definitivamente per una pluralità di modelli familiari (famiglia coniugale; famiglia unita civilmente; famiglia di fatto, sia etero che omosessuale). Ci si interroga allora in dottrina e giurisprudenza se il riconoscimento delle famiglie composte da persone dello stesso sesso attenga ai soli rapporti orizzontali, o di coppia, o se coinvolga l'insieme dei componenti del nucleo familiare, figli compresi

## 1. UN NUOVO ISTITUTO DI DIRITTO DI FAMIGLIA

Al pari del matrimonio, la legge n. 76 del 2016 non fornisce una definizione dell'unione civile.

Nel corso dei lavori parlamentari era stato ipotizzato da qualcuno che la sua qualificazione al comma 1 quale «specifica formazione sociale» ex art. 2 Cost. ne escludesse implicitamente la natura familiare. Tale richiamo, tuttavia, appare obiettivamente diretto a distinguerla dal matrimonio previsto dall'art. 29 Cost., ma non dalla nozione giuridica di famiglia: le nozioni di famiglia e di formazione

sociale, difatti, non si escludono, posto che la famiglia è essa stessa una formazione sociale ex art. 2 Cost., mentre è ormai superato l'approccio costituzionale per cui la famiglia sarebbe fondata esclusivamente sul matrimonio.

La natura familiare dell'unione civile è in effetti oggi ammessa senz'altro dalla dottrina<sup>1</sup> e dalla

1 V. ex multis G. FERRANDO, *La disciplina dell'atto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. Dir.*, 2016, 10, p. 890, per cui le unioni civili «sono anch'esse "famiglie", non diversamente da quella tradizionale»; M. DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?)*, in *Fam. Dir.*, 2016, 10, p. 874, per cui «si tratta, all'evidenza, di una vera e propria famiglia tra persone dello stesso sesso»; T. AULETTA *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?* in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2016, 3, p. 401; R. FADDA, *Le unioni civili e il matrimonio: vincoli a confronto*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2016, 10, p. 1386.

giurisprudenza largamente maggioritarie.<sup>2</sup>

Sussistono invero numerosi indici della sua natura. Innanzitutto, la costituzione dell'unione *incide sullo stato civile* delle parti, il che esclude evidentemente una mera natura contrattuale. Milita, inoltre, per la natura familiare che siano previsti *impedimenti* identici a quelli matrimoniali, che non avrebbero alcuna ragione se non si trattasse di istituto fondato sull'*affectio* e su una relazione a base sessuale e familiare. La legge fornisce peraltro al comma 36 una definizione delle *convivenze di fatto* che richiama gli stabili «legami affettivi di coppia» sicché non può dubitarsi che anche l'unione civile, che delle due concreta una formazione caratterizzata da una stabilità maggiore, trovi la sua essenza in quella stessa nozione di «coppia» fondata su una stabile *affectio coniugalis*. La disciplina dell'unione civile al comma 10 prevede addirittura la possibilità di scegliere *un cognome comune*, e non potrebbe esservi indice più preciso per segnalare la natura *stricto sensu* familiare.

Non pare invero dirimente il mancato richiamo dell'art. 78 c.c. sull'*affinità*, poiché pur producendosi così un'evidente discrasia rispetto al matrimonio (superabile forse in via esegetica e che pone comunque verosimili problemi di legittimità costituzionale), l'esclusione è giudicata «non decisiva» per contestarne il carattere familiare.<sup>3</sup>

2 Trib. Min. Bologna, sent. 6/7/2017 per cui «la relazione affettiva tra due persone dello stesso sesso, che si riconoscano come parti di un medesimo progetto di vita, con le aspirazioni, i desideri e i sogni comuni per il futuro, la condivisione insieme dei frammenti di vita quotidiana, costituisce a tutti gli effetti una 'famiglia', luogo in cui è possibile la crescita di un minore, senza che il mero fattore 'omoaffettività' possa costituire ostacolo formale», in *Articolo29.it* con nota A. SCHILLACI, *La vita non si ferma: l'unione civile, la famiglia, i diritti dei bambini*

3 G. FERRANDO, cit., p. 892.

Ulteriori dubbi sono stati espressi in relazione a quell'opera di «velatura» del testo legislativo, al cui esito diverse norme risultano edulcorate da ogni riferimento alla parola «famiglia». È il caso, ad esempio, del comma 11 sui rapporti personali, che pur riproducendo evidentemente le disposizioni di cui all'art. 143 c.c. sostituisce i termini «bisogni della famiglia» con la più prosaica espressione «bisogni comuni». Tuttavia, tale tecnica non ha prodotto alcuna concreta alterazione del loro contenuto sostanziale e dei loro effetti giuridici.<sup>4</sup>

In ogni caso, la legge contiene al comma 12 l'univoca previsione per cui le parti concordano tra loro «l'indirizzo della *vita familiare*», né l'uso di tale termine può essere ascritto ad una mera dimenticanza del legislatore,<sup>5</sup> posto che sullo stesso si è consumato un duro scontro politico e la sua conservazione testimonia, invece, la precisa volontà del legislatore di mantenere uno specifico riferimento alla nozione di famiglia. La natura familiare dell'unione civile è confermata, infine, anche da tutte le norme in materia familiare espressamente richiamate dalla legge,<sup>6</sup> senza

4 Su questi temi sia consentito il richiamo a M. GATTUSO, *I rapporti personali fra le parti* in G. BUFFONE, M. GATTUSO, M.M. WINKLER, *Unione civile e convivenza*, Giuffrè, 2017, p.

5 In questi termini M. DOGLIOTTI, cit., pag. 874.

6 Fra le tantissime norme espressamente richiamate, v. l'art. 146 c.c. in materia di allontanamento dalla residenza *familiare*; l'art. 167, primo comma c.c. che disciplina il fondo patrimoniale in funzione dei «bisogni della famiglia»; l'art. 230 bis c.c. sulla impresa *familiare*; l'art. 540 c.c. sul diritto della parte superstite ad abitare «la residenza *familiare*»; l'art. 5, comma 6, della Legge 1° dicembre 1970, n. 898 sulla determinazione dell'assegno divorzile tenendo conto del contributo «alla conduzione *familiare*»; l'art. 570 c.p. sulla violazione degli «obblighi di assistenza *familiare*», ecc.

contare le innumerevoli disposizioni relative alla famiglia richiamate dalla *clausola generale di equivalenza con il matrimonio* di cui al comma 20 per cui al nuovo istituto si applicano pressoché tutte le norme in materia di matrimonio.<sup>7</sup>

La riconduzione alla nozione di famiglia non assume rilievo solo sul piano sistematico e “simbolico”, ma anche per gli specifici effetti giuridici che l’ordinamento riconduce a tale nozione.<sup>8</sup> In virtù di tale opzione, le disposizioni (in ogni ambito: civile, penale, amministrativo) che richiamano la famiglia risultano applicabili anche alle coppie unite civilmente.<sup>9</sup> Com’è stato autorevolmente osservato, la natura familiare dell’unione rileva pure in vista dell’applicazione dei principi di cui all’art. 31 Cost. circa l’adozione di misure economiche ed altre provvidenze volte ad agevolarne la formazione, all’art. 36 Cost. il quale richiede che la retribuzione sia sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un’esistenza libera e dignitosa ed all’art. 37 Cost.

7 Rileva che la Legge «attraverso una trama di rinvii che attengono ai rapporti personali e patrimoniali riconosce la famiglia fondata sulle unioni civili», C. ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, 2016, 4, pag. 338.

8 T. AULETTA, *Modelli familiari, disciplina applicabile e prospettive di riforma*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2015, p. 619

9 Per fare alcuni esempi, non esaustivi, dovrà assumersi che concernano anche la famiglia costituita con unione civile le norme in materia di tutela del nome «per ragioni familiari» (art. 8 c.c.), la destinazione «al mantenimento della famiglia» dei frutti percepiti dai genitori aventi usufrutto legale sui beni dei figli (art. 324, II comma), il rischio di grave pregiudizio economico per «la loro famiglia» che dà luogo all’inabilitazione per prodigalità (art. 415, II comma), i «bisogni suoi e della sua famiglia» in funzione dei quali è riconosciuto il diritto di abitazione (art. 1022) e così via..

che impone di assicurare alla donna condizioni di lavoro tali da consentire l’adempimento della sua essenziale funzione familiare<sup>10</sup>.

## 2. UNIONE CIVILE E FILIAZIONE

Posto che l’unione civile è *una forma di famiglia legalmente riconosciuta*, ci si interroga allora se il riconoscimento attenga ai soli rapporti orizzontali, o di coppia, o se coinvolga l’insieme dei componenti del nucleo familiare, figli compresi.

Secondo una lettura tuttora prevalente, il legislatore del 2016 avrebbe escluso del tutto la possibilità di figli della coppia unita civilmente, ritenendo la dottrina dominante che tale caratteristica segni la principale differenza fra matrimonio e unione civile. In tale prospettiva l’unione civile si ridurrebbe «alla dimensione di coppia, poiché (...) non prevede la presenza di figli».<sup>11</sup>

È indubbio al riguardo che la legge non richiami la disciplina matrimoniale in materia di *presunzione di paternità*, le norme matrimoniali sull’adozione e alcune altre disposizioni in materia di filiazione e che non si occupi in modo esplicito dei rapporti verticali fra genitori e figli.

Tuttavia, ad un maggiore approfondimento, il fenomeno della filiazione nell’ambito delle coppie unite civilmente non può dirsi estraneo al quadro normativo prodotto dalla legge 76/2016.

Per un verso, *i diritti e i doveri scaturenti dalla relazione genitoriale* prescindono del tutto dai rapporti orizzontali fra i genitori, posto che la sussistenza di un vincolo fra loro è ininfluenza sotto il profilo dei diritti e dei doveri scaturenti dal rapporto verticale

10 T. AULETTA *Disciplina delle unioni*, cit., p. 398.

11 M. SESTA, *Unione civile e convivenze: dall’unicità alla pluralità dei legami di coppia* in *Giur. it.*, 2016, p. 1796

fra genitore e figlio. Ne consegue che sarebbe stata pleonastica ogni disposizione specifica sulla responsabilità genitoriale nell’ambito dell’unione civile e che alle relazioni genitoriali nell’ambito di tale unione si applicano senz’altro le disposizioni generali di cui al titolo IX del libro primo del codice (*Della responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri del figlio*).

Per altro verso, nella legge si evidenziano molteplici rinvii a norme in materia di figli. Il comma 19, innanzitutto, rinvia all’art. 146, terzo comma c.c. consentendo al giudice di intervenire in caso di mancato adempimento dei «doveri verso i figli». Il comma 25 rinvia espressamente all’obbligo per il ricorrente di *indicare la presenza di eventuali figli comuni* nella domanda per ottenere lo scioglimento dell’unione (art. 4, comma 4) e rinvia alla disposizione che prevede che il presidente adotti i provvedimenti temporanei ed urgenti «che reputa opportuni *nell’interesse* dei coniugi e *della prole*», espressamente disponendo all’uopo *l’ascolto del figlio* minore (art. 4, comma 8). Viene richiamata anche la norma che prevede che la domanda congiunta di scioglimento indichi anche «*le condizioni inerenti alla prole*» e che il Tribunale valuti «la rispondenza delle condizioni *all’interesse dei figli*», procedendo ai sensi del comma ottavo qualora «ravvisi che *le condizioni relative ai figli sono in contrasto con gli interessi degli stessi*» (art. 4, comma 16). Lo stesso comma 25 rinvia anche alla facoltà del P.M. di impugnare la sentenza di divorzio *limitatamente all’interesse patrimoniale dei figli* (art. 5, comma 5) ed è richiamata, inoltre, la disposizione che consente «la revisione delle disposizioni *concernenti l’affidamento dei figli*» (art. 9, primo comma). Ancora, la legge rinvia alle norme che in materia di pensione di reversibilità stabiliscono il diritto di ognuno dei genitori a una quota del 50% della *pensione maturata dal figlio comune*. Anche il rinvio alla l. n. 162/2014 sulla negoziazione assistita comprende la possibilità di determinazioni con riguardo ai figli comuni.

Si tratta in tutti i casi di disposizioni che non hanno alcun senso se non si presuppone che vi siano *due genitori di uno stesso figlio*. Nel caso di prole di una sola delle parti, difatti, il Tribunale non potrebbe ravvisare alcun obbligo per la parte estranea al rapporto genitoriale.

Nonostante il difficile percorso legislativo, è innegabile che le famiglie omoparentali concretino oggi una tangibile realtà sociale in cerca di affermazione, in relazione alla quale si è prodotta, già prima della legge 76/2016, una concreta evoluzione del quadro giuridico. La Corte europea dei diritti umani ha affermato da tempo che la relazione fra genitori e figli deve essere ricondotta alla vita familiare di cui all’art. 8 Cedu anche a prescindere da ogni legame biologico e *anche se la coppia è dello stesso sesso*.<sup>12</sup> Anche la giurisprudenza interna ha mosso rapidi passi, ammettendo l’adottabilità dei figli in forza dell’art. 44, lettera d), legge adozioni e ammettendo la trascrizione di certificati di nascita esteri con l’indicazione di due madri o di due padri. Ne consegue che anche la dottrina che con più fermezza afferma che l’unione civile «si riduce alla dimensione di coppia» ammette oggi che non è scontato l’esito del prevedibile intervento suppletivo

12 Infatti, la situazione di fatto di una coppia di donne francesi, conviventi dal oltre vent’anni, una delle quali ha fatto ricorso alla procreazione medicalmente assistita in Belgio e partorito una bambina «conduce alla conclusione che esse hanno una ‘vita familiare’ nel significato proprio dell’art. 8 della Convenzione». Così, Corte EDU, 15 marzo 2012, ricorso n. 25951/07, *Gas e Dubois c. Francia*, par. 37, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 952 ss., con nota di F. CHIOVINI, *Omogenitorialità, margine di apprezzamento, interesse del minore: l’instabile bilanciamento dei giudici di Strasburgo*. Nello stesso senso v. Corte EDU, 19 febbraio 2013, ricorso n. 19010/07, *X e altri c. Austria*, par. 95, pubblicata *ibid.*, 2013, I, p. 519 ss., con nota di M.M. WINKLER, C. FATTA, *Le famiglie omogenitoriali all’esame della Corte di Strasburgo: il caso della second-parent adoption*.

della giurisprudenza,<sup>13</sup> che appare persino invocato dallo stesso legislatore con quel «*resta fermo... quanto consentito*» in materia di adozioni inserito nel comma 20.

In tale quadro non è dubbio che la legge n. 76/2016 abbia già prodotto, e produrrà ancora, un profondo mutamento, che è prima culturale e poi tecnico giuridico, rivelando il significato di norme già presenti nell'ordinamento ma che oggi paiono assumere un nuovo significato.

Posto che le coppie omosessuali accedono alla filiazione mediante ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita, ci si dovrà chiedere, in particolare, se anche le disposizioni della legge n. 40 del 2004 non debbano essere rilette alla luce del nuovo quadro normativo. Com'è noto, l'art. 8 dispone al riguardo che «i nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6» e l'art. 9 al primo comma vieta al coniuge o al convivente di impugnare il detto status. Dopo la legge n. 76/2016 è da dubitare che sia ancora possibile leggere le parole «coppia», «convivente» e «coniuge» escludendone l'applicazione al convivente dello stesso sesso e alla persona unita civilmente (cui a norma del comma 20 si deve applicare ogni disposizione che contiene la parola «coniuge»).<sup>14</sup> In questo senso milita pure la giurisprudenza della Corte di Strasburgo per cui è vietata ex art. 14 Cedu ogni discriminazione fra coppie conviventi eterosessuali e coppie conviventi

omosessuali anche con riguardo al tema della genitorialità, sicché nel 2013 ha ritenuto che se un paese aderente riconosca alle prime l'accesso ad un istituto (nella specie si trattava di adozione), non possa vietarlo alle seconde.

Dunque, si apre la porta ad una lettura rigorosa delle norme in materia di protezione dei nati da PMA, per cui il genitore intenzionale che abbia prestato il proprio consenso a tale tecnica, anche se dello stesso sesso del genitore biologico, dovrebbe essere ritenuto genitore del nascituro dovendone assumere la conseguente responsabilità. ●

# RIFLESSI PENALI DELLA SURROGAZIONE DI MATERNITA' EFFETTUATA ALL'ESTERO

**Giuseppe Marra**

Magistrato di Tribunale destinato alla Corte di Cassazione

La permanenza del divieto penale di pratiche di surrogazione di maternità ha spinto molte coppie a cercare di aggirare la legge italiana recandosi in quei Paesi dove tale pratica è invece consentita, per poi chiedere la trascrizione nei registri dello stato civile italiano dell'atto di nascita formatosi all'estero, secondo la legge dello Stato ove è avvenuta la procreazione, in cui i soggetti committenti risultano gli unici genitori. L'autore ha analizzato i riflessi penali di siffatte condotte, alla luce della giurisprudenza anche di legittimità ancora oscillante.

## 1. INQUADRAMENTO GENERALE DELLA COSIDDETTA SURROGAZIONE DI MATERNITÀ

La surrogazione di maternità (anche definita in gergo utero in affitto) è una pratica procreativa in virtù della quale due persone unite da un legame affettivo ed impossibilitate ad avere figli si rivolgono ad una donna estranea alla coppia, affinché essa si presti a portare avanti una gestazione per loro conto, consentendo dopo il parto che i committenti diventino dal punto di vista legale i genitori del nascituro.

Si è soliti distinguere tra la surrogazione cosiddetta parziale, ove la madre surrogata concorre alla determinazione genetica del figlio, dal diverso caso della surrogazione c.d. totale in cui può accadere che la madre surrogata conduca la gravidanza a seguito dell'impianto di un ovulo già fecondato, formato dall'unione di cellule riproduttive appartenenti alla coppia c.d. committente, ovvero a terzi donatori. Tutto ciò può avvenire per liberalità, oppure in cambio di denaro o altra utilità per la madre surrogata; è evidente però che la prima ipotesi nella realtà sia del tutto residuale.

La pratica in questione è espressamente vietata in Italia dall'art. 12, comma 6, legge 19 febbraio 2004, n. 40, che prevede la sanzione penale della reclusione da tre mesi a due anni e la multa da € 600.000,00 ad 1.000.000 di euro nei confronti di «...chiunque, in qualsiasi forma, realizza organizza o pubblicizza ... la surrogazione di maternità». Tale previsione è rimasta ferma anche a seguito della declaratoria di incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa, sancita dalla sentenza Corte Cost. n.162/2014.

A fronte della presenza di un siffatto divieto penale si assiste al fenomeno sempre più numeroso del

<sup>13</sup> M. SESTA, cit. p. 1796 ss.

<sup>14</sup> Su questi temi sia consentito il rinvio a M. GATTUSO, *Il problema del riconoscimento ab origine della genitorialità omosessuale*, in G. BUFFONE, M. GATTUSO, M.M. WINKLER, cit., p. 266 e M. GATTUSO, *Un bambino e le sue mamme: dall'invisibilità al riconoscimento ex art. 8 legge 40 in Questione Giustizia on line*, 2018.

c.d. turismo procreativo, ossia coppie italiane che per valersi della surrogazione di maternità si sono recati in alcuni Stati esteri che, seppure a certe condizioni, riconoscono tale pratica come lecita, e dove poi è possibile registrare un atto di nascita in cui i soggetti committenti risultano, in base alla *lex loci*, gli unici genitori del bambino nato.

Il passaggio successivo di siffatti progetti di genitorialità alternativi all'adozione riguarda la trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero nei registri dello stato civile in Italia. La normativa italiana sulla trascrizione degli atti di nascita formati all'estero risulta dal combinato disposto degli artt. 15, 17 e 18 d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (il c.d. ordinamento dello stato civile) con l'art. 65, L. 31 maggio 1995, n. 218 (che ha riformato il diritto internazionale privato).

In particolare, è previsto che le dichiarazioni di nascita debbano "farsi secondo le norme stabilite dalla legge del luogo alle autorità locali competenti, se ciò è imposto dalla legge stessa", con immediato inoltro all'autorità diplomatica o consolare competente (art. 15), la quale trasmette gli atti all'ufficiale dello stato civile del comune italiano pertinente (art. 17). Quest'ultimo provvederà alla relativa trascrizione, a meno che ravvisi la contrarietà dagli atti all'ordine pubblico (art. 18): limite espressamente ribadito dall'art. 65 L. n. 218/1995 in relazione all'idoneità dei "provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia" a produrre effetti in Italia.

## 2. I CASI ESAMINATI DALLA GIURISPRUDENZA ANCHE SOVRANAZIONALE

I casi giudiziari affrontati dai giudici di merito e solo di recente dalla Corte di Cassazione presentano numerosi elementi in comune, ragione per la quale i fatti possono essere indistintamente riassunti nei seguenti termini: una coppia di coniugi italiani si reca in un Paese estero, molto spesso in Ucraina,

per ivi procedere a fecondazione eterologa (con ovodonazione da parte di una terza donna) e successiva gravidanza con la cosiddetta maternità surrogata, perché in quel Paese tale pratica non risulta vietata a certe condizioni (che il 50% del patrimonio genetico del nascituro provenga dalla coppia committente), a differenza, come sopra accennato, di quanto è invece stabilito dalla legge italiana. A seguito della nascita del minore grazie alla suddetta procedura, la madre naturale, cittadina del Paese estero, rilascia, in base alla *lex loci*, una dichiarazione con la quale acconsente che i due coniugi italiani siano registrati come genitori per poi procedere ad iscrivere in quei termini la nascita del bambino presso il locale ufficio dello Stato civile. Il certificato di nascita rilasciato successivamente ai coniugi italiani indica, alla stregua della normativa vigente nel Paese estero, come genitori la coppia di italiani, senza alcuna indicazione circa l'utilizzo della pratica di surrogazione di maternità.

Successivamente i coniugi si presentano presso l'ambasciata o il consolato italiano producendo il certificato di nascita del figlio, quello dal quale essi risultano i genitori del minore registrato presso l'ufficio dello stato civile del luogo di nascita, e ciò al fine dell'inoltro del predetto certificato all'ufficiale dello stato civile in Italia per la successiva trascrizione nei relativi registri del Comune di residenza di uno o di entrambi i genitori, ai sensi degli artt. 15 e 17 del D.P.R. n.396/2000. In quel contesto le coppie richiedenti la trascrizione tacciono circa l'utilizzo delle pratiche di surrogazione di maternità; il funzionario diplomatico, quando ritiene esserci dei dubbi sulla reale genitorialità dei richiedenti, è solito porre delle domande circa l'eventuale surrogazione di maternità, a fronte delle quali i genitori c.d. "sociali" di regola omettono di rispondere o rispondono in maniera non veritiera.

## 3. LE FATTISPECIE PENALI CONTESTATE

Per questi fatti la coppia italiana viene imputata in concorso di tutti o solo di alcuni dei seguenti reati: del delitto di cui al citato art. 12, comma 6, L. n.40/2004; di quello previsto dall'art. 567, comma 2, cod.pen. (alterazione di stato); nonché di quelli di cui agli artt. 495, comma 2 (false dichiarazioni a P.U. sullo stato proprio o altrui) ovvero 48, 476 cod. pen. (induzione in errore del P.U. per commettere un falso materiale).

Le condotte contestate sono perciò quelle avvenute all'estero, ossia l'essersi avvalsi della procedura di surrogazione di maternità, nonché quella successiva consistita nell'essersi recati presso l'ambasciata o il consolato italiano muniti del certificato di nascita del minore, che li vede entrambi genitori in base alla legge straniera che consente quella pratica, al fine di chiedere l'inoltro all'ufficiale dello Stato civile italiano per la trascrizione nei registri del comune di residenza. Da qui la rilevanza dell'art. 9 cod. pen. che detta la disciplina dei delitti comuni del cittadino italiano compiuti all'estero.

Va però evidenziato che in alcuni casi il P.M. precedente ha ritenuto che tali condotte potessero essere inquadrate nella disciplina di cui all'art. 6, comma 2, cod. pen., in quanto i reati erano stati programmati e concordati in Italia, e quindi in parte commessi nel territorio italiano. Sotto altro profilo è stato inoltre osservato, con riguardo in particolare all'art. 567, comma 2, cod. pen. che la sua consumazione avverrebbe comunque in Italia, al momento della trascrizione dell'atto di nascita nel registro dello Stato civile del comune di residenza, rimanendo invece irrilevante la conformità dell'atto di nascita formato all'estero con la *lex loci*, qualora risulti pacificamente la non corrispondenza di quell'atto alla realtà naturale della procreazione.

Per comprendere appieno il contorno ordinamentale anche sovranazionale che può incidere sulla rilevanza penale di determinate condotte, va evidenziato che, secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione civile, un certificato di nascita, seppure rilasciato all'estero secondo la legge dello Stato di nascita del minore, ma riportante un'attestazione sullo *status* del minore oggettivamente non rispondente al vero non potrebbe mai essere trascritto dall'ufficiale dello Stato civile italiano per l'ipotesi di nascita tramite il c.d. "utero in affitto", e ciò per la contrarietà all'ordine pubblico interno derivante dal divieto penale, tuttora vigente, di tale pratica ai sensi dell'art. 12, com. 6, L. 40/2004, (si veda Cass. civ., Sez.I, 11/11/ 2014, n.24001, P.D. ed altro c/o M.R., Rv. 633634 - 01). Parte invece della giurisprudenza di merito, malgrado il precedente della Suprema Corte, continua ad affermare che la mera difformità della legge straniera da quella italiana in materia di procreazione medicalmente assistita non sia causa di violazione di ordine pubblico (di recente tra le altre App. Milano, Sent. 28/12/2016, n.3990; nonché App. Trento, Ord. 23/02/ 2017).

Sul tema si è anche pronunciata la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo con due sentenze "gemelle" rese il 26/06/2014 nei confronti della Francia, sui ricorsi n.65192/2011 (Menneson c/o Francia) e n.65941/2011 (Labassee c/o Francia) in casi riguardanti il rifiuto di procedere alla trascrizione nei registri dello stato civile francese degli atti di nascita formati all'estero a seguito di procreazione con maternità surrogata. La Corte E.D.U. ha riconosciuto un ampio margine di apprezzamento discrezionale ai singoli Stati sul tema della liceità della maternità surrogata, viste le implicazioni di ordine etico della materia. Tuttavia la Corte ha rinvenuto una violazione dell'art. 8 CEDU con riguardo alla posizione dei minori stessi, in quanto "...si pone dunque una questione grave di compatibilità di tale situazione con l'interesse superiore dei minori, il cui rispetto deve guidare ogni decisione che li riguarda. Questa analisi assume

*un'importanza particolare quando, come nel caso di specie, uno dei genitori intenzionali è anche genitore del minore".*

Di recente di massimo rilievo sul tema vi è stata la sentenza della Corte E.D.U., Grand Chamber, 24/01/2017, n. 25358, che ha ribaltato la decisione nel caso Paradiso e Campanelli contro Italia, affermando che la decisione delle autorità italiane di allontanare il minore nato all'estero ricorrendo alla maternità surrogata non violava l'art. 8 della C.E.D.U., in considerazione della mancanza di legame biologico tra il bambino e gli aspiranti genitori, la breve durata delle relazioni (solo nei primi mesi di vita del bambino) e l'incertezza giuridica dei legami. La Grande Camera ha affermato inoltre che nella misura in cui il comportamento dei ricorrenti ha violato la legge sull'adozione ed il divieto previsto dall'ordinamento italiano circa la surrogazione di maternità, i provvedimenti adottati nei confronti del minore hanno perseguito l'obiettivo di "prevenire l'illegalità" e di proteggere "diritti e libertà altrui".

#### 4. LE PRIME PRONUNCE DELLA CASSAZIONE PENALE

La prima decisione su un caso di maternità surrogata in Ucraina è stata pronunciata dalla sentenza Sez. VI, 11/11/2015, n.8060/2016, P.M. in proc. L. e altro, Rv. 266167 con la quale la Suprema Corte ha rigettato il ricorso proposto dal Procuratore generale avverso una sentenza di assoluzione emessa nei confronti di due coniugi italiani imputati ex art. 567, com. 2, cod. pen., i quali, dopo essersi presentati come genitori biologici di un minore nato mediante maternità surrogata all'estero, a seguito di appositi avvertimenti da parte dell'autorità consolare circa le eventuali conseguenze penali, avevano in un secondo momento convertito la propria richiesta di trascrizione dell'atto di nascita in un'istanza diversa, preordinata a far figurare come genitore del minore il solo marito, l'unico provvisto effettivamente di un legame genetico con il nato. A fronte di ciò, l'ufficiale di stato civile, pur reso

edotto di tali circostanze, aveva autonomamente proceduto a trascrivere l'atto che qualificava il neonato come figlio di entrambi i coniugi.

La sentenza di cui sopra ha in primo luogo esaminato la struttura e il bene giuridico tutelato dal reato previsto dall'art. 567, com. 2, cod. pen., il quale "si concreta in un falso ideologico funzionale ad una alterazione dello status di filiazione ascrivibile al neonato. Alterazione che viene a realizzarsi in esito ad una registrazione anagrafica resa, grazie al falso, in termini distonici rispetto al naturale rapporto di procreazione...", affermando di conseguenza che "per dare luogo alla alterazione di stato, dunque, occorre che la condotta di falso si muova all'interno della formazione dell'atto di nascita, concretandosi il reato con la registrazione dell'atto stesso. La registrazione anagrafica costituisce dunque lo spartiacque essenziale tra le possibili valutazioni interpretative inerenti la medesima condotta di falso...", mentre, ad avviso della Corte si poteva ritenere "...l'irrelevanza della coerenza dell'atto di nascita formato in Ucraina alla disposizioni normative vigenti nel detto Stato, laddove, come è pacifico nella specie, quanto emerge dalla relativa iscrizione anagrafica non coincida con la verità in fatto della procreazione."

Il passaggio che più rileva in termini giuridici è quello in cui la Cassazione ha affermato che: "...la valutazione legata al giudizio sulla responsabilità penale, prende le mosse dall'idea in forza alla quale lo stato di filiazione nell'ordinamento italiano presuppone a monte la coincidenza tra discendenza naturale ed emergenza documentale sottesa alla formazione dell'atto di nascita sì che, ogni qual volta quest'ultima risulti sfalsata in fatto da effetti distonici anche legittimi in forza di quanto previsto dall'ordinamento straniero, resta ferma la violazione del precetto penale che mira, come si è detto, a tutelare non solo le situazioni giuridiche consequenziali alla iscrizione anagrafica ma anche quelle in fatto legate alla verità naturale della procreazione".

In sostanza secondo la sentenza n.8060/2016, era corretto ipotizzare in astratto l'integrazione del delitto di cui all'art.567, com. 2, cod. pen. da parte dei coniugi italiani i quali, in un primo momento, avevano chiesto al funzionario consolare di trasmettere all'ufficiale dello stato civile italiano per la trascrizione il certificato di nascita formatosi in Ucraina, da cui essi risultavano entrambi i genitori naturali del minore. Tuttavia nel caso di specie, essi dovevano essere assolti, perché, in un secondo momento, dopo gli ammonimenti dal P.U., avevano dichiarato al predetto funzionario il vero, facendo così emergere che il legame biologico era solo con il padre. Era perciò venuta meno la capacità ingannatoria dell'atto di nascita formatosi all'estero nei confronti dell'ufficiale dello stato civile nazionale, che aveva comunque ritenuto di trascrivere l'atto di nascita falso in forza di una sua personale valutazione del dato normativo di riferimento, ragion per cui era corretta l'assoluzione perché il fatto non costituiva reato.

La successiva sentenza Sez.V, 10/03/2016, n.13525, P.M. in proc. E. e altro, Rv. 266672, ha invece respinto il ricorso del P.M. avverso l'assoluzione di una coppia italiana recatasi sempre in Ucraina per avvalersi della procedura della maternità surrogata, e poi imputata dei delitti di cui agli artt. 12, comma 6, L. n.40/2004, e 567, comma 2, 495, commi 2, 48, 476 cod. pen., partendo da presupposti giuridici del tutto diversi da quelli sopra evidenziati.

In particolare: con riguardo al delitto di cui all'art. 12, L. n.40/2004, la Corte ha escluso la punibilità dei coniugi italiani ravvisando un errore inevitabile sulla legge penale, in particolare sull'art. 9 cod. pen., in quanto la coppia avrebbe agito all'estero nella convinzione che, per la loro punibilità per il delitto di cui all'art. 12, comma 6, L. n.40/2004, sarebbe stata necessaria la previsione come reato della surrogazione di maternità anche nel locus commissi delicti, ossia in Ucraina (il requisito della c.d. doppia incriminabilità). Detta convinzione costituirebbe, nel caso in esame, un

tipico esempio di errore inevitabile sul precetto secondo la nota sentenza Corte Cost. n.364/1988, in quanto il cittadino non è in grado di comprendere il significato della disposizione penale a causa di incertezze di interpretazione giurisprudenziale. Va evidenziato che nella fattispecie la Cassazione ha applicato la scusante dell'inevitabilità dell'ignoranza ad un errore su una disposizione penale non incriminatrice (l'art. 9 cod. pen.), che disciplina, in generale, la punibilità di un reato comune commesso all'estero dal cittadino, e non invece sulla qualificazione come illecito penale di una determinata condotta.

Quanto all'imputazione per il delitto di alterazione di stato, la Corte ha ritenuto che il comportamento dei coniugi italiani sopra descritto non poteva essere considerato "una falsa dichiarazione", in quanto le dichiarazioni di nascita relative a cittadini italiani (e tale era il minore interessato, in quanto figlio di padre italiano: art. 1, comma 1, lett. a) della L. n. 91/1992) nati all'estero sono rese all'autorità consolare (comma 1) e devono farsi secondo le norme stabilite dalla legge del luogo alle autorità locali competenti, se ciò è imposto dalla legge stessa.

Per questi motivi, il Collegio pur osservando quanto al delitto di alterazione di stato di cui 567, com.2, cod. pen., che, ai fini della configurabilità di tale fattispecie, è necessaria un'attività di alterazione di stato che si caratterizzi per l'idoneità a creare una falsa attestazione, con attribuzione al figlio di una diversa discendenza in conseguenza dell'indicazione di un genitore diverso da quello naturale, hanno poi ritenuto che il reato del quale si discute non era configurabile in relazione alle false dichiarazioni incidenti sullo stato civile di una persona, rese quando l'atto di nascita era già formato. Ciò perché "...alla stregua della incontestata ricostruzione dei fatti operata dalla sentenza impugnata, non è dato cogliere alcuna alterazione dello stato civile del minore nell'atto di nascita del quale si discute, che, al contrario, risulta

*perfettamente legittimo alla stregua della normativa nella quale doverosamente è stato redatto”.*

La Corte ha poi ritenuto che nella specie non ricorreva neppure il reato di cui agli artt. 48 e 476 cod.pen., giacchè l'ufficiale dello stato civile italiano non aveva formato alcun atto falso, ma si era limitato a procedere alla trascrizione dell'atto di nascita, riguardante un cittadino italiano, formato all'estero in osservanza della *lex loci*. Al pari non risultava integrato neppure l'art. 495 cod.pen. che presuppone una falsa dichiarazione al P.U., ad avviso della Corte in realtà mai intervenuta, dato che i coniugi si erano limitati a non rispondere alla domanda circa l'essersi avvalsi della procedura della maternità surrogata.

Su questa linea interpretativa si muove anche la sentenza Sez.VI, 11 /10/2016, n.48696, P.M. in proc. M. e altro (non massimata), che analogamente ai due precedenti sopra citati ha affrontato il caso di una coppia di italiani recatisi in Ucraina per avvalersi della procedura della maternità surrogata. I coniugi erano stati incolpati del reato di cui all'art. 567, com. 2, cod. pen. (eventualmente da riqualificare nell'art. 495, comma 2, n.1, cod. pen.), ritenendo, ad avviso del P.M., che sussistesse la giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 6 cod. pen., in quanto l'attività decettiva non si era esaurita all'estero, ma si era sviluppata e conclusa sul territorio italiano, nel momento in cui l'atto di nascita ucraino era stato spedito in Italia per la successiva trascrizione nei registri dello stato civile nazionale.

I giudici di merito avevano assolto la coppia sull'assunto che non risultava provato il dolo del delitto alterazione di stato ritenendo che gli imputati avessero agito nella convinzione che la certificazione di nascita rilasciata in Ucraina e presentata all'Ambasciata italiana per l'inoltro fosse del tutto regolare, e dunque si poteva ragionevolmente dubitare circa la consapevolezza di commettere il reato previsto dall'art. 567.

La Suprema Corte, pur condividendo le valutazioni in ordine alla mancanza di dolo, ha però ritenuto di precisare che in ogni caso difettava pure l'elemento oggettivo del reato contestato, anche tenuto conto dell'evolversi nel tempo del concetto di stato di filiazione, *“...non più legato ad una relazione necessariamente biologica, ma sempre più considerato quale legame giuridico”.* Infatti il certificato di nascita formatosi legittimamente in Ucraina secondo la *lex loci* non poteva per questa ragione considerarsi ideologicamente falso, e non integrava perciò “una falsa certificazione o falsa attestazione” prevista dall'art. 567, com. 2, cod. pen., impregiudicata ogni valutazione delle competenti autorità amministrative circa la sua trascrivibilità o meno nei registri dello stato civile nazionale.

Dall'analisi delle prime tre sentenze della Cassazione che hanno affrontato il problema della rilevanza penale della c.d. maternità surrogata compiuta all'estero, emerge l'esistenza di un inconsapevole contrasto tra la sentenza n.4060/2016 e le successive, che hanno invece escluso in radice ogni rilevanza penale alle condotte poste in essere (più o meno uguali tra loro), dando rilievo da un lato al dubbio sull'esistenza del dolo, in ragione delle incertezze normative, e dall'altro al profilo formale della regolare formazione dell'atto di nascita all'estero secondo la *lex loci*. Il contrasto all'interno della Suprema Corte è rappresentativo anche del contrasto tuttora esistente tra i giudici di merito. ●

# ALLA RICERCA DEL GIUSTO PUNTO DI EQUILIBRIO TRA VALORI COSTITUZIONALMENTE CONFLIGGENTI

**Andrea Penta**

Magistrato di Tribunale destinato alla Corte di Cassazione

## 1. LE DECISIONI DEI GIUDICI DI MERITO

La Suprema Corte, con la nota sentenza n. 12962 del 22.6.2016, ha analizzato il caso della richiesta di adozione di una minore (nata con una procedura di procreazione medicalmente assistita) formulata, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d), l. n. 184/1983, dalla convivente della madre naturale, nel contesto di una relazione sentimentale e di stabile convivenza. L'istante aveva evidenziato che la nascita era stata il frutto di un progetto genitoriale maturato e realizzato con la propria compagna di vita e che la bambina aveva vissuto sin dall'inizio in un contesto familiare e di relazioni scolastiche e sociali analogo a quello delle altre bambine della sua età.

Il Tribunale per i minorenni adito aveva disposto farsi luogo all'adozione, con l'assenso della madre naturale e con il parere sfavorevole del Pubblico ministero.

Le argomentazioni logico-giuridiche poste dal Tribunale alla base della sua decisione possono sintetizzarsi nelle seguenti: a) nessuna limitazione

normativa può desumersi dall'orientamento sessuale della richiedente l'adozione in casi particolari (a meno che l'omosessualità non incida sulle concrete capacità educative ed affettive del singolo adottante); b) con la menzionata disposizione, il legislatore ha inteso favorire il consolidamento di rapporti tra minore e parenti o persone che già se ne prendono cura; c) la *ratio legis* dell'istituto deve essere individuata nella verifica della realizzazione dell'interesse del minore; d) la condizione dell'impossibilità dell'affidamento preadottivo, contenuta nella lettera d) del comma 1 dell'art. 44 (ed è questo il *punctum dolens*), deve essere interpretata non già, restrittivamente, come impossibilità “di fatto”, bensì come impossibilità “di diritto”, così da comprendere anche minori non in stato di abbandono, ma relativamente ai quali nasca l'interesse al riconoscimento di rapporti di genitorialità (il passaggio era indefettibile, non trovandosi la minore in stato di abbandono e risultando, di conseguenza, non collocabile in affidamento preadottivo in ragione della presenza della madre, perfettamente in grado di occuparsene); e) la minore, in virtù dello stabile legame di convivenza tra la madre naturale e quella adottiva, ha sviluppato una relazione di tipo genitoriale con

quest'ultima, relazione che, attraverso il paradigma dell'art. 44, comma 1, lettera d), della legge n. 184 del 1983, può avere riconoscimento giuridico; f) non sussistono, al riguardo, ostacoli normativi costituiti dall'assenza del rapporto matrimoniale e dalla riscontrata natura del rapporto tra la madre della minore e la adottante, in quanto persone dello stesso sesso; g) le indagini richieste dall'art. 57 della stessa legge n. 184 del 1983 avevano consentito di rilevare la piena rispondenza dell'adozione al preminente interesse della minore.

La Corte d'Appello di Roma, sezione minorenni, a seguito di impugnazione proposta dal Pubblico ministero minorile avverso la sentenza, dopo aver respinto l'istanza di nomina di un curatore speciale della minore e disposto ed espletato la "verifica", di cui all'art. 57 della legge n. 184 del 1983 -, ha rigettato l'appello (negli stessi sostanziali termini si è pronunciata Corte d'Appello di Torino, con la sentenza 27 maggio 2016).

La conferma della decisione impugnata si fonda su alcune considerazioni:

1. va escluso che vi sia, nel caso concreto, incompatibilità d'interessi e di posizioni tra la minore e la madre in merito all'esito della causa;
2. la vigente lettera d) non richiede la preesistenza di una situazione di abbandono del minore, dovendosi prestare adesione all'interpretazione secondo la quale è sufficiente l'impossibilità giuridica (e non necessariamente di fatto) dell'affidamento preadottivo, la quale può verificarsi, appunto, anche in mancanza di una situazione di abbandono (questa interpretazione estensiva era in qualche modo già stata avallata da Corte Costituzionale 7/10/1999, n. 383);
3. la *ratio* sottesa alle quattro fattispecie di adozione in casi particolari, previste dall'art. 44, comma 1, è volta alla salvaguardia di legami affettivi e relazionali preesistenti ed alla risoluzione di situazioni personali nelle quali l'interesse del minore ad un'adeguata collocazione familiare è preminente e si realizza mediante

l'instaurazione di «vincoli giuridici significativi» con chi si occupa stabilmente di lui;

4. nel caso di specie, l'impossibilità dell'affidamento preadottivo era incontestabile, esistendo un genitore con la piena consapevolezza del suo ruolo ed una figlia minore che ha maturato un rapporto interpersonale, affettivo ed educativo con la partner convivente della madre, tale da acquisire un'autonomia particolare rilevanza e da giustificare il riconoscimento giuridico attraverso una forma legale corrispondente a ciò che si verifica nella vita quotidiana delle relazioni familiari della minore medesima.

Alla luce di tali rilievi, la corte d'appello, avendo il Tribunale accertato, in concreto, l'esistenza di un profondo legame della minore con la adottante instaurato fin dalla nascita e caratterizzato da tutti gli elementi affettivi e di riferimento relazionale, interno ed esterno, qualificanti il rapporto genitoriale e filiale, ha evidenziato che, nel caso di specie, si tratta non già di dare vita ad una forma di genitorialità non consentita dalla legge, ma di prendere atto di una situazione relazionale preesistente e di dare ad essa una forma giuridica secondo i parametri consentiti dalla legge sull'adozione, senza alcuna sovrapposizione al rapporto che lega la madre (biologica) della minore e la adottante.

## 2. LA "CONSTATATA IMPOSSIBILITÀ DELL'AFFIDAMENTO PREADOTTIVO"

Come si è anticipato, la principale questione che ha diviso la ricorrente e la Procura è stata quella concernente il significato da darsi all'espressione contenuta nella lettera d) del primo comma dell'art. 44 "constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo" (nella quale deve trovarsi il minore adottando).

La Procura Generale presso la Corte d'appello, nell'impugnare la sentenza di secondo grado, ha sostenuto che l'adozione speciale presuppone pur sempre la preesistenza di una situazione di

abbandono, trattandosi di un istituto giuridico unitario dai caratteri individuabili in negativo che mira a offrire tutela a situazioni di adozione difficili od impossibili di fatto, come sarebbe comprovato dalla stessa scelta del participio passato «constatata», che rimanda ad un'attività materiale - la ricerca di una coppia idonea all'affidamento preadottivo - al cui esito infruttuoso soltanto si apre la possibilità dell'adozione speciale.

