L-JUS

RIVISTA SEMESTRALE DEL CENTRO STUDI ROSARIO LIVATINO

Fascicolo 1 - 2019

Direttore
Mauro Ronco

Direttore responsabile
Alfredo Mantovano

Coordinamento della redazione
Daniela Bianchini

Comitato di redazione
Domenico Airoma, Daniela Bovolenta, Mariacristina Bringheli, Walter Brunetti, Francesca Carloni, Antonio Casciano, Francesco Cavallo, Francesco Farri, Stefano Nitoglia, Daniele Onori, Margherita Prandi, Roberto Respinti, Angelo Salvi, Filippo Vari

Comitato scientifico
Simona Andrini, Ordinario di Sociologia del diritto – Università degli Studi Roma Tre
Maria Pia Baccari, Ordinario di Diritto romano – LUMSA di Roma
Emanuele Bilotti, Ordinario di Diritto privato – Università Europea di Roma
Francisco Javier Borrego Borrego, già giudice della CEDU
Ilaria Amelia Caggiano, Associato di Diritto privato – UNISOB di Napoli
Riccardo Chieppa, Presidente emerito della Corte costituzionale
Mario Cicala, Presidente emerito di sezione della Corte di Cassazione
Federico Fernández de Bujan, Ordinario di Diritto romano – UNED di Madrid
Carlo Deodato, Presidente di sezione del Consiglio di Stato
Maria Luisa Di Pietro, Direttore Centro Studi e Ricerche sulla Salute Globale – Università Cattolica di Roma
Vincenzo Geraci, Avvocato Generale emerito della Corte di Cassazione
Mauro Giovannelli, Avvocato in Firenze
Giuseppe Marra, Magistrato addetto al Massimario della Corte di Cassazione
Giacomo Rocchi, Consigliere alla Corte di Cassazione
Armando Tursi, Ordinario di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Milano

Rivista semestrale iscritta al n. 61/2018 presso il Trib. di Roma dal 22/03/2018

CRITERI REDAZIONALI

1. L'Autore di un'opera o di un articolo citato in nota va riportato indicando il cognome in carattere MAIUSCOLETTO, preceduto dall'iniziale del nome.
2. Il titolo dell'opera o dell'articolo citato va riportato con carattere *corsivo*.
3. La citazione delle Riviste va in *corsivo*.
4. L'indicazione dell'anno va in tondo.
5. L'indicazione del numero o di parti della Rivista va in tondo.
6. L'indicazione del numero della o delle pagine citate nella nota deve essere preceduta da "p." (pagina) o "pp." (pagine) o "c." (colonna); mentre, se le pagine proseguono oltre quella citata, si fa seguire "ss."
7. Nell'indicare un volume o un tomo, è possibile, rispettivamente, limitarsi al numero romano o al numero arabo, oppure far precedere i numeri da "vol." o "tomo".
8. Le particelle "cit." e "loc. cit.", indicative di pagine già citate, vanno in tondo; mentre vanno in *corsivo* la particella "*op. cit.*", indicativa di un titolo di volume o rivista già citato e le particelle "*ivi*" ed "*ibidem*".
9. Il luogo di edizione va in tondo.
10. È facoltativo citare la Casa Editrice.
11. I brani di altri Autori o il testo di disposizioni normative possono essere riportati, in carattere *corsivo*, utilizzando indifferentemente le caporali («…..») o gli apici doppi ("……").
12. Le parole straniere vanno in *corsivo*.
13. Per la citazione di opere scritte da più Autori, fermo restando quanto previsto al punto 1, i nomi devono essere separati dal trattino.

I contributi dovranno essere inviati al seguente indirizzo di posta elettronica: info@l-jus.it (in formato .doc), specificando nome e cognome dell'Autore, qualifica accademica e/o professionale, indirizzo di posta elettronica e recapito telefonico per eventuali comunicazioni.
Ciascun contributo dovrà recare il titolo sia in italiano che in inglese e dovrà essere completo di sommario, di un breve abstract (in italiano e inglese) e dell'indicazione di cinque parole chiave (in italiano e in inglese).

I contributi saranno pubblicati previa valutazione positiva da parte dei Valutatori. Il Direttore, in casi particolari (es. in caso di Autori di riconosciuto prestigio accademico o che ricoprono cariche istituzionali o in caso di relazioni tenute a Convegni o workshop organizzati o promossi dal Centro Studi Livatino), può escludere la procedura di valutazione, autorizzando la pubblicazione con la postilla "Contributo accettato dal Direttore".

IN QUESTO NUMERO

Il n. 1/2019 di L-JUS esce in un momento difficile per la giustizia italiana, e in modo particolare per la magistratura, attraversata da una crisi di credibilità che esige interventi di quadro e di prospettiva. La riflessione sul ruolo dei giudici, e sui limiti nell'esercizio della giurisdizione, è stata al centro del convegno nazionale annuale che il Centro Studi Livatino ha organizzato a Roma nell'ottobre 2017 dal titolo *Giudici senza limiti?*.

Appaiono particolarmente attuali le relazioni – che pubblichiamo in apertura del fascicolo – svolte nell'occasione da Francisco Javier Borrego Borrego, che è stato giudice della Corte europea dei diritti dell'uomo, e da Anthony Borg Barthet, Giudice in carica della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Esse richiamano all'umiltà nell'esercizio di una funzione così importante quale quella del giudicare: dal che deriva evitare quegli sconfinamenti e quelle interpretazioni che in realtà tali non sono, perché diventano creative di vere e proprie norme. L'attivismo giudiziario fa assumere al giudice responsabilità proprie dei Parlamenti e dei Governi.

Il 22 febbraio 2019 il Centro Studi Livatino ha organizzato un seminario a Roma, nella sede dell'Università europea Regina Apostolorum, riguardante i problemi seguenti alla ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale, nel giudizio sulla legittimità dell'art. 580 codice penale, nella parte relativa all'aiuto al suicidio. Pubblichiamo tre delle preziose e ricche relazioni, riviste dagli Autori, svolte nella circostanza da Tomaso Emilio Epidendio, Giacomo Rocchi e Ersiliagrazia Spatafora, partecipanti al workshop, che affrontano talune delle questioni più significative poste dal provvedimento della Consulta.

Due approfondimenti originali, entrambi sul tema della famiglia, aprono la sezione dedicata agli "studi": Emanuele Bilotti dedica la sua riflessione all'istituto familiare nel quadro della normativa europea, sottolineando la differenza rispetto alle legislazioni nazionali, in primis quella italiana, essendo ben diversi i suoi fondamenti a seconda che si abbia quale riferimento la Costituzione repubblicana, ovvero la Carta di Nizza. Il contributo di Aldo Rocco Vitale è sull'eventuale incidenza della sfera affettiva per la disciplina della famiglia, in un contesto nel quale appare prevalente la dimensione dell'amore quale base del legame familiare, e marginale ogni altro elemento. Paolo

Valiante affronta la questione dell'aborto preterintenzionale, che presuppone chiarezza in ordine al bene giuridico tutelato e all'estensione temporale della difesa della vita nascente. Francesco Farri esamina analiticamente e nell'insieme la proposta di legge della Regione Emilia-Romagna contro la "omotransnegatività", i suoi profili critici, i rischi derivanti dalla sua eventuale approvazione. Infine, lo scritto di Vittorio Tusa sul rilievo della collegialità nella vita della Chiesa cattolica, più di mezzo secolo dopo la conclusione del Concilio ecumenico Vaticano II, permette di affrontare per la prima volta su questa rivista una questione di stretto diritto canonico, dal peso non solo giuridico (nella sezione "documenti" lo studio è integrato da una conversazione dell'autore con Mons. Marcello Semeraro, vescovo di Albano e segretario del Consiglio per la riforma della Curia romana).

Da questo numero prende l'avvio anche una rubrica di recensioni di volumi su temi fra quelli di interesse statutario del Centro Studi, a cominciare dall'opera, coordinata da Mauro Ronco, sul "diritto" a essere uccisi.

Ringrazio chi ci segue e utilizza quanto viene pubblicato su L-JUS. È la conferma più confortante che il lavoro del Centro Studi ha senso e seguito.

Alfredo Mantovano

SEZIONE RELAZIONI

FRANCISCO JAVIER BORREGO BORREGO
Già giudice della Corte europea dei diritti dell'uomo

IL TRIBUNALE EUROPEO DEI DIRITTI DELL'UOMO E L'INTERPRETAZIONE "CREATIVA" DELLA CONVENZIONE EDU[*]

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Le foglie esterne: il recepimento e l'applicazione delle sentenze della Corte – 3. Le foglie intermedie: il contenuto delle sentenze – 4. Le foglie vicine al cuore: i giudici della CEDU – 5. Il cuore: il sistema della Convenzione.

1. Introduzione

L'impegno assunto dagli Stati che hanno ratificato la Convenzione e hanno scelto di sottomettersi alla giurisdizione del Tribunale è vincolato a "*una concezione comune e un comune rispetto dei diritti dell'uomo*", che sono precisamente, come recita l'art. 1 della Convenzione, "*i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione*".

L'itinerario è chiaro: ci sono Stati europei che hanno una comune concezione e un comune rispetto dei diritti dell'uomo. Questi diritti sono definiti in un trattato denominato CEDU-Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo. Gli Stati si impegnano solennemente a riconoscere a ogni persona soggetta alla loro giurisdizione la protezione dei detti diritti dell'uomo, che hanno una comune concezione e un comune rispetto nelle Parti Contraenti. Terzo e ultimo passo nell'itinerario: gli Stati istituiscono un Tribunale per assicurare la realizzazione dell'impegno delle Parti Contraenti.

Teoricamente è perfetto. Loro tuttavia non sono qui per ascoltare la teoria, bensì la realtà, e se e quanto la realtà sia difforme rispetto alla teoria. Un grande regista cinematografico nordamericano, Cecil B. de Mille, diceva che per attrarre l'attenzione del pubblico un film dovrebbe iniziare con un terremoto e da lì in avanti andare in crescendo. Seguendo il suo suggerimento, inizierò con i noti Saggi de *Il Federalista* e con una affermazione dell'ex Presidente del Comitato Consultivo di esperti sulle candidature a giudici del Tribunale europeo. Nel Saggio 74 de *Il Federalista* Alexander Hamilton

[*] Trascrizione e traduzione della relazione svolta da Francisco Javier Borrego Borrego, già giudice della Corte europea dei diritti dell'uomo, al Convegno *Giudici senza limiti?* organizzato dal Centro Studi Livatino a Roma il 20 ottobre 2017 presso l'Aula del Palazzo dei Gruppi parlamentari.

scrive: «*I tribunali devono esprimere il significato delle leggi; e se fossero disposti ad esercitare la volontà invece del giudizio, la conseguenza sarebbe che il desiderio dei tribunali sostituirebbe il desiderio del corpo legislativo*». Quando i tribunali si comportano così si dice che pratichino il cosiddetto attivismo giudiziario. Siamo nel secolo XXI, i giudici "attivisti" non hanno una buona fama. Ora invece dell'attivismo giudiziario esiste la c.d. "creatività giudiziaria", che è la stessa cosa con una nuova maschera. Mr. John Murray, allora Presidente del Comitato Consultivo per la scelta dei giudici, nel marzo 2016 diceva al Comitato dei Ministri del Consiglio di Europa che «*the Convention means what the judges say it means*».

I giudici, con la creatività giudiziaria, stanno scrivendo di fatto una nuova Convenzione, con diritti che la Convenzione non definisce, ma che essi sostengono essere contenuti nella loro interpretazione della Convenzione. I giudici, precedentemente chiamati giudici "attivisti", e ora "creativi", dicono che realizzano una interpretazione dinamica della Convenzione. Perché dinamica? Perché secondo loro la Convenzione è uno strumento vivo che deve essere interpretato nel momento attuale. Per tentare di spiegare bene la realtà della Corte di Strasburgo, mi permettereste di paragonarla a un carciofo al quale poco a poco andremo togliendo le foglie.

2. Le foglie esterne: il recepimento e l'applicazione delle sentenze della Corte

L'articolo 46 della Convenzione obbliga gli Stati a "*conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti".* La Corte non controlla l'esecuzione delle sue sentenze: l'originalità nella sua creazione portò ad attribuire al Comitato dei Ministri, organo politico del Consiglio d'Europa, il compito della verifica dell'applicazione (art. 46). Il sistema funzionò in modo accettabile finché arrivò una sentenza contro il Regno Unito nel 2005, la sentenza Hirts, che qualificava violazione della Convenzione la proibizione di votare ai detenuti. Ricordo l'irritazione britannica per questa sentenza tanto che si arrivò a criticare il fatto che una giudice di un "tiny (minuscolo) State" (San Marino), osasse ordinare al Regno Unito che cosa dovesse fare.

Il Regno Unito all'epoca non disse che non avrebbe applicato la sentenza. La risposta fu molto "british": informò che un Comitato avrebbe studiato come dare seguito alla sentenza per autorizzare i detenuti a votare. Sono passati più di dieci anni dalla sentenza Hirts e oggi sono cinque le sentenze della Corte su questo argomento, la prima Hirts del

2005 e l'ultima Millbank del 2016: tutte dichiarano la violazione della Convenzione, ma gli inglesi non vi hanno dato seguito e il Comitato dei Ministri nel dicembre del 2015, quando ancora non era stata emessa la sentenza Millbank, esprimeva *"la sua profonda preoccupazione in quanto rimane in vigore la proibizione generale del voto per i detenuti"* (Risoluzione provvisoria CM/ResDH (2015) 251, del Comitato dei Ministri nella sua 1242 riunione dei Delegati dei Ministri che spostò l'esame di questi casi al più tardi a dicembre del 2016). Cosa accadde nell'ultima riunione del Comitato dei Ministri del 2016? Il governo del Regno Unito con tutta chiarezza disse che non poteva eseguire le sentenze in quanto il Parlamento si opponeva a modificare la norma che proibisce il voto ai detenuti, e che chiedeva altri dodici mesi per esaminare possibili opzioni su questo argomento: nel dicembre 2017, più di dodici anni dopo la sentenza Hirts. E nel Regno Unito i detenuti continuano a non poter votare.

Perché questo accade? Perché, su istanza del Regno Unito, l'articolo 46 della Convenzione venne modificato con il Protocollo 14. Conformemente a questa modifica, entrata in vigore il 1° giugno 2010, venne introdotto un curioso meccanismo: il Comitato dei Ministri, dopo aver verificato che uno Stato rifiuta di applicare una sentenza, può decidere, a maggioranza dei due terzi dei suoi membri, di trasmettere il problema alla Corte: se non viene constatata la violazione la Corte chiude il caso, se viene constatata la violazione (in tal caso, dell'articolo 46.1 della Convenzione) rimette il caso al Comitato dei Ministri perché *"esamini i provvedimenti da prendere"*. Un terzo dei membri del Comitato dei Ministri, corrispondente a 16 Stati, può bloccare la dichiarazione di violazione e l'invio alla Corte: nel frattempo il caso prosegue nell'agenda del Comitato dei Ministri con esame periodico.

3. Le foglie intermedie: il contenuto delle sentenze

Nelle sentenze di Strasburgo i giudici in dissenso dalla maggioranza possono esprimere la propria opinione dissidente o concorrente: nella pubblicazione della sentenza sempre viene riportato se è stata emessa all'unanimità, o in caso contrario il numero di voti a favore e contro. Invece la Corte di giustizia dell'Unione Europea con sede a Lussemburgo non permette che siano resi pubblici i voti in dissenso, e non precisa se la sentenza sia stata emessa all'unanimità o a maggioranza. Personalmente preferisco il sistema di Strasburgo. Può avere qualche inconveniente, ma la giustizia che si amministra

è più trasparente. In alcune occasioni il detto latino "*excusatio non petita, accusatio manifesta*" compare nel sistema di Strasburgo. Nel gennaio 2015 in occasione dell'apertura dell'Anno Giudiziario, il Presidente della CEDU, il giudice lussemburghese Spielmann affermò: «*Il nostro compito (quello del Tribunale) non è essere popolare*». E aggiunse: «*Gli Stati ci accusano di attivismo quando sentenziamo contro di essi*». Questa idea fu ribadita dalla sua collega dell'Estonia Laffrange durante il seminario in occasione di tale apertura, riconoscendo che «*le vecchie democrazie hanno iniziato a mostrarsi ogni volta più reticenti nell'accettare le decisioni della Corte sulle questione politicamente sensibili*».

Un buon esempio di questa critica al Tribunale lo abbiamo nella sentenza Lautsi contro Italia del 3 novembre 2009. All'unanimità una sezione constatò la violazione della Convenzione per il fatto che venisse autorizzato un crocifisso in uno spazio pubblico, l'aula di una scuola. Questa sentenza, molto lodata dai sedicenti progressisti, conobbe un'impressionante reazione di rigetto; ricordo come un giudice mi mostrava un amplissimo dossier di stampa di tutto il mondo, e mi diceva: «*siamo sull'orlo del precipizio*». Un anno e mezzo dopo la Grand Chambre annullò questa sentenza con una maggioranza ampia.

Le sentenze della Corte EDU si occupano sempre di più non dell'applicazione dei diritti umani stabiliti dalla legge interna, bensì della conformità della legge interna con la Convenzione, cioè se il frutto del lavoro del Parlamento nazionale è accettabile alla luce della Convenzione. Così nel caso Sejdic e Finci contro la Bosnia-Erzegovina (2009), la Corte verificò la Costituzione bosniaca, redatta a seguito dell'Accordo di Dayton del 1995, e concluse con una sentenza per la violazione della Convenzione alla stregua di una presunta discriminazione tra i chiamati a partecipare alle elezioni. Il giudice maltese Bonello terminava la sua dura opinione in dissenso verso tale pronuncia con la frase: «*Non posso dare la mia adesione a una Corte che semina ideali e raccoglie stragi*».

Nel caso Vallianatos e altri contro la Grecia (2013), la Corte decise che una legge che autorizzava le unioni di fatto esclusivamente tra persone di sesso diverso era contraria a la Convenzione per discriminazione in relazione al diritto al rispetto della vita privata (art. 8 della Convenzione). Nel suo voto in parziale dissenso, il giudice portoghese Pinto de Alburquerque espresse l'opinione che non erano state esaurite le vie interne, e affermò che «*la Grand Chambre della Corte, nel valutare di essere competente, si comportò come*

un "legislatore positivo", rispondendo alla diretta richiesta dei ricorrenti. Neppure Hans Kelsen, l'architetto del sistema di revisione giudiziaria costituzionale concentrata, ha potuto sognare che un giorno si facesse questo passo in Europa».

Nel caso Parrillo contro Italia (2015) la Corte ha affrontato la questione se un embrione sia un bene nel senso dell'art. 1 del Protocollo 1, e ha concluso all'unanimità che, dato il rilievo economico e patrimoniale legato a questo articolo, il ricorso era inammissibile. L'esame riguardava la conformità alla Convenzione di una legge del Parlamento italiano, la legge n. 40 del 14 febbraio 2004, che tra l'altro proibisce la sperimentazione sull'embrione umano.

Le sentenze di Strasburgo entrano sempre di più in temi delicati e sensibili, come la vita, il matrimonio, e così via, e interpretano il diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 della Convenzione come se fosse un diritto "periferico"[1]. Così fa Strasburgo: davanti a un caso giudiziario che attiene al diritto alla vita o al matrimonio, invece di esaminarlo dal punto di vista degli art. 2 o 12, preferisce applicare l'art. 8, che attiene alla vita privata e familiare. In questo modo la Corte decide casi molto sensibili, riguardanti per esempio l'aborto, senza compararli col diritto alla vita, bensì riferendosi a un diritto "periferico", in questo caso la privacy. Ancora un esempio: il caso Paradiso e Campanelli contro Italia, sui figli nati da utero in affitto. Il diritto applicato fu il diritto privato e familiare (art. 8), non il diritto alla vita o la tutela del matrimonio: per cinque voti contro due una sezione della Corte sentenziò la violazione dell'art. 8; due anni più tardi la Grand Chambre sentenziò con undici voti contro sei che non ci fosse violazione dell'art. 8. Altro esempio: Tysiac contro la Polonia, sull'aborto; la Corte decise con sei voti contro uno che la Polonia aveva violato l'art. 8 della Convenzione non permettendo l'aborto che richiedeva la donna. La Polonia non chiese il riesame del caso davanti alla Grand Chambre.

4. Le foglie vicine al cuore: i giudici della CEDU

Ci sono persone ossessionate dalla questione del numero di giudici donne che devono far parte della Corte. È una preoccupazione curiosa, perché la Corte prova a presentarsi come un organo asessuato. Questo accade da quando in una riunione plenaria nel 2007, i

[1] È "periferica" la via che permette di passare attraverso la città aggirandola, senza entrare per il centro.

giudici con una ristretta maggioranza decisero di sopprimere i titoli di cortesia dei giudici nelle sentenze. Personalmente reagii contro questa risoluzione nella sentenza Kafkaris contro Cipro. Questa assenza di Monsieur/Madame crea difficoltà per conoscere il sesso di giudici con nomi non frequenti. Se quello che si pretende con questa soppressione del titolo di cortesia è dimostrare che non c'è differenza nel giudicare tra un giudice uomo e una giudice donna, perché quest'ansia perché la Corte sia composta da più donne?

Seconda la mia modesta opinione e in base alla mia esperienza come Giudice della Corte, la distinzione più importante da operare è fra "giudici pratici" (giudici, pubblici ministeri o avvocati) e "giudici teorici" (professori). I professori di solito non conoscono la realtà giudiziaria, e da Strasburgo non si possono decidere casi senza conoscere come è un sistema giudiziario, come funzionano i Tribunali. Oggi a Strasburgo ci sono più giudici teorici che pratici. Ricordo la mia opinione in dissenso nel caso Königc contro Slovacchia (2004): un accusato nell'esercizio del suo diritto all'ultima parola nel processo per affermare di essere innocente e per chiedere la libertà. Secondo i miei colleghi la Corte, invece di pronunciare la sentenza, avrebbe dovuto risolvere prima circa la richiesta di libertà che aveva presentato l'accusato con il ricorso!

5. Il cuore: il sistema della Convenzione

È ancora necessaria la Corte EDU? Secondo la mia opinione decisamente sì. Gode di buona salute il sistema? Relativamente.

Soffre della malattia di Giano, il dio romano con due facce: una faccia indica la porta aperta (Patulsius) e l'altra la porta chiusa (Clausius). Nella giurisprudenza di Strasburgo è frequente l'applicazione del cosiddetto "*margine di valutazione*" degli Stati, ovvero rispettare l'interpretazione realizzata per via interna, con attenzione alla prossimità con il caso e con le differenti identità culturali e tradizionali.

La Corte ha posto la sua faccia Clausius su una serie di sentenze "sensibili" e, senza tener conto del margine interno di valutazione, impone la sua visione dei diritti riconosciuti dalla Convenzione. Questa malattia può portare a una perdita di credibilità della Corte e a un rifiuto di essa in quanto esercita una "*creatività giudiziaria"* dei diritti: questa è una realtà della quale sono coscienti nella Corte. Ma sono disponibili ad affrontarla? Dipende dalla personalità della CEDU, che altro non è se non l'insieme delle personalità dei giudici. Un esempio: secondo l'art. 12 della Convenzione «*uomini e donne*

in età adatta hanno diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto». Una donna che aveva contratto matrimonio con il rito gitano chiese la pensione di reversibilità. Lo Stato della Spagna non l'aveva concessa perché il matrimonio gitano non ha alcun effetto civile, ma la Corte ha deciso (2007) che il rifiuto spagnolo violava la Convenzione e che il matrimonio gitano doveva aver effetti civili. Il giudice olandese Mr. Myers affermò nella sua opinione dissenziente che «*la Corte rischia di perdere la sua credibilità con sentenze come questa, in quanto la sua competenza non arriva a creare diritti, per quanto utili o desiderabili possano essere*».

Come è possibile curare questa malattia? La cura è semplice. È sufficiente che gli Stati tutti e ogni singolo Stato selezioni candidati «*della più alta considerazione morale e possedere i requisiti richiesti per l'esercizio delle più alte funzioni giudiziarie o essere giuristi di riconosciuta competenza*» (art. 21). Gli Stati, ogni Stato, conosce i suoi candidati. Se propone attivisti o estremisti di qualsiasi tendenza oppure sciocchi e codardi, non può poi criticare la Corte. La Corte in definitiva è ciò che gli Stati vogliono che sia.

Abstract

FRANCISCO JAVIER BORREGO BORREGO, Il Tribunale europeo dei diritti dell'uomo e l'interpretazione "creativa" della Convenzione EDU

Il Tribunale di Strasburgo fu istituito dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, approvata a Roma il 4 novembre 1950, al fine di "assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle Alte Parti contraenti dalla presente Convenzione e dai suoi Protocolli" (art. 19). Questi impegni derivano, come dice il Preambolo della Convenzione, da "una concezione comune e un comune rispetto dei diritti dell'uomo". Nella relazione si indaga sulla realizzazione di quest'obiettivo.

Parole chiave: giudici senza limiti, convegno Centro Studi Livatino, Tribunale di Strasburgo, Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, diritti dell'uomo.

FRANCISCO JAVIER BORREGO BORREGO, The European Court of Human Rights and the "creative" interpretation of the EDU Convention

The Court of Strasbourg was established by the European Convention for the Protection of Human Rights, approved in Rome on 4 November 1950, in order "to ensure compliance with the obligations arising for the High Contracting Parties from this Convention and its Protocols" (art. 19). These commitments derive, as the Preamble of the Convention says, from "a common conception and a common respect for human rights". The report investigates the realization of this objective.

Key words: judges without limits, conference Centro Studi Livatino, Court of Strasbourg, European Convention for the Protection of Human Rights, Human Rights.

ANTHONY BORG BARTHET
Giudice della Corte di Giustizia dell'Unione Europea

IL GIUDICE E I SUOI LIMITI [*]

Ringrazio anzitutto il Centro Studi Rosario Livatino e i suoi dirigenti per avermi invitato e ospitato qui a Roma per questo convegno. Enrico IV di Francia aveva detto che Parigi val bene una Messa, io direi che Roma vale molto di più, e sicuramente più della mia umile partecipazione a questo convegno.

Non ho l'intenzione di proporre a quest'assemblea qualche grande relazione accademica sulla giustizia e sul diritto. Mi limiterò, invece, a condividere con loro dei pensieri, talvolta sfuggenti e quasi mai approfonditi, che mi sono passati per la testa durante un'abbastanza lunga carriera, prima nell'Avvocatura dello Stato della Repubblica di Malta, e in questi ultimi 14 anni, come giudice alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Pensieri che riguardano il tema di questo convegno, cioè la domanda: Giudici senza Limiti?

Il quesito mi fa ricordare un pranzo di tanti anni fa a Malta, dove oltre a me partecipavano un giudice della Corte maltese di ultima istanza e un avvocato siculo-americano di una certa età, che parlava poco, ma quando parlava faceva effetto. Il giudice ad un certo punto, forse solo per fare conversazione, disse che essendo già giudice di ultimo grado da più di 10 anni, e non essendovi nessun altro grado di appello oltre i suoi giudizi, doveva sempre sforzarsi di ricordare che non era un dio nel giudizio di semplici mortali.

Il siculo-americano subito rispose: «*Le consiglio, signor giudice, di cominciare ogni giornata leggendo uno o due dei suoi giudizi. Siccome le divinità sono per natura infallibili, subito si accorgerà che è umano!*».

È proprio nella nostra natura umana e fallibile con tutte le sue debolezze che si trova il limite del quale un giudice, sia nazionale che internazionale, deve sempre essere conscio. Come tutti, un giudice può essere afflitto da narcisismo, mancanza di coraggio, voglia di essere popolare, pigrizia o iperattivismo.

---

[*] Trascrizione della relazione svolta da Anthony Borg Barthet, giudice della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, al Convegno *Giudici senza limiti?* organizzato dal Centro Studi Livatino a Roma il 20 ottobre 2017, presso l'Aula del Palazzo dei Gruppi parlamentari.

Ma anche prendendo tutte le cautele necessarie ci saranno sempre dei casi per i quali il giudice, nell'esercizio della sua vocazione, sarà accusato di aver straripato i limiti della sua funzione, andando oltre la semplice interpretazione della legge e imponendo invece il proprio personale arbitrio.

La Corte di giustizia dell'Unione Europea, della quale ho l'onore di essere membro, è spesso accusata di superare i confini e di essere troppo attivista. Secondo i trattati la Corte ha il compito di assicurare che, nell'adempimento degli stessi trattati, la legge sia osservata. Per mezzo del rinvio di domande pregiudiziali dalle Corti degli Stati membri alla nostra Corte in Lussemburgo, abbiamo il compito e il dovere di dare un'interpretazione del diritto europeo che sia valida per e debba essere seguita in tutti gli Stati membri.

Questa procedura è intesa proprio per non avere una Babele del diritto europeo, dove si lasci a ogni sistema giuridico nazionale il compito di interpretare le norme del diritto europeo, nell'ambito delle peculiarità e tradizioni del diritto nazionale, in tal modo che invece di un diritto Europeo unico a valevole in tutti gli Stati membri, finiamo con 28 o più interpretazioni di quel diritto, nuocendo così all'unità e all'univocità del diritto nel nostro continente.

In questi casi la nostra competenza è limitata all'interpretazione della norma Europea. La legge nazionale è interpretata dal giudice nazionale che valuta anche i fatti del caso, e noi siamo legati da quell'interpretazione e da quella valutazione.

Poiché il potere di porgere un quesito pregiudiziale non è limitato alle Corti di ultima istanza, ma è esteso a tutte le Corti, può accadere che il giudice di rinvio dia un'interpretazione della legge nazionale differente da quella fornita da un altro giudice in un altro rinvio, o da quella ritenuta corretta da tutte le parti in causa. Il massimo che può fare la Corte europea in questi casi è di chiedere dei chiarimenti al giudice di rinvio: ciò fatto, l'ultima parola sarà sempre del giudice di rinvio.

Dall'altro lato è dato alla Corte europea il compito di interpretare la legge dell'Unione. E qui molte volte, non sempre giustamente – ma ammetto, delle volte, anche con valida ragione – siamo accusati di un attivismo giudiziario che va oltre i confini di quello che è lecito fare a una Corte, assumendo invece il compito del legislatore spesso lento o inattivo.

In molti studi sul diritto europeo si parla spesso del modo in cui la Corte di giustizia ha sviluppato la legge ed è stata strumentale nella costruzione dell'Europa.

Non mi sento lusingato da questi commentatori. Le legge è fatta dai trattati costitutivi e dal legislatore dell'Unione, e non è nostro compito legiferare, anche perché noi non siamo tenuti a rispondere agli elettori. Il nostro compito deve limitarsi a individuare la norma applicabile, e interpretarla e applicarla al caso in esame. Se in una vicenda concreta non si può applicare una particolare regolamentazione europea, dobbiamo resistere alla tentazione di fare delle analogie forzate, solo perché crediamo che sarebbe opportuno estendere l'applicazione di una legge e riteniamo di dover "correggere" gli "errori" del legislatore.

Detto questo, però, si deve riconoscere che non è facile applicare la legge dell'Unione senza essere accusato di attivismo.

Per prima cosa, i trattati sono redatti in modo generale da gente che normalmente redige documenti governati dal diritto internazionale pubblico e sono interpretati da Corti di diritto internazionale.

Ma la Corte di giustizia dell'Unione Europea non ha la natura di Corte di diritto internazionale col compito di interpretare i trattati. In un certo modo, come il dottor Frankenstein creò un mostro con un pensiero ed un volere indipendente e autonomo dal suo creatore, gli autori dei trattati costitutivi dell'Europa hanno creato un sistema indipendente e autonomo da loro, che prevale pur quando si trova di fronte un volere contrario e unanime di tutti gli Stati membri. Gli stessi Stati membri non hanno alcun altro rimedio che quello estremo di cambiare o modificare trattati.

In secondo luogo, pur se una grande parte della vita europea è regolata dalla legge europea, molte volte c'è carenza di norme precise che raccordino le norme generali dei trattati alle specificità del caso in esame.

C'è chi ha paragonato la situazione ad una grande centrale elettrica da un lato, e dall'altro un piccolo lumino in una piccola capanna, con il compito di trovare e individuare i fili che congiungono l'una all'altro. Ma se una cosa è retta dai trattati si devono colmare le lacune e non si può dire che non voglio decidere perché la legge non è facile da individuare.

Un altro fenomeno che richiede un certo attivismo della Corte europea è da un lato la rapidità del cambiamento della vita commerciale e privata familiare e dall'altro lato la

lentezza del processo legislativo europeo e la difficoltà con cui si deve arrivare ad un consenso tra Commissione, il Consiglio con tutti gli Stati membri e il Parlamento Europeo. Molte volte l'unico modo per arrivare ad un accordo è di essere generali e nebulosi, lasciando alla Corte il compito di interpretare. Spesso ancora si devono applicare leggi formulate in un periodo pre-Internet al commercio elettronico, e per esempio individuare il Foro di competenza per cause trattando di acquisti sul net o cause riguardanti diffamazione sulla rete. Poi non è sempre facile applicare leggi fatte in periodi di prosperità economica e relativa sicurezza internazionale in un periodo di crisi e di terrorismo.

Detto tutto questo però, non dobbiamo oltrepassare i confini della causa che ci viene sottoposta. Ho imparato dagli inglesi a essere prammatico e a non tentare di inserire in un caso più di quel che è necessario per risolverlo.

I miei colleghi più mitteleuropei, specialmente quelli provenienti dal mondo accademico, sono propensi a proporre una soluzione che non regoli solo il problema del caso specifico, ma tutti gli aspetti dell'istituto per il quale è sorto il quesito.

Si spera sempre che con il mix di giudici provenienti da sistemi e tradizioni legali differenti si arrivi ad un equilibrio accettabile tra i due estremi.

Finalmente, e chiudo con questo pensiero, c'è un limite molto importante che ogni giudice deve rispettare; deve lasciare il suo ego fuori dalla causa! Non deve il giudice per narcisismo o ambizione straripare e tentare di prendere il posto del legislatore: colmata la lacuna, non deve andare oltre, non deve più preoccuparsi del seguito del suo giudizio. Il giudice deve dimenticare i pregiudizi, personali o nazionali, perché rimangono certe diffidenze tra est ed ovest e tra nord e sud della nostra Europa. Dopo più di settant'anni di pace europea rimangono tracce subconscie di periodi storici infelici.

Stare decisis. Si deve, forse, sempre tenere in mente il consiglio di quel siculo-americano che ho menzionato all'inizio, e leggere ogni tanto le nostre sentenze per ricordarci che noi siamo fallibili, abbiamo dei limiti e non siamo dei.

Abstract

ANTHONY BORG BARTHET, Il giudice e i suoi limiti

Nella nostra natura umana e fallibile con tutte le sue debolezze si trova il limite del quale un giudice, sia nazionale che internazionale, deve sempre essere conscio. Come tutti, un giudice può essere afflitto da narcisismo, mancanza di coraggio, voglia di essere popolare, pigrizia o iperattivismo. Ma anche prendendo tutte le cautele necessarie ci saranno sempre dei casi dove il giudice, nell'esercizio della sua vocazione, sarà accusato di aver straripato i limiti della sua funzione, andando oltre la semplice interpretazione della legge e imponendo invece il suo arbitrio personale. Ogni giudice dovrebbe ricordare sempre che, in quanto uomo, può sbagliare, senza cadere nell'errore di sentirsi infallibile.

Parole chiave: giudici senza limiti, convegno Centro Studi Livatino, ruolo del giudice, Corte di giustizia dell'Unione Europea, limiti della funzione del giudice.

ANTHONY BORG BARTHET, The judge and his limits

In our human and fallible nature with all its weaknesses lies the limit of which a judge, both national and international, must always be conscious. Like everyone, a judge can be afflicted with narcissism, lack of courage, desire to be popular, laziness or hyperactivity. But even taking all the necessary precautions there will always be cases where the judge, in the exercise of his vocation, will be accused of having overflowed the limits of his function, going beyond the simple interpretation of the law and imposing instead his personal will. Every judge should always remember that, as a man, he can make mistakes, without falling into the error of feeling infallible.

Key words: judges without limits, conference Centro Studi Livatino, role of the judge, Court of Justice of the European Union, limits of the judge's function.

TOMASO EMILIO EPIDENDIO
Sostituto Procuratore generale della Corte Suprema di Cassazione

L'ORDINANZA N. 207 DEL 2018 TRA AIUTO AL SUICIDIO E TRASFORMAZIONE DEL RUOLO DELLA CORTE COSTITUZIONALE [*]

SOMMARIO: 1. Premessa: ordinanza n. 207 del 2018 e tramonto della formulazione legislativa del diritto e dei diritti – 2. Sistema della legalità e sistema della giurisdizione – 3. Pangiurisdizionalizzazione e riscatto.

1.Premessa: ordinanza n. 207 del 2018 e tramonto della formulazione legislativa del diritto e dei diritti

Due constatazioni sono essenziali, a mio avviso, per affrontare un tema così delicato come quello su cui sono oggi chiamato a intervenire.

La prima è che in tutti i provvedimenti che sono stati adottati nella tragica vicenda "Cappato- DJ Fabo" – e in tutti gli interventi sul caso giuridico che si sono registrati anche in dottrina – esiste un non-detto, un sotto-testo, che coinvolge l'autobiografia degli autori dei provvedimenti e dei protagonisti a vario titolo della vicenda giudiziaria, il modo e la misura in cui essi stessi sono stati toccati da vicende in maggiore o minore misura analoghe, il modo e la misura in cui essi hanno reagito, il sottofondo emotivo che tali vicende hanno lasciato nella loro vita, e in ultima analisi le loro credenze ultime sulla vita e sulla morte, di natura religiosa, morale, etica, filosofica e ideologica.

Tutto questo non-detto "extragiuridico", che condiziona in modo determinante le valutazioni e le soluzioni "giuridiche" che si sono date, è stato sottratto non solo al dibattito, ma anche alla estrinsecazione formale delle motivazioni giuridiche che si sono adottate, con la conseguenza che ci troviamo di fronte non tanto alle "motivazioni" *ex ante* che hanno condotto a individuare la soluzione giuridica, ma a "giustificazioni" *ex post* adottate per sorreggere una conclusione determinata da altro, con l'inevitabile conseguenza che ci troviamo di fronte, in qualche misura di fronte, a un esercizio di retorica giudiziaria, rispetto alla quale i diversi interlocutori aderiscono o meno alle

[*] Relazione presentata al workshop "*L'ordinanza n. 207 del 2018 tra aiuto al suicidio e trasformazione del ruolo della Corte costituzionale*", che si è tenuto il 22 febbraio 2019 all'Università Europea di Roma, in collaborazione con il Centro Studi Livatino.

argomentazioni, non tanto per la valenza delle medesime, ma sulla base della condivisione o meno di intime e profonde credenze e convinzioni ultime che rimangono inespresse, peraltro travestendo quelle che sono proprie opinioni assiologiche, politiche in senso alto, da considerazioni tecnico-giuridiche, di cui si pretende imporre la decisività in base a una pretesa neutralità scientifica e la rivendicazione di un approccio "laico" al problema che esse non hanno e non possono avere.

Quello che voglio dire è che il primo problema che pone una ordinanza come la n. 207 del 2018 è quello della traducibilità di argomentazioni filosofico-religiose in argomentazioni giuridiche, problema al centro di un noto dibattito tra le posizioni espresse da Habermas e da Taylor[1]: il problema assolutamente preliminare è, dunque, quello della stessa possibilità di un "approccio laico" alla questione dell'aiuto al suicidio condotto esclusivamente su base tecnico-giuridica.

Su questo primo problema esplicito sin da subito, proprio per evitare di incorrere in quello stesso vizio che mi propongo di correggere in altri, che credo alla impossibilità di un approccio esclusivamente laico al problema, alla irriducibilità della questione al solo piano scientifico-giuridico, alla intraducibilità nel mero linguaggio giuridico delle proprie intime convinzioni ultime sulla vita e sulla morte (e all'inopportunità di tale traduzione, proprio per evitare di travestire e accreditare di "neutralità scientifica" quelle che sono precise prese di posizione politica), credo a un *surplus* argomentativo che si può sviluppare – solo e adeguatamente – nei vari e differenti piani, religioso, filosofico, morale ed etico, credo alla possibilità di accogliere nel dibattito "politico" in senso alto gli argomenti afferenti a questi piani, che le "norme giuridiche" sul problema dell'aiuto al suicidio non possano trovare la loro creazione ed elaborazione solo sul piano della giurisdizione, e che gli argomenti determinanti per immaginare soluzioni a questo problema non possano svilupparsi adeguatamente solo sul piano della motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, neppure se di un organo giurisdizionale *sui generis* come la Corte costituzionale, almeno fintanto che l'organo (che presenta indubbie componenti politiche) si esprima in "modi e forme giurisdizionali" e fintanto che non sia istituzionalmente prevista una forma di "responsabilità politica" di quest'organo quando compia scelte esclusivamente politiche (responsabilità politica che ritengo inopportuna

[1] Per un primo orientamento sul tema oggetto di estesa bibliografia cfr. il numero monografico (n. 1 del 2013) della *Rivista MicroMega*. Utile. Pure A. BESUSSI, Disputandum est. *La passione per la verità nel discorso pubblico*, Torino, 2012.

in quanto garante supremo e per necessità a-maggioritario e che, per questo, ritengo dovrebbe condurre la Corte costituzionale ad essere particolarmente oculata e prudente nelle sue incursioni sul terreno politico, proprio per evitare che altri reclamino questa responsabilità e finiscano poi per prevederla e attribuirgliela). Né la tanto sbandierata crisi della politica, della sua rappresentatività e della sua efficacia qualitativa nell'affrontare i problemi e proporne soluzioni, può costituire un alibi per invasioni di campo da parte di altri poteri: al contrario essa deve invece costituire un'occasione di riscatto, deve essere letta come un segno che si è giunti infine al momento di un necessario capovolgimento, di rinnovamento della politica per uscire da una sua crisi ormai non più sostenibile, quanto meno perché storicamente, quando (come con la "scuola del diritto libero") si è tentata la via giudiziaria al superamento di analoghe crisi, gli esiti degli ottimi propositi di superamento dell'insufficienza della legislazione e della politica a risolvere i problemi sociali e fornire una risposta adeguata al caso, sono stati catastrofici.

Il primo mito da abbattere per affrontare adeguatamente il tema è, pertanto, quello della stessa possibilità di un approccio "laico" e (scientificamente) "neutro" al problema: mi pare che concepire la morte come la "fine di tutto" per l'individuo o concepirla come "passaggio-trasformazione" porti a soluzioni diverse del problema e che gli argomenti per decidere dell'una o dell'altra concezione siano difficilmente spendibili sul piano della motivazione di un "provvedimento giurisdizionale", tanto più di un'ordinanza di rinvio dell'udienza di discussione, qual è appunto l'ordinanza n. 207 del 2018.

La seconda semplice constatazione da cui partire, infatti, è quella del grande divorzio tra la forma e la sostanza che celebra il provvedimento della Corte costituzionale tema dell'incontro: l'oggetto della discussione – e di tante discussioni che vi sono state e che vi saranno – è rappresentato da una "banale" ordinanza di rinvio dell'udienza, questo il dispositivo del provvedimento, una ordinanza che, seppure della Corte costituzionale, costituisce pur sempre un semplice provvedimento di rinvio di una udienza di discussione.

Eppure, tutto può dirsi tranne che l'imponente attenzione prestata a un provvedimento di tal fatta sia ingiustificata, perché l'apparato argomentativo di questa "ordinanza di rinvio" pone in questione: i rapporti tra Corte costituzionale e Parlamento; i rapporti tra Corte costituzionale e giurisdizione comune; lo stesso modo di concepire e tutelare i diritti

fondamentali, non più "diritti delle Carte (costituzionali)", ma "diritti delle Sentenze (costituzionali)".

Pone in questione i rapporti tra Corte costituzionale e Parlamento, perché completa l'opera di decostruzione della teorica delle "rime obbligate", che sino ad ora in qualche modo aveva governato l'ammissibilità degli interventi manipolativi della Corte sui testi legislativi, e la sostituisce con quello che potremmo definire il sistema delle "promesse di incostituzionalità", addirittura nella forme dell'intervento manipolativo, i cui segnali si avvertivano sin dalla sentenza sulla cd. "revisione europea" delle sentenze penali passate in giudicato, e che erano divenuti conclamati con la ormai famosa ordinanza Taricco (n. 24 del 2017), ancora una volta un'ordinanza, in quell'occasione ordinanza di rinvio pregiudiziale interpretativo davanti alla Corte di Giustizia dell'UE; un sistema delle promesse di incostituzionalità che viene annunciato all'insegna del dialogo con il Parlamento, ma che ha tutta la fisionomia di un ultimatum, come nel caso Taricco, e in questo caso addirittura con l'indicazione di un termine finale di adempimento. La Corte costituzionale dimostra, del resto, di essere ben consapevole di ciò: dopo aver esplicitato infatti l'ampio spettro di diversi interventi che potrebbero ricondurre a costituzionalità la disciplina, agendo persino su diverse disposizioni-oggetto, e avere addirittura profilato l'ineludibilità di un tale intervento[2], finisce per riconoscere esplicitamente che, in passato,

[2] In particolare ai §§ 10 e 11 della motivazione si osserva che i vari profili sono variamente declinabili sulla base di scelte discrezionali: come, ad esempio, le modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'aiuto, la disciplina del relativo "processo medicalizzato", l'eventuale riserva esclusiva di somministrazione di tali trattamenti al servizio sanitario nazionale, la possibilità di una obiezione di coscienza del personale sanitario coinvolto nella procedura, aggiungendo che «*una disciplina delle condizioni di attuazione della decisione di taluni pazienti di liberarsi delle proprie sofferenze non solo attraverso una sedazione profonda continua e correlativo rifiuto dei trattamenti di sostegno vitale, ma anche a traverso la somministrazione di un farmaco atto a provocare rapidamente la morte, potrebbe essere introdotta, anziché mediante una mera modifica della disposizione penale di cui all'art. 580 cod. pen., in questa sede censurata, inserendo la disciplina stessa nel contesto della legge n. 219 del 2017 e del suo spirito, in modo da inscrivere anche questa opzione nel quadro della "relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico", opportunamente valorizzata dall'art. 1 della legge medesima*» e precisando ulteriormente che sarebbe necessaria «*una disciplina* ad hoc *per le vicende pregresse (come quella oggetto del giudizio* a quo*), che di tale non punibilità non potrebbero altrimenti beneficiare: anche qui con una varietà di soluzioni possibili*». Si prosegue poi affermando altresì che «*dovrebbe essere valutata, infine, l'esigenza di adottare opportune cautele affinché – anche nell'applicazione pratica della futura disciplina – l'opzione della somministrazione di farmaci in grado di provocare entro un breve lasso di tempo la morte del paziente non comporti il rischio di alcuna prematura rinuncia, da parte delle strutture sanitarie, a offrire sempre al paziente medesimo concrete possibilità di accedere a cure palliative diverse dalla sedazione profonda continua, ove idonee a eliminare la sua sofferenza – in accordo con l'impegno assunto dallo Stato con la citata legge n. 38 del 2010 – sì da porlo in condizione di vivere con intensità e in modo dignitoso la parte restante della propria esistenza. Il coinvolgimento in un percorso di cure palliative dovrebbe costituire, infatti, un pre-requisito della scelta, in seguito, di qualsiasi percorso alternativo da parte del paziente*».

in simili casi, si sarebbe dichiarata l'inammissibilità della questione con l'apposizione di un monito al legislatore. Non ci si nasconde neppure che "in assenza di una specifica disciplina della materia, più in particolare, qualsiasi soggetto – anche non esercente una professione sanitaria – potrebbe lecitamente offrire, a casa propria o a domicilio, per spirito filantropico o a pagamento, assistenza al suicidio a pazienti che lo desiderino, senza alcun controllo *ex ante* sull'effettiva sussistenza, ad esempio, della loro capacità di autodeterminarsi, del carattere libero e informato della scelta da essi espressa e dell'irreversibilità della patologia da cui sono affetti, concludendo che "di tali possibili conseguenze della propria decisione questa Corte non può non farsi carico, anche allorché sia chiamata, come nel presente caso, a vagliare la incompatibilità con la Costituzione esclusivamente di una disposizione di carattere penale". La Corte è dunque ben consapevole di superare la tradizionale teoria delle "rime obbligate" e di entrare in un campo che essa stessa ha tradizionalmente riservato al Parlamento (*id est* alla politica), ma si dice che l'effetto sarebbe quello di "lasciare in vita – e dunque esposta a ulteriori applicazioni, per un periodo di tempo non preventivabile – la normativa non conforme a Costituzione" e che, si deve fare attenzione al passaggio in quanto la Corte è altrettanto consapevole che ciò varrebbe in ogni caso di inammissibilità per assenza di soluzioni costituzionalmente obbligate "un simile effetto non può considerarsi consentito nel caso in esame, per le sue peculiari caratteristiche e per la rilevanza dei valori da esso coinvolti". Non sempre quindi sono superabili le "rime obbligate" ma in tutti i casi con "peculiari caratteristiche" e che coinvolgano "valori rilevanti" (secondo un giudizio di "rilevanza" tra valori necessariamente costituzionali che non viene altrimenti chiarita. Quindi, in primo luogo, si dà per scontato che una pronuncia di "inammissibilità", che quindi prelude un compiuto esame del merito, già contenga una valutazione di incostituzionalità (cd. accertata ma non dichiarata) e che, tale inammissibilità sia superabile in situazioni, talmente genericamente definite, da rendere la medesima Corte arbitro assoluto della loro individuazione.