Sulla base di questo rilievo, il Procuratore Generale, dopo aver sollecitato in via preliminare la rimessione del ricorso alle Sezioni Unite, perché involgente una questione di massima di particolare importanza, ha, in via subordinata, chiesto l'accoglimento del ricorso, ritenendo inapplicabile alla fattispecie dedotta in giudizio l'art. 44, comma 1, lettera d), della legge n. 184 del 1983, in quanto tutta la disciplina normativa relativa all'adozione, comprensiva dell'art. 44, sarebbe rivolta alla tutela dell'infanzia maltrattata, abbandonata ed abusata, mentre nel caso di specie la minore ha un genitore legittimo che si occupa in modo del tutto idoneo di lei.

Inoltre, premesso che, a suo dire, l'interpretazione estensiva condivisa dalla corte territoriale determinerebbe un aggiramento del limite contenuto nella lettera b) dello stesso art. 44 (il quale consente soltanto l'adozione del figlio del coniuge ed esclude tale possibilità per le coppie eterosessuali o dello stesso sesso che non siano unite in matrimonio), il Procuratore Generale addebita alla Corte d'Appello di Roma di non aver neanche tentato un'interpretazione costituzionalmente orientata della lettera b) dell'art. 44, volta ad estenderne l'applicazione anche alle coppie di fatto, e di non aver ritenuto di sollevare eccezione d'illegittimità costituzionale della norma per disparità di trattamento tra le unioni matrimoniali e le altre forme di relazione stabile oppure per discriminazione dovuta ad orientamento sessuale. La principale critica che si è mossa al ragionamento del tribunale e della corte di merito

è che considerare la lett. d) applicabile a casi del genere finirebbe con lo svuotare completamente di contenuto la precedente lett. b), che dovrebbe considerarsi sostanzialmente abrogata, giacché non residuerebbe alcun margine di autonomia della statuizione, né dove consente l'adozione al coniuge del genitore (perché, a quel punto, la fattispecie potrebbe a fortiori essere disciplinata dalla lett. d), né dove la esclude per il non coniuge (perché, in questo caso la mancata previsione sarebbe aggirata dalla interpretazione estensiva della lett. d).

Dopo aver analizzato il testo dell'art. 44 nella sua interezza, nonché la sua evoluzione normativa ed applicativa alla luce, in particolare, della giurisprudenza della Corte costituzionale e della Suprema Corte, la Prima Sezione è pervenuta alla conclusione della non divisibilità della "tesi restrittiva" (*contra*, in dottrina, R. Carleo, 2009), che si fonda sulla qualificazione della «constatata impossibilità di affidamento preadottivo» come "impossibilità di fatto" (che richiederebbe ineludibilmente la preesistenza di una situazione di abbandono - o di semi abbandono - del minore) ed ha sottolineato che l'accertamento di una situazione di abbandono (art. 8, comma 1) non costituisce, diversamente dall'adozione legittimante, una condizione necessaria per l'adozione in casi particolari in alcuna delle ipotesi previste dalle lettere a), b), e) e d) dell'art. 44.

Per pervenire a tale conclusione la Corte effettua un ragionamento di ricostruzione sistematica di tipo sillogistico, formulando, in fine, una valutazione a *contrario*.

Invero, partendo dal presupposto che tale norma dispone che «I minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell' articolo 7», evidenzia che il richiamato art. 7, al comma 1, stabilisce come condizione necessaria per l'adozione legittimante la dichiarazione di adottabilità, la quale presuppone, a sua volta,

l'accertamento della situazione di abbandono, così come prescritto nel successivo art. 8, comma 1.

In definitiva, la preesistenza dello stato di abbandono non costituirebbe limite normativo all'applicazione della norma nella sua interezza e, conseguentemente, per quanto rileva in questa sede, anche all'ipotesi descritta nella lettera d).

D'altra parte, la lettura alternativa condurrebbe sempre ad escludere che, nell'ipotesi di cui alla lettera d), l'adozione possa conseguire ad una relazione già instaurata e consolidata con il minore, essendo tale condizione relazionale contrastante con l'accertamento di una situazione di abbandono. Inoltre, per far ricorso all'ipotesi prevista dalla lettera d), occorrerebbe necessariamente la previa dichiarazione dello stato di abbandono del minore e, quindi, la declaratoria formale di adottabilità, nonché il vano tentativo del predetto affidamento.

La conseguenza del ragionamento della Corte è che esistono due modelli di adozione: 1) quella legittimante, fondata sulla condizione di abbandono del minore; 2) quella non legittimante (cd. coparentale), fondata su requisiti diversi sia in ordine alla situazione di fatto nella quale versa il minore, sia in ordine alla relazione con il richiedente l'adozione.

A tale conclusione era già pervenuta in passato la Corte costituzionale con la sentenza n. 383 del 1999, a tenore della quale il legislatore ha voluto favorire il consolidamento dei rapporti tra il minore ed i parenti o le persone che già si prendono cura di lui, prevedendo la possibilità di un'adozione, sia pure con effetti più limitati rispetto a quella "legittimante", ma con presupposti necessariamente meno rigorosi di quest'ultima. Ciò, secondo la Consulta, è pienamente conforme al principio ispiratore di tutta la disciplina in esame: «l'effettiva realizzazione degli interessi del minore» (nn. 2. e 3. del Considerato in diritto).

Già allora era evidente l'attenzione prestata dalla Corte costituzionale all'aspetto della continuità affettiva ed educativa della relazione tra l'adottante

e l'adottando, come elemento caratterizzante la realizzazione dell'interesse del minore.

Del resto, la valutazione della «idoneità affettiva» del genitore adottante non può che essere effettuata sulla base di una relazione preesistente adottante-minore, come tale incompatibile con una situazione di abbandono.

L'impostazione offerta dalla Corte costituzionale avalla la convinzione che, coerentemente con il sistema della tutela dei minori e dei rapporti di filiazione biologica ed adottiva attualmente vigente, sia sufficiente l'impossibilità "di diritto" di procedere all'affidamento preadottivo e non solo quella "di fatto", derivante da una condizione di abbandono in senso tecnico-giuridico o di semi abbandono.

A ben vedere, la legge n. 173 del 2015, volta a facilitare l'accesso all'adozione legittimante da parte delle famiglie affidatarie che abbiano condiviso con il minore un lungo periodo di affidamento, è stata introdotta anche al fine di evitare conflittualità quali quelle alla base delle apparentemente antitetiche pronunce della Corte nn. 22292/13 e 1792/15.

### 3. I PUNTI DEBOLI DELLA DECISIONE DELLA CORTE

L'interpretazione fatta propria dalla Cassazione sulla *condicio legis* della "constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo" non convince.

In passato, si riteneva che integrassero gli estremi di questo presupposto i casi di impossibilità a reperire coppie disponibili all'adozione legittimante a causa di gravi handicap del minore da adottare, oppure dell'età di quest'ultimo qualora si trovasse in piena adolescenza (v. E. Cobelli, 1984).

Cass. 27 settembre 2013, n. 22292, aveva di recente affermato che era contrario alla *ratio legis* dell'art. 44 dilatare la nozione di "impossibilità di affidamento pre-adottivo", ricomprendendovi non solo l'ipotesi del mancato reperimento (o del rifiuto) di aspiranti all'adozione legittimante, ma anche l'ipotesi del contrasto con l'interesse del minore", essendosi al cospetto di fattispecie tassative e di

stretta interpretazione.

In pratica, la "constatata impossibilità di affidamento preadottivo" risponde ad una casistica endogena: ripetuti fallimenti in precedenti affidamenti preadottivi, problemi caratteriali o handicaps fisici o psichici, età ormai cresciuta del minore adottabile.

L'impossibilità giuridica, semmai, può essere connessa all'esistenza di rapporti affettivi tra il minore ed i suoi genitori biologici, che, tuttavia, siano inadeguati a prendersene cura. In tali casi si può valutare l'opportunità di non recidere i rapporti tra il minore ed i genitori biologici (conseguenza che verrebbe determinata dall'adozione legittimante), garantendo, al contempo, il diritto del minore ad una adeguata assistenza.

Anche a voler prestare adesione alla volontà di dare una copertura giuridica a tutti quei casi in cui il minore, avendo instaurato forti legami affettivi con il nucleo familiare al quale era stato affidato, non potrebbe essere dato in affidamento preadottivo se non a pena di un suo grave trauma psico-emotivo, non è dato comprendere in che cosa, in assenza di uno stato di abbandono, si sostanzierebbe l'impossibilità dell'affidamento preadottivo, se solo si considera che, nel caso di specie, alla minore era incontestabilmente già assicurata, da parte della madre naturale, una forte ed adeguata protezione. A tal riguardo, occorre precisare che il mero rapporto di convivenza e di assistenza esistente tra un terzo ed il minore, il quale non si trovi in stato di abbandono, non è sufficiente a far presumere l'esigenza del minore ad essere adottato da questi. Rappresenta una forzatura il concepire l'impossibilità giuridica di un affidamento preadottivo in presenza di un genitore biologico esercente la responsabilità genitoriale.

Alla stregua delle considerazioni che precedono, sarebbe stata più convincente una decisione che avesse accolto sì la domanda di adozione, ma sulla base di una interpretazione estensiva

(o costituzionalmente orientata) della lettera b) dell'art. 44 (secondo cui "I minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'articolo 7: [...] b) dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge"), o, nell'impossibilità di farlo (in base al secondo comma dell'art. 12 disp. gen. c.c.), avesse sollevato la relativa questione di legittimità costituzionale della norma, ai sensi dell'art. 3 Cost. Una volta che il comma 20 dell'art. 1 del decreto Cirinnà (su cui *infra*) ha equiparato i partner di una coppia omosessuale ai coniugi, probabilmente sarebbe persino possibile ricorrere all'adozione legittimante, che è riservata alle coppie di coniugi (salvo il caso eccezionale che i medesimi si separino legalmente nel corso dell'affidamento preadottivo; v. art. 25, comma 5, l. n. 184/1983).

Residuano, invece, dubbi in ordine alla possibilità di disporre l'adozione in casi particolari del figlio del «coniuge», prevista dall'art. 44, lett. b), l. cit..

Invero, all'ultimo momento è stata stralciata dalla proposta la disposizione che prevedeva l'equiparazione al matrimonio dell'unione civile proprio nell'ipotesi dell'adozione in casi particolari prevista dall'art. 44, lett. b) (v., sul punto, il par. 5.1.). E' chiaro, poi, che, nel caso di richiesta di adozione, da parte del coniuge, del figlio minore dell'altro coniuge, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. b), sarebbe necessario che il giudice accertasse in concreto, caso per caso, se l'interesse del minore (che deve sempre costituire, in base all'art. 57 della legge stessa e all'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo, conclusa a New York il 20 novembre 1989 - resa esecutiva con l. 27 maggio 1991 n. 176 -, primario e preminente parametro di valutazione) risulti o meno maggiormente tutelato con l'inserimento, del minore medesimo, mediante l'adozione, in un contesto familiare (cfr. Cass. 9 maggio 2002 n. 6633).

### 3.1. LA TRASCRIVIBILITÀ IN ITALIA DI UN'ADOZIONE AUTORIZZATA ALL'ESTERO

Altra questione, da non confondere con quella finora esaminata, è se sia trascrivibile in Italia l'adozione del figlio di un partner a favore del partner dello stesso sesso operata all'estero. E' il caso analizzato da App. Milano, Sez. pers. min. fam., ord. 16 ottobre 2015 (su cui anche *infra*).

Nel caso sottoposto all'esame della corte ambrosiana, il minore era cresciuto nel contesto di una unione omosessuale consacrata con un matrimonio celebrato in Spagna.

Orbene, il matrimonio tra due persone dello stesso sesso, anche se privo di efficacia e quindi non trascrivibile nel nostro ordinamento (vedasi, sul punto, *postea*), non è invalido nel Paese in cui è stato celebrato e la sua validità si riflette sul conseguente provvedimento di adozione.

Quindi, se da un lato il matrimonio non si può trascrivere perché contrario ai principi del nostro ordinamento giuridico, dall'altro si può trascrivere l'adozione, in quanto in questo caso i principi di ordine pubblico debbono cedere di fronte al superiore interesse del minore al riconoscimento giuridico di un rapporto familiare validamente costituito all'estero e protrattosi nel tempo (così C. Benanti, 2016).

Il principio secondo cui, in tutte le decisioni relative ai minori, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente è enunciato in convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e in atti dell'Unione europea (cfr., come si è accennato, gli artt. 3 Conv. dir. fanciullo del 1989, 24 Carta dir. UE e 23 reg. CE n. 2201/2003).

Il Tribunale per i Minorenni di Bologna, con ordinanza del 10.11.2014, aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale degli artt.

35 e 36 l. 4.5.1983, n. 184, nella parte in cui – interpretati secondo il diritto vivente – precludono la possibilità di riconoscere, nell'interesse del minore, la sentenza straniera che abbia pronunciato la sua adozione in favore del coniuge del medesimo sesso del genitore, a prescindere dal fatto che il matrimonio stesso abbia prodotto effetti in Italia. La questione è stata dichiarata, però, inammissibile dalla Corte Costituzionale per motivi procedurali (v. comunicato stampa del 24.2.2016, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)).

### 4. IL DIVIETO DI DISCRIMINAZIONI BASATE SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE

La Corte di Strasburgo, nel caso X ed altri contro Austria (sentenza del 19 febbraio 2013 nel ricorso n. 19010 del 2007, citata in nota 5), ha sottolineato che l'Austria non aveva fornito «*motivi particolarmente solidi e convincenti idonei a stabilire che l'esclusione delle coppie omosessuali dall'adozione coparentale aperta alle coppie eterosessuali non sposate fosse necessaria per tutelare la famiglia tradizionale*» (par. 151 della sentenza).

Il rilievo della pronuncia rispetto al presente giudizio si coglie in relazione all'applicazione del paradigma antidiscriminatorio (in dottrina, v. G. Oberto, 2010). Nel caso di una discriminazione fondata sul sesso (o sull'orientamento sessuale), il margine di apprezzamento degli Stati è limitato e non può avallarsi una disparità di trattamento tra coppie di fatto eterosessuali e dello stesso sesso non fondata su ragioni «serie». In particolare, non può condividersi un approccio negativo allorché non vi siano evidenze scientifiche dotate di un adeguato margine di certezza in ordine alla configurabilità di eventuali pregiudizi per il minore derivanti dall'omogenitorialità (di questo avviso Cassazione civile, sez. I, 11/01/2013, n. 601, a meno che non venga data prova certa che, in una determinata fattispecie, all'omosessualità della coppia si aggiungono seri e sicuri fatti e circostanze

costituenti un reale, concreto pericolo per un sano e normale sviluppo psicofisico, morale ed educativo del minore).

In quest'ottica, per giustificare un trattamento difforme, andrebbero segnalati certezze scientifiche o dati di esperienza o dovrebbero essere indicate specifiche ripercussioni negative sul piano educativo e della crescita del minore, derivanti dall'inserimento del medesimo in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale, atteso che l'asserita dannosità di tale inserimento va dimostrata in concreto e non può essere fondata sul mero pregiudizio.

Ne consegue che, coerentemente con i principi sopra affermati, poiché all'adozione in casi particolari prevista dall'art. 44, comma 1, lettera d), possono accedere sia le persone singole che le coppie di fatto, l'esame dei requisiti e delle condizioni imposte dalla legge, sia in astratto («la constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo»), sia in concreto (l'indagine sull'interesse del minore imposta dall'art. 57, primo comma, n. 2), non può essere svolto - neanche indirettamente - dando rilievo all'orientamento sessuale del richiedente e alla conseguente natura della relazione da questo stabilita con il proprio partner.

In definitiva, la giurisprudenza di Strasburgo limita sensibilmente il margine di libero apprezzamento degli Stati, qualora si verifichi una situazione ingiustamente discriminatoria tra coppie eterosessuali e coppie omosessuali, ove non vi siano ragioni «serie», ovvero evidenze scientifiche dotate di adeguato margine di certezza, per ritenere configurabile un pregiudizio per il minore derivante dall'omogenitorialità. Tale impostazione si inserisce nel solco di un basilare principio, esistente sul piano sia sovranazionale che interno, di divieto di discriminazioni basate sull'orientamento sessuale (*sexual orientation discrimination*).

### 5. L'ESIGENZA DI TUTELA DELLA FAMIGLIA "TRADIZIONALE"

Tuttavia, residua da scrutinare se e come un'adozione in favore di un singolo che abbia una relazione omosessuale possa non già riflettersi sulla serena crescita di un minore, ma mettere a repentaglio l'istituto della famiglia fondata sul matrimonio.

A tal proposito, occorre ricordare che l'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali tutela i diritti derivanti da rapporti di famiglia, sancendo genericamente il diritto di ogni persona al «rispetto della propria vita privata e familiare». Dal canto suo, l'art. 12, con riguardo diretto al matrimonio, fa riferimento esplicito alla famiglia originata dal vincolo coniugale.

È noto che la Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo ha, in un primo momento, privilegiato un'interpretazione unitaria delle due norme, nel senso della tutela dell'unica forma di vita familiare quale è quella fondata sul matrimonio, inteso come unione di persone di sesso diverso. Successivamente, in considerazione della natura della Convenzione quale strumento vivente, da interpretare cioè in modo evolutivo alla luce delle concezioni prevalenti negli Stati partecipanti, la Corte ha orientato la propria lettura delle norme convenzionali in maniera più ampia. Ha ritenuto, cioè, che alla base della 'famiglia' di cui all'art. 8 della Convenzione vi sia la cellula uomo-donna costituente un rapporto coniugale, od altra relazione affettiva che, pur se non riconducibile al matrimonio, ne condivide gli aspetti essenziali. In applicazione del principio di effettività, la Corte ha poi ritenuto di far rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 8, primo comma, oltre alle relazioni fondate sul matrimonio, anche i rapporti affettivi costituiti da persone di 'diverso' sesso conviventi *more uxorio* per un certo periodo di tempo, purché connotati

da un sufficiente carattere di stabilità - desumibile, ad esempio, dalla coabitazione durevole e dalla nascita di figli -, nonché dalla volontà di costituire una famiglia (in proposito, v. le riflessioni di C.M. Bianca, 2014).

In definitiva, la tendenza è verso l'equiparazione delle coppie conviventi *more uxorio* a quelle coniugate.

Il Parlamento europeo si è spinto anche oltre, indirizzando Raccomandazioni agli Stati membri sulla parità di diritti degli omosessuali nella Comunità, nonché sul rispetto dei diritti umani nell'Unione Europea, affinché si garantiscano alle coppie non sposate e a quelle omosessuali la parità di diritti rispetto alle coppie e alle famiglie tradizionali (in particolare in materia di legislazione fiscale, regime patrimoniale e diritti sociali). Ha, inoltre, sollecitato i Paesi che non vi avessero ancora provveduto a modificare i propri ordinamenti in modo da introdurre la convivenza registrata e riconoscere giuridicamente le unioni di fatto, senza discriminazioni basate sul sesso. La Risoluzione del Parlamento europeo dell'8 febbraio 1994 sulla parità di diritti per gli omosessuali nella Comunità ha, in particolare, invitato gli Stati a rimuovere gli ostacoli "a qualsiasi limitazione degli omosessuali di essere genitori, ovvero di adottare, o di avere in affidamento dei bambini".

### 5.1. IL DECRETO "CIRINNÀ"

Il nostro Paese ha aderito a tale invito con la legge 20 maggio 2016, n. 76, la quale ha istituito "l'unione civile tra persone dello stesso sesso quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione", recando "la disciplina delle convivenze di fatto" (art. 1, comma 1).

Occorre, però, evidenziare che è stata stralciata dalla proposta, in una fase avanzata dei lavori parlamentari, la disposizione che prevedeva l'equiparazione al matrimonio dell'unione civile nell'ipotesi dell'adozione in casi particolari prevista dall'art. 44, lett. b), della legge 4 maggio 1983

n.184, comunque delimitata all'ipotesi del figlio del coniuge superstite (in dottrina, D'Angeli, cit., perviene, ciò nonostante, alla conclusione per cui la convivenza omosessuale, pur se formazione sociale rilevante ex art. 2 Cost., non potrebbe assurgere al rango di "famiglia").

In questo contesto, il comma 20 del medesimo art. 1 stabilisce che *"Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti"*.

Ciò fa sì che, con riferimento alle coppie omosessuali, non potrebbe trovare applicazione la lettera b) dell'art. 44, a mente del quale i minori possono essere adottati (anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'articolo 7 dal coniuge) nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge.

Per V. Montaruli, *"Ilquotidianogiuridico.it"*, 2016, vi è una precisa indicazione del legislatore a consentire che le problematiche poste dalla prassi in tema di adozione omogenitoriale vengano risolte in via interpretativa della giurisprudenza. In particolare, l'esclusione della materia dell'adozione, pur nella forma di quella in casi particolari, a questo punto lascerebbe per intero all'interprete giudiziale il compito di valutare se, nel caso delle unioni civili, sia possibile ritenere applicabile la disciplina prevista dalla lett. b) o dalla lett. d) dell'art. 44.

Non manca, peraltro, chi (A. Scalera, *"Ilquotidianogiuridico.it"*, 23 giugno 2016) ritiene che l'inciso "resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti" stia a significare che l'adozione in casi particolari ex art. 44, comma 1, lett. d), l. 184/1983 è oggi applicabile anche in favore dei componenti di un'unione civile.

### 6. LA FAMIGLIA INTESA COME SOCIETÀ FONDATA SUL MATRIMONIO

La peculiarità della nostra Carta è data dal fatto che, in base al primo comma dell'art. 29 Cost., "La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio".

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 138 del 2010, ha esaminato il problema della legittimità della preclusione del matrimonio alle coppie omosessuali, reputando la questione infondata in relazione agli artt. 3 e 9 e inammissibile in relazione agli artt. 2 e 117, comma 1, Cost.

La Consulta ha chiarito che l'unione omosessuale, «intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso», è una formazione sociale rilevante ai sensi dell'art. 2 Cost., cui, dunque, «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».

Peraltro, questo non comporta l'esistenza di un diritto fondamentale delle coppie omosessuali al matrimonio, perché l'aspirazione al riconoscimento di vivere la propria condizione di coppia non deve necessariamente essere realizzata attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio. «Ne deriva, dunque, che, nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte Costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di

specifiche situazioni».

Gli artt. 8 e 12 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, come si è visto, e l'art. 9 della Carta di Nizza escludono il riconoscimento automatico di unioni diverse da quelle previste dagli ordinamenti interni, salvaguardando l'autonomia dei singoli Stati nell'ambito dei modelli familiari.

La formulazione dell'art. 9 del predetto documento sovranazionale (*"Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio"*), se è vero che, da un lato, conferma l'apertura verso forme di relazioni affettive di tipo familiare diverse da quelle fondate sul matrimonio e non richiede più come requisito necessario, per invocare la garanzia dalla norma stessa prevista, la diversità di sesso dei soggetti del rapporto, è altrettanto vero che, al pari dell'art. 12 CEDU, rinvia alle leggi nazionali per la determinazione delle condizioni per l'esercizio del diritto, con ciò escludendo sia il riconoscimento automatico di unioni di tipo familiare diverse da quelle previste dagli ordinamenti interni che l'obbligo degli Stati membri di adeguarsi al pluralismo delle relazioni familiari, non necessariamente eterosessuali.

Ancora alla fine degli anni novanta (cfr. Corte di Giustizia CE 17 febbraio 1998, Lisa Grant v. South-West Trains) la Corte di giustizia dell'Unione Europea di Lussemburgo riteneva che "allo stato attuale del diritto nella Comunità, le relazioni stabili tra due persone dello stesso sesso non" fossero "equiparate alle relazioni tra persone coniugate o alle relazioni stabili fuori del matrimonio tra persone di sesso opposto".

La consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo rifiutava, dal canto suo, di riconoscere l'esistenza di una "vita familiare" tra omosessuali, ritenendo invece sempre applicabile alle questioni concernenti gli omosessuali l'art. 8 sotto il profilo del diritto al rispetto della "vita privata".

Tuttavia, con l'evoluzione dei tempi, non è più revocabile in dubbio che per la Corte Europea dei diritti dell'uomo le unioni omosessuali rientrano ormai a pieno titolo nel novero dei modelli familiari. In particolare, a partire dalla sentenza del 24 giugno 2010, la Corte Edu ha affermato che la relazione di una coppia omosessuale rientra nella nozione di "vita privata", nonché in quella di "vita familiare" nell'accezione dell'articolo 8.

Con tale sentenza la Corte ha, tra l'altro, ritenuto che il tema del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali fosse ancora in evoluzione, privo di un radicato consenso generale, per cui anche gli Stati membri dovevano godere di un margine di discrezionalità nella scelta del momento dell'introduzione delle relative modifiche legislative. Ad avviso della consolidata giurisprudenza della Corte Edu, in materia di coppie eterosessuali, la nozione di "famiglia" in base all'art. 8 non è limitata alle relazioni basate sul matrimonio e può comprendere altri legami "familiari" di fatto, se le parti convivono fuori dal vincolo del matrimonio. In quest'ottica, il figlio nato da tale relazione è *ipso iure* parte di quel nucleo "familiare" dal momento e per il fatto stesso della nascita.

Conseguentemente, anche una coppia omosessuale convivente con una stabile relazione di fatto rientra nella nozione di "vita familiare", proprio come vi rientrerebbe la relazione di una coppia eterosessuale nella stessa situazione.

Orbene, anche a non voler seguire dei giudizi etici che, come tali, sono soggettivi e, quindi, opinabili, non può non considerarsi la inequivoca previsione contenuta nel primo comma dell'art. 29 della nostra Costituzione, che non si basa solo sulla famiglia, ma anche, e soprattutto, sul matrimonio.

## 7. UN CAMBIAMENTO DI PROSPETTIVA

La CEDU, se da un lato si è (per lo meno sino ad ora) rifiutata di estendere alle coppie omosessuali

i principi attinenti alla legislazione matrimoniale, dall'altro, ha chiaramente preso posizione in senso contrario all'applicazione di principi "di sfavore" (e dunque discriminatori) verso genitori omosessuali. Il recente mutamento di prospettiva è evidente, se solo si considera che, mentre con decisione del 26 febbraio 2002 (parr. 38, 42; caso *Fretté v. France*) aveva ritenuto (sia pure con una maggioranza risicata), che il rifiuto al ricorrente dell'idoneità all'adozione non integrasse un trattamento ingiustificatamente discriminatorio (poiché, sebbene l'esclusione fosse avvenuta a causa della sua omosessualità, tale trattamento differenziato perseguiva il fine legittimo di proteggere il benessere e i diritti dei minori adottandi e non eccedeva il margine di apprezzamento da riconoscere agli Stati contraenti), con successiva decisione del 22 gennaio 2008 (in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 667; caso *E.B. v. France*) ha dichiarato contrario alla Convenzione il diniego dell'idoneità all'adozione deciso dalle autorità di uno Stato membro che consente per legge al singolo di adottare, qualora tale diniego sia motivato con la mancanza di un riferimento genitoriale del sesso opposto a quello dell'aspirante genitore adottivo celibe o nubile.

Tuttavia, fermo restando il divieto di considerare l'omosessualità e il desiderio di omogenitorialità come ragione di trattamento peggiore, occorre non confondere il problema del riconoscimento delle cc.dd. famiglie omosessuali con l'ulteriore e diversa questione del matrimonio omosessuale (a tal riguardo si vedano le fondamentali pronunce di: Corte cost. 15 aprile 2010 n. 138; Cass. 15 marzo 2012 n. 4184; CEDU, 24 giugno 2010, *Schalk and Kopf c. Austria*).

Il 30 giugno 2005 il Parlamento spagnolo ha approvato una legge che ha introdotto nell'ordinamento spagnolo il matrimonio tra persone dello stesso sesso. L'ordinamento spagnolo, inoltre, permette la celebrazione di matrimoni anche fra stranieri, purché almeno uno dei due futuri coniugi abbia fatto richiesta ed ottenuto la residenza in Spagna.

Per App. Milano, Sez. pers. min. fam., ord. 16 ottobre 2015, è esclusa la trascrivibilità nel registro dello stato civile italiano del matrimonio tra persone del medesimo sesso contratto da cittadini italiani all'estero (nel caso di specie, in Spagna), perché non prevista dal nostro ordinamento giuridico. In particolare, la corte di merito ha ritenuto che l'atto non possa essere trascritto, in quanto inidoneo a produrre effetti nel nostro ordinamento, il quale, pur ammettendo la validità e la rilevanza sociale dell'unione contratta all'estero tra persone del medesimo sesso, non la riconosce come matrimonio.

In particolare, quanto alla qualificazione del matrimonio contratto all'estero da persone del medesimo sesso, mentre in passato si riteneva che il medesimo fosse inesistente, Cass., 15.3.2012, n. 4184, ha mutato prospettiva, affermando, invece, che esso è esistente, però non produce effetti nel nostro ordinamento giuridico e, pertanto, non può essere trascritto. La Corte ha escluso, di conseguenza, l'utilizzabilità dei principi di ordine pubblico con riferimento alla possibilità per i cittadini italiani di contrarre matrimonio all'estero. Con successiva sentenza, Cass., 9.2.2015, n. 2400, ha ribadito il concetto anche con riguardo al matrimonio da celebrarsi in Italia da parte di cittadini italiani (il contrasto del matrimonio omosessuale, contratto all'estero, con l'ordine pubblico è stato escluso da T.A.R. Lazio, 9.3.2015, n. 3912, e da Trib. Grosseto, ord. 9.4.2014).

Peraltro, l'art. 18 d.P.R. 3.11.2000, n. 396 (Ordinamento dello stato civile), in combinato disposto con il precedente art. 16, stabilisce che gli atti formati all'estero, come il matrimonio, non possono essere trascritti se sono contrari all'ordine pubblico, anche se gli sposi sono entrambi cittadini italiani.

E' chiaro, però, che, una volta approvata la legge (cfr. il d.d.l. cd. Cirinnà) che consente alle coppie omosessuali di contrarre un'unione con minori

effetti giuridici, denominata unione civile, il matrimonio contratto all'estero potrà essere trascritto nell'archivio dello stato civile italiano, appunto, come unione civile.

Il diritto di contrarre matrimonio non soltanto è precluso dalla legislazione ordinaria (anche se l'art. 115 c.c. non richiama tra i requisiti del matrimonio quello della diversità di sesso), ma non è neppure riconosciuto dalla Costituzione, né discende dai vincoli derivanti allo Stato italiano dall'ordinamento dell'Unione europea o dalla Conv. eur. dir. uomo. Su questo tema si confrontano la tesi secondo cui l'eterosessualità del matrimonio è un principio fondamentale del nostro ordinamento, tutelato dall'art. 29 Cost., e quella a mente della quale tale requisito è previsto esclusivamente dalla legge ordinaria.

La connotazione eterosessuale del matrimonio, sebbene non espressamente enunciata dalla nostra legge, si deduce da un'interpretazione sistematica delle norme in materia, che definiscono gli sposi come «marito» e «moglie» (cfr. artt. 107, 108, 143, 143 bis e 156 *bis* cod. civ.).

## 8. LA POSIZIONE DELLA CORTE COSTITUZIONALE

La Corte Costituzionale ha in più occasioni (cfr., ad es., Corte cost., 15.4.2010, n. 138) affermato che l'art. 29 Cost., nello stabilire che «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio», presuppone la nozione di matrimonio definita dal codice civile, come unione tra persone di sesso diverso (avendo l'art. 29 preso in considerazione la – potenziale – finalità procreativa del matrimonio), e che questo significato della norma non può essere superato in via ermeneutica.

L'obbligo di riconoscere, nell'ordinamento italiano, il matrimonio tra persone dello stesso sesso, come si è visto, non deriva neppure dall'art. 9 Carta dir. UE o

dall'art. 12 Conv. eur. dir. uomo, dato che entrambe le disposizioni, nel sancire il diritto di sposarsi e di formare una famiglia, rinviano alle leggi statali per la relativa disciplina. E la Corte eur. dir. uomo ha affermato più volte che, in base agli artt. 12 (Diritto al matrimonio) e 14 (Divieto di discriminazione) della Convenzione, gli Stati contraenti non sono obbligati a consentire alle coppie omosessuali l'accesso al matrimonio.

Pertanto, un conto è essere tenuti, in base all'art. 8, che garantisce ad ogni persona il diritto al rispetto della vita privata e familiare, a dare riconoscimento giuridico e tutela a queste unioni, un altro è equiparare le unioni civili a quelle matrimoniali. Peraltro, il ricorso ai più immediati parametri costituzionali di cui agli artt. 2 (che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali), 29 (che, come si è già visto, riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio) e 31 Cost. (che prevede agevolazioni con misure economiche ed altre provvidenze della formazione della famiglia, con particolare riguardo alle famiglie numerose) ha reso a volte "irrilevante", a volte "assorbita" l'analisi del parametro interposto di cui all'art. 8 CEDU tramite il filtro dell'art. 117, primo comma, Cost. (M.G. Putaturo Donati, 2009).

I concetti in precedenza riportati sono stati ribaditi dalla medesima Corte in una recente pronuncia (Corte cost., 11.6.2014, n. 170), in cui ha affermato che il transessuale non può essere tutelato consentendo la prosecuzione del matrimonio, in contrasto con l'art. 29 Cost., bensì con altra forma di convivenza registrata, da regolarsi ad opera del legislatore. In particolare, con tale sentenza, la Consulta ha dichiarato, in riferimento all'art. 2 Cost., l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982 n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la

cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti e gli obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore.

Si è così trovato il giusto temperamento tra la tutela del modello eterosessuale del matrimonio e gli interessi della coppia, non più eterosessuale, ma che, in ragione del pregresso vissuto nel contesto di un regolare matrimonio, reclamava di essere, comunque, tutelata come «forma di comunità», connotata dalla «stabile convivenza tra due persone», «idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione». Sulla stessa lunghezza d'onda, con la sentenza della Grande Camera del 16 luglio 2014 (Hamalainen contro Finlandia), la Corte Edu ha ritenuto che non fosse sproporzionato esigere la trasformazione del matrimonio in un'unione registrata come prerequisito per il riconoscimento giuridico del nuovo genere acquisito da una transessuale a seguito del passaggio dal sesso maschile a quello femminile.

Stante le trascurabili differenze tra i concetti giuridici del matrimonio e dell'unione registrata (trattandosi anche quest'ultima di una valida opzione che forniva alle coppie omosessuali una tutela giuridica pressoché identica a quella del matrimonio), la Corte ha escluso la violazione dell'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, oltre che dell'articolo 14 (divieto di discriminazione) in combinato disposto con gli artt. 8 e 12 (diritto al matrimonio).

## 9. CONCLUSIONI

Si condivide l'opinione (N. Cipriani, cit.) secondo cui appare sempre meno ragionevole la preclusione

dell'adozione coparentale alle coppie di fatto nella attuale situazione sociale e giuridica, che, da un lato, vede crescere la dignità della famiglia non fondata sul matrimonio, dall'altro deve misurarsi con la crescente instabilità dei vincoli coniugali, instabilità che non consente certo di desumere dall'esistenza del matrimonio la certezza della durata del rapporto (la recente riforma della filiazione con sempre maggiore decisione sgancia la tematica della filiazione dalla presenza del rapporto coniugale tra i genitori).

Del resto, l'interesse del minore alla formalizzazione del rapporto con il compagno del genitore biologico, con il quale già esista una relazione di tipo familiare, è indiscutibile e prescinde dalla solidità del vincolo tra il genitore dell'adottando e il coniuge. Così come non può non considerarsi che, nel caso della adozione coparentale, il minore, di fatto, è già inserito nel contesto omogenitoriale, sì che risultano sostanzialmente irrilevanti le discussioni sulla idoneità della famiglia omogenitoriale a costituire un valido contesto nel quale allevare i figli.

Di conseguenza, precludere al minore, il cui genitore biologico abbia una relazione omosessuale, la possibilità di vedere formalizzato il proprio rapporto con il partner del genitore, e, quindi, di acquisire anche giuridicamente un ulteriore riferimento genitoriale, comporterebbe una palese disparità di trattamento rispetto alla posizione del minore figlio di genitore eterosessuale, cui tale possibilità è, invece, accordata.

Tuttavia, va altresì tenuto presente, in una visione complessiva e sistematica, che persistono differenze tra l'unione matrimoniale tra due persone di sesso diverso e l'unione matrimoniale omosessuale validamente sorta all'estero, intesa come stabile, legittima convivenza tra due persone dello stesso sesso, pur aventi il diritto fondamentale di vivere liberamente la loro condizione di coppia, con i relativi diritti e doveri.

Anche di recente la Corte costituzionale (Corte Costituzionale, 05/01/2011, n. 4) ha ribadito che le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio, e non risultano allegati profili diversi o ulteriori rispetto a quelli già esaminati (sent. n. 138 del 2010; ordd. n. 16, 34, 42 del 2009, 276 del 2010).

Da ciò deriva che 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 (cfr. Cassazione civile, sez. I, 15/03/2012, n. 4184). ●

# NOTE A MARGINE SUI DIRITTI (E DOVERI?) DEL FIGLIO MAGGIORENNE NON INDIPENDENTE ECONOMICAMENTE E NEL PROCEDIMENTO DI NEGOZIAZIONE ASSISTITA

**Maria Gabriella Rossi**

Doc. a contr. nella Facoltà di Giurisprudenza - Università del Salento

## 1. PREMESSA

Il tema in esame presuppone la definizione della figura del figlio maggiorenne non economicamente indipendente (n.e.i.) che a seguito della riforma del 2013 - d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154<sup>1</sup> - è stata oggetto di una importante revisione nell'ottica di un riordino della materia e dell'affermazione dell'unicità dello *status* di figlio.

Non sono pochi i profili di criticità che emergono con riferimento alla figura e tutto ciò sullo sfondo di

una nuova accezione di "responsabilità genitoriale"<sup>2</sup> che è andata a modificare la tradizionale figura della "potestà dei genitori"; la novella ha sostituito all'art. 155 quinquies, c.c., il nuovo art. 337 septies, c.c., "*Disposizioni in favore dei figli maggiorenni*", lasciando sostanzialmente immutata la natura della previsione anteriore. La novella del 2013 ha sollevato, sancendo in modo più marcato la reciprocità dei diritti genitore figlio.

<sup>1</sup> G. FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr.giur.*, 2013, p. 525 ss.; C.M. BIANCA, (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015.

<sup>2</sup> Sulla nuova nozione di responsabilità genitoriale cfr. AL MUREDEN- SESTA, *Commento all'art. 315 bis*, in *Codice della famiglia*, a cura di Sesta, Milano, 2015, p. 1159 ss.; AL MUREDEN, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, in *Fam. Dir.*, 2014, p. 466; FIGONE, *La riforma della responsabilità genitoriale*, Torino, 2014.

Oggi all'interno del sistema inaugurato dalla novella del 2013,<sup>3</sup> va esaminato un dato nuovo, la "reciprocità" dei diritti genitore/figlio, elemento del tutto assente nel sistema ordinario precedente; come si dirà più innanzi, questo è elemento che andrebbe sviluppato e definito dal legislatore che si limita, sul punto, a dettare scarse norme di principio.

La novità invece, è che va attenuandosi, divenendo meno netta, a differenza dei sistemi precedenti, la distinzione tra il figlio maggiorenne e minorenni: oggi ciò che conta è lo *status filiationis*, unificato ex art. 315 c.c., e si continua a registrare nell'odierno sistema un *favor filii*, che, alla luce delle più nuove prospettazioni va ridimensionato e bilanciato, perché non in tutte le fattispecie pratiche, tale atteggiamento di tutela assoluta del figlio, si configura in modo equo.

## 2. LA FIGURA DEL FIGLIO MAGGIORENNE NON ECONOMICAMENTE INDIPENDENTE

Ciò premesso, i nodi problematici che sono stati sollevati intorno alla figura del figlio maggiorenne non economicamente indipendente sono diversi.

Un primo punto di riflessione attiene alla definizione della figura, attraverso la ricerca del perimetro esatto della categoria del figlio maggiorenne non economicamente indipendente; la normativa ammette che è obbligo dei genitori continuare a mantenere il figlio maggiorenne, ove la non raggiunta autosufficienza economica non dipenda da sua colpa; ciò nel pieno rispetto della sua personalità e delle inclinazioni ed aspirazioni dello stesso.

<sup>3</sup> Cfr. G. Chiappetta, *La posizione del figlio nato nel matrimonio*, in C.M. Bianca, *o.u.c.*, p. 328 ss.; *ivi*, *Id.*, *La posizione del figlio nato fuori del matrimonio*, p. 495 ss.

Tale assunto, non è tuttavia scevro di aspetti problematici. Non sempre è facile stabilire per il giudice, ove si collochi la negligenza del giovane rispetto all'assolvimento dei propri doveri si da divenire economicamente indipendente.

Un secondo piano di osservazione critica, collegato al su citato tema, attiene alla questione relativa alla prova della raggiunta autosufficienza economica da parte del figlio maggiorenne.

Un terzo livello d'indagine attiene alla misura del mantenimento che dovrebbe spettare al figlio maggiorenne n.e.i., involgendo numerose ricadute in tema di regolamentazione della crisi coniugale nella famiglia.

Collegata alla precedente si presenta un'ulteriore questione che sarà oggetto di scrutinio: il problema della legittimazione a far valere in giudizio il diritto al mantenimento, se esclusivamente in capo al figlio o anche ed in alternativa, al genitore collocatario. La *querelle* sul punto è ancora aperta poiché lo stato della giurisprudenza è ancora non univoco.<sup>4</sup>

Sul descritto sfondo normativo si ponevano già le numerose questioni critiche che erano al vaglio della nomofilachia e della dottrina, nel mentre veniva emanata la l. 20 maggio 2016, n. 76, "*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*", il cui esame in questa sede sembra imprescindibile, stanti le numerose ripercussioni anche sul tema in esame.

<sup>4</sup> In contrasto aperto per esempio si colloca la posizione del Tribunale di Lecce, in materia di legittimazione alternativa del figlio non economicamente indipendente rispetto al genitore collocatario (in tema di modifica delle condizioni della Separazione ex art. 739 c.p.c.), rispetto a quella della Corte d'Appello di Lecce, sez.

Sotto diverso aspetto va individuata un'ulteriore area critica relativa alla categoria del figlio maggiorenne n.e.i.: la figura in esame non è stata oggetto di considerazione nell'ambito del d.l. del 12 settembre 2014, n. 132, convertito nella l. 10 novembre 2014, n. 162 in materia di *procedura di negoziazione assistita nella famiglia*; ciò sta sollevando non poche criticità che dal punto di vista pratico gli operatori stanno riscontrando e ponendo alla classe giudicante.

Altre asperità di ordine pratico, sono rilevabili nell'applicazione della previsione contenuta nell'art. 337 *septies*, c.c., circa la generale possibilità consentita al genitore obbligato, del versamento diretto dell'assegno di mantenimento all'avente diritto «...salvo diversa determinazione».

Nella pratica, ove il provvedimento giudiziario si limiti a stabilire l'entità dell'assegno, senza diverse modalità e ripartizioni, questo verrà versato direttamente al figlio maggiorenne; ciò potrebbe comportare che quest'ultimo difficilmente storerà, *sua sponte*, una quota in favore del genitore collocatario che però provvede ad ospitarlo, sostenendo ogni spesa, pur essendo il co-destinatario di quelle somme.

Da ciò gemmerà un nuovo contenzioso, atteso che il genitore collocatario non beneficerà di alcunché e dovrà provvedere in via esclusiva a tutto ciò che riguardi il vitto e l'alloggio del giovane maggiorenne. Ove invece la ragionevolezza ispirerà i comportamenti di genitori e figli, tutto potrà risolversi in modo stragiudiziale.

### 3. LE PRINCIPALI PROBLEMATICHE DEL MANTENIMENTO DEL FIGLIO MAGGIORENNE NON INDIPENDENTE ECONOMICAMENTE CONNESSE ALLA CRISI MATRIMONIALE

La situazione del figlio maggiorenne n.e.i., ma convivente con uno o entrambi i genitori, può

declinarsi in molteplici contesti sociali ed economici ma sempre sotto un comune denominatore ben evidenziato dal novellato art. 315 bis, c.c., in tema di diritti e doveri del figlio. Egli vanterebbe il diritto ad essere "assistito moralmente" dai genitori, oltre a quello all'assistenza ed all'istruzione, dal quale trapela *ictu oculi*, lo spessore dell'obbligo genitoriale che naturalmente è suscettibile di travalicare il dato della minore età del figlio.