Pone in questione i rapporti tra Corte costituzionale e giurisdizione comune, perché il nuovo sistema delle "promesse di incostituzionalità" pone un problema di gestione del tempo intermedio, in cui la pressione dei casi da decidere e l'impossibilità di un "*non liquet*" per il giudice comune, pone il problema di cosa fare in attesa che la promessa si realizzi o che intervenga la legge: la via individuata è quella della "catena" di questioni

di legittimità costituzionale (altre volte risolta praticamente dal giudice comune attraverso il mero rinvio delle udienze in attesa della decisione della Corte), sulla base delle indicazioni (provvisorie?) dell'*ordinanza*, i cui effetti anticipatori di incostituzionalità si fanno perciò evidenti: quale giudice infatti si sentirà in cuor suo di applicare una legge su cui pende una simile spada di Damocle di una incostituzionalità accertata ma non dichiarata? La situazione è ben diversa da quella che si vorrebbe accreditare di un fisiologico vaglio di non manifesta infondatezza della legge in pendenza di questioni di legittimità costituzionale già sollevate. In quest'ultimo caso ci si trova in situazioni di perfetta simmetria tra decisioni assunte da giudici comuni che, sulla base della persuasività razionale dei contenuti dei rispettivi provvedimenti, possono decidere se sollevare o meno a propria volta incidente di costituzionalità o comunque attendere la decisione della Corte. Nel caso dell'ordinanza n. 207 del 2018, si verifica invece una palese asimmetria tra la delicata valutazione che deve assumere il giudice comune e una decisione della Corte che anticipa nei contenuti una dichiarazione di incostituzionalità, senza assumerne però la forma e i correlativi effetti, così da costituire una sorta di provvedimento pretorio o *extra ordinem* la cui portata si definisce più in termini di forza ed "equilibri istituzionali", che in termini di definizione legislativa e costituzionale della sua "forza". Così finisce per determinarsi una sorta di periodo di "sospensione della legge" prima di una sua dichiarazione di incostituzionalità, che pericolosamente tanto assomiglia a quello "stato di eccezione", teorizzato su opposte sponde teoriche da Schmitt e da Benjamin come fondamento della "sovranità", in cui il diritto rimane sospeso e viene lasciato spazio all'incertezza del diritto, in tal modo certificata.

Infine, pone in questione lo stesso modo di concepire e tutelare i diritti fondamentali, non più "diritti delle Carte (costituzionali)", ma "diritti delle Sentenze (costituzionali)";

Non più "diritti delle Carte", fondamentali perché in esse proclamati o riconosciuti come tali in via preventiva e astratta, seppure da concretizzare poi per via giudiziale attraverso il loro "bilanciamento" (per vero incontrollabile e imprevedibile ex ante e quindi privo di una valenza euristica, per la quale possa effettivamente riconoscersi la stessa possibilità di una "certezza dei diritti" da opporre alla "certezza del diritto"), ma "diritti delle sentenze"[3], che si costituiscono e vengono ricostruiti sulla sola base

[3] Sul punto v. più ampiamente *infra* al § 2.

giudiziaria della soluzione "giusta" che si ritiene debba essere data al "caso giuridico", con tutti i rischi correlati a:

- una concezione emotiva e irrazionale della "giustizia" (come tale sfuggente all'argomentazione razionale), che pericolosamente ricorda molto da vicino i fantasmi della cd. scuola del diritto libero le cui buone intenzioni, di assicurare un diritto adeguato al caso al di là delle strettoie della legge, si sa poi dove siano andate a naufragare tragicamente, essendo state la base dei grandi totalitarismi del "secolo breve". Questa difficoltà di argomentazione razionale traspare a mio avviso nel passaggio, fondamentale ma privo di un sostegno motivazionale, in cui pur distinguendo i "trattamenti volti ad eliminare le sofferenze" e i "trattamenti volti a determinare la morte", li consideri entrambi "terapie", conclusione certo difficoltosa già dal punto di vista terminologico, ma che comunque implica una visione assiologica particolare (se la terapia è cura di una situazione patologica, allora qui la situazione patologica non può che essere la vita stessa) alla cui difficoltà di argomentazione "giuridica" (qui gli argomenti sono prettamente di natura morale, etica, religiosa) fa da contrappeso la totale lacuna motivazionale sul punto;
- il passaggio, per potere definire ambito e portata dei "diritti", da una "interpretazione della legge", con il suo specifico bagaglio argomentativo consolidatosi nel nostro ordinamento da secoli di pratica giuridica, a una "interpretazione delle sentenze", appartenente a tradizioni giuridiche diverse dalla nostra, dove vi è una strutturazione dei repertori *non* per "massime", *ma* per "storia" dei "casi" e delle "decisioni", e dove la prevedibilità e la stessa possibilità di una teoria dell'interpretazione delle sentenze presuppone una qualche forma di "vincolo al precedente" propria di sistemi a prevalente diritto giurisprudenziale e che, nei sistemi a prevalente diritto legislativo scritto pone più di qualche problema di ridefinizione del principio di sottoposizione del giudice alla (sola) legge.

Ebbene tutto questo è contenuto nella motivazione di una "banale" ordinanza che sorregge un dispositivo di fissazione di una data di rinvio dell'udienza.

Questo è a mio avviso il primo dato significativo, il primo dato da cui bisogna partire, il primo dato illuminante della radicale e profonda trasformazione in corso, un primo importante segnale di una rivoluzione radicale, che è segnata da questo drammatico divorzio della forma (ordinanza di rinvio dell'udienza di discussione) dalla sostanza (una sorta di anticipazione di una futura dichiarazione manipolativa di illegittimità

costituzionale, non espressamente prevista dalla Carta costituzionale o da altre leggi di rilievo costituzionale).

Elegante il tentativo dell'ordinanza di ricondurre questo provvedimento ai suoi tradizionali "poteri di gestione del processo costituzionale: ossia di disporre il rinvio del giudizio in corso, fissando una nuova discussione delle questioni di legittimità costituzionale": è vero che il tempo della decisione ha sempre costituito uno strumento (larvato e invero incontrollato e incontrollabile) di gestione politica dell'intervento della Corte, evidenziato ormai anche in fonti manualistiche (ad es. G. Zagrebelsky-V. Marcenò), strumento che la Corte ha spesso usato, prima ancora che con il "rinvio" (presidenziale o collegiale) dell'udienza pubblica di discussione o della camera di consiglio, con la (dilazione della) "fissazione presidenziale" della data delle medesime.

Tuttavia, qui c'è una novità importante, perché alla già pericolosa e invero non regolamentata gestione politica dei tempi della decisione, si accompagna il sistema nuovo della promessa di incostituzionalità manipolative: questo è il miscuglio esplosivo che, a mio avviso, costituisce una vera e propria rivoluzione negli assetti di potere, come tradizionalmente ricostruiti, che non solo arriva a dettare l'agenda alla politica, ma a predeterminarne i contenuti.

Non si tratta di una questione secondaria, da cultori della giustizia costituzionale, ma si tratta a mio avviso di una questione fondante che si pone alla base di quella che può a buon diritto considerarsi una rivoluzione di paradigmi: proprio perché parla attraverso una ordinanza di rinvio la Corte costituzionale può dire e non dire, instaurare nuovi rapporti con il Parlamento e con i giudici, senza imporre i vincoli formali che solo da una sentenza potrebbero derivare, ma di fatto conseguendo i medesimi effetti sostanziali, in termini di condizionamento dell'operato degli altri organi istituzionali, andando ben oltre una *moral suasion*, e nello stesso lasciandosi aperta la strada per successive correzioni attraverso un metodo di decisione progressiva per tentativi ed errori. Un meccanismo che non esito a definire geniale, pur paventandone e rilevandone con grande preoccupazione gli effetti di tenuta sul sistema.

Per arrivare alla trasformazione sostanziale del ruolo dell'istituzione nell'ordinamento costituzionale, si passa attraverso la trasformazione formale del ruolo del provvedimento nell'ordinamento giuridico, mettendo a sua volta in crisi lo stesso ruolo del principio di legalità, e lo si fa su un "tema eticamente sensibile", un tema per sua natura di "alta

politica", che implica prese di posizioni sulle "questioni ultime", che coinvolge le più intime e profonde convinzioni non solo politico-sociali, ma anche morali e religiose, in definitiva il proprio rapporto con la vita e con la morte, .

Questi sono, a mio avviso, i veri temi sotterranei di discussione evocati dal provvedimento in discussione e di questo occorrerebbe a mio avviso parlare: a) la crisi del sistema della legalità, ovvero della formulazione legislativa del diritto che in un sistema a democrazia parlamentare trascina con sé la crisi della politica rappresentativa (la cd. "debolezza della politica") e quello che ciò porta con sé: da un lato attivismo giudiziario – e in genere spostamento del potere decisorio verso strutture non elettivamente responsabili (sovranazionali, economico-finanziarie, organizzazioni non governative) – dall'altro populismo, come risposta estrema della politica alla difficoltà della rappresentatività e utilizzo del "popolo" come "significante vuoto" (Laclau); b) la pangiurisdizionalizzazione, ovvero l'attrazione nell'ambito del giudiziario di tutti i problemi sociali, personali, etici, morali e religiosi nella convinzione che tutti i problemi trovino la loro soluzione nel "processo con un giudice" – attraverso l'azionabilità giudiziaria dei diritti – e che tale soluzione abbia i connotati di neutralità della scienza, la scienza giuridica appunto, così da occultarne la natura di scelta assiologica, vale a dire politica.

Esporrò brevemente questi due temi nel corso del mio intervento.

2. Sistema della legalità e sistema della giurisdizione

L'ordinanza n. 207 del 2018 rappresenta forse un punto cruciale in quello che si potrebbe definire il passaggio dal "sistema della legalità", cioè dal sistema della formulazione legislativa del diritto, a quello del sistema della giurisdizione, vale a dire della formulazione giudiziaria del diritto: un processo da molti anni in corso, ma che adesso sembra arrivato a un punto di non ritorno, o almeno a un punto in cui non può più essere misconosciuto.

Diceva Piero Calamandrei in un breve ma illuminante scritto del 1944, *Libertà e legalità*, che per esercitare la funzione giuridica della società, che è quella di garantire l'ordine tra i consociati, esistono teoricamente e storicamente due sistemi, quello della formulazione giudiziaria del diritto e quello della formulazione legislativa: nel sistema della formulazione giudiziaria del diritto la funzione giuridica entra in esercizio nel

momento in cui si presenta un conflitto di interessi tra i consociati, nessun diritto preesiste alla controversia e il diritto nasce soltanto in forma di sentenza giudiziaria, funzione giuridica e funzione giurisdizionale si identificano e il giudizio non si può dire un giudizio giuridico (*secundum ius*), ma è piuttosto un "giudizio politico che trasforma direttamente il fatto in diritto", in base a criteri di opportunità contingente, volti a raggiungere di volta in volta l'equilibrio dei vari interessi in contrasto.

Nel sistema della legalità invece la funzione giuridica si sdoppia nella formulazione legislativa del diritto e nella formulazione del giudizio che, quando appartengono ad organi distinti costituisce il moderno Stato di diritto in cui quel "*perpetuo complesso di forze in travaglio che costituiscono la vita politica di un popolo sbocca e fa leva sugli organi legislativi e non su quelli giudiziari*". Ben note erano già allora le obiezioni teoriche al sistema della legalità (non una novità dei giorni nostri dunque o un prodotto esclusivo del cd. "scandalo dell'ermeneutica" per il giurista moderno): la certezza del diritto legislativo è solo un'apparenza e il diritto è creato non dal legislatore, ma dal giudice che, nel raffrontare la legge astratta col caso concreto, formula in realtà sempre e soltanto la "giustizia del caso concreto".

Ebbene – dice Calamandrei, in un momento in cui era ben vicina l'esperienza drammatica dei grandi totalitarismi del XX secolo – queste obiezioni non prive di una qualche fondatezza filosofica, tuttavia non tolgono valore al fatto che, dal punto di vista politico, solo il sistema della legalità può garantire la "libertà politica", ne è condizione necessaria ancorché non sufficiente, perché non vi è dubbio che un diritto che non preesista al caso è solo arbitrio volontaristico, sia esso, aggiungo io, espressione della volontà di un singolo (sovrano o dittatore che egli sia) o di una "élite" come quella spesso evocata della "comunità dei giudici", sorta di società illuminata e priva di confini che assicurerebbe magicamente una convergenza di opinioni, espressa anche attraverso la citazione di giurisprudenza comparata, basata su una concezione che sembra essere più aristocratica (una sorta di "società dei migliori") che democratica, dove alla vaghezza dei fondamenti di legittimazione, fanno da pericoloso contrappeso il mancato approfondimento dei metodi di reclutamento o nomina dei componenti di tale pretesa comunità, nonché dei modi e termini in cui se ne possa far valere la responsabilità, forma di responsabilità che entra del resto in inevitabile rotta di collisione con l'esigenza di indipendenza da assicurare a organi di garanzia, a dimostrazione di una difficoltà

intrinseca di un tale sistema. Del resto, afferma sempre Calamandrei che – se non vi è dubbio che il giudice ha sempre, anche quando la legge è chiara, precisa e preesistente al fatto, un certo ambito di apprezzamento per stabilire i rapporti tra le legge e il fatto – è certo altresì che questo ambito è delimitato dai termini posti dalla legge e che «è *proprio questa delimitazione posta dalla legge al giudice che costituisce la maggior garanzia di certezza del diritto e della libertà*». Di questo ci dovremmo ricordare in tempi in cui, anche grandi maestri, parlano di "diritto muto" o di "oltre il diritto", in cui lo stesso valore della formulazione scritta del diritto è messo in dubbio, e dove è sempre più difficile distinguere il "diritto" dalla "sociologia del diritto".

L'ordinanza n. 207 del 2018, infatti, non si inscrive nel sistema del bilanciamento tra diversi diritti previsti da norme costituzionali in cui il caso "illumina" per così dire il bilanciamento medesimo, in quel circolo virtuoso che va dal fatto alla norma e dalla norma al fatto, così ben lumeggiato ormai da tempo da numerosi autori e maestri. La Corte costituzionale qui non effettua alcun bilanciamento, ma individua un nuovo diritto sulla base del caso giuridico, ciò che costituisce un vero e proprio esercizio di quello che sopra, con l'aiuto di Calamandrei, abbiano definito formulazione (esclusivamente) giurisprudenziale del diritto.

La disposizione incriminatrice dell'aiuto al suicidio viene sin da subito individuata come quella selezionata dai fatti, e tale disposizione viene ritenuta (paradossalmente) legittima:[4] rispetto alla formulazione legislativa del diritto questo e soltanto questo fa la Corte costituzionale. Fino a qui siamo ancora a pieno titolo nel sistema della formulazione legislativa del diritto: i diritti sono preesistenti al caso, che serve solo a determinare l'esito dell'operazione che, specie nel caso della Corte costituzionale, non è quella della "sussunzione", ma quella del "bilanciamento" e questo bilanciamento porta a ritenere legittima la norma espressa dalla disposizione legislativa.

[4] La norma oggetto infatti persegue uno "scopo, di perdurante attualità, di tutelare le persone che attraversano difficoltà e sofferenze, anche per scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere", scopo la cui legittimità vale "anche, se non soprattutto, nei confronti delle persone malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine, le quali potrebbero essere facilmente indotte a congedarsi prematuramente dalla vita". Inoltre, come osserva la stessa Corte essa non può ritenersi in contrasto, sempre e comunque, con l'art. 8 della CEDU, quale interpretato da numerose sentenze della Corte di Strasburgo che vengono citate.

Da questo punto in poi si innesta l'innovazione metodologica, preannunciata da una serie di avverbi significativi di valore avversativo[5], e questa innovazione è assai più radicale di quello che può apparire a prima vista, in quanto, pur nell'apparenza dei riferimenti alla libertà di autodeterminazione, al principio di uguaglianza rispetto alle condizioni soggettive del portatore,[6] il diritto nasce direttamente dal "caso giuridico",[7] non preesiste allo stesso, tanto che la violazione viene ritenuta solo in riferimento al caso e modellata sul caso (sembra quasi che la Corte costituzionale operi come la Corte di Strasburgo, che non giudica sulle leggi, ma giudica e accerta violazioni, anche, in base ad applicazioni legislative nel caso concreto). Non si tratta soltanto di una ricostruzione della fattispecie costitutiva del "nuovo" diritto "fondamentale", perciò di rango costituzionale ex art. 2 Cost., non in base a disposizioni costituzionali, ma essenzialmente in base al caso; non si tratta soltanto di questo, in quanto è la stessa violazione costituzionale che viene ricostruita in base al caso e non alla legge (sia essa ordinaria o costituzionale).

Il punto è sottile, forse ambiguo o da chiarire, ma a mio avviso determinante per comprendere la portata della rivoluzione in atto.

---

[5] Infatti la Corte afferma «[o]*ccorre, tuttavia, considerare specificamente situazioni come quella oggetto del giudizio a quo: situazioni inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta, ma portate sotto la sua sfera applicativa dagli sviluppi della scienza medica e della tecnologia, spesso capaci di strappare alla morte pazienti in condizioni estremamente compromesse, ma non di restituire loro una sufficienza di funzioni vitali*».

[6] Secondo la Corte, infatti, «*il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce, quindi, per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive (art. 3 Cost.: parametro, quest'ultimo, peraltro non evocato dal giudice a quo in rapporto alla questione principale, ma comunque sia rilevante quale fondamento della tutela della dignità umana)*».

[7] Recita la sentenza «[i]*l riferimento è, più in particolare, alle ipotesi in cui il soggetto agevolato si identifichi in una persona (a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli*». Si tratta, infatti, di ipotesi nelle quali l'assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l'unica via d'uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare in base all'art. 32, secondo comma, Cost. Parametro, questo, non evocato nel dispositivo nell'ordinanza di rimessione, ma più volte richiamato in motivazione. Paradigmatica, al riguardo, la vicenda oggetto del giudizio principale, relativa a persona che, a seguito di grave incidente stradale, era rimasta priva della vista e tetraplegica, non più autonoma nella respirazione (necessitando dell'ausilio, pur periodico, di un respiratore inserito in un foro della trachea), nell'alimentazione (essendo nutrita in via intraparietale) e nell'evacuazione: conservando, però, intatte le capacità intellettive e la sensibilità al dolore. Alle sofferenze psicologiche indotte dalla drammatica condizione di cecità e di totale immobilità si accompagnavano così quelle fisiche, particolarmente acute, prodotte dagli spasmi e dalle contrazioni da cui il soggetto era quotidianamente percorso. Condizione, questa, risultata refrattaria a ogni tentativo di cura, anche sperimentale ed effettuata persino fuori dai confini nazionali.

Alcuni hanno osservato e lamentata la manipolazione della questione di costituzionalità che la Corte costituzionale ha effettuato nella specie, rispetto a quella prospettata dal rimettente: vero, la circostanza è di palese evidenza, ma v'è di più e di ben altro; questa operazione manipolativa era in qualche modo necessaria e necessitata dalla nuova impostazione, da quella formulazione giurisprudenziale di nuovi diritti costituzionali verso la quale la Corte sembra avviarsi, svincolandosi sempre più dalla Carta e dai tradizionali equilibri istituzionali con il legislatore e con il giudice comune.

3. Pangiurisdizionalizzazione e riscatto

L'ordinanza n. 207 del 2018 rappresenta, quindi, uno degli approdi più estremi di quel processo di "pangiurisdizionalizzazione" dei problemi sociali e, in realtà, anche dei problemi etici, filosofici e religiosi che vi sono sottesi. Paradossalmente essa ne rappresenta, tuttavia, in modo quasi paradigmatico tutti i limiti, sia in ordine alle possibilità di intervenire attraverso provvedimenti giurisdizionali anziché legislativi, sia in ordine alle limitazioni argomentative e, dunque, di fondazione razionale delle soluzioni prospettate.

Nell'ordinanza, infatti, si rinviene un passo significativo nel quale si riconosce che la decisione di lasciarsi morire potrebbe già essere presa dal malato sulla base della legislazione vigente.[8] Infatti, con il consenso del paziente il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, per fronteggiare sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari scelta che innesca un processo di indebolimento delle funzioni organiche il cui esito è la morte.

Il problema, per la Corte costituzionale, è che questo processo non è "necessariamente rapido" e, allora, pur avendo riconosciuto qualche pagina prima che l'ordinamento costituzionale non prevede un "diritto a morire", occorre comunque prevedere che il medico possa «*mettere a disposizione del paziente che versa nelle condizioni sopra descritte trattamenti diretti, non già ad eliminare le sue sofferenze, ma a determinarne la morte*» (e si badi bene, non solo le sue sofferenze, ma anche quelle delle persone che gli sono vicine, come si esplicita in altri passi).

[8] Il riferimento è alla legge 22 dicembre 2017, n. 219 integrativa della legge 15 marzo 2010, n. 38.

Questo brusco passaggio dal "diritto alla cura", comprensivo della "cura del dolore" ovvero della "cura delle sofferenze", al "diritto di ottenere trattamenti diretti a determinare la morte" – seppure, si faccia attenzione ancora una volta, solo in presenza di una fattispecie ritagliata esattamente sul caso concreto i cui elementi costitutivi vengono snocciolati con grande precisione e, conseguente vincolo per il futuro legislatore eventuale – è accompagnato da una significativa assenza di argomentazioni, perché tutto quello che precede e tutto quello che è stato argomentato ha riguardo al diritto a "terapie" e, come già ho osservato in precedenza, a meno che non si consideri una patologia la vita stessa, non si vede come trattamenti diretti a determinare la morte possano considerarsi "terapia" o "cura", perché si badi bene, il processo di cura del dolore e della sofferenza è cura che già provoca indirettamente la morte ed è già previsto, come osserva la stessa Corte costituzionale, dalla legislazione vigente: solo che si vuole andare oltre, si vuole assicurare trattamenti che determino la morte che altrimenti non sarebbe rapida, si vuole assicurare, contro le premesse che la medesima Corte ha posto, non tanto un "diritto a morire", ma un vero e proprio "diritto a morire rapidamente", un "diritto alla morte rapida".

Si tratta di quella che, per utilizzare una efficace espressione usata da Zweig per il titolo di un suo noto romanzo,[9] rappresenta una vera e propria "impazienza del cuore", quella compassione per la sofferenza altrui che spinge al paradosso di una eliminazione rapida della creatura per cui si prova compassione, per evitare che essa soffra, ma soprattutto che noi si soffra vedendola in quelle condizioni, perché per le sofferenze della creatura c'è già la terapia del dolore.

Come detto, si tratta di un brusco passaggio effettuato senza che le premesse consentano di inferire la conclusione (o addirittura contro le premesse che già riconoscono la presenza di una cura del dolore che determina la morte).

Il "diritto alla morte rapida", del resto, si collega inevitabilmente a una visione che esclude la concezione della morte come processo, come trasformazione, ma che la vede come fine di tutto, un modello della "buona morte" (eutanasia) che, in quella prospettiva, non può che avere il significato di una fine rapida e indolore, che si pone come radicalmente alternativa all'ideale di una "morte buona", caratterizzata dalla

[9] Romanzo nel quale si narra di come il sottotenente Hofmiller mosso a compassione finisca per fidanzarsi con la paralitica Edith, figlia di un ricco aristocratico ungherese, per poi pentirsene e portarla al suicidio.

consapevolezza del valore dell'esistenza che si sta abbandonando e che implica una *ars moriendi*.

Collegare questa concezione al principio di autodeterminazione del soggetto è una missione impossibile perché, come è stato osservato,[10] "*la morte è il nulla impensabile del soggetto*", ed è radicalmente mistero irriducibile all'empiria di una scienza, posto che biologicamente conosciamo il vivo e constatiamo il cadavere, sappiamo il prima e il poi, ma della morte non sappiamo nulla.

D'altro canto, a seconda della concezione che abbiamo – e che dipende ed è condizionata non tanto da conoscenza teoretica, ma da sofferenze ed esperienza della vita di ciascuno di noi, cioè da "conoscenza esperienziale" – cambia il senso della fine in relazione alla quale bisognerebbe porsi la domanda sul "senso che ha una soggettività che si progetta, dovendo subire la sua fine prima che possa dirsi compiuto il suo fine": ma il diritto alla morte rapida pone proprio al centro tale quesito, se il soggetto sia giunto al compimento del suo fine, se di tale compimento non sia parte anche il processo che lo porta alla morte; perché di processo si tratta e di un processo non per "stadi", raggiunto uno dei quali si passa all'altro, ma di un processo per "fasi" con un possibile ripresentarsi della stesse: come non pensare agli studi della Khubler-Ross nella sua assistenza ai malati terminali, ricchi proprio per questo (perché non teoria fredda, ma alimentata da esperienza di con-sofferenza) sulle fasi di avvicinamento alla morte, attraverso la "negazione", la "rabbia", la "negoziazione", la "depressione" e l'"accettazione".

Il provvedimento della Corte costituzionale non dà e non potrebbe dare risposta a tale quesito, perché la risposta non dipende da argomenti giuridici, ma religiosi, filosofici, morali, etici, argomenti su cui un giurista non ha alcuna legittimazione privilegiata e, invero, legittimazione alcuna per imporre ad altri la propria personale visione.

Il vuoto argomentativo dell'ordinanza sul punto centrale della questione è, quindi, un vuoto necessitato e coessenziale alla natura di provvedimento reso con le forme e i metodi della giurisdizione.

Questo è il primo limite del pangiurisdizionalismo all'opera nell'ordinanza n. 207 del 2018, nel quale è altresì evidente e, in qualche modo confessoria, la costruzione del "caso" *ex ante* che segue significativamente una autodenuncia e che pone, ad esempio, dal punto di vista procedurale, tutti i limiti di un giudizio costituzionale non costruito per

[10] A. PESSINA, *Il soggetto e la morte*, in *Riv. int. di teologia e cultura*, 233, 2012.

tali emergenze, posto che ne restano fuori ad esempio associazioni rappresentative di posizioni opposte, laddove giudice rimettente e parti in causa sono in realtà allineate su medesime posizioni e dove, pertanto, alla già rilevata impossibilità di argomentare adeguatamente, fa da pericoloso contrappeso processuale l'assenza di un contraddittorio delle idee.

Tuttavia, si pone con altrettanta chiarezza anche l'altro limite, connesso alle possibilità di intervento che pone una decisione resa con le forme della giurisdizione, perché come si è già visto è la ragione per la quale la Corte ha comunque "promesso" ma non "dichiarata" l'incostituzionalità, ed è quindi la stessa Corte costituzionale ad evidenziare la necessità che sia il legislatore a intervenire, per apprestare tutte quelle procedure necessarie a evitare abusi nella prestazione di aiuto ai pazienti e ai familiari dei pazienti, per l'apprestamento di quelle che Ferraris chiama le "garanzie secondarie" per dare effettività alla tutela dei diritti garantiti in via primaria e che passano attraverso l'istituzione e l'organizzazione di risorse, umane e materiali, per le quali solo il legislatore e l'amministrazione sono in grado di intervenire.

Proprio questi limiti della pangiurisidizionalizzazione dovrebbero portare a riconsiderare i modi per affrontare il problema, perché il caso "risolto" dall'ordinanza non è una vittoria per nessuno ma una sconfitta per tutti: per la giurisdizione messa di fronte a tutta l'impotenza dei propri limiti, per le istituzioni in generale, la cui tenuta di sistema viene messa a dura prova da sconfinamenti e perdita progressiva di certezze sui limiti dei rispettivi poteri, per i pazienti e i loro familiari che, in assenza di una *ars moriendi*, sono comunque lasciati soli in quello che Cecily Saunders, fondatrice delle esperienze degli *hospice*, chiama il "buco nero del dolore", del "dolore assoluto", fisico che non lascia più neppure pensare, e morale, della paura di finire per sempre.

Ecco proprio questa sembra la via, una via invero già iniziata, ma che deve essere rafforzata, quella degli *hospice* e della concezione che è loro sottesa, accompagnamento e aiuto a chi muore e a chi è legato a chi muore, non fredda esecuzione di una morte rapida.

Chissà che in mezzo alla confusione delle istituzioni e delle idee, tutto questo non possa rappresentare occasione di riscatto per la politica, per riscoprire la propria funzione alta, chissà che tutto questo non possa essere occasione perché tutti noi si impari a scegliere chi possa fare politica alta, chissà che tutto questo non sia occasione perché

ciascuno, persona, giudice, politico, riscopra quanto sia essenziale riscoprire il valore del rispetto dei propri limiti, chissà che dall'abisso non si possa riemergere.

Abstract

TOMASO EMILIO EPIDENDIO, L'ordinanza n. 207 del 2018 tra aiuto al suicidio e trasformazioni del ruolo della Corte costituzionale

Nella relazione si analizza l'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale con riflessioni sul ruolo che con il tempo ha assunto la Corte. L'Autore mette subito in evidenza il primo problema che pone l'ordinanza n. 207 del 2018 e quelle ad essa simili: il problema della traducibilità di argomentazioni filosofico-religiose in argomentazioni giuridiche.

Parole chiave: ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale, Corte costituzionale, workshop Centro Studi Livatino, suicidio, diritto di morire.

TOMASO EMILIO EPIDENDIO, The order n. 207 of 2018 between aid for suicide and transformation of the role of the Constitutional Court

In the report the ordinance n. 207 of 2018 of the Constitutional Court with reflections on the role that the Court has assumed over time. The author immediately highlights the first problem that order n. 207 of 2018 and those similar to it: the problem of the translatability of philosophical-religious arguments in juridical arguments.

Key words: order n. 207 of 2018 of Constitutional Court, Constitutional Court, Centro Studi Livatino workshop, suicide, right to die.

GIACOMO ROCCHI
Consigliere della Corte di Cassazione

L'IMPORTANZA DEGLI AVVERBI [*]

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il peso degli avverbi nella sentenza della Corte costituzionale n. 27/1975 – 2.1. Motivazione o decisione? – 2.2. Dal bilanciamento allo squilibrio – 3. Il peso degli avverbi nell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207/2018 – 3.1. Dall'apparente affermazione della tutela della vita… – 3.2. …alla sua concreta negazione – 3.3. È sufficiente il formale rispetto di una procedura? – 3.4. L'abuso prevedibile – 4. Il finale affievolimento della tutela

1. Introduzione

Come si scrive la motivazione di una sentenza? Come fa il giudice a spiegare in che modo è giunto ad una determinata decisione? La motivazione è composta di più frasi che vengono collegate da parole – spesso avverbi – che intendono dimostrare la consequenzialità del ragionamento svolto e che dovrebbero condurre il lettore, al termine della lettura, a capire le ragioni della pronuncia.

2. Il peso degli avverbi nella sentenza della Corte costituzionale n. 27/1975

Un tempo, le sentenze della Corte costituzionale erano molto più corte di quelle di oggi e la loro struttura traspariva più facilmente. Lo possiamo verificare con la nota sentenza n. 27 del 1975 sull'aborto.

Un' affermazione solenne del diritto inviolabile alla vita del concepito: «*Ritiene la Corte che la tutela del concepito – che già viene in rilievo nel diritto civile (artt. 320, 339, 687 c.c.) – abbia fondamento costituzionale. L'art. 31, secondo comma, della Costituzione impone espressamente la "protezione della maternità" e, più in generale, l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito*».

[*] Relazione presentata al workshop "*L'ordinanza n. 207 del 2018 tra aiuto al suicidio e trasformazione del ruolo della Corte costituzionale*", che si è tenuto il 22 febbraio 2019 all'Università Europea di Roma, in collaborazione con il Centro Studi Livatino.

Un avverbio che collegava due principi: «*E, tuttavia,*».

La comparsa all'orizzonte di altri beni da tutelare: «*questa premessa - che di per sé giustifica l'intervento del legislatore volto a prevedere sanzioni penali - va accompagnata dall'ulteriore considerazione che l'interesse costituzionalmente protetto relativo al concepito può venire in collisione con altri beni che godano pur essi di tutela costituzionale e che*».

La seconda espressione di collegamento: «*di conseguenza*»**.**

La degradazione del diritto inviolabile alla vita del concepito a diritto bilanciabile e che può non prevalere: «*la legge non può dare al primo una prevalenza totale ed assoluta, negando ai secondi adeguata protezione*». (…)

Dopo pochi passaggi, un'affermazione di carattere generale: «*La scriminante dell'art. 54 cod. pen. si fonda sul presupposto d'una equivalenza del bene offeso dal fatto dell'autore rispetto all'altro bene che col fatto stesso si vuole salvare*».

Segue una parola che serve per sottolineare l'importanza di quanto verrà detto immediatamente dopo: «*Ora*»**.**

La concretizzazione dell'enunciazione teorica: «*non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi é già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare*».

Interessante era anche la costruzione della frase relativa al ruolo del legislatore: un obbligo: «*Ritiene anche la Corte che sia obbligo del legislatore predisporre le cautele necessarie per impedire che l'aborto venga procurato senza serii accertamenti sulla realtà e gravità del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre dal proseguire della gestazione*».

Seguiva un avverbio rafforzativo, per dimostrare che la affermazione seguente derivava da quella precedente: «*E perciò*» «*la liceità dell'aborto deve essere ancorata ad una previa valutazione della sussistenza delle condizioni atte a giustificarla*».

2.1. Motivazione o decisione?

La struttura di quella pronuncia nascondeva, in realtà, l'apparenza della motivazione, la sua assenza; la Corte costituzionale non *motivava* affatto, ma *decideva*, mentre gli avverbi e le espressioni che abbiamo evidenziato servivano a far credere ad una

conseguenza logica tra le prime affermazioni e le successive, quasi che il risultato fosse, oltre che logico, inevitabile: il diritto alla vita del bambino è *inviolabile*, tuttavia non gli si può dare tutela assoluta per rispetto degli altri diritti; la scriminante dell'art. 54 c.p. si fonda sull'equivalenza tra beni, ma (la Corte usò l'espressione "*ora*", ormai desueta) non esiste equivalenza tra il diritto della madre e quello del figlio.

In pochi passaggi, il *diritto inviolabile* diventava l'*interesse* di una "non persona": il tutto senza una reale motivazione, perché la Corte non spiegava per quale motivo «*non esiste equivalenza…*» e perché aveva deciso che l'embrione era una "non persona".

L'ultimo passaggio era "consolatorio": il diritto inviolabile era divenuto «*salvaguardia*» e, per questa salvaguardia occorrono «*serii accertamenti*».

2.2. Dal bilanciamento allo squilibrio

Conosciamo l'esito di quella pronuncia: riconoscimento del diritto all'autodeterminazione, per cui la donna può sempre, per qualsiasi motivo, decidere di abortire, senza che nessuno possa sindacare la sua decisione; assenza non di «*serii accertamenti*», ma di accertamenti *tout court* sul pericolo derivante dalla gravidanza.

Questo risultato, realizzato mediante la legge 194 del 1978, è la logica conseguenza di quella decisione non motivata della Corte: perché e in che misura gli interessi di una "non persona" dovrebbero prevalere su quelli di una persona? E così – senza che la Corte costituzionale abbia mai accettato di verificare se davvero la regolamentazione della legge 194 corrispondesse a quanto prescritto nella sua sentenza – il "bilanciamento" è stato portato avanti nel settore contiguo della fecondazione *in vitro*, la Corte affermando che il desiderio di genitorialità degli adulti si trasforma in diritto che prevale sul diritto alla vita degli embrioni, producibili in grande numero, sul loro interesse a non essere congelati, selezionati, sottoposti a tecniche invasive, fino ad affermare che sì, se volesse, il Parlamento potrebbe anche bilanciare l'interesse degli embrioni con quello alla ricerca scientifica.

3. Il peso degli avverbi nell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207/2018

Analizziamo, allora, l'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018 e confrontiamola – è questo il "gioco" a cui vi invito un po' provocatoriamente – con quella di cui abbiamo appena parlato. L'analisi è un po' più difficile perché il provvedimento

(come ormai siamo abituati) è lungo e articolato.

3.1. Dall'apparente affermazione della tutela della vita…

Primo passaggio: l'affermazione solenne della legittimità costituzionale del divieto penalmente sanzionato dell'aiuto al suicidio: lo troviamo ai punti 4 e ss. dell'ordinanza, che sono introdotti da una frase solenne: «*Questo assetto non può ritenersi contrastante, di per sé, con i parametri evocati*». Bene, verrebbe da dire; c'è però quel "di per sé" che lascia un po' di inquietudine e fa venire in mente quell'inciso che la Corte faceva nel 1975 quando parlava del diritto inviolabile alla vita dell'embrione: «*sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie*». Due incisi buttati lì, quasi distrattamente e il lettore è invitato a non farvi particolare attenzione.

Andiamo avanti: solenne affermazione del diritto alla vita, "*diritto inviolabile dell'uomo*", con il richiamo all'art. 2; altrettanto solenne affermazione del "*dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo"* e così via; un'affermazione "forte" ("*non possa dubitarsi che*"): l'art. 580 c. p. è funzionale alla protezione di interessi meritevoli da parte dell'ordinamento e non è affatto una norma fascista; ancora, al paragrafo 7, espressa affermazione che nessun contrasto esiste con l'art. 8 della CEDU (sempre importante richiamarla, ormai).

3.2. …alla sua concreta negazione

Giungiamo al paragrafo 8. Osservate la struttura. Affermazione solenne: «*Da quanto sinora osservato deriva, dunque, che l'incriminazione dell'aiuto al suicidio non può essere ritenuta incompatibile con la Costituzione*».

Ma, subito dopo: «*occorre, tuttavia*». Già, c'è di nuovo un "tuttavia": diritti inviolabili, principi costituzionali indefettibili, conformità alla CEDU? C'è un "*tuttavia*".

Ovviamente il "tuttavia" introduce ad un'ipotesi limitatissima, secondo quanto finge di credere la Corte: così come era molto limitata l'ipotesi del grave pericolo per la salute della donna per ritenere illegittimo il divieto penalmente sanzionato dell'aborto.

L'eccezione introdotta dall'avverbio, infatti, sarebbe quella in cui il paziente sarebbe "*costretto a subire un processo più lento, in ipotesi meno corrispondente alla propria visione della dignità del morire e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care*". In altre parole: *apparentemente* (l'avverbio è nostro) questa lunga ed articolata

ordinanza è stata scritta per tenere conto che, in certe situazioni, sicuramente assai rare (come era raro il caso di Fabiano Antoniani), una persona che vuole morire non riesce a farlo rapidamente; il povero Antoniani, infatti, se avesse rifiutato il respiratore artificiale sarebbe morto «*solo dopo un periodo di apprezzabile durata, quantificabile in alcuni giorni: modalità di porre fine alla propria esistenza che egli reputava non dignitosa e che i propri cari avrebbero dovuto condividere sul piano emotivo*».

Questo è l'interesse *apparentemente* tutelato: a scegliere tra una morte rapida o meno rapida, secondo una concezione soggettiva di dignità del morire e anche al fine di tutelare l'emotività dei congiunti.

3.3. È sufficiente il formale rispetto di una procedura?

Invertendo l'ordine della trattazione, segnalo che anche nell'ordinanza n. 207 la Corte costituzionale mostra la sua "faccia severa", per convincere (e convincersi) che quel minimo spiraglio che sta aprendo rimarrà limitato a casi specialissimi: e così, come nella sentenza n. 27 del 1975 si raccomandava perché il legislatore predisponesse serii accertamenti sulla gravità del danno e del pericolo alla donna e, quindi ("perciò") concludeva che l'aborto poteva essere eseguito solo dopo tali accertamenti, così oggi la Corte ammonisce che «*vanno* con fermezza *preclusi tutti i possibili abusi*». Si noti: la Corte smuove un sistema penale consolidato, legittimo costituzionalmente, equo, conforme anche alla CEDU e, subito dopo, invoca la fermezza.

Gli strumenti per impedire abusi sono – ovviamente: è l'impostazione del legislatore a partire dagli anni '70 del secolo scorso – le "procedure": cosicché la Corte suggerisce di regolamentare «*le modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'aiuto, la disciplina del relativo "processo medicalizzato", l'eventuale riserva esclusiva di somministrazione di tali trattamenti al servizio sanitario nazionale*» e, ancora, di considerare «*il coinvolgimento in un percorso di cure palliative (…) un pre-requisito della scelta, in seguito, di qualsiasi percorso alternativo da parte del paziente*».

Ma, lo sappiamo, le procedure non garantiscono niente e, insieme, offuscano la realtà della condotta che viene autorizzata: così come quelle previste dalla legge 194 non garantiscono affatto che l'aborto venga eseguito in presenza di serio pericolo per la salute della donna e, insieme, nascondono la natura dell'atto che viene autorizzato – l'uccisione

di un bambino – allo stesso modo le procedure disegnate dal Protocollo di Groningen servono solo per rendere lecita la soppressione di un neonato in ragione dei rischi di disabilità o delle malattie da cui è affetto.

Notate: il richiamo alle "procedure" ha già effetto sulla stessa Corte, che ha l'impudenza di chiamare "trattamenti" quello che prima ha così descritto: «*somministrazione di farmaci in grado di provocare entro un breve lasso di tempo la morte del paziente*»!

Pensare che da decenni ci scandalizziamo dei "trattamenti" che negli Stati Uniti riservano a certe persone.

3.4. L'abuso prevedibile

Ma quali sono gli "abusi" che la Corte costituzionale vuole che il Parlamento impedisca? Se la sentenza n. 27 del 1975 – contro le affermazioni solenni che pure conteneva – aveva *annullato* il diritto alla vita del non ancora nato, permettendone la soppressione indiscriminata, quali sarebbero gli effetti dello "spiraglio" aperto sulla legittimità dell'aiuto al suicidio che permetterà ad un "colpo di vento" di spalancare per intero la porta?

È stata la stessa Corte a descrivere il pericolo immediatamente prima: la possibilità che le persone deboli possano essere indotte a chiedere il suicidio assistito e, in fondo, che l'autodeterminazione risulti fittizia e che l'uccisione avvenga «*senza alcun controllo* ex ante *sull'effettiva sussistenza della loro capacità di autodeterminarsi, del carattere libero e informato della scelta da essi espressa*»; la Corte ammette che sono «*scenari gravidi di pericolo per la vita di persone in posizione di vulnerabilità*» e che sussiste anche il rischio «*di una prematura rinuncia, da parte delle strutture sanitarie, ad offrire al paziente concrete possibilità di accedere a cure palliative diverse dalla sedazione profonda continua, ove idonee ad eliminare la sua sofferenza*».

4. Il finale affievolimento della tutela

Ma è proprio il suggerimento esplicito al legislatore di non modificare l'art. 580 c.p., bensì di inserire la disciplina dell'assistenza al suicidio "medicalizzato" "*nel contesto della legge n. 219 del 2017 e del suo spirito, in modo da inscrivere anche questa opzione nel quadro della relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico*" a far comprendere

che – sia che il legislatore approvi la riforma, sia che la Corte giunga ad una pronuncia di illegittimità costituzionale parziale dell'art. 580 c.p. – garanzie concrete ed effettive di una vera autodeterminazione non ve ne saranno: in effetti, quella legge non stabilisce affatto garanzie effettive di scelte davvero libere ed informate da parte del paziente, tanto che, per i minori e gli incapaci, prevede addirittura che le scelte terapeutiche, anche relative a trattamenti salvavita, vengano adottate da altri.

Il disegno della legalizzazione dell'eutanasia, quindi, sta per compiersi: nella "relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico" vi sarà anche l'offerta del secondo di uccidere il primo o di aiutarlo a suicidarsi; il ruolo del medico viene definitivamente consacrato come colui che uccide il paziente, l'unico che può farlo e l'assistenza al suicidio potrebbe entrare nei Livelli essenziali di assistenza.

Ma "*le persone malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine, le quali potrebbero essere facilmente indotte a congedarsi prematuramente dalla vita, qualora l'ordinamento consentisse a chiunque di cooperare anche soltanto all'esecuzione di una loro scelta suicida, magari per ragioni di personale tornaconto*"; quelle che si trovano in "*condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite*" in che modo saranno difese?

Sono passati più di 40 anni dalla sentenza n. 27 del 1975: ma la Corte costituzionale è rimasta ancora maestra in ipocrisia.

Abstract

GIACOMO ROCCHI, L'importanza degli avverbi

L'Autore esamina l'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale mettendo in evidenza come l'affermazione della tutela della vita sia soltanto apparente. Il disegno della legalizzazione dell'eutanasia, afferma l'Autore, sta per compiersi: nella "relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico" vi sarà anche l'offerta del secondo di uccidere il primo o di aiutarlo a suicidarsi, In tal modo, il ruolo del medico viene così definitivamente consacrato come colui che uccide il paziente, con la conseguenza che l'assistenza al suicidio potrebbe entrare nei Livelli essenziali di assistenza.

Parole chiave: ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale, Corte costituzionale, workshop Centro Studi Livatino, suicidio, tutela della vita.

GIACOMO ROCCHI, The importance of adverbs

The Author examines the order n. 207/2018 of the Constitutional Court highlighting how the affirmation of the protection of life is only apparent. The design of the legalization of euthanasia is about to take place: in the "relationship of care and trust between patient and doctor" there will also be the offer of the latter to kill the first or help him commit suicide, in this Thus, the role of the doctor is thus definitively consecrated as the one who kills the patient, with the consequence that assistance to suicide could enter the essential levels of assistance.

Key words: order n. 207 of 2018 of Constitutional Court, Constitutional Court, Centro Studi Livatino workshop, suicide, protection of life.

ERSILIAGRAZIA SPATAFORA
Docente all'Università Europea di Roma
Già Agente del Governo italiano davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo

L'AIUTO AL SUICIDIO E LA NORMATIVA INTERNAZIONALE ED EUROPEA SUI DIRITTI UMANI [*]

SOMMARIO: 1. Normativa internazionale ed europea – 2. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo – 3. Conclusioni.