Le esigenze dei figli minori, come del maggiorenne n.e.i., secondo il disposto degli artt. 147 e 337-*ter* c.c., hanno infatti, un contenuto composito ricomprendendo le spese ordinarie, quelle da considerarsi straordinarie, nonché quelle relative all'istruzione, sport, e svago, tenuto conto del tenore di vita già goduto dai figli in costanza di matrimonio, unitamente ai tempi di permanenza presso ogni coniuge e comunque nel rispetto delle loro capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni, secondo quanto previsto dall'art. 315 bis c.c.; ma tra i parametri che il legislatore invita a considerare, il primo è quello che attiene alle "attuali esigenze del figlio".

In tal senso la riforma del 2013, statuendo per il minore nell'art. 337-*octies*, un "criterio pedagogico",<sup>5</sup> cui obbligatoriamente i genitori devono attenersi nella scelta educativa dello stesso, quale strumento di rispetto della personalità del ragazzo, indica indirettamente la strada da seguire anche nel rapporto con il figlio maggiorenne che stenta a raggiungere l'autosufficienza economica.

Ne emerge una sostanziale valorizzazione di tutti i diritti facenti capo al figlio e quindi anche al maggiorenne n.e.i., che conferisce nuova linfa al generale obbligo di mantenimento che grava su ogni genitore andando a scolpire ancora meglio il rapporto genitori-figli.

5 In tal senso M. SESTA, o.u.c., p. 1016 e ss.

Il giudice di legittimità ha avuto modo di chiarire,<sup>6</sup> in un contesto di elastica mutevolezza del quadro che accompagna le esigenze di un figlio in crescita, quale il maggiorenne che affronta ulteriori studi o in cerca di un lavoro adeguato alla propria professionalità, alle proprie aspirazioni ed inclinazioni,<sup>7</sup> che tali esigenze mutano necessariamente in relazione al semplice trascorrere del tempo e giustificano un adeguamento automatico dell'assegno di mantenimento, senza che sia necessario per il richiedente (genitore o figlio maggiorenne non autosufficiente) dare dimostrazione dell'avvenuta modifica.

### 4. IL CONTENUTO GIURIDICO DELL'OBBLIGO DI MANTENIMENTO

Si afferma,<sup>8</sup> con riferimento al figlio maggiorenne

6 Cass., 4 giugno 2012 n. n. 8927, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 7, p. 57; Cass. 8 luglio 2013, n. 1779 in *www.Altalex.it*.

7 Cfr. la giurisprudenza della Suprema corte sul punto che è costante: Cass. n. 18076 del 2014, nonché Cass. S.U. n. 20448 del 2014, in cui la Corte fa salvo il diritto del figlio maggiorenne n.e.i., rispetto all'obbligo dei genitori "... nei limiti del perseguimento di un progetto educativo e di un percorso di formazione" e da ultimo Cass., ord. 12 aprile 2016, n. 7168, ove viene sancito l'obbligo dei genitori di concorrere al mantenimento dei figli maggiorenni, in presenza del raggiungimento di una condizione d'indipendenza economica presente quando si verifichi la percezione di un reddito in capo agli stessi, corrispondente alla professionalità acquisita, ovvero quando gli stessi siano stati posti nella condizione concreta di poter essere autosufficienti economicamente, senza però averne tratto un profitto per propria colpa o per loro stessa scelta.

8 Cass. 4 aprile 2005, n. 6975, in *Guida dir. 2005*, n. 20, p. 48; Cass. 9 maggio 2013, n. 11020, in *www.Altalex.it*, 11 giugno 2013, con nota di E. CININI.

n.e.i., che sul genitore separato grava comunque l'obbligo di mantenimento che può cessare solo in presenza di una pronuncia giudiziale che ne sancisca il termine definitivo; ciò porta una certa incertezza interpretativa in ordine ai requisiti che tale autosufficienza economica sopravvenuta, debba possedere e che solo l'esame caso per caso sembra in grado di poter individuare.<sup>9</sup>

Tuttavia tale assunto, che correla l'obbligo *de quo*, al solo fatto della procreazione, va ridimensionato; esso postula un principio analogo alla responsabilità da inadempimento, c.d. principio di presunzione di persistenza del diritto,<sup>10</sup> per il quale un diritto deve presumersi esistente se non c'è prova della sopravvenuta causa di estinzione dello stesso.

Sostanzialmente il genitore si trova a dover superare una presunzione *iuris tantum*, ch soltanto la prova della sopravvenuta autonomia economica del figlio maggiorenne n.e.i.<sup>11</sup> potrà superare; in difetto il genitore su cui grava l'obbligo di mantenimento in astratto, resterà obbligato fino a quando non otterà un provvedimento giudiziale che lo esoneri da tale obbligo.

9 C. MAGLI, *Sulla persistenza del diritto al mantenimento del figlio maggiorenne*, o.u.c., p. 242 ss.

10 Cfr. C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni (Artt. 1218-1229 c.c.)*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1979, p. 175.

11 Cass. 28 agosto 2008, n. 21773, in *Fam. minori*, 2008, n.9, p. 55.

Va segnalato, di contro, un orientamento giurisprudenziale<sup>12</sup> che ritiene che tale onere probatorio vada temperato permettendo al genitore tenuto a corrispondere l'assegno di mantenimento, di poter acquisire, visionare ed estrarre, per assolvere a tale onere, ogni documento o copia di documento amministrativo rilasciato da pubblici organi da cui poter ricostruire e provare l'attuale situazione economica del figlio.<sup>13</sup>

Occorre altresì riportare il diritto d'informarsi del genitore obbligato, con il diritto alla riservatezza, quale diritto inviolabile ed irrinunciabile del figlio destinatario dell'eventuale assegno di mantenimento.

Non può essere sottaciuto un'importante intervento delle Sezioni Unite della Suprema corte,<sup>14</sup> che nell'area del rapporto diritto difesa/diritto riservatezza, ha affermato il principio per cui «la disciplina generale in tema di trattamento dei dati personali subisce deroghe ed eccezioni quando si

tratti di far valere in giudizio il diritto di difesa, le cui modalità di attuazione risultano disciplinate dal codice di rito». Precipitato logico delle osservazioni svolte è l'inevitabile compressione del diritto alla *privacy* del figlio maggiorenne che adduce la propria non autonomia economica in favore del diritto di difesa del genitore obbligato, che può chiedere l'esibizione di dichiarazioni reddituali e della situazione previdenziale e contributiva del figlio.

Naturalmente ai fini della prova del superamento dell'obbligo di mantenimento del figlio n.e.i., la posizione giurisprudenziale più recente<sup>15</sup> è unanime nel ritenere che la coltivazione delle aspirazioni culturali e professionali del figlio maggiorenne che desideri intraprendere un ciclo di studi per conseguire una migliore posizione in ambito professionale, non determini il venir meno del dovere di mantenimento da parte del genitore, che non può esimersi da tale obbligo.

Ciò appare ampiamente condivisibile, stante il disposto normativo degli artt. 147 c.c. come novellato, e dell' artt 337 ter c.c, che impongono ai genitori di rispettare le "le capacità, le inclinazioni naturali e le aspirazioni dei figli minori" e di quelli ad essi equiparati. Lo stesso *iter* ermeneutico non può essere seguito secondo la Suprema Corte, ove si parli di "perdita di *chance*" lì dove il figlio, raggiunta l'autosufficienza economica attraverso il guadagno di "un reddito corrispondente alla professionalità acquisita in relazione alle normali e concrete condizioni di mercato"<sup>16</sup> strumentalizzi la volontà di eventuali ulteriori traguardi professionali al fine di ottenere la continuazione della corresponsione dell'assegno di mantenimento dal genitore.

15 Cass. 25 gennaio 2013, n. 1779, in *www.personaedanno.it*.

16 Cfr. Cass. 3 settembre 2013, n. 20137, in *www.il caso.it*, 9 ottobre 2013.

Tralasciando ipotesi di posizioni di abuso del diritto al mantenimento da parte del figlio maggiorenne, tali da divenire patologici rispetto al rapporto genitore/figlio, l'obbligo del mantenimento da parte dei genitori, non viene meno con facilità in ossequio al dovere di solidarietà insito nell'obbligo sancito dalla, come chiarito ampiamente in sede giurisprudenziale, se non in presenza del raggiungimento dell'autonomia economica del figlio.

Rispetto al precedente regime – sotto la vigenza della potestà genitoriale – si evidenzia la novità, anche dalla Relaz. illustrativa alla Riforma<sup>17</sup> ove è rimarcato che la responsabilità genitoriale «vincola i genitori ben oltre il raggiungimento della maggiore età, fino cioè al raggiungimento della indipendenza economica».

## 5. LA PROVA DEL RAGGIUNGIMENTO DELL'AUTOSUFFICIENZA ECONOMICA

In termini processuali il raggiungimento dell'autosufficienza economica da parte del figlio maggiorenne, va provato dal genitore che chieda di essere esonerato dall'obbligo legale di mantenimento che presumibilmente ancora lo obbliga,<sup>18</sup> che verrà meno soltanto ove il giudice pronuncerà il relativo provvedimento.

17 Cfr. E. AL MUREDEN- SESTA, Commento all'art. 315 bis, c.c. in Codice della famiglia, Milano, 2015, p.1154.

18 Cfr. Cass. n. 13184, 16 febbraio 2011, in *www.cortedicassazione.it*; in difetto, Cass., ord. n. 1585 del 27 gennaio 2014, in *www.personaedanno.it* ha sancito l'obbligo alimentare in capo ai genitori, ma non il vero e proprio mantenimento.

Anche in dottrina<sup>19</sup> si è sottolineato come per provare la raggiunta autosufficienza economica sia determinante non già, ad esempio, l'aver contratto matrimonio, ma soltanto la presenza di un reddito ovvero il possesso di un patrimonio tali da assicurare l'autosufficienza economica.<sup>20</sup> Né potrà valere l'esercizio di qualsiasi impiego o la produzione di qualsivoglia reddito,<sup>21</sup> ad esautorare l'obbligo di mantenimento. Non è richiesta altresì neppure la stabilità del lavoro, atteso che un lavoro *una tantum*, precario o stagionale, possono, ma non sempre,<sup>22</sup> comunque valere ad integrare quella sufficienza economica tale da consentire l'autonomia del figlio maggiorenne.

Nondimeno va segnalata un'altra indicazione di rilievo: l'indipendenza economica è raggiunta quando si è in presenza di un'attività intrapresa dal figlio maggiorenne n.e.i., tale da consentirgli il guadagno di un reddito corrispondente alla sua professionalità ed una coerente collocazione nel contesto economico-sociale rispetto al titolo di studio o la professionalità raggiunta, adeguata

19 Per l'attuale durata dell'obbligo di mantenimento da parte dei genitori cfr. *Relazione illustrativa alla Riforma sub* nt. n.19; in precedenza A.DE CUPIS, Brevi osservazioni sulla durata dell'obbligo di mantenimento del figlio, in Riv. dir. civ., 1967,II,69.

20 Cass.6 dicembre 2013, n. 27377, in *www.il Sole 24ore.com*.del 16.12.2013

21 Cass.3 gennaio 2011, n. 18, in *www.altalex.com* del 25.01.2011.

22 In senso negativo rispetto al lavoro stagionale quale esimente dall'obbligo di mantenimento per il genitore onerato, è Cass. I, 25 gennaio 2013, n. 1779, *cit.*.

12 TAR Bari, I, 6 febbraio 2006, n. 352, in Fam. minori, 2007, 4, che ha affermato con riferimento all'eventuale mantenimento del figlio maggiorenne non autosufficiente, che "... al diritto all'ostensione può contrapporsi il diritto alla *privacy* del figlio maggiorenne, in riferimento alla situazione reddituale, ma nel bilanciamento delle confliggenti posizioni, pare che vada data prevalenza alla posizione del genitore che utilizzando detta prova, può ottenere che venga effettivamente dichiarato l'esonero dall'incombente obbligo di mantenimento strettamente correlato alla procreazione".

13 P. DI STEFANO, *L'obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne tra esigenze di tutela e pericolo di "parassitismo" sine die*, in Fam.pers. succ., 2009, p.70 ss., ove l'A. ricorre al paragone con la *probatio diabolica*.

14 Cass. S.U., 8 febbraio 2011, n. 3034, in *www.Massimario.it*, 7 febbraio 2011, con nota di M. Rinaldi.

alle proprie attitudini ed aspirazioni.<sup>23</sup> In coerenza con tale costruzione, di recente la Cassazione ha negato la prosecuzione del mantenimento in favore del figlio specializzando in medicina.<sup>24</sup>

Vanno considerate “parassitarie”<sup>25</sup> e quindi estintive dell’obbligo di mantenimento, situazioni non più fisiologiche quali quella del figlio trentaseienne laureato, sempre alla ricerca di sistemazione, per la quale la Suprema corte ha sancito l’interruzione del mantenimento.<sup>26</sup>

La Suprema corte, nella stessa ottica ha statuito che la perdita del lavoro non fa rinascere il mantenimento, così come concepito nei confronti del figlio minore o maggiorenne n.e.i.<sup>27</sup> La

posizione invece si ritiene che vada esaminata “caso per caso”, poiché ogni fattispecie concreta può differenziarsi dall’altra.

Dalla casistica giurisprudenziale viene in risalto la regola secondo la quale il genitore obbligato dovrà dar prova che il figlio maggiorenne ha raggiunto l’indipendenza economica, dimostrando che questi è stato messo nelle concrete condizioni per poter essere economicamente autosufficiente e che in tale situazione non ne abbia tratto utile profitto per sua colpa o per sua scelta.<sup>28</sup>

La *ratio* retrostante tale assunto, postula l’applicazione del principio di solidarietà rispetto ad una situazione di “inadeguatezza reddituale”, principio che è stato recentemente assunto dalla Suprema Corte richiamandolo espressamente, per il “coniuge debole” l’art. 337 *septies*, c.c.; esso è utilizzato dal Giudice, quale parametro/indicatore della presenza o meno di “autosufficienza economica” del coniuge debole, al fine di verificare la sussistenza dell’obbligo al versamento dell’assegno divorzile nel nuovo scenario che contrassegna il recente approdo giurisprudenziale<sup>29</sup> in tema di obbligo di mantenimento nella fase del divorzio, che sta segnando il nuovo passo nella materia *de qua*.

Quanto all’onere probatorio, nell’ambito dei rapporti tra figlio maggiorenne n.e.i. e genitore obbligato, oltre al principio per cui spetterà al genitore fornire la prova del verificarsi di circostanze estintive dell’obbligo stesso in conformità all’art.

28 In tal senso Cass., I, 26 gennaio 2011, n. 1830, *cit.*.

29 Cass., 10 maggio 2017, sez. I, n.11504, *cit.*

2697 c.c.,<sup>30</sup> tuttavia, va tenuto presente che non è sufficiente l’analisi del solo punto di vista del figlio (maggiorenne), ma occorre considerare anche la concreta situazione in cui versa il genitore obbligato. Basti pensare alla fattispecie del genitore affetto da una malattia grave e perciò concretamente impossibilitato a sopportare quel sacrificio economico corrispondente al mantenimento del figlio maggiorenne.

La situazione di vulnerabilità andrà valutata in concreto, anche in chiave diacronica, indirizzando l’analisi sull’evoluzione temporale, qualitativa e quantitativa, della posizione di entrambe le parti, obbligato ed onerato.

Con riferimento al *quantum* dell’assegno di mantenimento riconoscibile in capo al figlio maggiorenne non autosufficiente economicamente, si è pronunciata la Suprema Corte<sup>31</sup> che ha sottolineato che tale assegno va adeguato, oltre che al reddito dei due coniugi separati o divorziati, anche all’eventuale reddito percepito dai figli come corrispettivo dell’attività lavorativa svolta, aumentando o diminuendo in base al grado di autonomia economica dagli stessi raggiunto. Tale onere economico deve comunque consentire il mantenimento del tenore di vita già goduto dal figlio in precedenza e consentirgli un adeguato sviluppo psico fisico e culturale così come sarebbe avvenuto in costanza di matrimonio tra i genitori dello stesso.

30 Cfr. Cass. 16 febbraio 2001, n. 2289, p. 1122, in *www.altalex.com*, con nota di R. GELLI, *Il diritto al mantenimento del figlio maggiorenne e i suoi limiti: lo studente ultratrentenne “fuori corso”* che ha confermato la spettanza dell’assegno di mantenimento a favore della figlia ancora studentessa a trentaquattro anni.

31 Cass. 23 ottobre 2007, n. 22255, in *www.ricerca.giuridica.com*.

## 6. L’EVOLUZIONE DOTTRINALE E GIURISPRUDENZIALE DELLA TUTELA DEL FIGLIO NON INDIPENDENTE ECONOMICAMENTE TRA PRINCIPIO DI SOLIDARIETÀ SOCIALE, RESPONSABILITÀ GENITORIALE E DOVERI IMPOSTI DALLA LEGGE AL FIGLIO

Accanto al diritto al mantenimento, l’ordinamento prevede che il figlio maggiorenne sia tenuto a collaborare con i genitori ed a contribuire alle spese familiari, finché convivente, cioè dei veri e propri doveri verso chi lo ha generato e mantenuto.

Referente normativo in tal senso è il novellato art. 315 *bis*, c.c. che sancisce altresì il dovere alla contribuzione proporzionale al proprio reddito ed alle proprie capacità al mantenimento della famiglia, finché il figlio convive con essa.

Il cumulo della categoria dei diritti e quella dei doveri nell’ambito della stessa norma,<sup>32</sup> gli uni, i diritti, prima degli altri, non è scelta casuale; il condivisibile obiettivo del legislatore risiede certamente nella volontà di avvalorare la portata dei doveri del figlio stanti i numerosi diritti di cui egli gode nei confronti dei genitori; diritti “senza tempo” che egli vanta in un contesto che, con la novella del 2013, sullo sfondo dell’art. 30 della Costituzione italiana, ha subito nuovo impulso e slancio con l’unico obiettivo della “cura dei figli”.<sup>33</sup>

32 In precedenza rispetto all’attuale riforma del 2013, l’art. 147 c.c. dettava i doveri dei genitori e l’art. 315 c.c., dettava i doveri del figlio.

33 Cfr. M. SESTA, *Famiglia e figli a quarant’anni dalla riforma, o.c.*, che chiarisce la connessione della cura del figlio dettata dalla nuova normativa, con l’art. 30 Cost. it., sub nt. 25, p. 1014ss.

Inoltre, il legislatore, con la novella del 2013, ha individuato un nuovo criterio per misurare l'obbligo di collaborazione sancito dall'art. 315 *bis*, c.c., le "capacità" dei figli, parametrando il loro apporto e rendendo individualizzata la natura di tale obbligo di contribuzione al mantenimento della famiglia che può variare in relazione a ciò che realmente è nella loro possibilità di apportare.

Il logico corollario ermeneutico di questa costruzione è che il dovere del figlio di contribuire ai bisogni della famiglia in base alle proprie capacità dovrebbe essere letto quale divieto di oberare la famiglia di spese non utili né produttive.

## 7. LA LEGITTIMAZIONE A FAR VALERE IL DIRITTO AL MANTENIMENTO

Si agitano ancora incertezze giurisprudenziali intorno al tema della legittimazione a far valere in giudizio il diritto del figlio maggiorenne al mantenimento, considerato che l'art. 337 *septies*, c.c., prevede il versamento diretto dell'assegno all'avente diritto. Ma la *querelle* sembra si stia sponendo de *jure condendo*.

Resta acclarato<sup>34</sup> che in presenza di figli maggiorenni n.e.i., ma conviventi con uno dei genitori collocatari, la domanda di mantenimento può essere azionata direttamente stante la piena titolarità di questi dei propri diritti di mantenimento, essendo uno dei coniugi titolare nei confronti dell'altro, esclusivamente di una legittimazione sostitutiva, in caso d'inerzia del figlio maggiorenne sia in sede di separazione che di divorzio ed in questa ipotesi ci sarebbe una legittimazione concorrente, ferma la legittimazione del figlio, con il quale convive, ad

agire personalmente, al di fuori del procedimento di separazione e divorzio.

Si tratta di due diritti autonomi e non dello stesso diritto attribuito a più persone atteso che il creditore è unico, il figlio, ma in assenza di un'autonoma richiesta del figlio potrà il genitore agire *jure proprio* per la soddisfazione di un diritto del figlio, ma per un interesse anche proprio.

La nozione di interesse ad agire porta infatti a scolpire il discorso su una struttura di interesse composito del figlio congiuntamente a quello del genitore a che il primo possa continuare gli studi e veder soddisfatte le proprie inclinazioni, aspirazioni ed esigenze.

Ciò legittima il genitore non obbligato a richiedere il mantenimento all'altro coniuge, ovvero una revisione delle precedenti condizioni, al fine di vedere concretamente attuate le esigenze culturali e di sviluppo psicofisico del figlio, anche per ottenere la restituzione di quanto anticipato nell'inerzia dell'altro genitore.<sup>35</sup>

In questo approdo ormai consolidato, che vede la legittimazione del genitore concorrente con quella del figlio, ove questi non dovesse azionarla, va ad inserirsi la criticità interpretativa della norma, determinata dall'elemento della necessaria coabitazione del figlio maggiorenne n.e.i. con il genitore affidatario, quale elemento che determini in via esclusiva la legittimazione di quest'ultimo, come sollevata da alcuna giurisprudenza minoritaria;<sup>36</sup> tale non condivisibile orientamento

35 In tal senso Cass., 10 gennaio 2014, n. 359, cit.

36 Cass. I, 25 luglio 2013, n. 18075, in *altalex*. com del 10.12.2013, ove viene introdotta la nozione di "collegamento stabile" tra il genitore affidatario ed il figlio maggiorenne non autonomo economicamente; orientamento confermato da Cass., I, 8 settembre 2014, n. 18869 "...il coniuge

ha sottolineato che in assenza di un collegamento stabile del figlio maggiorenne non autosufficiente con la casa del genitore collocatario, verrebbe meno la legittimazione concorrente del genitore ad agire nell'interesse del figlio, restando esclusiva la legittimazione del figlio; cosichè oggi nella giurisprudenza di merito si dibatte intorno alla nozione di "collegamento stabile", rilevante ai predetti fini.

In proposito, nessun valore costitutivo assumerebbero i brevi rientri presso la casa familiare del figlio universitario, che, per il sol fatto di trascorrere un tempo quantitativamente superiore, fuori dalla residenza del genitore collocatario, non sarebbe più "convivente"; venendo meno quel tipo di collegamento con il genitore collocatario, che legittimerebbe quest'ultimo ad un'azione *jure proprio* nell'interesse del figlio.

Tuttavia, l'orientamento maggioritario, già consolidatosi nel 2012,<sup>37</sup> continua ad essere confermato sia in Cassazione che dai giudici di merito,<sup>38</sup> stigmatizzando quelle nozioni di

*separato o divorziato, già affidatario del figlio minorenni, è legittimato iure proprio, anche dopo il compimento da parte del figlio della maggiore età, ove sia con lui convivente e non economicamente autosufficiente, ad ottenere dall'altro coniuge un contributo al mantenimento del figlio. Ne discende che ciascuna legittimazione è concorrente con l'altra, senza, tuttavia, che possa ravvisarsi un'ipotesi di solidarietà attiva, ai cui principi è possibile ricorrere solo in via analogica, trattandosi di diritti autonomi e non del medesimo diritto attribuito a più persone".*

37 Cass., 19 marzo 2012, n. 4926, in *Fam. dir.*, 2013, con nota di CARNEVALE, *Sul diritto dell'intervento del figlio maggiorenne economicamente non indipendente nei giudizi di separazione*.

38 Corte App. Lecce, sez. prom., decr. n.3174, del 19 novembre 2015, ove può leggersi con riferimento alla legittimazione del figlio maggiorenne n.e.i. che abiti fuori per motivi di

"collegamento stabile" rigidamente legate a parametri di natura temporale; ciò che dovrà valutarsi sarà l'effettiva dipendenza dal genitore e quindi potendosi ammettere che le esigenze di studio o di primo lavoro, possano determinare l'allontanamento temporaneo del figlio senza spezzare il legame che lo rende ancora strettamente dipendente dai genitori, in attesa dell'attuazione delle sue aspirazioni e nel rispetto delle capacità dello stesso, come voluto dall'art. 315 *bis*, c.c.

Va da ultimo segnalato una recentissima pronuncia della Suprema corte<sup>39</sup> ove emerge un chiaro criterio esegetico della nozione di "coabitazione" del figlio con il genitore, secondo cui la coabitazione "... può non essere quotidiana, essendo tale concetto compatibile con l'assenza del figlio anche per periodi non brevi per motivi di studio o di lavoro, purchè egli vi faccia rientro regolarmente".

Indirizzo ermeneutico che va a rimarcare come la nozione di coabitazione del figlio con il genitore collocatario, sia da costruire alla luce di circostanze obiettive che tengano conto della realtà concreta

studio, «ciò che rileva, secondo il collegio, non è stabilire con rigidi criteri matematici se egli trascorre più della metà di una determinata unità di tempo (anno, semestre, mese secondo la sentenza della Corte di Cassazione n. 4555 del 2012) con il genitore....E' invece assorbente la considerazione che il figlio maggiorenne non autosufficiente fa sempre capo al genitore con cui coabita per reperire le risorse economiche necessarie per soddisfare le sue esigenze cui non può provvedere autonomamente. Non si vede quindi come si possa negare la legittimazione concorrente della odierna reclamante e chiedere in presenza di circostanze nuove, la revisione del contributo per il mantenimento, a carico dell'altro genitore». Va segnalato che tale orientamento è stato confermato in Cassazione, ai sensi dell'art. 380-bis c.p.c.: Cass., 18 marzo 2017, Ric. 1634/2016.

39 Cass., 7 giugno 2017, n. 14241, in *Fam. e dir.*, 8/9, 2017, p. 805

che vive il figlio collocato presso un genitore, seppur maggiorenne.

## 8. LA PROCEDURA DI NEGOZIAZIONE ASSISTITA DI CUI ALLA L. 10 NOVEMBRE 2014, N. 162, LA PARTECIPAZIONE DEL FIGLIO MAGGIORENNE NON INDIPENDENTE ECONOMICAMENTE; UTILIZZO DELLA PROCEDURA NELLA FATTISPECIE DI FIGLI NATI FUORI DAL MATRIMONIO

Tra i referenti normativi che regolano il tema che si sta indagando va certamente indicato il d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito nella l. 10 novembre 2014, n. 162 con specifico riferimento all'utilizzo da parte dei genitori del figlio maggiorenne non indipendente economicamente, della procedura di *negoiazione assistita* in materia di famiglia (artt. 6 e 12),<sup>40</sup> nell'ambito delle separazioni coniugali o cessazione degli effetti civili del matrimonio.

Coglie nel segno chi,<sup>41</sup> nel rimarcare l'odierna espansione dell'utilizzo della negozialità quale espressione dell'autonomia privata, sottolinea come per alcuni autori fosse necessario comunque negare al diritto di famiglia, la piena natura pubblicistica trattandosi al suo interno pur sempre di diritti indisponibili; mentre con soddisfazione la stessa corrente sottolinea come attraverso l'introduzione della legge n. 162 del 2014 e l'ingresso delle procedure di Negoziazione assistita nell'ambito della crisi della famiglia, si possa

segnalare in modo condivisibile *“...un decisivo punto di svolta, attenuando marcatamente l'indisponibilità che ha sempre caratterizzato questo settore del diritto”*.

È al pari nel giusto quell'orientamento che ha evidenziato<sup>42</sup> come il nuovo procedimento di separazione e divorzio attraverso la procedura di negoziazione assistita,<sup>43</sup> non sembra dare alcun valore all'istituto dell'ascolto del figlio che invece richiede, sia esso minore o maggiorenne non indipendente, un elevato grado di tutela.

Va infatti rimarcato come la partecipazione almeno del maggiorenne non indipendente, alla procedura *de qua*, sarebbe un vantaggioso apporto «per far emergere i doveri di rispetto dei genitori e di contribuzione in relazione alle proprie capacità, alle proprie sostanze ed al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa, che gravano sui figli già prima della capacità d'agire».

Da un punto di vista strettamente sostanziale l'accordo di negoziazione regolamentando le condizioni della separazione coniugale ovvero ponendo fine agli effetti civili di un matrimonio richiede la presenza delle sole due parti originarie del rapporto, né in sede processuale è giustificabile un'autonoma legittimazione del figlio maggiorenne giacché, ciò contrasterebbe con la nozione di “parte processuale”.

Sono queste le asperità individuate nel testo normativo in esame lì dove in tema di partecipazione del figlio maggiorenne n.e.i. alla procedura della negoziazione assistita per far valere il proprio

diritto al mantenimento, ci si è chiesto come regolarsi; di recente il giudice di merito<sup>44</sup> ha definito una querelle considerato che il P.M. nel medesimo procedimento, pur negando che il figlio maggiorenne potesse partecipare alla procedura di Negoziazione assistita - escludendo la possibilità di accordi trilaterali - ha trovato una soluzione differente al problema dell'eventuale accordo già negoziato anche dal figlio maggiorenne.

La sottoscrizione da parte del figlio maggiorenne n.e.i, dell'accordo raggiunto dai genitori al fine di modificare le condizioni del divorzio già pronunciato dal Tribunale che lo riguardavano direttamente, è stata considerata dal P.M. una irregolarità poiché la partecipazione del figlio maggiorenne n.e.i. ad un atto le cui parti sono soltanto i genitori non è prevista; essa sembra essere stata impeditiva rispetto al rilascio dell'autorizzazione da parte della Procura della Repubblica, ad effettuare le iscrizioni pubblicitarie previste dalla legge n. 162 del 2014, per la pubblicità da effettuarsi nell'ambito dell'ordinamento dello stato civile.

Di contro, il provvedimento pronunciato dal Presidente del Tribunale di Torino,<sup>45</sup> competente a decidere sulla richiesta di autorizzazione alla modifica delle condizioni della separazione o divorzio, ai sensi dell'art. 6, legge 162 del 2014, rigettata dal P.M., ha egregiamente risolto il problema; l'organo presidenziale, in una condivisibile ottica di economia processuale e di conservazione degli atti processuali, ha ritenuto regolare l'atto di modifica delle condizioni della separazione già proposto dai due ex coniugi al vaglio della Procura della Repubblica per la prescritta

autorizzazione, ritenendo accoglibile la richiesta di autorizzazione delle parti in presenza di un'eventuale documentazione contenente un consenso preventivo agli Accordi raggiunti dai contraenti da parte dello stesso figlio maggiorenne.<sup>46</sup>

La soluzione non pare in contrasto né con principi sostanziali di tutela del figlio maggiorenne, né sotto il profilo formale; anzi realisticamente vale ad acclarare la tutela del terzo estraneo all'atto, atteso che l'atto stesso provvede a regolare aspetti sostanziali in suo favore.

Su un diverso piano si pone un'ulteriore criticità della norma in esame, ci si chiede, se in occasione della verifica da parte del Pubblico ministero, di rispondenza dell'accordo all'interesse dei “figli”, a quali figli ci si riferisca atteso che lettera della norma usa indistintamente il termine “figli”; ciò con la conseguenza che l'accordo sarà rispondente o meno al loro interesse, e quindi dovrà essere negata l'autorizzazione ove il P.M. rilevi la non rispondenza anche solo all'interesse dei figli maggiorenni non autosufficienti.

La criticità sorge proprio in considerazione delle descritte difficoltà di configurazione della categoria del figlio non indipendente economicamente se pur maggiorenne, con l'irrinunciabile quesito relativo al se esista un potere istruttorio del P.M. sul punto, come più innanzi si chiarirà.

40 Sul punto cfr. F.P. LUISO, *La Negoziazione Assistita*, in NLCC, 4, 2015, p. 665 ss.

41 Cfr. sul tema, S. U. De Simone, *La negoziazione assistita nelle cause di separazione e divorzio e la (mancata) tutela dei figli maggiorenni non autosufficienti*, in *Questione giustizia*, 4 febbraio, p. 1 s.

42 In tal senso L. MORAMARCO, *Ineludibilità del contributo del genitore separato o divorziato per le spese straordinarie*, o.u.c., p. 342 ss.

43 Legge 10 novembre 2014, n. 162 cfr. F. DANOVI, Il d.l. n. 132/2014: *le novità in tema di separazione e divorzio*, in *Fam, e dir.*, 2014, p. 949 ss.

44 Trib. Torino, 20 aprile 2015, in *Fam. dir.*, 2015, n. 10, p. 895, con nota di F. TOMMASEO, *Negoziazione assistita per modificare le condizioni del divorzio e tutela del figlio maggiorenne – ancora non autonomo*.

45 Trib. Torino, 20. Aprile 2015, *cit.*

46 Nel provvedimento citato del Tribunale di Torino il Presidente ha autorizzato l'accordo poiché la figlia maggiorenne aveva dichiarato in udienza, giusta il dissenso del P.M. rispetto ad un Accordo di tipo trilaterale, di abbandonare la procedura, avendo piena fiducia negli accordi raggiunti in merito al proprio mantenimento, tra la madre, con cui ella conviveva, ed il padre, benché l'originario accordo avesse contemplato tra l'altro, anche l'assegno di mantenimento in suo favore con il proprio assenso.

Ulteriore aspetto nebuloso va segnalato con riferimento all'assoluto silenzio del legislatore sulla categoria dei figli nati fuori dal matrimonio;<sup>47</sup> silenzio considerato una "colpevole dimenticanza", nella legge del 2014,<sup>48</sup> non contemplando tale norma la possibilità per i genitori di tale categoria di figli, di ricorrere a tale procedura alternativa per accordarsi sull'affidamento ed il mantenimento di essi. Si resta in attesa che il legislatore voglia colmare questa lacuna, poiché in difetto, solo attraverso un vero provvedimento giudiziario – e non attraverso un atto privato negoziato nei termini della legge del 2014, n. 162 - tali rapporti potranno essere regolati.

La nuova disciplina solleva altre perplessità relativamente all'individuazione da parte dei redattori del contratto di negoziazione (gli avvocati), dei requisiti posseduti dal figlio maggiorenne da cui desumere che lo stesso sia o meno non indipendente economicamente; Non si comprende bene poi se su questo, esista un potere istruttorio officioso del P.M. attraverso cui verificare se l'accordo negoziato risponda all'interesse dei figli maggiorenni, da esperire prima dell'autorizzazione, eventualmente disponendone una audizione preventiva per scrutinare l'effettiva colpevole o incolpevole non indipendenza economica.

Va altresì evidenziato che, pur nell'ottica perequativa degli interessi di ciascuno, esiste potenzialmente il rischio che l'interesse alla tutela ad un serio mantenimento del figlio maggiorenne n.i.e., scivoli verso situazioni di non veridicità o scarsa congruità dolosamente preordinate dai genitori, e che ciò possa sfuggire agli avvocati che tuttavia agiscono in qualità di pubblici ufficiali; pur tuttavia non va dimenticato il fondamentale ruolo del controllo di legittimità previsto in capo alla Procura della

Repubblica, chiamata ad adottare provvedimenti autorizzativi dell'atto di negoziazione solo alla luce della produzione di documenti formali che attestino oggettive situazioni di autosufficienza economica.

## 9. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

Volendo svolgere delle considerazioni conclusive, alla luce delle criticità normative rilevate, in ordine ai diritti che sono appannaggio del figlio maggiorenne n.i.e.,<sup>49</sup> si dovrebbe indagare sul se questi goda effettivamente di un'efficace tutela nell'ambito della crisi della famiglia in sede giudiziaria nonché nella procedura di negoziazione assistita.

Come è stato autorevolmente affermato,<sup>50</sup> nell'attuale sistema e nella crisi della famiglia tradizionale, i veri strumenti di solidarietà tra coniugi e verso i figli sono l'assegno di mantenimento e l'assegno divorzile. E' dunque attraverso tale strumento che l'interesse economico del figlio non autonomo si realizza.

Il figlio, sia esso minorenni o maggiorenne ancora dipendente, va considerato nella giusta prospettiva: prima che figlio, questi è da valutare quale 'persona' se pur ancora dipendente dall'imprescindibile legame di natura economica con entrambi i genitori.

Il figlio minorenni come quello maggiorenne non autosufficiente è portatore di interessi non solo economici, ma di natura personale quali il libero sviluppo della personalità e delle proprie specifiche esigenze; tale diritto nel rispetto delle proprie capacità, aspirazioni ed esigenze, trova uno specifico supporto normativo che nella novella del 2013 ha trovato un importante rafforzamento

nell'art. 315 *bis*, c.c.; tali parametri rappresentano il fondamento normativo della tutela del benessere del figlio, che è una delle finalità al cui perseguimento è intesa non solo la fase fisiologica del rapporto coniugale, ma anche quella patologica, in cui si devono i rapporti della famiglia, tutelando il primario interesse dei figli che sono 'persona' con propria dignità ed autonomo diritto all' "ascolto".

Può, dunque, affermarsi che la tutela apprestata dalle norme indicate ai bisogni del figlio, se interpretate dalla giurisprudenza in modo coerente al principio di solidarietà e agli altri valori sanciti dal nostro ordinamento,<sup>51</sup> risulta difficilmente eludibile da parte del genitore obbligato, se non attraverso la prova del raggiungimento dell'autosufficienza economica.

E se tutto ciò risponde certamente all'esigenza di dare attuazione a quella solidarietà familiare che agisce a tutti i livelli coinvolgendo anche gli ascendenti, ex art. 316 *bis*, c.c., occorre tuttavia evitare che, come è stato efficacemente rilevato,<sup>52</sup> possa risolversi in un prolungamento dello *status* di 'figlio viziato'.

Sarebbe auspicabile, che ciascuno dei genitori facendo efficacemente uso dell'istituto della responsabilità genitoriale la eserciti con sincerità ed autocritica rispetto ad un regime educativo probabilmente non corretto, fornendo la prova, non già della raggiunta autosufficienza economica del 'figlio viziato', bensì della colpevolezza ed incapacità dello stesso a provvedere autonomamente al proprio

mantenimento; ma in tal senso, come si è anticipato, si sta muovendo anche la giurisprudenza di merito che oculatamente sancisce la revoca dell'assegno di mantenimento, ovvero la riduzione dello stesso disposto in favore del figlio maggiorenne ove ci sia colpevole inosservanza degli obblighi di studio in campo universitario, ovvero inerzia nel cercare un'occupazione.

L'intervento giurisprudenziale, nonché l'apporto dottrinale, saranno importantissimi, *de jure condendo*, nel trovare le soluzioni più eque attraverso un attento scrutinio delle fattispecie concrete alla luce dei principi fondanti il nostro ordinamento costituzionale.

Una breve chiosa va aggiunta con imprescindibile riferimento alla recentissima l. 20 maggio 2016, n. 76, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*. Il tema trattato non può pretermettere la tutela degli eventuali figli (minorenni e maggiorenni n.e.i.) dei *partner* delle unioni o convivenze, atteso che è stato sottolineato un principio sostanziale di grande rilievo: l'istituto della responsabilità genitoriale ormai non ammette deroghe legate alla natura del rapporto che lega il genitore al proprio *partner*, sia esso il matrimonio o il semplice rapporto di fatto.

Il rapporto genitoriale, come la CEDU e la dottrina,<sup>53</sup> ha da tempo sottolineato, è un rapporto forte che va sostenuto comunque, sia esso all'interno o all'esterno di qualsivoglia rapporto di coppia, ed il superiore interesse del Minore/ maggiorenne n.e.i., deve essere sempre privilegiato e tutelato. ●

47 M. RUVOLO, *Negoziazione assistita in materia familiare*, in SSMM 2017, p. 33 ss.

48 In tal senso cfr. S.U. DE SIMONE, cit., p. 11.

49 A. ARCERI, *Disposizioni in favore dei figli maggiorenni*, in *Codice della famiglia*, a cura di M. SESTA, Milano, 2015, p. 1337 ss.

50 E. AL MUREDEN, *La solidarietà post-coniugale*, o.c., p. 995 ss.

51 V. CARBONE, *Crisi della famiglia e principio di solidarietà*, in *Fam. dir.* 2012, n. 12, p. 1165; *ivi*, E. AL MUREDEN, *La solidarietà post-coniugale*, p. 991 ss.

52 L. MORAMARCO, o.u.c., p. 342, *ivi* cfr. nt. n. 40, ove l'A. riferisce la efficace motivazione dei due provvedimenti di giudici di merito con riferimento al mantenimento del figlio maggiorenne.

53 Cfr. G. Chiappetta, *La posizione del figlio nato fuori del matrimonio*, in C.M. Bianca, o.u.c., p. 495 ss.

# QUALI DIRITTI E QUALE PROCESSO PER LA FAMIGLIA ED I MINORI?

**Bombina Santella**

Presidente del Tribunale per i Minorenni di Taranto

La nostra è una società in rapidissima evoluzione, che negli ultimi venti anni ha subito una metamorfosi radicale nel modo di vivere e di concepire la famiglia. Accanto alla famiglia tradizionale, fondata sul matrimonio, si delineano nuove forme di convivenza non consacrate da alcun vincolo formale. Si parla inoltre sempre più spesso di famiglia di fatto, famiglia allargata, ricostituita, monogenitoriale, omogenitoriale, multietnica; e termini come “famiglia legale”, “genitore sociale”, sono entrati ormai nel linguaggio comune.

La mutazione sociale si è in parte già consumata: su 1.000 matrimoni si registrano 311 separazioni e 182 divorzi. Nel 50,5% delle separazioni sono coinvolti figli minorenni. Il 20% delle coppie separate vive una seconda esperienza matrimoniale, intraprende una relazione di convivenza, ed ha altri figli. Circa un quinto dei bambini nel nostro Paese nascono da persone non coniugate.

I bambini collocati presso uno dei genitori separati hanno bisogno di cure particolari perché vivono spesso una scissione affettiva ed educativa che non sempre i loro genitori riescono a gestire, impegnati da un lato a risolvere la conflittualità con l'ex partner che spesso persiste nel tempo anche dopo la separazione, e dall'altro ad esercitare la

loro responsabilità genitoriale tra gli angusti confini temporali e relazionali posti dalla legge e dalle decisioni del giudice della separazione.

La legge n. 76/1016 sulle c.d. unioni civili, dopo un lungo dibattito culturale, ha riconosciuto le unioni tra persone dello stesso sesso; e si attende un prossimo intervento legislativo volto a regolamentare la presenza di figli anche nei nuclei composti da persone dello stesso sesso, materia già disciplinata negli altri Stati europei, che non mancherà di suscitare una accesa discussione per i risvolti etici e la complessità degli interessi coinvolti, anche di rilevanza costituzionale, già dibattuti ed in parte risolti dalla giurisprudenza della Suprema Corte.

I minori oggi vivono dunque in contesti familiari in cui gli adulti di riferimento non sono solo i loro genitori biologici, ma anche il nuovo compagno di mamma o di papà; e convivono spesso con altri coetanei, figli biologici del partner di uno dei suoi genitori. Ciò determina la necessità di assicurare loro una situazione di benessere psicofisico e condizioni di vita scevre da forme di pregiudizio, prevedendo nuove forme di tutele e l'individuazione di nuovi diritti, per accompagnare la crescita sana dei bambini e degli adolescenti e condurli verso

l'età adulta.

La pratica quotidiana pone infatti all'attenzione del giudice minorile situazioni di grande disagio familiare nei nuclei ricostituiti, con grave pregiudizio per i figli minori, che dopo l'abbandono morale e spesso materiale subito dal loro genitore biologico, continuano a vivere situazioni di incuria affettiva ed educativa connesse alla condotta degli adulti impegnati nella nuova relazione di coppia. Le plurime esperienze di abbandono determinano conseguenze psicologiche difficilmente emendabili nella vita di un bambino e di un adolescente.