1. Normativa internazionale ed europea

L'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte Costituzionale sul caso Cappato ha provocato numerose riflessioni sul ruolo dell'organo costituzionale che, chiamato a esaminare e verificare la costituzionalità di alcune disposizioni dell'ordinamento italiano che coinvolgono valori di primario rilievo (nel caso citato il "diritto alla vita), ha rinviato ogni decisione al 24 settembre 2019 consentendo al «*Parlamento italiano ogni opportuna riflessione e iniziativa, così da evitare, per un verso, che, nei termini innanzi illustrati, una disposizione continui a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili, ma al tempo stesso scongiurare possibili vuoti di tutela di valori, anch'essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale*».

Tali riflessioni trovano fondamento nello sconcerto di coloro che ritengono la Corte Costituzionale il supremo giudice garante della Costituzione e dell'ordinamento interno anche in relazione agli impegni assunti dallo Stato sul piano internazionale che richiedono le seguenti considerazioni.

Al riguardo ritengo doveroso ricordare come la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 (posteriore alla nostra Costituzione per pochi mesi) e alcune delle convenzioni internazionali e europee disciplinano aspetti peculiari della vita umana ponendo ferrei divieti (per esempio divieto della pena di morte, dei trattamenti inumani e degradanti praticati da terzi, della violenza sulle donne, della tratta esseri umani, del traffico di migranti) o disciplinano misure atte a facilitare lo svolgimento della vita (diversamente abili) ribadendo fortemente il diritto alla vita di ogni essere umano.

[*] Relazione presentata al workshop "*L'ordinanza n. 207 del 2018 tra aiuto al suicidio e trasformazione del ruolo della Corte costituzionale*", che si è tenuto il 22 febbraio 2019 all'Università Europea di Roma, in collaborazione con il Centro Studi Livatino.

Con riferimento alla questione esaminata dalla Corte Costituzionale, lo Stato italiano, ratificando con legge ordinaria ex articolo 80 della Costituzione la Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 (CEDU), ha dichiarato di applicare ogni disposizione non avendo depositato alcuna riserva o dichiarazione che ne limitino l'applicazione.

Tale ratifica implica "obblighi positivi" e "obblighi negativi" per lo Stato chiamato così ad adempiere ogni disposizione convenzionale nel rispetto del suo ordinamento come la stessa Corte Costituzionale ha precisato nelle due sentenze nn. 348 e 349 del 22 ottobre 2007 definendo le norme CEDU "norme interposte" che trovano collocazione nella gerarchia delle fonti interne senza tuttavia assurgere a norme costituzionali pur avendo una maggior forza rispetto alle leggi ordinarie.

Tali decisioni non hanno mutato il carattere delle norme CEDU né il loro richiamo nel Trattato di Lisbona né la prospettata adesione della UE alla CEDU (par. 2 dell'articolo 6 del progetto di Protocollo - non ancora avvenuta per le difficoltà sorte sui ruoli rispettivi degli Stati e delle due Corti europee).

Il Trattato di Lisbona precisa, invero, al par. 3 dell'articolo 6 che «*i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali*» escludendo così il carattere comunitario delle disposizioni convenzionali riconosciuto invece alla Carta dei diritti fondamentali di Nizza (par.1 dell'articolo 6).

Le disposizioni della CEDU non sono, quindi, norme dell'ordinamento comunitario né norme di natura consuetudinaria (articolo 10, della Costituzione) che, come è noto, quest'ultime non richiedono alcun atto di recepimento.

Queste precisazioni inducono, ora, ad esaminare la posizione assunta dalla Corte Costituzionale nell'ordinanza 207/2018 alla luce dei principi di sussidiarietà e del margine di apprezzamento come previsti nelle norme CEDU del 1950 e nel successivo articolo 1 del Protocollo aggiuntivo n. 15 del 2013 (non ancora ratificato dall' Italia).

Si ricorda che l'Italia ha invocato, davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo – Corte Edu i suddetti principi per rivendicare e difendere la sua potestà legislativa in settori delicati e eticamente sensibili ottenendo decisioni di non violazione dell'articolo 8 CEDU (vedi embrione crioconservato, maternità surrogata)[1] ma anche sentenza di condanna[2] per

[1] Caso Parrillo – n.46470/11 – sentenza della Grande Camera del 27/09/2015 – Caso Paradiso e Campanelli – n.25358/12 – sentenza della Grande Camera del 24/01/2017.
[2] Caso Costa e Pavan - n.24270/10 – sentenza dell'11/02/2013.

non prevedere la legge 40/2004 la PMA – il diritto alla diagnosi pre-impianto – a coppie non sterili e fertili ma portatrici di malattie genetiche ereditarie. Sentenza che ha indotto la Corte Costituzionale ha dichiarare l'illegittimità costituzionale delle norme di riferimento (sentenza n.96 del 14 maggio 2015).

La questione posta nel caso Cappato è certamente più complessa e delicata dei precedenti casi indicati perché investe non solo il nucleo fondamentale della persona umana, cioè essere soggetto fin dal suo concepimento con il suo diritto alla vita ma soprattutto la volontà del soggetto di porre fine alla sua vita in presenza di situazioni invalidanti la sua salute e degradanti la sua dignità, la sua identità e la sua capacità di intendere e volere.

Aggiungo che nell'ambito del Consiglio d'Europa di Strasburgo gli Stati membri hanno sottoscritto non solo la CEDU ma anche la "Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina" del 1996, conosciuta come la "Convenzione di Oviedo" che disciplina aspetti specifici della vita della persona umana sotto il profilo etico e scientifico ma non l'aiuto al suicidio. Si ricorda che l'Italia non ha ancora depositato lo strumento di ratifica di detta Convenzione non avendo il Parlamento adottato leggi adeguate e necessarie entro i 6 mesi successivi come previsto dall'articolo 3 della legge di ratifica[3].

I principi della Convenzione di Oviedo sono stati ripresi dal Comitato di bioetica del Consiglio d'Europa nella "*Guida al processo decisionale nel trattamento medico nelle situazioni di fine vita*" del 2014 le cui indicazioni non esaminano la procedura decisionale relativa all'aiuto al suicidio.

Sono esaminati ed illustrati gli aspetti scientifici ed etici del processo decisionale della persona in fin di vita sia essa capace di intendere e volere sia essa in stato vegetativo e di tutti coloro coinvolti (medici, familiari e assistenti) nel rispetto del diritto alla vita ed i passaggi del processo che ciascun attore deve conoscere ed attuare.

Il contenuto della Guida è in parte presente nella Legge 219/2017 sul c.d. Biotestamento che riflette il rispetto del diritto alla vita e alla vita privata delle persone in

[3] Art. 3.1. Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi recanti ulteriori disposizioni occorrenti per l'adattamento dell'ordinamento giuridico italiano ai principi e alle norme della Convenzione e del Protocollo di cui all'articolo 1 §2. Gli schemi dei decreti legislativi, di cui al comma 1, sono trasmessi al Senato della Repubblica e alla Camera dei deputati perché sia espresso dalle competenti Commissioni permanenti un parere entro il termine di quaranta giorni, decorso il quale i decreti legislativi sono emanati anche in mancanza del parere.

situazioni di fine vita e la cui applicazione concreta presenta ancora alcune carenze senza tuttavia prevedere l'aiuto al suicidio o suicidio assistito.

2. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

Come noto la CEDU prevede nel suo articolo 2, comma 2 che "*il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge".*

Ora, l'esame della giurisprudenza della Corte Edu sui casi, reclamanti la violazione degli articoli 2, 3 e 8 della CEDU per non aver lo Stato di appartenenza esaudito la richiesta di coloro che coscienti volevano porre fine alla propria vita, induce ad osservare che la Corte Edu ha ritenuto di non interferire nelle determinazioni dei singoli Stati contraenti la CEDU e membri del Consiglio d'Europa per mancanza del c.d. consensus europeo[4] sulla questione al suo esame (vedi sentenza *KOCH c. Germania* – 19 luglio 2012 – par. 26; sentenza *HAAS c. Svizzera* – 20 gennaio 2011 - par.55).

Queste asserzioni trovano fondamento nella precedente sentenza *Pretty c. Regno Unito* ove la Corte Edu, espresso il proprio avviso sul contenuto e la portata dell'articolo 2 – diritto alla vita – escludendo il diritto a morire anche in riferimento alla *Risoluzione dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa* 1418(1999) (parr. 39-40), sottolinea come il margine di apprezzamento riservato agli Stati sia in grado di determinare se una ingerenza sia "necessaria in una società democratica" per una tutela effettiva dei diritti e delle libertà altrui e proporzionale allo scopo legittimo perseguito.

Questi criteri, adottati dalla Corte Edu anche nella sua giurisprudenza sull'articolo 8 della CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare) non sempre hanno determinato decisioni accettabili per gli Stati le cui leggi sono state ritenute non garanti del citato diritto.

---

[4] §26 - Des recherches en droit comparé menées relativement à 42 Etats membres du Conseil de l'Europe montrent que, dans 36 pays (Albanie, Andorre, Autriche, Azerbaïdjan, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Croatie, Chypre, République tchèque, Danemark, Estonie, France, Géorgie, Grèce, Hongrie, Irlande, Lettonie, Lituanie, l'ex-République yougoslave de Macédoine, Malte, Moldova, Monaco, Monténégro, Norvège, Pologne, Portugal, Roumanie, Royaume-Uni, Russie, Saint Marin, Espagne, Serbie, Slovaquie, Slovénie, Turquie et Ukraine), toutes les formes d'assistance au suicide font l'objet d'une interdiction stricte et sont érigées en infractions pénales. En Suède et en Estonie, l'assistance au suicide ne constitue pas une infraction pénale ; toutefois, les médecins estoniens n'ont pas le droit de prescrire un médicament en vue de faciliter le suicide. A l'inverse, seuls quatre Etats (Suisse, Belgique, Pays-Bas et Luxembourg) autorisent leurs médecins à prescrire des doses létales de médicament, dans les limites de garanties particulières (*Haas c. Suisse*, nº 31322/07, §§ 30-31 et 55, 20 janvier 2011).

Al riguardo occorre precisare che la formulazione dell'articolo 8, definita "ampia" dalla stessa Corte Edu (vedi *sentenza KOCH c. Germania, par.46)* ha dato luogo ad interpretazioni differenti e discutibili in relazione a casi simili o ha dato luogo alla c.d. giurisprudenza consolidata applicata in casi tra loro differenti.

Ora l'articolo 8[5], in cui è richiamato il c.d. margine di apprezzamento applicabile in una società democratica per la tutela dei diritti e libertà secondo proporzionalità, è stato applicato nei casi reclamanti l'aiuto al suicidio non potendo la Corte Edu adottare decisioni contrarie al diritto alla vita ex articolo 2 e all'articolo 14 sulla non discriminazione (vedi sentenza *Lambert e altri c. Francia*,5 luglio 2015, parr. 144, 145,146,147 e 148)[6] affermando quindi la non violazione da parte dello Stato francese (par. 181) (vedi anche *sentenza Kock c. Germania*, par 70).

Ancora, la stessa Corte Edu nel par.181 della sentenza *Lambert e altri c. Francia* ha sottolineato di «*essere pienamente cosciente dell'importanza dei problemi sollevati dal presente caso, che tocca questioni mediche, giuridiche e etiche molto complesse. La Corte ricorda che in primo luogo appartiene alle autorità interne verificare la conformità della decisione della sentenza sui rapporti tra diritto interno e Convenzione e le aspettative del paziente conformemente al diritto nazionale. Il ruolo della Corte è stato quello di esaminare il rispetto da parte dello Stato dei suoi obblighi positivi discendenti dall'articolo 2 della Convenzione*». Conclude che «*le autorità interne si sono conformate ai loro obblighi positivi discendenti dall'articolo 2 della Convenzione tenuto conto del margine di apprezzamento di cui dispongono nel caso di specie*».

---

[5] Article 8 - Right to respect for private and family life 1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

[6] Arrêt Lambert et autres c. France - §144. La Cour rappelle que l'article 2 figure parmi les articles primordiaux de la Convention, qu'aucune dérogation au titre de l'article 15 n'y est autorisée en temps de paix et qu'elle interprète strictement les exceptions qu'il définit (voir notamment *Giuliani et Gaggio c. Italie* [GC], no 23458/02, §§ 174-177, CEDH 2011 (extraits)). Toutefois, dans le contexte des obligations positives de l'État, lorsqu'elle a été saisie de questions scientifiques, juridiques et éthiques complexes portant en particulier sur le début ou la fin de la vie et en l'absence de consensus entre les États membres, la Cour a reconnu à ces derniers une certaine marge d'appréciation.
§145. S'agissant de la question du suicide assisté, la Cour a relevé, dans le contexte de l'article 8 de la Convention, qu'il n'y avait pas de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe quant au droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin et en a conclu que la marge d'appréciation des États dans ce domaine était «considérable» (*Haas*, précité, § 55 et *Koch*, précité, § 70).

La Corte Edu ha difeso la CEDU di cui è garante nei modi e nei termini utilizzati in tutti quei casi in cui ha ritenuto valide le decisioni adottate dagli Stati sulla base dei loro principi costituzionali e delle legislazioni in vigore.

La stessa Corte Edu ha precisato nel §51 della sentenza sul caso HAAS «*A la lumière de cette jurisprudence, la Cour estime que le droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin, à condition qu'il soit en mesure de former librement sa volonté à ce propos et d'agir en conséquence, est l'un des aspects du droit au respect de sa vie privée au sens de l'article 8 de la Convention*».

Questa osservazione della Corte Edu deve essere letta ed interpretata alla luce del caso sottoposto al suo esame che la stessa Corte Edu ha definito diverso dal caso Pretty succitato (vedi §52 della sentenza HAAS).

Occorre, invero, ricordare che la Corte Edu, è chiamata ad esaminare casi differenti l'uno dall'altro anche se vertenti sull'aiuto al suicidio ma diversamente connotato.

Nella stessa sentenza HAAS al §54 la Corte Edu precisa «La Cour rappelle également que la Convention doit être lue comme un tout (*Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (no 2)* [GC], no 32772/02, § 83, CEDH 2009). Dès lors, il convient de se référer, dans le cadre de l'examen d'une éventuelle violation de l'article 8, à l'article 2 de la Convention, qui impose aux autorités le devoir de protéger les personnes vulnérables même contre des agissements par lesquels elles menacent leur propre vie (voir, dans ce sens, *Keenan c. Royaume-Uni*, no 27229/95, § 91, CEDH 2001-III). Pour la Cour, cette dernière disposition oblige les autorités nationales à empêcher un individu de mettre fin à ses jours si sa décision n'a pas été prise librement et en toute connaissance de cause».

3. Conclusioni

Ora, il breve excursus sulla giurisprudenza della Corte Edu induce, a mio parere, a considerare l'ordinanza della Corte Costituzionale:

- in linea con la giurisprudenza europea laddove la Corte Edu ha richiamato gli Stati ai loro obblighi positivi discendenti dall'articolo 2 della CEDU sul diritto alla vita che non prevede il diritto a morire come evocato dai ricorrenti reclamanti la loro volontà di decidere della propria sorte ma ancora

- in linea con la giurisprudenza europea laddove il richiamo al margine di apprezzamento e al principio di sussidiarietà riservati agli Stati dalla CEDU ha

determinato la Corte Costituzionale a rinviare ogni sua decisione lasciando al Parlamento italiano di legiferare in materia sull'esempio del Canada e del Regno Unito e di ogni altro Stato in cui l'aiuto al suicidio è stato oggetto di esame dei Parlamenti di riferimento.

In entrambi i casi, l'esame della giurisprudenza europea, che ha messo in evidenza le difficoltà incontrate dalle persone in situazioni di fine vita ma anche di coloro che assistono nel tempo tali persone, impone una serie di riflessioni sullo status reale di tali persone.

Faccio riferimento al loro status giuridico – maggiorenni o minorenni – alla loro capacità di intendere e volere, cioè manifestare o non poter affermare il loro pensiero e la loro volontà liberamente e concretamente nelle condizioni in cui si trovano.

Questa osservazione richiama il c.d. consenso informato come disciplinato nel nostro ordinamento da ultimo nella legge n. 219/2017 e ogni altro atto dispositivo (DAT).

Il consenso informato e il DAT che, richiamando le disposizioni della Convenzione di Oviedo come riferite anche nel parere del Consiglio di Stato del 31 luglio 2018 in risposta ai quesiti posti dal Ministero della Salute, sono all'esame delle autorità competenti per la concreta attuazione delle differenti e delicate implicazioni etico-sanitarie poste a tutela del diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione delle persone in situazioni di fine vita ma anche delle procedure amministrative o eventuali leggi integrative o modificative.

La legge in vigore non prevede l'aiuto al suicidio avendo solo previsto all'articolo 1, comma 6 che il medico «*è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo rimanendo esente da responsabilità civile e penale*».

Ora i d.d.l. sull'eutanasia all'esame del Parlamento prevedono l'esenzione da responsabilità penale o civile per il medico richiesto dal paziente con capacità di intendere e volere di fornire sostanze atte a realizzare il suo diritto a morire. Rimane non comprensibile tale esenzione in presenza di paziente che, in stato vegetativo, non ha precedentemente manifestato la sua volontà di morire quando capace di intendere e volere secondo la citata legge.

Al riguardo, si cita quanto espresso dalla Corte Edu nel caso Lambert succitato nel seguente § 148 della sentenza «En conséquence, la Cour considère que, dans ce domaine qui touche à la fin de la vie, comme dans celui qui touche au début de la vie, il y a lieu

d'accorder une marge d'appréciation aux États, non seulement quant à la possibilité de permettre ou pas l'arrêt d'un traitement maintenant artificiellement la vie et à ses modalités de mise en œuvre, mais aussi quant à la façon de ménager un équilibre entre la protection du droit à la vie du patient et celle du droit au respect de sa vie privée et de son autonomie personnelle. Cette marge d'appréciation n'est toutefois pas illimitée (ibidem, § 238), la Cour se réservant de contrôler le respect par l'État de ses obligations découlant de l'article 2».

Ogni ulteriore riflessione giuridica, che non risolve certamente la questione qui in esame la cui complessità richiama attenzione e competenza, non deve dimenticare che ogni persona umana, soggetto fin dal suo concepimento, ha diritto alla vita, alla sua identità e alla sua dignità come affermato negli strumenti internazionali ed europei sui diritti umani fondamentali di cui l'Italia è parte contraente[7].

Un provvedimento contrario risulterebbe in violazione degli obblighi a suo tempo assunti anche se i principi di sussidiarietà e il margine di apprezzamento ex articolo 8 CEDU potrebbero autorizzare lo Stato a legiferare ma nel rispetto dei limiti e principi imposti dallo stesso articolo 8 e soprattutto in applicazione e attuazione dell'articolo 2 sul diritto alla vita.

[7] Cfr. anche l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che sancisce il diritto di ogni individuo alla propria integrità fisica e psichica precisando che nell'ambito della medicina e della biologia devono essere tra l'altro rispettati il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge, nonché il divieto delle pratiche eugenetiche. Tutto questo in un quadro in cui all'art. 1 si stabilisce che la dignità umana è inviolabile e deve essere rispettata e tutelata.

Abstract

ERSILIAGRAZIA SPATAFORA, L'aiuto al suicidio e la normativa internazionale ed europea sui diritti umani

La riflessione giuridica sulle complesse tematiche riguardanti la vita non deve dimenticare che ogni persona umana, soggetto fin dal suo concepimento, ha diritto alla vita, alla sua identità e alla sua dignità come affermato negli strumenti internazionali ed europei sui diritti umani fondamentali di cui l'Italia è parte contraente. L'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte Costituzionale sul caso Cappato ha provocato numerose riflessioni sul ruolo dell'organo costituzionale che è chiamato a esaminare e verificare la costituzionalità delle disposizioni dell'ordinamento italiano, fra cui anche quelle che coinvolgono valori di primario rilievo e che coinvolgono aspetti peculiari della vita umana.

Parole chiave: workshop Centro Studi Livatino, suicidio, diritto di morire, diritti umani, Corte europea dei Diritti dell'Uomo.

ERSILIAGRAZIA SPATAFORA, Suicide aid and international and European human rights legislation

The juridical reflection on the complex issues concerning life must not forget that every human person, subject since its conception, has the right to life, to its identity and to its dignity as stated in the international and European instruments on fundamental human rights of which the Italy is a contracting party. The order n. 207 of 2018 of the Constitutional Court on the Cappato case has provoked numerous reflections on the role of the constitutional body which is called to examine and verify the constitutionality of the provisions of the Italian legal system, including those involving values of primary importance and involving peculiar aspects of human life.

Key words: workshop Centro Studi Livatino, suicide, right to die, human rights, European Court of Human Rights.

SEZIONE STUDI

EMANUELE BILOTTI
Ordinario di diritto privato
all'Università Europea di Roma

IL CONTRIBUTO DEL DIRITTO DELLA FAMIGLIA ALLA COSTRUZIONE DELL'EUROPA[*]

SOMMARIO: 1. La famiglia in Europa: «così è (se vi pare)» – 2. Il disegno costituzionale della famiglia: «una pietra murata in conformità all'architettura» – 3. Il progetto sociale postmoderno e il progressivo svuotamento dei modelli co-stituzionali sotto la spinta della prassi – 4. Servire il cambiamento d'epoca: il problema della formazione universitaria del giurista.

1. La famiglia in Europa: «così è (se vi pare)»

Offrire qui una breve riflessione sul contributo del diritto della famiglia alla costruzione europea potrebbe apparire un fuor d'opera. L'atteggiamento del diritto dell'Unione nei confronti della famiglia è infatti intenzionalmente agnostico. Più ancora della constatazione che il diritto della famiglia non è oggetto di alcuna attribuzione dell'Unione, è l'art. 9 della Carta di Nizza a offrire un argomento inequivocabile nel senso indicato. Tale norma dispone infatti che «*il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio*». L'Unione sembra dunque volersi limitare a fotografare una *realtà plurale*. Non intende promuovere alcun modello familiare.

In effetti, il rinvio alle "leggi nazionali" che disciplinano l'esercizio del "diritto di sposarsi" e del "diritto di costituire una famiglia" allude anzitutto a una pluralità tipicamente *moderna* per cui l'identità della famiglia è resa storicamente variabile dalle determinazioni contingenti del diritto positivo. Ma nella rinuncia a dichiarare *essenza* e *funzione* della famiglia, nella sua declinazione in termini di *distinti* diritti individuali e nella conseguente rottura del binomio tra famiglia e matrimonio – la novità più rilevante della norma in questione rispetto alla corrispondente previsione della *Convenzione europea dei diritti dell'uomo* – c'è il riconoscimento di una pluralità ancor più radicale:

[*] *Contributo sottoposto a valutazione*. È il testo della Relazione pronunciata in occasione della Cerimonia di inaugurazione dell'anno accademico dell'Università Europea di Roma, che si è tenuta all'Auditorium "Giovanni Paolo II" il 18 febbraio 2018.

una pluralità *postmoderna* per cui le relazioni familiari sono comprese come una proiezione dell'individuo, un'espressione della sua autodeterminazione.

È un dato, quest'ultimo, che trova un riscontro sempre più chiaro anche nel "diritto vivente" delle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo. Quei giudici si mostrano infatti senz'altro disposti a riconoscere come "vita familiare" ogni forma dello "stare insieme" in cui gli individui coinvolti si sentano legati da relazioni affettive e di cura reciproca particolarmente intense, quali che siano le modalità di tali relazioni. Non c'è un atto che valga a qualificare la famiglia. Non c'è un'assunzione di responsabilità né una regola di reciprocità. La famiglia è tutta nella relazione. E la relazione non è altro che l'espressione mutevole della "vita privata" del singolo, della sua *privacy*. Esige solo di essere riconosciuta e garantita dall'ingerenza dell'autorità pubblica, eventualmente anche con l'adozione di misure positive.

Un simile atteggiamento agnostico rischia ormai di mettere in discussione la stessa capacità della cultura giuridica europea di fronteggiare convenientemente la sfida di una nuova pluralità *tradizionale*, tipica invero del mondo premoderno, ma che torna oggi a riproporsi anche all'interno dei confini dell'Europa, in comunità che si riconoscono intorno a forti identità etniche o religiose, per lo più d'importazione. È significativo, del resto, che di recente un giudice amministrativo tedesco abbia potuto affermare che «*chi si oppone al divieto della poligamia… non può essere considerato per ciò solo "nemico della Costituzione" (*Verfassungsfeind*)». Infatti, per quanto si riconosca che il matrimonio monogamico è oggetto di una cd. garanzia costituzionale d'istituto (Institutsgarantie), si sostiene nondimeno che «il principio della monogamia non può esser messo in relazione con l'idea di "democrazia militante" (wehrhafte Demokratie) propria della Legge fondamentale (tedesca)*». E ciò perché quel principio «*non rappresenta una "componente essenziale" (*Bestandteil*) dell'ordine costituzionale liberaldemocratico*» (VGH Baden-Württemberg, Urt. 24.4.2017, 12 S 2216/14).

Insomma, come nel finale del dramma pirandelliano, sulla scena ordinamentale europea la famiglia si presenta ormai «*col volto nascosto da un fitto velo nero, impenetrabile*». E pronuncia una sola enigmatica battuta: «*Per me, io sono colei che mi si crede*».

2. Il disegno costituzionale della famiglia: «*una pietra murata in conformità all'architettura*»

È noto che la Costituzione repubblicana aveva operato con riguardo alla famiglia una scelta molto diversa, addirittura agli antipodi rispetto all'opzione pluralista e agnostica della Carta di Nizza. I Padri costituenti non si erano sottratti al compito di tracciare un disegno dai contorni ben definiti delle relazioni familiari, consegnando all'art. 29 il modello della famiglia *fondata sul matrimonio* e all'art. 30 il modello della genitorialità *naturale*.

Giorgio La Pira, in un memorabile intervento all'Assemblea Costituente, che ripropose in sintesi riflessioni maturate negli anni della clandestinità romana e già esposte in pubblico nella primavera del 1944 in un breve corso di lezioni nell'Ateneo lateranense, non ebbe difficoltà a riconoscere anche nel disegno costituzionale delle relazioni familiari «*una pietra murata in conformità all'architettura*»: un'architettura interamente governata – così diceva – dalla norma che «*riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo*» e richiede al contempo «*l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*», esplicitando con chiarezza la dimensione anche comunitaria degli uni e degli altri (art. 2 Cost.).

L'immagine della "pietra murata in conformità all'architettura" esprime efficacemente la convinzione che tra un certo disegno della realtà familiare e la *Grundnorm* personalista – autentica "pietra angolare" del grandioso progetto di emancipazione prefigurato dalla Carta – sussista un'implicazione necessaria e irrinunciabile. La coesistenza nel medesimo testo costituzionale degli artt. 29 e 30, da un lato, e dell'art. 2, dall'altro, non sarebbe cioè un prodotto occasionale della contingenza storica. Nessun progetto di autentica liberazione umana e sociale sarebbe piuttosto credibile senza il riconoscimento e la garanzia dei modelli della genitorialità *naturale* e della famiglia *fondata sul matrimonio*.

La ragionevolezza di quest'idea di La Pira trova tuttora conferma in una parte autorevole della ricerca sociologica. Si riconosce che una relazione di *piena reciprocità* tra i sessi e tra le generazioni – una relazione che connette le persone tra loro *con la totalità del loro essere* e che può perciò realizzarsi solo nel contesto *istituzionale* proprio della famiglia *fondata sul matrimonio* – una relazione siffatta non è un semplice modello storico: è piuttosto un *universale culturale*, empiricamente riscontrabile in diverse società e suscettibile di configurazioni concrete differenti. E si aggiunge che «*mancando l'istituzione, mancano i presupposti sia di orientamento soggettivo, che sono essenziali per la maturazione della identità personale, sia di attendibilità oggettiva, che rendono*

organizzata e giusta la società». Si ritiene, del resto, che la neutralità etica e giuridica nei confronti del matrimonio – e dunque la scelta di non distinguere tra ciò che è famiglia secondo la sua identità propria e ciò che è famiglia in senso analogico o finanche metaforico – determini una *regressione culturale*, giacché introduce uno iato tra sessualità e cultura e comporta una disumanizzazione della generazione umana, degradandola a mera riproduzione biologica e rendendo così incerta e vaga la stessa distinzione tra l'umano e il non umano.

Certi argomenti non sembrano affatto ricorrenti nel pure ampio dibattito in corso tra i giuristi sulla morfogenesi familiare contemporanea. Eppure proprio il giurista non dovrebbe avere difficoltà nel riconoscere il potenziale di umanizzazione insito nei modelli costituzionali. In effetti, quanto anzitutto al modello della genitorialità *naturale*, non sembra difficile consentire sul fatto che le volte in cui, in ragione del ricorso a tecniche di fecondazione artificiale, la *libertà di dare la vita* si trasforma nel *diritto di essere genitori*, il figlio diviene *oggetto* di un diritto degli adulti e il significato *sovrautilitaristico* della persona è irrimediabilmente compromesso.

Quanto invece al modello della famiglia *fondata sul matrimonio*, bisogna riconoscere che il suo potenziale emancipatorio è divenuto col tempo sempre più difficile da percepire a causa del diffondersi del convincimento secondo cui il "per sempre" del matrimonio – e cioè l'essere il rapporto coniugale sottratto alla disponibilità dei suoi protagonisti – non sarebbe affatto compatibile con la libertà della persona e con la sua aspirazione alla piena realizzazione di sé. In questa sede non si può evidentemente neppure pensare di discutere criticamente l'idea astratta di libertà che è al fondo di un simile convincimento. Non sembra tuttavia inopportuno osservare come solo attraverso il "per sempre" del matrimonio diviene davvero possibile garantire la pari dignità dei protagonisti della coppia e perciò anche la pari dignità del generato e dei generanti. E ciò perché solo il "per sempre" del matrimonio, e dunque la forma istituzionale del rapporto di coppia, nel dischiudere la possibilità della *piena reciprocità*, della donazione di sé *in totalità personale*, dà vita a un'autentica "comunione di persone" capace di *mediare il rapporto di dipendenza tra i generanti e il generato*, sottraendolo alla logica causale propria delle cose prodotte.

È chiaro allora come i modelli della genitorialità *naturale* e della famiglia *fondata sul matrimonio* costituiscano davvero una "pietra murata in conformità" al grandioso

progetto di emancipazione umana e sociale che anima la Carta. È chiaro cioè come quei modelli cooperino al fine di garantire la *dignità del nascere* dell'uomo e con ciò la formazione di un contesto di vita comunitaria, dal quale, almeno in potenza, è bandita, insieme alla dipendenza originaria, ogni altra forma di dipendenza: un contesto di vita nel quale e a partire dal quale la realizzazione di sé nell'esistere e nell'agire insieme con gli altri può cessare di essere una prospettiva utopistica e divenire possibilità concreta. La ragione autentica della perdurante validità di certi modelli a fondamento della costruzione sociale non è dunque da ricercare né in una pretesa funzionalizzazione della famiglia alla crescita e al consolidamento della compagine statale né nel radicamento di quei modelli nell'identità o nella tradizione di un Popolo né ancora nella loro corrispondenza all'ordine naturale delle cose. Rileva piuttosto che quei modelli rappresentano una garanzia essenziale di credibilità del progetto costituzionale, e perciò una condizione imprescindibile della sua realizzazione.

3. Il progetto sociale postmoderno e il progressivo svuotamento dei modelli costituzionali sotto la spinta della prassi

Si può tornare a questo punto alla Carta di Nizza. Nel *Preambolo* si legge che «*consapevole del suo patrimonio spirituale e morale, l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà*», che «*essa si basa sul principio della democrazia*», che «*pone la persona al centro della sua azione*». Ora, di fronte a certe solenni enunciazioni di principio, al constatato agnosticismo dell'Unione in materia familiare e ai rilievi appena svolti sull'implicazione necessaria tra la spinta emancipatoria che anima il progetto costituzionale repubblicano e il riconoscimento della forza istituzionale della famiglia e del diritto alla genitorialità naturale non possono non sorgere alcuni interrogativi decisivi e, per certi versi, drammatici: quale idea di dignità della persona esprime davvero la Carta di Nizza? Quale *opzione antropologica* è sottesa al progetto di società che quel documento normativo intende promuovere? E qual è davvero questo progetto?

Nel riflettere sulla profonda trasformazione del diritto di famiglia del nostro tempo, un giurista italiano ha osservato che «*la novità… consiste nella rinuncia, anzi: nel rifiuto a indicare in che cosa consista la "dignità umana" posta alla base del nuovo sistema di relazioni*». In effetti, ciascuno di noi sperimenta oggi la difficoltà di dire *in positivo* cosa

sia la dignità della persona. È una difficoltà che, a ben vedere, trova causa nella sostanziale assimilazione tra dignità e autonomia impostasi alla coscienza collettiva occidentale. È in virtù di tale assimilazione che la dignità è percepita ormai come un guscio vuoto, idoneo ad accogliere i più diversi contenuti valoriali. Ma così diviene un concetto inservibile, utile solo ad alimentare una retorica sempre più esasperata, che comincia ormai a produrre sentimenti diffusi di diffidenza e scetticismo.

Al fondo ci sono precise premesse metafisiche e, conseguentemente, anche antropologiche e di etica sociale. È la *sintesi culturale* che anima la costruzione di una società concepita come insieme di individui isolati e tutti ugualmente liberi, le cui interazioni occasionali si rendono necessarie solo per far fronte al soddisfacimento dei bisogni materiali di ciascuno e sono conseguentemente governate dal principio dell'accordo, e quindi da una razionalità di tipo mercantile. È quella logica che, in un famoso libro della seconda metà degli anni ottanta del secolo scorso, un grande giurista italiano aveva lucidamente sintetizzato nella formula efficace dell'individualismo proprietario: una logica pervasiva e totalizzante, che istituisce la supremazia dell'economico finanche nell'ambito delle relazioni familiari, consumandole nella ricerca della gratificazione individuale e nella reciproca strumentalizzazione.

Non è il caso di insistere sul fallimento di un simile progetto di socializzazione neutra che si realizza anche attraverso la deistituzionalizzazione e la pluralizzazione delle forme familiari. Talora quel progetto è ancora presentato con una certa enfasi retorica come funzionale a obiettivi di promozione e di liberazione della persona. Di fatto sono sotto i nostri occhi la destrutturazione della personalità individuale e dei rapporti interpersonali, la frustrazione che nasce dalla mancanza di spazi autentici di partecipazione, le esperienze di solitudine e di sofferenza che originano dalla precarietà e che si estendono ormai ben al di là delle aree consuete del disagio e occupano l'intero spazio del lavoro e della vita.

Ciò su cui vale la pena riflettere è piuttosto che la logica dell'individualismo proprietario, ben prima di essere consegnata *come progetto* alle norme di una carta dei diritti, si è imposta *come prassi* capace di orientare anche la morfogenesi familiare contemporanea. E ciò anche a dispetto di modelli costituzionali e precetti normativi, che sono stati progressivamente svuotati dall'interno, fino a trasformarsi in "fossili" giuridici, resti di organismi un tempo viventi. In effetti, è stato osservato da tempo che, anche in Italia, almeno a partire dalla fine degli anni sessanta del secolo scorso, la storia del diritto

della famiglia si è caratterizzata per il progressivo approfondirsi del contrasto tra enunciazioni di principio – a livello costituzionale e anche di legge ordinaria – e soluzioni pratiche. Gli interpreti istituzionali e lo stesso legislatore non hanno potuto resistere alle spinte imperiose della prassi e, alla fine, l'hanno senz'altro assecondata, dando corso a una radicale *Umformung* dei modelli costituzionali. Le architetture costituzionali hanno ceduto. Il diritto si è arreso. Ha rinunciato a qualsiasi funzione di governo della morfogenesi familiare e si limita ormai a riflettere l'immagine di ciò che la società produce.

In effetti, la forza istituzionale della famiglia *fondata sul matrimonio* esiste ormai solo nella norma costituzionale. Nelle aule dei tribunali separazione e divorzio non richiedono più "intollerabilità della convivenza" e, rispettivamente, fine della "comunione materiale e spirituale" di vita. È sufficiente la volontà dei coniugi. Il giurista rispettoso delle esigenze del sistema potrà anche continuare a sostenere che, pena il contrasto con la garanzia costituzionale di stabilità accordata alla realtà familiare, i recenti interventi del legislatore in materia di separazione e divorzio devono intendersi correttamente nel senso di una mera riduzione di termini e di uno snellimento di procedure. Sappiamo bene che la realtà è un'altra. Ce ne rendiamo conto quando proviamo a spiegare ai nostri studenti l'essenza del rapporto di *status*. Nel confronto con gli studenti non possiamo fare a meno di percepire che l'idea di un rapporto sottratto alla disponibilità dei suoi protagonisti è quanto di più estraneo all'odierno contesto culturale e che nella prassi, quale che sia l'assetto normativo vigente, la trasformazione epocale del diritto della famiglia *from status to relation* si è ormai compiuta.

E che dire del diritto alla genitorialità *naturale*? È sufficiente ricordare che il nostro giudice delle leggi ha abrogato il divieto di fecondazione eterologa in nome di un preteso diritto fondamentale di autodeterminazione procreativa (Corte cost., sent. n. 162/2014). E ciò senza mai menzionare, in una pur lunga ed elaborata motivazione, proprio il precetto dell'art. 30 Cost. Con riferimento a questa decisione un giurista italiano ha parlato di «terrific judgement*, nei due opposti significati del termine*». E dire che, almeno in questo caso, la Corte di Strasburgo aveva dato un segnale chiaro riconoscendo un ampio margine di apprezzamento dello Stato e rinunciando così a farsi promotrice di un'apertura indiscriminata alla tecnica eterologa di fecondazione artificiale (Corte EDU, Grande Camera, 3.11.2011, S.H. *et alii* c. Austria, ric. 57813/00). Ciò nondimeno la soluzione

liberalizzatrice si è imposta. Né sembra immaginabile una correzione di rotta. Solo qualche settimana fa, del resto, in una decisione molto raffinata, il nostro giudice delle leggi, pur affermando che la pratica della maternità surrogata «*offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane*», ha ribadito il rilievo giuridico della cd. genitorialità *sociale* anche al di là dell'*extrema ratio* dell'adozione dei minori abbandonati (Corte cost., sent. n. 272/2017).

4. Servire il cambiamento d'epoca: il problema della formazione universitaria del giurista

A questo punto è forse opportuno chiedersi quale ruolo possano ancora giocare il giurista e la stessa scienza del diritto in una situazione come quella che si è appena provato a descrivere. È una situazione in cui, a differenza di quanto avveniva in passato, la morfogenesi sociale non è più garantita né dalla natura né da qualche altra forma *statica*, nella quale il giurista non aveva difficoltà a riconoscere i tratti di quel "sistema" che, ponendosi prima e *oltre la legge*, assicurava il carattere cognitivo, e dunque la scientificità, del suo lavoro. Il giurista perde invece i suoi tradizionali punti di orientamento in una situazione come quella odierna, in cui la società di continuo si autocostruisce e impone ai singoli e ai gruppi la sua *prassi superpersonale e globale*, animata da una sintesi culturale fondata sull'idea della supremazia dell'economico.

Le trasformazioni in atto nel diritto della famiglia rappresentano indubbiamente un luogo privilegiato di emersione di questo disagio del giurista contemporaneo. Ma la portata del problema è molto più ampia. È in questo disagio, del resto, che trova causa, a ben vedere, la stessa crisi di attrattività che caratterizza ormai da qualche anno lo studio universitario del diritto e che è ora all'attenzione anche nelle sedi istituzionali. Quella crisi è innanzitutto una *crisi epistemologica* indotta dalla novità rappresentata dal primato irresistibile della prassi rispetto all'azione individuale e comunitaria. E infatti: quale attrattività può mai esercitare lo studio del diritto se quel primato sembra ormai aver sottratto al giurista qualsiasi possibilità di orientare la costruzione sociale nel senso di un'autentica emancipazione umana? Di questa costruzione le nuove generazioni vogliono essere protagoniste. Non si rassegnano al ruolo sbiadito del funzionario che si mette diligentemente al servizio dell'implementazione di un'evoluzione sociale percepita come deterministica. Né vogliono chiudersi nell'isolamento e nella frustrazione di chi continua

a proporre scenari sistematicamente smentiti dalla realtà. Le nuove generazioni non vogliono essere né olio né sabbia negli ingranaggi del sistema. Vogliono progettare il nuovo motore della costruzione sociale.

Ma è ancora possibile orientare la prassi nella direzione di una piena umanizzazione? Ed è realistico pensare che il giurista possa ancora rivestire un ruolo da protagonista in questa nuova opera di costruzione sociale? In che modo?

Può essere utile, a questo punto, tornare alle pagine di Giorgio La Pira. Il suo argomentare muoveva da un convincimento di un certo interesse: quello secondo cui alla base di ogni costruzione sociale c'è sempre una precisa concezione della natura dell'uomo e, di conseguenza, anche della natura e della struttura del corpo sociale. Questa "idea direttiva" – diceva La Pira – è ineliminabile e, una volta innestata nel sistema, ne condiziona l'intera costruzione: dalle mura portanti della casa, che rappresentano il *corpo sociale*, fino alla volta, che ne identifica l'*assetto giuridico*, tutto si conforma a quell'idea. E ciò avviene – aggiungeva ancora il giurista messinese – anche in una maniera inconsapevole, e dunque anche a prescindere dall'adesione cosciente dei singoli o dei gruppi. Le trasformazioni sociali finiscono insomma per imporsi comunque in conseguenza di precise premesse culturali assunte dalla coscienza collettiva. E precipitano poi, sempre in maniera inevitabile, in un determinato assetto giuridico. È dunque sulle premesse culturali che bisogna agire. Per orientare la prassi sociale in vista di un obiettivo realistico di emancipazione umana – e restituire così contenuto e sostanza anche a certi modelli giuridici – c'è bisogno di *una nuova sintesi culturale*, della crescita di una coscienza collettiva profondamente rinnovata.

L'Università è appunto il luogo privilegiato in cui questa sintesi può e deve essere elaborata. A quest'opera devono concorrere tutti i saperi. Anche il giurista non può far mancare il suo contributo. Anche il diritto deve allora uscire dalla logica opprimente di un sapere puramente settoriale. Deve tornare a farsi cultura e a fare cultura se vuole recuperare un ruolo nell'orientare la costruzione sociale per il bene della persona. Per far questo però anche la metafisica, l'antropologia filosofica, l'etica sociale, la sociologia devono essere riconosciute come un complemento *essenziale* della formazione universitaria del giurista. Altrimenti come potrà il giurista essere in grado di riconoscere la sintesi che anima la prassi e ne determina l'assetto ordinamentale? Come potrà assumere nei confronti di questa sintesi una posizione di distanza critica? E come potrà

offrire il contributo del proprio sapere tecnico all'elaborazione di nuove sintesi sempre più adeguate alle esigenze di una promozione autentica della persona? Senza una formazione umanistica adeguata il giurista continuerà a privarsi della parola, consegnando l'autonomia del diritto agli esperti di altri saperi. Con ciò siamo ormai giunti alla radice del progetto formativo della nostra Istituzione accademica e, in realtà, di ogni Istituzione accademica.

Ma oggi tutto questo potrebbe non essere ancora sufficiente senza il rispetto di un'essenziale istanza che è innanzitutto metodologica. Giorgio La Pira insisteva in maniera particolare sulla necessità che l'idea direttiva della costruzione sociale – la forma *dinamica* che anima la prassi – dovesse essere il più possibile *aderente alla realtà*, che dovesse essere cioè una rappresentazione *veritiera* e *integrale* della natura dell'uomo e della società. La sua generazione aveva infatti sperimentato a quali esiti di degradazione potessero condurre costruzioni sociali e assetti giuridici fondati su premesse culturali parziali e astratte. Di conseguenza le diverse sintesi materialiste – sia quelle di tipo statalista e marxista sia quelle di tipo liberalcapitalista – erano da lui criticate proprio in ragione del loro carattere riduttivo e utopistico. La *sintesi cristiana* era invece considerata l'unica idonea perché fondata sul riconoscimento oltre che della libertà e della naturale socialità della persona, anche della sua inesauribile aspirazione a trascendersi, a *crescere nell'essere*.

Ora, il cuore della fede cristiana è appunto nella certezza che l'aspirazione dell'uomo a *essere di più* è destinata a realizzarsi nella *prassi ecclesiale* originata dall'evento pasquale. A partire da questa certezza il Cristianesimo si è fatto cultura e ha fatto cultura. E ha così potuto animare anche la prassi sociale. Per questo anche lo studio della teologia può occupare un posto nella formazione di un giurista che intenda svolgere un ruolo da protagonista nella costruzione sociale. Solo una comprensione autentica della *sintesi cristiana* consente infatti di attingere il significato di quei due principi basilari, senza il rispetto dei quali ogni costruzione sociale, presto o tardi, è destinata a entrare in crisi: la dignità *trascendente* della persona e l'unità del genere umano in forza di un *principio organico* di comunione. Ma come avevano ben compreso i progettisti delle nostre architetture costituzionali, quei due principi possono davvero essere garantiti solo attraverso il riconoscimento della forza istituzionale della famiglia e del diritto alla genitorialità naturale. È allora a partire da qui – dalla riflessione su questo nesso di

necessaria implicazione tra un determinato disegno familiare e la realizzazione di istanze autentiche di promozione umana e sociale – che anche lo studio del diritto della famiglia può e deve tornare a offrire un contributo non rinunciabile a una nuova costruzione europea.

Bibliografia

Barcellona M., *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996

Barcellona M., *Critica del nichilismo giuridico*, Torino, 2006

Barcellona P., *L'individualismo proprietario*, Torino, 1987

Barcellona P., *Diritto privato e società moderna* con la collaborazione di C. Camardi, Napoli, 1996

Barcellona P., *Vita umana e mercato. I rischi del paradigma biopolitico*, in Id., Ricci Sindoni P., Vescovi A., *La dignità del nascere* a cura di Bilotti, E., Roma, 2016, p. 15 ss.

Bilotti E., *L'amore non ha legge? La norma personalista e il problema della qualificazione giuridica dei rapporti di coppia*, in *Cultura giuridica per un nuovo umanesimo* a cura di Bilotti E., Farace D., Malaguti M. C., Città del Vaticano, 2015, p. 167 ss.

Bilotti E., *Introduzione*, in *La dignità del nascere*, cit., p. 5 ss.

Bilotti E., *Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 873 ss.

Bumke C., *Institution und Intimität. Die Ehe, ihre Leitbilder und ihr Recht aus verfassungsrechtlicher Sicht*, in *Begegnungen im Recht. Ringvorlesung der Bucerius Law School zu Ehren von Karsten Schmidt anlässlich seines 70. Geburtstags*, Tübingen, 2011, p. 162 ss.

Busnelli F. D., *Libertà e responsabilità dei coniugi nella vita familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 119 ss. e ora in *Persona e famiglia. Scritti di F. D. Busnelli*, Pisa, 2017, p. 302 ss.

Busnelli F. D., *La famiglia nella cultura giuridica europea*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 148 ss. e ora in *Persona e famiglia*, cit., p. 329 ss.

Busnelli F. D., *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 509 ss. e ora in *Persona e famiglia*, cit., p. 342 ss.

Busnelli F. D., *Nascere per contratto?*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 43 ss. e ora in *Persona e famiglia*, cit., p. 179 ss.

Busnelli F. D., *Problemi giuridici di fine vita tra natura e artificio*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 153 ss. e ora in *Persona e famiglia*, cit., p. 269 ss.

Busnelli F. D., *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, p. 1447 ss. e ora in *Persona e famiglia*, cit., p. 371 ss.

Busnelli F. D., *Frantumi europei di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 767 ss. e ora in *Persona e famiglia*, cit., p. 361 ss.

Busnelli F. D., *Nascere (o anche "morire") con dignità: un difficile traguardo per l'embrione*, in *Persona e famiglia*, cit., p. 129 ss.