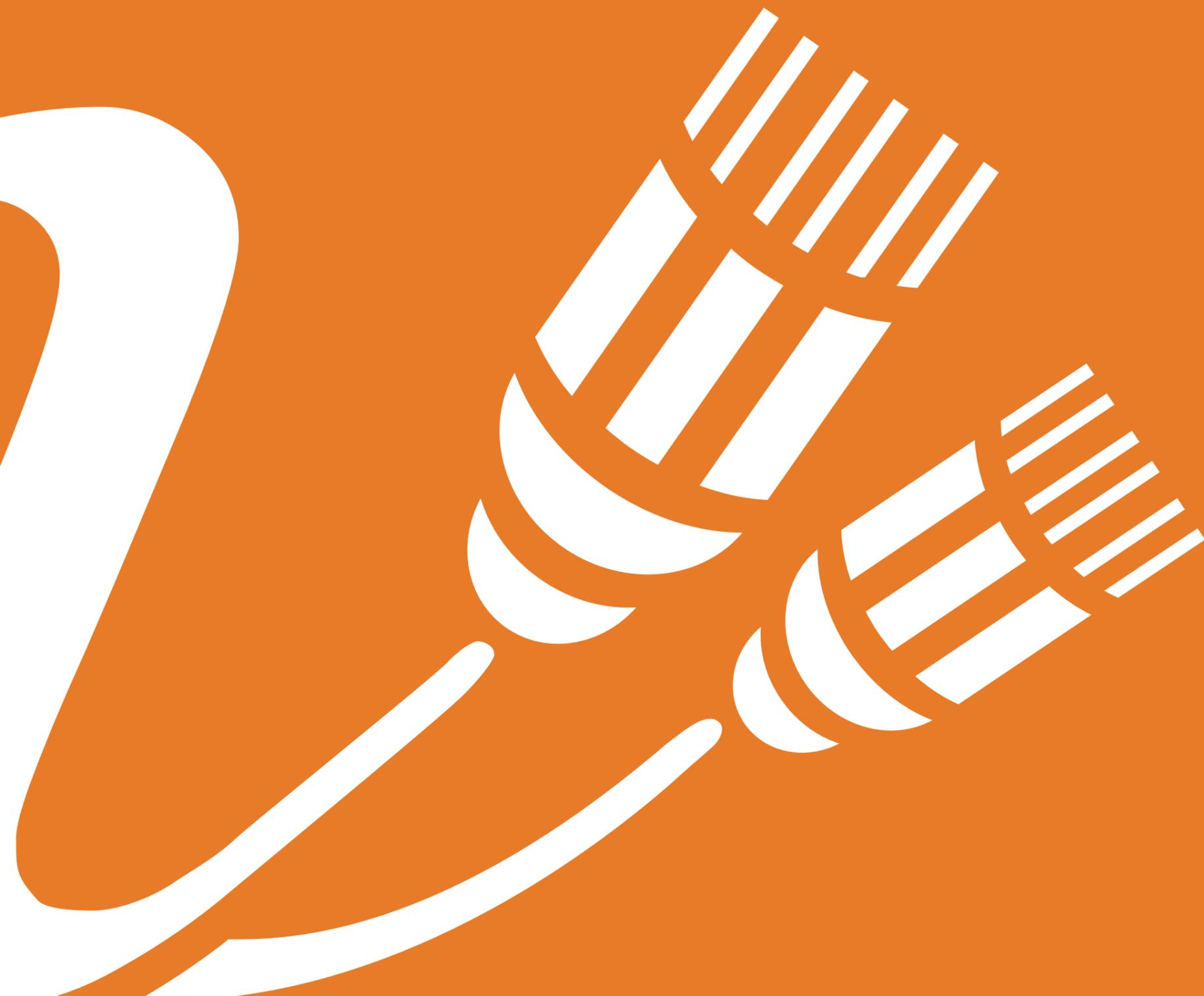
Le nuove tipologie familiari presentano dunque costellazioni difficili da percepire e da accettare da parte di chi è ancorato culturalmente a modelli tradizionali.

Del resto non può tacersi che il dato comune a questi nuovi contesti familiari è spesso rappresentato dalla fragilità dei legami affettivi e delle relazioni che vengono a costituirsi tra adulti e minori. In realtà tutte le famiglie sono uniche ed esclusivo è il sistema di regole e di strategie al quale esse fanno ricorso, per soddisfare le esigenze di ogni componente e del gruppo familiare nel suo insieme, ma anche per adottare idonei modelli di accudimento e di sostegno, o valori e atteggiamenti condivisi per la regolazione degli equilibri emotivi.

La famiglia funzionale continua ad essere quella in cui le relazioni offrono sicurezza, cura, contenimento, protezione, sostegno, adeguati processi educativi e di sviluppo; quella in cui i legami implicano soddisfazione di bisogni, responsabilità, sensibilità, reciprocità, sintonizzazione affettiva, regolazione, sforzo nella mediazione e ricomposizione di inevitabili conflitti, compenetrazione di vissuti, condivisione; quella in cui gli affetti sono positivi e amplificano gli effetti dell'amore come dimensione strutturante della vita. Questi sono gli elementi in grado di definire se una famiglia sia composta da genitori competenti o incompetenti, se sia un sistema relazionale efficace oppure patologico.

Di fronte agli inediti modelli familiari più stringente appare dunque la necessità di approntare nuovi interventi legislativi, al fine di assicurare al minore il diritto a vivere in condizioni familiari a lui favorevoli, a vivere la bi – genitorialità, idonea ad assicurargli un patrimonio affettivo ed educativo importante per il suo sviluppo psicofisico, e ad avere rapporti significativi con le altre figure adulte presenti all'interno del nucleo familiare, che pur non essendo a lui legati da vincoli di sangue, condividono la sua quotidianità, i suoi problemi, i suoi bisogni affettivi e le varie fasi di crescita che ne faciliteranno l'ingresso nel mondo degli adulti, o, al contrario, lo renderanno assai difficoltoso.

L'aumento della conflittualità di coppia e l'affermarsi di nuovi modelli familiari ha indotto negli anni il legislatore italiano ad approntare diverse modifiche al codice civile, attraverso le quali è stato “ridisegnato” all'art. 316 c.c. (d.lvo n. 154/2013) anche il concetto di responsabilità genitoriale intesa come “*l'insieme dei diritti e dei doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore riguardante la persona ed i beni del minore*”. ●



# IUS SOLI

# IUS CULTURAE

**Marco Tarquinio**

Direttore di Avvenire

**T**ra i molti interrogativi che agitano la rapida e concitata vigilia elettorale 2018, c'è una domanda che pochi tra coloro che si candidano per il Parlamento che darà vita alla XVIII legislatura repubblicana sembrano porsi apertamente, e che invece, a mio parere, nessuno dovrebbe permettersi di snobbare o di lasciar cadere.

Che cosa staranno pensando del nostro democratico Paese gli ottocentomila giovani italiani “di fatto” che purtroppo sono rimasti tali nonostante che a tutti loro, per mesi e mesi, sia stata fatta balenare la prospettiva del giusto riconoscimento di un cittadinanza già effettiva dal punto di vista civile? Che cosa staranno pensando, insomma, le vittime della campagna di fumo e di fango contro i principi dello *Ius culturae* e dello *Ius soli temperato* posti a ulteriore presidio della comune appartenenza a una Repubblica chiamata Italia? Quali sentimenti e risentimenti staranno provando davanti allo spettacolo del nostro popolo che va (o non va) al voto centinaia di migliaia di giovani e giovanissime persone che qui sono nate o qui sono arrivate da piccine e che qui vivono “in italiano”, perché in italiano – come ogni altro coetaneo – parlano, ragionano, studiano e lavorano, magari sbagliano e magari ricominciano?

Voglio dire: come guarderanno, come ascolteranno e come giudicheranno le parole, le promesse e gli slogan dei politici che si candidano a rappresentarci, a governarci, a fare o disfare leggi (e le nostre stesse scelte di elettori), dopo essersi ritrovati a lungo al centro di un dibattito politico e mediatico nel quale sono stati inizialmente ben considerati e poi, gelidamente e sommariamente,

dipinti come estranei, alieni, addirittura invasori? Saranno abbastanza lucidi e generosi da capire che quella che ha mostrato di volerli “scartare” non è l'Italia, ma un'Italia concepita e detta male, e male rappresentata da voci di politici e di opinionisti ciniche, scoraggiate e, in fondo, pavide? O si sentiranno bocciati assieme alla riforma di norme risalenti al 1992, riforma attesa da almeno tre lustri, che avrebbe riguardato anche loro ma non solo loro, e che è stata infine e desolatamente liquidata come un “regalo” a ospiti stranieri per nulla graditi o – nel migliore dei casi – come una “legge giusta proposta al momento sbagliato” o comunque una norma “inopportuna”? (Delle due l'una: o la legge era sbagliata e non solo – come ogni legge – perfettibile, oppure era giusta, e quando una legge è giusta è sempre opportuna e matura, e il momento per approvarla non è domani, ma oggi, anzi già ieri). Che cosa, insomma, avranno in mente, e in cuore, questi nostri concittadini senza cittadinanza, dopo essersi visti prima intelligentemente riconoscere (con il largo sì della Camera) e, alla fine, deliberatamente negare (con una melina ostile al Senato) un ruolo da partecipanti a pieno titolo alla storia comune che, pure, stanno contribuendo a scrivere e a preparare, spalla a spalla con i loro compagni e amici che italiani sono anche per tradizione familiare e non “soltanto” per formazione, per adesione, per contagio?

Spero, e so di non essere affatto l'unico a sperarlo, che tutti loro continuino a “sentirsi italiani e italiane”, che magari ci sorprendano, aiutandoci a ricordare che cosa vuol dire essere tali in termini di condiviso alfabeto dell'umano, di cultura ricevuta, fatta lievitare e comunicata senza arroganza e con

vitale curiosità dell'antico e del nuovo: la migliore tradizione di cui siamo stati e siamo ancora custodi e interpreti. Spero che abbiano ancora voglia di essere se stessi e di darci una mano a rammentare che cosa significa “essere italiani e italiane”: incapaci quasi per natura di uniformità, ma capaci di uguaglianza e di fraternità per lingua e legge e anima. Perché questo è il genio che da secoli ci unisce e ci sostiene nelle nostre composte ma sempre impetuose diversità, nelle nostre debolezze e nella imprevedibile propensione a intuire, coltivare e distillare il buono e il bello. Non so se le parole che ho scelto bastano, ma so che questa è la sostanza dello splendido e contraddittorio lascito di una vicenda millenaria che dobbiamo saper amministrare e rendere attuale. So che questi sono il vero dovere e il gran diritto che germinano dalla nostra cultura.

Anch'io, dunque, spero che essi sappiano, e noi sappiamo, battere ogni brutale semplificazione antagonista e dimostrare la saggezza della civica convivenza, della laicità inclusiva e del sano reciproco rispetto di sé, del vicino, della legge. Lo spero proprio ora, proprio qui, in un tempo così ampio e promettente come quello “globale” in cui siamo immersi, ma reso amaro da sospetto e sfiducia, e ingrigito sin quasi al nero dalla “paura dell'altro”. E non mi limito a sperarlo, lavoro – per quanto può farlo un giornalista – perché sia così. Dobbiamo riuscire a farlo insieme per consolare le paure della gente semplice, non per aumentarle. E per dare una faccia e un nome a ogni persona evocata in questo dibattito sul vero o presunto “noi e loro”: perché è solo ad altezza d'uomo e di donna che tutto cambia, e tutto assume giusta proporzione. Credo che, in questo già lungo inverno del nostro civile scontento, dobbiamo augurarci tutti – pure quanti affermano di non volerli conoscere e riconoscere per quelli che sono – che i giovani italiani “di fatto” imparino a credere, come ogni loro coetaneo, nella necessità di una politica impegnata per il bene necessario (che è sempre “comune”, e mai solo di fazione o corporazione o congrega). Una politica

consapevole degli errori commessi e dell'urgenza di valorizzare, anche con norme che attribuiscono diritti e doveri cittadini in *modo* nuovo e in un *mondo* nuovo, tutta intera una nuova generazione preziosa e troppo esigua. Quella nuova generazione che stiamo incredibilmente spingendo ai margini del nostro sistema e addirittura spronando a prendere la via per un qualche altrove, e non per libera scelta e sogno e vocazione, ma per costrizione, umiliazione e disperanza. Dobbiamo augurarci che anche loro – sebbene questa politica li abbia illusi, confusi e delusi – concepiscano con passione giovane una politica efficace e alta, e che possano farla, e che effettivamente la facciano.

Abbiamo alle spalle mesi segnati da una battaglia condotta, purtroppo, con irresolutezze tristi, con calcoli maldestri e alla lunga autolesionisti e anche con manifestazioni di aperta xenofobia fino a rimettere in circolo pregiudizi e slogan colmi di razzismo. Una dominante avvilente e aspra, una deriva rischiosa, una miscela corrosiva in grado di ferire e avvelenare gli occhi e la coscienza di tanti. Senza riuscire più a capire che quanti sono nati in Italia o in Italia sono arrivati da bambini, quanti crescono e studiano qui, nutrendosi ogni giorno della nostra lingua, della nostra cultura, delle nostre regole e assimilando i nostri costumi, quanti appartengono a famiglie di origine straniera, nelle quali magari si crede e si prega in modo differente da quello che ci è familiare e caro, ma sono residenti in questo Paese e hanno genitori in possesso di un permesso di soggiorno permanente o di lungo periodo (cioè lavorano, pagano tasse e contributi, e non hanno guai con la giustizia) non sono “candidati all'italianità”, sono già italiani.

Non si tratta di concedere qualcosa, e tantomeno di elargirlo. E non si tratta nemmeno di governare per questa via il fenomeno epocale delle migrazioni forzate a causa di guerra, persecuzione politica o religiosa, fame e cambiamenti climatici.

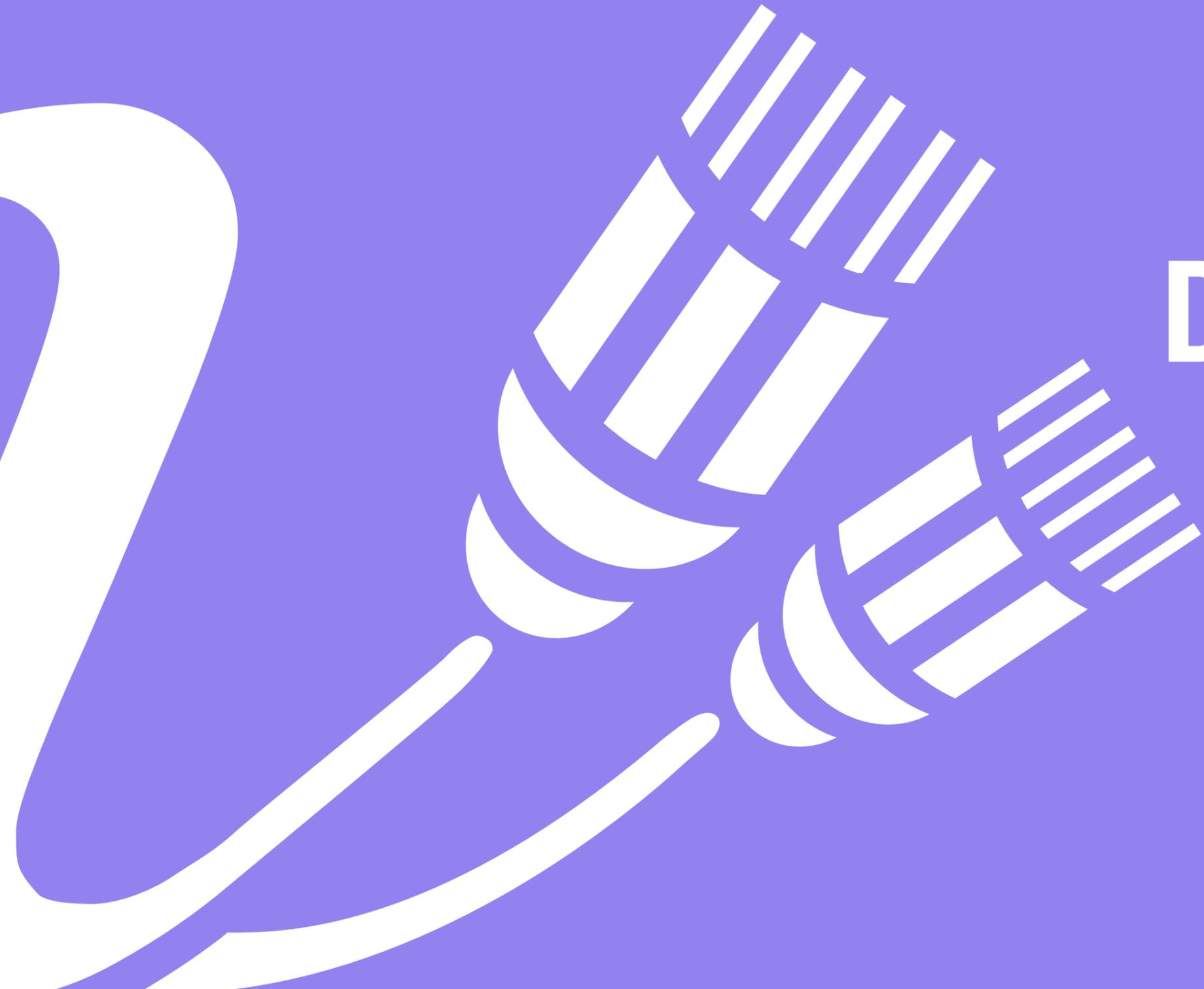
I piani della cittadinanza e dell'aiuto umanitario possono risultare non distanti, ma sono distinti, e niente affatto automaticamente collegabili. Profughi e migranti possono non ambire alla cittadinanza del Paese nel quale si sono dovuti trasferire e che, bene o male, dà loro asilo e accoglienza. Ed è evidente che la regolazione dei flussi dei cosiddetti migranti economici come pure l'apertura di corridoi umanitari per profughi e rifugiati sono atti e processi che non hanno a che fare direttamente con l'attribuzione di una stessa anche formale cittadinanza.

La cittadinanza è lo spazio della libertà e della responsabilità, che consente di concepire e sviluppare il patto sociale. Non è, non dovrebbe mai essere, una sorta di dono dello Stato a coloro che s'inclinano all'autorità costituita, perché è per principio e dignità dono di sé che uomini e donne liberi concepiscono e vivono nella comunità di cui sono, e si sentono, membri per nascita o per adesione, e comunque per accettazione di una comune misura che definiamo nella legge. Un dono che naturalmente deve essere a sua volta accettato per compiersi, e che può anche non essere accolto, ma che sarebbe profondamente ingiusto disprezzare, persino con argomenti che dimenticano o tradiscono la Costituzione che riconosce dignità e attribuisce eguaglianza "senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali". Sono sempre le persone a dare corpo e legittimità allo Stato e a ogni altra umana organizzazione. E uno Stato, un'organizzazione e persino, in senso proprio, una nazione cominciano a morire quando non hanno più fiducia nelle persone, e nella qualità della propria cultura, dell'umanesimo concreto che hanno espresso e che esprimono, nella sua attitudine ad attrarre e coinvolgere, e si dimostrano così più tesi a escludere che a includere e valorizzare gli uomini e le donne che ne incarnano l'unica forza.

Ecco perché davanti al nuovo Parlamento – quello che sta per nascere nelle urne del 4 marzo 2018

– si riproporrà, deve riproporsi, qualsiasi cosa sia stata proclamata nei comizi elettorali, la questione – e la sfida – di una legge di cittadinanza per l'Italia del XXI secolo. Un'Italia degna dei principi della Costituzione repubblicana, che si riconosca e proponga come parte integrante dell'Unione Europea e come speciale spicchio della Comunità mondiale di Stati che chiamiamo, e sogniamo, come Nazioni Unite. ●



A stylized graphic in white and light blue on a dark blue background. It features a gavel and a scale of justice. The gavel is positioned vertically, and the scale is positioned horizontally, with the pans of the scale resting on the gavel's handle. The lines are thick and rounded, creating a modern, abstract look.

# PARITÀ DI GENERE

# IL GIUDICE PENALE E LA QUESTIONE DI GENERE

**Fabrizio Filice**

GIP/GUP presso il Tribunale di Vercelli, Segretario Giunta sezione ANM per il Piemonte e la Valle d'Aosta

L'obiettivo dell'articolo è quello di focalizzare le difficoltà, non solo tecniche ma anche culturali, che la magistratura sta affrontando, in particolare nel settore penale, nell'orientarsi all'interno della disciplina specialistica che il Legislatore ha costruito negli ultimi anni come strumento di contrasto alla violenza di genere, in parte sotto la spinta del diritto internazionale e dell'Unione europea, in parte in risposta all'aumento del tasso di violenza contro le donne.

Per capire come l'urgenza (etica, politica, economica e giuridica) di un riassetto dei rapporti tra i generi stia sempre più chiaramente assumendo i caratteri della vera questione del terzo millennio è sufficiente notare che il 2017 è stato inaugurato dal numero della rivista della *National Geographic Society*, una delle più grandi istituzioni scientifiche e educative al mondo, dedicato proprio alla rivoluzione del *gender* in tutti suoi aspetti biologici e sociali; mentre la chiusura dell'anno è stata segnata dalla copertina di dicembre del *Time*, tradizionalmente dedicata alla *person of the year* e quest'anno riservata alle *silence breakers* di #MeToo: le donne che hanno rotto il silenzio dello star system hollywoodiano e acceso la miccia dell'*affaire Weinstein*, che in pochissimo tempo ha travalicato le pareti di Hollywood e travolto l'Europa, sino a lambire ambienti a noi prossimi qual è quello delle scuole per la preparazione del concorso per la magistratura ordinaria.

Non si discute più solo di rapporti tra i sessi ed è questo ciò che rende la questione di *genere* il 2.0 delle lotte femministe che hanno attraversato il secolo scorso: dalle rivendicazioni storiche del

suffragio e della parità salariale sino agli approdi del femminismo radicale degli anni sessanta, poi frammentatosi in diverse correnti tra le quali è spiccato, sul finire del secolo, il *femminismo della differenza*.

Il *gender* è un concetto articolato e comprende almeno tre subcategorie: *l'identità di genere*, che indica il modo in cui una persona percepisce ed esprime la propria appartenenza a un sesso, il quale non solo non è necessariamente quello biologico ma nemmeno è per forza esauribile in uno solo dei due sessi: essendo riconosciuta una vasta serie di intersessualità, o *genderfluid*, che oscillano tra maschile e femminile e si manifestano già nell'infanzia; e la cui repressione, secondo la neuropsichiatria infantile, può causare gravi traumi e mettere a rischio la serenità e la linearità dello sviluppo psicofisico del minore.

All'identità di genere si affianca il *ruolo di genere*: vale a dire il tipo di aspettativa sociale che si crea nei confronti di una persona per il solo fatto della sua appartenenza a un *genere*: le stratificazioni culturali dei due millenni scorsi, interamente dominati dalla cultura del potere maschile, sono difficilissime da infrangere come dimostra il fatto che anche nell'occidente moderno, pure a fronte degli onnipresenti proclami di emancipazione femminile – molte volte ad uso pubblicitario e consumistico - le donne mantengono il primato nell'adempimento dei compiti legati alla gestione domestica e alla cura dei figli, anche se in molti casi hanno raggiunto (e in alcuni casi, come la magistratura, anche superato) i livelli occupazionali,

professionali e salariali degli uomini; l'aspettava sociale che sia comunque la donna a farsi carico in misura prevalente dei compiti familiari è ancora fortissima e non è stata minimamente scalfita dal sorpasso in termini lavorativi; e questo crea alle donne enormi problemi di organizzazione e gestione di vita che, senza gli adeguati correttivi in termini di pari opportunità, continueranno a comportare, per loro, minori possibilità di carriera a parità di merito con i colleghi maschi.

E non va meglio per le minoranze: ad esempio è ancora diffusissima l'associazione mentale automatica tra le persone transessuali, soprattutto se in transizione dal sesso biologico maschile al sesso conseguito femminile (*male to female*) e l'attività di prostituzione, il che rende loro molto difficile essere prese in considerazione per lavori ordinari per i quali avrebbero qualifiche e competenze.

La terza subcategoria è rappresentata dall'orientamento sessuale: sotto quest'ultimo profilo l'anno che si è appena chiuso è stato realmente quello della svolta, con l'attuazione e l'entrata a regime della Legge Cirinnà (Legge n. 76 del 2016) con la quale il Legislatore, dopo innumerevoli solleciti provenienti dalle Corti nazionali e internazionali, ha riconosciuto lo *status* dell'unione civile anche tra coppie omosessuali, pur lasciando irrisolte questioni enormi come l'adozione del figlio biologico del partner (step child adoption): davvero troppo importante per essere rimessa alla suppelletta di una giurisprudenza oscillante e non seriamente prevedibile dalle persone che intendono formare una famiglia.

*Identità di genere, ruolo di genere e orientamento sessuale* rappresentano le tre componenti fondamentali del *gender* e la libera esperienza dell'individuo in relazione a ciascuno di questi tre aspetti delinea, in termini giuridici, la *libertà di autodeterminarsi rispetto al genere o autodeterminazione di genere*: un bene giuridico complesso che non si esaurisce in un lemma ma

costituisce anzi una vera e propria articolazione concettuale in grado di produrre lemmi innovativi – qual è il *genere fluido* o *liquido* – ma con i quali, da giuristi/e, saremo sempre più chiamati a confrontarci.

La pressione mediatica per il riconoscimento di questi *nuovi diritti*, la loro parziale legittimazione sociopolitica e la conseguente investitura della giurisdizione come luogo di tutela, hanno però determinato anche una retroazione negativa: espressione della forte resistenza culturale che è ancora profondamente legata a importanti masse critiche del Paese.

Il conflitto che ne è nato è coinciso con un aumento esponenziale dei reati violenti connessi al *genere* – o *gender oriented* -, in particolare dei crimini contro le donne all'interno delle relazioni di prossimità.

La materia della *violenza di genere* è quindi stata oggetto, nell'ultimo decennio, di almeno due fattori propulsivi: il primo, di carattere politico, consiste nello slancio legislativo di fronte all'esponenziale incidenza statistica dei delitti violenti contro le donne, che ha suscitato reiterati interventi perlopiù orientati in senso repressivo. Il secondo, di carattere giuridico, consiste nella progressione delle fonti di diritto internazionale e dell'Unione europea nel senso del riconoscimento della peculiarità insita nella *violenza di genere* e del connesso *status* di "vittima in condizione di particolare vulnerabilità", secondo la definizione oggi contenuta nell'articolo 90 *quater* del codice di procedura penale.

In tutto questo la magistratura è davvero pronta ad assumere il ruolo di guida giuridica nella creazione di una giurisprudenza assertiva dell'*autodeterminazione di genere* e realmente di contrasto alla *violenza di genere*? Specchio del Paese, la magistratura è anch'essa divisa.

Il banco di prova della *step child* ha chiaramente dimostrato la coesistenza, non solo nel territorio nazionale ma anche all'interno degli stessi uffici giudiziari, di spinte in avanti e fughe all'indietro.

Nel settore penale, se l'introduzione del reato di "atti persecutori" (articolo 612 *bis* del codice penale, introdotto con decreto legge n. 11 del 2009) non aveva causato particolari scosse di assestamento – incanalandosi su un terreno già ampiamente battuto dalla consolidata elaborazione giurisprudenziale sul reato di maltrattamenti e nel quale la magistratura si muove ormai con agilità – ci ha pensato l'attuazione della direttiva 2012/29/UE del 25 ottobre 2012 (che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI) a scompaginare le carte.

La normativa di recepimento – il decreto legislativo n. 212 del 15 dicembre 2015 – ha dato ingresso nell'ordinamento alla *violenza di genere* nella sua nozione europea (cioè ontologicamente riferibile, come ha già riconosciuto la nota sentenza Fossati del 2016, tanto alla violenza fisica quanto alla violenza psicologica) e ha riconosciuto nella *vittima di genere* una vittima tendenzialmente vulnerabile (secondo il disposto del citato articolo 90 *quater*), che come tale acquisisce il diritto a essere tutelata non solo dall'*aggressore di genere* (*gender o sex offender*) ma anche da procedure investigative e processuali che, pur mirate all'accertamento dei fatti e alla celebrazione del giudizio, si risolvano, per la loro invasività, in momenti di turbamento e di disagio per la vittima, tanto da essere definibili una "vittimizzazione secondaria".

L'incidente probatorio *protetto* – senza contatti diretti con l'indagato e con un controesame mediato dal giudice, eventualmente con l'ausilio di un esperto in psicologia – tradizionalmente applicato solo per i minorenni, viene ora eletto a luogo privilegiato di acquisizione della prova testimoniale della *vittima di genere*: proprio per la sua capacità di proteggerla da dinamiche processuali aggressive e che rechino l'effetto (voluto o meno) di trasformarla in imputata, costringendola a giustificarsi sul perché, come e quando abbia deciso di sporgere denuncia, sulla condotta affettiva, relazionale e sessuale tenuta

con l'imputato nell'ambito della relazione in cui è stata vittima di violenza, a volte persino sulla moralità delle proprie scelte (ad esempio nel caso di relazioni extraconiugali o con persona diversa dal partner): il tutto con l'evidente finalità – perseguita dalla difesa dell'imputato e largamente tollerata dai giudici in ossequio al totem del diritto alla difesa – di farla apparire inattendibile, insincera, interessata, moralmente in torto e quindi *non in diritto* di pretendere alcuna tutela.

Erano gli anni settanta quando l'avvocata Tina Lagostena Bassi pronunciava, nello *storico processo per stupro, il più duro atto d'accusa verso la vittimizzazione processuale della donna*: "Questa è una prassi costante: il processo alla donna. E io non sono il difensore della donna, io sono l'accusatore di un certo modo di fare processi per violenza, ed è una cosa diversa".

Si è dovuto aspettare il 2015 per avere una normativa espressamente finalizzata a impedire la vittimizzazione secondaria della donna nella sede processuale, alla quale essa approda come vittima. E nemmeno questo pare ancora sufficiente allo scopo.

A distanza di due anni le prassi dei vari uffici divergono ancora profondamente sull'uso dell'incidente probatorio speciale, o atipico, per la *vittima di genere*.

In molte realtà giudiziarie l'incidente probatorio *protetto* continua a essere applicato prevalentemente, se non esclusivamente, per i minorenni e la normativa sulla vittima vulnerabile viene scarsamente invocata dalle stesse difese delle vittime e non uniformemente applicata d'ufficio dai giudici.

L'acquisizione dei dati statistici degli uffici, recentemente disposta dal Ministero della Giustizia nell'ambito dello studio delle migliori strategie di contrasto alla *violenza di genere*, ha squarciato un velo sulla realtà giudiziaria.

Molte sono le sentenze di assoluzione nel merito per *reati di genere* (in particolare i maltrattamenti e gli atti persecutori) che motivano ancora sull'inattendibilità della vittima proprio argomentando sulla sua condotta "non lineare", "ambigua", "non cristallina": tutte espressioni che tradiscono il pregiudizio verso una donna che si lega a un uomo e a un certo punto, magari dopo molti anni di rapporto, decide di denunciarlo per le condotte abusanti e/o maltrattanti subite.

E ancora di più sono le archiviazioni a seguito della remissione di querela o per infondatezza sopravvenuta della notizia di reato, nel senso che la vittima, a distanza di breve tempo, ritratta la sua denuncia e rimette la querela: se il reato non è procedibile d'ufficio il procedimento si arresta per improcedibilità; se invece lo è (nelle ipotesi di cui all'articolo 572 e all'ultimo capoverso dell'articolo 612 *bis*) viene archiviato per infondatezza della notizia di reato vista la sopravvenuta contraddittorietà della prova.

Ma nei fascicoli non c'è traccia del ricatto economico che il più delle volte la donna subisce dopo la denuncia e soprattutto la magistratura penale appare molto restia a farsene carico: la possibilità di inserire tra le prescrizioni della misura cautelare dell'allontanamento dalla casa familiare il versamento di un assegno di contributo al mantenimento della vittima, in ammontare e con modalità stabilite dal giudice, espressamente prevista dall'articolo 282 *bis*, comma 3, del codice di procedura penale, conosce una scarsissima applicazione pratica e sono praticamente assenti canali di collegamento diretto tra magistratura e servizi sociali (nonostante la chiara indicazione normativa in tal senso, deducibile dagli obblighi di comunicazione previsti all'articolo 282 *quater* stesso codice) che pure consentirebbero al giudice di intervenire sul caso alla luce di un quadro socio-economico complessivo e di vagliare anche in relazione a esso la reale efficacia delle misure di protezione.

A questo difetto di coordinamento si sta cercando di porre rimedio con il ricorso alle cosiddette *fonti di nuova generazione*, come linee guida e protocolli, di sostegno all'azione legislativa e il cui utilizzo è stato da ultimo sollecitato con una delibera del Consiglio superiore della magistratura del luglio 2017.

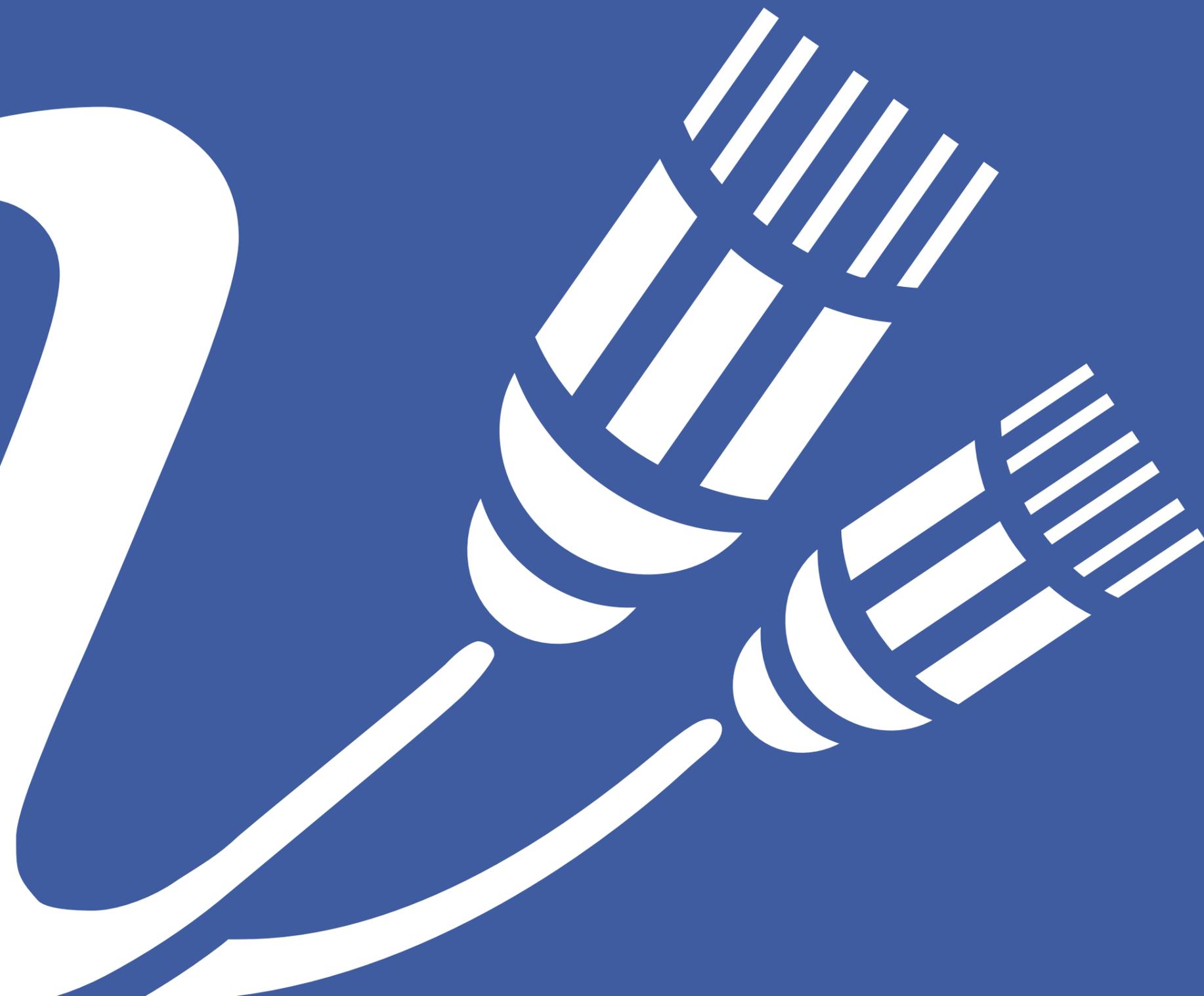
La strada è ancora lunga e anche per la magistratura occorre lavorare sulla sensibilizzazione culturale: una necessità del resto già avvertita anche in ordinamenti più avanzati del nostro negli *studi giuridici di genere*, a cominciare da quello anglosassone che ne è la patria.

Da alcuni anni è in corso presso la *University of Kent* il progetto *Feminist Judgments Project*: un gruppo di lavoro costituito da studenti e guidato da un team di giuristi/e di diversa estrazione (università, avvocatura e magistratura) lavora su casi giudiziari reali già definiti con sentenze irrevocabili e si cimenta in una riscrittura alternativa di quelle stesse decisioni, mettendo maggiormente al centro le tematiche di *genere*.

Non si tratta ovviamente di promuovere alcuna forma di attivismo giudiziario, il riferimento culturale essendo il cosiddetto *juridical feminism*: una corrente di pensiero socio-giuridico diffusasi nel diritto anglosassone già negli anni ottanta/novanta e appunto basata sui *gender o women's studies*, nel cui ambito sociologhe e giuriste del calibro di Carol Gilligan (In *A different voice*, 1982) e Catharine Mackinnon hanno dato avvio a una nuova cultura per portare all'interno del ragionamento giuridico, e della prassi giudiziaria, le tematiche di genere.

Concetti e lemmi come *odio di genere, violenza di genere e femminicidio*, oggi entrati a pieno titolo anche nel lessico giuridico italiano, sono stati elaborati proprio da questa scuola di pensiero.

L'Associazione Nazionale Magistrati, nella sua vocazione di *luogo dei diritti*, ha il compito di promuovere una conoscenza specifica del diritto di genere e di battersi perché essa trovi sempre più spazio nella nostra formazione a ogni livello.



# DROGA

# CANNABIS: LUOGHI COMUNI FRA RIFORMA E “LEGALIZZAZIONE”

**Alfredo Mantovano**

Consigliere Corte di appello -Roma, Vicepresidente del Centro studi Livatino

Partendo dai dati contenuti nelle ultime due Relazioni annuali al Parlamento sulla droga, che attestano una diffusione pandemica degli stupefacenti, soprattutto della cannabis, fra i più giovani, si cerca un senso per indicatori che paiono in contrasto: da un lato l'aumento della droga c.d. leggera in circolazione e dei ricoveri ospedalieri derivanti dalla sua assunzione, dall'altro il decremento del sequestrato e delle denunce per detenzione e spaccio. Sono gli effetti della riforma del 2014, operata con decreto legge: una riforma il cui bilancio è negativo sia sul piano del contrasto sia su quello del recupero. La “legalizzazione” aggraverebbe il quadro, ma raccoglie consensi perché si basa su una serie di luoghi comuni: lo “spinello” non fa male; il suo uso costituisce esercizio di libertà; non vi è nulla di diverso rispetto all'alcool; la distribuzione pubblica e controllata di cannabis farebbe diminuire l'operatività dei traffici criminali; e farebbe crescere gli introiti delle imposte sulla sostanza posta in vendita lecita. Si tratta, per l'appunto, di luoghi comuni: destinati a infrangersi con la realtà. Vediamo perché.

## CANNABIS: LUOGHI COMUNI FRA RIFORMA E “LEGALIZZAZIONE”

Partiamo dai dati obiettivi. E quindi dalla *Relazione annuale al Parlamento 2017 sullo stato delle tossicodipendenze in Italia* del Dipartimento

antidroga della Presidenza del Consiglio:<sup>1</sup> quest'ultimo è l'organismo istituzionalmente dedicato alla prevenzione e al monitoraggio delle tossicodipendenze, e dipende in modo diretto dal Governo. Mi soffermo su qualcuno dei dati da elaborati dal documento, pubblicato nell'agosto 2017, che fanno riferimento all'anno 2016, limitandomi a quel che attiene alla droga denominata “leggera”:

1. la diffusione dei derivati della cannabis fra i più giovani ha assunto caratteri di pandemia, se nel 2016 il 25.9% della popolazione studentesca, pari a 640.000 persone, ne ha fatto uso almeno una volta, e se nella medesima fascia di età tale cifra sale a 804.000 per l'uso almeno una volta nella vita, e coinvolge 90.000 persone quanto a uso giornaliero. Centinaia di migliaia di persone in età evolutiva subiscono una aggressione al sistema nervoso, all'apparato respiratorio, alla capacità riproduttiva, per menzionare solo alcune delle voci maggiormente interessate dai danni della sostanza, e il dato non provoca né allarme né reazione;
2. si fa fatica a qualificare “droga leggera” la cannabis in circolazione, della quale quella sequestrata nelle operazioni di polizia costituisce una percentuale minima, nel

<sup>1</sup> [http://www.politicheantidroga.gov.it/media/2153/relazione-al-parlamento\\_2017.pdf](http://www.politicheantidroga.gov.it/media/2153/relazione-al-parlamento_2017.pdf). Salva differente indicazione, i dati che seguono sono tratti da tale documento.

momento in cui perfino la cannabis in foglie risulta avere una percentuale media di principio attivo pari a 10.8, con punte del 31. E' ben noto che la cannabis più potente che si riscontra in natura - senza che abbia subito alterazioni - ha il thc pari al massimo al 2.5%: il che vuol dire che quella che circola normalmente è stata alterata con gli strumenti oggi disponibili a chiunque, acquistabili senza problemi per internet;

3. si fa ancora più fatica ad adoperare l'aggettivo “leggera” per una sostanza che nel 2016 ha fatto incrementare del 65% i ricoveri ospedalieri nella fascia compresa fra i 15 e i 17 anni e del 36.5% al di sotto dei 15 anni. A ciò si aggiunga che il 44% dei soggetti in che nel 2016 si è sottoposto a un trattamento di recupero faceva uso esclusivo di derivanti della cannabis. E questo per non dire dei problemi seri di salute che emergono al netto dalle ospedalizzazioni: sfuggono da rilevazioni statistiche, ma conoscono una drammaticità quotidiana, soprattutto quando il riferimento è all'equilibrio psichico.

I dati non vanno soltanto letti: sarebbe già tanto, in epoca di norme e sentenze che troppo spesso seguono l'onda dei condizionamenti ideologici. Vanno interpretati, dopo averli letti. Se manca lo sforzo di considerarli nel loro insieme appaiono contraddittori. Va spiegato come mai nel 2016: a) le operazioni antidroga delle forze di polizia sono indicate in aumento; b) la cannabis ha la diffusione massiva appena ricordata; c) il suo incremento si ricava anche dai dati in crescita dei ricoveri ospedalieri; d) il 91,4% dei sequestri riguardano cannabis e derivati; e) tuttavia, e) in termini quantitativi l'hashish sequestrato è il 64,8% in meno rispetto al 2015 e le denunce all'autorità giudiziaria per detenzione e spaccio di cannabis sono appena il 49,5% del totale. Non vi è incoerenza nelle informazioni; significa che il contrasto di polizia e giudiziario nei confronti della cannabis sconta il pregiudizio che costituirebbe una droga “leggera”, e per questo ha consistenza inversamente proporzionale rispetto alla sua diffusione.

Non è frutto del caso: come tutti ricordano, nella primavera 2014, cogliendo l'occasione di una sentenza della Corte costituzionale che poneva problemi solo formali verso la riforma legislativa del 2006, il governo allora presieduto da Matteo Renzi impose con voto di fiducia un decreto legge che, fra l'altro, per le droghe ripristinava l'antiscientifica distinzione pesanti/leggere, restaurava la non punibilità per la detenzione finalizzata “per uso personale”, eliminava l'arresto obbligatorio in flagranza per lo spaccio di lieve entità. Gli esiti sono stati: a) l'aumento della parcellizzazione dello spaccio: in assenza di obbligo di arresto quando si è colti sul fatto se si hanno con sé poche dosi, ci si fa furbi e si viaggia sempre con poche dosi (il solo fastidio è di fare il su e il giù dal vicino deposito con maggiore frequenza); b) la riduzione al minimo delle sanzioni per i derivati della cannabis; c) l'incremento dell'area dell'impunità: lo spaccio, se effettuato con furbizia, è diventata attività simile, se non addirittura meno grave, a quella del venditore di sigarette di contrabbando di 30 anni fa. Con molta onestà, già a distanza di un paio di anni dal decreto Renzi, lo stesso Dipartimento antidroga, con la Relazione che faceva riferimento ai dati del 2014, ipotizzava che la riduzione delle operazioni di contrasto “*potrebbe trovare ragionevole spiegazione (...) nelle modifiche operate nel 2014 sul quadro sanzionatorio penale e amministrativo che presidia l'attività di repressione delle Forze dell'Ordine. Tale repentina evoluzione del contesto normativo può aver rappresentato un verosimile fattore di regressione, ancorché temporaneo, lungo la strada della certezza operativa, soprattutto nel contesto dell'azione di contrasto al fenomeno del c.d. “piccolo spaccio”.*”<sup>2</sup>

<sup>2</sup> <http://www.politicheantidroga.gov.it/media/1095/1-relazione-annuale-al-parlamento-2016-sullo-stato-delle-tossicodipendenze-in-italia.pdf>

Ma è l'intero sistema che è saltato in aria. Secondo la legge, quando la sostanza, per qualità e/o quantità, è ritenuta per uso personale, chi la detiene viene "segnalato" al Prefetto per l'adozione di sanzioni amministrative, dalla sospensione della patente di guida a quella del porto d'armi, o per l'avvio a una struttura di recupero. A conferma della estensione della diffusione della cannabis, la Relazione 2017 informa che l'83,6% delle segnalazioni al Prefetto riguardano proprio chi è colto in possesso di tale sostanza e/o ne fa uso. Qual è la sorte di tali segnalazioni? Su 32.687 soggetti "segnalati" per ogni tipo di sostanza (ma, come si è detto, più di 8 su 10 lo sono per la cannabis), solo 13.157 sono stati interessati da sanzioni amministrative. E gli altri? Non preoccupa che si pongano alla guida di un mezzo o che vadano in giro con un'arma? Il dato realmente sconcertante è il numero di coloro che, sollecitati dal Prefetto, accolgono l'invito ad avviare un trattamento di recupero: appena 122, circa lo 0,3%. E' in calo pure il ricorso allo strumento dell'affidamento in prova per il recupero, finalizzato a evitare il carcere: da 3328 del 2013 a 2991 del 2016. Il rigore iniziale della disciplina in vigore dal 2006 al 2014 spingeva ad affrontare i sacrifici del recupero; l'attenuazione di quel rigore oggi circoscrive l'area del recupero: chi ne trae vantaggio?