Capograssi G., *Analisi dell'esperienza comune* (1930), ora in Id., *La vita etica* a cura di F. Mercadante, Milano, 2008, p. 245 ss.

Demaria T., *L'ideologia cristiana*, Bologna, 1975

Demaria T., *Sintesi sociale cristiana. Riflessioni sulla realtà sociale*, Bologna, 1975

Donati P., *Manuale di sociologia della famiglia*, Bologna, 2006

Donati P., *La famiglia. Il genoma che fa vivere la società*, Soveria Mannelli, 2013

La Pira G., *La nostra vocazione sociale*, Roma, 1944

La Pira G., *Premesse della politica e Architettura di uno Stato democratico*, Firenze, 1945 (rist. 1978 e 2004)

La Pira G., *Intervento all'Assemblea Costituente. 11 marzo 1947. Seduta pomeridiana*

Leuzzi L., *Riflessione etico-morale sulla fecondazione "in vitro"*, Roma, 1986

Leuzzi L., *L'amore coniugale e la famiglia nella modernità. Costruire la civiltà dell'amore*, Città del Vaticano, 2016

Leuzzi L., *La Chiesa del Concilio. Servire il cambiamento d'epoca*, I, *Itinerario teologico-culturale*, Città del Vaticano, 2017

Mengoni, L., *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, in *La coscienza contemporanea tra "pubblico" e "privato": la famiglia crocevia della tensione*, Milano, 1979, p. 267 ss.

Mengoni L., *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, p. 1 ss.

Mengoni L., *La famiglia nelle delibere del Consiglio d'Europea e nelle recenti riforme: principi e orientamenti*, in *La famiglia alle soglie del III millennio* a cura di Volontè E. W., Lugnao, 1997, p. 60 ss.

Nicolussi A., *La famiglia: una concezione neo-istituzionale?*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, p. 169 ss.

Nicolussi A., *La filiazione e le sue forme: la prospettiva giuridica*, in *Allargare lo spazio familiare: adozione e affido* a cura di Scabini E. e Rossi G., Milano, 2014, p. 10 ss.

Renda A., *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Milano, 2013

Renda A., *Le ragioni di una teoria neo-istituzionale del matrimonio*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, p. 1024 ss.

Ricci Sindoni P., *Il "paradigma" della dignità della persona*, in *La dignità del nascere*, cit., p. 25 ss.

Röthel A., *Institution und Intimität: Die Ehe, ihre Leitbilder und ihr Recht*, in Id., Löhnig,

M. e Helms T., *Ehe, Familie, Abstammung. Blicke in die Zukunft*, Frankfurt a. M., 2010, p. 9 ss.

Rüthers B., *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden. Ein Essay*[2], Tübingen, 2016

Scalisi V., *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 283 ss. e ora in Id., *Fonti. Teoria. Metodo. Alla ricerca della "regola giuridica" nell'epoca della postmodernità*, Milano, 2012, p. 55 ss.

Scalisi V., *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio "personalista" in Italia e nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 145 ss. e ora in Id., *Fonti. Teoria. Metodo*, cit., p. 385 ss.

Scalisi V., *"Famiglia" e "famiglie" in Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 7 ss.

Scalisi V., *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia ad oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1043 ss. e p. 1287 ss. e anche in *I valori della convivenza civile e i codici dell'Italia unita* a cura di Rescigno, P. e Mazzamuto, S., Torino, 2014, p. 267 ss.

Schwenzer I., *Vom Status zur Realbeziehung*, Baden-Baden, 1987.

Schwenzer I., *The Evolution of Family Law. From Status to Contract and Relation*, in *European Journal of Law Reform*, 2001, p. 199 ss.

Schwenzer I., *Grundlinien eines modernen Familienrechts aus rechtvergleichender Sicht*, in *Rabels Zeitschr. für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2007, p. 705 ss.

Senigaglia R., *Vita prenatale e autodeterminazione: alla ricerca di un "ragionevole" bilanciamento tra interessi contrapposti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1554 ss.

Sesta M., *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo* a cura di Macario F. e Miletti M. N., Roma, 2017, p. 139 ss.

Paradiso M., *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, p. 1306 ss.

Abstract

EMANUELE BILOTTI, Il contributo del diritto della famiglia alla costruzione dell'Europa

Il saggio muove dalla constatazione della profonda diversità di approccio alla materia familiare della Costituzione repubblicana e della Carta di Nizza. Il diritto dell'Unione Europea adotta intenzionalmente nei confronti della famiglia un atteggiamento agnostico. Si riconosce infatti come "vita familiare" qualsiasi forma dello "stare insieme" in cui gli individui si sentano legati da relazioni affettive e di cura reciproca particolarmente intense. La Costituzione traccia invece un disegno delle relazioni familiari dai contorni ben definiti, riconoscibili nei due modelli della famiglia fondata sul matrimonio e della genitorialità naturale. Le scelte della Costituzione repubblicana non sono il prodotto di una contingenza storica, ma sono un portato necessario della norma personalista. I modelli della famiglia fondata sul matrimonio e della genitorialità naturale cooperano infatti nel garantire la dignità del nascere dell'uomo e con ciò la formazione di un contesto di vita comunitaria di emancipazione autentica. L'agnosticismo della Carta di Nizza è invece espressione di un progetto di società fondato sull'individualismo proprietario, in cui interazioni occasionali tra gli individui si rendono necessarie unicamente per far fronte al soddisfacimento di bisogni materiali e sono governate da una razionalità di tipo mercantile. Un simile progetto, ben prima di essere consegnato alle norme di una carta dei diritti, si è imposto come prassi capace di orientare la morfogenesi familiare contemporanea, svuotando dall'interno i modelli costituzionali. Per tornare a orientare la prassi sociale in vista di un obiettivo realistico di emancipazione umana e restituire così contenuto e sostanza a certi modelli costituzionali è allora necessaria una nuova sintesi culturale, alla cui elaborazione anche il lavoro del giurista può offrire un contributo determinante, ma solo a condizione che la sua formazione accademica torni a essere una formazione umanistica di ampio respiro.

Parole chiave: famiglia, Costituzione, Europa, persona, prassi.

EMANUELE BILOTTI, The contribution of family law to the construction of Europe

The paper starts from the recognition of the deeply different approach to the family issues by the Italian Constitution and the Charter of Nice. The EU Law assumes an intentionally agnostic attitude towards family. As matter of fact any form of "being together" in which individuals feel themselves bound by particularly strong feelings and mutual care relationships is recognised as "family life". The Constitution provides instead a well-defined pattern of family relationships, detectable in the two models of marriage-based family and natural parenthood. These choices of the Italian Constitution are not the outcome of a historical contingency, but an implication of the personalist norm. In fact, the models of marriage-based family and natural parenthood cooperate in ensuring the dignity of being born and thereby the creation of a community life framework promoting an authentic emancipation. The Charter of Nice's agnosticism is instead expression of a society project based on the proprietary individualism, in which occasional interactions between individuals are required only to satisfy material needs and ruled by a market-oriented rationality. Such a project, well before being handed over to the rules of a charter of rights, established itself as a praxis orienting the contemporary family morphogenesis

and emptying the constitutional models from within. In order to readdress the social praxis towards a realistic target of human emancipation and therefore to restore content and substance to certain constitutional models, a new cultural synthesis is needed, to whose elaboration also the jurist's effort can offer a significant contribution, but only on the condition that his academic education returns to be a wide-ranging humanistic one.

Key words: family, Constitution, Europe, human being, praxis.

ALDO ROCCO VITALE
Visiting Professor - Ateneo Pontificio Regina Apostolorum
Dottore di ricerca - Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

MATRIMONIO E FAMIGLIA TRA AMORE E DIRITTO. Elementi per una critica del "gius-sentimentalismo"*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Matrimonio e famiglia tra amore e diritto – 3. Conclusioni.

1. Introduzione

«*Se i coniugi non vivessero insieme, i buoni matrimoni sarebbero più frequenti*»[1], scriveva Friedrich Nietzsche con il suo tipico cinico cipiglio a proposito del rapporto matrimoniale.

Del resto, se la tradizione giuridica romanistica e quella teologico-morale cristiana richiedono la coabitazione quale elemento costituivo del rapporto matrimoniale,[2] è inevitabile che il padre del nichilismo europeo, Friedrich Nietzsche, cioè colui il quale ha insegnato a far filosofia con il martello,[3] prenda a picconate uno dei requisiti (la coabitazione) del fondamento del matrimonio da cui nasce la famiglia che, fin dall'alba del pensiero,[4] rappresenta il nucleo su cui si costruisce la società intera.

Una tale forma di pensiero non deve stupire nell'epoca attuale in cui maggiormente si registra la diminuzione del ricorso al matrimonio e la concomitante impennata delle convivenze di fatto o di unioni alternative alla cosiddetta "famiglia naturale",[5] quasi come se i tempi attuali avessero deciso di adottare per proprio uno dei più celebri motti attribuiti a Diogene di Sinope che, come riporta lo storico e biografo Diogene Laerzio, così amava ripetere a chi gli chiedeva quale fosse il momento migliore per sposarsi: «*Sposarsi: da giovani troppo presto; da vecchi troppo tardi*»[6].

---

* *Contributo sottoposto a valutazione*.
[1] F. NIETZSCHE, *Umano troppo umano*, Milano, 2013, p. 230, n. 393.
[2] «*Il primo dei due elementi costitutivi del matrimonio, la coabitazione, non deve intendersi nel senso materiale della permanente convivenza dei coniugi o della costante dimora della moglie nella casa del marito. Perché esso sia realizzato occorre solo che, alla stregua degli usi sociali, i coniugi siano considerati come coabitanti*»: C. SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*, Soveria Mannelli, 1996, p. 174.
[3] «*Beatitudine scrivere sulla volontà di millenni come su bronzo*»: F. NIETZSCHE, *Il crepuscolo degli idoli ovvero come fare filosofia col martello*, Milano, 2008, p. 139.
[4] «*Ogni Stato è composto di famiglie*»: ARISTOTELE, *Politica*, Bari, 1973, I, 3, 1-3 (1253b), p. 8.
[5] https://bit.ly/3171k9f.
[6] D. LAERZIO, *Vite dei filosofi*, Laterza, Bari, 2010, p. 222.

In un simile scenario l'analisi filosofica appare la via privilegiata per la problematizzazione di una realtà che appare a-problematica poiché autoreferenzialmente fondata sull'idea di una evidenza pragmatica non bisognosa di alcuna giustificazione ultima, dimenticando che, semmai, almeno secondo la condivisibile riflessione di Friedrich Schelling, «*l'idea di filosofia non è sorta in altro modo se non in quanto non si poté considerare la semplice esperienza come un fondamento garantito per se stesso, e in quanto si credette che anche la sua verità fosse bisognosa di fondazione[…]. La coscienza filosofica è, per sensibilità, paragonabile a quella dell'occhio, che non tollera in sé nulla di estraneo*»[7].

Nel diffuso scetticismo generale, oltre che nei confronti di una fondabilità razionale del diritto in se stesso unitariamente considerato,[8] anche e soprattutto nei confronti degli istituti del matrimonio e della famiglia che vengono quasi considerati arrugginiti relitti obsolescenti sotto il segno del tempo[9], non più in grado di condurre l'umanità verso il futuro così tanto ancorati al loro passato[10], ingrigiti dall'aumento dei divorzi,[11] terrificanti a causa dei delitti e delle violenze mai sopite che tragicamente si consumano nell'ambito domestico[12], superati dall'esigenza di non poter mantener fermo l'individuale proposito di condividere la propria intera vita sempre con la stessa persona,[13] un bagliore di speranza sembra potersi rintracciare, come il sole tra le nubi dopo una oscura tempesta, cioè quello del sentimento mai offuscato e offuscabile dell'amore.

---

[7] F. SCHELLING, *Introduzione filosofica alla filosofia della mitologia*, Milano, 2002, p. 91.

[8] «*Il pensiero moderno nel campo giuridico è ben lungi dall'essere interamente razionale. Tanto è vero che noi continuiamo ancora ad usare le nozioni di diritti, doveri e simili senza essere consapevoli del fatto che si tratta di concetti immaginari*»: K. OLIVECRONA, *Il diritto come fatto*, Milano, 1967, p. 96.

[9] A riprova di ciò si pensi, tra i tanti esempi possibili, alla *lectio magistralis* tenuta presso l'Università di Liverpool il 30 maggio 2018 da Sir James Munby, *President of the family Division of the High Court and Head of family Justice for England and Wales*, secondo cui «*bisogna accettare il fatto che in Inghilterra la famiglia assume oramai una varietà infinita di forme poiché vi sono matrimoni tra persone di fede non cristiana, persone che vivono insieme come coppie sposate o non sposate con altre persone dello stesso o di diverso sesso, bambini allevati da uno, due o anche tre genitori, sposati o non sposati che possono essere e non essere i loro genitori naturali, bambini con genitori di diversa fede, etnia o nazionalità, bambini di relazioni poligame, bambini allevati da genitori dello stesso sesso, concepiti tramite inseminazione artificiale con donatore di gameti o risultato degli accordi di maternità surrogata*». Per il testo della relazione cfr. https://bit.ly/2ENDkyj.

[10] «*Esistono famiglie di ogni forma e dimensione*»: S. GOLOMBOK, *Famiglie moderne*, Milano, 2016, p. 221.

[11] https://bit.ly/2Zczo1V.

[12] https://bit.ly/2Qm5esk.

[13] D. PARASH - J. LIPTON, *Il mito della monogamia. Animali e uomini infedeli*, Milano, 2002.

Sempre per rimanere nell'ambito della semantica nietzscheana si può affermare che alla triste decadenza dello *spirito apollineo* del diritto succeda la vivacità solare dello *spirito dionisiaco* dell'amore.

Come un'onda di piena, l'amore sembra donare nuovo vigore a queste cariatidi giuridiche, cioè il matrimonio e la famiglia, per consentir loro di reggere nuovamente il peso del tempio della società; la potenza dell'amore sembra così irrefrenabile e inarrestabile da sentire l'eco delle parole di Voltaire che a sua volta richiamava quelle del Conte di Rochester: «*L'amore, in un Paese di atei, farebbe adorare la Divinità*».[14]

La domanda e l'offerta d'amore crescono reciprocamente: ci si vuole sposare per amore tanto che chiunque si ami deve potersi sposare[15]; si rivendica un (presunto) diritto al figlio per un eccesso di amore da donare[16]; si dona il proprio seme, il proprio ovulo, il proprio utero, per amore del prossimo che genitore non può diventare;[17] si intende, per amor suo ovviamente, selezionare l'embrione da impiantare per evitare di trasmettergli le medesime patologie genetiche che affliggono i genitori su questi ultimi ricadendo un vero e proprio obbligo morale di ottenere la miglior prole possibile[18]; si interrompe la gravidanza per amore del feto che presenta anomalie e al quale non si vuol concedere una vita insalubre;[19] si adotta per amore di chi non ha genitori[20]; non si vuol definire la sessualità dei propri figli, per amor loro e della loro libertà di costruire una propria identità svincolata dai cosiddetti "stereotipi di genere"[21]; infine, con amore e sempre per amore, si sospendono i trattamenti di sostengo vitale di chi in fase terminale non è più degno non tanto di vivere,[22] quanto piuttosto, forse, di non essere più in grado di continuare a bearsi di tutto questo amore che dà e che a sua volta riceve.

Amore è, dunque, la parola d'ordine del mondo attuale, e, nonostante tutte le predette dimensioni, maggiormente viene in rilievo, almeno negli ultimi tempi, proprio nella

---

[14] VOLTAIRE, *Dizionario filosofico*, Torino, 1995, p. 21.
[15] «*Barack Obama all'annuncio della sentenza della Corte ha commentato su Twitter: #love is love*»: N. VASSALLO, *Il matrimonio omosessuale è contro natura. Falso!*, Bari, 2015, p. XVIII.
[16] N. SIPOS, *Perché io no? Quando non si riesce a diventare mamma*, Milano, 2011.
[17] A.R.VITALE, *Escursioni biogiuridiche in tema di maternità surrogata*, in *Medicina e Morale*, 2/2016.
[18] J. SAVULESCU - G. KAHANE, *The moral obligation to create children with the best chance of the best life*, in *Bioethics*, 5/2009, pp. 274-290.
[19] J. HARRIS, *Wonderwoman e superman. Manipolazione e genetica e futuro dell'uomo*, Milano, 1997, p. 127.
[20] M. SCARPATI - P. PATERLINI, *Adottare un figlio*, Milano, 1999.
[21] Per una trattazione ampia e illuminante cfr. L. PALAZZANI, *Sex/Gender. Gli equivoci dell'uguaglianza*, Torino, 2011; e anche F. D'AGOSTINO, *Sessualità. Premesse teoriche di una riflessione giuridica*, Torino, 2014; per una sintesi cfr. A.R.VITALE, *Gender: questo sconosciuto*, Fede & Cultura, Verona, 2016.
[22] U. VERONESI, *Il diritto di non soffrire. Cure palliative, testamento biologico, eutanasia*, Milano, 2011.

dimensione che più dovrebbe essergli estranea, cioè quella giuridica del matrimonio e della famiglia, tanto da risuonare adeguata l'icastica precisazione di Roland de Pury il quale, delineando la distinzione di approccio tra est e ovest del mondo, ricorda che «*in occidente ci si sposa perché ci si ama, in oriente ci si ama perché ci si sposa*»[23].

2. Matrimonio e famiglia tra amore e diritto

«*L'amore è una potenza che si può senz'altro disciplinare*»[24], scriveva Jules Michelet evidenziando il paradosso di dover considerare in relazione sentimento e disciplina, amore e diritto.

Ma che rapporto esiste tra amore e diritto? L'amore deve essere disciplinato, cioè sottostare al diritto? O l'amore è disciplinante, cioè deve sottomettere il diritto?

Prima di una risposta generale ai suddetti quesiti sembra inevitabile una riflessione preliminare di carattere storico-concettuale.

La storia del diritto occidentale, così ricca di stratificazioni e sfumature, si può, tuttavia, racchiudere nella dialettica tra le due principali correnti di pensiero che l'hanno maggiormente caratterizzata: il giuspositivismo da un lato[25], e il giusnaturalismo dall'altro[26].

In estrema e, ovviamente, non esaustiva sintesi per questioni di spazio: secondo il giuspositivismo il diritto si esaurisce interamente nella norma, anzi, nella legge secondo l'equivalenza per cui la legge è sempre diritto e il diritto non può che esser legge e in essa condensarsi; secondo il giusnaturalismo, invece, la legge può essere e deve essere solo espressione del diritto, diritto che è naturale, cioè pre-esistente alle norme dell'ordinamento, quelle positive, cioè quelle poste dallo Stato, dal legislatore, e che come tale non si esaurisce dunque nella mera datità del fenomeno legislativo.

Nella tragedia sofoclea si sacralizza questa tragica dinamica, nel confronto tra Antigone e Creonte in cui, sotto la nobile arte del verso poetico del celebre tragediografo, si mette in scena l'antico quesito: *veritas facit legem* o *auctoritas facit legem*?

---

[23] R. DE PURY, *Liberté a deux*, Labor et fides, Ginevra, 1967, p. 28.
[24] J. MICHELET, *L'amore*, Bur, Milano, 1987, p. 60.
[25] N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1996.
[26] R. PIZZORNI, *Il diritto naturale dalle origini a S. Tommaso d'Aquino*, Bologna, 2000; N. BOBBIO, *Il giusnaturalismo moderno*, Torino, 2009.

Si sostanzia, in definitiva, l'interrogativo già posto da Platone nell'Eutifrone: il santo, perché santo perché lo amano gli dei o perché lo amano gli dei è santo?[27]

Insomma, il diritto è giusto perché lo è di per sé, o soltanto quando giusto lo si ritiene? O meglio, il diritto è giusto di per sé o è giusto solo perché così vuole il legislatore? O ancora, la legge, è legge solo se è giusta, o è giusta solo perché è legge?

Hans Kelsen riterrebbe che la giustizia di una legge è priva di importanza, poiché lo è soltanto la sua validità, cioè non già la sua sostanza, ma soltanto la sua forma[28].

Hegel, per parte sua, risponderebbe, invece, che è il diritto è *rectum*, solo perché è *directum*, cioè che solo perché esprime il giusto, esso può essere diritto[29].

Già S. Agostino, del resto, aveva precisato che *lex esse non videtur quae iusta non fuerit*,[30] cioè non sarebbe legge quella che non fosse altresì giusta, ovvero quella che non concordasse, come insegna S. Tommaso d'Aquino, con la retta ragione che per l'appunto è l'elemento costitutivo della legge umana[31].

Ricalcando il sentiero delle due predette prospettive, si sono storicamente sviluppate le due principali visioni intorno alla famiglia fondata sul matrimonio: quella per cui essa è una società naturale, come per esempio dimostra il tenore dell'art. 29 della Costituzione italiana, e quella per cui, invece, essa è un mero prodotto sociale, come dimostrano le riflessioni ancora attualissime, dopo un secolo di distanza, di Alexandra Kollontaj per la quale, appunto, «*la famiglia e il matrimonio sono categorie storiche, fenomeni che si sviluppano in parallelo con le relazioni economiche che esistono in un dato livello di produzione. La forma di matrimonio e di famiglia è determinata dal sistema economico di una data epoca, ed essa cambia come cambia la base economica della società. La famiglia come il governo, la religione, la scienza, la morale, la legge e i costumi, è parte della sovrastruttura che deriva dal sistema economico della società*»[32].

Ai due predetti orientamenti contrapposti (giuspositivismo e giusnaturalismo), nell'ultimo decennio, sembra essersi aggiunto, con gradualità, in sordina, quasi impercettibilmente, un terzo polo del tutto inedito e nuovo nella storia del pensiero

---

[27] PLATONE, *Eutifrone*, Bari, 1974, XII, p. 19.
[28] «*Giusto è qui soltanto una parola diversa per dire legale*»: H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1952, p. 57.
[29] G.W.F. HEGEL, *Fenomenologia dello spirito*, Milano, 2000, V, 3, 236, p. 587.
[30] S. AGOSTINO, *De libero arbirio*, I, 5,11.
[31] «*La legge umana in tanto ha natura di legge in quanto si uniforma alla retta ragione*»: S. TOMMASO D'AQUINO, *Summa theologiae*, II-II, q. 93, a. 3.
[32] A. KOLLONTAJ, *Tesi sulla moralità comunista nella sfera delle relazioni matrimoniali*, 1921, cit.

giuridico, cioè quello che si potrebbe definire come sentimentalismo giuridico o *gius-sentimentalismo*.

Il gius-sentimentalismo si basa sulla convinzione per cui i sentimenti in genere e l'amore in particolare, che per tradizione sono sempre stati estranei al diritto (proprio Antigone vuole seppellire il defunto fratello Polinice non per amore nei suoi confronti, ma per obbedienza nei confronti della giustizia), debbano acquisire una rilevanza politica e perfino giuridica, addirittura fino a legittimare, rifondandoli, gli istituti giuridici esistenti o l'applicazione degli stessi.

Si pensi alle parole di Niklas Luhmann il quale rinviene che «*l'unità di amore e matrimonio viene presupposta come unità di materia e forma*»[33].

Il giu-sentimentalismo, a ben guardare, si caratterizza per la sua gianica doppiezza: per certi aspetti, infatti, è l'opposto della teoria normativistica di matrice kelseniana, poiché introducendo l'amore nel giuridico non solo non depura il diritto,[34] ma addirittura lo rende permeabile alla fenomenologia morale più ingombrante quale l'amore è, e per altri spetti, invece, è proprio l'espressione di un kelsenismo sclerotizzato e sclerotizzante, cioè espressione di una totale avalutatività del contenuto del diritto medesimo che conduce a ritenere diritto tutto ciò che tale è dichiarato dal legislatore purché validamente e formalmente cristallizzato nella *forma legis*.

In un simile frangente acquistano rilevanza le parole di Martha Nussbaum secondo cui, infatti, «*l'amore conta eccome per la giustizia, specialmente quando la giustizia è incompleta ed è ancora un'aspirazione, ma anche in una società compiuta, ammesso che ne esista una*»[35].

Il gius-sentimentalismo, dunque, abbatte quel confine naturale, di separazione e distinzione, sebbene aperto al reciproco arricchimento e alla scambievole comunicazione, esistito fino ad ora tra morale e diritto,[36] così che il diritto deve diventare sensibile nei confronti dei sentimenti in genere e dell'amore in particolare, e l'amore a sua volta può essere e, addirittura, deve essere giuridificato.

---

[33] N. LUHMANN, *Amore come passione*, Milano, 2006, p. 200.
[34] «*La dottrina pura del diritto è una teoria del diritto positivo […]. Essa vuole liberare la scienza del diritto da tutti gli elementi che le sono estranei*»: H. KWLSEN, *op. cit*., p. 47.
[35] M. NUSSBAUM, *Emozioni politiche. Perché l'amore conta per la giustizia*, Bologna, 2014, p. 455.
[36] La letteratura sul punto è sterminata: su tutti, a titolo esemplificativo, cfr. G. DEL VECCHIO, *La verità nella morale e nel diritto*, Roma, 1952.

Storicamente esiste soltanto un precedente per un fenomeno analogo, come dimostrano le leggi razziali di Norimberga del 1935 in cui il diritto si è piegato al sentimento dell'odio e l'odio a sua volta è stato "normalizzato" in quanto è stato appunto giuridificato, banalizzando il male come ha notato Hannah Arendt.[37]

La circostanza davvero storicamente autentica ed inedita è che adesso si tenti di giuridificare l'amore.

In questo senso appare imprescindibile il pensiero di Stefano Rodotà che tanto spazio ha dedicato a questo problema tematizzandolo ampiamente fino a teorizzare, appunto, un *diritto d'amore*.[38]

Rodotà è sicuro che «*il diritto d'amore, via via che molte resistenze vengono superate proprio attraverso leggi e sentenze, non può essere più negato con argomenti giuridici*»[39].

Rebus sic stantibus, scrive sempre Rodotà, «*la negazione del diritto d'amore e la sua sottoposizione a vincoli obbliganti ci mostrano una persona alla quale vengono negate, insieme, libertà e dignità. Il diritto d'amore si iscrive così in un orizzonte giuridico che non entra in contraddizione con esso, e trova il suo fondamento nel rispetto pieno dovuto alla persona*»[40].

Una tale prospettiva, però, non può che destare molteplici interrogativi: l'amore è un bene giuridico? È un diritto? Nei confronti di chi è esercitatile? Contempla correlativi doveri? Significa che se io ho un diritto d'amore, qualcuno ha il corrispondente dovere di amarmi? Su chi incomberebbe un simile dovere: sullo Stato, sulla collettività, sul mio consociato più prossimo? Come è tutelabile il diritto d'amore? Sarebbe possibile una "esecuzione forzata" del diritto d'amore eventualmente negato?

Nonostante l'acume di Francesco Gazzoni abbia già riconosciuto, diversi anni or sono, scandagliando il medesimo tema, che soltanto il diritto canonico dà larghissimo spazio

---

[37] «*Il guaio del caso Eichmann era che di uomini come lui ce n'erano tanti e che questi tanti non erano né perversi né sadici, bensì erano, e sono tuttora, terribilmente normali. Dal punto di vista delle nostre istituzioni giuridiche e dei nostri canoni etici, questa normalità è più spaventosa di tutte le atrocità messe insieme, poiché implica – come già fu detto e ripetuto a Norimberga dagli imputati e dai loro patroni – che questo nuovo tipo di criminale, realmente* hostis generis humani*, commette i suoi crimini in circostanze che quasi gli impediscono di accorgersi o di sentire che agisce male*»: H. ARENDT, *La banalità del male*, Milano, 1993, p. 282.

[38] *Contra*: «*Non c'è un diritto all'amore, ma un dovere di amore, di amare Dio e l'altro: quale paradosso!*»: V. POSSENTI, *I volti dell'amore*, Genova, 2015, p. 31.

[39] S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, Bari, 2015, p. 80.

[40] S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 23.

all'amore[41], ma che una «*eguale considerazione non è possibile fare per quanto riguarda il diritto civile*»[42], come comprova l'orientamento della Cassazione per cui la convivenza coniugale «*non implica necessariamente continuativa coabitazione o rapporti sessuali, e l'elemento spirituale può ravvisarsi anche ove difetti vero e proprio sentimento d'amore*»[43], occorre chiedersi perché non è configurabile il diritto d'amore e perché non è possibile l'integrazione di amore e diritto né alla base del matrimonio prima, né della famiglia poi.

Per risolvere le difficoltà è opportuno guardare alla natura delle due dimensioni chiamate in causa, cioè alla natura dell'amore e a quella del diritto.

Sulla scorta dell'imprescindibile insegnamento di Sergio Cotta, che, con la sua autorevolezza e consueta chiarezza, da filosofo del diritto ha invitato a cogliere l'essenza delle cose distinguendo sei forme coesistenziali riconducibili a due grandi famiglie, quella delle relazioni integrativo-escludenti (amicale, politica, familiare) e quella delle relazioni integrativo-includenti (ludica, giuridica, caritativa)[44], appare necessario comprendere i tratti comuni e distintivi tra amore e diritto.

L'amore e il diritto, infatti, hanno due aspetti in comune che li rendono simili e perciò reciprocamente respingenti come accade con gli stessi poli magnetici, e ben cinque caratteristiche differenzianti che – a parere di chi scrive – li rendono indubbiamente inconciliabili.

Per quanto riguarda la similitudine si deve fare riferimento alla relazionalità e alla razionalità quali tratti costitutivi dell'essere umano.

Sia l'amore che il diritto, infatti, sono espressione della natura relazionale dell'essere umano, del suo essere un *essere-con*, un *essere-con-l'altro*, cioè artistotelicamente un *animale sociale*[45].

Si ha amore soltanto nella misura in cui c'è l'altro da amare, così come si ha diritto allorquando si riconosce all'altro ciò che gli spetta.

Inoltre, sia l'amore che il diritto sono la manifestazione della razionalità umana, come comprova che non si danno né amore, né diritti nel mondo animale.

---

[41] Sacra Rota, 22/04/1982; Sacra Rota, 28/07/1981.
[42] F. GAZZONI, *Amore e diritto ovvero i diritti dell'amore*, Napoli, 1994, p. 135.
[43] Cass. n. 1595/1976 citata in F. GAZZONI, *op. cit*., p. 135.
[44] S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomelogia giuridica*, Milano, 1991, p. 101 ss.
[45] ARISTOTELE, *op. cit*., p. 82.

Il diritto, da parte sua, è espressione della razionalità umana nella misura in cui riflette e riconosce la *recta ratio* che governa quella dimensione pre-ordinamentale che è identificata come "diritto naturale".

L'amore, contrariamente a ciò che erroneamente si ritiene, è anch'esso fenomeno della ragione umana, e non può essere vero amore quello che in contrasto con la ragione si trova.

Tra i molteplici esempi possibili si pensi a quanto tratteggiato da Dante proprio nel suo V canto dell'Inferno, oggi incomprensibile utilizzando gli schemi culturali contemporanei per cui *love is love*.

Nel suo V canto dell'Inferno Dante, infatti, non esalta l'amore, ma condanna l'amore che, per le dinamiche con cui si viene a concretizzare, risulta sostanzialmente opposto alla natura razionale e alla ragione della natura.

Nelle atroci segrete del girone dantesco sono rinchiusi, infatti, i noti amanti Paolo e Francesca. I due senza dubbio si amano, ma il loro amore è, in quanto cognati, un amore non giusto, cioè messo in essere in violazione della legge umana e divina, e fraudolento rispetto all'ordine della natura e alla natura delle relazioni, sia in riferimento al rapporto di coniugio esistente tra Francesca e il marito Gianciotto, sia al rapporto di consanguineità di quest'ultimo con il fratello Paolo.

L'amore, insomma, non può essere estraneo alla ragione, cioè all'ordine naturale delle cose, a meno che, ignorando questa sua caratteristica essenziale, non si preferisca essere schierati tra quanti giustamente lo stesso Dante identifica come coloro «*c'hanno perduto il ben de l'intelletto*», cioè tutti quelli che non hanno preso posizione tra il male e il bene, tra la menzogna e la verità, tra un amore distorto dall'opera umana e l'amore corretto dei precetti della ragione, tra il disordine umano e l'ordine naturale (e divino).

La natura relazionale dell'essere umano si fonde dunque con la sua natura razionale, per cui non può l'amore essere in contrasto né con la costitutiva relazionalità umana, come si evince per esempio dal mito di Narciso che innamorato di se stesso si privò della possibilità di amare qualcun'altro, né con la connaturata razionalità umana, come si evince per esempio dal mito di Edipo che amò, sposandola perfino, la madre Giocasta trovandosi in contrasto sia con la natura della ragione, sia con la razionalità della natura, così da essere inevitabilmente "condannato", come ricorda lo stesso coro sofocleo per cui «*il tempo condanna le nozze assurde*» (vv. 1213-1215).

Diversamente da quanto ritiene chi condivide la visione del gius-sentimetalismo, e come giustamente puntualizza Soren Kierkegaard, allora, «*l'amore è questione di coscienza, dunque non questione di istinto e di inclinazione; e nemmeno di sentimento o di calcolo razionale*»[46].

Esaminati fin qui i tratti costitutivi comuni tra amore e diritto, occorre adesso scoprire i motivi per cui essi si rivelano tra loro inconciliabili.

Amore e diritto sono diversi per cinque tratti differenziati e strutturali che li contraddistinguono in modo netto ed inequivocabile.

L'amore, infatti, è libero, privato, particolare, esclusivista e sostanziale.

È libero perché non può essere né ordinato, né vietato; deve essere qualcosa di spontaneo.

È privato perché non ha una rilevanza per la collettività, in quanto se due colleghi, due amici, due coniugi o due consociati qualsiasi si amano o meno la collettività si fonda comunque sulla relazionalità ontologica dell'essere umano, a prescindere dalla reciproca benevolenza o dai reciproci sentimenti.

È particolare in quanto è rivolto ad una specifica persona, cioè la persona amata, poiché non è possibile un amore che non tenga conto della dualità, dell'essere personale dell'altro, cioè non è possibile un amore spersonalizzato e spersonalizzante, così che non potrebbe essere autentico e concreto amore quello diretto ad una indistinta e indeterminata generalità di soggetti.

È esclusivista perché diretto verso qualcuno ad esclusione di tutti gli altri, come appunto accade nell'amore che lega due amici e, a maggior ragione, in quello che unifica e salda moglie e marito.

È sostanziale perché non vi sono procedure o formalità per amare qualcuno: lo si può fare parlando o agendo, come in silenzio o restando fermi, cioè estrinsecandolo per fatti concludenti.

Il diritto, invece, per parte sua è coercibile, pubblico, generale, inclusivista e formale.

È coercibile perché utilizza il comando, la forza e, spesso, anche l'inevitabile sanzione per costringere qualcuno al comportamento da osservare.

È pubblico perché riguarda l'intera collettività in quanto espressione del bene comune.

---

[46] S. KIERKEGAARD, *Gli atti dell'amore*, Brescia, 2009, p. 165.

È generale poiché non riguarda casi specifici, ma costituisce una disciplina per tutti i casi in genere venendo poi applicato e "adattato" al caso singolo.

È inclusivista proprio perché universale, in quanto riguarda tutti i consociati, come, per esempio, comprovano i principi generali e fondanti del diritto, o ai diritti umani, o i diritti costituzionalmente garantiti.

È formale poiché è condensato non solo in principi meta-normativi, ma, per la gran parte, anche in norme positive che sanciscono le modalità e le procedure indispensabili per la sua esplicitazione ed effettualità.

Che ne sarebbe di entrambi se venissero mescolati? Che ne sarebbe dell'amore? Che ne sarebbe del diritto?

Relativamente all'amore: sarebbe autentico amore quello che fosse ordinato o vietato dalla legge? Che amore sarebbe quello che fosse provato per timore della sanzione? Che amore sarebbe quello che non fosse provato nei confronti della persona amata e soltanto nei confronti di questa, ma nei confronti di una generalità di soggetti non identificata o non identificabile?

Relativamente al diritto: come ebbe modo di chiedersi Pascal[47], non sarebbe impotente quel diritto che non fosse coercibile? Che diritto sarebbe quello che fosse non dipendente dal bene comune, ma dal bene particolare? Che diritto sarebbe quello che rimanesse intrappolato e, sostanzialmente, inespresso nella coscienza di ciascuno, come il sentimento dell'amore, e che, dunque, non fosse tangibile nella concretezza del principio giuridico o della legge?

Si comprende bene, allora, quanto sia decisamente inopportuna ed erronea l'operazione messa in essere dalla inedita corrente di pensiero identificabile nel "gius-sentimentalismo", il quale tenta di conciliare ciò che conciliabile appunto non è: cioè amore e diritto.

Tentare di giuridificare l'amore significa violare all'un tempo, dunque, sia la natura dell'amore, sia la natura del diritto, cioè dimostrarsi degli inesperti, o peggio, dei dilettanti, per utilizzare la felice formula di Piero Calamandrei, sia nel campo amoroso, sia soprattutto nel campo giuridico[48].

---

[47] «*La giustizia senza la forza è impotente: la forza senza la giustizia è tirannica*»: B. PASCAL, *Pensieri*, Milano, 2006, n. 285, p. 161.

[48] «*C'è il caso che l'inesperto e il dilettante (che è anche peggiore) di filosofia, si metta a proclamare che il diritto consiste unicamente nel far tutti quanti il comodo proprio*»: P. CALAMANDREI, *Fede nel diritto*, Bari, 2009, p. 69.

Appare fin troppo chiaro, a questo punto, che tanto per le loro similitudini, quanto soprattutto per le loro differenze amore e diritto non possono essere reciprocamente "incastrati".

Non si possono e non si devono mescolare amore e diritto, dunque, non solo *per il diritto dell'amore* di essere autentico, autenticità che, come dimostrato, sarebbe del tutto smarrita qualora venisse giuridificato, ma soprattutto *per amore del diritto*, cioè per garantire che il diritto sia ciò che è e non già il suo grottesco feticcio sentimentalista.

Tentare di legittimare il matrimonio, qualunque tipo di matrimonio o unione giuridica, sull'elemento sentimentalistico dell'amore, del diritto d'amore, dell'uguaglianza dell'amore, significa tradire l'essenza dell'amore, quella del diritto e quella del matrimonio medesimo che viene così inevitabilmente distorto e annichilito dalla mentalità intimamente anti-giuridica del nostro tempo, come ha ben colto chi, esperto di nichilismo come Nietzsche, ha notato che «*al matrimonio moderno è venuta a mancare ogni ragione[…]. La ragione del matrimonio stava nella esclusiva responsabilità giuridica dell'uomo […]. Con la crescente indulgenza per il matrimonio d'amore si è eliminato addirittura il fondamento del matrimonio, ciò che soltanto fa di esso una istituzione […]. Il matrimonio moderno ha smarrito il suo senso, di conseguenza si toglie di mezzo*»[49].

Il matrimonio e la famiglia posseggono, infatti, una loro propria dignità e giuridicità costitutiva che esula da ogni contingenza sentimentale, come ricorda Hegel allorquando insegna che «*la conclusione del matrimonio è dunque la solennità con cui l'essenza di questo legame viene pronunciata e constatata come entità etica innalzata sopra l'accidentalità del sentimento e dell'inclinazione particolare*»[50].

3. Conclusioni

Il gius-sentimentalismo, allora, si presenta come una nuova forma di corrente di pensiero che nella sua sostanza si risolve per essere non solo antigiuridico, poiché volto direttamente o indirettamente a negare e disconoscere l'essenza, la funzione e lo scopo del diritto, ma anche e soprattutto anti-razionale, poiché volto ad operare uno

[49] F. NIETZSCHE, *Il crepuscolo degli idoli ovvero come fare filosofia col martello*, Milano, 2008, p. 116.
[50] G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Milano, 1996, III, § 164, p. 313.

stravolgimento irrazionale del diritto e del sentimento dell'amore che viene trasformato, addirittura, nella forma della pretesa giuridica.

Il gius-sentimentalismo come espressione dell'irrazionalismo contemporaneo acquista un connotato ancor più paradossale se si tiene in considerazione la crescente diffusione, nel contesto culturale odierno, della visione per cui proprio l'amore è svuotato della sua essenza spirituale essendo ridotto a mero prodotto delle forze neuro-bio-chimiche che le neuroscienze stanno facendo emergere, come dimostrano, per esempio, le parole di Robin Dunbar per il quale, infatti, «*l'innamoramento è un universale umano[…]. E ciò crea un rompicapo: se questo è una caratteristica così universale degli esseri umani, deve avere una base e una funzione biologiche*»[51].

Insomma, si assiste da un lato all'esclusione della ragione per mezzo del gius-sentimentalismo, dall'altro all'irrigidimento della stessa che spiega l'amore e le relazioni umane soltanto in termini di determinismo bio-fisico, palesando quanto l'epoca moderna sia ostaggio dei due eccessi denunciati da Pascal, cioè «escludere la ragione, accettare solo la ragione»[52].

In conclusione, allora, prendendo atto della pericolosa deriva irrazionalistica del gius-sentimentalismo che ha alterato e sta alterando l'amore, il diritto, il rapporto tra morale e diritto, il matrimonio e la famiglia, non si possono non considerare le riflessioni di Karl Popper che, con le capacità profetiche tipiche della genialità fuori dal comune, per evitare la fine di ogni pensabilità del diritto, ha così giustamente osservato: «*Secondo l'irrazionalista alla maggior parte degli uomini ci si deve sempre rivolgere con un appello alle loro emozioni e passioni piuttosto che con un appello alla loro ragione[…]. Ma sostengo che chi insegna che non la ragione, ma l'amore deve governare, apre la strada a coloro che governano con l'odio*»[53].

[51] R. DUNBAR, *Amore e tradimento. Uno sguardo scientifico*, Milano, 2013, p. 16; cfr. anche S. KIRSHENBAUM, *La scienza del bacio*, Milano, 2011; A. YOUNG, *La chimica dell'amore*, Milano, 2015.
[52] B. PASCAL, *op. cit*., n. 3, p. 33.
[53] K. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici*, Roma, 2003, Vol. II, pp. 271-281.

Abstract

ALDO ROCCO VITALE, Matrimonio e famiglia tra amore e diritto. Ovvero elementi per una critica del "gius-sentimentalismo"

Il presente testo prende le mosse dai rapporti sempre più intrecciati tra amore e diritto che vengono in rilievo con crescente misura, specialmente nell'ambito degli istituti giuridici come il matrimonio e la famiglia. A tal fine occorre interrogarsi sui rapporti tra amore e diritto: il diritto può supportare e sopportare il fenomeno dell'amore? L'amore può essere giuridificato? L'amore è un diritto? Quali conseguenze discendono da una simile prospettiva?

Parole chiave: matrimonio, famiglia, amore, diritto, sentimentalismo.

ALDO ROCCO VITALE, Marriage and family between love and law. Or elements for a critique of "gius-sentimentalism"

The text takes its starting point from the increasingly relationships between love and law, that comes with increasing importance, especially in the context of legal institutions such as marriage and the family. In this regard, we must ask ourselves about the relationship between love and law: can law supports and bears the phenomenon of love? Can love be juridical? Is love a right? Which consequences derive from such a perspective?

Key words: marriage, family, love, law, sentimentalism.

PAOLO VALIANTE
Giudice del Tribunale di Salerno

L'ABORTO PRETERINTENZIONALE: UNA CONTRADDIZIONE DEL SISTEMA*

SOMMARIO: 1. Di un recente intervento normativo in tema di aborto preterintenzionale – 2. L'aborto preterintenzionale: una scelta legislativa in controtendenza – 3. La corrispondente fattispecie dolosa – 4. Il bene giuridico tutelato: a) la vita del concepito – 5. *Segue*. b) il diritto della donna all'autodeterminazione – 6. L'aborto preterintenzionale tra decriminalizzazione ed inasprimento sanzionatorio – 7. L'individuazione del bene tutelato: incongruenze tra aborto doloso e aborto preterintenzionale – 8. Conformità dell'aborto preterintenzionale al principio di colpevolezza e necessità di una revisione del contraddittorio sistema delineato dalla legge 22 maggio 1978, n. 194 – 9. Il nuovo art. 593 *ter* c.p.: non cessa l'imbarazzo del legislatore.

1. Di un recente intervento normativo in tema di aborto preterintenzionale

Poco prima che cadessero i quarant'anni dalla entrata in vigore della Legge 22 maggio 1978, n. 194, il Decreto Legislativo 1 marzo 2018, n. 21[1] ne ha abrogato due norme – l'art. 17 e l'art. 18 – non prima, però, di avere introdotto nel codice penale l'art. 593 *bis* e l'art. 593 *ter*: il primo rubricato come "interruzione colposa di gravidanza" e il secondo rubricato come "interruzione di gravidanza non consensuale".

Si tratta di una delle pochissime modifiche[2] di una legge "immutabile" per antonomasia (infatti, a coloro che hanno, anche solo problematicamente, sollecitato negli anni la opportunità di una riflessione sulla sua eventuale revisione, si è in genere pregiudizialmente opposto che, trattandosi di legge la cui richiesta di abrogazione era stata respinta in sede di referendum, essa non fosse suscettibile di mutamento).

Il recente intervento del legislatore, tuttavia, non ha avuto particolare risalto, né nella dottrina giuridica, né nel dibattito socio-culturale.

---

* *Contributo sottoposto a valutazione*.

[1] Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 68 del 22 marzo 2018, pp. 1 e ss.

[2] V'erano state, in quarant'anni di vigenza della legge, due sole altre limitate modifiche, ma come mera conseguenza di più ampie riforme legislative nel frattempo intervenute: in particolare, nell'art. 12 co. 2 la parola "potestà", per effetto della revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione operata con il D.Lgs 154/2013, era stata sostituita dalle parole "responsabilità genitoriale" nella parte relativa all'aborto di donna di età inferiore ai diciotto anni, mentre l'art. 1 co. 1 D.Lgs 8/2016, avendo depenalizzato tutti i reati previsti in leggi speciali che fossero puniti con la sola pena pecuniaria, aveva di conseguenza determinato anche la depenalizzazione del reato di cui all'art. 19 co. 2 L. 194/78.

Se ne possono comprendere le ragioni: il decreto si è limitato a trasferire le due preesistenti fattispecie di reato dalla legge speciale al codice penale, senza variarne il contenuto.

Del resto, la delega prevedeva solo un "riordino" della materia penale, in tendenziale attuazione del principio della riserva di codice, mediante l'inserimento nel codice stesso di fattispecie criminose previste dalla legislazione speciale a tutela di beni ed interessi costituzionalmente rilevanti. Si trattava, dunque, di un'attività tale da escludere "modifiche alle fattispecie criminose vigenti"[3], tradottasi nella loro mera traslazione all'interno del codice[4].

Ciò nondimeno, l'intervento fornisce l'occasione per tornare su una figura di reato, quella dell'aborto preterintenzionale, che, per la sua formulazione e la sua collocazione, era già suscettibile di apparire, nel contesto della legge 194/78, come una fattispecie non poco problematica.

2. L'aborto preterintenzionale: una scelta legislativa in controtendenza

Poche nozioni legislative hanno avuto vita contrastata quanto quella di delitto preterintenzionale. Non solo la sua struttura, ma la sua stessa ragione d'essere all'interno del sistema penale hanno incontrato critiche e riserve da parte degli studiosi, tanto da indurre taluno a registrare «*una sollecitudine dottrinale (...) eccessiva*»[5].

Benché la preterintenzione sia stata costruita dal legislatore come un criterio autonomo di ascrizione di responsabilità, si nega generalmente che essa costituisca un *tertium genus* tra dolo e colpa e che delinei rispetto a questi una forma di colpevolezza intermedia[6]. Se si tratti di un'ipotesi di dolo misto a responsabilità oggettiva o piuttosto di dolo misto a colpa, è questione che ancora oggi agita il dibattito in argomento e che, peraltro, costituisce già la semplificazione di una speculazione che in passato contemplava anche

[3] Si veda, a tal proposito, la Relazione illustrativa al decreto (Esame definitivo - Consiglio dei Ministri 8 febbraio 2018), pubblicata sul sito del Ministero della Giustizia.
[4] S. BERNARDI, *Il nuovo principio della "riserva di codice" e le modifiche al codice penale: scheda illustrativa. A proposito del d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21 in vigore dal 6 aprile 2018*, in *Dir. pen. cont.* 4/2018, p. 128.
[5] Così M. BOSCARELLI, *Proposte per una revisione tecnica del primo libro del codice penale*, in G. VASSALLI (a cura di) *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*, Milano 1982, p. 92.
[6] F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova 2017, p. 354; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, pp. 692-693; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1994, p. 356.

la riconducibilità del delitto preterintenzionale interamente nell'alveo del delitto doloso o del delitto colposo[7].

Che si dubiti, poi, dell'opportunità di mantenere in vita la preterintenzione, è atteggiamento che non da ora parte della dottrina ha assunto[8], tanto più – si è argomentato – che le figure di delitto preterintenzionale attualmente previste troverebbero egualmente disciplina alla luce del codice vigente[9].

Per questi motivi, non può che destare sorpresa, anche a distanza di anni, la previsione del delitto di aborto preterintenzionale introdotta con la legge 22 maggio 1978, n. 194, il cui art. 18, comma 2 punisce con la reclusione da quattro a otto anni «*chiunque provochi l'interruzione della gravidanza con azioni dirette a provocare lesioni alla donna*».

Si tratta, infatti, dell'unica ipotesi pacifica di preterintenzione nel nostro ordinamento accanto a quella classica di omicidio preterintenzionale (art. 584 c.p.)[10] e, di conseguenza, anche dell'unica ipotesi di preterintenzione prevista dal legislatore *ex novo* dall'entrata in vigore del Codice Rocco ad oggi, peraltro contenuta in una legge speciale, sia pure di così spiccata rilevanza.

Non c'è bisogno di collocarsi oggi in una prospettiva di ripensamento, a quarant'anni dall'emanazione della legge n. 194/78, per poter affermare che la previsione dell'aborto preterintenzionale fu una scelta del legislatore in controtendenza. Che così fosse, doveva apparire probabilmente già chiaro allora, e ciò per due ordini di motivi.

Il primo è che tale nuova ipotesi di preterintenzione fu prevista in un momento in cui, come detto, era già rilevante la critica verso questa forma di responsabilità.

---

[7] Cfr. V. PATALANO, *Preterintenzione*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano 1986, p. 351, e la dottrina ivi citata; L.D. CERQUA, *Preterintenzione*, in *Enc. Giur.*, vol. 11, Milano 2007, pp. 429-435.

[8] Si veda, per esempio, E. DOLCINI, *Dalla responsabilità oggettiva alla responsabilità per colpa: l'esperienza tedesca in tema di delitti qualificati dall'evento*, in G. VASSALLI (a cura di), *Problemi generali di diritto penale*, cit., p. 282.

[9] Cfr. M. BOSCARELLI, *Proposte per una revisione tecnica,* cit., 92, il quale considera, a riprova del suo assunto, che se la legge non offrisse alcuna definizione del reato preterintenzionale la figura dell'omicidio preterintenzionale troverebbe agevole sistemazione dogmatica quale particolare ipotesi di *aberractio delicti*, così come avviene della figura dell'omicidio cui allude l'art. 586 (la quale non costituisce un'ipotesi di reato preterintenzionale, in quanto non ne è estremo la maggior gravità del fatto non voluto rispetto a quello voluto).

[10] Così G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 692; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 354; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 356. Anche D. PULITANÒ, *La vita prenatale*, in D. PULITANÒ (a cura di) *Diritto penale. Parte speciale, vol. I - Tutela penale della persona*, Torino 2014, p. 98, definisce espressamente la fattispecie di cui all'art. 18 co. 2 L. 194/78, avuto riguardo alla sua struttura, come aborto preterintenzionale: «*il criterio di imputazione soggettiva è costituito dal dolo di lesioni e dalla prevedibilità dell'evento aggravante*».

Il secondo è che la legge 22 maggio 1978, n. 194 segnava il passaggio da una disciplina repressiva predisposta dal legislatore del '30 in materia di aborto ad un regime di sostanziale liberalizzazione del fenomeno. L'introduzione del delitto di aborto preterintenzionale – e dunque di una previsione che serve ad apprestare una più intensa tutela giuridica per il bene che si vuole preservare – si inscriveva in modo incongruente, perciò, nel quadro di una scelta legislativa di decriminalizzazione.

L'aborto preterintenzionale, dunque, non appare *prima facie* come una previsione del tutto coerente con il sistema, oltre che con le più consolidate posizioni della dottrina.

3. La fattispecie dolosa corrispondente

Gli interrogativi rispetto alla figura dell'aborto preterintenzionale si fanno legittimamente più consistenti se si considera che la previsione della preterintenzione quale autonoma forma di responsabilità risponde certamente alla *ratio* di predisporre una più efficace tutela di beni e interessi di particolare rilevanza e che l'unico altro delitto preterintenzionale previsto nel nostro ordinamento è, come ricordato, l'omicidio di cui all'art. 584 c.p., il cui bene protetto è indiscutibilmente la vita.

Se ciò è vero, non ci si può esimere, prima d'ogni altra cosa, dal tentare di individuare quale sia il bene tutelato dalla norma incriminatrice dell'aborto preterintenzionale.

Ora, poiché non è punibile a titolo di preterintenzione (come, del resto, neanche a titolo di colpa) un fatto che non sia già previsto dalla legge come reato – e dunque che non sia già punibile a titolo di dolo, il quale rimane *ex* art. 42, comma 2 c.p. il normale criterio di imputazione soggettiva di un fatto – occorre, in primo luogo, stabilire a quale fattispecie dolosa corrisponda la fattispecie preterintenzionale prevista prima dall'art. 18, comma 2 L. 194/78 e oggi dell'art. 593 *ter*, comma 2 c.p. (non v'è dubbio, per esempio, che la fattispecie preterintenzionale di omicidio dell'art. 584 c.p. corrisponda alla fattispecie dolosa di omicidio dell'art. 575 c.p.).

Una volta individuata la corrispondente fattispecie dolosa, poi, è necessario risalire al bene giuridico protetto dalla disposizione normativa che la contempla, onde verificare se esso corrisponda a quello protetto dalla fattispecie preterintenzionale o se quest'ultima non miri piuttosto alla tutela di un bene diverso e, soprattutto, se ciò sia possibile in astratto.

A seguito dell'abrogazione dell'intero titolo X del libro secondo del codice penale ad opera dell'art. 22 L. 194/78, sono rimaste due fattispecie incriminatrici dolose in materia di aborto[11]: l'art. 18, comma 1 L. 194/78 (ora art. 593 *ter*, comma 1 c.p.), che corrisponde sostanzialmente all'abrogata disposizione dell'art. 545 c.p. nonché dell'art. 546, comma 3, n. 2 c.p.[12], in quanto punisce (ma meno gravemente di prima) «*chiunque cagiona l'interruzione della gravidanza senza il consenso della donna*», e l'art. 19 L. 194/78, che punisce chiunque cagioni l'interruzione della gravidanza senza l'osservanza delle modalità previste dagli artt. 5 e ss. della stessa legge.

Evidenti ragioni di ordine logico-sistematico lasciano concludere che la fattispecie di aborto preterintenzionale sia riconducibile a quella dolosa prevista prima dall'art. 18, comma 1 L. 194/78 e ora dall'art. 593 *ter*, comma 1 c.p.

Intanto, essa è contemplata dal comma 2 sia del previgente art. 18 che dell'attuale art. 593 *ter*, e dunque in modo tale da lasciare intendere uno stretto collegamento con il reato previsto dal comma immediatamente precedente.

Ma soprattutto deve considerarsi che il presupposto del reato di cui all'art. 19 è il consenso della donna (se non vi fosse ritorneremmo, infatti, nell'ambito dell'art. 18) ed evidentemente di colui al quale ella si rivolge per l'intervento abortivo, cosicché l'aborto che consegua all'inosservanza delle modalità previste dalla legge è evento certamente voluto, verso il quale si dirigono inequivocabilmente la volontà dell'operatore e della donna.

Alla stregua di queste considerazioni, allora, si può affermare la riconducibilità dell'aborto preterintenzionale alla fattispecie dolosa dell'art. 18, comma 1 L. 194/78 (ora art. 593 *ter*, comma 1 c.p.).

Si ponga mente, infatti, al carattere distintivo della preterintenzione rispetto alle altre forme di responsabilità penale: nel delitto preterintenzionale l'evento dannoso o pericoloso che si è realizzato deve essere "più grave" di quello voluto dall'agente. In

---

[11] Invero, la legge n. 194/78 prevede un'altra ipotesi di reato doloso all'art. 21, stabilendo la punibilità a norma dell'art. 622 del codice penale di chi "fuori dei casi previsti dall'art. 326 del codice penale, essendone venuto a conoscenza per ragioni di professione o di ufficio, rivela l'identità - o comunque divulga notizie idonee a rivelarla - di chi ha fatto ricorso alle procedure o agli interventi previsti dalla presente legge". Ma si tratta con tutta evidenza di ipotesi che non riguarda direttamente l'autore materiale dell'aborto o che comunque attiene a condotte successive all'evento dell'aborto: il suo fine è piuttosto quello di tutelare il segreto d'ufficio e il segreto professionale. Per questi motivi, nessun collegamento può stabilirsi con la fattispecie dell'aborto preterintenzionale.

[12] T. PADOVANI, *Procreazione (dir. pen.)*, *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Milano 1987, p. 984.

quanto "oltre" l'intenzione e non "al di fuori" di essa, l'evento deve essere strettamente collegato, sul piano causale, alla condotta posta in essere dall'agente al fine di realizzare un evento che, rispetto a quello verificatosi, è meno grave. Insomma, l'evento, sia pure non compreso a rigore nell'intenzione dell'agente, non può tuttavia apparire completamente "anomalo" rispetto a quello perseguito dall'agente[13].

Ebbene, l'art. 18, comma 2 richiede quale condotta-base voluta dall'agente quella consistente in "azioni dirette a provocare lesioni", mentre tali non potrebbero considerarsi quelle poste in essere con il consenso della donna ai sensi dell'art. 19, in quanto non punibili. Viceversa, l'aborto preterintenzionale postula che la condotta da cui esso deriva sia diretta a realizzare un'aggressione dell'incolumità fisica della donna senza il suo consenso. Solo l'aggancio all'art. 18, comma 1, perciò, consente di ritenere l'evento punibile come omogeneo rispetto al tipo di condotta realizzata e al risultato che l'autore in concreto perseguiva: l'aborto preterintenzionale si può ricomprendere, cioè, nell'*iter* causale diretto a provocare lesioni alla donna senza il suo consenso, costituendo un momento ulteriore della linea evolutiva dell'evento meno grave.

In ogni caso, se, diversamente da quanto ora proposto, si dovesse ritenere che la fattispecie di aborto preterintenzionale sia posta in un rapporto di continuità di tutela non (come qui si sostiene) con la fattispecie dolosa di cui all'art. 18, comma 1 (ora art. 593 *ter*, comma 1), bensì con quella, ugualmente dolosa, di c.d. aborto illecito di cui all'art. 19, costituirebbe circostanza ben strana il fatto che la fattispecie preterintenzionale fosse punita con una pena (da quattro a otto anni) più grave di quella prevista per la corrispondente fattispecie dolosa (l'aborto praticato senza l'osservanza delle modalità previste dagli artt. 5 e 8 è punito dall'art. 19, comma 1 con la reclusione sino a tre anni, mentre l'aborto praticato senza l'osservanza delle modalità previste dagli artt. 6 e 7 è punito dall'art. 19, comma 3 con la reclusione da uno a quattro anni); per quanto egualmente singolare risulti che comunque la sanzione già prevista dall'art. 18, comma 2 e ora riprodotta nell'art. 593 *ter*, comma 2 coincida con quella dell'interruzione dolosa di gravidanza su donna non consenziente[14].

[13] Sulle caratteristiche distintive del delitto preterintenzionale, si veda diffusamente V. PATALANO, *Preterintenzione*, cit., p. 352 ss.
[14] Cfr. in proposito T. PADOVANI, *Procreazione (dir. pen.)*, cit., p. 985.

Individuata in tal modo la fattispecie dolosa corrispondente alla figura dell'aborto preterintenzionale, occorre a questo punto risalire sino al bene giuridico che essa si propone di salvaguardare.

4. Il bene giuridico tutelato: a) la vita del concepito

Qual è il bene giuridico tutelato dall'art. 18, comma 1 L. 194/78 (ora art. 593 *ter*, comma 1 c.p.)?

Non sembra che vi sia spazio per un'alternativa che non sia la seguente: o si tratta della vita del concepito oppure del diritto della donna all'autodeterminazione, fermo restando che, limitatamente ai casi in cui l'aborto è cagionato, oltre che senza il consenso della donna, da persone non esercenti la professione medica ovvero con metodi violenti o non conformi all'arte medica, oggetto della tutela è anche l'integrità fisica della donna.

Invero, a seguire la prima opzione, si giungerebbe all'inaccettabile conseguenza che la vita del concepito sia soggetta ad una tutela condizionata: l'ordinamento la tutela se lo vuole la madre, non la tutela se non lo vuole la madre.

Si potrebbe obiettare che, posta in questi termini, la questione è eccessivamente semplificata. Gli artt. 4 e ss. della legge n. 194/78 subordinano l'interruzione volontaria della gravidanza ad una serie di condizioni tali che la prosecuzione della gravidanza comporti un serio pericolo per la salute della donna. La semplice volontà di quest'ultima, di conseguenza, non basterebbe da sola a giustificare la soppressione del concepito, laddove non ricorrano quelle circostanze previste dalla legge: circostanze, le quali integrano una situazione di conflitto tra la vita del concepito ed altri interessi della madre, che il legislatore ha ritenuto di risolvere in favore di questi ultimi.

L'obiezione, invero, è meno fondata di quanto sembri. Come è noto, il legislatore avrebbe potuto in astratto adottare due soluzioni per definire i confini entro i quali circoscrivere la liceità dell'aborto[15].

La prima è la soluzione c.d. "dei termini", che consiste nella liberalizzazione dell'aborto in un periodo di tempo prefissato dal legislatore che va dall'inizio del concepimento[16] fino ad un determinato stadio della gravidanza (di solito, il legislatore

[15] Si veda ampiamente sul tema T. PADOVANI, *Liceità dell'aborto e legge penale: osservazioni generali ed esperienza normativa italiana*, in AA. VV., *Interrupcion voluntaria del embarazo*, Avila, 1981, pp. 117 e ss.

[16] In realtà, tale termine iniziale è meramente teorico, atteso che l'accertamento dello stato di gravidanza della donna richiede alcune settimane.

indica, quale termine della liberalizzazione, il completamento di una determinata settimana o di un determinato mese della gravidanza): abortire in questo periodo, cioè, è sempre possibile, oltre che lecito, a semplice richiesta della donna[17].

Va da sé che l'opzione per questa soluzione presuppone che si neghi l'umanità del concepito prima che sia decorso il termine fissato dalla legge[18]: ciò solo può giustificare, evidentemente, che, a prescindere dall'allegazione di una qualsiasi circostanza idonea a sconsigliare il protrarsi della gravidanza, sia rimessa alla *privacy* della donna (intesa come sottrazione della sua decisione a qualsiasi controllo da parte di terzi) la scelta di ricorrere all'aborto entro i termini consentiti.

La seconda è la soluzione c.d. "delle indicazioni", che consiste nella legalizzazione dell'aborto sulla base di determinati presupposti. Di conseguenza, la praticabilità dell'interruzione volontaria della gravidanza richiede un *quid pluris* rispetto alla volontà della donna, che può consistere, a seconda della scelta del legislatore, nella contestuale sussistenza di ragioni mediche, eugenetiche, sociali, economiche, psicologiche, etc., tali da sconsigliare alla madre il compimento a termine della gravidanza.

Questa soluzione, a differenza di quella c.d. dei termini, implica il riconoscimento di un valore alla vita del concepito[19], la cui tutela, però, deve cedere il passo a quella degli interessi sottesi alle situazioni astrattamente previste dal legislatore, che di volta in volta ricorrano in concreto (p. es.: l'interesse alla salute fisica o psichica della madre, l'interesse alla preservazione della specie dalla nascita di esseri umani malformati, l'interesse economico della famiglia d'origine del concepito che versi in condizioni precarie, l'interesse della donna a che il rapporto con il *partner* o il complessivo equilibrio della famiglia non siano turbati dalla nascita di un figlio, etc.).

Solo formalmente il legislatore italiano ha dato ingresso nella legge n. 194/78 alla soluzione delle indicazioni, in realtà sostanzialmente atteggiandola come soluzione dei

---

[17] Di converso, ogni aborto effettuato oltre il termine consentito integrerà un'ipotesi punibile di aborto illecito. E tuttavia - come osserva T. PADOVANI, *Liceità dell'aborto e legge penale*, cit., p. 117 - l'applicazione delle fattispecie incriminatrici risulterà ardua, per le difficoltà connesse all'accertamento sia del momento effettivo in cui l'aborto è avvenuto sia del dolo dell'agente rispetto a tale elemento costitutivo, cosicché la liberalizzazione "per termini" finisce per dilatarsi in pratica ben oltre il termine consentito.

[18] Quanto questa soluzione sia irragionevole lo fa rilevare M. ZANCHETTI, *La legge sull'interruzione della gravidanza. Commentario sistematico alla legge 22 maggio 1978, n. 194*, Padova 1992, p. 123, il quale osserva che essa presuppone una frattura nella continuità di sviluppo della vita prenatale, un momento prima della quale l'embrione possa essere considerato non degno di tutela.

[19] T. PADOVANI, *Procreazione (dir. pen.),* cit., p. 976.

termini[20]. Più precisamente, quella della legge è, in teoria, una regolamentazione secondo indicazioni legata a termini, nel senso che la disciplina delle modalità attraverso cui avviene il rilascio del documento necessario per interrompere la gravidanza è diversa a seconda che questo sia richiesto prima o dopo che siano trascorsi novanta giorni dall'inizio della gravidanza.

In realtà, la soluzione delle indicazioni non trova alcun riscontro per l'aborto che venga eseguito entro i primi novanta giorni. Ciò risulta evidente, se solo si pone mente al fatto che in tanto la soluzione delle indicazioni non deroga al suo intrinseco significato di tutela, almeno tendenziale, del concepito, in quanto sia effettivo l'accertamento in concreto dei presupposti di liceità fissati in astratto dal legislatore[21]. Se le indicazioni (assai ampie, peraltro, quelle previste dall'art. 4 della L. 194/78) non formano oggetto di un serio e indefettibile controllo, si potrà parlare, tutt'al più, soltanto di una versione "mascherata" della soluzione dei termini.

Due ordini di ragioni, infatti, hanno convinto autorevole dottrina[22] a giungere a conclusione analoga.

In primo luogo, la legge non stabilisce alcuna forma di accertamento vincolante da parte dell'organo cui la donna è tenuta a rivolgersi[23], limitandosi a stabilire all'art. 5 che il medico della struttura pubblica (consultorio o struttura socio-sanitaria) o il medico di fiducia interpellati, una volta garantiti i necessari accertamenti medico-sanitari ed esaminate con il consenso della donna le possibili soluzioni ai problemi socio-economico-familiari che la inducono a richiedere l'interruzione della gravidanza, rilasciano alla donna copia di un documento attestante la gravidanza nonché la richiesta di aborto e la invitano a soprassedere per sette giorni. Trascorsi i quali senza che abbia riveduto la sua posizione, la donna è abilitata ad abortire presso le sedi autorizzate. Se il medico, poi, riscontra gli estremi dell'urgenza dell'aborto, la presentazione del documento ottenuto dal medico può avvenire subito, in modo da consentire il più sollecito svolgimento dell'intervento.

---

[20] Così T. PADOVANI, *Liceità dell'aborto e legge penale*, cit., p. 118.

[21] E ciò vale a maggior ragione quando, come ha fatto il nostro legislatore, si prevede un sistema basato sull'accertamento *preventivo,* il quale presuppone l'individuazione di un organo dotato di un potere decisorio sull'effettiva sussistenza dei presupposti di liceità dell'aborto.

[22] Cfr. P. NUVOLONE, *La nuova disciplina dell'aborto nella legislazione penale*, in AA. VV., *Interrupcion voluntaria del embarazo*, cit., p. 23 ss.; T. PADOVANI, *op. loc. ult. cit*.

[23] T. PADOVANI, *Procreazione (dir. pen.)*, cit., p. 976.

Nulla dice la legge, dunque, circa la "consistenza" dell'accertamento e della valutazione da compiersi da parte del medico nel corso dell'incontro, che si potrebbe ottimisticamente definire di "dissuasione", con la donna. In sostanza, essa "non esclude che l'organo adito possa esercitare un sindacato più o meno pregnante sulle ragioni addotte dalla donna, ma non lo impone"[24]: ciò equivale a dire che non è richiesto al medico di far discendere dall'esito dell'incontro (almeno questo, invece, doveroso) un giudizio finale sulla sussistenza o meno delle circostanze dell'art. 4, cui subordinare il rilascio del documento necessario per abortire[25]. Egli non potrà fare altro, quando non riscontri l'urgenza dell'intervento[26], che mettere in atto la "moratoria" di sette giorni, la quale, come si è visto, non offre alcuna garanzia che la donna sia posta in condizioni di maggiore ed effettiva consapevolezza.

In secondo luogo, peraltro, la previsione delle circostanze legittimanti l'intervento abortivo è talmente generica ed imprecisata[27] che risulterebbe praticamente impossibile al medico accertarne l'effettiva sussistenza[28]. Come potrebbe, per esempio, il medico di fiducia o lo stesso medico del consultorio apprezzare le situazioni economiche o sociali

---

[24] Così T. PADOVANI, *Liceità dell'aborto e legge penale,* cit., p. 119.

[25] Sugli argomenti a sostegno della contraria interpretazione dell'art. 5, secondo cui il sanitario ha il diritto di rifiutare il documento richiesto quando valuti l'insussistenza delle circostanze di cui all'art. 4, si veda M. ZANCHETTI, *La legge sull'interruzione della gravidanza*, cit., p. 145 ss.

[26] Tutt'al più si può ritenere che quando il medico debba certificare l'urgenza dell'intervento abortivo non possa limitarsi a recepire passivamente l'allegazione della donna circa la sussistenza di una delle circostanza indicate dall'art. 4, ma debba invece verificarne la fondatezza. A conforto di tale posizione, si può effettivamente rilevare che il certificato d'urgenza, a differenza del documento ordinario, non è controfirmato dalla donna, che dunque non si assume la responsabilità esclusiva della richiesta, e che tale certificato viene conservato in originale dal medico: si tratta, quindi, di un certificato in senso proprio, del cui contenuto il medico si assume la responsabilità. Resta chiaro, però, che l'urgenza debba essere costituita da circostanze, fra quelle previste dall'art. 4, che siano accertabili in via medica. In questo senso T. PADOVANI, *Procreazione*, cit., p. 977.

[27] «*…circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito…*».

[28] Esemplari in questo senso le parole di T. PADOVANI (*Liceità dell'aborto e legge penale*, cit., p. 118): «*La praticabilità sostanziale di un accertamento preventivo è infatti direttamente proporzionale alla determinatezza dei criteri di valutazione ed alla loro natura: massima nell'ipotesi che la legge si riferisca a situazioni definite, la cui sussistenza possa essere riscontrata con procedimenti tecnico-scientifici, essa si riduce al minimo grado quando si tratti invece di valutare situazioni d'ordine economico e sociale, o a sfondo psicologico in base a canoni necessariamente indeterminati. In tal caso, è la stessa congruità della soluzione "delle indicazioni" ad apparire dubbia. La pretesa di ottenere un accertamento su situazioni che, una volta considerate rilevanti, si sottraggono però a riscontri obiettivi e friniscono col risultare implicite nella stessa richiesta di abortire, rischia semplicemente di occultare una scelta in favore della liberalizzazione*». Anche P. NUVOLONE - A. LANZI, *Gravidanza (interruzione della)*, in *Dig. pen.*, VI, 1993, p. 30, evidenziano che, nel caso in cui siano allegate circostanze relative all'aspetto psichico, «*il giudizio di serio pericolo diventi estremamente soggettivo e sia praticamente incontrollabile*».

allegate dalla donna e valutarne appieno l'effettiva futura incidenza sulla sua salute nell'eventualità che proseguisse la gravidanza?

E ancora: se pure fosse in grado di fare ciò, il medico non potrebbe, stando alla lettera della legge, rifiutare il rilascio del documento (lo potrebbe legittimamente fare, invece, se la donna non allegasse alcuna delle circostanze previste dall'art. 4). Ma se anche egli volesse esercitare un potere di tal genere, chi potrebbe impedire alla donna di rivolgersi ad un medico diverso, onde ottenere da lui il documento che le è stato precedentemente negato?

Non può non concordarsi, allora, con chi ritiene che al centro del sistema delineato dalla legge n. 194/78 "come linea di demarcazione tra la liceità e illiceità, vi è la volontà della donna"[29]. Lungi dal dare luogo ad una etero-determinazione delle circostanze legittimanti l'aborto, gli artt. 4 e 5 non sfuggono alla fondata impressione che sanciscano, invece, la pratica affermazione del diritto della donna all'autodeterminazione[30]. Prevedendo una serie di adempimenti meramente formali da assolvere nel contesto della procedura amministrativa per l'interruzione della gravidanza[31], essi lasciano, in sostanza, la tutela del concepito alla decisione della madre.

5. (segue): b) il diritto della donna all'autodeterminazione

[29] Così P. NUVOLONE, *La nuova disciplina dell'aborto,* cit., p. 25. Questa è, in sostanza, anche la posizione, invero espressa con toni meno preoccupati, di taluni dei commentatori tendenzialmente favorevoli alla legge. Si veda, per esempio, C.F. GROSSO, *L'interruzione volontaria della gravidanza*, in AA. VV., *Interrupcion voluntaria del embarazo*, cit., pp. 45 e ss., il quale ammette che la legge "dà comunque, per quanto concerne l'interruzione volontaria della gravidanza entro i primi novanta giorni dal concepimento, un rilievo decisivo alla decisione della donna" e che il compito del medico "sembra esaurirsi ... in una mera attività notarile". Meno condivisibile, invece, il giudizio di corrispondenza di tale interpretazione della legge al suo significato politico, per avere la legge individuato il soggetto della decisione nella madre, conformemente alla tesi dei movimenti femministi e radicali.

[30] Afferma perentoriamente M. ROMANO, *Legislazione penale e tutela della persona umana (contributo alla revisione del titolo XII del codice penale)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1989, p. 70, che «*nei primi novanta giorni della gravidanza l'embrione o il feto non ha alcuna reale protezione nei confronti di decisioni materne*».

[31] «*Posto che l'intervento può essere praticato sia che si riscontri sia che non si riscontri l'esistenza di condizioni tali da rendere urgente l'intervento stesso, è chiaro che si resta su di un piano meramente formale di adempimenti: in ultima analisi, è sempre la volontà della donna a prevalere*». Così P. NUVOLONE, *La nuova disciplina dell'aborto*, cit., p. 29. La conclusione dell'A. è che «*nel complesso, si può dire che l'interruzione della gravidanza entro i primi novanta giorni è liberalizzata; quella dopo i primi novanta giorni è regolamentata giuridicamente, o legalizzata*».

Se così è, risulta difficile sottrarsi alla convinzione che, in realtà, l'art. 18, comma 1 della legge n. 194/78 (ora art. 593 *ter*, comma 1 c.p.) tutela, non la vita del concepito, quanto piuttosto quello che è stato definito "l'interesse della donna alla maternità"[32].

Tanto è vero che esso punisce assai più rigorosamente l'interruzione della gravidanza senza il consenso della donna (da quattro ad otto anni) di quanto l'art. 19 punisca l'interruzione della gravidanza senza l'osservanza delle modalità previste dagli artt. 5 e ss. (sino a tre anni).

Delle due l'una.

O la legge vuole tutelare realmente la vita del concepito e allora non v'è motivo di giustificare una così sensibile diversità sanzionatoria quando egualmente non ricorrano le circostanze legittimanti ex art. 4: a meno, appunto, di non voler attribuire rilievo tanto decisivo al consenso della donna, sì da legittimare il sospetto che sia questo il bene che assume rilievo preponderante rispetto alla vita del concepito.

Oppure la legge non tutela la vita del concepito ovvero la tutela in modo marginale, sicché non sbaglia chi ritiene che l'art. 19 garantisca semplicemente l'interesse di tipo burocratico del rispetto delle modalità di legge[33]: logica conseguenza di tale assunto sarebbe, perciò, che l'art. 18 comma 1 tutela l'interesse della donna.

In realtà, la legge, almeno nei primi tre mesi di gravidanza, non mira a proteggere la vita del concepito e, di fatto, ne determina solo una tutela "riflessa", mera conseguenza della più ampia tutela accordata alla volontà della donna.

Diversamente, si dovrebbe ritenere che la legge introduca nel nostro ordinamento il principio di disponibilità della vita altrui, che non vale nemmeno per la vita propria, se solo si considera che il nostro codice penale punisce (ancora) l'omicidio del consenziente(art.579) e l'istigazione al suicidio (art.580)[34], prevedendo l'incriminabilità

---

[32] T. PADOVANI, *Procreazione,* cit., p. 984.

[33] Cfr. P. NUVOLONE, *La nuova disciplina dell'aborto*, cit., p. 33. L'A. sostiene che la soluzione al problema di stabilire se la legge abbia inteso riferirsi al semplice adempimento delle formalità previste dagli artt. 5 e ss. oppure esigere che il magistrato penale verifichi l'esistenza dei presupposti sostanziali deriva dallo stesso art. 19. In esso si distingue un aspetto formale ed un aspetto sostanziale. In talune delle ipotesi ivi previste, infatti, si punisce l'aborto cagionato «*senza l'osservanza delle modalità*» (appunto al 1° comma con riferimento alle modalità degli artt. 5 o 8: in questi casi si richiede in sede penale un semplice controllo di carattere formale, mirante ad accertare l'esistenza di una documentazione attestante il compimento delle procedure prescritte. In altre ipotesi, invece, si punisce l'aborto cagionato «*senza l'accertamento medico dei casi previsti dalle lettere a) e b) dell'art. 6 (co. 3)*» o «*fuori dei casi e senza l'osservanza delle modalità*» (al 5° comma con riferimento agli artt. 12 e 13): in questi casi, la legge esige che il magistrato stabilisca se, dal punto di vista sostanziale, ricorrevano i presupposti di una legittima interruzione della gravidanza.

[34] Si veda ora, tuttavia, l'ordinanza 24 ottobre-16 novembre 2018 n. 207 delle Corte costituzionale (se ne può leggere il testo in *Guida dir*., nn. 49-50 del 2018, pp. 16 e ss.), che, pronunciandosi sulla questione di

non solo di chi determini altri al suicidio ma anche di chi si limiti a rafforzare l'altrui proposito già esistente o ad agevolare l'esecuzione del suicidio già deciso da altri, mentre non punisce il tentativo di suicidio soltanto per ragioni di politica criminale.

Assumendo, infatti, come premessa che sia sufficiente per abortire nei primi tre mesi di gravidanza la richiesta della donna, associata alla prospettazione non verificabile di una delle condizioni dell'art. 4, si dovrebbe concludere, se si ritenesse che l'art. 18, comma 1 tenda alla tutela della vita del concepito nel caso di aborto senza il consenso della donna, che la volontà di una persona (in questo caso, la madre) valga più nel caso in cui abbia ad oggetto la vita di un terzo che non la vita propria.

Se invece si reputa, come emerge dal complessivo impianto della legge n. 194/78, che l'art. 18, comma 1, in essa originariamente inserito, tuteli l'interesse della donna, se ne deve far derivare che la legge attribuisce alla vita del concepito un marginale valore.

Questo discutibile approdo è la conseguenza di un difetto genetico della legge, e cioè del pregiudiziale discostamento dai principi costituzionali di riferimento di una regolamentazione dell'aborto nel nostro ordinamento, che erano stati indicati al legislatore dalla nota sentenza n. 27 del 18 febbraio 1975[35] con cui la Corte costituzionale dichiarò la illegittimità costituzionale dell'allora vigente art. 546 c.p.

Non è azzardato affermare che la legge n. 194/78 ha determinato un capovolgimento della prospettiva assunta in quella sentenza, la quale, muovendo dal riconoscimento del valore del concepito, concludeva, però, in maniera discutibile che ad esso non potesse essere assicurata una prevalenza totale ed assoluta sugli altri beni di livello costituzionale con i quali entrasse eventualmente in conflitto[36].

---

legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. sollevata dalla Corte di Assise di Milano con ordinanza del 14.2.2018 nel procedimento penale a carico di Marco Cappato, ha sostanzialmente sollecitato un intervento del Parlamento di legalizzazione, a talune condizioni, del suicidio assistito, rinviando di quasi un anno il proprio giudizio in corso e sospendendo il giudizio *a quo*.

[35] Corte costituzionale 18 febbraio 1975, n. 27, in *Giur. cost.* 1975, pp. 117 e ss.

[36] Il presupposto di tale affermazione della Corte, invero, era e resta criticabile, se solo si considera che i giudici, da un lato, attribuivano alla tutela del concepito un solido fondamento costituzionale (art. 31 Cost.) da cui facevano discendere l'applicabilità della garanzia *ex* art. 2 Cost. dei diritti inviolabili dell'uomo, "fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito", e, dall'altro, degradavano il "diritto alla vita" del concepito, chiaramente desumibile dalla premessa, affermando lapidariamente che "non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita, ma anche alla salute proprio di chi è già persona come la madre e la salvaguardia dell'embrione che persona ancora deve diventare". Non peccò certo di irriverenza chi, all'indomani della sentenza, ebbe a considerare che "a tal punto il ragionamento della Corte non si capisce più" (così R. D'ALESSIO, *L'aborto nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.* 1975, p. 540). Ma tant'è: i commentatori della sentenza, prima, e della successiva legge, poi, hanno già avuto modo di stigmatizzare la confusione degli ordini argomentativi

Pur nella sua contraddittorietà, tuttavia, la sentenza n. 27/75 aveva fissato i "paletti" minimi entro i quali realizzare per legge la tutela della "condizione della donna gestante".

In primo luogo, la Corte aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 546 c.p. «*nella parte in cui non prevede che la gravidanza possa venire interrotta quando l'ulteriore gestazione implichi danno o pericolo grave, medicalmente accertato (...) e non altrimenti evitabile per la salute della madre, anche se non ricorrono tutti gli estremi dello stato di necessità previsto dall'art. 54 c.p.*». Con quest'ultima affermazione, i giudici intendevano riferirsi al fatto che tale causa di giustificazione «*esige non soltanto la gravità e l'assoluta inevitabilità del danno o del pericolo, ma anche la sua attualità, mentre il danno o il pericolo conseguente al protrarsi di una gravidanza può essere previsto, ma non è sempre immediato*».

In secondo luogo, la Corte, pur avendo aperto la strada alla legalizzazione dell'aborto, non aveva esitato a sottolineare l'obbligo del legislatore di «*predisporre le cautele necessarie per impedire che l'aborto venga procurato senza seri accertamenti sulla realtà e gravità del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre dal proseguire della gestazione: e perciò la liceità dell'aborto deve essere ancorata ad una previa valutazione della sussistenza delle condizioni atte a giustificarla*».

Invece, le scelte del legislatore del 1978 divergono considerevolmente da questa linea tracciata dalla Corte costituzionale.

Quanto alle modalità con cui la legge n. 194/78 ha realizzato l'indicata estensione degli estremi dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p. – troppo angusti nel ragionamento della Corte per poter trovare applicazione nel caso dell'aborto – l'art. 4 richiede innanzitutto che ricorra un pericolo "serio" per la salute della donna in relazione all'interruzione volontaria della gravidanza entro i primi novanta giorni. Ma il pericolo "serio" è altro dal pericolo di un "danno grave" che integra la scriminante dello stato di necessità e che peraltro era letteralmente richiamato anche dalla sentenza n. 27/75. Esso è certamente indice di un grado di pericolosità inferiore[37], come dimostra il fatto che, per

seguiti dalla Corte e in questa sede ci si può limitare a rimandare a quegli autorevoli e ormai sedimentati rilievi. Si vedano, tra gli altri, C. CHIOLA, *Incertezze sul parametro costituzionale per l'aborto*, in *Giur. cost.* 1975, p. 1098 ss.; S. BARTOLE, *Scelte di valore più o meno implicite in una laconica sentenza sull'aborto*, in *Giur. cost.* 1975, p. 2099 ss.; A. CRESPI, *L'aborto vivo vitale negli auspici della Corte costituzionale,* in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1975, p. 566 ss.; M. BOSCARELLI, *Corte costituzionale e liberalizzazione dell'aborto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1975, p. 569 ss.

[37] Cfr. M. ZANCHETTI, *La legge sull'interruzione della gravidanza*, cit., p. 133.

l'interruzione della gravidanza dopo i primi novanta giorni, l'art. 6, richiedendo un "grave" pericolo, fa esplicito riferimento a processi patologici in atto che devono formare oggetto di un rigoroso accertamento medico. L'art. 4, invece, manca di un riferimento analogo[38].

Ulteriore motivo di divergenza della legge n. 194/78 dalle indicazioni della Consulta è il fatto che essa mai menzioni il requisito del pericolo di non essere «*altrimenti evitabile*». E d'altra parte, sarebbe assai difficile verificare in concreto la sussistenza di tale requisito (così come quello della serietà o gravità), se è vero che, come prima si argomentava, per l'aborto da compiersi nei primi novanta giorni il presupposto necessario e sufficiente è la semplice richiesta della donna.

Ed è proprio tale circostanza che integra la previsione di maggiore infedeltà rispetto alla sentenza della Corte e, di conseguenza, ai principi della Costituzione che ad essa erano sottesi. La parte pregnante delle "raccomandazioni" della Corte al legislatore è rimasta inattuata: nella legge n. 194/78 v'è vaghissima traccia delle "cautele necessarie per impedire che l'aborto venga procurato senza seri accertamenti sulla realtà e gravità del danno o pericolo" e soprattutto non è specificata la natura della "previa valutazione delle condizioni" che giustificano l'aborto: basti solo pensare, come prima si ricordava, che la legge si riferisce anche alla salute psichica della madre, il pericolo per la quale è posto in relazione a condizioni o circostanze del tutto insuscettibili di seri accertamenti, medici e non.

Tanto considerato, non si è lontani dal vero se si afferma che il legislatore ha ampiamente travalicato i limiti tracciati dalla Corte costituzionale, dando vita ad un'estensione della scriminante dell'art. 54 c.p. ben maggiore di quella prospettata dai giudici della Consulta. Il meccanismo delineato dagli artt. 4 e 5 della legge 194 per l'interruzione della gravidanza entro i primi novanta giorni, insomma, si fonda, da un lato, sull'ingiustificato abbassamento della soglia di liceità dell'aborto e non offre, dall'altro, alcuna garanzia di accertamento in concreto di quei requisiti, già minimi, che dovrebbero legittimare il ricorso all'aborto[39].

---

[38] Ritiene P. NUVOLONE, *La nuova disciplina dell'aborto*, cit., p. 27, che l'aggettivo "serio" deve intendersi comunque riferito all'oggetto del pericolo, altrimenti si finirebbe per ritenere che anche il rilevante pericolo di una lievissima malattia legittimi la soppressione della vita del nascituro.

[39] Sulla perdurante difficoltà dei giudici di merito di sottoporre in questi anni alla Corte costituzionale le questioni di legittimità costituzionale relative agli artt. 4 e 5 della L. 194/78, si veda diffusamente C. CASINI, *Verso il riconoscimento della soggettività giuridica del concepito?*, in *Foro it*. 1997, p. 298 ss.

Non può non concludersi, dunque, nel senso che la L. 194/78 si presenta pesantemente deficitaria proprio nella parte in cui dà così largo ingresso al diritto della donna all'autodeterminazione, affidando sostanzialmente la tutela del feto a meccanismi di autoresponsabilizzazione della gestante[40], nel cui foro interno si compie in ultima istanza l'operazione di bilanciamento tra i contrapposti interessi in gioco[41].

Non v'è dubbio che tale soluzione è il risultato di un'operazione di arbitraria reinterpretazione delle norme costituzionali, gli artt. 31 e 32, cui faceva riferimento la Corte nella sentenza richiamata per censurare il previgente art. 546 c.p. nella parte in cui prevedeva la punibilità dell'aborto nel caso di pericolo di compromissione della salute della donna.

A voler tacere delle problematiche costituzionali collegate all'estensione dell'art. 2 Cost. e al concetto di "persona umana", basti già sottolineare che la legge n. 194/78 sembra fondarsi su un malinteso significato della "protezione della maternità" *ex* art. 31 Cost. e su una conseguente scorretta valutazione dei beni protetti in contrasto (fra i quali, la salute della donna alla luce dell'art. 32 Cost.).

Protezione della maternità è protezione della madre e, al tempo stesso, del feto. Non esiste, infatti, maternità senza feto e, pertanto, protezione della maternità non può significare mera protezione della donna in quanto potenzialmente gestante[42]: non ha fondamento l'affermazione secondo cui nella protezione della maternità viene innanzitutto in rilievo la madre[43].

E, invece, nella legge 194/78 la protezione della maternità si trasforma in tutela della madre, per divenire protezione della salute della donna in quanto individuo, con la conseguenza che il bene feto, indubbiamente tutelato nella stessa previsione dell'art. 31 Cost., viene sacrificato di fronte alla salute della donna. Insomma, "protezione della maternità" si intende come "protezione della donna *dalla* maternità"[44].

---

[40] T. PADOVANI, *Procreazione*, cit., p. 992.

[41] Rileva G. SPAGNOLO, *Studio sull'interruzione della gravidanza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1993, p. 1273, che «*in realtà il richiamo al serio pericolo, formale atto di ossequio alla sentenza della Corte costituzionale, ha in sostanza un valore simbolico e di orientamento culturale: affidando la valutazione della situazione di pericolo alla stessa interessata, la legge infatti lascia la donna arbitra di decidere*».

[42] Cfr. G. MORELLI, *Ordinamento positivo, Pubblica opinione, Corte costituzionale (A proposito di alcune sentenze in materia di aborto)*, in *Iustitia* 1977, p. 409 ss.

[43] Così, per esempio, S. BARTOLE, *Scelte di valore più o meno implicite*, cit., p. 2114.

[44] Solo così, peraltro, si spiega perché nel sistema delineato dalla legge n. 194 non riveste alcuna rilevanza la volontà del padre del concepito, il quale può tutt'al più essere ascoltato, ai sensi dell'art. 5, in sede di discussione preliminare quando la richiesta sia motivata dall'incidenza delle condizioni economiche o

6. L'aborto preterintenzionale tra decriminalizzazione ed inasprimento sanzionatorio

Il ragionamento sin qui svolto non consente, per vero, di escludere una "terza via" nell'opera di ricostruzione del bene tutelato dalla fattispecie dolosa.

Si tratta di ciò che potrebbe definirsi una posizione intermedia rispetto a quelle illustrate in precedenza, la quale è incline ad affermare la plurioffensività del reato di interruzione della gravidanza senza il consenso della donna: oggetto della tutela, infatti, sarebbero al contempo la vita del concepito ed il diritto della donna alla maternità.

Si dice, infatti, che l'intera legge n. 194/78 concentrerebbe contestualmente l'attenzione sugli interessi della madre e sugli interessi del concepito, atteso che sin dall'art. 1 *il valore sociale della maternità* viene accostato *alla tutela della vita dal suo inizio*. L'enunciato di esordio mostrerebbe l'intento di porre su uno stesso piano gli interessi dei due soggetti principali coinvolti nell'interruzione della gravidanza. A tal fine, la legge prevederebbe norme che si preoccupano di tutelare, gli uni accanto agli altri, tanto gli interessi della madre che quelli del concepito: fra queste, rientrano anche norme penali come l'art. 18 comma 1.

Un serio argomento a sostegno di questa posizione è quello secondo cui, a ritenere che la norma in questione non annetta alcun valore al feto, si dovrebbe concludere che l'incriminazione dell'aborto su donna non consenziente non assuma alcuna consistenza offensiva autonoma: ragione per cui, esso dovrebbe in realtà stemperarsi in una violenza privata eventualmente accompagnata da lesioni volontarie, in quanto lesivo soltanto della libertà morale della donna[45].

A ben vedere, una simile conclusione non è del tutto incompatibile con ciò che si sosteneva nei paragrafi precedenti, a patto, però, di riconoscere che in realtà la tutela che deriva dall'art. 18 comma 1 alla vita del nascituro è solo una tutela "riflessa". La pretesa plurioffensività sarebbe del tutto squilibrata, a completo vantaggio di uno dei due beni presi in considerazione.

---

familiari sulla salute della gestante e sempre che - circostanza, questa, che davvero conferma la tesi riportata nel testo - la donna lo consenta.

[45] T. PADOVANI, *Procreazione*, cit., p. 991, il quale conclude che, in questa prospettiva, anche la punizione a titolo autonomo dell'aborto colposo risulterebbe priva di giustificazione, in quanto si tratterebbe soltanto di una forma di lesioni personali.

Non può revocarsi in dubbio, cioè, che, se è vero che il bene-concepito, almeno nei primi novanta giorni di gravidanza, riemerge solo se non v'è una contraria volontà della madre, è proprio tale volontà che *in primis* riceve tutela, facendone partecipare indirettamente anche il nascituro. Il fatto di cui all'art. 18 comma 1 avrebbe, quindi, una plurioffensività da definirsi almeno "imperfetta".

Ad ogni modo, il reale problema che si pone a questo punto è quello di stabilire quale influenza sortiscano le possibili soluzioni proposte in ordine al bene protetto dall'art. 18 comma 1 sulla corretta ricostruzione della fattispecie dell'aborto preterintenzionale.

Come detto, il comma 2 dell'art. 18 L. 194/78 ha introdotto questa particolare ipotesi di delitto preterintenzionale, costituito dal fatto di chi cagiona l'interruzione della gravidanza "con azioni dirette a provocare lesioni alla donna". La struttura del reato, perciò, si presenta assai simile a quella dell'omicidio preterintenzionale, se si eccettuano l'uso improprio da parte del legislatore del termine "azioni" in luogo di quello, che è stato ritenuto più corretto[46], di "atti", nonché l'omessa previsione della rilevanza delle azioni dirette a commettere il reato di percosse oltre che di lesioni[47].

L'art. 18 comma 2, in sostanza, ha sostituito l'abrogato art. 583 comma 2 n. 5 c.p.[48], il quale configurava "l'aborto della persona offesa" quale circostanza aggravante del reato di lesioni volontarie: in particolare, la lesione doveva considerarsi gravissima, e dunque punibile con la pena della reclusione da sei a dodici anni, se dal fatto fosse derivato l'aborto.

Ebbene, questo rilievo è tale da indurre ulteriore "sconcerto" nell'interprete, in quanto costituisce la conferma di quel contraddittorio disegno del legislatore del '78 cui si faceva riferimento in principio, che, da un lato, decriminalizza, pur a determinate condizioni, l'aborto, e, dall'altro, ne inasprisce però talune conseguenze sanzionatorie. La previsione dell'aborto preterintenzionale, come inscritto nel sistema delineato dalla legge n. 194/78, attiene proprio alla seconda delle contrastanti tendenze.