Non ritenendo che sia abbastanza, più disegni di legge di iniziativa parlamentare hanno proposto nella Legislatura che sta per chiudersi una formale legalizzazione, col sostegno di una parte significativa dei media e di settori della magistratura, alla stregua di assiomi che vengono - è il caso di dire - spacciati come inconfutabili. La categoria da utilizzare è propriamente quella del luogo comune:

a. primo luogo comune: ci sono le droghe "buone" e le droghe "cattive", quelle che possono far male e quelle che aiutano a passare una serata in spensieratezza, quelle da permettere e quelle da vietare. La realtà mostra il contrario.

Lo "spinello" oggi in circolazione ha effetti devastanti e non sempre reversibili sulla psiche e sul fisico. The Independent, il popolare quotidiano inglese che per circa un decennio, a partire dal 1997, condusse una intensa campagna a favore della legalizzazione della cannabis, il 18 marzo 2007 uscì con la copertina dell'edizione domenicale recante il titolo Cannabis, an apology: una richiesta di scuse ai lettori fondata su dati obiettivi. Senza attendere che fra dieci anni la Repubblica o il Corriere della sera facciano altrettanto, potrebbero da subito smettere la fuorviante propaganda sulla presunta innocuità della sostanza.

- b. Secondo luogo comune: ognuno è arbitro della propria salute, e quindi libero di "farsi" come desidera, senza che lo Stato si intrometta. Non è così: nessuno ha mai contestato il principio ispiratore dell'obbligo del casco alla guida delle motociclette; eppure, in caso di incidente, il danno potenziale riguarda esclusivamente il soggetto che viola la norma. Vent'anni fa la Corte costituzionale ha respinto sul punto la tesi dell'ingerenza dello Stato nei diritti del cittadino, e ha aggiunto che la salute dell'individuo costituisce "interesse per la collettività", apprezzando l'intervento del legislatore, anche perché gli incidenti stradali hanno un costo per l'intera società. Non vale la medesima logica per chi, assumendo droga, da un lato si sottrae all'adempimento dei propri doveri verso il corpo sociale, e per altro verso costringere il sistema ad assumersi gli oneri delle cure e dei trattamenti di recupero?
- c. Terzo luogo comune: anche l'alcool fa male, eppure, a differenza della droga, nessuno invoca sanzioni contro la sua commercializzazione. Dire questo significa non avere ben chiara la distinzione fra uso e abuso. L'uso equilibrato di alcool, soprattutto se a bassa gradazione e in assenza di controindicazioni correlate alle condizioni di salute di chi lo assume, non fa male. L'abuso provoca invece l'alterazione di sé, ed è già in vario modo scoraggiato sul

piano normativo. Per il consumo di droga la distinzione non regge: il semplice uso di stupefacenti produce alterazioni dell'equilibrio fisico e psichico; non attendere che si passi a stadi di dipendenza più elevati per dissuadere è coerente con il sistema.

- d. Quarto luogo comune: "legalizzare" le droghe sottrarrebbe terreno alle organizzazioni criminali che traggono profitto dai traffici di stupefacenti, affidandone la distribuzione e la cessione al controllo dello Stato. E' falso! Ogni legalizzazione ha dei limiti, di età dell'assuntore, di quantità e di qualità (intesa come percentuale di principio attivo) della sostanza. Alla criminalità sarà sufficiente operare oltre i limiti fissati: quanto all'età, puntando, più di quanto non avvenga oggi, allo spaccio fra minorenni; quanto alla quantità e alla qualità, offrendo "merce" in grammi o in capacità stimolante, al di là delle soglie stabilite.
- e. Quinto luogo comune: la legalizzazione aumenta gli introiti del fisco, poiché tassa la droga ceduta. In quegli States all'interno degli USA che hanno introdotto da qualche anno leggi legalizzatrici, gli introiti derivante dalle accise sulla cannabis "legale" sono annullati dalle maggiori spese connesse al trattamento dei suoi effetti cronici e dai costi in aumento dei sinistri stradali e di danni derivanti dalla perdita di sé come conseguenza dell'assunzione della sostanza. I due mercati, legale e illecito, sono strettamente connessi: quantità sostanziali di marijuana medica prodotta in eccesso grazie a economie di scala sono dirottate verso il mercato clandestino. ●





# RISERVATEZZA E PRIVACY

# LA RISERVATEZZA E LA PRIVACY NELL'ERA DI INTERNET

**Gabriele Positano**

Consigliere della Corte di Cassazione

La possibilità di una interconnessione costante con una moltitudine illimitata di utenti pone una sfida ambiziosa per il giurista, al fine di verificare l'adattabilità degli istituti esistenti ad una realtà in continua evoluzione. L'articolo esamina gli effetti a livello comunitario e nazionale delle decisioni più significative e recenti della Corte di Giustizia (Google Spain del 13 maggio 2014 e Schrems del 6 ottobre 2015) in materia. Individua le problematiche affrontate a livello nazionale dalla Corte di Cassazione: in particolare il tema dei giornali telematici. Si sofferma sull'evoluzione del concetto di diritto all'oblio, passando da una concezione statica della tutela della riservatezza ad una dinamica, incentrata sul profilo del controllo dell'utilizzo di dati personali, che coinvolge direttamente l'interessato, per pervenire al tema della risarcibilità della lesione del diritto alla protezione dei dati personali.

## 1. PREMESSA

L'avvento di tecnologie prima impensabili ha rivoluzionato il modo di interagire quotidiano, sia della maggior parte degli scambi economici globali, sia di gran parte della vita e delle abitudini dei singoli individui. Infatti, la possibilità di una interconnessione costante con una moltitudine, virtualmente illimitata, di utenti, in uno spazio ormai privo di perimetrazione e di intervalli

temporali, caratterizza l'aspetto principale della comunicazione su Internet, dove si recupera l'originaria etimologia di "messa in comune" di una moltitudine di informazioni, spesso sensibili, rispetto alle quali si pone una sfida ambiziosa per il giurista, al fine di verificare l'adattabilità degli istituti esistenti ad una realtà in continua evoluzione.

## 2. LA GOVERNANCE DI INTERNET

Il problema giuridico più immediato che riguarda il tema della Governance di Internet è naturalmente quello della normativa applicabile e della giurisdizione, che costituisce un profilo strategico essenziale con effetti che superano le mere questioni giuridiche e che riguardano l'ambito politico. Questo in quanto non è individuabile un soggetto politico che possa emanare regole efficaci a livello globale. Poiché il profilo più delicato e di immediato rilievo è quello dell'evidente asimmetria di informazioni esistenti su Internet cui consegue la necessità di individuare la tutela più adeguata riguardo alla informativa del consenso, che viene pestato generalmente dagli utenti in maniera inconsapevole, il primo approccio giuridico è stato quello di perimetrare un'area territoriale di maggiore tutela. Tale area è stata individuata nella disciplina del Trattato europeo, attraverso una sorta di balcanizzazione di Internet, quanto meno a livello europeo.

## 3. LE DECISIONI DELLA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA

Limitando il riferimento alle più rilevanti decisioni della Corte di Giustizia Europea in materia di trattamento di dati personali e di individuazione della relativa giurisdizione, è necessario fare riferimento alla decisione Google Spain del 13 maggio 2014 con la quale la Corte afferma tre principi: quello secondo cui il titolare del trattamento deve fare riferimento alla legge nazionale del paese nel quale opera il motore di ricerca; quello che individua la legittimazione passiva anche nel gestore del sito Web e, infine, il diritto all'oblio; altro riferimento obbligato è alla decisione Schrems del 6 ottobre 2015, in cui la Corte afferma che spetta agli Stati nazionali valutare se gli Stati Uniti vanno considerati un paese che garantisce un livello di tutela adeguata. Corollari di tali affermazioni sono due ulteriori principi: il diritto alla protezione dei dati personali costituisce una posizione soggettiva di rango costituzionale e il modello europeo di diritto alla protezione dei dati personali rappresenta il sistema di maggiore tutela a livello globale.

Una tale impostazione culturale presenta l'indubbio valore aggiunto della centralità del diritto alla protezione dei dati personali, che prevale sugli altri diritti garantiti a livello costituzionale, ma anche il limite della scelta -anche politica- di ritagliare all'interno dell'ambito europeo lo spazio di maggiore tutela.

L'allocatione della diritto alla protezione dei dati personali a livello apicale trova fondamento giuridico nella Carta dei diritti fondamentali che, agli articoli 7 e 8 legittima la prevalenza del diritto alla protezione dei dati personali e alla vita privata, sugli altri diritti. In particolare, la prima disposizione riguarda il rispetto della vita privata e familiare, mentre l'articolo 8 disciplina la protezione dei dati di carattere personale. Tale ultimo diritto è disciplinato come libertà positiva di esercitare

un controllo sul flusso delle informazioni e può essere definito come diritto all'autodeterminazione informativa, cioè alla possibilità, per ogni soggetto giuridico, di autodefinirsi, con un concetto che non è espresso in termini di libertà negativa, cioè di non subire interferenze nella vita privata, ma come libertà positiva. In questo ambito la sentenza Schrems consente al singolo di esercitare un controllo sui propri dati personali e ciò costituisce il profilo rilevante del diritto alla protezione dei dati personali, rispetto all'attività dei social network nei quali, al contrario, vige un criterio di automatismo del trattamento dei dati personali.

## 4. L'INDIVIDUAZIONE DELLA LEGGE NAZIONALE APPLICABILE

La disciplina in tema di individuazione della legge nazionale trova un addentellato normativo nell'interpretazione estensiva dell'articolo 4 della direttiva 45/96/CE riguardo al concetto di "stabilimento". Nella sentenza Google Spain rileva la localizzazione del motore di ricerca che, nel caso di specie, disponeva di uno stabilimento posto all'interno di uno Stato membro. Tra le attività proprie dello stabilimento vi è quella del trattamento dei dati e ciò ha consentito alla Corte di valorizzare in sede interpretativa il fatto che il trattamento viene effettuato "nel contesto delle attività" dello stabilimento. Pertanto, passano in secondo piano i criteri di collegamento quali la cittadinanza, il luogo in cui vengono caricati i dati, lo Stato membro destinatario dei servizi e soprattutto la nazionalità degli interessati e del titolare dell'impresa, con l'effetto che siffatta statuizione determinerà, verosimilmente, l'applicazione di differenti leggi nazionali riferite al medesimo fenomeno.

## 5. GIORNALI ON LINE E LEGGE SULLA STAMPA: IL LIVELLO DI TUTELA

A livello nazionale la Corte di legittimità si è interessata dell'attività dei cd giornali telematici o *on line* e della possibilità di equiparare tali strumenti

di comunicazione alla nozione giuridica concetto di stampa, al fine di ricevere una tutela differente e maggiore rispetto ad altri luoghi del Web, come ad esempio *i social network, le mailing-list, whatsapp, facebook* ecc. La questione riguardava un problema di adeguamento della normativa ormai risalente ai nuovi strumenti di comunicazione. Occorre partire da una premessa: la legge 8 febbraio 1948, n. 47, intitolata “Disposizioni sulla stampa” prevede una tutela rafforzata in favore di chi svolge tale attività. In particolare, sono eccezionali le ipotesi nelle quali è possibile, per l'autorità giudiziaria, disporre il sequestro preventivo. L'articolo 21 della Costituzione in tema di tutela dell'informazione viene rafforzato dall'articolo 19 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, poi completata con la Convenzione EDU, all'articolo 10 e la Corte EDU ha interpretato in maniera netta il ruolo della stampa, quale cane da guardia dei poteri pubblici (*watch dog*).

Il problema era stabilire inserire la categoria dei giornali telematici nelle disposizioni sulla stampa immaginate dalla legislatore del 1948 oppure ritenere prevalenti le peculiarità di una comunicazione immediata e globale proprie della macro-categoria delle comunicazioni informatiche e non riconoscere alcuna tutela rafforzata da tali strumenti di condivisione on line.

Un primo sforzo di inquadramento è stato operato dalle Sezioni Unite Penali della Corte di Cassazione, che con la decisione del 25 gennaio 2015, n. 31022 avevano disatteso l'orientamento secondo cui il termine “stampa” era stato utilizzato dal costituente per riferirsi solo alla carta stampata, rilevando che una interpretazione siffatta avrebbe creato un contrasto con l'articolo 3 Cost. determinando un ingiustificato trattamento differenziato tra strumenti sotto molti aspetti sovrapponibili. Infatti, la comunicazione informatica consiste in una riproduzione di quella cartacea, pertanto è possibile applicare alla prima la disposizione “ogni altro mezzo di diffusione” utilizzata dal costituente.

La vicenda arriva alle Sezioni Unite Civili nel 2016 poiché il Tribunale di Napoli, in sede cautelare, si era posto il problema della possibilità di assimilare il giornale telematico alla carta stampata ai fini della tutela. La questione era stata sottoposta al giudice di prime cure con una richiesta d'urgenza ai sensi dell'articolo 700 c.p.c. per ottenere l'oscuramento di pagine di alcuni articoli del settimanale L'Espresso, contenuti nel quotidiano on-line e ritenuti diffamatori. Già in primo grado la questione era stata decisa in maniera opposta tra il giudice designato per il procedimento cautelare e il collegio in sede di reclamo. Infatti, l'articolo 21 Cost. al terzo comma consente il sequestro solo per i delitti per i quali la legge sulla stampa autorizza il sequestro. Il rinvio operato dalla norma costituzionale a quella ordinaria imponeva di risolvere la questione della sovrapponibilità dalla tutela del giornale telematico e quella della carta stampata.

La tematica, qualche tempo prima, era stata esaminata anche dalla Corte di Giustizia europea nella decisione del 16 dicembre 2008 ed dalla CEDU il 16 giugno 2015 e giunge all'esame delle Sezioni Unite Civili che, con sentenza del 18 novembre 2016 n. 23469 rilevano che il mezzo di comunicazione informatico e più diffusivo di quello cartaceo, ma che tale aspetto riguarda solo il profilo della quantificazione del danno, non incidendo sulla natura giuridica. D'altra parte esiste un addentellato normativo più recente, rappresentato dall'articolo 1 della legge 7 marzo 2001, n. 62, in tema di dati personali, che aveva già operato una equiparazione tra i due strumenti di comunicazione, richiedendo l'obbligatorietà della registrazione della testata editoriale, quando i prestatori di servizi intendono avvalersi delle garanzie previste dalla legge. Poiché la richiesta cautelare atipica è sostanzialmente equivalente al sequestro preventivo e tale misura cautelare non è consentita dall'articolo 21 Cost, che a sua volta rinvia alla legge sulla stampa, va riconosciuta tutela rafforzata anche ai giornali telematici, lasciando

fuori gli altri mezzi di comunicazione telematica come i *blog, le mailing-list, i social network, i forum* che non godono delle garanzie costituzionali in tema di sequestro della stampa.

La ragione pratica per la quale la questione della tutela cautelare civile relativa alle comunicazioni informatiche non trova adeguata rappresentazione nell'ambito della giurisprudenza di legittimità risiede nel fatto che, avverso i provvedimenti cautelari, non è proponibile il ricorso per cassazione, neppure quello straordinario ai sensi dell'articolo 111 della Costituzione.

## 6. EVOLUZIONE DELLA NOZIONE DI DIRITTO ALL'OBLIO

Altra tematica delicata è quella del diritto all'oblio, inteso quale interesse a che le proprie precedenti vicende personali siano pubblicamente dimenticate. La questione riguarda il rapporto tra libertà dell'informazione e tutela della riservatezza, in quanto il legislatore italiano nel 2003 ha introdotto il codice della privacy (legge n. 196 del 2003) recependo la direttiva 45/96/CE e passando da una concezione statica della tutela della riservatezza ad una dinamica, incentrata sul profilo del controllo dell'utilizzo di dati personali, che coinvolge direttamente l'interessato.

Anche in questo caso è la particolarità della comunicazione informatica, caratterizzata da immediatezza, condivisione e comunicazione globale a determinare l'insorgenza di nuovi diritti. Infatti, in precedenza la circolazione dei dati personali era cartacea, lenta e spesso tracciabile, per cui all'interno della categoria del diritto alla riservatezza venivano valorizzate la tutela dell'esigenza di intimità della vita familiare rispetto alla curiosità pubblica (in questi termini viene definito per la prima volta il diritto all'oblio da Cass. n. 3679 del 1998). In sostanza, il diritto all'oblio aveva due caratteristiche: era posto all'interno della categoria del diritto alla riservatezza ed era definibile solo

in senso negativo, quale forma di tutela contro la curiosità pubblica. Le caratteristiche proprie della comunicazione informatica hanno reso inadeguato tale modello sotto entrambi i profili, rendendo necessaria la definizione di un nuovo diritto, quello alla protezione dei dati personali. Questo si colloca al di fuori della categoria del diritto alla riservatezza e riguarda il profilo dinamico della libertà di poter disporre dei propri dati personali. Non si tratta più di un diritto all'oblio come categoria elitaria, di pochi noti, ma di un diritto che riguarda tutti i consociati e che attiene alla tutela dell'identità personale e che si estrinseca come possibilità effettiva di controllo della diffusione delle scelte fatte in passato. Il profilo che rileva è il rischio di distorsione dell'immagine del soggetto titolare dei dati personali, sulla base di vicende originariamente vere, ma ormai dimenticate. La distorsione è determinata dalla riemersione di una notizia vera, ma ormai risalente, sganciata dagli eventi successivi, non riportati dal web. Così nel 2012 la Corte di legittimità (Cass. n. 5525 del 2012) si occupa di un articolo che riportava la notizia corretta dell'arresto dell'attore, ma non anche la notizia successiva del proscioglimento dello stesso. Il problema non era l'esigenza del titolare dei dati personali di cancellare le notizie, secondo la precedente definizione di diritto all'oblio, ma l'affermazione di un diritto ulteriore e cioè quello all'aggiornamento corretto delle informazioni. Il giudice di primo grado e il Garante avevano escluso la sussistenza di un siffatto diritto positivo, mentre la Corte ha chiarito che tale diritto non può essere inteso come imposizione della cancellazione dal Web di tutte le notizie datate, ma quale obbligo per il responsabile dell'archivio contenente la notizia di aggiornare la comunicazione, integrando una notizia non più attuale. In sostanza, si rende necessario creare un collegamento tra la notizia datata e le successive informazioni poiché diversamente il fatto storico, originariamente vero, diviene non esatto. Così la concezione dinamica della tutela della riservatezza è stato oggetto della decisione di Cass. 26 giugno 2013, n. 16111

secondo cui, ove non venga riscontrato un interesse pubblico che giustifichi il sacrificio del diritto alla riservatezza del privato, deve prevalere la nuova nozione delle diritto all'oblio.

La Cassazione ha modo di definire il diritto alla riservatezza come diritto che tutela il soggetto dalla curiosità pubblica e il diritto al segreto, come tutela dalla curiosità privata, mentre il diritto alla protezione dei dati personali costituisce una nuova figura, che si somma alla diritto alla riservatezza e alla identità personale e morale del soggetto, ponendosi su un piano prioritario in linea, per quanto si è già detto, con il contenuto della Carta di Diritti Fondamentali dell'Unione che, all'articolo 8, consente a tutti il controllo sulle proprie informazioni, facendo riferimento alla categoria generalissima di "ogni persona", proprio come il legislatore del 2003, nella legge n. 196, si riferisce al termine, altrettanto vasto, di "chiunque". In questo modo l'interessato diventa complice dell'utilizzazione dei propri dati personali, sulla base dei criteri di proporzionalità, pertinenza e non eccedenza. In questi limiti al singolo è attribuito il diritto di conoscere chi possiede i propri dati personali e come vengono adoperati e di opporsi al trattamento; pertanto, se è riscontrabile un interesse pubblico ad una persistente conoscenza di un fatto risalente, ad esempio in considerazione delle funzioni svolte dal titolare dei dati personali (nel caso di specie un politico) la notizia permane nella memoria della rete Internet, oltre che nell'archivio del giornale informatico (dove l'archivio è caratterizzato dalla raccolta ordinata delle informazioni, per agevolarne l'accesso alla consultazione, mentre la memoria di Internet è un deposito di archivi e le notizie sono poste sullo stesso livello). In questo caso, però, l'informazione occupa la memoria, ma deve essere collegata a quella più recente, altrimenti l'informazione complessiva risulta parziale e, sostanzialmente, non esatta. Qui il soggetto onerato non è il motore di ricerca, nel caso di specie era Google, ma il titolare del sito, quindi RCS Quotidiani, che deve attivarsi per il raggiungimento dello scopo

dell'aggiornamento della notizia mentre sul giudice di merito ricadrà l'onere pratico di individuare la misura cautelare che consenta l'effettiva fruizione della notizia aggiornata, riempiendo di contenuti un provvedimento che dovrà fornire le indicazioni sulle modalità da adottare per tutelare adeguatamente un rivisitato diritto all'oblio.

## 7. RISARCIBILITÀ DELLA LESIONE DEL DIRITTO ALLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI

È evidente che dopo avere riempito di contenuti giuridici i nuovi diritti connessi all'attività informatica, avere individuato l'autorità nazionale competente, il problema si sposta dalla richiesta di inibitoria alla risarcibilità del danno. Qui le decisioni della Corte di legittimità hanno tracciato una direzione abbastanza netta, affermando il principio secondo cui non esiste un automatismo tra disposizioni del codice della privacy e lesione del diritto alla riservatezza o del diritto alla protezione dei dati personali.

In primo luogo, il pregiudizio configurabile rientra nella macro categoria del danno non patrimoniale da lesione della protezione dei dati personali, tutelato, oltre che dall'articolo 15 della legge n. 196 del 2003, anche dagli articoli 2 e 21 Cost, nonché dall'articolo 8 della CEDU (Cass. 15 luglio 2014, n. 16133). Ma il riferimento normativo alle disposizioni poste a tutela della protezione dei dati personali costituisce profilo necessario, ma non sufficiente alla risarcibilità, poiché la natura giuridica di danno non patrimoniale assoggetta tale forma di pregiudizio al filtro definito dalle sentenze della Cassazione civile a Sezioni Unite di San Martino. Il riferimento è al bilanciamento con il principio di solidarietà, previsto dall'articolo 2 Cost., per cui è risarcibile solo il danno che sia grave e serio e cioè offenda, in modo rilevante, l'interessato.

Ricorre l'ipotesi di danno conseguenza e non di danno evento, per il quale è necessario dimostrare

in concreto il pregiudizio e cioè provare l'incidenza negativa degli effetti dei dati personali illegittimi sulla sfera delle relazioni sociali e parentali dell'interessato (in questi termini: Cass. 3 luglio 2014, n. 15240 e Cass. 5 settembre 2014, n. 18812).

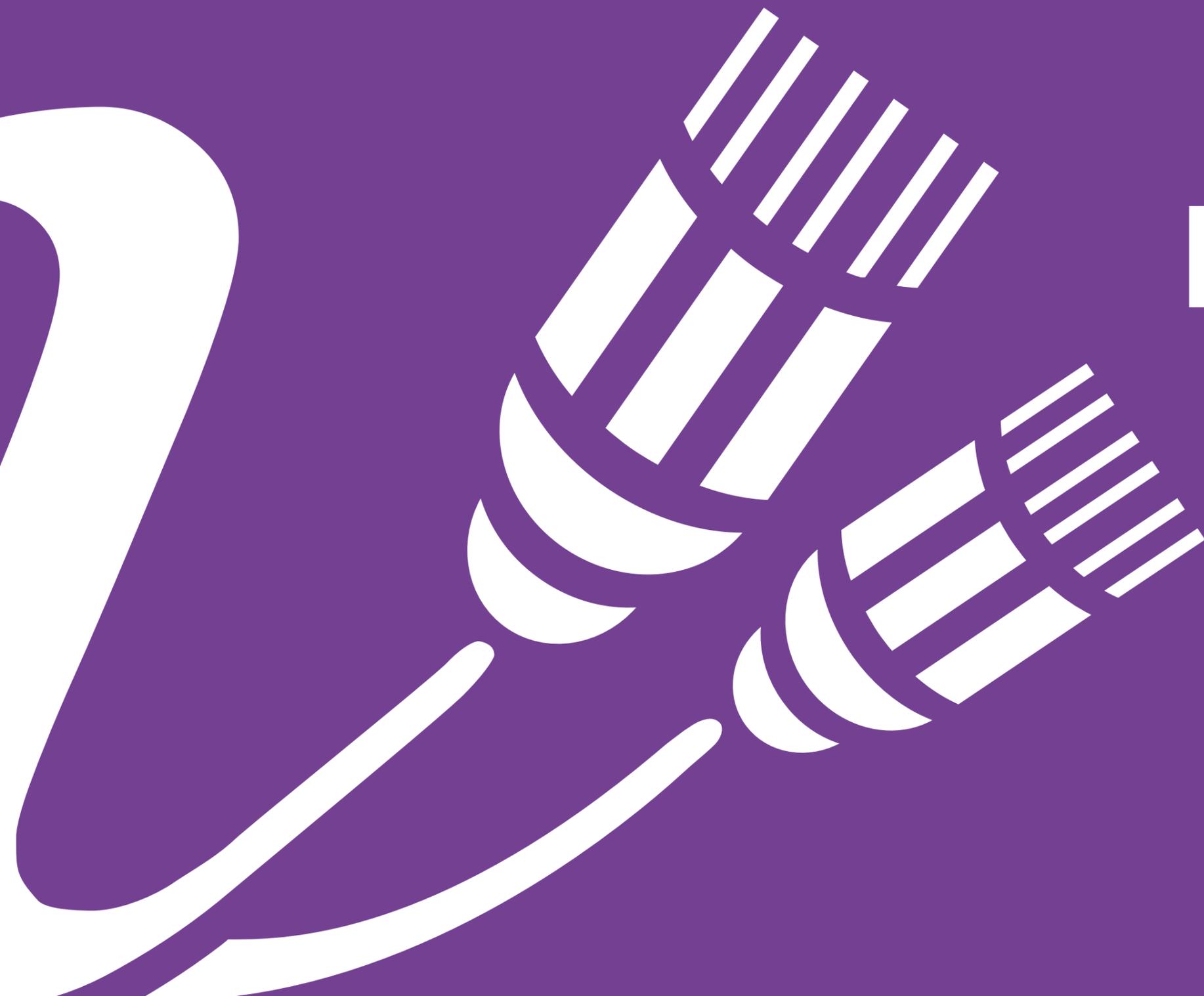
Si tratta, da un punto di vista della valutazione di legittimità, di una indagine prettamente in fatto sulla gravità della lesione e sulla serietà del danno che ovviamente è rimessa al giudice di merito e che, se congruamente motivata, non è sindacabile in cassazione. In conclusione, una volta dimostrata la esistenza di un danno conseguenza, fondato su elementi di prova, anche desumibili da presunzioni, occorre superare l'ulteriore filtro rappresentato dal principio di non risarcibilità dei danni che non superano la soglia di serietà e gravità, cioè i "danni bagatellari" oggetto delle decisioni di San Martino del 2008 della Corte di Cassazione che individua tali pregiudizi tra quelli che rientrano nella normale dimensione di tollerabilità della convivenza sociale (in questi termini: Cass. 13 ottobre 2016, n. 20615).

## 8. AREE INESPLORATE E CONCLUSIONI

È evidente che tali tematiche aprono nuovi scenari ancora non esplorati come ad esempio l'individuazione degli strumenti giuridici necessari per la gestione dei dati personali presenti su Internet da parte degli eredi, dei congiunti dell'interessato o di chi ne amministra l'interesse. Il problema, infatti, si pone su due piani differenti, quello delle norme in tema di successione riguardo all'eredità digitale di un soggetto, presente attraverso i dati memorizzati in supporti informatici di varia natura (dai dati personali su *social network*, a quelli presenti su *smartphone, tablet o pen drive*) e quello della disciplina contrattuale relativa al rapporto tra i provider del web e i soggetti incaricati di dare esecuzione alla volontà del titolare dei dati personali o a tutelarne la posizione (amministratore di sostegno, tutore, fiduciario, esecutore testamentario ecc).

Alla luce di quanto precede e del quadro ancora

magmatico delle posizioni soggettive tutelabili e della conseguente necessità di interpretare disposizioni di legge, spesso datate, al fine di disciplinare fattispecie fattuali talvolta neppure immaginate dal legislatore, occorre ribadire che il compito del giurista è quello di interpretare il sistema esistente per verificarne la tenuta e adattare alla nuova realtà, benché in continua evoluzione, gli istituti e le discipline esistenti, in tendenziale coerenza con i principi generali che si ritengono di persistente validità. Compito questo, certamente non agevole. ●



# FINE VITA

# BIOTESTAMENTO E NEUROPSICHIATRIA

## CONSAPEVOLEZZA E CAPACITÀ DI GIUDIZIO

**Vincenzo Bonavita**

Professore Emerito di Neurologia, Università Federico II, Napoli

**Carmine Vitale**

Ricercatore di Neurologia, Dipartimento di Scienze Motorie e del Benessere, Università Parthenope, Napoli

Il tema dei problemi etici in neurologia è un tema antico e allo stesso tempo complesso soprattutto quando si affrontano concetti quali la capacità di giudizio e la consapevolezza di malattia: già venti anni fa una revisione di Bernat sull'argomento si concludeva con 893 voci bibliografiche.<sup>1</sup> Questo articolo è dedicato all'analisi di alcuni dei problemi che nascono quando il biotestamento incontra la neuropsichiatria.

Tre premesse: 1. Il rispetto per l'autonomia decisionale è universalmente riconosciuto quale principio etico fondamentale, ma sussiste anche accordo unanime sul peso relativo di tale principio rispetto ad altri non rinunciabili; 2. numerose e diverse per eziologia e decorso sono le malattie neuropsichiatriche caratterizzate dalla perdita progressiva delle capacità su cui si fonda l'autonomia decisionale dell'individuo e la sua consapevolezza di malattia; 3. se queste sono le prime due premesse, sarà inevitabile accettare che la relazione terapeutica tra medico e paziente dovrà essere rivolta a promuoverne l'autonomia residua nelle diverse fasi di malattia al fine di

condividere obiettivi esistenziali e di sostegno, evitando il ricorso a pratiche automatiche relative ai bisogni assistenziali e terapeutici del paziente<sup>2</sup>

### 1. LA CONSAPEVOLEZZA DI MALATTIA IN NEUROPSICHIATRIA

La consapevolezza di malattia nelle patologie neuropsichiatriche è un problema clinico che ha richiesto un crescente impegno speculativo e ha stimolato la ricerca scientifica negli ultimi anni. La mancanza di consapevolezza di malattia ha infatti importanti ricadute nella cura e gestione del paziente, soprattutto in rapporto ai bisogni terapeutici e al supporto assistenziale delle fasi avanzate e/o terminali di malattia.<sup>1</sup> Il concetto di consapevolezza può essere declinato in diverse accezioni di significato in rapporto al contesto clinico da cui è mutuato. La prima fa riferimento al termine di *anosognosia*, acquisito alla neuropsicologia da un precedente uso in neuropsichiatria per indicare la mancanza di consapevolezza di un deficit

2 C.A. Defanti et al., per il Gruppo di Studio di Bioetica e Cure Palliative in Neurologia della Società Italiana di Neurologia\*(2007): Ethical questions in the treatment of subjects with dementia. *Neurol Sc* 224-231

neurologico secondario ad una lesione focale cerebrale.<sup>3</sup> Il termine *awareness*, traducibile come consapevolezza, è adoperato per designare la consapevolezza di malattia mentale nei pazienti psichiatrici, considerati generalmente come non consapevoli della propria condizione clinica.<sup>4</sup> Il termine *insight*, mutuato dalla letteratura psicoanalitica, riguarda invece la capacità di introspezione, è spesso adoperato in maniera intercambiabile, ma a nostro parere impropria, con quello precedente di *awareness*.<sup>5</sup>

Le ricerche condotte sul concetto di consapevolezza ne analizzano il contenuto distinguendone diversi aspetti: consapevolezza di un cambiamento in corso, consapevolezza di un sintomo specifico (come un disturbo di memoria), consapevolezza del significato e delle conseguenze del sintomo, consapevolezza di avere una malattia e quale.<sup>5</sup> La maggior parte di tali studi prende perlopiù in esame la consapevolezza dei deficit neuropsicologici (memoria, funzioni esecutive, funzioni visuo-spaziali, etc.), più raramente quella dello stato funzionale e dei disturbi comportamentali, adottando implicitamente un paradigma biomedico, mentre solo una parte minore della letteratura mette in rilievo i fattori psicosociali che possono influire sulla consapevolezza di malattia.<sup>1</sup>

Nella pratica clinica la misura della consapevolezza di malattia viene effettuata mediante colloqui clinici,

3 Migliorelli R, Teson A, Sabe L et al (1995) Anosognosia in Alzheimer's disease: a study of associated factors. *J Neuropsychiatry Clin Neurosci* 7:338-344

4 Aalten P, Van Valen E, Clare L et al (2005) Awareness in dementia: in the eye of the beholder. *Aging Mental Health* 9:414-422

5 Markova IS, Berrios GE (1995) Insight in clinical psychiatry revisited. *Compr Psychiatry* 36:367-376

o attraverso la somministrazione di interviste semistrutturate e questionari standardizzati volti a misurare eventuali discrepanze tra le valutazioni soggettive dei pazienti e quelle dei loro familiari (*caregivers*), o tra le valutazioni dei pazienti e quelle fornite da misure obiettive di funzione (test neuropsicologici). Per ognuna di tali procedure è possibile identificare limiti e vantaggi che ne condizionano l'impiego e la validità. La misura delle discrepanze basata sul giudizio di funzione fornito dal *caregiver* deve tener conto della possibile sovrastima dei deficit del paziente operata dal familiare e mutuata in parte dalle difficoltà di gestione che la condizione di malattia genera nella pratica quotidiana; allo stesso tempo occorre considerare la possibile sottostima dei deficit neurologici da parte dei pazienti, insita nella condizione neurologica di base. Infine, l'esposizione del paziente al giudizio non neutrale del valutatore rischia di generare nello stesso un'attesa negativa derivante dalla procedura formale di valutazione.

La consapevolezza di malattia può essere preservata nelle fasi iniziali di molte malattie neuropsichiatriche, sia organiche che funzionali, mentre è variamente compromessa o assente nelle fasi intermedie e avanzate di malattia, come appare evidente nelle demenze.<sup>6,7</sup> I fattori psicosociali intervengono soprattutto nelle fasi iniziali della malattia, mentre quelli neurologici prevalgono nelle fasi avanzate. Numerosi studi hanno analizzato la relazione fra consapevolezza

6 McDaniel KD, Edland SD, Heyman A (1995) Relationship between level of insight and severity of dementia in Alzheimer disease. CERAD Clinical Investigators. Consortium to Establish a Registry for Alzheimer's Disease. *Alzheimer Dis Assoc Disord* 9:101-104

7 Zanetti O, Vallotti B, Frisoni GB et al (1999) Insight in dementia: when does it occur? Evidence for a nonlinear relationship between insight and cognitive status. *J Gerontol Psychol Sci* 54:100-106

e sintomi psichiatrici. Secondo alcuni autori ad alti livelli di consapevolezza corrisponderebbe un maggior rischio di depressione e ansia,<sup>8</sup> mentre l'apatia sarebbe associata ad un minor grado di consapevolezza di malattia per la compromissione selettiva dei circuiti neuronali coinvolti in tale funzione.<sup>9</sup>

## 2. CAPACITÀ DI GIUDIZIO E MALATTIE NEUROPSICHIATRICHE

Il documento redatto dal Gruppo di Studio di Bioetica e Cure Palliative in Neurologia della Società Italiana di Neurologia adotta una definizione della capacità di giudizio mutuata dai concetti giuridici di competenza e mental capacity della letteratura anglosassone,<sup>1,9,10</sup> secondo cui la "capacità di agire o capacità naturale è la capacità di decidere o di compiere azioni che possono avere rilievo giuridico per la persona stessa o per gli altri". Nel presente contesto ci riferiremo a questa definizione della capacità di giudizio, distinguendola dai concetti affini di *abilità cognitive* e di *capacità funzionali*. La disciplina legale che regola il tema della capacità ha pertanto come obiettivo la tutela dell'autonomia della persona, cui si riconosce il diritto di decidere per sé stessa e di far valere tale giudizio anche qualora non sia più in grado di esercitare la sua autonomia. Nella pratica clinica la capacità in tema di decisioni sanitarie, viene tutelata dall'istituto del consenso informato,

riconosciuto unanimemente come preconditione di ogni atto medico. La corretta applicazione del consenso informato impone la verifica di alcuni presupposti secondo uno schema condiviso che contempla un'informazione medica esauriente, una comprensione adeguata da parte del paziente che, dopo averne integrato il contenuto nel complesso delle proprie esperienze e conoscenze, ha la libertà, se ne possiede la capacità, di decidere in assenza di restrizioni o fattori condizionanti.<sup>11</sup>

Il concetto di capacità finora considerato si presta a diverse critiche che ne rendono l'applicazione di fatto subordinata alla verifica delle condizioni sopra elencate, soprattutto per quanto attiene al giudizio di capacità in campo neuropsichiatrico. Fatta eccezione per quelle condizioni in cui viene richiesta una verifica formale della capacità di giudizio di un soggetto, con riferimento specifico ad alcune condizioni patologiche quali il ritardo mentale e le demenze nelle diverse espressioni cliniche riconosciute, la regola contemplata dal legislatore prevede che la capacità di giudizio venga presunta fino a prova contraria. Nei casi controversi l'eventuale incapacità viene valutata mediante colloquio clinico e somministrazione di interviste semistrutturate (la scala più adoperata per tale scopo essendo la MacArthur Competence Assessment Tool-Treatment),<sup>12</sup> esploranti 4 domini o abilità funzionali che includono: comprensione, valutazione, capacità di ragionare e di esprimere una scelta. Tuttavia, nell'assunzione implicita di capacità desunta dal contesto giuridico, risiede a nostro parere, uno dei principali limiti all'applicabilità di tale definizione soprattutto quando si tiene

conto del rapporto complesso, e talora difficilmente dissociabile, che esiste tra capacità di giudizio ed efficienza cognitiva globale e tra capacità di giudizio e consapevolezza di malattia.

In generale esiste una relazione tra capacità e livello cognitivo, misurato ad esempio con strumenti formali standardizzati,<sup>13</sup> anche se la valutazione cognitiva non è predittiva in sé della capacità. Analogamente, l'incapacità è correlata con uno stato mentale alterato ma non si identifica con esso. La malattia mentale, sia organica che funzionale, rappresenta pertanto un fattore di rischio per l'incapacità, ma non la comporta inevitabilmente. È stato altresì dimostrato<sup>14</sup> che esiste una correlazione tra consapevolezza di malattia e capacità che è di tipo sia causale che concettuale: la capacità di agire è possibile solo in presenza di un certo grado di consapevolezza. La comprensione dell'informazione e la valutazione della situazione sono pertanto privi di contenuto se manca la consapevolezza di malattia, almeno nelle situazioni in cui un soggetto deve prendere una decisione riguardante il suo stato di salute (per esempio fornire un consenso per l'adesione ad una cura medica).<sup>15</sup>

La capacità inoltre (o l'incapacità) è sempre relativa al compito che la persona ha di fronte e alla situazione data oltre che alle conseguenze della decisione. Pertanto un soggetto può non essere più in grado di svolgere alcune attività quotidiane, ma essere ancora capace di aderire ad un trattamento medico in rapporto ai diversi profili di rischio/beneficio. La capacità di giudizio infine, può subire variazioni nel tempo in relazione alle diverse fasi di malattia e alla sua intrinseca evoluzione, oltre che alla presenza di un trattamento farmacologico e/o di altro tipo di sostegno terapeutico, ed è pertanto dipendente dal momento della valutazione.

## 3. IL PROCESSO DECISIONALE NEI PAZIENTI CON PATOLOGIE NEUROPSICHIATRICHE

Con le limitazioni derivanti dalle considerazioni sopra esposte ed in linea con le recenti disposizioni giuridiche in tema di biotestamento, discuteremo di seguito i principi direttivi che disciplinano le decisioni terapeutiche nelle condizioni di incapacità con specifico riferimento alle patologie neuropsichiatriche.<sup>1,16,17</sup> Seguendo tali direttive possiamo identificare tre principi a tutela della continuità decisionale di un soggetto nei diversi aspetti della sua vita, salute, relazioni ed eventuali trattamenti e ne garantisca altresì l'attuazione nelle circostanze in cui non è più capace di esprimere tale giudizio.

1. Come già sottolineato a più riprese la diagnosi di malattia neuropsichiatrica di per sé non implica necessariamente la perdita decisionale. L'autonomia decisionale nel paziente con

8 Derouesne C, Thibault S, Lagha-Pierucci S et al (1999) Decreased awareness of cognitive deficits in patients with mild dementia of the Alzheimer type. *Int J Geriatr Psychiatry* 14:1019-1030

9 Mental Capacity Act (2005) [www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/20050009.htm](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/20050009.htm)

10 Wong JG, Clare CH, Gunn Ng, Holland AJ (1999) Capacity to make health care decisions: its importance in clinical practice. *Psychol Med* 29:437-446

11 Beauchamp TL, Childress JF (2001) *Principles of biomedical ethics*, 5th edn. Oxford University Press, New York

12 Grisso T, Appelbaum PS, Hill-Fotouhi C (1997) The MacCAT-T: a clinical tool to assess patients' capacities to make treatment decisions. *Psychiatr Serv* 48:1415-1419

13 Marson D, Cody HA, Ingram KK, Harrell LE (1995) Neuropsychological predictors of competency in Alzheimer's disease using a rational reasons legal standard. *Arch Neurol* 52:955-959

14 Pucci E, Belardinelli N, Borsetti G et al (2001) Information and competency for consent to pharmacological trials in Alzheimer disease: an empirical analysis in patients and family caregivers. *Alzheimer Dis Assoc Disord* 15:146-154

15 Stewart R (2006) Mental health legislation and decision making capacity. *Autonomy in Alzheimer's disease is ignored and neglected. BMJ* 332:118-119

16 Brock D, Buchanan A (1989) *Deciding for others: the ethics of surrogate decision-making*. Cambridge University Press, Cambridge

17 Ditto PH, Danks JH, Smucker WD et al (2001) Advance directives as acts of communication. *Arch Intern Med* 161:421-430

malattia mentale deve pertanto essere considerata come un “concetto dinamico” valutabile nelle diverse fasi della malattia e in relazione al tipo di decisione da prendere. Tale principio risulta fondamentale ai fini delle *dichiarazioni anticipate di trattamento* (DAT), il documento redatto dalla persona nel pieno possesso delle sue facoltà, nel quale siano poste in evidenza le preferenze circa le misure assistenziali o altri tipi di scelta terapeutica in previsione della possibile incapacità di intendere e di volere. In alternativa il legislatore ha previsto la possibilità di affidare ad un fiduciario la facoltà di decidere in merito alle prospettive terapeutiche illustrate dal medico (*proxy directives*), sulla base di un mandato ampio o di una lista di disposizioni a cui attenersi, nei casi in cui il soggetto interessato non sia più in grado di farlo in prima persona. Al di là del loro innegabile valore, le direttive anticipate non consentono di dirimere una serie di dubbi che derivano dalla loro applicazione. In questa circostanza occorre ricordare come la presunzione di capacità valga fino a prova contraria e venga applicata di fatto salvo che nelle condizioni in cui essa è palesemente assente (come nello stato di coma o nei ritardi mentali gravi), in cui non viene richiesta una valutazione formale. Negli altri casi possono sussistere dubbi sulla capacità del soggetto al momento della stesura del documento e sul grado di informazione nei riguardi della malattia che conduce poi all'incapacità. Inoltre, nell'intervallo temporale che intercorre fra la loro formulazione e la successiva applicazione, possono intervenire mutamenti nelle condotte terapeutiche e quindi nella prognosi della malattia, tali da sovvertire le premesse della decisione. Infine, gli interessi del paziente nella situazione di malattia (e di non-capacità) possono mutare rispetto al passato cosicché il dar corso alla direttiva entra in conflitto con quello che appare essere l'interesse attuale dello stesso paziente.<sup>17</sup> Per le ragioni fin qui

riportate, riteniamo che lo strumento delle direttive anticipate sia di fatto utilizzabile solo in alcune fasi delle malattie neuropsichiatriche, quando consapevolezza e capacità sono preservate (di qui l'importanza della valutazione preliminare di tali funzioni anche quando non richieste da una necessità giuridica) e a condizione che il paziente sia informato sulla sua condizione clinica futura oltre che attuale.