Certo, è vero che ne è derivato un abbassamento, nemmeno lieve, dei limiti edittali di pena (mentre l'abrogato art. 583 comma 2 n. 5 c.p. prevedeva la reclusione da sei a dodici anni, l'art. 18, comma 2 L. n. 194/78 ha previsto la reclusione da quattro ad otto anni).

---

[46] Così T. PADOVANI, *Procreazione*, cit., p. 985.
[47] Cfr. P. NUVOLONE, *La nuova disciplina dell'aborto*, cit., p. 35; C.F. GROSSO, *L'interruzione volontaria della gravidanza*, cit., p. 51.
[48] M. ZANCHETTA, *La legge sull'interruzione della gravidanza*, cit., p. 353.

Ma è vero pure che, nel complesso, il regime sanzionatorio ne è paradossalmente risultato aggravato. Ciò apparirà palese se solo si considerino taluni aspetti innovativi della disciplina risultante dalla legge n. 194/78.

Innanzitutto, nella formulazione dell'art. 583 c.p. l'aborto veniva configurato come conseguenza di una lesione personale nei confronti della donna, e dunque come circostanza attinente al momento perfezionativo del reato – l'evento delle lesioni – come tale compatibile soltanto con la compiuta realizzazione dell'illecito penale e non anche con il tentativo.

Viceversa, nella disciplina prevista dalla legge n. 194/78 il reato di aborto preterintenzionale rimane integrato quando il fatto sia conseguenza di azioni dirette a provocare lesioni alla donna. Tali azioni devono essere dirette in modo non equivoco a realizzare il delitto di lesioni, ma non è invece necessario che esse siano anche idonee ai sensi dell'art. 56 c.p. Ciò significa che il reato può sussistere non solo quando non siano state realizzate le lesioni, ma anche laddove le azioni poste in essere dall'agente non integrino nemmeno il tentativo[49].

In secondo luogo, la disposizione di cui all'art. 583 comma 2 n. 5 c.p. configurava l'aborto della persona offesa quale circostanza aggravante del reato di lesioni personali, mentre il più volte citato art. 18, comma 2 ha previsto l'interruzione della gravidanza quale reato autonomo[50], che ricorre, come ricordato, indipendentemente dal verificarsi delle lesioni.

Tale mutata configurazione comporta conseguenze di ordine pratico assai rilevanti. Se l'aborto, infatti, non è più una semplice circostanza del reato di lesioni, esso non potrà formare oggetto di un eventuale giudizio di bilanciamento *ex* art. 69 c.p. nel caso di concorso eterogeneo di circostanze in relazione ad un medesimo fatto di reato. E poiché non è infrequente nella prassi giudiziaria che, all'esito del complessivo giudizio richiesto dal codice sulla personalità del reo e sulla gravità del reato, i giudici si determinino, soprattutto in virtù di un'applicazione talvolta benevola delle attenuanti generiche *ex* art. 62 *bis* c.p., verso un giudizio almeno di equivalenza tra le circostanze eterogenee, ciò avrebbe comportato in concreto, sotto la vigenza dell'abrogato art. 583 comma 2 n. 5 c.p.,

[49] Cass. Sez. VI, n. 10699 del 15 novembre 1985, in *Mass. dec. pen.* 1985, p. 1237. La sentenza statuisce che, ad integrare il reato di cui all'art. 18 co. 2 legge 22 maggio 1978 n. 194 «*è sufficiente che l'interruzione della gravidanza sia realizzata con azioni dirette a provocare lesioni alla donna anche se tali azioni, nel loro concreto svolgimento, non abbiano realizzato il reato di lesioni, nemmeno nella forma del tentativo*».
[50] Cfr. Cass. Sez. VI, n. 10699 del 15 novembre 1985, già citata alla nota precedente.

il possibile ritorno finanche alla fattispecie delle lesioni personali lievi *ex* art. 582 c.p.: con la conseguenza che avrebbe trovato applicazione una pena detentiva – la reclusione da tre mesi a tre anni – assai più lieve di quella attualmente prevista dall'art. 593 *ter*, comma 2 c.p. anche (almeno nel minimo della pena) se si riconoscesse in concreto per quest'ultimo reato il massimo della diminuzione di pena consentita dal codice nel caso di concorso di circostanze attenuanti.

7. L'individuazione del bene tutelato: incongruenze tra aborto doloso ed aborto preterintenzionale

Nel sistema di reati e pene contemplato dalla legge n. 194/78 al fine di adeguare la pretesa punitiva dello Stato alla mutata disciplina dell'interruzione della gravidanza, dunque, l'aborto preterintenzionale si inserisce come una vistosa contraddizione rispetto alla tendenza di complessivo indebolimento della tutela della vita del nascituro.

Proprio questa considerazione induce a proseguire attraverso la successiva tappa dell'indagine che ci proponevamo: si tratta, cioè, di verificare se il bene protetto dal delitto preterintenzionale coincida o meno con quello o quelli a cui presidio è prevista la corrispondente fattispecie dolosa.

A tale verifica deve fare da necessaria premessa l'assunto che l'incriminazione del fatto preterintenzionale viene utilizzata dal legislatore per attuare una più efficace tutela di beni e interessi ritenuti di particolare rilevanza. Si consideri, per esempio, la fattispecie di omicidio preterintenzionale: la Relazione al progetto definitivo del codice Rocco ne giustificava la previsione con la necessità di apprestare «*una più vigorosa tutela in tema di delitti di sangue*»[51]. Ed anche considerando la posizione dottrinale di chi ritiene di individuare, oltre all'omicidio preterintenzionale, ulteriori figure criminose riconducibili alla categoria del delitto preterintenzionale, si dovrà rilevare che si tratta pur sempre di fattispecie che si segnalano per la specifica rilevanza del bene offeso[52].

---

[51] *Relazione ministeriale al progetto definitivo del codice penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale,* V, parte II, Roma, 1929, p. 384.

[52] Si veda, per esempio, l'orientamento di V. PATALANO, *Preterintenzione*, cit., p. 357, il quale ritiene che possono considerarsi preterintenzionali quei delitti nei quali ad un dolo di danno e ad una condotta volta a realizzarlo corrisponde invece un evento di pericolo: per esempio, quelle ipotesi di danneggiamento cui segue un evento di pericolo, cioè la probabilità del verificarsi di un risultato dannoso più grave di quello voluto dall'agente (artt. 424, 427, 429, 431 c.p.). In questi casi l'azione del colpevole non si limita al danneggiamento, ad esempio di una diga (art. 427 c.p.) o d una nave (art. 429 c.p.), ma determina il pericolo del verificarsi di un evento molto più grave che, seppure prevedibile considerate le modalità del fatto realizzato, tuttavia oltrepassa l'intenzione del colpevole che in tutte le ipotesi considerate, per espressa previsione della legge, deve agire al solo scopo di danneggiare.

Tutto ciò deve far concludere che la caratteristica peculiare del delitto preterintenzionale, sia che se ne limiti l'estensione – come sembra più corretto – ai soli reati previsti dall'art. 584 c.p. e dall'art. 593 *ter*, comma 2 c.p., sia che se ne ritenga la configurabilità anche in relazione ad altre figure delittuose contemplate dal codice penale, risiede indubbiamente nel particolare valore che il legislatore annette al bene offeso dal secondo evento più grave di quello voluto dall'agente.

Orbene, finora s'è ritenuto di accedere alla tesi secondo cui, sin dalla L. 194/78, l'art. 18, comma 1 – e cioè la corrispondente fattispecie dolosa dell'aborto preterintenzionale – ha avuto per oggetto l'interesse della donna alla maternità. La conseguenza che da tale tesi deriva è che il legislatore avrebbe previsto una specifica e penetrante forma di tutela, quale un nuovo delitto preterintenzionale, a difesa di questo tipo di interesse.

L'assunto non può che risultare discutibile, alla luce della premessa precedente. Come si ricordava, l'incriminazione del fatto preterintenzionale si giustifica soltanto con la eccezionale rilevanza del bene giuridico leso da un fatto che esprime un assai grave contenuto di disvalore. Questa è appunto la *ratio* di un'autonoma previsione di ipotesi che altrimenti non vi sarebbe necessità di fare oggetto di un'apposita regolamentazione, posto che, come si rilevava in apertura, se non fossero espressamente disciplinate non rimarrebbero comunque impunite.

Se questo è vero, deve convenirsi che non avrebbe alcuna giustificazione dal punto di vista sistematico la previsione di un delitto preterintenzionale al fine di salvaguardare il diritto della donna all'autodeterminazione, bene che di per sé non riveste i connotati di primaria importanza che giustificherebbero l'adozione di tale particolare tecnica di tutela penale.

Lo scarto che in tal modo dovrebbe registrarsi tra la *ratio* della criminalizzazione a titolo preterintenzionale di determinate condotte nel sistema delineato dal codice penale e la natura del bene giuridico preso in considerazione dalla fattispecie dell'aborto preterintenzionale sarebbe troppo ampio perché se ne possa spiegare il fondamento.

Anche la tesi della plurioffensività del reato di interruzione dolosa della gravidanza determinerebbe problemi, sia pure minori, di raccordo con le peculiarità proprie del delitto preterintenzionale. L'aborto preterintenzionale, infatti, non è certo un reato plurioffensivo, almeno non nel senso in cui tale espressione deve essere intesa con riguardo al delitto su donna non consenziente. La tutela che ne deriverebbe alla vita del

concepito dipenderebbe, cioè, dalla più ampia tutela che, come sostenuto in precedenza, il legislatore ha inteso accordare al diritto della donna all'autodeterminazione: con conseguenze non dissimili da quelle che prima si prospettavano in relazione all'ipotesi che assume come unico bene protetto la volontà della donna e, soprattutto, scarsamente compatibili con le motivazioni sottese alla scelta del legislatore di prevedere come autonoma forma di colpevolezza la preterintenzione, la cui già dubbia conformità al principio della responsabilità personale postulerebbe che le deviazioni siano giustificate dalla specifica rilevanza del bene protetto.

In realtà, l'unica ricostruzione del delitto di aborto preterintenzionale che sia veramente aderente all'orientamento seguito dal legislatore in tema di preterintenzione è quella che individua nella vita del concepito il bene che la norma vuole tutelare[53].

Solo la punizione di una condotta che si diriga all'aggressione del bene della vita, infatti, giustifica la previsione di un più severo trattamento sanzionatorio, quando da quella condotta derivino conseguenze più gravi di quelle volute dall'agente, e fonda la deroga attuata dal legislatore con la previsione dell'ipotesi preterintenzionale rispetto alle regole generali del nostro codice (si pensi, per esempio, all'art. 83 c.p.).

Se questa appare la soluzione più convincente e conforme ai principi generali, se ne deve ricavare, allora, che la fattispecie di aborto preterintenzionale è preordinata alla tutela di un bene diverso da quello cui invece fa riferimento la corrispondente fattispecie dolosa.

Una simile conclusione, peraltro, sarebbe in grado di spiegare la vistosa incongruenza che si presenta all'interno della legge n. 194/78, ora traslata nel codice penale, costituita dall'equiparazione di pena (e cioè la reclusione da quattro a otto anni) che il legislatore ha operato tra l'aborto doloso su donna non consenziente e l'aborto preterintenzionale. Si tratta di una previsione che da subito ha suscitato perplessità di ordine politico-criminale e costituzionale, derivanti dalla considerazione che il ben diverso peso della colpevolezza delle due ipotesi lascerebbe immotivata la coincidenza delle sanzioni[54].

Ebbene, sembra da ciò che risulti confermata la tesi secondo cui le norme in questione abbiano ad oggetto due beni diversi: l'art. 18 comma 1 tutelerebbe, se non esclusivamente

[53] In questo senso anche V. PATALANO, *Preterintenzione*, cit., p. 354, il quale osserva che nel caso dell'aborto preterintenzionale «*il legislatore dà rilevanza ad una condotta di aggressione fisica ... da cui deriva l'aborto, cioè la lesione di un bene che è necessariamente più ampio di quello dell'incolumità fisica tutelato dal delitto di lesioni*».
[54] T. PADOVANI, *Procreazione*, cit., p. 985.

almeno prevalentemente, il diritto della donna all'autodeterminazione, mentre l'art. 18 comma 2 tutelerebbe la vita del concepito. L'almeno apparentemente inspiegabile equiparazione di pena troverebbe giustificazione appunto nella ben diversa rilevanza dei beni che le due norme aspirano a proteggere.

8. Conformità dell'aborto preterintenzionale al principio di colpevolezza e necessità di una revisione del contraddittorio sistema delineato dalla legge 22 maggio 1978, n. 194

Le osservazioni sin qui sviluppate sul delitto di aborto preterintenzionale non devono indurre a pensare che si tratti di figura ormai anacronistica, anche in considerazione della ormai pluriennale prassi applicativa della legge n. 194/78 che sembra confermare la sostanziale declassificazione del bene protetto. In realtà, oggi più che non quaranta anni fa, il reato dell'art. 593 *ter*, comma 1 c.p. esplica la sua rilevanza, anche alla luce del fatto che si tratta del reato preterintenzionale che meglio resiste al rilievo secondo cui la categoria del delitto preterintenzionale integrerebbe una sostanziale deroga al principio di colpevolezza.

Come si ricordava, la preterintenzione è caratterizzata dal fatto che il contenuto dell'intenzionalità del soggetto si dirige verso un determinato risultato pur antigiuridico, ma non comprende l'evento più grave che si verifica in concreto. E tuttavia questo evento, sul piano causale, non può dirsi estraneo rispetto a quello che formava oggetto della volontà dell'agente. Chi, per esempio, cagiona la morte di un uomo verso il quale ha tenuto una condotta diretta a realizzare un'aggressione della sua incolumità fisica, non può dire di aver cagionato un evento del tutto anomalo rispetto alla condotta.

Dunque, nel delitto preterintenzionale, l'evento costitutivo si presenta come progressivamente più grave di quello che in concreto l'agente voleva perseguire, e rientra nell'iter causale, costituendo un momento ulteriore della linea evolutiva dell'evento meno grave[55].

Ciò non basta, però, a delimitare l'ambito di configurabilità del delitto preterintenzionale: occorre chiarire, invece, quale tipo di rapporto psicologico intercorra tra la condotta e l'evento, ovvero quale debba essere il contenuto della volontà dell'agente rispetto all'evento preterintenzionale, atteso che la preterintenzione si colloca nel disegno

[55] Cfr. V. PATALANO, *Preterintenzione*, cit., p. 352.

del codice in una posizione che è distinta sia dal dolo che dalla colpa e che non si può nemmeno ricondurre *tout court* alla responsabilità oggettiva.

Se è vero che la legge non dice altro del delitto preterintenzionale se non che l'evento verificatosi in concreto si pone "oltre" l'intenzione dell'agente, nel senso che supera in gravità quello da lui voluto, si può dire, però, che esso integri una situazione per molti versi analoga a quella che si produce nel delitto colposo. In effetti, in entrambe le ipotesi l'evento viene attribuito al soggetto in quanto, se pur non voluto, è la conseguenza di una condotta inadeguata.

Più precisamente, nel delitto preterintenzionale l'agente, in seguito ad un'attività illecita in quanto diretta a percuotere o a ledere, realizza un risultato antigiuridico più grave di quello effettivamente voluto, ma non completamente sganciato da quella attività. Il decorso causale che ha prodotto l'evento ulteriore appartiene all'agente, perché quell'evento si ricollega ad un'azione antigiuridica diretta all'aggressione di un bene giuridico e ne deriva come progressione del risultato perseguito: come tale, l'evento più grave era prevedibile ed era inoltre evitabile da parte dell'agente mediante un controllo più attento e consapevole del decorso causale.

Senza la prevedibilità, dunque, non v'è preterintenzione, il cui fondamento risiede proprio nella possibilità di imputare ad un soggetto il fatto di aver avuto la possibilità di prevedere un evento e di non aver tenuto una condotta diversa idonea ad evitarlo.

Se questo è vero, l'aborto preterintenzionale è allora la figura di delitto preterintenzionale maggiormente compatibile con i principi costituzionali di riferimento del diritto penale. Se, infatti, occorre la prevedibilità dell'evento più grave e quindi la possibilità per il soggetto di attivarsi per evitarlo, l'aborto conseguente alle azioni dirette a ledere una donna in stato di gravidanza è certamente più prevedibile dell'omicidio, posto che, perché sia prevedibile l'aborto, lo stato di gravidanza deve essere conosciuto o almeno conoscibile: in caso contrario, l'aborto non potrebbe essere imputabile all'agente, nemmeno a titolo di preterintenzione.

Ciò vuol dire che ancora maggiore cautela è richiesta all'aggressore di donna incinta di quella che ci si deve attendere da chi percuota o leda un'altra persona, nel senso che nella prima ipotesi già in partenza l'agente ha minore margine nel dirigere l'attività esecutiva in modo che da essa non derivi l'evento più grave di quello voluto, che la legge ha inteso sanzionare a titolo di preterintenzione.

Da questo punto di vista, anche l'esclusione delle percosse – e cioè di fatti o meglio di condotte dirette a porre in essere fatti provvisti di minimi connotati di pericolosità per la vita – è difficilmente giustificabile alla luce del fatto che le azioni dirette a commetterle sono invece rilevanti rispetto alla fattispecie prevista dall'art. 584 c.p. Non deve dubitarsi, invece, che proprio nell'aborto preterintenzionale, e ben più che nell'omicidio preterintenzionale, occorrerebbe la previsione della punibilità di tali azioni, a ragione della maggiore precarietà che caratterizza il bene protetto della vita del concepito.

La previsione dell'aborto preterintenzionale, dunque, bene si concilia con quella che sembra la struttura più corretta e conforme a Costituzione del delitto preterintenzionale, profilandosi anzi come la figura meno criticabile della categoria.

Il problema è, piuttosto, che la fattispecie dell'art. 593 *ter*, comma 2 c.p. (già art.18, comma 2 L. 194/78) si appalesa, per le ragioni che si esponevano in precedenza, come una contraddizione del sistema: e ciò, non tanto perché il reato di aborto preterintenzionale è in contrasto con il sistema, quanto perché il sistema è intrinsecamente contraddittorio.

L'elemento di contraddizione risiede nell'aver innestato su un disegno normativo che si apre con l'affermazione che "lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio" la previsione di un meccanismo – quello delineato dagli artt. 4 e 5 – che, anziché creare le condizioni per risolvere il conflitto presupposto tra gli interessi della madre e gli interessi del concepito, apre la strada nei primi novanta giorni di gravidanza alla liberalizzazione di fatto dell'aborto che capovolge l'iniziale affermazione di principio della legge.

Ne è derivato un sistema pieno di incongruenze, che reca «*le stigmate di contrasti solo faticosamente e talvolta approssimativamente compromessi*»[56]: in questa malcelata vocazione compromissoria della legge (o meglio dovrebbe dirsi del legislatore) rientra appunto la previsione del delitto di aborto preterintenzionale.

In realtà, se la legge n. 194/78, anziché perseguire una disorientante eterogenesi dei fini, avesse previsto in modo più stringente i casi in cui è possibile abortire nei primi novanta giorni di gravidanza, limitandoli, in ossequio alle indicazioni della sentenza n. 27/75 della Corte costituzionale (e dunque ai principi costituzionali), a quelli in cui

[56] Così T. PADOVANI, *Procreazione*, cit., p. 993.

effettivamente si realizzino le condizioni di uno stato di necessità "allargato", i reati previsti proteggerebbero effettivamente la vita del concepito (se non c'è unicamente il diritto della madre, riemerge, infatti, il diritto del concepito) e l'aborto preterintenzionale avrebbe una sua giustificazione sistematica.

Fermo restando, dunque, che il profilo sanzionatorio della legge sull'interruzione della gravidanza non può essere disgiunto dalla previsione del rafforzamento degli interventi diretti a porre la donna, attraverso meccanismi di sostegno, nella reale condizione di scegliere, l'assetto delineato dal legislatore tornerebbe lineare e si libererebbe dalle illustrate ambiguità se il legislatore operasse una revisione degli artt. 4 e 5 della legge n. 194/78[57] tale da eliminare quelle incongruenze che si è tentato fin qui di porre in luce.

Ed in tale mutato quadro, l'aborto preterintenzionale, che ora è solo la spia dell'imbarazzo del legislatore, riacquisterebbe per intero la sua ragione d'essere.

9. Il nuovo art. 593 ter c.p.: non cessa l'imbarazzo del legislatore

Se nello svolgimento del presente lavoro s'è continuato sovente a fare riferimento al previgente art. 18, comma 2 L. 194/178, ciò è dipeso dal fatto che, come si rilevava in apertura, il nuovo art. 593 *ter* c.p. ("Interruzione di gravidanza non consensuale") ne riproduce integralmente il testo, senza apportarvi alcuna modifica.

Sicché tutte le riserve che potevano formularsi in relazione alla previsione originaria, nel contesto del sistema delineato dalla legge n. 194/78, sono rimaste inalterate.

Tuttavia, alcune ulteriori e sintetiche osservazioni conclusive possono essere avanzate circa il recente intervento del legislatore, se non altro perché qualche limitato elemento di novità è comunque ravvisabile e vale a confermare, se non a rafforzare, il giudizio di incongruenza del sistema.

Si intende fare riferimento alla circostanza che le due nuove fattispecie di reato sono state sì comprese nel Titolo XII del Libro II del codice penale dedicato ai "Delitti contro la persona", ma in un capo di nuova formazione: il capo I *bis*, intitolato "Dei delitti contro

[57] Non è questa la sede per affrontare compiutamente la problematica delle possibili ipotesi di modifica della Legge n. 194/1978. Qui, si può fare richiamo, tra gli altri, ai contributi, per esempio, di L. EUSEBI, *La legge sull'aborto: problemi e prospettive (Le questioni aperte in materia costituzionale e l'evoluzione legislativa possibile, con un'analisi dei criteri etici di intervento sulle c.d. norme imperfette)*, in *Iustitia* 1996, p. 239 ss. (v. spec. pp. 285-292), e di C. CASINI, *Possibili cambiamenti della legge sull'aborto oggi in Italia*, in *Studia Bioethica*, vol. 1 n. 2, 2008, p. 121 ss.

la maternità" e collocato subito dopo il capo I intitolato "Dei delitti contro la vita e la incolumità individuale".

L'unica spiegazione della collocazione in blocco di tali fattispecie dopo i delitti contro la vita e l'incolumità personale, in un nuovo capo, la si rinviene, a scorrere i lavori preparatori, nella Relazione del 9 marzo 2017 della "Commissione di studio per l'elaborazione dello schema di decreto legislativo per un riordino della parte speciale del codice penale", istituita con decreto del 3 maggio 2016 dal Ministro della Giustizia proprio in attuazione della previsione di legge delega sul principio c.d. della tendenziale riserva di codice in materia penale contenuto nel disegno di legge delega approvato dalla Camera dei Deputati il 23 settembre 2015.

Nella parte dedicata alla spiegazione delle ragioni delle proposte di inserimento nel codice penale di fattispecie penali contenute nella legislazione complementare, la Commissione chiarisce che la soluzione di prevedere la sistemazione delle fattispecie di interruzione di gravidanza colposa e non consensuale in un nuovo capo ‹‹*sembra decisamente preferibile all'alternativa, consistente nello smembrare la disciplina in oggetto per collocare le disposizioni in diversi luoghi e, nello specifico, rispettivamente dopo le "ipotesi minori" di omicidio doloso (all'art 580-*bis *c.p.), dopo le fattispecie di omicidio colposo (art. 589-*quater *c.p.) e dopo l'omicidio preterintenzionale (art. 585-*bis *c.p.). La sistemazione dopo le fattispecie di omicidio, piuttosto che a seguire quelle di lesione, sarebbe infatti giustificata dalla considerazione che nella filosofia ispiratrice della legge 194, nei casi di non consensualità, l'interesse del nascituro, sottraendosi al bilanciamento con il bene "salute della madre", si "riespande", acquistando un valore assoluto. Tuttavia, premesso che anche la mera scelta di* sedes *sottende una presa di posizione sul piano dei valori tutelati, si teme che tale presa di posizione, in una materia delicata come quella bioetica, dia la stura a valutazioni critiche, e per questo è stata ritenuta recessiva*››[58].

Dunque, il legislatore è avvertito della incoerenza di un impianto normativo che fa dipendere la tutela del nascituro dalle determinazioni della madre (si "riespande" solo quando la donna non acconsenta all'aborto) e, tuttavia, si astiene dal fare scelte

[58] *Relazione della Commissione di studio per l'elaborazione dello schema di decreto legislativo per un riordino della parte speciale del codice penale*, Ministero della Giustizia – Ufficio Legislativo, Roma 9.3.2017, p. 28.

conseguenti «*sul piano dei valori tutelati*»[59] per evitare, in sostanza, di far emergere le contraddizioni. La conseguenza è che ancora nella Relazione illustrativa al Decreto sottoposta all'esame definitivo del Consiglio dei Ministri dell'8 febbraio 2018[60] si legge che l'operazione di trasferimento nel codice penale degli artt. 17 e 18 L. 194/78 è «*preordinata a rafforzare la salvaguardia di soggetti deboli, quando vi sia un'offesa alla donna, e in particolare alla sua integrità fisica e al suo progetto di maternità, nonché al nascituro*».

Come si vede, l'ambiguità del legislatore riaffiora palesemente: si ondeggia nella individuazione dei beni tutelati e infine si riconosce, anche dal punto di vista lessicale, che viene dapprima in considerazione il diritto della donna all'autodeterminazione, peraltro sotto la particolare specie del «*suo progetto di maternità*»[61], e poi quello del concepito, subordinato rispetto al primo.

Ne risulta confermato, allora, che il bene tutelato dalla fattispecie di aborto preterintenzionale non è lo stesso tutelato dalla corrispondente fattispecie dolosa dell'aborto non consensuale.

Ma il legislatore non s'è fatto carico della contraddizione e si è nuovamente sottratto al suo compito di prendere posizione, esimendosi programmaticamente dall'esprimere giudizi di valore sugli interessi in gioco[62].

Con il risultato di avere dato, una volta di più, copertura formale ad un meccanismo nel quale il bene della vita del nascituro rimane inevitabilmente sullo sfondo.

---

[59] Non da ora era stata invece auspicata una revisione del Titolo XII del codice penale nel senso di prevedere eventualmente una specifica tutela della vita prenatale: cfr. M. ROMANO, *Legislazione penale e tutela della persona umana*, cit., p. 66 ss.; M. ZANCHETTI, *La legge sull'interruzione della gravidanza*, cit., p. 4.

[60] Cfr. https://bit.ly/2QN3Psm.

[61] Si vedano, a proposito della "protezione della maternità", le considerazioni già espresse nel precedente paragrafo 5.

[62] Si possono richiamare, a tal proposito, le considerazioni di F. D'AGOSTINO, *La legge italiana sull'aborto: una valutazione etico-giuridica*, in *Iustitia* 1996, pp. 300-304, secondo cui la legge 194/78 ha preteso di gestire il problema dell'aborto in una logica di neutralità, benché il diritto non possa essere mai neutrale: e il destino di una legge che non prende posizione è quello di perdere la propria autentica specificità normativa, di non operare propriamente come una legge, ma come generica tecnica di azione sociale. L'A., in particolare, considera che l'aborto è rilevante come pratica sociale perché è un evento eminentemente relazionale con un rilievo pubblico (la decisione di abortire, cioè, va al di là della donna e del suo corpo e investe un'altra vita indubbiamente dotata di alterità rispetto alla identità della madre). E il diritto ha titolo ad intervenire in tema di aborto come pratica sociale perché ha in generale il dovere di intervenire ogni qual volta l'equilibrio relazionale venga turbato. Ma, per le ragioni che s'è tentato di esporre anche in questo lavoro, il processo che conduce alla scelta abortiva, come strutturato dalla legge, tende invece a diventare strettamente autoreferenziale (sicché la scelta stessa si configura come non relazionale).

Abstract

PAOLO VALIANTE, L'aborto preterintenzionale: una contraddizione del sistema

Il lavoro si propone di approfondire il reato di aborto preterintenzionale, unica ipotesi pacifica di preterintenzione nel nostro sistema accanto all'omicidio di cui all'art. 584 codice penale e peraltro prevista in una legge – la n. 194/1978 – che, in materia di aborto, segnava piuttosto il passaggio da una disciplina repressiva ad una scelta di decriminalizzazione. L'indagine ha tentato innanzitutto di individuare il bene tutelato nell'aborto preterintenzionale, risalendo al bene protetto dalla corrispondente fattispecie dolosa, che è quella del reato di aborto su donna non consenziente. Ora, la legge 194 lascia sostanzialmente alla madre la decisione, non sottoposta ad alcun controllo realmente vincolante, di ricorrere all'aborto. Ciò vuol dire che la previsione del delitto di aborto su donna non consenziente mira, in ultima analisi, a tutelare il diritto della donna all'autodeterminazione anziché il diritto alla vita del concepito. Viceversa, deve escludersi che il bene tutelato dal reato di aborto preterintenzionale possa farsi coincidere con il diritto della donna all'autodeterminazione: ciò contrasterebbe con la ratio della incriminazione del fatto preterintenzionale, che consiste nella predisposizione di una più efficace tutela di beni di eccezionale rilevanza. L'unica ricostruzione dell'aborto preterintenzionale realmente aderente a tale ratio è quella che individua il bene tutelato nella vita del concepito. Ciò significa, allora, che la fattispecie preterintenzionale è preordinata alla tutela di un bene diverso da quello a cui fa riferimento la fattispecie dolosa: e questo consentirebbe di spiegare anche l'anomala equiparazione di pena tra le due fattispecie. Tali incongruenze, però, non devono portare a svalutare il reato in questione, che è peraltro la figura di delitto preterintenzionale maggiormente conforme al principio di colpevolezza. La contraddizione dell'aborto preterintenzionale con il sistema, dunque, non si risolve neutralizzando il reato, ma rendendo il sistema meno contradditorio, con il ripensamento della procedura per l'interruzione della gravidanza e della sua concreta applicazione.

Parole chiave: aborto, preterintenzione, concepito, autodeterminazione, maternità.

PAOLO VALIANTE, Unintentional (beyond intention) abortion: a contradiction of the system

The work intends to go into the crime of unintentional abortion, the only self-evident hypothesis of praeter-intention in our system together with the murder of article 584 Italian criminal code and moreover predicted in a law - the n. 194/1978 - which, in the matter of abortion, marked rather the passage from a repressive discipline to a choice of decriminalization.The study first tried to pinpoint the protected good in the unintentional abortion, going back to the good protected by the corresponding intentional offense, that is the crime of abortion on a non-consenting woman. Now, the law number 194 essentially leaves to the mother the decision, not subjected to any really binding control, to resort to abortion. This means that the legal provision of the crime of abortion on non-consenting women aims, after all, to protect the woman's right to self-determination rather than the right to life of the conceived. The other way around, it must be excluded that the protected good by the crime of unintentional abortion can be made to coincide with the woman's right to self-determination: this would be in contrast with the reason of the indictment of

the unintentional fact, which consists in the predisposition of a more effective protection of goods of special account. The only reconstruction of the unintentional abortion that indeed adheres to this reason is that which identifies the protected good in the life of the conceived. So, this means that the unintentional case is intended to protect a good different from the one that the intentional case refers to: and this would allow to explain also the anomalous equalization of punishment between the two cases. These incongruities, however, must not lead to the devaluation of the crime in question, which is moreover the figure of unintentional crime more in accordance with the principle of guilt. The contradiction of the unintentional abortion with the system, therefore, is not resolved by neutralizing the crime, but by making the system less contradictory, with the re-examination of the procedure for the abortion and of its solid application.

Key words: abortion, unintentional crime, conceived, self-determination, motherhood.

FRANCESCO FARRI
Dottore di ricerca - Università La Sapienza di Roma
Avvocato in Firenze

CONSIDERAZIONI SUL PROGETTO DI LEGGE REGIONALE DELL'EMILIA ROMAGNA CONTRO L'"OMOTRANSNEGATIVITÀ" *

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Le disposizioni di principio – 3. Le politiche attive – 4. I controlli – 5. La spesa pubblica

1. Introduzione

Il progetto di legge regionale n. 7159, presentato all'Assemblea Regionale dal Consiglio Comunale di Bologna[1], contro l'omotransnegatività e le violenze determinate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere è un testo normativo composto da 8 articoli, oltre a due conclusivi in materia di copertura finanziaria e di valutazione sull'attuazione della legge, che possono essere concettualmente suddivisi in quattro gruppi.

Un primo gruppo, che sarà esaminato nel par. 2, è quello delle disposizioni "di principio", che comprende essenzialmente l'articolo 1 e che la relazione illustrativa aiuta a interpretare.

Un secondo gruppo, che sarà esaminato nel par. 3, è quello delle disposizioni che potrebbero definirsi di "politiche attive", ma in verità anche di "omologazione" o di "normalizzazione", contenendo l'indicazione di una serie di misure di politica attiva mediante le quali la Regione si propone di implementare la propria visione delle questioni legate all'orientamento sessuale e di debellare le visioni dissidenti. Si possono comprendere in tali gruppi gli articoli 2, 3, 5 e il secondo comma dell'art. 8.

Un terzo gruppo, che sarà esaminato nel par. 4, è quello delle disposizioni che potrebbero definirsi di "controllo" o, più icasticamente, di "polizia" nel senso proprio del

---

* *Contributo sottoposto a valutazione*. Relazione annotata, la cui sintesi è coincisa con l'intervento svolto in occasione del convegno "Sì alle leggi per la famiglia. No alla legge sulla omotransnegatività", tenuto a Bologna l'11 aprile 2019 e organizzato dai Consiglieri Regionali Michele Facci (Mov. Nazionale per la Sovranità), Andrea Galli (FI), Daniele Marchetti (Lega), Giancarlo Tagliaferri (FdI).

[1] Si ricorda che, secondo l'art. 18 dello Statuto Regionale dell'Emilia Romagna, possono farsi promotori di progetti di legge regionale considerati "di iniziativa popolare", non soltanto gruppi di cittadini elettori, ma anche "uno o più Consigli comunali che, singolarmente o complessivamente, rappresentino una popolazione di almeno cinquantamila abitanti"

termine di *ius politiae*, di *polizeistaat*[2], ossia di predisposizione di un apparato amministrativo tale da garantire l'ottemperanza alle norme espressive dei fini indicati dall'amministrazione stessa. A tale gruppo si ascrivono le disposizioni di cui agli articoli 7 e 8, comma 1.

Infine, vi è un gruppo di disposizioni che possiamo definire di "mera spesa pubblica", in quanto si limitano a destinare somme a vantaggio della causa LGBT. Si tratta degli articoli 4 e 6 del progetto di legge, su cui ci si soffermerà brevemente nel par. 5.

Durante l'esame in commissione, il progetto di legge in questione è stato fatto oggetto di ben 24 emendamenti, sui quali tuttavia le votazioni non sono state ancora avviate al momento in cui si scrive. Conseguentemente, si terrà conto nel prosieguo sia del testo originario, sia del testo che risulterebbe laddove gli emendamenti venissero approvati. In proposito, può subito dirsi che, pur valendo indubbiamente a migliore il testo originario, gli emendamenti non appaiono comunque sufficienti a risolvere le criticità che affliggono il progetto di legge e che sono radicali, strutturali e superabili soltanto mediante accontamento del progetto di legge stesso. Unica, grande, eccezione è l'emendamento 24/Boschini, volto a introdurre nella L.R. n. 6/2014 una clausola che fissi uno specifico impegno per la Regione a prevenire e contrastare la pratica della "surrogazione di maternità", che viene accostata alle fattispecie di violenza sessuale, abuso di minori, sfruttamento della prostituzione, maltrattamenti in famiglia, e a negare qualsivoglia forma di contributo regionale ad associazioni che sostengano tale pratica: la proposta contenuta in tale emendamento va, infatti, integralmente apprezzata e meriterebbe certamente di essere approvata a prescindere dalle sorti del progetto di legge in cui è stata inserita.

2. Le disposizioni di principio

2.1. Le disposizioni di principio rendono chiaro come il proposito della legge sia «*promuove[re] e realizza[re] politiche, programmi ed azioni finalizzati a ... prevenire e superare le situazioni, anche potenziali, di discriminazione e omotransnegatività, quali comportamenti di avversione, dileggio, violenza verbale, psicologica o fisica*».

[2] Ossia come «*complesso di interventi in grado di disciplinare comportamenti e condotte, con un contenuto educativo dei comportamenti quotidiani*» (B. SORDI - L. MANNORI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Padova, 2004, 136).

Al centro della finalità della legge vi è, dunque, un concetto – quello di "omotransnegatività" – innovativo per il linguaggio legislativo, indeterminato nei contenuti e ideologicamente orientato.

Proponendosi di combattere la "negatività" verso il fenomeno omosessuale, infatti, lo spettro semantico del lemma richiede un approccio "positivo" verso il fenomeno omosessuale che, come evidente, non si traduce unicamente nella stigmatizzazione dei comportamenti attivi di discriminazione e violenza, ma anche di tutti quei comportamenti non sufficientemente "positivi" e "propositivi" verso le realtà coinvolgenti omosessuali. Volendo esemplificare, non è semanticamente "omotransnegativo" soltanto chi insulta una persona perché omosessuale, ma anche chi – ad esempio – sostiene che le coppie omosessuali non possano accedere a certi istituti giuridici (come il matrimonio) poiché li considera – sulla base di un pensiero giuridicamente razionale – riservati a coppie di sesso diverso. Anche questo pensiero, infatti, non può considerarsi "positivo" verso il fenomeno omosessuale e, come tale, ricade pienamente nello spettro semantico della "omotransnegatività", quindi tra i comportamenti e i pensieri che la proposta di legge regionale intende contrastare e possibilmente debellare.

A conferma di questa lettura, va osservato come la pur vaghissima definizione che l'art. 1 cerca di offrire si basa, ancor prima che sui concetti di violenza (ai quali è riconducibile anche il "dileggio", nella misura in cui esso si diversifichi dal diritto di satira garantito sotto l'egida dell'articolo 21 della Costituzione)[3], sul concetto di "avversione". A meno di non voler pensare che la proposta di legge ambisca a scandagliare l'animo di ciascuno per sindacare come la pensi in cuor suo su certi argomenti, l'avversione percepibile nel mondo giuridico è quella che si esterna tramite comportamenti di critica, di contrarietà, di contrasto a certi fenomeni. Si conferma, quindi, che il contrasto alla "omotransnegatività" implica per sua natura il contrasto, non soltanto – e giustamente[4] – a chi usa violenza nei confronti di persone omosessuali o le

[3] Sul tema cfr., per tutti, F. MANTOVANI, *Profili penalistici del diritto di satira*, in *Dir. informaz. e informatica*, 1992, p. 295 ss.; E. LOPEZ, *Sui limiti di liceità del diritto di satira*, *in Dir. fam., 1994*, p. 198 ss.; G. CORASANITI, *Libertà di sorriso*, in *Dir. informaz. e informatica*, 1989, p. 539 ss. Del resto, appare evidente che il rilievo giuridico del dileggio ha luogo quando esso provochi una forma di sofferenza nel destinatario, per cui esso rientra pienamente nell'egida protettiva dei reati di violenza previsti dal codice penale e, in particolare, nella fattispecie dei reati di violenza-fine quali la minaccia (art. 612 c.p.) e gli atti persecutori (art. 612-*bis*). Inoltre, fino al 2016 l'ordinamento ha ritenuto illecita anche la semplice ingiuria (art. 594 c.p.), mentre successivamente ha operato una valutazione di irrilevanza penale della stessa in via generalizzata, rimettendo per tutti i casi di ingiuria la tutela al versante del risarcimento dei danni civilistico.
[4] Cfr., per un inquadramento delle fattispecie, la precedente nota 3.

fa oggetto di trattamenti differenziati privi di fondamento giuridicamente razionale (poiché è così che deve intendersi il concetto di discriminazione)[5], ma anche a chi manifesta contrarietà rispetto a qualsivoglia forma di istanza proveniente dal contesto omosessuale.

Correlativamente, il concetto di "omotransnegatività" implica la decisione, da parte della Regione, a favore di uno specifico orientamento ideologico (quello espresso dal mondo LGBT) e il contrasto a tutte le posizioni che tale orientamento avversano o criticano. Il riferimento a situazioni "anche potenziali" di "omotransnegatività" eleva a potenza l'effetto in questione, insieme con l'indeterminatezza e la portata espansiva pressoché illimitata del concetto stesso di "omotransnegatività".

L'ente pubblico, quindi, non si fa più garante del pluralismo del pensiero, non si fa più regolatore delle molteplici istanze culturali provenienti dalla società democratica, ma scende in campo per sposarne una e dire che tutte le altre sono sbagliate e da contrastare. Ci si pone, quindi, ben oltre rispetto ai principi di pluralismo ideologico e culturali cui sono informati i principi supremi della nostra Costituzione[6], sponsorizzando un'omologazione del pensiero, sul modello del pensiero unico, e la normalizzazione delle posizioni di dissenso. La lettura della relazione illustrativa appare emblematica in tal senso. Si considera la promozione delle istanze omosessuali come "*una causa di civiltà*", appellandosi a un presunto e indimostrato «*aumento della violenza fisica e psicologica contro le persone omosessuali e transessuali*», senza rilevare che tale emergenza in Italia

[5] È infatti assodato che il principio di uguaglianza richieda di trattare in modo uguale situazioni uguali, ma richieda altresì e corrispondentemente di trattare situazioni diverse in modo diversificato in ragione degli elementi di differenza: come icasticamente rilevato dalla dottrina (cfr., per tutti, A. CELOTTO, *Art. 3, 1° comma*, in R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti, Commentario alla Costituzione, I, Torino, 2006), «*eguaglianza vuole dire massima universalità possibile delle norme, ma non può significare che il contenuto delle leggi debba sempre essere identico per tutti, in quanto la vera uguaglianza impone che situazioni analoghe non siano trattate in modo dissimile e che situazioni diverse non siano trattate nello stesso modo, a meno che una differenziazione sia obiettivamente giustificata. In quest'ottica, è stata superata la concezione liberale dell'eguaglianza, che semplicemente voleva leggi dirette a tutti, per giungere ad una visione flessibile del principio, in quanto - nello Stato pluriclasse - le differenziazioni normative sono possibili, anzi necessarie, purché non sfocino nell'arbitrarietà*". Del resto, fin dalla sentenza n. 53/1958 la Corte Costituzionale ha chiarito che "*il principio di eguaglianza è violato quando il legislatore assoggetta ad una indiscriminata disciplina situazioni che esso stesso considera e dichiara diverse*».

[6] Sul tema si rinvia, tra i molteplici contributi dedicati all'argomento, alla collettanea *Il pluralismo sociale nello Stato democratico*, Milano, 1980 e, *ivi*, in particolare ai contributi di U. DE SIERVO, *Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblica ad oggi: presupposti teorici e soluzioni nella Costituzione Italiana*.

non può dirsi sussistere[7] e, soprattutto, senza considerare che la nostra Costituzione Repubblicana rispecchia una cultura spesso diversa da quella proposta dal mondo omosessuale, visto che conferisce – ad esempio –rilievo espresso negli articoli 3, 37 e 51 al sesso biologico (così presumendo una coincidenza con esso del ruolo sociale della persona, ossia di quella che in alcuni testi sovranazionali viene indicata come identità di genere) e visto che collega il concetto di famiglia alla società naturale fondata sul matrimonio (art. 29), con la conseguenza – chiarita dalla Corte Costituzionale (sent. n. 138/2010) – che «*le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio*».

In un quadro del genere, soltanto le ridotte competenze regionali in materia possono indurre qualche remora a qualificare come illiberale e autoritaria una proposta di legge, come quella in esame, che sceglie una delle possibili culture presenti nella società civile per preferirla alle altre e farla prevalere su esse.

2.2. Né sarebbe sufficiente, per migliorare il quadro sopra tratteggiato, espungere o modificare il termine di "omotransnegatività" dalla intitolazione e dall'art. 1 della legge, come hanno proposto gli emendamenti presentati dalla stessa relatrice di maggioranza.

Anzitutto va osservato, come meglio si dirà esaminando il secondo gruppo di disposizioni, che è l'intero impianto della legge a rispecchiare il carattere ideologico e antipluralista così icasticamente rappresentato dal lemma "omotransnegatività" adottato da chi ha proposto la legge stessa. È l'intero impianto della legge, infatti, a richiedere lo svolgimento di politiche attive volte a diffondere le istanze del mondo omosessuale e a scoraggiare i dissenzienti dal continuare a pensarla diversamente. Per cui non basta cambiare la parola simbolo di tale approccio per evitare le gravi conseguenze dell'approccio stesso.

Inoltre, va ricordato che per combattere i comportamenti attivi di violenza e discriminazione sono già presenti nell'ordinamento strumenti più che adeguati, ossia in

[7] Risultano dall'osservatorio della polizia di Stato 213 denunce in 8 anni, per una media di meno di 30 denunce all'anno in tutta Italia, incluse quelle per furti, ossia per condotte tipicamente disomogenee rispetto a quelle mosse da moventi discriminatori, e senza considerare che in molte delle denunce la matrice discriminatoria è stata presto dimostrata essere manifestamente insussistente, come talvolta riportato anche dalla stampa.

particolare la repressione penale[8]. Per cui o la legge è inutile, e quindi incostituzionale per violazione del principio di razionalità[9], oppure vuole dire qualcosa di più. Ed è proprio questo qualcosa in più, ossia l'implementazione del pensiero unico omosessualista che la legge si pone come obiettivo, che non può essere in alcun modo condiviso.

Infine, va osservato che, nelle proposte di emendamento, all'eliminazione del concetto di "omotransnegatività" e del riferimento all'avversione verso le realtà omosessuali fa da contraltare l'introduzione del concetto – altrettanto innovativo – di "*stereotipi discriminatori*" che, in verità, non appare meno vago e più rassicurante di quello originario. Infatti, il proposto nuovo comma 2 *bis* dell'art. 2 definisce gli stereotipi discriminatori, al cui contrasto e alla cui prevenzione è diretta tutta la legge, come «*pregiudizi che producono effetti lesivi della dignità, delle libertà e dei diritti inviolabili della persona, limitandone il pieno sviluppo*». Ben si vede come la questione attenga pur sempre alla dimensione e del giudizio individuali e, pertanto, ponga i medesimi problemi di compatibilità con l'art. 21 Cost. sopra evidenziati con riferimento al testo originario: in questa prospettiva, si comprende agevolmente come il richiamo che il medesimo nuovo comma 2 *bis* effettua al «*pieno rispetto della libertà di pensiero, di educazione e di espressione costituzionalmente garantiti a tutta la cittadinanza*» abbia carattere meramente formale e di stile, poiché è la stessa definizione di stereotipo che viene fornita a incidere sulle libertà appena menzionate. Inoltre, la fattispecie dello "*stereotipo discriminatorio*" appare costruita in termini intrinsecamente vaghi e, come tali, suscettibili di far ricadere nel proprio alveo anche giudizi e pensieri che corrispondono specificamente ad alcune architravi del disegno costituzionale e all'esercizio di libertà costituzionalmente garantite. Si pensi, ad esempio, al caso dell'opinione secondo cui una coppia di persone dello stesso sesso non possa avere bambini: corrisponde, essa, o meno alla fattispecie dello stereotipo discriminatorio disegnata dalla legge regionale? Non vi è dubbio che la negazione dell'accesso alla filiazione possa essere presentata come lesiva di una (pseudo) libertà "riproduttiva" delle persone omosessuali e, pertanto, ricadere nell'ambito dei pregiudizi che la legge regionale si propone di contrastare. Si pensi, ancora, al caso dell'opinione secondo cui una coppia di persone dello stesso sesso non

[8] Si rimanda alla precedente nota 3 e si ricorda come possa ritenersi tornare certamente applicabile, in caso di reati mossi da moventi di avversione l'omosessualità, l'aggravante dei motivi abietti e futili di cui all'art. 61, n. 1 c.p.
[9] Sarebbe, infatti, certamente irrazionale una legge priva di effetti pratici.

possa accedere al matrimonio: corrisponde, essa, o meno alla fattispecie dello stereotipo discriminatorio disegnata dalla legge regionale? Non vi è dubbio che la negazione dell'accesso al matrimonio possa essere presentata come lesiva di alcune (pseudo) libertà della persona e, pertanto, ricadere nell'ambito dei pregiudizi che la legge regionale si propone di contrastare. Si pensi, infine, al caso della credenza religiosa secondo cui gli atti sessuali tra persone dello stesso sesso costituiscono peccati gravi: corrisponde, essa, o meno alla fattispecie dello stereotipo discriminatorio disegnata dalla legge regionale? Non vi è dubbio che la negazione dell'accesso al matrimonio possa essere intesa come lesiva della dignità delle persone omosessuali e, pertanto, ricadere in pieno nell'ambito dei pregiudizi che la legge regionale si propone di contrastare. Sennonché si tratta, come evidente, di tre ordini di pensieri che traggono il proprio fondamento direttamente in altrettanti principi costituzionali[10]. Appare, quindi, chiaro come neppure le proposte di emendamento permettano di esprimere un giudizio giuridicamente positivo sulla legge: è, in verità, la Costituzione Italiana la prima fonte di quelli che la proposta di legge regionale indica come "stereotipi" potenzialmente discriminatori e si propone di combattere e superare. Contrastare chi avversa posizioni che vogliano superare tali "stereotipi" significa contrastare chi si fa portatore delle istanze culturali su cui si basa la nostra Costituzione.