2. In assenza di un documento programmatico redatto in prima persona dal soggetto o di un fiduciario cui sia stato affidato il compito decisionale, è possibile chiedere il cosiddetto giudizio sostitutivo ad una persona vicina al paziente che possa decidere in sua vece, in continuità e nel rispetto del sistema di valori, degli orientamenti e delle convinzioni dello stesso desunte dalla frequentazione, conoscenza e condivisione da parte del decisore sostitutivo. La presenza di un fiduciario consentirebbe anche di superare i limiti delle eventuali direttive anticipate di trattamento, che possono non contemplare le possibili evoluzioni in termini di assistenza sanitaria e di ricerca. Ciononostante, il principio del giudizio sostitutivo non è del tutto esente da critiche dal momento che spesso i fiduciari non hanno un'idea chiara del compito e degli oneri loro affidati e che vi può essere disaccordo tra il giudizio da loro formulato e quello (presunto) del diretto interessato.<sup>18,20</sup>

18 Caltagirone C, Bianchetti A, Trabucchi M et al; Italian Association of Psychogeriatrics (2005) Guidelines for the treatment of Alzheimer's disease from the Italian Association of Psychogeriatrics. *Drug Aging* 22[Suppl 1]:26

19. Emanuel EJ, Emanuel LL (1992) Proxy decision making for incompetent patients. *JAMA* 267:2067–2071

20. Defanti CA (2004) In Voltz R, Bernat JL, Borasio GD et al (eds) *Palliative care in neurology*. Oxford University Press, New York

3. Quando infine non sia possibile identificare un decisore sostitutivo o ricostruire le volontà del paziente la decisione in tema di trattamento sanitario, in tutte le sue declinazioni, può essere presa in base a quanto si ritiene essere il *migliore interesse* (*best interest*) del paziente. L'applicazione di questo principio, espone potenzialmente il malato alla proiezione su di lui del sistema di valori proprio del medico o della società, proiezione che può talvolta entrare in conflitto con i valori propri del soggetto. Più di recente il principio del migliore interesse tende ad essere invocato (ad esempio nel *Mental Capacity Act*)<sup>9</sup> come unico principio guida, di cui però viene data un'interpretazione estensiva, nel senso che in esso confluiscono le scelte di un'ipotetica “persona ragionevole”, corrette alla luce di quanto si sa delle preferenze del paziente e tenendo conto delle linee guida della comunità medica circa la malattia in oggetto.<sup>1,9</sup>

## CONCLUSIONI

In conclusione, il paziente neuropsichiatrico deve essere riconosciuto come persona in ogni fase della sua malattia. La sua condizione di inconsapevolezza o di difficoltà relazionale non può giustificare alcuna forma di discriminazione e stigmatizzazione a prescindere dai cambiamenti cognitivi o comportamentali dovuti alla malattia. A tal proposito, non solo il livello di consapevolezza non deve essere confuso con la capacità di prendere decisioni, ma entrambi questi aspetti devono essere valutati separatamente nei vari ambiti di vita quotidiana. L'autonomia decisionale del paziente deve pertanto essere considerata come un “concetto dinamico” variabile nelle diverse fasi della malattia e in relazione al tipo di decisione da prendere. L'interpretazione e valutazione di funzioni complesse quali la capacità di giudizio e la consapevolezza nelle malattie neuropsichiatriche, e l'applicazione giuridica che ne consegue, impone a nostro giudizio la verifica preliminare di tali facoltà come prerequisito essenziale alle scelte

inerenti i trattamenti palliativi e le cure di sostegno potenzialmente adottabili nell'evoluzione clinica di tali condizioni, a garanzia e tutela dell'autonomia della persona, anche quando tali capacità siano irrimediabilmente alterate dalla malattia mentale. ●

# RIFLESSIONI IN PROPOSITO DI SPERSONALIZZAZIONE DELLE DETERMINAZIONI GIURISPRUDENZIALI IN MATERIE AVENTI AD OGGETTO TEMI ETICI COME IL FINE-VITA E L'EUTANASIA

**Gaetano Bono**

Sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Siracusa

L'Autore svolge alcune riflessioni a voce alta, interrogandosi sui limiti entro cui è consentito al giudice di muoversi quando è chiamato a decidere su vicende che attengono a diritti fondamentali o temi etici, come fine-vita ed eutanasia, ponendo l'attenzione sul rischio di invasione di campo in prerogative proprie del legislatore.

In particolare viene approfondita la questione del fine-vita, anche alla luce della nuova legge sul testamento biologico n. 219/2017, nonché della recentissima ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 cod. pen.

## RIFLESSIONI IN PROPOSITO DI SPERSONALIZZAZIONE DELLA DETERMINAZIONI GIURISPRUDENZIALI IN MATERIE AVENTI AD OGGETTO TEMI ETICI COME IL FINE-VITA E L'EUTANASIA

Interrogarsi sulle scelte interpretative del

magistrato<sup>1</sup> in materia di diritti fondamentali o di temi etici, specie laddove sia carente un'espressa regolamentazione normativa, significa interrogarsi sul ruolo stesso del magistrato e sulla sua posizione nell'ordinamento.

Il tema è particolarmente delicato, in quanto involge ineluttabilmente la questione della dimensione politica della giurisdizione e, per ragioni di economia espositiva, non è possibile in questa sede approfondire tutte le implicazioni che meriterebbero di essere esplorate: si pensi al sistema della gerarchia delle fonti, all'ermeneutica giuridica, alla separazione dei poteri, alla supplenza giudiziaria a fronte dell'inerzia del legislatore, etc.

Lo scrivente, con le presenti riflessioni, non intende

<sup>1</sup> Nel prosieguo, anche per evitare ripetizioni, si parlerà genericamente di giudice o magistrato o interprete, con generico riferimento alla funzione requirente o giudicante, sia di merito che di legittimità

affatto fornire soluzioni, nella consapevolezza di non possederne, ma vuole limitarsi a sollevare una serie di interrogativi alla ricerca di un confronto.

Entrando *in medias res*, uno degli aspetti che si intende mettere in evidenza è il rischio che nella funzione giurisdizionale si instauri la tendenza a riconoscere il crisma di diritto a qualunque pretesa soggettiva. In dottrina si ricorre all'efficace espressione di *"diritti-desiderio"* per stigmatizzare *"la rivendicazione come diritto di qualunque pretesa soggettiva, cioè di qualunque desiderio, espressione di una concezione dell'esistenza individualistica (ciò che esiste è solo il singolo con le proprie aspirazioni) e relativistica (non esiste nessun criterio oggettivo di giudizio esterno al soggetto)"*; ciò in quanto *"se la fonte dei diritti è il desiderio soggettivo in quanto tale, ogni diritto ha pari dignità, perché ogni desiderio si giustifica per il solo fatto di essere affermato"*.<sup>2</sup>

Il corollario della paventata tendenza è il rischio di trovarsi di fronte a decisioni che partono dalla conclusione - ossia dall'ineluttabile esigenza di rinvenire nell'ordinamento la sussistenza di un diritto "fondamentale" non codificato - e costruiscono la motivazione in guisa da dovere reggere tale conclusione.

Queste prime riflessioni possono condurre a interrogarsi su due aspetti particolarmente rilevanti: per un verso, emerge il grande tema della necessità di una spersonalizzazione nell'esercizio della funzione giudiziale che, tendenzialmente, dovrebbe valere per tutti gli incarichi pubblici ove il senso delle istituzioni dovrebbe imporre lo sforzo di spersonalizzare le decisioni, ma ciò vale ancora di più quando si è chiamati a svolgere un servizio incardinato in un potere dello Stato sia esso esecutivo, legislativo o giudiziario e, indubbiamente, per quest'ultimo assume una pregnanza ancora

<sup>2</sup> Cfr. Guido PIFFER, Tomaso Emilio EPIDENDIO *"Rapporto tra diritti fondamentali, giudici e politica"* in [www.ilsussidiario.net](http://www.ilsussidiario.net)

maggiore specie alla luce delle guarentigie di autonomia e indipendenza che sono al magistrato riconosciute proprio allo scopo di consentirgli di amministrare la giustizia con massima terzietà e imparzialità;

per altro verso, emerge l'antica questione del percorso di maturazione del convincimento del giudice in merito al quale, semplificando al massimo, si contrappongono la tesi dell'intuizione e quella della motivazione: secondo la prima, la decisione matura come una sorta di illuminazione improvvisa e lo sforzo motivazionale del giudice serve a giustificare ex post tale risultato e dunque la motivazione sarebbe una finzione; secondo la tesi contrapposta, invece, alla decisione il magistrato arriverebbe dopo un percorso psicologico che trova nella motivazione la sua fedele esposizione delle ragioni poste a fondamento della decisione.

Nell'uno e nell'altro caso, comunque, la necessità di decidere in maniera spersonalizzata costituisce una premessa imprescindibile.

Dunque il tema è lo sforzo che l'ordinamento giuridico richiede al magistrato di identificarsi con l'istituzione che rappresenta e di agire nella consapevolezza dei propri limiti ordinamentali, evitando il più possibile la personalizzazione della funzione.

Il compito non è semplice, anche perché rispetto all'auspicato canone settecentesco del "giudice bocca della legge" il mondo è cambiato e, fortunatamente, nel frattempo è entrata in vigore la nostra costituzione e si è affermato il canone ermeneutico della interpretazione della legge costituzionalmente e convenzionalmente orientata, tenendo dunque conto anche delle fonti sovranazionali e delle decisioni delle corti europee.

Quindi il sopra menzionato sforzo va necessariamente compiuto alla luce del dovere di non fermarsi alla *lettera legis* allorché questa contrasti con i principi costituzionali.

E, tra questi, il principio che più spesso viene invocato a fondamento della tendenza di adeguamento delle disposizioni legislative alla carta fondamentale è il principio di uguaglianza. *Nulla quaestio* sul punto, anche perché in sintesi si può dire che la nostra Costituzione è una legge fondamentale che trae la sua essenza ultima proprio sull'uguaglianza e dunque impone all'ordinamento di conformarsi a che non ci siano disparità di trattamento.

La questione, però, sorge tutte le volte in cui il principio di uguaglianza e gli altri parametri tratti dalla Costituzione divengono il *passerpartout* per introdurre regole che non trovano un'oggettiva giustificazione né in Costituzione né in altre fonti sovranazionali né nei principi fondanti l'ordinamento giuridico.

Ragion per cui si assiste a decisioni che trovano una giustificazione tautologica che finisce per coincidere con il personale giudizio di valore del magistrato.

Per giustificare tale deriva, spesso si sostiene che si tratta di un male necessario perché, a fronte dell'inerzia (quasi di un'abdicazione dell'onere di legiferare) del legislatore, il cittadino deve trovare un riconoscimento del proprio diritto e quindi il potere di intervento del giudice rappresenta una sorta di clausola di salvezza dell'ordinamento.

Ciò, però, non è sempre vero.

Si può, difatti, affermare che tutte le volte in cui manca una espressa previsione di legge si tratta di una lacuna che necessita di essere colmata in via interpretativa dal giudice? E l'inerzia del legislatore deve trovare per forza il suo rimedio in una pronuncia giudiziale? Oppure, invece, potrebbe trovare la sua censura nella scelta dell'elettorato che potrebbe sanzionare i propri rappresentanti in Parlamento al momento del rinnovo delle assemblee legislative?

Peraltro accedendo alla tesi favorevole al soccorso giudiziale si corre il rischio di un *arbitrium iudicis*

che rischia di essere pericolosissimo per la stessa tenuta del nostro ordinamento. Innanzitutto si rischia di rinunciare definitivamente alla garanzia dell'uniforme interpretazione della legge nel territorio nazionale, poiché a seconda della sensibilità del singolo giudice si possono avere delle pronunce del tutto discordanti: non solo da tribunale a tribunale ma addirittura da sezione a sezione dello stesso tribunale o, persino, da stanza a stanza in caso di giudice monocratico; con tutto ciò che ne consegue in termini di concreto rischio di disparità di trattamento e di perdita dell'uniforme applicazione della legge e della prevedibilità delle decisioni giudiziarie.

Prevedendo una immediata critica a questo ragionamento, si può dire che non si vuole stigmatizzare il fisiologico scostamento delle decisioni giudiziali, poiché l'oggetto del ragionamento non è l'interpretazione della legge - che ben può essere discordante da interprete ad interprete, com'è nella natura del diritto - ma è la creazione di una legge laddove manca l'addentellato normativo.

Né è in discussione l'interpretazione costituzionalmente orientata, ma si vuole piuttosto riflettere sul sistema di equilibrio tra poteri delineato dalla nostra Costituzione e, in particolare, ci si vuole chiedere se sia rispettoso della sovranità popolare il fatto di acconsentire a che la volontà legislativa venga formata non dai rappresentati del popolo, ma da alti funzionari dello Stato la cui legittimazione non deriva da un'elezione, bensì dal superamento di un pubblico concorso.

E non importa se poi quella norma di creazione pretoria intercetti o meno il convincimento che il popolo ha in quel momento storico: se, infatti, la decisione del giudice dovesse coincidere con il convincimento della maggioranza dei cittadini allora la conseguenza sarebbe grave perché l'elettorato verrebbe privato del diritto di censurare i suoi rappresentanti in Parlamento che

sono rimasti inerti; in altre parole, il legislatore verrebbe deresponsabilizzato e la maggioranza parlamentare si potrebbe avvantaggiare del compito di supplenza giudiziaria non prendendosi la responsabilità di regolamentare una determinata questione, magari spinosa e difficile da dirimere, così da potersi presentare dinanzi all'elettorato senza rispondere del fardello di non avere deciso, ossia di non avere esplicitato il dovere per cui era stato conferito il mandato parlamentare e, cioè, prendersi la responsabilità di trovare una sintesi in Parlamento per regolamentare le relazioni e i diritti dei consociati.

Se, invece, la decisione del giudice dovesse non coincidere con il convincimento della maggioranza dei cittadini allora la conseguenza sarebbe ancora più grave! Ci si troverebbe di fronte ad una indebita ingerenza nella sovranità dei cittadini, i quali non avrebbero rimedio alcuno, non potendo nemmeno esprimere nell'urna elettorale il proprio dissenso rispetto a una scelta statutale, in quanto tale scelta sarebbe stata presa da un organo, il giudice, che non è chiamato a rispondere ai consociati.

Ecco perché sarebbe più congruo astenersi dalla suggestione di dovere necessariamente colmare lacune in caso di mancata normazione di questioni che attengono all'etica o al sentimento religioso o ai valori morali.

Il rischio per tali materie è che, mancando un obiettivo ancoraggio normativo cui rapportare un'eventuale interpretazione analogica o comunque mancando un parametro valoriale univoco, il fondamento della decisione finisce per coincidere con il personale convincimento del singolo magistrato.

Si pensi alla questione del fine-vita, ossia all'attualissima questione relativa alla determinazione del singolo in ordine alle ultime volontà sulla propria esistenza e alla connessa problematica della eutanasia.

Dovendo mantenere entro ristretti limiti le presenti riflessioni, non si ripercorrerà la storia del percorso umano e giudiziario delle varie persone le cui vicende di fine-vita sono balzate agli onori delle cronache; basti un breve cenno alla più recente, ossia quella relativa a Fabiano Antoniani (alias DJ Fabo) che vede imputato l'esponente dei Radicali Marco Cappato per aiuto al suicidio, sulla scorta dell'imputazione coatta ordinata dal GIP di Milano dopo che il PM aveva chiesto l'archiviazione: l'imputato aveva portato Antoniani in Svizzera per uccidersi, essendo lo stesso impossibilitato a recarvisi da solo. Nella successiva udienza dinanzi alla Corte d'Assise il PM ha concluso per l'assoluzione e il giudice ha emesso un'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 cod. pen. nella parte *"in cui incrimina le condotte di aiuto al suicidio, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito criminoso"*.

Il fondamento della presunta incostituzionalità si mostra subito contraddittorio, in quanto il codice penale ha già previsto altrove (nell'art. 579 cod. pen.) la sanzione per l'omicidio di un uomo col consenso di lui. E, dunque, l'art. 580 cod. pen. punisce la condotta di determinazione o rafforzamento dell'altrui proposito suicidario, con l'ulteriore previsione residuale di sanzionare chi aiuta nel suicidio una persona che aveva già deciso di volere morire.

La norma incriminatrice è chiarissima: può non piacere, ma non emergono profili evidenti di incostituzionalità.

Bisogna ricordare, infatti, che, prima di introdurre un giudizio di legittimità costituzionale delle leggi in via incidentale, sospendendo il processo, il giudice deve previamente accertarsi che non sia possibile una interpretazione costituzionalmente orientata e che la questione sia non manifestamente infondata (oltre che rilevante); tale valutazione va fatta alla luce dei parametri costituzionali, ossia disposizioni

della Costituzione o di leggi costituzionali, ovvero di altre fonti da esse richiamate o che in esse trovano fondamento, che si suppongono violate.

Orbene, nel caso di specie, la Corte d'Assise ha affermato che: *“Deve ritenersi che, in forza dei principi dettati da Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo, all'individuo sia riconosciuta la libertà di decidere quando e come morire”*.

Eppure non si capisce da dove ciò si ricavi. Ma quel che si coglie è il tentativo di aprire la strada all'ingresso dell'eutanasia nel nostro ordinamento.

Ciò pur a spregio del fatto che il sistema normativo, nel suo complesso, offre chiari segnali di segno contrario: si pensi all'art. 32 Cost. (diritto fondamentale alla salute - l'unico diritto in tutta la Costituzione, peraltro, a vantare l'aggettivazione di “fondamentale”), all'art. 5 cod. civ. (sul divieto degli atti di disposizione del proprio corpo), all'art. 579 cod. pen. (omicidio del consenziente), all'art. 580 cod. pen. (istigazione o aiuto al suicidio) a tutta la normativa in materia di stupefacenti o di reati ambientali e così via.

E, soprattutto, da ultimo, il recente intervento normativo sul c.d. testamento biologico (n. 219/2017 in vigore dal 31.1.18), nel dettare la disciplina del “fine vita”, ha escluso l'eutanasia.

Si tratta di una normativa per la quale faticosamente il Parlamento è riuscito a trovare una sintesi tra le diverse anime politiche che componevano l'assemblea.

Ne consegue che, quandanche si volesse sostenere che alcune norme della nuova legge potrebbero suggerire una minima apertura e dunque si volesse individuare una lacuna nella mancata espressa trattazione del tema dell'eutanasia, tuttavia la si dovrebbe colmare non tramite un giudizio arbitrario di un singolo magistrato, ma alla luce delle norme dell'ordinamento.

Dal complesso delle norme vigenti, in particolare, si ricava che la vita è un bene indisponibile, altro che libertà di autodeterminazione o diritto al

suicidio! Il dato testuale di una pluralità di fonti comporta l'indisponibilità del bene giuridico vita e non può certo essere smentito da una forzata interpretazione dell'art. 8 C.E.D.U. e dalla petizione di principio di chi afferma la sussistenza di un (non meglio specificato) “diritto all'autodeterminazione anche quando si tratta di porre fine alla propria esistenza”.<sup>3</sup>

Al di là che si sia o meno d'accordo con l'eutanasia, il punto è che non si può demandare al giudice la decisione sulla sua introduzione nel sistema ordinamentale e costituzionale.

E, a maggior ragione, non lo si può fare sulla base del summenzionato e genericissimo “diritto all'autodeterminazione” perché si darebbe la stura a uno strumento pericolosissimo: ossia un contenitore da potere riempire a piacimento da parte del singolo magistrato con la conseguenza che si arriverebbe alla massima affermazione del relativismo dell'ordinamento giuridico, ossia alla negazione stessa della esistenza di un ordinamento.

L'antecedente logico di una tale ermeneusi è l'affermazione che esiste una lacuna nell'ordinamento che va colmata, perché altrimenti non verrebbe riconosciuto un qualche diritto che è invece ricavabile sulla scorta di un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata anche alla luce della giurisprudenza delle corti europee.

Ma anche questo è un ragionamento assertivo perché non è affatto vero che il silenzio del legislatore comporti una lacuna, ma secondo i tradizionali principi di interpretazione della legge dovrebbe ricavarsi una volontà negativa: *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

3 V. ZAGREBELSKY, “Tocca ai giudici supremi pronunciarsi sulla libertà di morire”, quotidiano “La Stampa” del 15.2.2018;

Orbene, tornando al tema del fine vita, la legge 219/2017 (a prescindere dai non pochi rilievi critici che si potrebbero fare), fa della volontà del paziente la chiave di volta della disciplina sul fine-vita e dell'attuazione del diritto alla vita e alla salute per come riconosciuti e tutelati dalla Costituzione; nella specie, venendo introdotto un obbligo generale di consenso informato per ogni atto medico, viene riconosciuto al paziente (o al rappresentante dell'incapace) un diritto soggettivo esigibile di determinare in via esclusiva ogni scelta medica, comprese l'idratazione e l'alimentazione artificiali, pur a fronte di una diffidente valutazione del medico, salvo ricorrere al giudice tutelare per la risoluzione del conflitto.

Dunque la legge 219/2017 dà un grandissimo valore al consenso del paziente, ma ciò non significa affatto dare fondamento ad un apodittico diritto all'autodeterminazione, poiché la novella legislativa va comunque ricompresa in una cornice normativa in cui il bene-vita permane come bene indisponibile. Pertanto, sebbene la volontà del paziente consenta qualunque scelta fino al rifiuto terapeutico, ciò non può comunque spingersi fino al riconoscimento dell'eutanasia, poiché il legislatore non l'ha espressamente previsto e il complesso delle norme vigenti va in senso contrario.

Sembrano riecheggiare le note dell'antichissimo conflitto tra norma statuale scritta e norma morale non scritta, per come sono state sempiternamente immortalate dal genio di Sofocle.<sup>4</sup> E, talvolta, viene

4 Nella tragedia di Sofocle viene narrata la vicenda di Antigone che, secondo la legge scritta, doveva essere condannata a morte per avere trasgredito l'editto di Creonte che aveva vietato la sepoltura della salma di suo fratello Polinice, essendosi costui macchiato di tradimento (come narrato nella tragedia dei “Sette contro Tebe”); si riporta la risposta che Antigone, confessando il proprio crimine, rese a Creonte il quale le chiedeva cinto delle sue azioni: *“Non pensavo che i tuoi editti avessero tanta forza che un mortale potesse trasgredire le leggi non scritte ma incrollabili degli*

invocato lo spirito di Antigone da parte di coloro che sostengono la tesi di dovere innovare la normativa dando cittadinanza nell'ordinamento a sempre nuovi diritti. Però, a ben vedere, il richiamarsi ad Antigone non coglie nel segno, poiché il suo anelito a trasgredire la legge scritta non era affatto fondato su un intimo giudizio di valore, ma al contrario era finalizzato a dare attuazione alle leggi degli dei ove fossero violate dalle leggi degli uomini. E cosa sono le leggi degli dei se non leggi universali ed eterne? E dunque precetti conosciuti ed evidenti e pertanto diversissimi da quelli che vengono di volta in volta giudizialmente ricavati tra le pieghe dell'ordinamento, ricorrendo spesso ad un'ermeneusi che rischia di cadere nella tautologia.

Precipitato logico è la mancanza del richiamo a criteri oggettivi che spesso manca in quelle pronunce innovative che sembrano rispondere unicamente alla coscienza del magistrato o, comunque, a un ristretto gruppo elitario che pretenderebbe quasi di “illuminare” le coscienze della maggioranza.

In definitiva, bisognerebbe che il magistrato avesse costantemente consapevolezza della dimensione politica della giurisdizione e andasse alla ricerca non della soluzione più corretta secondo il suo intimo sentire, ma della soluzione più corretta secondo le regole dell'ordinamento; fermo restando che, ove i limiti all'attività interpretativa rendessero in concreto un risultato dal magistrato ritenuto iniquo, ben potrebbe egli approfondirsi in *obiter dicta* in cui sviluppare le proprie considerazioni e, possibilmente, fornire un'indicazione alle assemblee parlamentari a modificare quella legge atta nel concreto a rendere risultati reputati non equi.

*dei. Infatti queste non sono leggi di oggi o di ieri, ma sempre vivono, e nessuno sa quando apparvero. E di esse io non volevo scontare la pena al cospetto degli dei”*; cfr. SOFOCLE, *Antigone*, vv. 441-496;

Lo sforzo di spersonalizzazione della funzione cui il magistrato è chiamato comporta il dovere di fugare il più possibile le decisioni assertive fondate su giudizi di valore: e ciò mediante l'ancoraggio al rigore metodologico nel senso di seguire regole oggettive di interpretazione delle norme nella consapevolezza dei limiti entro i quali al magistrato è consentito di operare. Ma senza che ciò significhi ridurre il tutto a una questione di metodo giuridico, poiché ciò potrebbe condurre a una nuova esaltazione di quel giuspositivismo che contribuì a fondare i totalitarismi novecenteschi.

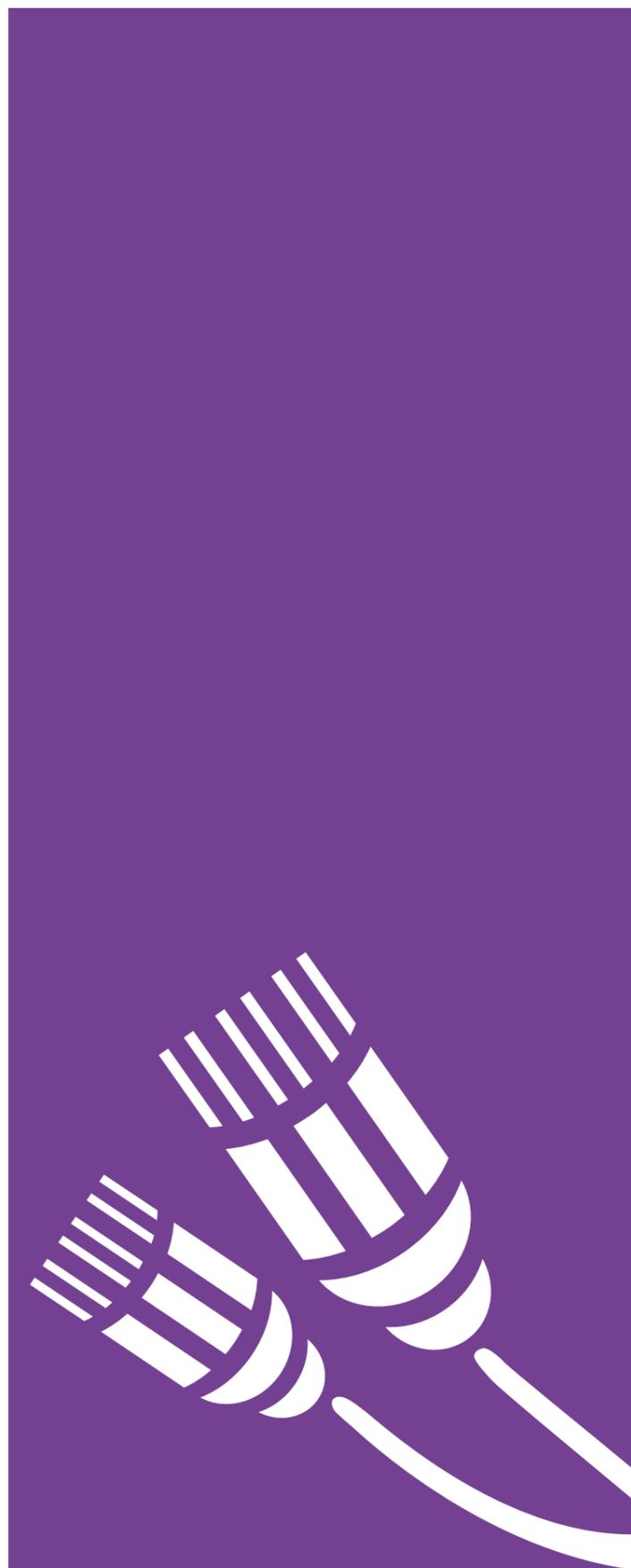
Il rigoroso rispetto dei limiti della giurisdizione costituisce il rimedio ultimo al pericolo di legittimare la presenza di una Corte Costituzionale o Corte EDU ad ogni circondario di Tribunale.

Piuttosto il singolo giudice, ove si accorgesse che non sarebbe possibile una lettura costituzionalmente orientata a meno che di creare la norma così da sostituirsi al legislatore, dovrebbe limitarsi a investire della questione la Corte Costituzionale, ossia l'organo cui è demandato il compito di risolvere il conflitto tra la volontà del legislatore e la Carta Costituzionale quale sintesi dei principi dell'ordinamento.

Queste sono le regole che ci siamo dati e i limiti entro cui il giudice dovrebbe muoversi.

Ma, in realtà, ciò non basta a fugare il rischio che il ricorso alla Consulta possa essere strumentalizzato per modificare leggi poco gradite o contrarie al personale convincimento del magistrato.

E, allora, potrebbe forse bastare un po' di onestà intellettuale che consenta di prendere coscienza del fatto che, dietro alcuni aneliti di innovazione dell'ordinamento per via giurisprudenziale, in fondo, si celano opzioni interpretative che sembrano più ideologiche che giuridiche.



# LA VICENDA ELUANA

## UN GRANDE CASO COSTITUZIONALE ITALIANO

Beppino Englaro

Il suo inizio risale al 18 gennaio 1992 a seguito di un incidente stradale con un gravissimo trauma encefalico e spinale che la fece precipitare da subito in uno stato di coma profondo.

Al momento dell'incidente era una studentessa universitaria e aveva da poco compiuto 21 anni. Eluana sin da bambina, in più occasioni, aveva manifestato un concetto molto ben definito di libertà e di dignità.

L'adolescenza e la maggiore età rafforzarono di molto il suo inesausto anelito per la libertà.

A seguito di alcuni incidenti stradali che avevano coinvolto dei suoi amici, aveva sollecitato in famiglia degli approfondimenti sulle tematiche della vita, della morte, della dignità e della libertà. In queste discussioni era emersa la sua straordinarietà di ragazza libera, forte e determinata con idee molto chiare riguardo la propria vita e il proprio stare al mondo. Non aveva espresso alcun tabù sul tema della morte ma, al contrario, aveva manifestato orrore per quelle mani altrui che avrebbero potuto profanare il suo corpo. Parlandone con noi aveva capito che questa era anche la posizione della sua famiglia e ne era orgogliosa.

Dal 17 gennaio 1991, esattamente un anno prima del suo incidente, aveva cominciato a fare visita al suo amico Alessandro che si trovava in stato di coma profondo a seguito di un incidente motociclistico, proprio nello stesso reparto di rianimazione nel quale sarebbe stata ricoverata lei solo un anno più tardi, il 18 gennaio del 1992. In

fatto di gravità e risultati le due vicende possono considerarsi identiche. Già al secondo giorno, tornata da una visita, Eluana decise di andare in chiesa ad accendere un cero perché Alessandro morisse, sorprendendo non poco con il suo gesto le sue carissime amiche. Non sorprese però noi genitori che conoscevamo troppo bene le reazioni fulminanti del nostro autentico "purosangue della libertà". Alessandro era "Furia" per lei, non poteva e non doveva rimanere imbrigliato da nessuno. Eluana la pensava come Leonardo Sciascia che nel suo libro "Una storia semplice" fa dire a un personaggio: "che a un certo punto della vita non è la speranza l'ultima a morire, ma il morire è l'ultima speranza".

La vicenda di Alessandro aveva costretto Eluana e noi a riflettere sui pericoli della rianimazione ad oltranza. Ci siamo chiesti come comportarci nell'eventualità di situazioni contrarie al nostro modo di concepire l'esistenza, ovvero in caso di stato vegetativo permanente. Uno stato che lo scrittore Guido Ceronetti nella sua Ballata dell'angelo ferito, dedicata a Eluana, definisce «privo di morte e orfano di vita».

Eluana aveva sottolineato l'armonia delle nostre posizioni familiari anche in una lettera dedicata a noi genitori e scritta in occasione del Natale del 1991, a meno di un mese dal suo incidente. Lettera che abbiamo ritrovato per caso dopo oltre quindici anni, sfogliando un suo libro. Non era raro infatti che lei scrivesse messaggi o lettere che poi non recapitava.

Ecco i passaggi più significativi:

“Una lettera! Qualcosa di MIO che dono a voi:

*Vi volevo ringraziare per tutto quello che mi avete DONATO, INSEGNATO e TRASMESSO in questi lunghi ventun anni trascorsi assieme.*

*Spero di non deludervi mai, perché vi posso assicurare che ne soffrirei più io di voi, poiché per voi oltre a provare un grande amore nutro anche una grande STIMA.*

*Sì, voi oltre a essere dei perfetti genitori siete anche due buone persone perché mi avete insegnato la bontà e la generosità, ma soprattutto grandi valori quali il rispetto verso se stessi e gli altri, il piacere di avere una famiglia SALDA, CALDA e AFFETTUOSA sulla quale si può sempre contare. Sì perché noi tre assieme formiamo un nucleo molto forte basato sul rispetto e l'aiuto reciproco”.*

Ecco, mia moglie e io non avevamo certo bisogno di questa lettera per sapere che cosa nostra figlia si aspettasse dalla sua famiglia. La riprova nei fatti è stata la nostra reazione in tempi reali nel far presente ai dottori la straordinarietà di Eluana, il suo spirito libero che come tale andava rispettato nei suoi convincimenti come avevamo fatto noi per ventun anni.

Francesca, oggi avvocato civilista e penalista, amica e compagna di classe di Eluana per tutto il corso dei cinque anni del liceo linguistico, la più affine a lei nel pensiero, è stata la prima a parlare con i medici dopo poche ore dall'incidente. Informata del gravissimo trauma encefalico e spinale e delle incognite cui sarebbe andata incontro la sua amica una volta strappata alla morte, si chiese da subito cosa avrebbe voluto Eluana in quella situazione. La risposta fu lapidaria: essere lasciata morire e basta.

Il 22 gennaio ci fu il primo incontro con il professor Riccardo Massei, responsabile dell'unità operativa

di rianimazione dell'ospedale di Lecco. Fu lui ad aggiornarci sulle condizioni di salute di Eluana per poi comunicarci che l'indomani (il 23 gennaio) sarebbe stata sottoposta a tracheotomia, intervento per il quale – ci disse – non era necessario il nostro consenso.

Restammo di sasso perché la tracheotomia era l'anticamera di un processo di rianimazione a oltranza come quello praticato ad Alessandro. Chiedemmo subito al professor Massei quale era lo stato dell'arte della medicina e con quale diritto potessero agire senza il nostro consenso. Ci rispose che in un caso così grave come quello di Eluana le incognite sulla sua evoluzione erano a trecentosessanta gradi, e che il diritto ad agire senza consenso era dettato dalla scienza, dalla coscienza, dal codice deontologico, dal giuramento ippocratico e dalla cultura della vita. Aggiunse che, in qualità di medici, non potevano “non curare” e che la rianimazione non poteva essere sospesa in alcun modo fino a che non fosse intervenuta la morte cerebrale.

La nostra risposta non si fece attendere. Spiegammo al professor Massei che le persone capaci di intendere e di volere non possono essere curate senza il loro consenso e che quindi ritenevamo assurdo che quelle stesse persone una volta diventate incapaci potessero perdere tutti i loro diritti e venissero discriminate. Conoscevamo troppo bene nostra figlia e sapevamo benissimo che imposizioni simili per lei erano inammissibili.

Non potevamo non agire, non “darle voce” visto che non poteva più parlare. Avevamo il dovere di trovare un dialogo per lei... ma le risposte che ottenemmo furono disarmanti. Ci dissero che in quella situazione non c'era niente da discutere, che c'erano al contrario dei protocolli clinici da rispettare e basta.

Da quel momento era scattato un meccanismo inarrestabile che puntava alla tutela del bene “vita” a

ogni costo. Un meccanismo che noi consideravamo infernale e disumano.

Abbiamo spiegato al professor Massei che di quella forma di potere assoluto esercitata su nostra figlia lui avrebbe dovuto rispondere fino in fondo. Avevamo sempre cercato di assicurare a Eluana le migliori cure e la migliore assistenza possibile ed eravamo riconoscenti a tutte le persone che si erano occupate di nostra figlia anche se in una situazione paradossale e contraria alle nostre convinzioni. Ma eravamo sempre più convinti che nella situazione in cui si trovava sarebbe stato giusto rispettare un “no, grazie” e lasciare che la morte giungesse. Ci animava solo un profondo amore nei suoi riguardi che comprendeva il rispetto del suo modo di essere e delle sue scelte di libertà. Sapevamo che per Eluana contava su tutto l'amore per la vita, ma non intesa come condanna a vivere. Abbiamo avuto decine di incontri con vari interlocutori dell'ambito sanitario, a volte affrontando anche contrapposizioni aspre, ma sempre in modo aperto e onesto, nel tentativo di far comprendere che la medicina non deve essere al servizio della non morte a qualsiasi costo ma al servizio della persona nella sua interezza.

Dopo due anni fu fatta chiarezza dal punto di vista medico sull'esito delle procedure di rianimazione. La diagnosi fu infausta: stato vegetativo permanente, come del resto non era da escludere dal primo incontro con il professor Massei.

Eluana in questo stato non aveva alcuna percezione del mondo intorno a sé, non vedeva, non sentiva, non parlava, non soffriva, non aveva emozioni. Aveva bisogno di assistenza in tutto e per tutto: veniva lavata, mossa, girata, nutrita e idratata da una sonda supportata da una pompa.

In definitiva si trattava di uno stato di morte relazionale.

Abbiamo avuto una discussione con il professor Massei anche sul caso inglese di Tony Bland,

giunto al suo epilogo nel marzo del 1993. Mia moglie e io, dopo la diagnosi definitiva del gennaio 1994, pensavamo che anche Eluana a quel punto avesse il diritto di vivere l'esperienza di Bland, ovvero di riprendere il processo del morire interrotto dalla rianimazione. Ma ci fu risposto che la cultura anglosassone si orientava in modo diverso e che in Italia non avremmo mai potuto ottenere una soluzione di questo tipo. In seguito abbiamo dovuto prendere atto che il nostro Paese non era ancora pronto ad accettare le considerazioni sulla libertà e i diritti personali che noi ritenevamo fossero opportune per nostra figlia.

Non trovavamo altri interlocutori e ci sentivamo come randagi che abbaiano alla luna, in un vero e proprio deserto. Sul finire del 1995, però, per caso ascoltammo in televisione un'intervista al neurologo Carlo Alberto Defanti che parlava degli stati vegetativi permanenti di origine iatrogena e riuscimmo a fissare un appuntamento con lui per un consulto. Al professor Defanti portammo la documentazione clinica di Eluana e lui la esaminò attentamente. Avemmo conferma di quello che pensavamo, ovvero che le migliori cure non avevano prodotto alcun risultato e che altre soluzioni, a differenza degli Stati Uniti e del Regno Unito, in Italia non erano mai state affrontate.

Defanti era anche il presidente della Consulta di Bioetica di Milano, associazione culturale apolitica e aconfessionale che si occupa di problemi bioetici. Nella Consulta c'era anche un gruppo di studio su vita, morte e persona che lui seguiva da molto tempo. Ci propose un incontro all'interno della Consulta (dove non mancavano medici, giuristi, avvocati, filosofi e magistrati) per cercare di capire in quale modo si potesse dare un'impostazione giuridica alla vicenda di nostra figlia e ai nostri convincimenti. Finalmente non eravamo più soli ed era finito l'incubo di sentirci smarriti nel deserto o peggio la sensazione di essere trattati come bambini all'asilo, soprattutto quando ci sentivamo rispondere che dovevamo sapere che, se le cose

andavano in un certo modo, voleva dire che non si poteva fare diversamente.

La Consulta ci aiutò a mettere a punto una strategia giuridica che sarebbe stata portata avanti dall'avvocato Maria Cristina Morelli con il supporto del magistrato Amedeo Santosuosso, entrambi membri del gruppo di studio del professor Defanti. La strategia giuridica della vicenda dal 2004 in poi è stata dell'avvocato Vittorio Angiolini con la collaborazione dell'avvocato Giuseppe Campeis nella parte finale di Udine. Dal 2005 in poi la curatrice speciale di Eluana è stata l'avvocato Franca Alessio.

La prima risposta concreta, ben articolata riguardo a principi di grande interesse dell'autodeterminazione dei soggetti in stato vegetativo permanente, la ricevemmo nella sentenza della Corte di Appello di Milano del dicembre 1999. La Consulta la pubblicò nel primo numero del 2000 della sua rivista «Bioetica» e organizzò un incontro presso l'Università degli studi di Milano il 14 giugno del 2000 per un dibattito teso a sensibilizzare la pubblica opinione su questo tema.

Nello stesso giorno, per la prima volta in Italia un giornale («La Repubblica») dedicò una pagina intera alle problematiche che poneva la vicenda Eluana e il suo caso trovò spazio nei tre telegiornali della Rai e di Mediaset.

Il 14 giugno 2000 ci fu anche un appello scritto alle istituzioni per quelle migliaia di persone che aspettavano una risposta sullo stato vegetativo permanente. Il grande giornalista Pulitzer si era già espresso più di un secolo fa facendo presente che «un'opinione pubblica ben informata è come una corte suprema». Nella società italiana era la prima volta che veniva posta una problematica del genere. Dopo la sentenza della Corte d'Appello di Milano del dicembre 1999 ci sono state altre cinque sentenze negative: due dal tribunale di Lecco, due dalla Corte d'Appello di Milano e una dalla Corte Suprema di

Cassazione. Ma la sentenza che ha dato la svolta definitiva alla vicenda è stata quella della Corte Suprema di Cassazione del 16 ottobre 2007 che ha cassato tutte le precedenti sentenze rimettendo il tutto a una diversa sezione della Corte d'Appello di Milano. La Corte ha sottolineato che per riprendere il processo del morire dovevano essere vagliate alcune condizioni: a) l'irreversibilità dello stato vegetativo b) i convincimenti, lo stile di vita e l'idea di dignità della ragazza. La sentenza ha chiarito una volta per tutte che l'autodeterminazione terapeutica non può incontrare un limite anche se ne consegue la morte e non ha niente a che vedere con l'eutanasia. Ha stabilito anche che, superata la necessità di un intervento di carattere medico derivante dallo stato di necessità, bisogna ricreare il dualismo medico-paziente, e che il suddetto paziente, attraverso un legale rappresentante, può rifiutare o accettare i trattamenti prospettati.

Ci sono voluti quindici anni e nove mesi, pari a 5750 giorni, per intravedere la possibile autodeterminazione di Eluana, per noi già chiara nel gennaio 1992.

Il Decreto della Corte d'Appello di Milano era arrivato il 9 luglio 2008 e ci era sembrato un ulteriore passo verso il riconoscimento dei diritti di Eluana. Dava la possibilità al tutore e al curatore speciale di far riprendere il processo del morire in una struttura clinica adeguata all'interno di parametri di scientificità e con precisi protocolli clinici. Ma gli ostacoli non erano finiti.

La Camera e il Senato sollevarono un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato davanti alla Corte Costituzionale. La Corte Costituzionale ci diede comunque successivamente ragione e il conflitto di attribuzione fu addirittura ritenuto inammissibile.

Il presidente della regione Lombardia Roberto Formigoni rifiutò di far accogliere Eluana in una struttura sanitaria della Lombardia. Comportamento del tutto illegale, come la sentenza del Consiglio

di Stato del settembre 2014 ha definitivamente chiarito.

Il presidente del Consiglio Silvio Berlusconi nel febbraio del 2009 tentò con un decreto (stoppato dall'allora presidente della Repubblica Giorgio Napolitano) di ostacolare ulteriormente l'attuazione delle sentenze che autorizzavano l'interruzione dei trattamenti sanitari per Eluana.

E, ancora, allora ministro della Salute Sacconi giunse a ricattare le strutture nazionali sanitarie che si fossero prestate all'attuazione del decreto.

Tutto questo, senza contare le falsità e il linguaggio offensivo utilizzato in questi anni da molti nei riguardi della nostra famiglia. Noi ci siamo sempre mossi nella legalità, nel rispetto delle sentenze e dei tempi della giustizia.

L'esperienza della vicenda Eluana ci ha permesso di conoscere i rischi di una medicina che non riesce fino in fondo a essere una medicina al servizio della persona nella sua complessità ed interezza.

Dopo tutto quello che è accaduto e dopo i definitivi pronunciamenti della magistratura ora sappiamo che non può esistere una condanna a vivere e che le scelte sul fine vita appartengono a ciascuno di noi in base al primato della nostra coscienza. Questo è il messaggio di Eluana che non potremo dimenticare

## UNA NOTA PERSONALE

Ho trascorso un quarto di secolo della mia vita al servizio di alcuni principi che ritengo irrinunciabili. Mi viene in mente a questo proposito Nelson Mandela che è stato in carcere per ventotto anni per chiedere il riconoscimento della parità tra bianchi e neri.

Ritengo che a suo modo anche Eluana sia stata una vittima sacrificale condannata a vivere in nome

di principi a lei del tutto estranei e che la nostra famiglia abbia pagato un prezzo altissimo.

Alla fine di tutto, posso dire che siamo un GRANDE Paese che ha espresso in questa vicenda un GRANDE Presidente della Repubblica e una GRANDE Magistratura.

Grazie GRANDI.

*Beppino Englaro.*

# SALUTE E DIRITTI TRA AUTONOMIA E RESPONSABILITÀ (A PROPOSITO DELLE LEGGI 24 E 219 DEL 2017)

**Alberto Maria Gambino**

Professore ordinario di diritto privato nell'Università Europea di Roma

**Dario Farace**

Ricercatore di diritto privato nell'Università di Roma "Tor Vergata"

## 1. LA L. 8 MARZO 2017, N. 24 E LA SICUREZZA DELLE CURE

Il 2017 ha visto l'approvazione di due importanti leggi in materia sanitaria.

La l. 8 marzo 2017, n. 24 (*Disposizioni sulla sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*) è stata già accolta da un'imponente mole di contributi.<sup>1</sup> Tra le novità più significative recate dalla nuova legge si deve annoverare il diritto alla sicurezza delle cure, che apre tanto l'epigrafe quanto il testo della l. n. 24/2017 e che guadagna oggi un rilievo particolare.

Il co. 1 dell'art. 1 l. n. 24/2017 afferma che la sicurezza delle cure «è parte costitutiva del diritto alla salute ed è perseguita nell'interesse dell'individuo e della collettività», mentre il co. 2 aggiunge che essa «si realizza anche mediante l'insieme di tutte le attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie e l'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative». La formula «sicurezza delle cure»,<sup>2</sup> pur così solennemente enunciata, non

2 Sulla sicurezza delle cure, cfr. per tutti G. ALPA, Sub Art. 1 - *Sicurezza delle cure in sanità - Salute e medicina*, in G. ALPA (a cura di), *La responsabilità sanitaria. Commento alla L. 8 marzo 2014, n. 24*, cit., 4 ss.; A. ASTONE, *Profili civilistici della responsabilità sanitaria (Riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1116-1117; T. BELLANDI-M. TANZINI, *La sicurezza delle cure. I sistemi di reporting and learning degli eventi avversi in Europa*, in *Salute e territorio*, 2016, 773 ss.; D. FARACE, *Sicurezza delle cure e responsabilità delle strutture sanitarie*, in C. CUPELLI-C. FRANCHINI (a cura di), *Le nuove responsabilità in ambito sanitario dopo la Legge Gelli-Bianco*, Napoli, 2017.

1 Cfr. per tutti G. ALPA (a cura di), *La responsabilità sanitaria. Commento alla L. 8 marzo 2014, n. 24*, Pisa, 2017, nonché C. CUPELLI-C. FRANCHINI (a cura di), *Le nuove responsabilità in ambito sanitario dopo la Legge Gelli-Bianco*, Napoli, 2017.

riceve un'espressa definizione legislativa. Da qui il problema, per l'interprete, di chiarirne il significato e di comprendere cosa implichi con riferimento al diritto soggettivo alla salute.

In dottrina<sup>3</sup> si richiama la Raccomandazione del Consiglio dell'Unione Europea del 9 giugno 2009 (2009/C-151/01) sulla sicurezza dei pazienti, comprese la prevenzione e il controllo delle infezioni associate all'assistenza sanitaria. Secondo questa Raccomandazione, la sicurezza dei pazienti (*Patient Safety*) consiste nel «fatto che un paziente non subisca conseguenze negative non necessarie o non sia esposto a potenziali conseguenze negative associate all'assistenza sanitaria»: in altre parole, l'immunità da eventi avversi non necessari o comunque evitabili derivanti dal processo di assistenza sanitaria.<sup>4</sup> Eventi avversi che parrebbero ricorrere con frequenza intollerabile.<sup>5</sup> Dal canto suo, la dottrina avverte da tempo la rilevanza dei profili organizzativi nell'esecuzione delle prestazioni

Bianco, cit., 129 ss.; C. VINCENT, *Patient Safety*, II ed., 2010, trad. it. *Sicurezza del paziente*, a cura di R. Tartaglia, S. Albolino e T. Bellandi, Springer-Verlag Italia, 2011.

3 Cfr. per tutti G. ALPA, Sub Art. 1 - *Sicurezza delle cure in sanità - Salute e medicina*, cit., 4; R. BREDI, *La responsabilità civile delle strutture sanitarie e del medico tra conferme e novità*, in *Danno e resp.*, 2017, 285.

4 Cfr. la definizione contenuta in C. VINCENT, *Sicurezza del paziente*, cit., 31: «Evitare, prevenire e mitigare effetti avversi o danni derivanti dal processo di assistenza sanitaria».

5 Cfr. ancora G. ALPA, Sub Art. 1 - *Sicurezza delle cure in sanità - Salute e medicina*, cit., 4, che riferisce «un'incidenza tra l'8% ed il 12% di eventi avversi nei pazienti ricoverati, con oltre la metà degli eventi potenzialmente prevenibili».

sanitarie.<sup>6</sup>

Ad avviso di chi scrive, lo specifico richiamo al diritto alla salute contenuto nell'art. 1, co. 1, l. n. 24/2017 non permette di accogliere in toto, almeno sotto i profili civilistici, la definizione contenuta nella Raccomandazione. La mera esposizione di un paziente a potenziali (ma non attuali) conseguenze negative associate all'assistenza sanitaria non è una condotta lesiva della salute, benché possa rilevare sotto altri profili.

Qualora invece un soggetto subisca conseguenze pregiudizievoli non necessarie, associate all'assistenza sanitaria, la sicurezza delle cure (e quindi la sua salute) è stata certamente lesa. Si apre qui un dubbio, evocato già dalla dottrina precedente alla l. n. 24/2017.<sup>7</sup> Il dovere di evitare che un soggetto subisca danni non necessari legati all'assistenza sanitaria potrebbe essere interpretato in due distinti modi. Secondo la prima alternativa, si tradurrebbe nell'obbligo di compiere una serie di attività volte ad impedire il verificarsi di eventi avversi. La seconda alternativa è più ricca: oltre a dover compiere le attività appena descritte, vi sarebbe l'obbligo di assicurare che il paziente sia

6 V. per tutti E. QUADRI, *La responsabilità medica tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Danno e resp.*, 1999, 1167.

7 Scrive F. CHABAS, *La responsabilità delle strutture sanitarie per difetto di organizzazione. Studio di diritto privato francese*, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 13-14: «cosa deve intendersi per buona organizzazione? Mettere a disposizione dei clienti personale qualificato, in numero sufficiente e presente nei momenti necessari; sorvegliare il coordinamento dei differenti servizi; garantire locali salubri ed idonei; mettere a disposizione del personale ospedaliero apparecchiature appropriate ed in buono stato, soprattutto sotto il profilo igienico; fornire ai pazienti – attraverso il personale preposto – prodotti sicuri e sani: in particolare i farmaci».

7 Cfr. per tutti R. SIMONE, *La responsabilità della struttura sanitaria pubblica e privata*, in *Danno e resp.*, 2003, 12.

comunque immune da eventi avversi, ad esclusione dei danni inevitabili o causalmente non dipendenti da azioni od omissioni della struttura.

Parrebbe a chi scrive che, di per sé, l'art. 1 faccia propendere per la prima alternativa. In base all'art. 1, sulla struttura il legislatore costituisce l'obbligo (positivo) di compiere ogni opportuna attività per la prevenzione e la gestione del rischio, ma non di impedire ogni evento avverso. L'utente potrebbe quindi agire ex art. 1 contro la struttura per chiedere il risarcimento del danno causato dall'inadempimento di tale obbligo.<sup>8</sup> Ma se la struttura dimostra di aver adottato ogni possibile misura ed accorgimento, e di essere quindi adempiente in base all'art. 1, non dovrebbe essere tenuta per responsabile. Al verificarsi di un evento avverso, il paziente non rimarrebbe sprovvisto di tutela:<sup>9</sup> egli potrebbe agire direttamente contro la struttura, lamentando la lesione del suo diritto alla salute. Dovrebbe però fornire le prove necessarie, poiché l'adozione di tutte le misure che si potevano prevedere ed esigere lascerebbe presumere la non imputabilità del danno alla struttura.

L'interpretazione proposta si lascia preferire anche perché rende determinate le prestazioni che la struttura è tenuta ad eseguire. Il che

parrebbe coerente con il regime di responsabilità da inadempimento generalmente previsto dal legislatore all'art. 7, co. 1 (sul punto, v. più diffusamente il § 3). Diversamente, si rischierebbe una dissociazione tra obbligo e responsabilità, poiché la struttura potrebbe essere tenuta a risarcire danni conseguenti alla mancata esecuzione di condotte non esigibili.

## 2. LA L. 22 DICEMBRE 2017, N. 219: CONSENSO DEL PAZIENTE E DIRITTO ALLA VITA, ALLA SALUTE, ALLA DIGNITÀ E ALL'AUTODETERMINAZIONE DELLA PERSONA

Le disposizioni contenute nella l. 22 dicembre 2017, n. 219 (*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*), entrata in vigore il 31 gennaio 2018, possono ordinarsi in due gruppi.

Nel primo, la l. n. 219 recepisce – a volte con qualche precisazione o adattamento – testi legislativi precedenti ovvero orientamenti giurisprudenziali consolidati. Nel secondo gruppo, la l. n. 219 compie delle innovazioni, a volte molto profonde e poco sistematiche

L'art. 1 enuncia formalmente che la legge n. 219 «tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione», richiamando gli artt. 2, 13 e 32 Cost., nonché 1-3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE).

Il gruppo dei quattro diritti così solennemente proclamati appare piuttosto eterogeneo.

Il diritto alla salute è da sempre tutelato dalla nostra Costituzione (art. 32), nonché dalla CDFUE (che all'art. 3 riconosce il diritto all'integrità fisica e psichica della persona e all'art. 35 protegge espressamente la salute).

Il diritto alla vita è garantito dalla CDFUE (art. 2), mentre nella nostra Costituzione non trova espressa considerazione, ma la Corte Costituzionale lo considera il primo dei diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti dall'art. 2 Cost.<sup>10</sup>

La dignità umana – in sé considerata, non “diritto alla dignità” – è proclamata inviolabile dall'art. 1 CDFUE ed è presa in considerazione dall'art. 41, co. 2, Cost.

Il diritto all'autodeterminazione della persona non compare né nella Costituzione, né nella CDFUE, ed anche la l. n. 219 non lo definisce. Trattandosi di un tema particolarmente dibattuto negli ultimi decenni, sarebbe stata opportuna un'espressa presa di posizione da parte del legislatore.<sup>11</sup> Tanto più se si considera che la l. n. 219 sul consenso informato e sulle dichiarazioni anticipate di trattamento compie scelte alquanto contrastanti.

Con riferimento al consenso informato, la l. n. 219 (art. 1, co. 3) afferma espressamente che ogni persona «ha il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi».

La legge, accogliendo molte delle indicazioni espresse dalla copiosa giurisprudenza resa in materia, individua quattro momenti fondamentali per assicurare la libera, consapevole e responsabile scelta del paziente.

Il primo momento attiene all'informazione, da intendersi in senso positivo (tutto ciò che il trattamento proposto può offrire) e in senso negativo (ciò che il trattamento proposto non può offrire, ivi compreso anche quel che il paziente potrebbe conseguire rivolgendosi ad altre strutture, nonché le probabili conseguenze di un eventuale rifiuto).

Il paziente può rifiutare, totalmente o parzialmente, la ricezione delle informazioni. Può anche affidare ai familiari o a una persona di fiducia l'incarico di ricevere le informazioni: tale indicazione di un terzo deve essere registrata nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico.

Il secondo momento consiste nella proposta che il sanitario formula al paziente, invitato a scegliere se desidera ricevere uno dei possibili trattamenti sanitari che possono essergli praticati, e quale.

Il terzo momento considera la risposta che il paziente dà al sanitario, consentendo o rifiutando, in tutto o in parte, di sottoporsi ai trattamenti proposti. Il paziente può anche modificare la volontà precedentemente espressa, e può incaricare i familiari o un terzo di sua fiducia ad esprimere il consenso in sua vece, tema questo di particolare delicatezza.

8 Cfr. C. GRANELLI, *La riforma della disciplina della responsabilità sanitaria: chi vince e chi perde?*, in *Contratti*, 2017, 377: «più solida base normativa dovrebbe trovare, d'ora innanzi, la tesi che vuole risarcibile (quanto meno ad opera della struttura) anche il danno (si pensi, ad es., al danno da infezioni nosocomiali) che l'assistito avesse a subire proprio a seguito dell'inadempimento di un obbligo siffatto, quand'anche, nel caso concreto, non imputabile a singoli operatori sanitari (...)».

9 Il rischio che la riforma porti a una tutela ridotta per il paziente è stato segnalato in dottrina: v. per tutti R. PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2017, 261 ss.

10 Così C. Cost., 27 giugno 1996, n. 223, in *Foro it.*, 1996, I, 2586 ss., con osservazioni di G. Di Chiara e nota (2060 ss.) di M. PALMIERI, *Trattati di estradizione e pena di morte*.

11 Si consenta il rinvio a A. M. GAMBINO, *Categorie civilistiche e bioetica*, in *Problemi attuali di diritto privato. Studi in memoria di Nicola Di Prisco*, Torino, 2015, p. 493 ss.

Secondo una giurisprudenza consolidata, il consenso ai trattamenti sanitari deve, infatti, essere personale:<sup>12</sup> di regola, una decisione relativa alla salute può essere presa solo dal diretto interessato. Egli soltanto può scegliere se sottoporsi ad un determinato trattamento.

Ora, la legge pare qui discostarsi dal consolidato – e condivisibile – orientamento giurisprudenziale pregresso. Altro è il diritto di coinvolgere nella relazione di cura anche altri soggetti, ossia i familiari, la parte dell'unione civile, il convivente ovvero una persona di fiducia (art. 1, co. 2, l. n. 219). Altro è permettere con un proprio atto – fuggacemente previsto all'art. 1, co. 3 – che la volontà di un terzo si sostituisca alla propria.

Rispetto al contenuto della volontà del paziente, si rileva come – all'art. 1, co. 5 - la disposizione sul rifiuto di nutrizione e idratazione artificiali (NIA), non prevedendo alcun vincolo applicativo che la limiti solamente a situazioni cliniche di fine vita, sia fruibile, almeno in linea di principio, anche da chi decida di non alimentarsi o idratarsi artificialmente, per lasciarsi morire.

Di rilievo è la previsione di cui all'art. 3, co. 1, l. n. 219, secondo cui la persona minore di età o incapace «ha diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione», nonché il diritto di «ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consona alle sue capacità per essere messa nelle condizioni di esprimere la sua volontà». Appare degna di nota la prerogativa, spettante ai soggetti incapaci di agire, di essere

12 V. per tutte Cass. civ., Sez. III, 19 maggio 2017, n. 12598, in banca dati Pluris: «è giurisprudenza costante ritenere in ordine alle modalità e ai caratteri del consenso, che questo deve essere, anzitutto, personale, deve quindi essere prestato dal paziente»; Trib. Milano, 4 dicembre 1997, in Danno e resp., 1998, 1030 ss., con nota di F. CAGGIA, *Autodeterminazione del paziente e irrilevanza del consenso dei familiari*.

ascoltati.<sup>13</sup> Il principio non è nuovo, ma trova qui un significativo riconoscimento.<sup>14</sup>

Inoltre, in base al successivo co. 2, i genitori esprimono o rifiutano il consenso ai trattamenti «tenendo conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità, e avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita della persona nel pieno rispetto della sua dignità».

La disposizione successiva prevede la stessa potestà in capo al tutore per i casi di interdizione.

Emerge un ribaltamento rispetto alla precedente configurazione normativa di tali vicende, là dove il genitore o il tutore per l'attuazione del dissenso alla terapia acquisiva di norma l'autorizzazione del giudice, mentre ora tale possibilità è solo eventuale in quanto attivata dall'opposizione di sanitari o familiari, ove esistenti. Con il rischio che proprio i pazienti meno "accuditi" possano vedere pretermesso il vaglio del giudice tutelare rispetto alla tutela della loro vita e salute.<sup>15</sup>

13 Sul punto F. SCAGLIONE, *Ascolto, capacità e legittimazione del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 426 ss.

14 L'art. 315-bis cod. civ., inserito ad opera dell'art. 1 l. 10 dicembre 2012, n. 219, statuisce al co. 3 che «Il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le procedure che lo riguardano». Il principio è più ampiamente espresso anche dagli artt. 12-13 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo (20 novembre 1989), ratificata dall'Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176.

15 Si veda Masoni Roberto, *Consenso informato, amministrazione di sostegno ed intervento medico-sanitario*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 1308 ss.

Altre perplessità si affacciano alla lettura dell'art. 4 l. n. 219. A ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, «in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte», è attribuito il diritto di esprimere le proprie disposizioni anticipate di trattamento (DAT). Sono le volontà che il disponente esprime in materia di trattamenti sanitari, inclusi il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e singoli trattamenti. È altresì attribuito il diritto di indicare un fiduciario che faccia le veci e rappresenti il disponente nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie.

Le perplessità muovono dalla possibilità di esprimere DAT ipotetiche, fondate su mere eventualità di stati patologici semplicemente ipotizzati dal disponente.<sup>16</sup> L'autonomia e la responsabilità del soggetto, che la legge intende tutelare, non possono prescindere da un'adeguata informazione resa in merito ad una situazione concreta. Secondo la giurisprudenza in materia, infatti, il consenso ai trattamenti sanitari deve essere reale ed effettivo.<sup>17</sup>

16 Riecheggia l'archetipo tracciato da Cass. civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748 (meglio noto come "caso Englaro"), ancora da ultimo criticamente richiamata da F. D. BUSNELLI, *La dimensione della fragilità lungo il percorso della vita umana*, in *Nuovo Diritto Civile*, 2016, p. 26 ss.

17 V. per tutte Cass. civ., Sez. III, 19 maggio 2017, n. 12598, cit.; Cass. civ., Sez. III, 23 febbraio 2007, n. 4211, in *Danno e resp.*, 2008, 27 ss., con nota di G. GUERRA, *Il dissenso alla trasfusione di sangue per motivi religiosi*: «anche il dissenso, come il consenso, deve essere inequivoco, attuale, effettivo e consapevole» (c. 1715), per cui non è censurabile nel giudizio di cassazione la motivazione del giudice d'appello il quale abbia reputato che «il dissenso originano, con una valutazione altamente probabilistica, non dovesse più considerarsi operante in un momento successivo, davanti ad un quadro clinico

Un'opzione ai trattamenti sanitari formulata con riferimento a futuri stati patologici immaginati difetterebbe del requisito dell'informazione consapevole,<sup>18</sup> non essendo legata alla realtà del soggetto, ma a una mera proiezione mentale.

Profondamente diverso è invece il caso in cui il paziente inizi a soffrire di una patologia che presumibilmente lo priverà della capacità di intendere e di volere, e quindi di prestare un valido consenso; qui la legge prevede la possibilità di pianificare le cure insieme con il medico (art. 5 l. n. 219), coerentemente con il principio dell'alleanza terapeutica che (art. 1, co. 2, l. n. 219) promuove e valorizza la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico, basata sul consenso informato. Tale pianificazione consente al personale medico di conoscere la volontà del paziente anche quando non sarà più in grado di manifestarla.

Il quarto momento, conclusivo della sequenza, riguarda l'attuazione, da parte del medico, di quanto indicato dal paziente, salvo il limite dei trattamenti contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali. Rispetto a tale ultimo limite occorre definire con rigore quali trattamenti rivelino tale contrarietà, assumendosi, ad esempio, che anche una richiesta interrottiva di una terapia poi però associata ad una richiesta di trattamento inappropriato per la patologia possa configurarsi in contrasto con le "buone pratiche clinico-assistenziali".

Rispetto alle DAT, il medico è tenuto all'osservanza salvo che esse appaiano «palesamente incongrue o non corrispondenti alla situazione clinica attuale

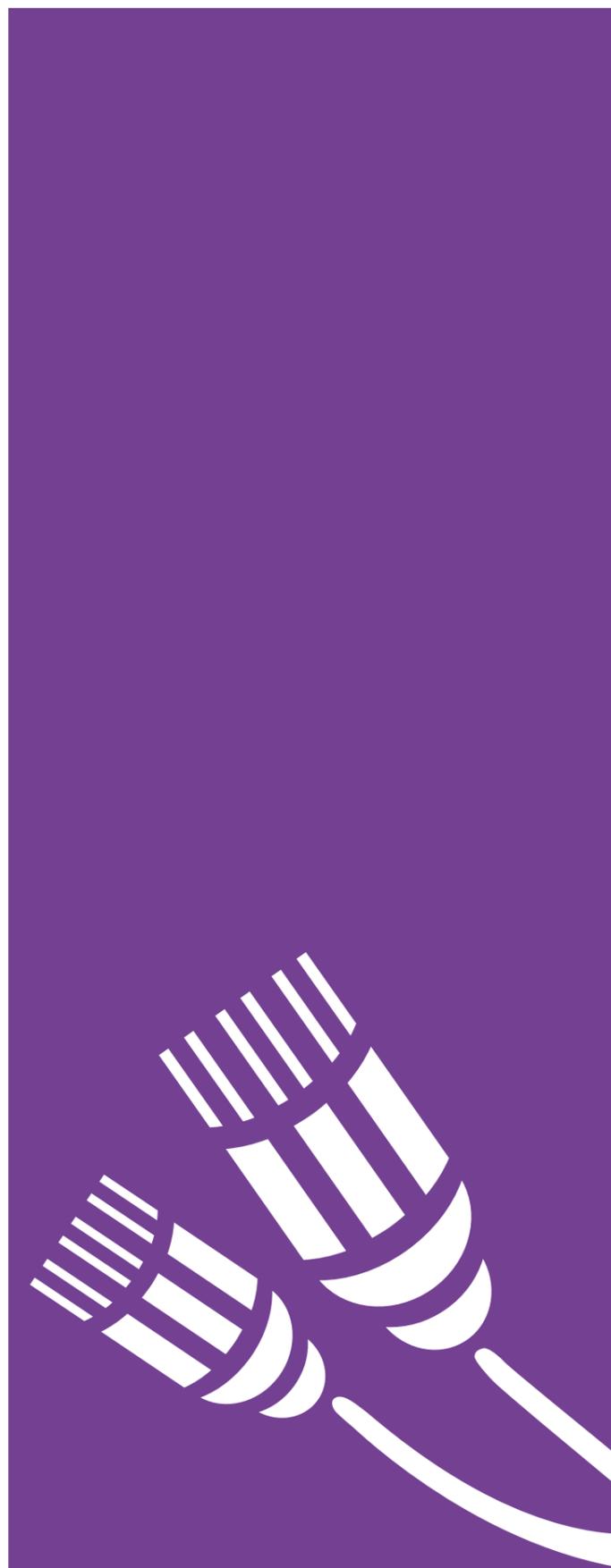
fortemente mutato e con imminente pericolo di vita e senza la possibilità di un ulteriore interpellato del paziente ormai anestetizzato» (ivi).

18 Per tutte, cfr. ancora Cass. civ., Sez. III, 19 maggio 2017, n. 12598, cit.

del paziente», o qualora sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione.

C'è, infine, una parte della normativa ove si stabilisce un dovere ("deve") per il medico, del tutto indipendente dalla volontà (e quindi dal consenso) del paziente (art. 2, co. 2). Si tratta dei «casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte» ove il medico «deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati» (art. 2, co. 2). Eccessiva appare la perentorietà di tale divieto per il medico, senza che sia tenuta in alcun conto la volontà del malato.

Nei casi descritti – genericamente e imprecisamente definiti come situazioni di "accanimento terapeutico" – si prescrive la terapia del dolore (art. 2, co. 2). Qui occorre precisare – anche alla luce di prime frettolose letture "mediatiche" – che tale disposizione relaciona la «sedazione palliativa profonda continua» alle situazioni di «sofferenze refrattarie ai trattamenti» unicamente nella fase di fine vita. Ciò implica l'inappropriatezza del ricorso a tale pratica dinanzi a richieste di interruzione di trattamenti non motivate dalla inefficacia nel lenire dolori acuti nello stadio finale di una patologia (sarebbe perciò irricevibile una richiesta di sedazione profonda combinata con la interruzione della NIA, con l'obiettivo di interrompere la propria esistenza, fuori dai suddetti casi di accanimento terapeutico). A sottolineare la peculiarità di tale situazione e della delicatezza dell'operato del medico, l'art. 2, co. 3, specifica espressamente che «Il ricorso alla sedazione palliativa profonda continua o il rifiuto della stessa sono motivati e sono annotati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico». ●



# LE NUOVE NORME IN MATERIA DI CONSENSO INFORMATO E DI DISPOSIZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO

**Giacomo Rocchi**

Consigliere della Corte di Cassazione

## QUALI SONO I NUOVI DIRITTI INTRODOTTI DALLA NUOVA LEGGE?

Una scorsa delle massime della Cassazione dimostra che il principio del consenso informato è già vigente nel nostro ordinamento: si è affermato un diritto soggettivo del paziente all'autodeterminazione e, per il medico, un corrispondente autonomo obbligo di fornire informazioni dettagliate sull'intervento da eseguire (Sez. 3, n. 24074 del 2017, Rv. 645778, Sez. 3, n. 16503 del 2017, Rv. 644956), la cui violazione comporta il diritto al risarcimento del danno anche in caso di assoluzione dell'imputato in sede penale "perché il fatto non sussiste" (Sez. 3, n. 8035 del 2016, Rv. 639501); le informazioni devono essere idonee a fornire la piena conoscenza della natura, portata ed estensione dell'intervento, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative (Sez. 3, n. 2177 del 2016, Rv. 639069); il consenso non può essere presunto o tacito, ma deve essere espresso (Sez. 3, n. 20984 del 2012, Rv. 624388).

Anche il divieto di accanimento terapeutico e il ricorso alla terapia del dolore e alle cure palliative sono già previsti e garantiti dal Codice deontologico medico (art. 16) e dalla legge n. 38 del 2010.

Quindi, l'art. 1, comma 1 ("nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata" e il comma 3 ("ogni persona ha il diritto (...) di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamenti sanitario e dell'accertamenti diagnostico o della rinuncia ai medesimi"), non creano nuovi diritti; mentre con la garanzia di "un'appropriata terapia del dolore" (art. 2, comma 2) e con la previsione dell'obbligo di "astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili e sproporzionati" verso pazienti con prognosi infausta o in stato terminale (comma 3) la legge riprende quanto già previsto dalla legge 38 cit. e dalla norma deontologica.

Piuttosto, la legge si caratterizza nel configurare come assolutamente vincolanti consenso e rifiuto alle terapie, anche se espressi per situazioni future ed incerte, nonché nel prevederli per scelte che determinano la morte della persona interessata e per tecniche di sostegno vitale di natura non terapeutica.

Vengono superate le pronunce secondo cui la necessità del consenso viene meno in presenza di uno stato di necessità, effettivo o presunto (Sez. 3, n. 12621 del 1999, Rv. 531114; Sez. 3, n. 5444 del 2006, Rv. 587878) e nei casi di urgenza, tali da porre in pericolo la vita della persona, “bene che riceve e si correda di una tutela primaria nella scala dei valori giuridici a fondamento dell’ordine giuridico e del vivere civile” (Sez. 3, n. 16543 del 2011, Rv. 619495), ritenendo “il medico sempre legittimato ad effettuare il trattamento terapeutico giudicato necessario per la salvaguardia della salute del paziente affidato alle sue cure, anche in mancanza di esplicito consenso” (Sez. 1, n. 26446 del 2002, Volterrani, Rv. 222581); vengono smentite le Sezioni Unite penali secondo cui il medico che sottopone il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello per cui era stato prestato il consenso informato, in caso di esito fausto dell’intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis*, non risponde dei reati di lesione personale e di violenza privata (Sez. U, n. 2437 del 2008, Giulini e altro, Rv. 241752).

I richiami all’art. 13 della Costituzione e al diritto all’autodeterminazione dimostrano che l’attività medica svolta in mancanza di consenso (salvo i TSO) deve ora considerarsi illecita, integrando il reato di violenza privata; per le situazioni di emergenza o di urgenza è dettato solo l’obbligo di assicurare “cure necessarie” non specificate ma nel “rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirla” (art. 1, comma 7).

Del tutto nuova, inoltre, è l’adozione di Disposizioni

(e non Dichiarazioni) anticipate di trattamento con portata giuridicamente vincolante (art. 4), tanto da prevedere una controversia tra fiduciario e medico risolto da un giudice (comma 5).

In definitiva, ormai “il consenso informato costituisce legittimazione e fondamento del trattamento sanitario” (Sez. 1, n. 21748 del 2007, Rv. 598962) mentre non si può più ritenere che “il beneficio per la salute del paziente è (...) il vero bene da preservare” e che “è (l’art. 2 della Costituzione) a fornire copertura costituzionale alla legittimazione dell’atto medico” (Sez. U, Giulini, cit.). Di conseguenza, la legge stabilisce l’obbligo del medico di rispettare il rifiuto o la rinuncia al trattamento sanitario espresso dal paziente (art. 1, comma 6 e art. 2, comma 5).

Come anticipato, essi sono vincolanti anche se riguardano trattamenti sanitari necessari alla sopravvivenza del paziente (art. 1, comma 5), tanto da coinvolgere anche i sostegni vitali della nutrizione e idratazione, definiti “somministrazione di nutrienti mediante dispositivi medici”.

Non opera più lo stato di necessità: il medico non può e non deve intervenire per salvare la vita del paziente, ma è esente da ogni responsabilità penale e civile se ne rispetta la volontà (art. 1, comma 6); del resto, il venir meno dell’obbligo di impedire l’evento interrompe il nesso di causalità tra l’omesso intervento e la morte che ne segue (art. 40, comma 2 cod. pen.).

Anche il divieto di accanimento terapeutico e il ricorso alla terapia del dolore e alle cure palliative sono già previsti e garantiti dal Codice deontologico medico (art. 16) e dalla legge n. 38 del 2010.

Quindi, l’art. 1, comma 1 (“nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata” e il comma 3 (“ogni persona ha il diritto (...) di essere informata in modo completo,

aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell’eventuale rifiuto del trattamenti sanitario e dell’accertamenti diagnostico o della rinuncia ai medesimi”), non creano nuovi diritti; mentre con la garanzia di “un’appropriata terapia del dolore” (art. 2, comma 2) e con la previsione dell’obbligo di “astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili e sproporzionati” verso pazienti con prognosi infausta o in stato terminale (comma 3) la legge riprende quanto già previsto dalla legge 38 cit. e dalla norma deontologica.

Piuttosto, la legge si caratterizza nel configurare come assolutamente vincolanti consenso e rifiuto alle terapie, anche se espressi per situazioni future ed incerte, nonché nel prevederli per scelte che determinano la morte della persona interessata e per tecniche di sostegno vitale di natura non terapeutica.

Vengono superate le pronunce secondo cui la necessità del consenso viene meno in presenza di uno stato di necessità, effettivo o presunto (Sez. 3, n. 12621 del 1999, Rv. 531114; Sez. 3, n. 5444 del 2006, Rv. 587878) e nei casi di urgenza, tali da porre in pericolo la vita della persona, “bene che riceve e si correda di una tutela primaria nella scala dei valori giuridici a fondamento dell’ordine giuridico e del vivere civile” (Sez. 3, n. 16543 del 2011, Rv. 619495), ritenendo “il medico sempre legittimato ad effettuare il trattamento terapeutico giudicato necessario per la salvaguardia della salute del paziente affidato alle sue cure, anche in mancanza di esplicito consenso” (Sez. 1, n. 26446 del 2002, Volterrani, Rv. 222581); vengono smentite le Sezioni Unite penali secondo cui il medico che sottopone il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello per cui era stato prestato il consenso informato, in caso di esito fausto dell’intervento,

eseguito nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis*, non risponde dei reati di lesione personale e di violenza privata (Sez. U, n. 2437 del 2008, Giulini e altro, Rv. 241752).

I richiami all’art. 13 della Costituzione e al diritto all’autodeterminazione dimostrano che l’attività medica svolta in mancanza di consenso (salvo i TSO) deve ora considerarsi illecita, integrando il reato di violenza privata; per le situazioni di emergenza o di urgenza è dettato solo l’obbligo di assicurare “cure necessarie” non specificate ma nel “rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirla” (art. 1, comma 7).

Del tutto nuova, inoltre, è l’adozione di Disposizioni (e non Dichiarazioni) anticipate di trattamento con portata giuridicamente vincolante (art. 4), tanto da prevedere una controversia tra fiduciario e medico risolto da un giudice (comma 5).

In definitiva, ormai “il consenso informato costituisce legittimazione e fondamento del trattamento sanitario” (Sez. 1, n. 21748 del 2007, Rv. 598962) mentre non si può più ritenere che “il beneficio per la salute del paziente è (...) il vero bene da preservare” e che “è (l’art. 2 della Costituzione) a fornire copertura costituzionale alla legittimazione dell’atto medico” (Sez. U, Giulini, cit.). Di conseguenza, la legge stabilisce l’obbligo del medico di rispettare il rifiuto o la rinuncia al trattamento sanitario espresso dal paziente (art. 1, comma 6 e art. 2, comma 5).

Come anticipato, essi sono vincolanti anche se riguardano trattamenti sanitari necessari alla sopravvivenza del paziente (art. 1, comma 5), tanto da coinvolgere anche i sostegni vitali della nutrizione e idratazione, definiti “somministrazione di nutrienti mediante dispositivi medici”.

Non opera più lo stato di necessità: il medico non può e non deve intervenire per salvare la vita

del paziente, ma è esente da ogni responsabilità penale e civile se ne rispetta la volontà (art. 1, comma 6); del resto, il venir meno dell'obbligo di impedire l'evento interrompe il nesso di causalità tra l'omesso intervento e la morte che ne segue (art. 40, comma 2 cod. pen.).

Si deve rimarcare che il rifiuto di trattamenti necessari alla sopravvivenza produce sia obblighi negativi che obblighi positivi: la revoca del consenso può comportare l'interruzione del trattamento (art. 1, comma 5) e, quindi, azioni concrete (distacco di sostegni, spegnimento di macchinari, somministrazione di sedativi); l'art. 2 della legge, del resto, descrive un percorso completo di uccisione, in senso naturalistico, del paziente, prevedendo comportamenti positivi obbligatori per il medico: riduzione delle sofferenze, terapia del dolore, coinvolgimento del medico di medicina generale, cure palliative, sedazione palliativa profonda (utilizzabile anche per accelerare la morte del soggetto).

La vincolatività del rifiuto di trattamenti necessari alla sopravvivenza costituisce il cuore della riforma: è opportuno, allora, ragionare sui motivi che muovono l'interessato.

In effetti, quando il soggetto può disporre della propria morte "anticipata" mediante il rifiuto di trattamenti che potrebbero prolungarne la vita, il tipo di decisione muta. Fino ad ora, il consenso informato permetteva al paziente di valutare rischi, probabilità di successo e conseguenze negative di una terapia chirurgica e/o farmacologica e di condividere le scelte del medico, in una "alleanza terapeutica" che aveva motivazioni intrinseche (trattamento troppo rischioso, effetti collaterali negativi eccessivi, possibilità di successo scarse ecc.); lo scenario cambia se la valutazione riguarda la vita e la morte: non c'è più *alleanza* con il medico e la scelta se e *quando* morire è strettamente individuale.

Secondo la legge, il rifiuto di trattamenti salvavita è libero, sganciato da ogni criterio: anche se la terapia proposta è, o potrebbe essere, efficace, il rifiuto del paziente, pur se immotivato o irragionevole, è sempre vincolante. L'art. 1, comma 1 richiama congiuntamente il diritto all'autodeterminazione e il *diritto alla dignità* della persona, indicando un criterio eminentemente soggettivo (perché tutti gli uomini hanno oggettivamente pari dignità: art. 3 Cost. e art. 1 Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo), che ha a che fare con il giudizio dell'interessato sulla propria vita.

Siamo a un soffio dal riconoscere il diritto al suicidio assistito: la possibilità di sospendere i sostegni vitali (benché non citata, anche la ventilazione potrà essere interrotta) estende l'area degli interessati a non-pazienti (ad esempio, disabili impossibilitati a nutrirsi e idratarsi autonomamente), mentre il rifiuto non dipende più da scelte terapeutiche (pur presupponendo tematiche di carattere medico), ma dalla valutazione del soggetto sulla dignità e qualità della propria vita: la stessa che il suicida esprime con il proprio gesto. In sostanza, un "suicidio medicalmente assistito" garantito dalla legge a tutti coloro la cui permanenza in vita dipende da trattamenti o dispositivi medici.

La legge risulta gravemente incongrua e palesemente incostituzionale.

Non viene affatto garantita la libertà del soggetto di esprimere il consenso o il rifiuto a trattamenti, anche salvavita: all'enunciazione dell'art. 1, comma 1 cit. non corrisponde alcuna norma a tutela del soggetto debole. Sia chiaro: nel riconoscere efficacia giuridica a dichiarazioni scritte che spesso saranno lette da medici che non conoscono il firmatario, la legge non impedisce nemmeno sottoscrizioni acquisite con inganno (si pensi a persone anziane o in condizione di debolezza mentale); ma il problema maggiore è quello della coartazione o costrizione morale.

Come ricordò la Corte EDU nel caso *Pretty c. Regno Unito*, il divieto di suicidio assistito tutela le persone più deboli e vulnerabili, non in grado di prendere decisioni con coscienza di causa, proteggendole contro atti altrui miranti a porre fine alla loro vita. Studi epidemiologici svolti nei paesi in cui il suicidio assistito per motivi medici è legale indicano che la richiesta di eutanasia proviene in misura nettamente superiore da pazienti affetti da depressione, da quelli i cui medici curanti sono favorevoli all'eutanasia e, ancora, da coloro che percepiscono di essere divenuti un peso per gli altri o presentano una *minore coesione familiare*.

Pressioni a sottoscrivere DAT potranno venire anche da ospedali, case di cura e compagnie di assicurazioni: nel 2003 il CNB ricordava l'ospedale inglese che condizionava l'accesso di pazienti anziani alla firma di un testamento biologico.

Non vi è *autodeterminazione* se manca o non è garantita una effettiva libertà morale: ma la legge non prevede controlli preventivi né rimedi successivi alla manifestazione del rifiuto. Ad esempio, le DAT non possono essere annullate per errore, violenza o dolo (art. 624 cod. civ.), benché la decisione adottata sia ben più rilevante di disposizioni patrimoniali.

Nemmeno *l'informazione*, preliminare al consenso o al rifiuto, è assicurata: non basta enunciare l'obbligo di informare accuratamente il paziente per garantire che questo avvenga. In realtà, la scelta (art. 1, comma 4) di documentare consenso e rifiuto in *forma scritta* facilita l'elusione dell'obbligo, come la giurisprudenza sul punto dimostra eloquentemente.

Le DAT, poi, sono un modello di *rifiuto non informato*: è grottesca la previsione che il firmatario debba preventivamente acquisire "adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte" (art. 4, comma 1): l'ufficiale di stato civile che riceverà l'atto non potrà né sarà in grado di verificarle (art. 4,

comma 6). Più in radice, la *non informazione* deriva dalla condizione dell'interessato al momento della sottoscrizione: uno stato di salute che gli impedisce di capire davvero la condizione in cui (forse) si troverà nonché la natura ed utilità degli accertamenti e dei trattamenti che sta rifiutando.

Mancanza di reale *informazione* equivale a decisione presa sulla base delle informazioni che altri hanno deciso di trasmettere: ancora una volta, è la *negazione dell'autodeterminazione*. I modelli di DAT già proposti dimostrano che, per la loro (inevitabile) genericità (che non è motivo di annullamento della disposizione), la loro applicazione richiederà una valutazione ed una decisione del medico: un trasferimento ad altri della decisione sulla propria vita.

Un rifiuto *consapevole*? L'art. 1, comma 5, che inizialmente riconosceva il diritto ad "ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere", ora lo assegna ad "ogni persona capace di agire", cancellando la possibilità di contestare il rifiuto di terapie salvavita per incapacità, anche transitoria, di intendere e di volere da parte di persona non interdetta (art. 428 cod. civ.). Eppure, il turbamento derivante dalla malattia, dalla paura, dalla sofferenza può essere fortissimo e può portare a scelte inconsapevoli. Anche nelle DAT non si può verificare la consapevolezza mentale al momento della sottoscrizione.

Più in radice, la legge permette il rifiuto di terapie da parte di *persone diverse dall'interessato*.

Basterà una firma (consapevole? libera? informata?) per delegare un altro soggetto a ricevere le informazioni e ad *esprimere il consenso o il rifiuto*, anche di terapie salvavita e di sostegni vitali (art. 1, comma 3).

L'art. 3 della legge, poi, stabilisce che i genitori di figli minori, i tutori di interdetti e gli amministratori di sostegno esprimano il consenso e il rifiuto

vincolanti per conto del minore o dell'assistito, anche rispetto a terapie salvavita e a sostegni vitali. Il medico non è obbligato a ricorrere al giudice (comma 5) e, se ottempera al rifiuto, con conseguente morte del soggetto, è esente da responsabilità penale e civile (art. 1, comma 6).

Si tratta della *legalizzazione dell'eutanasia non consensuale*; i candidati a tale trattamento sono noti da decenni: disabili in stato di incoscienza, neonati prematuri o malati o affetti da anomalie genetiche, adulti e anziani con problemi mentali o di demenza. Anche in questo caso, la legge lega la *necessità* delle cure alla *dignità* della persona interessata (commi 2 e 3): il legale rappresentante valuterà se la prosecuzione della vita dell'assistito è degna.

Non occorre nemmeno evocare il pericolo del *pendio scivoloso*: il legislatore ha già compiuto l'intero percorso, dimostrando che la violazione del principio di indisponibilità della vita umana (art. 2 Cost.) porta a negare il diritto alla vita a soggetti non più ritenuti degni di continuare a vivere per motivi eugenetici, ideologici, egoistici, economici (riduzione della spesa sanitaria).

Più in generale, l'illusione individualista del "nessuno può decidere per me" mostra il suo vero volto: solo e non più assistito dall'alleanza con il medico, l'uomo sofferente, o anche sano, sceglie ciò che gli viene indicato e autorizza preventivamente il suo abbandono terapeutico, di cui le DAT sono uno strumento essenziale.

La *vis* ideologica che ha ispirato il Parlamento si evince anche dal mancato riconoscimento dell'obiezione di coscienza per medici, infermieri e responsabili di strutture sanitarie (art. 1, commi 6 e 7): eppure la Costituzione esige la tutela della libertà di coscienza e della libertà religiosa (Corte Cost., sentenza n. 467 del 1991).