3. Le politiche attive

Il cardine della legge, come si è detto, è costituito da una serie di politiche attive che la Regione si impegna a compiere per inculturare la popolazione residente in Emilia Romagna e scongiurare le opinioni dissenzienti. Queste politiche attive interessano i versanti centrali del rapporto delle persone con il mondo giuridico esterno alla propria sfera domestica: il lavoro, la scuola, lo sport, la sanità, l'assistenza, le telecomunicazioni.

3.1. Per quanto riguarda il lavoro, si prevede al comma 1 dell'articolo 2 che Regione ed enti locali «*adottano interventi in favore delle persone discriminate in ragione*

[10] In particolare, l'art. 2 Cost. come fondamento della protezione della dignità della persona (così come interpretato da Corte cost., sent. n. 272/2017, secondo cui "*la maternità surrogata, che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane*"), l'art. 29 Cost., (in base al quale "*le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio*": cfr. Corte cost., sent. n. 138/2010) e l'art. 19 Cost., che riconosce la libertà di professare liberamente e far propaganda della propria fede religiosa.

dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere, anche mediante la promozione di specifiche politiche ... per l'inserimento lavorativo». La formula utilizzata non è ben comprensibile, ma sembra preludere all'introduzione di una forma di riserva di posto di lavoro nelle amministrazioni territoriali alle persone "discriminate" perché omosessuali. Non è neppure comprensibile come debbano essere individuate le persone "discriminate" destinatarie di tali misure, se cioè debbano intendersi tali per definizione tutti gli omosessuali, come induce a ritenere la relazione illustrativa e come altri articoli del progetto di legge espressamente affermano, oppure le persone che abbiano denunciato atti specificamente discriminatori, magari all'osservatorio regionale di cui all'articolo 7, che così diventerebbe una sorta di ufficio di pre-collocamento, oppure le persone offese da comportamenti illeciti accertati dalla magistratura. L'assoluta vaghezza della clausola utilizzata non permette affatto di circoscrivere le misure in questione al solo ultimo caso menzionato, lasciando amplissima discrezionalità alle amministrazioni.

Sempre relativamente al lavoro, l'articolo 2[11] apre all'introduzione delle "quote gay" nel personale delle amministrazioni regionali e locali, all'introduzione nei codici di comportamento del personale di clausole che impongono al dipendente di rinnegare pubblicamente il sostegno a ogni "stereotipo" (nel senso anzidetto), e all'introduzione di corsi di formazione obbligatori per i dipendenti per debellare tali "stereotipi". Siamo al centro della propulsione ideologica e della natura antipluralista della proposta di legge: se si vuole lavorare in Regione o nelle amministrazioni, bisogna essere "*gay friendly*" e deve farsi pubblica abiura delle opzioni culturali che, fermo l'ovvio rispetto per la dignità di ogni persona, avversano le istanze omosessualiste. Poco male se tali opzioni culturali trovano il loro fondamento nella Costituzione o comunque in culture ben più radicate di quella omosessuali sta e oggetto di specifica protezione costituzionale, come ad esempio quella religiosa e in particolare cattolica, con riferimento alle quali è la Costituzione stessa a garantire espressamente il diritto di "*propaganda*" (art. 19 Cost.). Per necessità familiare, nella specie lavorativa, dovranno abbandonarsi.

Infine, si osserva come l'ampiezza della formulazione della legge non escluda affatto che tali misure (quote gay, codici di comportamento e corsi di formazione anti-stereotipo)

[11] Nella formulazione originaria, sia nel comma 1 che nel comma 2 (dove si parla di "pari opportunità"), nella formulazione emendata essenzialmente nel comma 1 (che riferisce l'inserimento lavorativo degli omosessuali non più specificamente alle persone vittime di discriminazione, ma più in generale nell'àmbito degli interventi testi a contrastare atti e comportamenti discriminatori), mentre al comma 2 è stato quanto meno espunto il riferimento alle "pari opportunità".

possano essere imposti anche a datori di lavoro privati che intendano intrattenere rapporti con le pubbliche amministrazioni regionali e locali.

3.2. Per quanto riguarda la scuola, l'art. 3 della proposta di legge è chiaro nell'aprire all'introduzione di corsi di formazione obbligatori anti-stereotipi per gli insegnanti e all'introduzione nelle scuole "*di ogni ordine e grado*" di progetti gender.

A quest'ultimo riguardo è bene sottolineare come il richiamo che il comma 1 dell'articolo in questione effettua al ruolo educativo dei genitori non valga affatto, per come è formulato, a introdurre il principio del consenso dei genitori alla partecipazione dei figli minori ai progetti gender: si parla, infatti, di "*progettualità che in tal senso coinvolgano anche i genitori*". I genitori non devono essere sentiti per il consenso, ma essere coinvolti essi stessi ("*in tal senso*") nei progetti rieducativi. La proposta di emendamento n. 9 corregge tale macroscopico aspetto di violazione dell'art. 30 Cost., ma non toglie l'assunzione di un impegno da parte della Regione a generalizzare l'introduzione nelle scuole dei corsi *gender*, così massimizzando le prospettive di indottrinamento delle giovani generazioni.

La norma non circoscrive espressamente la propria portata applicativa alle scuole pubbliche, ma afferma che tali corsi e progetti saranno introdotti nell'ambito delle competenze regionali e "*d'intesa con l'ufficio scolastico regionale*" (nella versione emendata, si usa l'analoga espressione "*in collaborazione con*" tale Ufficio). Non è certo che le scuole non statali paritarie siano del tutto escluse dall'àmbito applicativo della norma: si ricorda, invero, che il riconoscimento di parificazione è di competenza statale, ma deve essere richiesto proprio all'ufficio scolastico regionale. Non è quindi possibile escludere che si rinvengano interstizi per richiedere una forma di introduzione di tali corsi anche nelle scuole paritarie.

Per concludere sull'articolo 3, deve infine osservarsi come non sia possibile immaginare in modo giuridicamente razionale in cosa si risolva «*l'equa partecipazione allo sport, contrastando stereotipi di genere l'abbandono sportivo*» (concetti che già comparivano nell'art. 1, c. 4, lett. c della l.r. n. 8/2017), cui è dedicato il comma 2 dell'articolo stesso. Forse si tratta di garantire, ad esempio, che gli uomini transessuali o anche solo transgender possano gareggiare in sport femminili: le statistiche porrebbero così l'Emilia Romagna all'avanguardia in termini di successi negli sport "femminili", ma

si porrebbe certamente un problema gravissimo per il movimento dello sport femminile visto che, in esso, le donne risulterebbero certamente svantaggiate rispetto ai competitor transgender, viste le strutturali diversità di conformazione fisica.

3.3. Per quanto riguarda i servizi sanitari, socio-sanitari e socio-assistenziali, l'articolo 5 impegna gli enti pubblici coinvolti nel settore a fornire "sostegno" in favore delle persone omosessuali, per il sol fatto di essere omosessuali. In cosa possa consistere questo sostegno non è specificato, ma si possono immaginare ad esempio ipotesi di riserva di posti letto in case di riposo o agevolazioni tariffarie per gli omosessuali, misure che non appare possibile escludere neppure con la riformulazione proposta dall'emendamento n. 13. Anche per il personale delle strutture sanitarie e assistenziali saranno, poi, introdotti corsi di formazione gender.

3.4. Infine, il comma 2 dell'art. 8 incarica il Comitato Regionale per le Comunicazioni (Corecom) di «*garantire adeguati spazi di informazione e di espressione in ordine alla trattazione delle tematiche*» legate all'omosessualità. Si è di fronte, in poche parole, al tentativo di introduzione di quote gay anche nei mass media e di ciò si è accorto pure il Corecom, che in una deliberazione del 13.02.2019 ha suggerito quanto meno di espungere il riferimento agli spazi "*di informazione*" e di introdurre il lemma "*anche*" quando si parla della garanzia di spazi di espressione delle tematiche omosessualiste, così dando conto che lo spazio di espressione dovrebbe essere garantito anche a tematiche e opinioni diverse. Come ben si comprende, tuttavia, le modifiche proposte dal Corecom non risultano sufficienti a fornire adeguate garanzie che la legge non sia utilizzata per compiere l'opera di indottrinamento, cui è preordinata, anche sfruttando il grande potere che in tal senso possono rivestire i mass media. A maggior ragione, quindi, non appaiono sufficienti le correzioni proposte dall'emendamento n. 20, che recepisce il parere del Corecom, ma omette di espungere il riferimento alla garanzia di apposti spazi di informazione, che potrebbero tradursi, ad esempio, in rubriche obbligatorie sulle "news dal mondo gay" da inserire nei notiziari regionali.

4. I controlli

Se le misure finora descritte disegnano il versante ideologico e antipluralista della proposta di legge, le disposizioni del terzo gruppo – che abbiamo definito di "controllo" o di "polizia" – lasciano intravedere prospettive ancor più inquietanti.

4.1. L'articolo 7 prevede la schedatura presso l'osservatorio regionale già previsto dalla l.r. n. 6/2014 dei "*dati*" relativi ai casi di «*fenomeni legati alla discriminazione e violenza dipendente dall'orientamento sessuale e dall'identità di genere in Emilia-Romagna*».

Non è chiaro se con il predetto concetto si intendano soltanto i fenomeni di discriminazione e violenza, cui espressamente si riferisce l'articolo, o anche i fenomeni di semplice avversione (i quali pure rientrano nel concetto di "omotransnegatività" che – come visto – la legge mira parimenti a debellare) o di "stereotipo". L'impressione è che sia vera la seconda interpretazione, perché non vi sarebbe bisogno di una nuova previsione legislativa regionale per disciplinare il monitoraggio dei casi di violenza e discriminazione, visto che essi risultano già monitorati per effetto della l.r. n. 6/2014 oltre che degli ordinari casellari penalistici. Allora, se la nuova previsione ha un senso[12] vuol dire che essa va oltre le ipotesi da ultimo richiamate, ciò che del resto appare conforme – come si è detto – al complessivo tessuto della legge stessa.

Ora, appare fin troppo evidente che è manifestamente contrastante con il principio costituzionale di libera manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.) la schedatura delle persone in ragione del proprio pensiero (in specie, in ragione delle proprie opinioni culturali che, nell'ovvio rispetto per le persone omosessuali, siano però tuttavia contrarie alle rivendicazioni LGBT). La schedatura da parte della pubblica autorità, infatti, per sua natura induce remore nel compiere il comportamento schedato ancorché non illecito e, quindi, qualora esso abbia ad oggetto le opinioni personali, induce remore a esprimere liberamente tali opinioni[13]. Oltre a ciò, si osserva come la proposta di legge non escluda affatto che i dati raccolti nella schedatura possano essere utilizzati per negare l'erogazione di beni e servizi agli schedati. Non vi sarebbe da meravigliarsi, ad esempio, di una successiva deliberazione la quale disponga che gli alloggi popolari vengano assegnati di

[12] E i generali canoni interpretativi richiedono di presumere che sia così, dovendosi infatti interpretare la norma giuridica *potius ut valeat quam ut pereat*.
[13] Ciò oltre a costituire violazione del diritto alla riservatezza, con riferimento a dati sensibili quali sono quelli di cui si discute in questa sede.

preferenza a persone non schedate come omofobe, oppure di un provvedimento che neghi l'autorizzazione all'utilizzo di spazi pubblici da parte di associazioni schedate come omofobe.

4.2. Se la carica illiberale di una previsione di questo genere appare davvero molto elevata, quella del comma 1 dell'articolo 8 non lo è di meno. La disposizione, infatti, attribuisce al Corecom una funzione di «*rilevazione sui contenuti della programmazione televisiva e radiofonica regionale e locale, nonché dei messaggi commerciali e pubblicitari, eventualmente discriminatori*». Mentre per le pubblicità la legge regionale specifica la finalità di tale controllo, ossia quello di segnalare il fatto alle autorità nazionali competenti laddove il fornitore del servizio pubblicitario avesse aderito a un codice di condotta che nel caso di specie si assume violato, la legge stessa non determina affatto quale sia la finalità del controllo dei contenuti della programmazione, né opera riferimenti sul punto ad altre norme di legge. Talché si ha difficoltà a rimanere rassicurati dal parere del Corecom, secondo cui la proposta di legge in questione avrebbe "*natura meramente ricognitiva*" e non assegnerebbe ad esso nuove funzioni, poiché se le competenze regionali in materia non fossero limitate, la vaghezza della norma non varrebbe di per sé certo ad escludere la richiesta di interventi *lato sensu* censorei sui contenuti non sufficientemente *gay friendly*.

5. La spesa pubblica

L'ultimo gruppo di disposizioni, infine, attiene a misure di mera spesa a vantaggio delle "vittime" di omofobia (art. 6) e delle manifestazioni culturali che si facciano portatrici delle rivendicazioni del mondo omosessuale (art. 4).

È naturale che la Regione abbia ampia discrezionalità nello scegliere i progetti da finanziare e le condizioni sociali che ritiene meritevoli di particolare sostegno e finanziamento. Si tratta di scelte schiettamente politiche, per cui vi è un solo strumento per far sì che – ad esempio – la spesa pubblica sia indirizzata verso il sostegno alle famiglie numerose piuttosto che verso associazioni che promuovo istanze e pratiche del mondo omosessuale: questo strumento è il voto popolare.

Abstract

FRANCESCO FARRI, Considerazioni circa il progetto di legge regionale dell'Emilia Romagna contro l' "omotransnegatività"

Lo scritto esamina la proposta di legge regionale dell'Emilia Romagna sulla omotransnegatività. Vengono evidenziate i molteplici profili critici della proposta, che contrasta con importanti principi costituzionali, a cominciare dal principio del pluralismo, dal principio di libertà di manifestazione del pensiero e dal principio di libertà di espressione della fede religiosa, oltre che con il principio della certezza del diritto.

Parole chiave: omotransnegatività, stereotipi, quote gay, libertà di pensiero, pluralismo.

FRANCESCO FARRI, Considerations about the Emilia Romagna regional law project against "omotransnativity"

The paper examines Emilia Romagna's regional law proposal on homotransnegativity. Its goal is to examine the multiple critical aspects of the proposal, which are in contrast with important constitutional principles, starting with the principle of pluralism, the principle of freedom of expression of thought and the principle of freedom of expression of religious faith, as well as with the principle of certainty of law.

Key words: homotransnegativity, gender stereotypes, quotas for gays, freedom of expression of thought, pluralism.

VITTORIO TUSA
Avvocato in Milano

LA COLLEGIALITÀ NELLA CHIESA A CINQUANT'ANNI DAL CONCILIO VATICANO II*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Le categorie della collegialità – 3. Istituzioni in aiuto al Romano Pontefice – 4. La rappresentanza ecclesiale – 5. Il voto ed il valore della consultazione – 6. Conclusioni.

1. Introduzione

La collegialità è una dimensione costitutiva del governo della Chiesa, ed è radicata nei principi teologici ontologici dell'organizzazione ecclesiale, primo fra tutti quello di comunione. Il principio di collegialità nella storia è fondato sulla diretta volontà di Cristo, fondatore e Pastore della Chiesa per l'eternità. Si fa riferimento alla chiamata degli apostoli, costituiti poi come collegio stabile, cui a capo Gesù pose Simon Pietro, principio e fondamento visibile dell'unità del Collegio e della sua volontà[1]. Il collegio apostolico continua oggi nel Collegio dei Vescovi, cui a capo è posto il romano Pontefice, successore di Pietro. L'equilibrio tra primato e collegialità ed il fondamento sacramentale di tale rapporto, e del potere stesso nella Chiesa, costituiscono un tema di centrale interesse per il canonista e per la comprensione della comunione ecclesiale.

Il Collegio dei Vescovi, il cui capo-membro è il Sommo Pontefice, esercita la sua potestà suprema sulla Chiesa universale in modo solenne nel *Concilio ecumenico*[2]. Sulla base di tale disposizione è possibile affermare che la realtà teologica del Collegio dei Vescovi, che ha fondamento direttamente nel diritto divino[3], non si esaurisce nell'istituto del Concilio ecumenico che, sebbene si radichi nel diritto divino, costituisce una configurazione giuridica di diritto umano. Lungo la storia della Chiesa i Concili ecumenici hanno avuto forme giuridiche differenti, però in ciascuno di essi si riscontra la presenza di alcuni elementi costanti. Il Concilio si è sempre caratterizzato come

---

* *Contributo sottoposto a valutazione*. Nella "Sezione Documenti", curato dallo stesso Autore, si veda anche "Conversazione con S.E.R. Monsignor Marcello Semeraro, Vescovo di Albano - Segretario del Consiglio di Cardinali".

[1] Concilio Vaticano II, Costituzione Dogmatica *Lumen Gentium*, n. 18 "Affinché lo stesso episcopato fosse uno e indiviso, prepose agli altri apostoli il beato Pietro e in lui stabilì il principio e fondamento perpetuo e visibile dell'unità di fede e di comunione" e n. 23.

[2] CIC, Can. 337 §1.

[3] CIC, Can. 330.

assemblea solenne di tutti i Vescovi, e le sue decisioni, di grande importanza per l'intera Chiesa, per essere vincolanti nei confronti di tutti i fedeli devono essere approvate dal Pontefice insieme con i Padri conciliari, ed infine confermati e promulgati personalmente dal Papa[4].

Il Collegio può inoltre esercitare la stessa piena potestà sulla Chiesa universale mediante l'azione congiunta dei Vescovi di tutto il mondo, quando essa è recepita liberamente o indetta dal Papa. Anche in tale caso si realizza un atto propriamente collegiale. Perciò si può affermare che la potestà suprema del Collegio Episcopale si esercita collegialmente in senso stretto anche in modo non solenne, extraconciliare[5]. Ciò avviene quando «*dispersi per il mondo, conservando il legame di comunione fra di loro e con il successore di Pietro, convergono in un'unica sentenza da tenersi come definitiva nell'insegnare autenticamente insieme con il medesimo Romano Pontefice una verità che riguarda la fede o i costumi*»[6].

Alla luce di quanto illustrato circa l'esercizio della potestà suprema da parte del Collegio dei Vescovi, atteso che il Pontefice, Pastore Supremo della Chiesa universale, ha potestà piena e suprema sull'intera Chiesa, verrebbero ad individuarsi due soggetti dotati di potestà suprema. Tale contraddizione è soltanto apparente in quanto il Collegio si riunisce insieme al suo capo e mai senza di esso, perciò la distinzione nell'esercizio della potestà suprema non è da intendersi tra Pontefice e Collegio[7], ma piuttosto tra Pontefice singolarmente e Collegio riunito *cum Petro et sub Petro*. Con riferimento al Concilio ecumenico si può infatti affermare che il rapporto con il Papa è condizione di validità e legittimità dell'assemblea e delle relative deliberazioni[8].

Nel Concilio ecumenico il voto ha carattere deliberativo. Tale profilo porta a distinguere nettamente il Concilio dalle altre forme collegiali a carattere consultivo, concepite in aiuto al Pontefice per il governo della Chiesa universale. In dottrina, anche sulla base del suddetto carattere distintivo, si è così affermata la categoria della collegialità *in senso stretto*.

---

[4] G. GHIRLANDA, *Il diritto nella Chiesa mistero di comunione. Compendio di diritto ecclesiale*, Roma, 1990, pp. 510-511. Si veda il Can. 341 §1.
[5] L. GEROSA, *Il diritto della Chiesa*, Como, 1995, p. 231.
[6] CIC, Can. 749 §2.
[7] Concilio Vaticano II, Costituzione Dogmatica *Lumen Gentium*, "Nota esplicativa previa".
[8] C. CARDIA, *Collegialità (diritto canonico)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. VI, Roma, 1988.

Se il Concilio ecumenico è in grado di rappresentare interamente l'Episcopato in quanto riunisce tutti i Vescovi del mondo insieme al Romano Pontefice, il Collegio può riunirsi in ulteriori modi che esprimono, seppur parzialmente, la dimensione collegiale.

Il primo tra essi è il *Sinodo dei Vescovi*[9], istituito da Papa Paolo VI con il Motu Proprio *Apostolica sollicitudo* nel 1965. Tale organismo di natura consultiva in aiuto al Romano Pontefice ha sollevato un intenso dibattito dottrinale, al culmine del quale si colloca la discussa mancata concessione di potestà deliberativa in relazione alla ridotta capacità rappresentativa. Se il Codice dell'83 disciplina espressamente la possibilità, da parte del Pontefice, di delegare discrezionalmente potestà deliberativa al Sinodo, parte della dottrina ha rilevato l'opportunità di sancire a livello normativo la sua funzione strutturalmente consultiva[10].

Proprio in merito al carattere consultivo del Sinodo dei Vescovi, discriminante è la mancanza di un'esatta identificazione tra i membri che compongono il Sinodo e l'Episcopato nella sua interezza. Se da un lato il decreto conciliare *Christus Dominus* afferma che il Sinodo esprime come tutti i Vescovi partecipano alla comunione gerarchica nella sollecitudine per la Chiesa universale[11], il citato Motu Proprio *Apostolica sollicitudo*, più che evidenziare il profilo collegiale dell'istituzione sottolinea il suo compito di coadiuvare il Pontefice nell'esercizio della potestà primaziale, cioè in funzione di aiuto al *munus petrinum.* I pareri del Sinodo dei Vescovi, se formalmente hanno una natura consultiva, certamente sul piano sostanziale posseggono una particolare e rilevante autorità ecclesiale in virtù dell'organo che li ha emanati[12].

In tema di prospettive di riforma si è auspicato in dottrina, riscontrando le istanze di revisione da più parti avanzate, un ampliamento della partecipazione oltre ai Vescovi, così da ricomprendere e rispecchiare la pluralità dei carismi presenti nel Popolo di Dio, esprimendo in tal modo la dimensione più prettamente sinodale e comunionale dell'istituzione. Si rilevano inoltre richieste di attribuire maggiori responsabilità al Sinodo, riconoscendogli potere deliberativo, fino a tramutarlo in una forma ristretta di Concilio ecumenico[13].

---

[9] CIC, Can. 342 ss.
[10] G. P. MILANO, *Forme e contenuti dell'attività consultiva con particolare riguardo al collegio episcopale*, in *Ephemerides iuris canonici*, 46, 1990.
[11] Concilio Vaticano II, Decreto *Christus Dominus*, n. 5.
[12] J. I. ARRIETA, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, Milano, 1997.
[13] G. FELICIANI, *Le basi del diritto canonico*, Bologna, 2002.

Ulteriori manifestazioni collegiali a livello universale, ma con capacità di esprimere solamente un giudizio consultivo in aiuto al Pontefice, così come il Sinodo dei Vescovi, sono il *Collegio cardinalizio*, ed il *Consiglio di Cardinali*, istituito da Papa Francesco nel 2013.

Il Concistoro cardinalizio[14], di millenaria tradizione, nacque letteralmente come "consiglio del Pontefice". Dopo un lungo periodo di progressivo svuotamento della sua funzione attiva con riduzione del potere ad atti solenni e formali[15], al Concistoro, per quanto concerne il suo ruolo collegiale, rimaneva la competenza di eleggere il Pontefice ed i poteri da esercitare in caso di vacanza della Sede Apostolica[16].

A partire dal Concilio Vaticano II, si riscontra una "*reviviscenza*"[17] del Collegio cardinalizio, convocato con maggiore intensità per affrontare questioni di grande rilievo per la Chiesa (si rammenti il Concistoro del 20 febbraio 2014 in vista del Sinodo Straordinario sulla famiglia), divenendo uno strumento centrale di consultazione in aiuto al Romano Pontefice.

2. Le categorie della collegialità

Prima di evidenziare le principali categorie della collegialità, occorre preliminarmente sottolineare che il concetto di collegialità eminentemente coincide, come mostrato, con quello di *collegialità episcopale*, tra i Vescovi ed il Pontefice.

La canonistica ha elaborato ulteriori categorie di collegialità. La collegialità episcopale, che attiene al governo della Chiesa universale, si definisce *in senso stretto* o *stricte collegialis* qualora esercitata nel Concilio ecumenico. Con *collegialità in senso ampio* o *late collegialis*[18], si individua l'esercizio, in comunione con il Papa, del magistero universale dei Vescovi sparsi in tutto il mondo, e gli altri organi-assemblee di Vescovi distinti dal Concilio Ecumenico.

Se la collegialità *in senso proprio* descrive essenzialmente la relazione tra il Pontefice e l'Episcopato a livello universale, nell'ambito delle Chiese particolari pur non potendosi

[14] CIC, Can. 349 ss.
[15] G. FELICIANI, *Cardinali*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. II, Torino, 1987.
[16] C. FANTAPPIÈ, *Storia del diritto canonico e delle istituzioni della Chiesa*, Bologna, 2011.
[17] M. MIELE, *"Munus petrinum" e funzione consultiva*, in *Diritto canonico e comparazione*, a cura di R. Bertolino – S. Gherro – L. Musselli, Torino, 1992.
[18] W. BERTRAMS, *Commentarium in litteras apostolicas 'Apostolica sollicitudo'*, in *Periodica de re morali, canonica et liturgica*, 1966, p. 123.

parlare propriamente di *dimensione collegiale*, è possibile individuare degli organi-collegi capaci di esprimere la dimensione sinodale e comunionale della Chiesa (si pensi al Sinodo diocesano)[19]. Si fa rifermento ai metodi di *corresponsabilità* presbiterale, tra Vescovo e sacerdoti, e di *partecipazione*, suo modo et pro parte, dei laici.

Si distingue in questo modo il concetto di collegialità da quello più ampio di *sinodalità*, che deriva da *syn-odos*, cioè strada insieme. Tale termine, che vanta di una lunga tradizione risalendo alle origini della Chiesa, comunicherebbe non solo un concetto giuridico ma anche teologico e precisamente quello di *communio*[20].

La collegialità nella Chiesa non solo si esprime mediante organi collegiali giuridicamente strutturati e disciplinati in quanto a composizione, attività, competenze e funzionamento, ma anche come *spirito collegiale*[21] tale per cui, ferma l'autorità di Colui e coloro cui è stato affidato il governo pastorale della Chiesa, ciascuno concorre, secondo il ministero, l'ufficio affidatogli, ed il suo stato, all'edificazione della Chiesa comunione ed istituzione. A tal proposito si distingue la *collegialitas effectiva*, cioè la collegialità effettiva, dalla *collegialitas affectiva*, cioè l'affetto collegiale. Secondo il magistero pontificio, la *collegialitas affectiva* consiste nel "*signum fraterni vinculi cordium*", il vincolo di fraternità e carità, originato dalla struttura sacramentale dell'Episcopato[22].

La *collegialitas effectiva* è il "*principium communionis operae nostrae*[23] e corrisponde alla «*collegialità portata ad effetto in strutture giuridiche, così come prefigurato dal Concilio e volta per volta sancito dal diritto*»[24].

La collegialità può essere quindi intesa *in senso formale* o *sostanziale*. Nel primo caso si fa riferimento all'atto di un organismo collegiale, un collegio, all'interno del quale la volontà dei singoli membri si fonde in un'unica volontà che sfocia in un atto disciplinare o dottrinale[25]. In senso sostanziale la collegialità nel governo della Chiesa è intesa come quella modalità per cui pur senza che vi sia stata l'attività di un collegio in senso stretto, una pluralità di soggetti ha concorso alla produzione di un atto che esprime la loro

[19] CIC, Can. 460 ss.
[20] E. CORECCO, *Sinodalità*, in AA.VV., *Nuovo Dizionario di Teologia*, Milano, 1985, pp. 1466-1495.
[21] GIOVANNI PAOLO II, Lettera Apostolica Motu Proprio *Apostolos Suos*, n.13, Roma, 1998 e Concilio Vaticano II, Costituzione Dogmatica *Lumen Gentium*, n. 23.
[22] G. P. MILANO, *Il Sinodo dei vescovi*, Milano, 1985, p. 384.
[23] Ancora si ricorda GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Segreteria generale del Sinodo del 30 aprile 1983*, in *Insegnamenti di Giovanni Paolo II*, VI, Città del Vaticano, 1983, p. 1102. In particolare le parole "Collegialitas effectiva et affectiva Episcoporum adiuvat maxime primatiale ministerium Petrianum".
[24] G. P. MILANO, *Il Sinodo dei vescovi*, Milano, 1985, p. 234.
[25] W. AYMANS, *Diritto canonico e comunione ecclesiale*, Torino, 1993.

concorde volontà. Tale atto sostanzialmente collegiale non perderebbe la sua natura nemmeno nel caso in cui sia stato emanato da un solo soggetto.

Apprezzabile è inoltre la distinzione tra *espressioni piene della collegialità* ed *espressioni parziali*[26], intendendosi con la prima categoria il solo Concilio ecumenico ed il Collegio Episcopale, sparso nel mondo, chiamato ad un'azione congiunta.

3. Istituzioni in aiuto al Romano Pontefice

Il fenomeno collegiale nella Chiesa universale non si esaurisce nella sola collegialità episcopale in senso stretto. Anzi, nel tempo presente si esprime in un'intensa attività di collegialità affettiva, tramite la convocazione di organi consultivi a "carattere collegiale", quali il Sinodo dei Vescovi, il Collegio cardinalizio ed il Consiglio di Cardinali.

Si tratta di istituzioni sinodali in aiuto al Romano Pontefice per il governo della Chiesa universale, strumenti che si pongono a servizio del ministero petrino. Si può rilevare che nel pontificato di Papa Francesco la funzione consultiva è vissuta come momento centrale per il cammino ecclesiale.

Con particolare riferimento al *Synodus episcoporum* il Santo Padre, nel discorso celebrativo per il cinquantesimo della sua istituzione, ne ha ripercorso la storia[27], ed ha indicato una strada sinodale, sia per le Chiese particolari che per la Chiesa universale: «*Dobbiamo riflettere per realizzare ancor più, attraverso questi organismi, le istanze intermedie della collegialità, magari integrando e aggiornando alcuni aspetti dell'antico ordinamento ecclesiastico. L'auspicio del Concilio che tali organismi possano contribuire ad accrescere lo spirito della collegialità episcopale non si è ancora pienamente realizzato. Siamo a metà cammino, a parte del cammino*».

---

[26] J. MANZANARES, *Il romano Pontefice e la collegialità dei vescovi*, in A.A. *Il Codice del Vaticano II. Collegialità e primato*, Bologna, 1993, p. 64.

[27] FRANCESCO, Discorso del Santo Padre di *Commemorazione del 50.mo anniversario dell'Istituzione del Sinodo dei Vescovi,* Città del Vaticano, 17 ottobre 2015: «*Fin dall'inizio del mio ministero come Vescovo di Roma ho inteso valorizzare il Sinodo, che costituisce una delle eredità più preziose dell'ultima assise conciliare. Per il Beato Paolo VI, il Sinodo dei Vescovi doveva riproporre l'immagine del Concilio ecumenico e rifletterne lo spirito e il metodo. Lo stesso Pontefice prospettava che l'organismo sinodale "col passare del tempo potrà essere maggiormente perfezionato". A lui faceva eco, vent'anni più tardi, San Giovanni Paolo II, allorché affermava che "forse questo strumento potrà essere ancora migliorato. Forse la collegiale responsabilità pastorale può esprimersi nel Sinodo ancor più pienamente". Infine, nel 2006, Benedetto XVI approvava alcune variazioni all'Ordo Synodi Episcoporum, anche alla luce delle disposizioni del Codice di Diritto Canonico e del Codice dei Canoni delle Chiese orientali, promulgati nel frattempo*».

Infatti, in una Chiesa sinodale «*non è opportuno che il Papa sostituisca gli Episcopati locali nel discernimento di tutte le problematiche che si prospettano nei loro territori. In questo senso, avverto la necessità di procedere in una salutare decentralizzazione*»[28].

Il Papa ha concluso ricordando che a livello della Chiesa universale «*il Sinodo dei Vescovi, rappresentando l'episcopato cattolico, diventa espressione della collegialità episcopale all'interno di una Chiesa tutta sinodale*[29]*. Due parole diverse: "collegialità episcopale" e "Chiesa tutta sinodale". Esso manifesta la collegialitas affectiva, la quale può pure divenire in alcune circostanze "effettiva", che congiunge i Vescovi fra loro e con il Papa nella sollecitudine*[30] *per il Popolo di Dio*».

Tra i temi più discussi in dottrina rimane aperto quello relativo natura collegiale del Sinodo dei Vescovi anche alla luce delle prospettive di riforma. Se il concetto di collegialità in senso stretto non ricomprende l'intera gamma ben più ampia delle esperienze sinodali, è indubbio che la collegialità esprima profondamente la dimensione della sinodalità ecclesiale.

È condivisa la distinzione tra le forme di governo universale della Chiesa, e le forme poste in aiuto al Pontefice, per il governo della Chiesa universale. Esemplare, per quanto riguarda la seconda categoria indicata, è il nuovo *Consiglio di Cardinali*, detto "Consiglio dei nove", segno di una riforma in atto il cui «*disegno complessivo lo si coglierà compiutamente solo alla fine*»[31].

Il Papa, accogliendo il suggerimento delle Congregazioni Generali di Cardinali precedenti al Conclave, con un Chirografo ha istituito il 28 settembre 2013 il predetto Consiglio, ovvero un gruppo ristretto di membri dell'Episcopato di diverse parti del mondo, che potesse consultare, singolarmente o in forma collettiva. Con chiarezza indicava gli scopi del Consiglio, primo dei quali «*aiutarmi nel governo della Chiesa universale*»[32].

Un consiglio che inizialmente contava otto Cardinali consiglieri ed un Vescovo con funzioni di segretario, costituito dal Pontefice per «*consigliarLo nel governo della Chiesa*

[28] FRANCESCO, Esortazione Apostolica *Evangelii Gaudium,* n. 16, Roma, 2013.
[29] Concilio Vaticano II, Decreto *Christus Dominus*, n. 5.
[30] GIOVANNI PAOLO II, Esortazione apostolica Post-Sinodale. *Pastores Gregis,* n. 8, Roma, 2003.
[31] M. SEMERARO, *Curia Romana – La riforma di Papa Francesco*, in *il Regno*, n. 14, Bologna, 2016.
[32] FRANCESCO, *Chirografo del Santo Padre Francesco per l'istituzione della Pontificia Commissione per la tutela dei minori*, Roma, 22 marzo 2014.

universale e per studiare un progetto di revisione della Costituzione Apostolica Pastor Bonus sulla Curia Romana»[33].

Papa Francesco ha precisato di riservarsi la possibile scelta di nuovi componenti da aggiungere al gruppo consiliare, che Egli stesso definisce essere «*un'ulteriore espressione della comunione episcopale e dell'ausilio al munus petrinum che l'Episcopato sparso per il mondo può offrire*». Nel corso delle sessioni tenute sino ad ora si evidenzia in particolare l'invito, quale nuovo membro, del Cardinale Segretario di Stato e la costante convocazione di diverse nuove commissioni consultive, per riferire sul proprio operato (tra queste ultime vi è la *Pontificia Commissione per la tutela dei minori*).

Padre Lombardi, già Direttore della Sala Stampa Vaticana, ha definito il Consiglio come nuova forma di consultazione, che arricchisce «*gli strumenti già a disposizione del Santo Padre per il governo della Chiesa tramite la consultazione, l'aiuto*»[34]. Non è stata perciò introdotta una nuova forma di esercizio collegiale della potestà suprema, ma si è intervenuti a rafforzare la funzione consultiva a livello della Chiesa universale.

4. La rappresentanza ecclesiale

Rappresentanza e *voto* sono due elementi interdipendenti che hanno suscitato un profondo dibattito in dottrina. La *rappresentanza* espressa dall'organo collegiale o sinodale presenta un profilo ontologico ed un tecnico. Il prodotto della deliberazione, ossia il *voto* deliberativo o consultivo, diffusamente viene posto quale criterio distintivo tra ciò che è collegiale e ciò che non lo è. Una parte di dottrina differentemente si interroga se il voto sia piuttosto da considerare come modalità di espressione di ciò che è collegiale e non, distinguendosi in deliberativo e consultivo a seconda della rappresentanza espressa, che si porrebbe in tal modo come criterio discriminante.

Il Concilio ecumenico rappresenta l'Episcopato nella sua interezza, riunendo la totalità del Collegio Episcopale, ossia il Pontefice Romano e tutti i Vescovi del mondo. Il Collegio si riunisce parzialmente in altre forme – tra le quali il Sinodo – che esprimono pertanto una minore capacità rappresentativa.

[33] Sala Stampa della Santa Sede, Bollettino, *Comunicato della Segreteria di Stato*, 13 aprile 2013.
[34] Sala Stampa della Santa Sede, Bollettino, *Briefing del Direttore della Sala Stampa a proposito della riunione del Papa con il Gruppo degli otto Cardinali*, 30 settembre 2013.

Nel Concilio il voto è deliberativo. Nelle altre assemblee, a minore capacità rappresentativa, il voto ha carattere consultivo. Tale diversa potestà dipenderebbe perciò dal grado di *rappresentatività* collegiale dell'organo, criterio che segnerebbe il limite della collegialità in senso proprio. Il carattere deliberativo o consultivo del voto pertanto non potrebbe giustificarsi esclusivamente in base al potere riconosciuto all'organo dalla norma giuridica, secondo una logica meramente positivistica. Presupporrebbe invece sempre la capacità rappresentativa dell'organo, che pone il problema teologico-giuridico della rappresentatività del singolo Vescovo in rapporto al Collegio[35].

Una prima concezione di rappresentanza, relativa al ministero individuale e collegiale dell'Episcopato, ci viene indicata dalla Costituzione conciliare *Lumen Gentium*, e precisamente al punto "Sacramentalità dell'episcopato". Il Vescovo, assistito dai sacerdoti, è colui che rappresenta il Signore in mezzo alla comunità dei credenti. I Vescovi, come afferma San Leone Magno, sono la comunità dei Suoi pontefici e, nell'esercizio dell'ufficio paterno[36], rendono Cristo presente, ovvero Lo rappresentano (*re-ad-praesentàre* che può essere tradotto "rendere presente di nuovo a").

Occorre poi considerare che nella Chiesa la dinamica della *rappresentazione* si distingue da quella propria del parlamentarismo moderno. In quest'ultimo infatti il potere è conferito come delega da parte del popolo mediante il suffragio universale. Diversamente, nella Chiesa la *sacra potestas* deriva dal sacramento, e non dall'investitura da parte della comunità, ovvero ha radice sacramentale e non sociale. Il potere nella Chiesa, concepito come servizio (*diakonía*), si esercita in forza del sacramento dell'ordine. Esso conferisce interamente il sacro potere, che viene specificato nei suoi limiti mediante la missione canonica data dall'autorità, che è investita dell'ordine sacro. La rappresentazione infatti nella Chiesa spetta a livello universale solo al Pontefice e al Collegio, e a livello particolare al Vescovo.

Inoltre la rappresentazione nella comunità cristiana si distingue da quella parlamentare secolare, perché coincide con il concetto di *testimonianza*[37]. Sulla base delle predette precisazioni si può affermare che solo la testimonianza personale del Vescovo sulla fede,

---

[35] E. CORECCO, *Ontologia della sinodalità*, in *Pastor bonus in Populo. Figura, ruolo e funzioni del Vescovo nella Chiesa*, a cura di A. Autiero e O. Carena, Roma, 1990, pp. 303-329.
[36] 1 Cor. 4, 15.
[37] E. CORECCO, *Sinodalità e partecipazione nell'esercizio della «potestas sacra»*, in *Esercizio del potere e prassi della consultazione.* Atti dell'VIII Colloquio internazionale romanistico - canonistico (10-12 maggio 1990), a cura di A. Ciani e G. Duini, Città del Vaticano, 1991, pp. 69-89.

e su quella della sua Chiesa particolare, può avere forza vincolante. Per tale motivo il voto in un'assemblea di rappresentanti di una parte dell'Episcopato può essere (ordinariamente) solo consultivo: un Vescovo non potrebbe rappresentare in modo vincolante il giudizio di fede (il voto) di un altro Vescovo e della relativa comunità affidatagli.

5. Il voto ed il valore della consultazione

Alla luce delle suesposte considerazioni il carattere del voto dipenderebbe dal grado di rappresentanza dell'assemblea. Oltre ad affrontare in concreto la distinzione tra voto consultivo e deliberativo, sembra utile proporre alcune riflessioni di contenuto peculiari alla realtà ecclesiale dove lo stesso si manifesta.

Il voto deliberativo dei Vescovi nel Concilio ecumenico costituisce un atto di constatazione più che di decisione. Infatti la votazione è funzionale ad esprimere che i Vescovi, e le Chiese loro affidate (che essi rappresentano in forza del loro sacro ministero), si trovano in comunione nel giudizio di fede o di disciplina. Nel Concilio, differentemente dai parlamenti, si raggiunge un giudizio comune non in base ad un "giudizio di maggioranza"[38], ma ad un "giudizio di comunione" con il Pontefice. Il voto quindi tende all'unanimità. In ciò si esprime con evidenza la differenza fondamentale tra il fatto collegiale (e sinodale) e la dinamica parlamentare. La votazione a carattere deliberativo nel Concilio non costituisce una forma di esercizio discrezionale del potere, secondo una logica volontaristica umana. Piuttosto essa esprime l'inappellabilità ed irrinunciabilità della testimonianza di fede dei Vescovi e delle Chiese da loro rappresentate. La fede non può essere definita con la volontà umana, è piuttosto un fatto preesistente. La testimonianza personale di fede, peraltro, non può essere "testimoniata" a sua volta secondo la logica della rappresentazione[39].

La peculiarità del voto consultivo nell'ordinamento della Chiesa sta nel fatto che esso non consiste in una limitazione di potere rispetto al voto deliberativo. Si esprime piuttosto come una necessità nell'ontologia della comunione che caratterizza l'intera dinamica istituzionale della Chiesa. Infatti è la modalità in cui si esprimono anche gli altri fedeli, i

[38] J. RATZINGER, *Scopi e metodi del Sinodo dei Vescovi*, in A.A., *Il Sinodo dei Vescovi. Natura, Metodo, Prospettive*, Città del Vaticano, 1985, pp. 52-53.
[39] E. CORECCO, *Parlamento ecclesiale o diaconia sinodale?*, in *Strumento internazionale per un Lavoro Teologico: Communio*, n. 1, 1972, p. 35.

chierici ed i laici, che contribuiscono a livello strutturale a formulare il giudizio comune di fede dei ministri, che sono chiamati ad esprimerlo per tutti in modo vincolante. Nella logica di comunione ecclesiale i sacri ministri tengono conto del "*sensus fidei*" – che si radica nel sacramento comune del battesimo – perché esprime un'opinione su fede e disciplina[40]. Il giudizio in fede e dottrina diviene comune e valido per tutti solo con l'intervento della parola e della testimonianza del Vescovo.

Quindi sia voto deliberativo che consultivo esprimono una testimonianza di fede, che non segue la mera logica del potere. Anche il più piccolo tra i fedeli può testimoniare la verità della fede. A coloro che detengono l'autorità nella Chiesa «*spetta soprattutto di non estinguere lo Spirito, ma di esaminare tutto e ritenere ciò che è buono (1 Ts 5, 12 e 19-21)*»[41] e compete deliberare il giudizio di comunione.

In concreto, come evidenziato nel precedente paragrafo, elemento discriminante per il carattere consultivo del voto del Sinodo dei Vescovi è la mancanza di un'esatta identificazione tra i membri che compongono il Sinodo e l'Episcopato nella sua interezza. Il fatto che sia il Decreto *Christus Dominus* che il Motu Proprio *Apostolica Sollicitudo* affermino che il Sinodo dei Vescovi rappresenti "*tutto l'episcopato cattolico*"[42], deve intendersi teologicamente come richiamo alla dimensione della collegialità affettiva[43] (sollecitudine del Vescovo per l'intera Chiesa) e non a quella effettiva (in senso stretto, ovvero quando il Collegio si riunisce per intero mediante il Concilio). In effetti il Codex Iuris Canonici dell'83, con riferimento al Sinodo dei Vescovi, non riporta le parole dei documenti sopra richiamati[44].

Anche sotto il profilo giuridico si può affermare che il singolo Vescovo, a capo di una Chiesa particolare, esercita la potestas sacra individualmente solo sulla determinata porzione di popolo di Dio affidatagli. Non esercita il governo pastorale sulle altre Chiese locali, né da solo sulla Chiesa universale[45]. I Vescovi presenti nel Sinodo quindi non

---

[40] E. CORECCO, *Ontologia della sinodalità*, in *Pastor bonus in Populo. Figura, ruolo e funzioni del Vescovo nella Chiesa*, a cura di A. Autiero e O. Carena, Roma, 1990, pp. 303-329.
[41] Concilio Vaticano II, Costituzione Dogmatica *Lumen Gentium*, n. 12.
[42] Concilio Vaticano II, Decreto *Christus Dominus*, n. 5: «*totius Catholici Episcopatus partes agens*».
[43] Concilio Vaticano II, Costituzione Dogmatica *Lumen Gentium*, n. 22.
[44] CIC, Can. 342: "*Il Sinodo dei Vescovi è un'assemblea di Vescovi i quali, scelti dalle diverse regioni dell'orbe, si riuniscono in tempi determinati per favorire una stretta unione fra il Romano Pontefice e i Vescovi stessi, e per prestare aiuto con i loro consigli al Romano Pontefice nella salvaguardia e nell'incremento della fede e dei costumi, nell'osservanza e nel consolidamento della disciplina ecclesiastica e inoltre per studiare i problemi riguardanti l'attività della Chiesa nel mondo*".
[45] Concilio Vaticano II, Costituzione Dogmatica *Lumen Gentium*, n. 23.

potrebbero rappresentare l'intero Episcopato cattolico – anche la porzione non presente – con atti di governo universale della Chiesa, ma lo rappresenterebbero in quanto (e nel senso di essere) chiamati ad avere quella sollecitudine nella carità nei confronti dell'intera Chiesa universale, della totalità delle Chiese particolari[46].