Traspare una visione totalitaria che impone che si neghi la realtà delle uccisioni che saranno eseguite in applicazione della legge; conseguenza ineluttabile della violazione del diritto alla vita, principio fondante di una società democratica. ●

# IL DIRITTO DI DECIDERE COME E QUANDO MORIRE COME ESPRESSIONE DELLA DIGNITÀ E DELLA LIBERTÀ DELL'UOMO

## LA GIURISPRUDENZA SOVRANAZIONALE A CONFRONTO

**Giulia Testa**

Dottoressa in Giurisprudenza

I diritto a morire con dignità è consacrato nella giurisprudenza sovranazionale a partire dai diritti fondamentali sanciti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Esso rappresenta la piena espressione della dignità e della libertà dell'uomo, ha il proprio fondamento nell'autonomia personale a lui riconosciuta, e, nel nostro Paese, trova fondamento per la sua affermazione nella Carta Costituzionale, la quale, facendosi portatrice della libertà dell'individuo di autodeterminarsi, permette all'uomo un recupero del governo sul corpo ed una sovranità sulla propria esistenza.

Il 14 dicembre 2017 il disegno di legge sul biotestamento ha ricevuto il via libera definitivo al Senato, aprendo la strada ad una nuova concezione della sacralità della vita umana, conformemente a quanto già negli anni si era andato affermando nella giurisprudenza sovranazionale.

Tale approvazione segna, a livello legislativo, il primo passo verso quel riconoscimento di un diritto a morire dignitosamente, operato a partire

dal ripensamento del carattere assoluto della vita umana, che, come ben sappiamo, non sempre merita di essere conservata (L. A. Seneca, *Epistulae morales ad Lucilium*, ep. 70, 4). Ed è una prima grande conquista. Si è, infatti, finora assistito a pratiche eutanasiche la cui clandestinità è da imputare alla mancanza di una legislazione sul fine vita, dovuta alla caparbità dei nostri governi a mantenere un controllo sulle nostre vite, nella convinzione che altrimenti la vita umana subirebbe un'ingiustificata perdita di valore. Occorre, tuttavia, precisare che alcuna esistenza può essere, in via generale ed astratta, qualificata come "una vita non degna di essere vissuta" (S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, 2013; K. Seelmann, *La tutela della dignità umana: garanzia di status, divieto di strumentalizzazione, oppure divieto di umiliare?*, "Ragion Pratica", 34, 1, 2012).

Malgrado il concetto di dignità sia libero da definizioni precise, vi è chi sulla scia della riflessione sulla condizione dell'indegno giunge a concepire la vita degna come «*quel modo di vita che realizza la saldezza dei diversi confini del Sé e insieme*

ne consente il libero governo» (P. Zatti, *La dignità dell'uomo e l'esperienza dell'indegno*, "Nuova giur. civ.", 2012) all'individuo, che ne è l'unico titolare.

Alla stregua della rivoluzione della dignità (S. Rodotà, *op. cit.*), che ha caratterizzato il costituzionalismo moderno, la nostra Costituzione ha riconosciuto all'*homo dignus* il libero svolgimento della propria personalità e la libera costruzione della propria identità a partire dalla dignità e libertà di autodeterminarsi: i due concetti, quello di dignità e libertà, insieme e non separati (S. Rodotà, *La dignità della persona*, 14 gennaio 2011). A ciò, inoltre, corrisponderebbe il relativo dovere pubblico di eliminare quegli ostacoli alla libertà decisionale della persona e alla propria responsabilità individuale, creando quel contesto di effettiva realizzazione della dignità dell'uomo, all'interno del quale i diritti del singolo sono concretamente riconosciuti. Per contro, il non rispetto di un tale obbligo si tradurrebbe in un'ingiustificata subordinazione della dignità ad una morale esterna (S. Rodotà, *op. cit.*).

Di conseguenza, quand'è che si perde la dignità? Io, inteso quale essere umano, sono dignitoso se libero di determinare ciò che la dignità mi attribuisce. Durante la sua intera esistenza, nel decidere di sé stesso l'individuo acquisisce una propria identità che, qualora venisse meno, condurrebbe al disconoscimento della sua stessa persona. In particolare, ciò accade quando egli non è più padrone di sé, poiché è qualcun altro o qualcos'altro a decidere della sua vita.

Ad inasprire il dibattito sul fine vita ha, inoltre, grandemente contribuito lo sviluppo tecnico-scientifico, che ha influenzato la questione della rivendicazione di un diritto a morire dignitosamente con pregnanza tale da mettere in discussione le grandi certezze del diritto (E. Resta, *Biodiritto (voce)*, AA.VV., *XXI Secolo, Norme e idee*, "Enciclopedia italiana Treccani", 2009). Il progresso ha, infatti, prodotto un ribaltamento delle leggi di natura,

rendendo sempre più labili i confini tra la vita e la morte. Mediante l'applicazione delle nuove tecnologie la vita biologica può trasformarsi in una vita artificiale, che sospende il corso naturale dell'esistenza e ne permette il prolungamento laddove, altrimenti, in natura, sarebbe sopravvenuta la morte. Ed il risultato è paradossale: è concesso vivere più a lungo in maniera artificiale, ma non decidere come e quando morire.

Peraltro, i trattamenti vitali, se è vero che salvaguardano la vita della persona, violano al contempo la dignità di quest'ultima, posto che si impone al soggetto di vivere una vita che egli non concepisce come propria. Appartenente all'uomo è, infatti, quella vita che egli autonomamente costruisce come tale e che è da lui stesso ritenuta dignitosa, essendo il frutto delle proprie volontà e delle proprie scelte; mentre, lo stesso non può dirsi di quell'esistenza imposta dall'esterno, che trasforma il diritto alla vita in un dover vivere, contrastante con il volere libero dell'uomo.

Ne risulta che è falso condannare in via generale l'eutanasia, equiparandola a pratiche eugenetiche miranti alla selezione delle persone, ovvero ad un vero e proprio omicidio (H. Küng - W. Jens, *Della dignità del morire. Una difesa della libera scelta*, 1995). L'eutanasia, in quanto risultato della libera scelta dell'individuo, non può essere considerata come una pratica che deliberatamente provoca la morte. A riprova di ciò, sta il fatto che l'eutanasia legale non imporrebbe in modo indiscriminato la morte ad ogni individuo, malato e sofferente, ma semplicemente garantirebbe l'accesso ad una morte dignitosa, qualora vi sia un'esplicita volontà libera.

L'eutanasia, intesa quale diritto di accesso libero ad una pratica che mette fine ad una vita, ormai divenuta insopportabile, e rimessa, quindi, alla decisione libera dell'individuo, non darebbe vita ad abusi, a morti imposte, ma costituirebbe una pratica responsabile derivante da condotte mediche altresì

responsabili, conformi alle volontà dei pazienti. Tali considerazioni inducono, tuttavia, a ritenere che il concetto di dignità sia di per sé insufficiente ad esaurire il dibattito. Alla luce dei nostri principi costituzionali, occorre tener conto altresì della riconosciuta libertà della persona ad autodeterminarsi. La nostra Costituzione si fa, infatti, promotrice dell'inseparabilità tra la dignità e la libertà dell'individuo, riconoscendo a quest'ultimo il diritto di autodeterminarsi e di poter sviluppare liberamente la propria persona, restituendogli così il suo *habeas corpus*. La persona modella la propria esistenza secondo scelte libere, che riflettono principi e valori propri ed escludono ingerenze esterne. Come può allora qualcun altro al di fuori di noi imporre la sua volontà, decidendo la nostra sorte, ivi compreso il prolungamento delle nostre agonie e sofferenze?

Lo stesso articolo 32 della Costituzione, consacrando espressamente il diritto fondamentale alla salute, che assume le vesti tanto di diritto individuale quanto di interesse della collettività, pone un freno al legislatore, le cui leggi non possono violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana, e, dunque, della dignità e della libertà della medesima. Vincola, altresì, il potere medico nel porre in essere trattamenti contrari alla volontà del singolo, se non per disposizione di legge, e sempre nel rispetto di quest'ultimo. Nel sancire la libertà dell'individuo di scegliere se sottoporsi o meno a trattamenti sanitari, compresi quelli vitali, rafforzata dalla doppia limitazione fatta al potere di medici e legislatori, l'articolo 32 della Costituzione si conforma al nuovo significato assunto dal termine salute, non più intesa come mera assenza di malattia, ma come benessere psico-fisico della persona, alla quale è rimessa qualsiasi decisione sul proprio corpo.

Nella relazione terapeutica assume, pertanto, centralità il *consensus personae*. Sintesi di due diritti fondamentali, quello all'autodeterminazione e quello alla salute, di cui il fondamento si

rinvia negli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione (Corte Cost., 23 dicembre 2008, n. 438), il suo riconoscimento come vero e proprio diritto della persona equivale all'affermazione della libertà e dell'autonomia di quest'ultima, del recupero da parte della stessa del governo sulla propria vita e della sovranità sul proprio corpo.

Resta aperta la questione relativa alla libertà decisionale della persona incapace di esprimersi, il cui stato sembrerebbe privarla della libertà di scegliere di morire dignitosamente. In particolare, la problematica riguarderebbe l'attualità del consenso informato, stante l'impossibilità della persona incosciente di esprimerlo in quel determinato momento.

Sul presupposto che, alla stregua del diritto ad autodeterminarsi, accanto alla vita biologica, quale mero evento naturale, vi è una vita biografica, intesa quale insieme di atti derivanti da scelte libere, che compongono il vissuto dignitoso della persona, dovrebbe potersi contemplare la possibilità di mettere fine alla propria vita biologica, quando quella biografica è ormai cessata, altresì estendendo tale possibilità all'incapace. Infatti, alla stregua di tali considerazioni, il consenso attuale di quest'ultimo non andrebbe individuato in quello espresso *hic et nunc*, ma in quello che, seppur tacito, è stato manifestato dall'individuo nel corso della propria esistenza attraverso una serie di atti che ne hanno determinato lo stile di vita (Cass. Civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748), da cui poter evincere la sua volontà libera e corrente: sono le azioni quotidiane a costruire la vita della persona. Da qui la necessità che le istituzioni accordino strumenti, anche giuridici, per dare possibilità all'incapace di dar voce al proprio volere, ovvero misure tese a ricostruire la volontà dello stesso e a verificarne la conformità ai suoi più recenti orientamenti, creando, così, quel contesto di effettivo esercizio delle libertà.

Ad oggi, vi è la possibilità in Italia di sottoscrivere un testamento biologico al fine di decidere, quando si è ancora capaci di intendere e di volere, quali trattamenti si intenderanno accettare o rifiutare nel momento in cui subentrerà un'incapacità mentale.

Sul piano sovranazionale, non vi è un'espressa previsione normativa di un diritto convenzionale a morire, ma è nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, caratterizzata da un notevole dinamismo interpretativo, che si realizza quel contesto di effettivo riconoscimento di un diritto a morire dignitosamente.

La Corte Edu, secondo un'interpretazione convenzionalmente orientata, ha progressivamente riconosciuto il diritto della persona di decidere come e quando morire, individuando la sua *sedes materiae* nell'articolo 8 della Convenzione, ossia in quel diritto all'autodeterminazione che rappresenta uno degli aspetti della vita privata, di cui è imposto il rispetto.

Considerate nel loro complesso, le pronunce di Strasburgo, da un lato, ribadiscono la sacralità del diritto alla vita, dall'altro, ne affermano la relatività, poiché la sua assolutezza ostacolerebbe la messa in atto di bilanciamenti di interessi necessari al fine di salvaguardare diritti fondamentali dell'uomo, sanciti dalla Convenzione.

Nel *leading case* *Pretty c. Regno Unito* (Corte EDU (Sezione IV), *Pretty c. Regno Unito*, 29 aprile 2002), la Corte enuncia per la prima volta il diritto di ciascuno ad autodeterminarsi sulla base delle garanzie dell'articolo 8 della Convenzione (§61; v. anche Corte EDU, *K.A. e A.D. c. Belgio*, 17 febbraio 2002). La portata innovatrice di tale pronuncia è, tuttavia, ancora intrisa di quel conservatorismo che tende a privilegiare la sacralità e l'inalienabilità del diritto alla vita, accordando carattere primario all'art. 2 della CEDU. Invero, a giudizio della Corte, l'articolo 2 sarebbe esente da qualsiasi interpretazione *a contrario*, che giunga ad inglobare

in esso il diametralmente opposto diritto a morire. Quest'ultimo sarebbe piuttosto rinvenibile nell'essenza propria del diritto ad autodeterminarsi (§40), da intendere, pertanto, come quel diritto di decidere il come ed il quando morire, ricavabile dal diritto al rispetto della vita privata, enunciato e garantito all'articolo 8 della Convenzione. È, infatti, sotto tale profilo che la nozione di qualità della vita riacquista senso (§65). Essendo gli individui gli unici giudici della qualità della propria vita, a coloro che lo reclamano dovrebbe essere riconosciuto il diritto di decidere di morire al fine di preservare la propria dignità davanti alla sofferenza. Ciononostante, il divieto generale del suicidio assistito viene giudicato dalla Corte come conforme e proporzionale alla Convenzione, poiché mirante a salvaguardare la vita delle persone più vulnerabili contro quelle pratiche che mettono fine alla loro esistenza, in applicazione di quel dovere di protezione che grava su tutti gli Stati Membri (§74).

Più di recente la Corte ha mostrato il volto di una giurisprudenza liberale e progressista. Ha, in primo luogo, riconosciuto a coloro che, seppur malati, sono in grado di formare liberamente ed autonomamente il proprio giudizio e di agire in conformità ad esso, il diritto di scegliere come e quando morire alla stregua del diritto al rispetto della vita privata, ex articolo 8, facendo obbligo agli Stati di adottare quelle misure in grado di facilitare la commissione del suicidio nel rispetto della dignità senza, tuttavia, donare carattere assoluto all'autonomia personale (Corte Edu, *Haas c. Svizzera*, 20 gennaio 2011, n° 31322/07; lo stesso orientamento si trova, obiter dictum, in Corte EDU, *Koch c. Germania*, 19 luglio 2012). Quest'ultima potrebbe, infatti, subire ingerenze da parte degli Stati qualora gli stessi lo ritenessero opportuno, considerato il loro dovere di tutelare la vita dei più vulnerabili, la cui condizione potrebbe sfociare in decisioni avventate, scaturite da crisi, anche provvisorie, della loro capacità di discernimento (*Haas c. Svizzera*, §57).

Ha, successivamente, enunciato tale diritto nel caso in cui la volontà di morire sia la scelta di una persona *compos sui* e non affetta da alcuna malattia terminale, nella consapevolezza che il progresso tecnico-scientifico ha incrementato le aspettative di vita e di sopravvivenza, risvegliando nelle persone la volontà di non vivere in uno stato di deperimento fisico e mentale, contrastante con la propria visione di vita dignitosa (Corte Edu, *Gross c. Svizzera*, 14 maggio 2013, n° 67810/10).

Da ultimo, nel caso *Lambert* (Corte Edu, Grande Chambre, *Lambert c. Francia*, 5 giugno 2015, n. 46043/14), la *Grande Chambre*, pronunciandosi relativamente alla legittimità della interruzione o del rifiuto *ab origine* di trattamenti sanitari vitali, enuncia il ruolo primario della volontà individuale, qualunque sia la modalità, espressa o tacita, con cui questa è manifestata (§147 e 148). Da qui, l'affermazione di principio che qualsiasi decisione medica che non tenga conto della volontà dell'individuo, atto o meno ad esprimerla in quel momento, contrasta con il rispetto della libertà e della dignità dell'uomo, costituenti due dei principi fondamentali sanciti dalla Convenzione (Corte EDU, *V.C. c. Slovaquia*, 8 novembre 2011, n. 18968/07, § 107). L'opinione maggioritaria dei giudici di Strasburgo si è, tuttavia, scontrata con quella minoritaria, dando luogo ad una vera e propria spaccatura all'interno della Corte. Nel dissentire i cinque giudici hanno, infatti, affermato che tale pronuncia rappresenta un'ipotesi di eutanasia occulta, posto che la cessazione di trattamenti vitali, somministrati ad un paziente incosciente, non potrebbe giustificarsi ove manchino direttive anticipate, salvo che essi non siano all'origine di atroci sofferenze o risultino essere sproporzionati in rapporto ad eventuali benefici futuri. Ciò di cui, però, non tengono conto è la sofferenza morale che può essere causata al paziente dalla prosecuzione di tali trattamenti. Il paziente è, infatti, posto in una condizione di totale dipendenza da macchinari, che lo sostituiscono nelle sue funzioni vitali, privandolo in tal modo del controllo sul proprio corpo, costringendolo in una

vita artificiale non ritenuta propria e dignitosa. Il sentimento di costrizione e la sofferenza morale che ne deriva possono essere desunti dai desideri manifestati dal paziente nel corso della sua intera esistenza. Invero, anche in mancanza di direttive anticipate, tali desideri possono essere ricostruiti tramite le testimonianze di persone di fiducia, ovvero dei familiari del paziente, per poi verificarne la corrispondenza alla sua personalità ed al suo stile di vita. L'opinione minoritaria neanche considera il limite posto dalla scienza al dovere di attivazione dello Stato per proteggere la vita delle persone, in particolare quelle più vulnerabili, poiché nell'ipotesi estrema di accanimento terapeutico è fatto obbligo di astenersi dalla somministrazione di qualsiasi cura inutile, mera fonte di sofferenza.

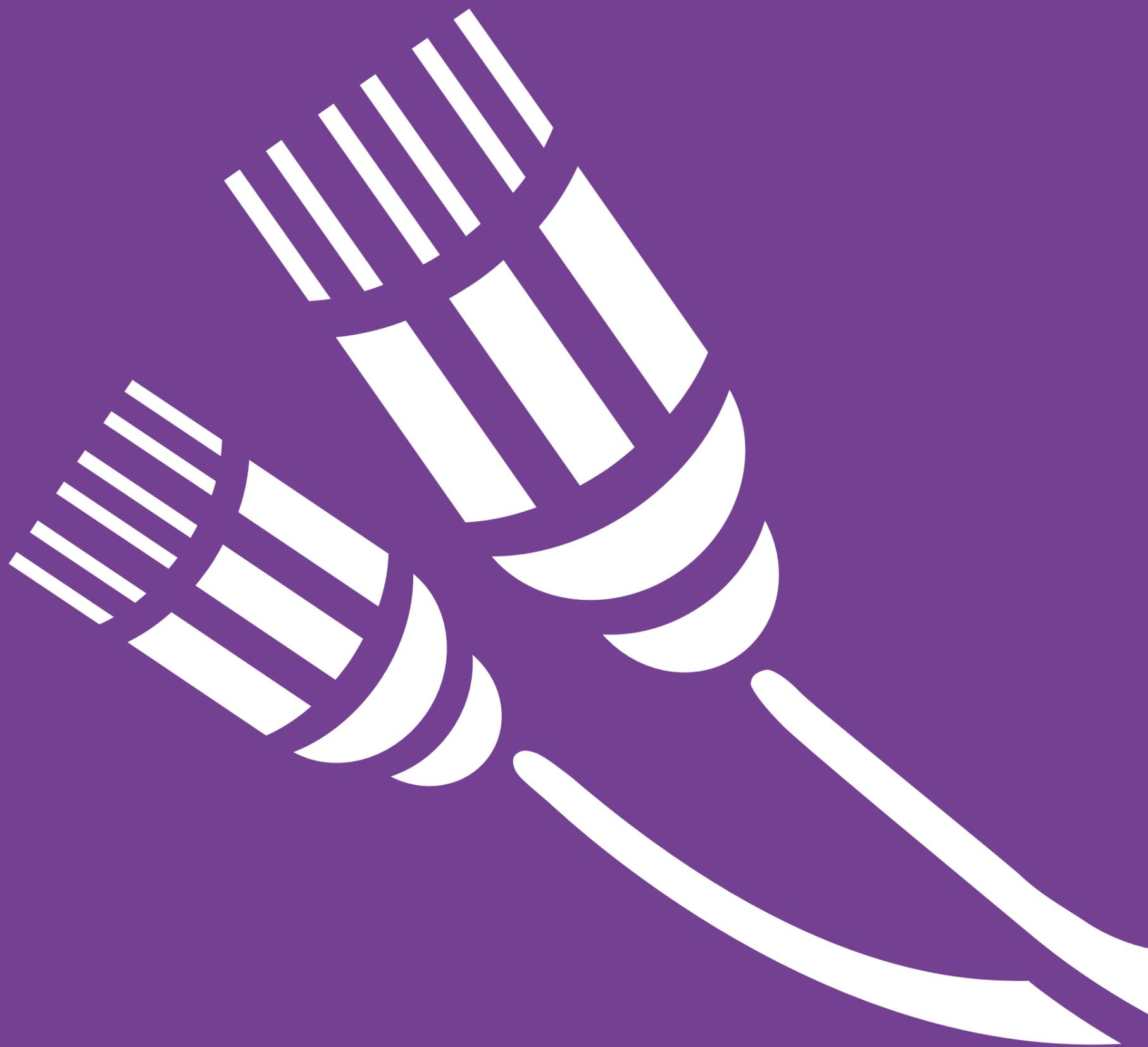
Sulla scia di tale ultime considerazioni, il 27 giugno 2017 la *Première Chambre* della Corte di Strasburgo (Corte Edu (I sez.), *Gard and others v. The United Kingdom*, 27 giugno 2017, n. 39793/17) ha autorizzato la sospensione di cure vitali somministrate ad un minore di 10 mesi, facendo appello alla garanzia di una morte dignitosa dello stesso, malgrado la volontà contraria dei genitori. Nello specifico, la Corte ha giudicato le decisioni dei medici e delle Corti interne inglesi conformi agli articoli 2, 5 e 8 della Convenzione.

Relativamente all'articolo 2 della CEDU, la Corte ha affermato che, nonostante la consacrazione del diritto alla vita ed il relativo dovere degli Stati di proteggerla, non può ritenersi giustificato un accesso illimitato alle cure, anche sperimentali, nel caso in cui la preservazione della vita umana risulti irragionevole (§87), allineandosi così all'orientamento adottato dalle Corti inglesi. Quest'ultime, infatti, considerata la volontà dei genitori del minore, i presunti desideri di quest'ultimo e le plurime opinioni di medici esperti, avevano constatato l'eventualità che tali cure avessero quale unico risultato quello di apportare ulteriori agonie e sofferenze al bambino, ed avevano, pertanto, ritenuto che il riconoscimento del diritto

a morire dignitosamente tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari rispondesse, nel caso specifico, al miglior interesse del minore.

Quanto alla pretesa violazione dell'articolo 8 della Convenzione, la Corte ha ritenuto che l'adozione di decisioni da parte di medici e giudici, né eccessive né tantomeno arbitrarie (§124), ma miranti soltanto a realizzare l'interesse superiore del minore, potesse giustificare l'ingerenza di terzi nell'esercizio delle responsabilità genitoriali, poiché, altrimenti, sarebbe derivato allo stesso grave pregiudizio (§120).

È, dunque, evidente il riconoscimento nella giurisprudenza sovranazionale di un diritto a morire dignitosamente in nome dei principi fondamentali dell'uomo, fermo restando il costante rinvio al margine di apprezzamento lasciato agli Stati, ai quali, in mancanza di un consenso comune sulle pratiche eutanasiche, non può essere imposta una cultura giuridica dell'eutanasia. ●



A stylized graphic of a microscope, rendered in white and teal. The eyepiece is on the left, and the objective lenses are on the right. The body of the microscope is composed of several overlapping, curved shapes. The word "NEGAZIONISMO" is written in large, bold, white capital letters across the middle of the image, partially overlapping the microscope's body.

# NEGAZIONISMO

# NEGAZIONISMO E LIBERTA' DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO

## UN BILANCIAMENTO DIFFICILE

**Paola De Franceschi**

Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Udine

La legge che integra l'aggravante di negazionismo con la previsione delle condotte di 'minimizzazione' e 'apologia' della Shoah, dei crimini di genocidio, dei crimini di guerra e contro l'umanità, è da poco entrata in vigore, ed il pensiero corre nuovamente alla sentenza della Corte dei Diritti dell'Uomo che condannò la Svizzera ravvisando la violazione dell'art.10 della Convenzione nell'irrogazione di sanzioni penali ad un uomo politico turco che aveva pubblicamente negato il genocidio degli Armeni..

La Corte aveva ravvisato nelle affermazioni del ricorrente l'esercizio del diritto di manifestazione del pensiero.

Oggi, con le modifiche apportate dalla Legge 20 novembre 2017, n. 167 alla Legge 13 ottobre 1975, n.654 ("Ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale", New York 7 marzo 1966), ci si interroga sulla conformità delle nuove disposizioni al principio della libertà di manifestazione del pensiero sancito all'articolo 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Per comprendere appieno la portata innovativa dell'integrazione all'aggravante razzista e xenofoba, conviene esaminare nel dettaglio le disposizioni

normative, salvo poi richiamare i passaggi fondamentali della sentenza PERINÇEK c. Turchia per analizzare le prime sullo sfondo dei principi sanciti in quest'ultima.

### LA LEGGE SULL'ELIMINAZIONE DI TUTTE LE FORME DI DISCRIMINAZIONE RAZZIALE

### LA CONVENZIONE DI NEW YORK E LE DISPOSIZIONI ORIGINARIE

La Legge n.167/2017 recante "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea" (pubblicata su G.U. n. 277 del 27 novembre 2017, entrata in vigore il 12 dicembre 2017), rappresenta l'ultima integrazione alle disposizioni della Legge n.654/1975, che ha dato esecuzione alla Convenzione internazionale di New York sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Per una completa disamina delle condotte punite dall'art.3 L.654/1975 vedasi l'articolo "Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a costituzione la

La nozione di discriminazione è descritta all'art.1 della Convenzione come "ogni distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine etnica, che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica".

All'art.3 (come modificato dapprima dall'art.1 del D.L.n.122/1993, convertito in Legge n.205/1993, poi dall'art.13 della legge 24 febbraio 2006, n.85) sono descritte le condotte criminose punite, sempre che il fatto non costituisca più grave reato:

- » la propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero l'istigazione a commettere o la commissione di atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (comma 1, lett.a: reclusione fino a 1 anno e 6 mesi o multa fino a €.6.000);
- » l'istigazione, in qualsiasi modo, alla commissione o la perpetrazione di violenza o di atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (comma 1, lett.b: reclusione da 6 mesi a 4 anni);
- » la costituzione o promozione di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi aventi tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi; la partecipazione a tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi; la prestazione di assistenza alla loro attività (comma 3: reclusione da 1 a 6 anni per promotori e organizzatori, da 6 mesi a 4 anni per coloro che partecipano o prestano assistenza).

Le condotte incriminate (propaganda, istigazione, costituzione di organizzazioni e associazioni, partecipazione o assistenza alle stesse) non

normativa vigente" di G.PAVICH e A.BONOMI in Diritto Penale Contemporaneo 2014

riguardano dunque mere manifestazioni del pensiero, ma appaiono connotate da un *quid pluris* che determina il pericolo concreto di diffusione di idee razziste o xenofobe; per propaganda dovendosi intendere l'azione che tende a influire sull'opinione pubblica e i mezzi con cui viene svolta nel tentativo di plasmare percezioni, manipolare cognizioni e dirigere il comportamento al fine di ottenere una risposta che favorisca gli intenti di chi lo mette in atto; per istigazione l'azione compiuta sulla psiche altrui al fine di far sorgere o rafforzare motivi di impulso, ovvero di affievolire motivi inibitori; per incitamento lo stimolo che spinge ad agire o a concepire un sentimento o ad assumere un comportamento.

La costituzione o promozione di associazioni od organizzazioni o la partecipazione ad esse rappresenta, ovviamente, una forma più articolata di propaganda e diffusione delle idee.

### LA DECISIONE QUADRO 2008/913/GAI.

Obiettivo della decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio dell'Unione europea sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale, è quello di rendere i reati di stampo razzista e xenofobo passibili in tutti gli Stati membri almeno di un livello minimo di sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive (considerando n.13).

La decisione quadro indica due tipi di reato, comunemente noti come discorsi di incitamento all'odio razziale e xenofobo e reati basati sull'odio razziale e xenofobo.

Per quanto riguarda i "discorsi di incitamento all'odio" (art.1 "reati di stampo razzista o xenofobo"), gli Stati membri devono garantire che siano punibili i seguenti comportamenti se diretti contro un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica:

a) l'istigazione pubblica alla violenza o all'odio, anche mediante la diffusione o la distribuzione pubblica di scritti, immagini o altro materiale;

b) l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei

- crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, quali definiti agli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale;

- crimini definiti all'articolo 6 dello statuto del tribunale militare internazionale, allegato all'Accordo di Londra dell'8 agosto 1945;

quando i comportamenti siano commessi in modo atto a istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro.

L'istigazione e la complicità a commettere uno dei reati sopra indicati, devono anch'esse essere punite con adeguate sanzioni (art.2).

Gli Stati membri possono decidere di rendere punibili soltanto i comportamenti atti a turbare l'ordine pubblico o che sono minacciosi, offensivi o ingiuriosi (art.1 §2).

Essi possono decidere (rendendo una dichiarazione all'atto di adozione della decisione quadro) di perseguire penalmente la negazione o la minimizzazione grossolana dei gravi crimini sopra indicati solo qualora siano stati accertati da una decisione passata in giudicato da un organo giurisdizionale nazionale o internazionale (art.1 §4).

Quanto ai "reati basati sull'odio", gli Stati membri devono garantire che la motivazione razzista o xenofoba sia considerata una circostanza aggravante o, in alternativa, che tale motivazione possa essere presa in considerazione dal giudice all'atto di determinazione della pena (art.4 "Motivazione razzista e xenofoba").

Anche le persone giuridiche devono essere ritenute responsabili per i discorsi di incitamento all'odio da parte di una persona che occupa una posizione direttiva in seno alla persona giuridica, oppure nel caso in cui la mancanza di direzione o vigilanza da

parte di tale persona abbia reso possibili discorsi di incitamento all'odio ad opera di una persona soggetta alla sua autorità (art.5). La decisione quadro non obbliga gli Stati ad adottare sanzioni penali, purché le misure siano comunque efficaci, proporzionate e dissuasive (art.6): potranno essere adottate ammende penali e non, ed eventuali altre sanzioni quali l'esclusione dal beneficio di agevolazioni e sovvenzioni pubbliche, l'interdizione temporanea o permanente dall'esercizio di un'attività commerciale, il collocamento sotto sorveglianza giudiziaria, fino alla liquidazione giudiziaria.

Nella decisione quadro viene ribadito l'obbligo per gli Stati membri di rispettare i principi e diritti fondamentali sanciti dall'art.6 del Trattato sull'Unione europea, nonché dalle norme costituzionali degli Stati, come la libertà di espressione e di stampa e la libertà di associazione (art.7).

Ciascuno Stato membro deve inoltre assicurare l'avvio delle indagini e l'esercizio dell'azione penale anche a prescindere dalla denuncia della vittima del reato, quantomeno nei casi più gravi (art.8).

Quanto alla competenza giurisdizionale, viene ribadito il principio di territorialità in applicazione del quale ogni Stato membro deve perseguire i reati basati sull'odio commessi in tutto o in parte sul proprio territorio nazionale (art.9).

### ATTUAZIONE DELLA DECISIONE QUADRO: LA LEGGE SUL NEGAZIONISMO.

Mentre l'aggravante razzista e xenofoba già esisteva a partire dal D.L.122/1993, il termine per dare integrale attuazione alla decisione quadro 913/2008 (28 novembre 2010) era decorso senza che l'Italia vi si adeguasse.

Solo con Legge 16 giugno 2016, n.115 recante "Modifiche all'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, in materia di contrasto e repressione dei crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e

crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale", è stata introdotta la speciale aggravante (comportante la reclusione da due a sei anni) che ricorre qualora la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra (comma 3 bis).

Nei lavori parlamentari preparatori, si ritrova la spiegazione del termine negazionismo con riferimento al genocidio degli ebrei: mentre con il termine "revisionismo" si indica la tendenza storiografica a rivedere le opinioni storiche consolidate sulla base di nuove interpretazioni o valutazioni, con il risultato di operare una reinterpretazione della storia, con il "negazionismo" si esclude la stessa esistenza dell'olocausto facendo riferimento, di solito, a quelle dottrine secondo cui il genocidio - in particolare quello degli ebrei da parte dei nazisti - non è mai avvenuto o, nel migliore dei casi, è stato dagli storici molto sottovalutato.

Quanto alla definizione dei crimini di genocidio, di guerra e contro l'umanità, il comma 3 bis fa espresso rinvio alle definizioni contenute nella Legge 12 luglio 1999, n. 232 "Ratifica ed esecuzione dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale, con atto finale ed allegati, adottato dalla Conferenza diplomatica delle Nazioni Unite a Roma il 17 luglio 1998".

La legge italiana non richiede, per l'applicabilità dell'aggravante, che i crimini oggetto di negazionismo siano stati accertati da un tribunale o da una corte internazionale; né che le condotte incriminate siano commesse pubblicamente.

La stratificazione delle norme della L.654/75 ne rende peraltro difficoltosa l'interpretazione: pare di comprendere che l'aver considerato il negazionismo come mera aggravante dei comportamenti di propaganda, istigazione o incitamento non

corrisponda propriamente alla previsione dell'art.1 della decisione quadro che la considera condotta criminosa autonoma, pur in presenza di certe condizioni.

### LA MINIMIZZAZIONE E L'APOLOGIA DELLA SHOAH, DEL GENOCIDIO, DEI CRIMINI DI GUERRA E CONTRO L'UMANITÀ

Con Relazione del 27 gennaio 2014 al Parlamento e al Consiglio, la Commissione europea evidenziava che alcuni Stati non avevano ancora recepito in pieno o correttamente tutte le disposizioni della decisione quadro 2008/913/GAI.

Per l'Italia, malgrado l'adozione della Legge cd. sul negazionismo, erano rimaste fuori dalla previsione normativa la minimizzazione e l'apologia, come pure la responsabilità delle persone giuridiche.

Finalmente, la Legge europea n.167/2017 - che ha consentito di chiudere il caso EU-Pilot 8184/15/Just, attuando i contenuti della decisione quadro 2008/913/GAI-haintrodottaalcomma3bis dell'art.3 Legge n.654/1975 una nuova specificazione dell'aggravante, qualora propaganda, istigazione o incitamento all'odio razziale o etnico, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondino, non solo sulla negazione, ma anche sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dallo Statuto di Roma sulla CPI.

La Legge europea introduce altresì, in ossequio agli articoli 5 e 6 della decisione quadro, una nuova ipotesi di responsabilità amministrativa degli enti inserendo al D.Lgs. 8 giugno 2001 n.231, l'art. 25-terdecies ("Razzismo e xenofobia").

Tale norma prevede che, in relazione alla commissione dei delitti di cui all'articolo 3 comma 3bis della legge n.654/75, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da duecento a ottocento quote, oltre alle sanzioni interdittive previste dall'articolo

9 comma 2, per una durata non inferiore a un anno. Qualora l'ente o una sua unità organizzativa sia stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei delitti sopra indicati, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività.

Il nuovo comma 3 bis dell'art.3 sembra dunque aver recepito la disposizione dell'art.1 §1 lett.c) della decisione quadro, anche se, come già anticipato, non pare esservi perfetta sovrapposizione.

In base alla norma italiana, per aversi il reato, non sarà sufficiente la negazione, l'apologia o la minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio o contro l'umanità o dei crimini di guerra, purché diretta pubblicamente contro un gruppo di persone o un suo membro, definito in base alla razza, al colore, alla religione, all'origine nazionale o etnica, in modo da istigare alla violenza o all'odio verso tale gruppo; sarà invece necessario che negazione, minimizzazione grossolana o apologia si innestino in un'attività di propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale, o ispirino atti di provocazione o istigazione alla violenza per gli stessi motivi, o ancora fomentino l'operatività di un'associazione avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

In pratica, non sarà punibile la semplice manifestazione di convincimenti negazionistici (o di apologia o di minimizzazione grossolana) riguardanti avvenimenti storici qualificabili come genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra.

Come di vedrà nel paragrafo che segue, questo tipo di approccio appare forse più aderente alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, frutto di un arduo bilanciamento tra i principi sanciti agli articoli 8 e 10 della Convenzione sui diritti dell'uomo.

## LA CORTE EDU, TRA TUTELA DELLA DIGNITÀ E LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO

### IL CASO PERINÇEK C. TURCHIA

Il percorso motivazionale seguito dalla Corte EDU nel caso PERINÇEK c.Turchia bene illustra il conflitto tra principi convenzionalmente sanciti e consente di valutare in maniera conforme alle conclusioni della Corte la scelta punitiva del nostro legislatore.

Come è noto, in tale sentenza la Corte non entra nel merito del dramma armeno tacciato dal ricorrente come una "menzogna internazionale" delle Grandi Potenze imperialiste; sulla qualifica o meno dello stesso come genocidio, essa mantiene una difficile equidistanza dalle posizioni del Governo svizzero e dalla posizione negazionista del ricorrente; in un'ottica di diritto comparato, riepiloga le differenti normative degli Stati membri del Consiglio d'Europa; afferma di dover effettuare un bilanciamento tra il diritto alla libertà d'espressione garantito dall'art.10 e il diritto al rispetto della vita privata garantito dall'art.8.

Per apprezzare il peso dei due diritti in gioco, la Corte prende in esame una serie di parametri la cui disamina appare utile per comprendere l'esito del bilanciamento.

Vediamoli.

### I PARAMETRI DEL 'BILANCIAMENTO'

(a) Essendo la natura dei propositi del ricorrente di tipo storico, giuridico e politico, la Corte non ravvisa in essi una forma di incitamento all'odio e all'intolleranza: il ricorrente non ha dimostrato odio o disprezzo verso le vittime degli avvenimenti occorsi al popolo Armeno nel 1915, né trattato gli Armeni da bugiardi o usato termini ingiuriosi nei loro confronti (§233); né infine quei propositi appaiono come incitazione all'odio o all'intolleranza verso gli

Armeni, tenuto conto della situazione del ricorrente e del contesto generale in cui furono espressi (egli si era espresso in Svizzera su avvenimenti accaduti 80 anni prima nell'Impero ottomano). La Corte pone inoltre un fondamentale distinguo tra il fatto di giustificare un genocidio e quello di negarlo (§240). Essendo i propositi del ricorrente riferibili ad una questione di interesse pubblico, esigevano una protezione rafforzata dall'art.10 della Convenzione; così che le autorità svizzere disponevano di un margine di apprezzamento limitato per apportarvi una restrizione.

(b) Quanto ai fattori dell'ingerenza (dello Stato nel limitare la libertà d'espressione ai sensi del comma 2 dell'art.10) geografici e fisici (§242), la Corte ricorda di aver giustificato la criminalizzazione della negazione dell'Olocausto non tanto perché fatto storico accertato, quanto piuttosto perché, dato il contesto storico degli Stati chiamati in causa (Germania, Austria, Belgio e Francia), tale negazione, ancorché presentata come ricerca storica imparziale, traduce un'ideologica antidemocratica e antisemita. Al contrario, nessun legame diretto sussiste tra la Svizzera e i fatti occorsi negli anni 1915 nell'Impero Ottomano, mentre la polemica scatenata dalle dichiarazioni del ricorrente appare estranea alla vita politica svizzera e non idonea a generare frizioni tra Turchi ed Armeni residenti in Svizzera; mentre nella condanna penale del ricorrente non vi è alcun riferimento alla condizione attuale degli Armeni in Turchia.

Quanto al fattore temporale (§249), la Corte sottolinea che benché i propositi polemici su avvenimenti storici dolorosi sono sempre idonei a rianimare la controversia e a ravvivare le sofferenze nella popolazione, tuttavia il decorso del tempo tra i discorsi del ricorrente e i tragici avvenimenti da lui evocati riveste importanza, tanto che all'epoca in cui egli si era pronunciato, rimanevano ben poche persone che avevano vissuto quegli avvenimenti.

(c) In relazione alla misura dell'attentato ai diritti dei membri della comunità armena, la Corte non ritiene che i discorsi del ricorrente abbiano costituito un attentato alla dignità degli Armeni che

hanno sofferto o sono morti nel corso dei tragici avvenimenti del 1915 o alla dignità e identità dei loro discendenti (§253), in quanto gli attacchi portati dal ricorrente nei suoi discorsi erano diretti contro gli "imperialisti" che egli riteneva responsabili delle atrocità commesse; mentre le parti dei suoi discorsi potenzialmente offensive verso gli Armeni sono quelle in cui egli ne parla come di "strumenti" delle "potenze imperialiste" e li accusa di aver commesso dei massacri contro Turchi e musulmani.

(d) Sull'esistenza o assenza di un consenso tra le Alte Parti Contraenti, la Corte desume dall'analisi di diritto comparato tra gli Stati membri che pur nella diversità delle normative nazionali, le regole adottate su scala europea prevedono tutte di rendere punibile la negazione del genocidio solo allorché questa rischi di avere ripercussioni negative tangibili (§256), ad eccezione della Svizzera per cui la criminalizzazione della negazione di ogni genocidio non esige che essa sia stata espressa in maniera suscettibile di attizzare la violenza o l'odio.

(e) Alla questione se l'ingerenza potesse derivare dalle obbligazioni internazionali della Svizzera, la Corte obietta che l'art.261 bis del codice penale svizzero (in base al quale il ricorrente fu condannato) benché adottato in occasione dell'adesione della Svizzera alla Convenzione del 1965 sulla discriminazione razziale, non costituisce applicazione dell'art.4 di tale Convenzione che impone agli Stati aderenti di perseguire come delitti ogni diffusione di idee fondate sulla superiorità o l'odio razziale, ogni incitamento alla discriminazione razziale, ogni atto di violenza o provocazione a tali atti, diretti contro ogni razza o gruppo di persone di un altro colore o di un'altra origine etnica, tenendo però in debito conto i diritti espressamente enunciati all'art.5 della stessa convenzione, tra cui il diritto alla libertà di opinione e di espressione (§261).

Sottolinea la Corte che il Comitato ONU per l'eliminazione della discriminazione razziale (incaricato di sorvegliare l'attuazione della Convenzione), ha raccomandato che "la negazione o i tentativi pubblici di giustificazione dei crimini di

genocidio e dei crimini contro l'umanità (..) siano dichiarati delitti punibili dalla legge, a condizione che essi costituiscano chiaramente un atto di incitamento all'odio o alla violenza razziale". Evidenza che la Convenzione sul genocidio impone agli Stati aderenti di punire "l'incitamento diretto e pubblico a commettere il genocidio", cosa ben diversa dai "discorsi di odio". Né ulteriori atti convenzionali internazionali cui la Svizzera ha aderito o il diritto internazionale consuetudinario impongono la criminalizzazione del negazionismo in quanto tale; mentre, la decisione quadro 2008/913/GAI non è stata ancora trasposta da un certo numero di Stati membri (§266 con richiamo al §90).

Soltanto la Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza (organo del Consiglio d'Europa che si occupa della lotta contro razzismo, discriminazione razziale, xenofobia, antisemitismo e intolleranza), ha preconizzato la criminalizzazione della negazione del genocidio, raccomandando che la legge qualifichi come infrazioni penali la negazione, la minimizzazione grossolana, la giustificazione o l'apologia pubbliche, con un intento razzista, dei crimini di genocidio, crimini contro l'umanità o crimini di guerra; ma si tratta, afferma la Corte, di raccomandazione di politica generale e non regola cogente di diritto internazionale. In conclusione, nessuna norma di diritto internazionale imponeva alla Svizzera l'ingerenza commessa nel diritto alla libertà d'espressione del ricorrente (§268).

Alla luce degli elementi analizzati, la Corte ritiene che non era necessario, in una società democratica, condannare penalmente il ricorrente al fine di proteggere i diritti della comunità armena che entravano in gioco nella fattispecie.

## IL DIFFICILE BILANCIAMENTO TRA DIRITTI CONVENZIONALMENTE PROTETTI

In conclusione, se l'apparato normativo assicurato dalla Legge 654/1975 come da ultimo modificato sembra non perfettamente aderente alla lettera della decisione quadro 2008/913/GAI, esso appare forse più rispondente alle esigenze di bilanciamento tra diritto alla libertà di espressione e diritto alla dignità umana affermate dalla giurisprudenza della Corte EDU dopo aver soppesato il complesso intreccio degli interessi in gioco e le esigenze di tutela dei diritti convenzionalmente garantiti. ●



ASSOCIAZIONE  
NAZIONALE  
MAGISTRATI

*anm* 

Palazzo di Giustizia  
Piazza Cavour  
00193 Roma



[www.associazionemagistrati.it](http://www.associazionemagistrati.it)

*Seguici online su:*



[www.associazionemagistrati.it](http://www.associazionemagistrati.it)



Associazione Nazionale Magistrati



[/associazionenazionalemagistrati](https://www.facebook.com/associazionenazionalemagistrati)



AN Magistrati



[@ANMagistrati](https://twitter.com/ANMagistrati)



[@anmagistrati](https://www.pinterest.com/anmagistrati)