Con grande chiarezza Mons. W. Onclin dichiara «*Se il Sinodo dei vescovi rappresentasse veramente tutti i vescovi, sarebbe come il Concilio ecumenico e dovrebbe avere voto deliberativo, e i suoi atti sarebbero collegiali. Ma questo non corrisponde alla realtà. Il Sinodo dei vescovi non si può considerare come un collegio di tutti i vescovi; sarebbe un Concilio ecumenico*»[47]. La soluzione del CIC di non definire il Sinodo come rappresentante di tutto l'Episcopato cattolico sembra inoltre del tutto coerente con la fenomenologia del Sinodo stesso, che si può riunire anche solo per una determinata regione, nella forma dell'Assemblea speciale[48].

6. Conclusioni

Primato e Collegialità sono principi di governo della Chiesa universale che solo apparentemente si pongono in contrasto tra loro. Infatti il Papa ed il Collegio, soggetti cui è affidato il governo supremo della Chiesa, sono legati da un rapporto che non si limita al piano giuridico formale, ma che si estende anche al piano sacramentale, profilo sostanziale del Collegio Episcopale. Il Pontefice e gli altri Vescovi sono legati da un vincolo fraterno, costituito dall'unico sacramento dell'ordine, nella forma più piena dell'Episcopato. Il rapporto tra loro è descritto da due elementi indissolubili, che non sono in contraddizione: la *comunione* e la *gerarchia*. La *comunione gerarchica* consiste essenzialmente in ciò: il Papa è Vescovo membro del Collegio, ed il Collegio non ha autorità se non in comunione con il Pontefice, successore di Pietro che detiene il potere primaziale su tutti i pastori ed i fedeli[49].

La *communio* permea quindi ogni ambito dell'esistenza cristiana, anche quello istituzionale. Le strutture collegiali e sinodali ecclesiali sono informate da tale principio

[46] Concilio Vaticano II, Decreto *Christus Dominus*, n. 6.
[47] W. ONCLIN, *Parere del 20 settembre 1983 accluso alla Risposta della Pontificia Commissione per la Revisione del Codice di Diritto Canonico sul canone 342 CIC.*
[48] CIC, Can. 346 §3: "*Il Sinodo dei Vescovi che si riunisce in assemblea speciale è composto di membri scelti soprattutto da quelle regioni per le quali il sinodo viene convocato, a norma del diritto peculiare da cui è retto il sinodo".*
[49] Concilio Vaticano II, Costituzione Dogmatica *Lumen Gentium*, nn. 22-23.

che ne costituisce la specificità. Il giudizio di comunione, la decisione comune, non può essere ridotta ad una mero attivismo associazionistico per ottenere un deliberato, ma consiste sempre in un'esperienza di comunione, di vita comune a cui si è chiamati da Cristo stesso.

I Vescovi, che governano le Chiese particolari, nelle quali e dalle quali esiste la sola Chiesa cattolica, detengono il potere sacro sulla porzione di Popolo di Dio loro affidata. Essi rappresentano nella fede l'intera Chiesa particolare, e possono esprimere il giudizio comune della propria comunità cristiana, rimanendo sempre in comunione nella fede con la Chiesa universale. Ciò è possibile non in virtù di un mandato rappresentativo, ma mediante il sacramento. Si può dire quindi che la rappresentanza nella Chiesa si traduce sempre in una testimonianza di fede. Sul piano giuridico la rappresentanza-testimonianza del giudizio comune, esercitata dal Vescovo per la sua Diocesi, ha valore vincolante, e si traduce in un voto in seno al Collegio.

Nel Concilio ecumenico, che riunisce il Papa e tutti i Vescovi, tale voto ha valore deliberativo. La votazione nella Chiesa, anche sul piano formale, non può essere considerata meramente come affermazione di una maggioranza al pari di ciò che avviene nelle assemblee secolari. Non è solo un atto di potere, è anche un atto di constatazione di quali Chiese, rappresentate dai singoli Vescovi, hanno raggiunto un giudizio di comunione sul tema oggetto del deliberato. Nell'ambito della testimonianza-rappresentanza collegiale, la comunione con il Vescovo di Roma è per diritto divino il fattore costitutivo del rapporto stesso di comunione tra i Vescovi. La forza deliberativa del voto del Vescovo, nella prospettiva ecclesiale, non dipende da una forza di volontà umana in una logica politica, ma dal valore della rappresentanza espressa dal Vescovo per la sua comunità, che è da intendere come inappellabile, ultima. La fede peraltro può essere solo constatata, e non volontaristicamente decisa[50].

Il Romano Pontefice, nell'esercizio del proprio ministero di pastore della Chiesa universale, si avvale dell'aiuto di diversi organi a carattere collegiale, quali il Sinodo dei Vescovi, il Collegio dei Cardinali e il nuovo Consiglio di Cardinali. Non si tratta di organismi di governo universale in senso stretto, ma di istituzioni consultive in aiuto al Pontefice.

[50] T. BERTONE, *Lectio magistralis in occasione dell'apertura dell'anno accademico della Facoltà di diritto canonico San Pio X,* Roma, 4 dicembre 2008.

L'esercizio del voto consultivo in tali assemblee non deve essere osservato attraverso le lenti utilizzate per descrivere le dinamiche proprie delle società civili. La consultazione potrebbe infatti sembrare un'esclusione o una parziale riduzione dell'esercizio della *potestas*, o dell'intensità del principio di collegialità. Occorre invece considerare la natura del voto ecclesiale, che consiste nella testimonianza di fede della comunità, manifestata dal Vescovo. Il valore ontologico del voto prescinde dalla forza consultiva o deliberativa dello stesso, che dipende dal grado di rappresentanza ecclesiale dell'assemblea: integrale o più o meno ampia. Solo in tale prospettiva è possibile riconoscere il senso proprio della consultività.

La sinodalità nella Chiesa è un fenomeno che include non solo la collegialità in senso stretto, ma anche la dimensione consultiva, la collegialità affettiva. A livello strutturale è irriducibile il principio per cui il Vescovo rappresenta personalmente l'unità della sua Chiesa. La sua rappresentanza vincolante – per natura peculiare – non potrebbe essere delegata ad altri o ad una maggioranza. Tali considerazioni non escludono il valore e la ricchezza delle varie esperienze sinodali[51].

Il Consiglio di Cardinali costituisce un riscontro particolarmente attuale dell'effettività e del valore della consultazione di cui si avvale il Santo Padre. Per quanto concerne la struttura dell'organo e la sua composizione, il carattere essenziale della qualità episcopale che riveste ogni membro del Consiglio, sottolinea ulteriormente la centralità dell'elemento sacramentale nel governo della Chiesa, prima ancora di ogni altro fattore, quale potrebbe essere la dignità cardinalizia.

Il fine principale del *Consilium Cardinalium Summo Pontifici* è quello di aiutare il Papa consigliandolo nel governo della Chiesa universale. Ciò non solo conferma la centralità della dottrina sul Primato, ma pone in risalto anche l'elemento della fraternità episcopale – evocata dallo stesso Pontefice – che lega i Vescovi al Papa, nella responsabilità e servizio di governare la Chiesa.

Come autorevolmente confermato, il gruppo di Cardinali consiglieri è stato «*costituito per offrire consigli al Papa e non per prendere decisioni proprie*»[52]. Quindi «*si tratta di un organo consultivo, non decisionale*» che compie un'azione determinante nella Chiesa, poiché «*teologicamente il consigliare ha una funzione di assoluto rilievo: aiutare il*

[51] M. MIELE, *Papa Francesco e gli sviluppi recenti del metodo sinodale,* in Jus-online n. 1/2015.
[52] Sala Stampa della Santa Sede, Bollettino, *Briefing del Direttore della Sala Stampa a proposito della riunione del Papa con il Gruppo degli otto Cardinali*, 30 settembre 2013.

superiore nell'opera del discernimento, nel comprendere cioè quello che lo Spirito chiede alla Chiesa in un preciso momento storico. Senza questo riferimento, del resto, non si capirebbe nulla nemmeno del significato autentico dell'azione di governo nella Chiesa»[53].

Si tratterebbe anche in questo caso di atti che non sono *del collegio* nel suo pieno esercizio*,* ma che sono compiuti *nel collegio*[54]. Ovvero, pur non essendo evidentemente atti di tutto il Collegio Episcopale, sono atti "in un collegio". La dimensione collegiale possiede pertanto diverse gradazioni.

A conclusione della presente riflessione si ritiene che sia possibile comprendere in profondità i concetti e gli istituti affrontati solamente considerandone la forma giuridica alla luce del significato teologico. Gli elementi teologici applicati all'analisi del rapporto tra primato e collegialità, al concetto di rappresentanza, al voto consultivo etc., hanno permesso di mettere a fuoco le peculiarità e specificità dei richiamati istituti di diritto canonico. Ogni indagine scientifica richiede un metodo adeguato all'oggetto di studio. Per la realtà ecclesiale, disciplinata da diritto divino e diritto umano, è parso pertanto efficace procedere con metodo non solo giuridico ma anche teologico. In dottrina si è peraltro affermato che il diritto canonico costituirebbe una metodologia teologica. Tra diritto e teologia non vi sarebbe un rapporto di contraddizione ma di complementarietà[55].

Fermo il diritto divino, il principio di collegialità si manifesta in istituzioni che mutano nella storia. Nella consapevolezza della responsabilità che «*ci sono strutture ecclesiali che possono arrivare a condizionare un dinamismo evangelizzatore*»*,* la speranza e l'ideale che anima la costituzione della Chiesa è che «*le buone strutture servono quando c'è una vita che le anima, le sostiene e le giudica*»*.* Poiché «*qualsiasi nuova struttura si corrompe in poco tempo*» – afferma Papa Francesco – «*senza vita nuova e autentico spirito evangelico, senza fedeltà della Chiesa alla propria vocazione*»[56].

---

[53] L'Osservatore Romano, *Intervista al sostituto della Segreteria di Stato, S.E. Mons. Angelo Becciu: la riforma di Papa Francesco*, 1 maggio 2013.
[54] M. SEMERARO, *Mistero, Comunione e Missione*, Bologna, 1996, p. 184.
[55] A. M. RUOCO VARELA - E. CORECCO, *Sacramento e Diritto antinomia nella Chiesa? Riflessioni per una teologia del Diritto canonico,* Milano, 1971.
[56] FRANCESCO, Esortazione Apostolica *Evangelii Gaudium,* n. 26, Roma, 2013.

Abstract

VITTORIO TUSA, La collegialità nella Chiesa a cinquant'anni dal Concilio Vaticano II

L'articolo si propone di osservare il principio di Collegialità nella Chiesa trascorsi cinquant'anni dal "Grande Concilio". Per le peculiarità della società ecclesiale tale principio di governo non si esprime solo sul piano tecnico-formale, ma anche a livello ontologico. Si tratta infatti di un legame sacramentale che connette l'intero Corpo Episcopale: il Collegio dei Vescovi unitamente al Pontefice, Vescovo suo Capo. La Collegialità si pone quindi in un rapporto di complementarietà con l'inseparabile e fondante principio del Primato, e non di contrasto. Elemento sostanziale di tale relazione è la comunione, l'unità del Corpo, che sul piano strutturale è gerarchica per istituzione divina. Nelle istituzioni umane di governo della Chiesa sorte e mutate lungo i secoli della sua storia, l'esercizio della *sacra potestas*, del potere, si esplica in modo vibrante tramite il voto. Esso è la decisione volta a raggiungere, riconoscere, il giudizio comune del Collegio Episcopale. Lo stesso può essere essenzialmente deliberativo o consultivo, a seconda del grado di rappresentatività dell'organo collegiale riunito. Alla luce di tali considerazioni, emerge nella dottrina canonistica la necessità di definire delle categorie di collegialità, di classificarle ed inoltre distinguerle da altri concetti che talvolta parzialmente si sovrappongono in termini di significato. Con le opportune differenze, e considerando sia il piano teologico che giuridico, imprescindibile è la dimensione della sinodalità. Se da un lato si afferma la teoria della collegialità episcopale in senso stretto, secondo la quale sul piano formale è *stricte collegialis* solo il Concilio Ecumenico che, riunendo tutto il Collegio dei Vescovi con il Pontefice, è il solo in grado di porre in essere atti deliberativi di governo universale della Chiesa, dall'altro non si può negare che vi siano diverse manifestazioni graduali del fenomeno collegiale. Queste ultime possono essere ricondotte nell'alveo del concetto di collegialità affettiva, *late collegialis*. È proprio nel seno di tale dimensione più ampia che si collocano le istituzioni collegiali che nel tempo presente vengono più spesso convocate, determinando un fenomeno di riviviscenza della funzione consultiva nella Chiesa. Ci riferiamo al Concistoro Cardinalizio, al Sinodo dei Vescovi nelle sue diverse forme assembleari, ed ancora al Consiglio di Cardinali, istituito nel 2013 da Papa Francesco.

Parole chiave: collegialità, sinodalità, Collegio Episcopale, Vaticano II, Sinodo dei Vescovi, Cardinali.

VITTORIO TUSA, Collegiality in the Church fifty years after the Second Vatican Council

The article aims to examine the principle of Collegiality in the Church fifty years after the Second Vatican Council. Because of the peculiarities of ecclesial society, this principle of governance is not only expressed on the technical-formal level, but also on the ontological level. In fact, it is a sacramental bond that connects the entire Episcopal Body, the College of Bishops together with the Pontiff, who is the leading Bishop. Therefore, Collegiality has a relationship of complementarity, and not of contrast, with the inseparable and founding principle of Primacy. A substantial element of this relationship is the communion, the unity of the body, which is hierarchical by divine

institution on the structural level. In the human institutions of Church's government, that have arisen and changed throughout the centuries of its history, the exercise of the sacra potestas, of power, it is expressed in a vibrant way through the vote. It is the decision aimed at achieving and recognizing the common judgment of the Episcopal College. The vote can be deliberative or advisory, depending on the degree of representativeness of the collective collegial body. Considering the here above premises, in the canonical doctrine, it emerges the need to define the categories of collegiality, to classify them and to distinguish them from other concepts, that sometimes partially overlap in terms of meaning. Among the latter, it is also essential to include the dimension of synodality, even with the appropriate distinctions and considering both the theological and juridical levels. On the one hand, we examine the theory of episcopal collegiality in the strict sense, according to which the Ecumenical Council, which unites the whole College of Bishops with the Pontiff, is the only one stricte collegialis, and so capable of carrying out deliberative acts of universal government of the Church. On the other hand, it cannot be denied that there are several gradual manifestations of the collegial phenomenon. The latter can be traced back to the concept of affective collegiality. It is precisely in the bosom of this broader dimension that the collegial institutions arise. In the present time, they have been most often convoked, determining a phenomenon of revival of the consultative role in the Church. We refer to the Cardinal Consistory, the Synod of Bishops in its various forms of assembly and the Council of Cardinal Advisers, appointed by Pope Francis in 2013.

Key words: collegiality, synodality, Episcopal College, Vatican II, Synod of Bishops, Cardinals.

SEZIONE DOCUMENTI

MEMORIA DEL CENTRO STUDI LIVATINO SUL DDL "AFFIDO CONDIVISO"

in replica alle osservazioni critiche formulate il 15 gennaio 2019 sul proprio documento del 30 ottobre 2018[*]

Premessa. Il 30 ottobre 2018 il Centro Studi Livatino ha pubblicato un documento di analisi del d.d.l. AS 735 sul c.d. "affido condiviso": in esso, pur apprezzando l'attenzione dei proponenti verso talune ipotesi di soluzione delle crisi famigliari, con riferimento agli ostacoli verso l'applicazione piena del principio di bigenitorialità, ne ha posto in evidenza alcuni passaggi critici che, se non superati, precluderebbero il raggiungimento dell'obiettivo di «*mettere al centro la famiglia*», come è scritto nella relazione illustrativa del d.d.l..

Alle osservazioni del Centro Studi Livatino hanno replicato il Prof. Pierluigi Mazzamuto, l'avv. Carlo Piazza, l'avv. Marcello Adriano Mazzola, il dott. Vittorio Vezzetti e il prof. Arturo Maniaci attraverso la pubblicazione, il 15 gennaio 2019, di un documento avente quale scopo dichiarato quello di «*far emergere ed illustrare le ragioni di infondatezza delle criticità e contrarietà evidenziate nella memoria*» del Centro Studi Livatino.

La lettura doverosamente attenta di tale documento di risposta fa sorgere seri dubbi sul raggiungimento del fine da esso enunciato: non si rinvengono delle precise confutazioni, bensì generiche contestazioni, che in alcuni casi addirittura confermano, per lo meno in implicito, le critiche mosse al d.d.l. pur così strenuamente difeso. Passiamo in rassegna le voci più significative.

1. Sulla mediazione familiare e sulla sua obbligatorietà

La mediazione familiare costituisce un utile strumento nell'ambito di una separazione, sia per quanto riguarda gli aspetti economici, sia per quanto riguarda gli aspetti relativi alla regolamentazione del rapporto genitori/figli.

---

[*] Testo redatto dalle avv. Daniela Bianchini, Margherita Prandi ed Eva Sala, col coordinamento del dr. Alfredo Mantovano e la supervisione del prof. Emanuele Bilotti. Il precedente documento sul d.d.l. in questione è stato pubblicato sul n. 2/2018 di questa Rivista.

Vi è però nel d.d.l. AS 735 un grave errore di fondo: la mediazione familiare è pericolosamente confusa con la mediazione civile, che risponde a logiche diverse e ha obiettivi differenti. La *ratio* della mediazione familiare non è quella di disincentivare il ricorso al giudice, così come il suo obiettivo non è quello di far trovare un accordo alle parti che hanno deciso di separarsi. La mediazione familiare è uno strumento finalizzato a favorire il dialogo nell'ambito di una separazione – soprattutto quando la coppia ha figli minori – e in quanto tale riguarda l'aspetto relazionale della coppia, presupponendo da entrambe le parti l'interesse e la disponibilità a seguire l'intero percorso di mediazione, e prima ancora la disponibilità a mettersi in discussione.

Il documento redatto dai sostenitori del d.d.l. 735, nello sforzo di contraddire le nostre osservazioni, muove dagli stessi non condivisibili presupposti dei presentatori del d.d.l., poiché sovrappone la mediazione civile a quella familiare, e cita in maniera generica e non pertinente presunte «*direttive e raccomandazioni dell'Unione europea*» in base alle quali – a loro dire – l'Italia sarebbe tenuta a «*prevedere l'obbligatorietà del primo incontro informativo di mediazione in materia di diritto di famiglia*» (cfr. p. 3 memoria di replica).

Giova qui ricordare agli illustri Autori che semmai l'obbligatorietà della mediazione familiare, come prevista dal d.d.l. 735, si pone in contrasto con quanto stabilito dalla Raccomandazione n. R (98) 1 del Consiglio d'Europa[1], la quale indica una strada diversa. Se da una parte, infatti, il Consiglio d'Europa ha messo in evidenza l'importanza della mediazione familiare – tanto che gli Stati sono espressamente sollecitati a promuoverla –

[1] Cfr. Raccomandazione n. R (98) 1 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulla mediazione familiare, adottata dal Comitato dei Ministri il 21 gennaio 1998 al 616º incontro dei Delegati dei Ministri: «*1. Il Comitato dei Ministri, ai sensi dell'Articolo 15 b dello Statuto del Consiglio d'Europa, 2. Visto il numero crescente di dispute familiari, specialmente quelle derivanti da separazioni o divorzi e rimarcando le conseguenze pregiudizievoli del conflitto per le famiglie e l'elevato costo per gli Stati in termini sociali ed economici; […] 7. Tenendo conto dei risultati dello studio sull'uso della mediazione e delle altre misure atte a risolvere le dispute in questo ambito in diversi paesi, i quali mostrano che l'utilizzazione della mediazione familiare ha delle potenzialità al fine di: migliorare la comunicazione tra i membri della famiglia, ridurre il conflitto tra le parti in disputa […] 11. Raccomanda ai governi degli Stati membri: di introdurre o promuovere la mediazione familiare o, dove necessario, potenziare l'opera di mediazione familiare esistente […] Principi della mediazione familiare: […] II Organizzazione del servizio di mediazione: a. La mediazione non dovrebbe essere in linea di principio obbligatoria […] c. Prescindendo dalle modalità di erogazione e organizzazione della mediazione, gli Stati dovrebbero provvedere a che vi siano meccanismi appropriati al fine di assicurare l'esistenza di: procedure di selezione, formazione e qualificazione dei mediatori; standard che devono essere raggiunti e mantenuti dai mediatori. […] III. Metodi di mediazione: […] Il mediatore non ha il potere di imporre una soluzione alle parti*».

dall'altra, tuttavia, ha anche sottolineato che tale mediazione non va prevista come *obbligatoria*, escludendo altresì che il mediatore possa imporre *accordi*.

La ragione della non obbligatorietà della mediazione familiare sta nel fatto che senza la consapevole e matura volontà delle parti di iniziare un percorso volto alla riorganizzazione delle relazioni familiari, la mediazione stessa fallisce. L'obbligatorietà anche solo del primo incontro è comunque incoerente con lo strumento di una mediazione familiare correttamente intesa, che richiede un lavoro di mesi, e che invece - lo si ripete - rischia di naufragare proprio a causa dell'imposizione: una persona obbligata a partecipare a un incontro, in assenza di una adeguata preparazione emotiva, è difficile che poi prosegua il percorso. L'obbligatorietà, anche solo del primo incontro, rischia di far percepire con diffidenza lo strumento, col risultato di depotenziarlo.

È poi inopportuno prevedere l'inizio del percorso di mediazione quale condizione di procedibilità (cfr. art. 7 d.d.l. 735), proprio per le ragioni sopra puntualmente esplicitate, peraltro confermate dalla pratica nell'ambito delle separazioni coniugali. Desta perplessità quanto invece sostenuto dagli Autori della memoria in difesa del d.d.l. 735 laddove, nel tentativo di convincere i lettori dell'infondatezza delle originarie osservazioni del Centro Studi Livatino, sono giunti ad affermare che la condizione di procedibilità potrebbe essere "aggirata" facilmente «*visto che, in mancanza di una sanzione processuale, sarebbe molto semplice per le parti omettere l'adempimento e vanificare il senso della riforma*» (p. 4). Volendo sintetizzare questo pensiero, viene in mente il proverbio "*fatta la legge, trovato l'inganno*", che suggerito dai difensori del d.d.l. fa riflettere. Riesce singolare dapprima esaltare un istituto, quello della mediazione, porlo come condizione di procedibilità, e subito dopo sminuirne la portata ricordando che è un "obbligo privo di sanzione": quale cogenza ha un adempimento previsto come obbligatorio, la cui inosservanza è *tamquam non esset*?

2. Sulla coordinazione genitoriale

Nella memoria in difesa del d.d.l. 735 viene criticata in maniera generica quanto affermato dal Centro Studi Livatino sulla figura del coordinatore genitoriale. Si legge nella memoria: «*per le ragioni esposte appaiono, pertanto, prive di pregio le critiche contenute nel documento del Centro Studi Livatino*». In realtà, quelle *ragioni esposte,* contenute in poche righe, altro non sono che la mera riproposizione del contenuto sul

punto del testo del disegno di legge. Non vi è alcuna effettiva confutazione di quanto da noi osservato.

Alla figura del coordinatore genitoriale il d.d.l. attribuisce compiti delicati e ampi poteri decisionali, senza però definirne chiaramente il profilo professionale, e senza prevedere nulla in merito alla verifica delle effettive competenze e dell'imparzialità, oltre a non aver imposto alcun obbligo formativo (a esso il d.d.l. fa soltanto un fugace e generico cenno). Anche sotto il profilo della responsabilità vi sono delle lacune, poiché l'art. 5 comma 4 stabilisce che «*lo svolgimento dell'attività di coordinazione genitoriale non dà luogo a responsabilità personali, salvi i casi di dolo o colpa grave*», senza alcun cenno alla responsabilità professionale.

Gli Autori della memoria di replica non hanno risposto alle nostre obiezioni, limitandosi a riportare il testo dell'articolo in esame: sarà che qualche dubbio sia sorto anche a loro, quanto meno sull'individuazione concreta della figura, della quale si sono soltanto limitati a dire che è «*diversa dal mediatore*»?

3. Sull'equilibrio tra le figure genitoriali

I minori per poter crescere in maniera sana ed equilibrata hanno bisogno dell'apporto di entrambe le figure genitoriali durante tutto l'arco del loro sviluppo: è questa la considerazione alla base del principio di bigenitorialità che i firmatari del d.d.l. 735 hanno messo in evidenza, e che noi condividiamo senza riserve.

Non condividiamo invece l'impostazione rigida del d.d.l., soprattutto la riduzione della bigenitorialità a una mera divisione paritetica di giorni che i figli dovrebbero trascorrere con ciascun genitore: tale concezione riduttiva della bigenitorialità muove dal presupposto errato della perfetta interscambiabilità fra i genitori, quando invece andrebbe messa in risalto la complementarietà delle due figure, diverse quanto ai ruoli, uguali quanto a diritti e a dignità. La pariteticità non deve tanto riguardare il conto dei giorni che ciascun genitore trascorre con i figli, bensì la responsabilità e l'impegno che ogni genitore deve loro garantire.

Ciò trova riscontro nelle esperienze di quegli stessi Stati cui hanno asserito di essersi ispirati i proponenti del d.d.l. 735 (cfr. p. 3 relazione illustrativa): in Belgio non vi è alcuna rigida ripartizione dei tempi di permanenza dei figli presso i genitori e i giudici sono chiamati a valutare caso per caso. In Quebec non esiste alcun modello privilegiato

e, anche in questo caso, i giudici sono chiamati a valutare il superiore interesse dei minori coinvolti. In Svezia i giudici, nello stabilire se per un minore sia preferibile l'affidamento condiviso o quello esclusivo, sono chiamati a valutare la capacità di cooperazione dei genitori. Nessuna rigida predeterminazione dei tempi, dunque, si rinviene nei Paesi citati nella relazione illustrativa al d.d.l. 735 a sostegno delle scelte operate, che vanno, invece, nella direzione opposta.

Malgrado ciò, gli Autori della memoria hanno contestato le osservazioni del Centro Studi Livatino – ritenendole frutto di una «*lettura superficiale del testo*» – senza però rispondere nel merito dei rilievi critici sollevati. Nessuna posizione è stata assunta dagli stessi Autori sulle nostre considerazioni riguardanti l'importanza di considerare le diverse età del minore: un neonato, secondo quanto previsto dal d.d.l. 735, perderebbe la possibilità dell'allattamento materno, l'infante vedrebbe pericolosamente interrotta la relazione simbiotica con la madre, indispensabile nei primi tempi di vita.

Se in Italia è ancora alta la percentuale di bambini che dopo la separazione continuano a vivere in maniera prevalente con le madri non è per l'adesione da parte dei giudici alla *maternal preference*, come si vorrebbe far credere. In Italia, già dopo la nascita del primo figlio, sono numerose le donne che, di fatto, anche a causa della carenza di servizi a sostegno della famiglia e della genitorialità, sono costrette a ridurre l'impegno lavorativo extra familiare optando per un part time, fino a restare a casa quando per esempio aumenta il numero dei figli. In Italia, diversamente da quanto avviene in Svezia (tanto per citare un Paese preso a modello dal d.d.l. 735), è piuttosto raro che sia il padre a ridurre la propria attività di lavoro per dedicarsi alla famiglia dopo la nascita di un figlio.

Tutto questo ha delle evidenti conseguenze al momento della separazione: la donna che aveva optato per il part time difficilmente potrà passare al full time, con la conseguenza che, tendenzialmente, le donne hanno più tempo degli uomini da dedicare all'accudimento dei figli. Ecco il motivo concreto per cui le statistiche indicano l'Italia quale Paese in cui nella maggior parte dei casi i figli vivono prevalentemente con la madre.

Se si tiene conto della reale condizione delle famiglie italiane (non svedesi, danesi, belghe, canadesi o australiane, come suggeriscono gli Autori della memoria), laddove si applicasse in concreto il modello previsto dal d.d.l. 735, non si raggiungerebbe comunque la "pariteticità numerica" tanto agognata: posto che statisticamente lavorano a tempo

pieno più gli uomini che le donne, è infatti ragionevole che un padre, nel tempo previsto a sua disposizione, *materialmente* passerà meno tempo con i figli rispetto ad una madre che invece, lavorando solo mezza giornata, potrà dedicare maggiore cura e attenzione ai figli. È evidente che, volendo escludere improbabili casi di padri aventi il dono dell'ubiquità, un padre impegnato al lavoro lascerà i figli con una baby sitter o con i nonni. Ecco allora che la rigida pariteticità dei tempi di permanenza manifesta la concreta inidoneità al raggiungimento dell'obiettivo, poiché non tiene adeguato conto della realtà. Inoltre, non considera che per un bambino è sicuramente meglio essere accudito, laddove possibile, dal proprio genitore, piuttosto che essere affidato alle cure – seppur amorevoli – di un estraneo.

Ci è ben noto che la rigida previsione dei tempi di permanenza prevista dal d.d.l. 735 corrisponde all'esigenza di dare seguito alle istanze dei padri separati, che lamentano – in molti casi giustamente (fermo restando l'esame di ciascun singolo caso concreto) – di non trascorrere una quantità di tempo adeguata con i propri figli. Tuttavia il d.d.l. 735 ha optato per uno strumento destinato a non funzionare proprio in concreto. Sarebbe più utile, semmai, esigere un'adeguata formazione da parte di coloro che si occupano di diritto di famiglia, *in primis* gli avvocati, che non sempre risultano sufficientemente qualificati per occuparsi delle delicate questioni familiari e che non di rado, per mancanza delle qualità necessarie, anziché aiutare le parti a dialogare aggravano il conflitto.

Sul fondamento adultocentrico del d.d.l. 735, va poi considerato che la fissazione dei tempi di frequentazione genitori/figli, così come formulata nel d.d.l., esclude la possibilità di analisi caso per caso, in favore di soluzioni standardizzate che, come tali, non tengono conto delle reali esigenze del singolo minore coinvolto. Gli Autori della memoria di difesa del d.d.l. 735 sul punto non paiono aver offerto argomenti: si sono limitati ad affermare che simili osservazioni sono il mero frutto di una *lettura superficiale del testo* (cfr. p. 12 della memoria)[2].

[2] A dimostrazione che persino gli Autori della memoria in difesa del d.d.l. 735, lungi dal dimostrare l'infondatezza delle critiche di adultocentrismo, finiscono per confermarle, giova considerare anche quanto scritto a pagina 14 della memoria: «*Il d.d.l. non si astiene, ovviamente, dal considerare e contemplare ipotesi di spostamento fisico del minore che sarebbero fonte di pregiudizio psico-fisico a carico del minore ovvero accentuerebbero il trauma della separazione […] infatti richiede il consenso di entrambi i genitori o, in mancanza, l'autorizzazione del giudice tutelare*». Il minore resta sullo sfondo, in secondo piano, come se le questioni relative al suo spostamento non lo riguardassero: decidono soltanto i genitori e, in caso di loro disaccordo, il giudice, a prescindere dall'età del minore.

In realtà, per verificare il fondamento di quanto da noi sostenuto, basta leggere la relazione illustrativa (cfr. p. 2) o gli articoli 7, 10, 14 e 17 per rendersi conto che nel d.d.l. 735 il superiore interesse del minore – benché qua e là citato – è posto in secondo piano rispetto all'interesse degli adulti (nonni compresi)[3], tanto che non è neppure lontanamente contemplata la partecipazione del minore agli accordi che riguardano la sua permanenza da ciascun genitore. Nella relazione illustrativa si indica chiaramente come obiettivo quello di garantire ai genitori «*il diritto di decidere sul futuro dei loro figli*», dimenticando forse che il minore è da tempo considerato *soggetto di diritti* e come tale, laddove il suo sviluppo lo consenta, con le dovute cautele, deve poter partecipare alla definizione delle questioni che lo riguardano[4].

4. Sul mantenimento dei figli in forma diretta

Il mantenimento in forma diretta, secondo quanto previsto dal d.d.l. 735, è strettamente collegato al sistema di divisione paritetica dei tempi di permanenza dei figli da ciascun genitore. Considerata l'inefficacia – almeno in Italia – di questo sistema di collocamento dei figli, vengono altresì meno le ragioni a sostegno di tale forma di mantenimento.

Abbiamo già esposto nel documento del 30 ottobre 2018 le perplessità sulla rigida previsione di cui all'art. 11 del d.d.l. 735, sottolineando come in essa manchi l'idea di

[3] In merito alle perplessità da noi manifestate circa la previsione dell'intervento dei nonni nella causa (cfr. art. 11), non si rilevano osservazioni critiche nella memoria, limitandosi gli Autori ad osservare che si tratta di una mera facoltà processuale. Tuttavia, nel ribadire quanto già scritto nel documento del 30 ottobre, la previsione andrebbe eliminata, se non altro per diminuire la litigiosità nei procedimenti di famiglia.

[4] Cfr. Convezione di New York del 1989, art. 3: «*In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente*»; Convenzione Europea sull'esercizio del diritto dei minori, art. 1: «…*Oggetto della presente Convenzione è promuovere, nell'interesse superiore dei minori, i loro diritti, concedere loro diritti azionabili e facilitarne l'esercizio facendo in modo che possano, essi stessi o tramite altre persone od organi, essere informati ed autorizzati a partecipare ai procedimenti che li riguardano dinanzi ad un'autorità giudiziaria*», art. 6: «*Nei procedimenti che riguardano un minore, l'autorità giudiziaria, prima di giungere a qualunque decisione, deve: a) esaminare se dispone di informazioni sufficienti al fine di prendere una decisione nell'interesse superiore del minore e, se necessario, ottenere informazioni supplementari, in particolare da parte dei detentori delle responsabilità genitoriali*…»; Corte cost., sentenza n. 272 del 22 novembre 2017, che ha confermato la «*necessità di considerare il concreto interesse del minore in tutte le decisioni che lo riguardano*»; Corte cost., sentenza n. 31 del 23 febbraio 2012, laddove si legge: «*nell'ordinamento internazionale è principio acquisito che in ogni atto comunque riguardante un minore deve tenersi presente il suo interesse, considerato preminente. E non diverso è l'indirizzo dell'ordinamento interno, nel quale l'interesse morale e materiale del minore ha assunto carattere di piena centralità, specialmente dopo la riforma attuata con legge 19 maggio 1971 n. 151 (Riforma del diritto di famiglia), e dopo la riforma dell'adozione realizzata con la legge 4 maggio 1983 n. 184 (Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori), come modificata dalla legge 28 marzo 2001n. 149, cui hanno fatto seguito una serie di leggi speciali che hanno introdotto forme di tutela sempre più incisive dei diritti del minore*».

solidarietà fra i genitori, nell'interesse dei figli. Il d.d.l. non tiene in debito conto le disuguaglianze ancora presenti nella società italiana fra uomini e donne (soprattutto in ambito lavorativo) e in tal modo finisce col contraddire l'obiettivo dichiarato di porre al centro la famiglia, e di garantire l'uguaglianza fra i coniugi.

Gli Autori della memoria a sostegno del d.d.l. 735 riconoscono che le osservazioni del Centro Studi Livatino sul deficit di solidarietà «*sono certamente da approfondire*», ma poi si limitano ad aggiungere «*che il testo del d.d.l. non abdica, affatto, ad una prospettiva solidaristica, che anzi viene valorizzata*» (cfr. p. 16 della memoria), non chiarendo in che modo, concretamente, verrebbe valorizzata. Da un'attenta lettura del d.d.l. questa pretesa *valorizzazione* non si evince, né i sostenitori lo spiegano: il che fa concludere che essa non vi sia.

Come già osservato nel documento del 30 ottobre 2018, l'eliminazione dell'assegno di mantenimento per i figli e la sua sostituzione con il mantenimento diretto determinerebbe, in considerazione dell'attuale realtà sociale italiana, gravi disuguaglianze fra i genitori e non favorirebbe il dialogo fra le parti. Del resto, gli Stati a cui il d.d.l. 735 afferma di ispirarsi prevedono diversi meccanismi perequativi, nella consapevolezza che, nell'interesse dei figli, è opportuno evitare disuguaglianze fra i genitori. In California, ad esempio, i giudici prendono provvedimenti in modo che i figli, dopo la separazione dei genitori, continuino ad avere le medesime condizioni di vita e a tal fine sono previsti meccanismi volti a ridurre le disparità economiche fra i genitori in modo che i figli non percepiscano differenze[5]. L'assegno perequativo, volendo soffermarsi solo sugli Stati citati nella relazione illustrativa al d.d.l. 735 (cfr. p. 3), è previsto in Belgio, in Svezia e nello Stato di Washington e in quest'ultimo caso persino nell'ipotesi di tempi paritetici[6].

5. Sull'alienazione genitoriale

[5] Cfr. California Family Code, Division 9-Support [4053]: «*Nell'attuazione delle linee guida uniformi in tutto lo Stato, i tribunali devono aderire ai seguenti principi: a) L'obbligo principale di un genitore è quello di sostenere i propri figli minori in base alle circostanze e alla condizione di vita del genitore;* […] *c) le linee guida tengono conto del reddito effettivo di ciascun genitore e del livello di responsabilità per i figli;* […] *f) i bambini dovrebbero condividere il tenore di vita di entrambi i genitori. Il mantenimento dei figli può quindi migliorare in modo appropriato il tenore di vita della famiglia affidataria per migliorare la vita dei bambini; g) il mantenimento dei figli quando entrambi i genitori sono responsabili dovrebbe rispecchiare l'aumento dei costi di far crescere i bambini in due case e ridurre al minimo le disparità significative negli standard di vita dei bambini nelle due case*».

[6] Cfr. Revised Code of Washington - Domestic Relations, 26.19.

Nel commentare quanto previsto dal d.d.l. 735 all'art. 17, abbiamo invitato a una maggiore prudenza nella valutazione delle situazioni di rifiuto di un genitore da parte di un figlio, in quanto non sempre questo è dovuto all'azione alienante del genitore convivente con il minore. Nel d.d.l. 735, invece, sulla pretesa tutela del minore, è previsto che il giudice possa prendere provvedimenti «*anche quando, pur in assenza di evidenti condotte di uno dei genitori, il figlio minore manifesti comunque rifiuto, alienazione o estraneazione con riguardo a uno di essi*» (art. 17).

Nella memoria a sostegno del d.d.l. 735, a pag. 18, viene precisato che l'alienazione genitoriale «*non può e non deve essere confusa con la c.d. PAS (acronimo, che sciolto diventa "Sindrome da Alienazione Parentale", ovverosia un disturbo e quindi una patologia), ancorché la c.d. PAS (tuttora oggetto di discussione nella comunità medico-scientifica) possa essere una conseguenza di condotte alienanti*»: ciò sembra suggerire che il d.d.l. 735 non si basa sulle teorie legate alla PAS. Tuttavia, gli stessi Autori subito dopo aggiungono che «*l'alienazione genitoriale rimane ancora oggi un serio e grave problema di salute pubblica che compromette l'equilibrio psico-fisico della persona del minore, con gravi disagi interpersonali e verso l'intera collettività*». Alla base di questa posizione vi è il convincimento che dietro ogni rifiuto manifestato da un figlio nei confronti di uno dei genitori vi sia sempre e solo una spiegazione: il comportamento alienante dell'altro genitore. Tanto che i difensori del d.d.l. 735 allargano a dismisura le dimensioni del fenomeno, fino a qualificarlo *serio e grave problema di salute pubblica*.

Nella pratica sappiamo che non è così. È vero che ci sono genitori che pongono in essere comportamenti più o meno ostili nei confronti dell'ex partner, deprecabili e da sanzionare una volta accertati, ma questo non significa che tutti i minori che rifiutano un genitore abbiano subito pressioni dall'altro.

In una materia così delicata il d.d.l. avrebbe dovuto prestare maggiore attenzione al minore e non limitarsi a porre l'inciso "*nell'esclusivo interesse del minore*", quando, di fatto, al minore non viene neppure data la possibilità di essere ascoltato, aiutato, compreso senza il minimo approfondimento sulle ragioni del suo rifiuto.

È grave che nel d.d.l. 735 si preveda la possibilità di un intervento sanzionatorio in tutte le situazioni in cui «*il figlio minore manifesti comunque rifiuto*», senza prevedere alcuna accurata indagine e addirittura anche «*in assenza di evidenti condotte*».

Il contenuto dell'art. 17 del d.d.l. 735 suscita talmente tante perplessità che persino i suoi difensori hanno preso una posizione diversa, seppur formalmente aderente, come si evince dalla seguente affermazione (p. 19 della memoria): «*non è quindi sufficiente lamentare un'asserita condotta di alienazione genitoriale per ottenere un intervento da parte del Giudice, ma è necessario allegare e documentare una situazione rappresentata da condotte che siano fonte di alienazione genitoriale*». Affermazione condivisibile, che tuttavia è in contraddizione con quanto previsto dal d.d.l. 735 e con l'inciso in esso presente «*pur in assenza di evidenti condotte*». A tal proposito, gli Autori della memoria pro d.d.l. 735 hanno voluto precisare che per la fattispecie che contempla l'assenza di evidenti condotte «*si richiede comunque una forma manifesta di alienazione passiva*»: precisazione che però è una interpretazione degli Autori, poiché nel d.d.l. questa precisazione manca.

6. Sull'eliminazione dell'ammonimento

La memoria a sostegno del d.d.l. 735, con riferimento alla previsione di cui all'art. 9, senza prendere posizione riguardo alle nostre osservazioni, si limita a richiamare la Relazione illustrativa al disegno di legge, ribadendo l'inutilità dell'ammonimento «*per essersi rivelata nella prassi totalmente inefficace e inidonea a scongiurare condotte pregiudizievoli per il minore*».

Come già osservato nel documento del 30 ottobre 2018, la sanzione dell'ammonimento è l'unica che – non prevedendo richieste risarcitorie o di natura economica – non può dar adito a facili accuse di possibili strumentalizzazioni a fine di lucro, e quindi va mantenuta.

7. Sull'abrogazione dell'addebito

Il d.d.l. 735 prevede il venire meno della possibilità per giudice, in sede di separazione, su richiesta dell'interessato e ove vi siano i presupposti, di addebitare la separazione al coniuge che abbia avuto durante il matrimonio un comportamento contrario ai doveri coniugali. Gli Autori della memoria a favore del d.d.l. 735 sul punto argomentano affermando che la *ratio* di detta eliminazione starebbe nello scopo di «*sottrarre al giudizio di separazione la trattazione e istruzione della questione dell'addebito, in chiave*

non solo di celerità del giudizio, ma di diminuzione della conflittualità nell'interesse della prole».

Anche in questo caso, non si risponde ai nostri rilievi: rimuovere le sanzioni previste per i comportamenti che violano i doveri nascenti dal matrimonio, privilegiando l'obiettivo di imprimere una maggiore celerità alla procedura, più che una soluzione individuata «*nell'interesse della prole*» sembra essere una resa dello Stato, che non si sente in grado di dare giustizia.

Roma, 2 aprile 2019

VITTORIO TUSA
Avvocato in Milano

CONVERSAZIONE
CON S.E.R. MONSIGNOR MARCELLO SEMERARO
VESCOVO DI ALBANO
SEGRETARIO DEL CONSIGLIO DI CARDINALI

La presente conversazione è il punto d'arrivo di un percorso di studio, sostenuto dal Centro universitario Cattolico, presso la Conferenza Episcopale Italiana.
Il progetto, intitolato "La collegialità nella Chiesa a cinquant'anni dal Concilio Vaticano II" per evidenti ragioni non può prescindere dall'analisi del concetto stesso di collegialità, sia sul piano giuridico che teologico.
In particolare con Sua Eccellenza intenderei parlare di ciò che largamente la dottrina qualifica come "collegialità affettiva".
Tale dimensione si pone aldilà della collegialità più strettamente intesa quale è la Collegialità episcopale, che si esprime solennemente nel Concilio ecumenico, sempre con il Pontefice e mai senza di esso.
Nel momento presente elementi di collegialità affettiva, e di sinodalitá, si mostrano vividamente con l'esperienza del Sinodo dei Vescovi, ed inoltre con la nuova istituzione del Consiglio di Cardinali.
La mia conversazione con Lei si concentrerà precisamente su quest'ultimo organo, in quanto nello stesso Sua Eccellenza ricopre l'ufficio centrale di segreteria.

Quanto alla terminologia cui Lei fa riferimento, ritengo che vi sia la tendenza a superarla. Credo che si tenda a superare la distinzione tra collegialità affettiva ed effettiva non perché essa non sia valida (io, anzi, la ritengo), ma per la ragione che nell'uso linguistico odierno essa è di difficile comprensione, o almeno fonte di qualche equivoco.
Intendo dire che nel nostro linguaggio comune la parola "affetto" fa riferimento ad un sentimento, e non rimanda quindi esplicitamente ad una base di carattere ontologico, quanto piuttosto ad un sentimento, a qualcosa di interiore che poi si manifesta in comportamenti. L'idea che qui esprimo mi pare sia convalidata dal professore Gianfranco

Ghirlanda[1]. Fu il senso col quale il termine fu impiegato nella redazione dell'Esortazione Apostolica *Pastores Gregis*[2]. Io ero stato Segretario speciale del Sinodo dei Vescovi nel 2001 e quella Esortazione Apostolica ne è, potremmo dire, il seguito. Ricordo che in quella circostanza Gianfranco Ghirlanda sottolineava che la parola "affetto" è da intendersi secondo l'etimologia latina, cioè in un senso stretto: ossia di *affectum*, che è ciò che lega, che congiunge delle persone su di una base ontologica.

Si aggiunga pure che la parola collegialità è un termine astratto, che alla lingua latina non piace: essa preferisce infatti il termine concreto di *collegio*.

Diremmo, dunque, che la collegialità *affettiva* coinciderebbe con il dato ontologico sacramentale che lega fra sé tutti quelli che hanno ricevuto l'ordine sacro nel suo primo grado, che è l'Episcopato. *Effettiva* la collegialità lo diventa quando questa base ontologica, la realtà ontologica, viene alla luce e produce gesti ed atti concreti. Quindi diremmo che, ad esempio, un Concilio Ecumenico è espressione concreta di una collegialità affettiva perché in esso emerge, si mostra, si attua l'affetto collegiale, cioè l'elemento sacramentale di base, che collega tutti coloro che hanno il sacramento dell'ordine del grado dell'episcopato.

In sintesi, la realtà sacramentale ontologica di base passa all'atto e si esprime attraverso determinati atti, quali il voto, col quale ogni Vescovo si fa voce della sua Chiesa, eccetera. Il senso dovrebbe essere questo. Oggi, però, non tutti intendono l'*affectum* in questo senso e sarebbe forse un po' difficile da spiegare. Nell'uso linguistico comune, come dicevo, l'affetto è il volersi bene …

Invece per noi più propriamente si intenderebbe come il vincolo sacramentale dell'Episcopato nella sollecitudine verso la Chiesa.

Esatto: è proprio, torno a dire, l'elemento sacramentale che congiunge in un collegio i suoi membri; che colloca in un collegio delle persone. Se nel linguaggio comune la parola affetto rimanda al sentimento, qui si tratta di un elemento di base ontologico. Capisco che altri potrebbero non convenire su questa spiegazione. Dico soltanto che in *Pastores*

[1] G. GHIRLANDA, *Il ministero Petrino*, in *La Civiltà Cattolica*, Vol. I, Quad. 3906, Roma, 2013, pp. 549-563.
[2] GIOVANNI PAOLO II, Esortazione Apostolica Post-Sinodale *Pastores Gregis*, Roma, 2003.

Gregis il termine è usato in questo senso. Convengo, tuttavia, e per le ragioni che ho ricordato, sulla tendenza ad evitare il binomio *affettiva - effettiva*.

Concentrando l'attenzione sul Consiglio di Cardinali, come nasce la proposta di istituirlo? In quanto noi sappiamo che sorgerebbe all'interno ed in occasione delle congregazioni generali precedenti al Conclave nel 2013. E, se può dirlo, anche chi è Colui che di fatto ha avanzato tale idea, che poi si è tradotta nel Chirografo istitutivo[3] *redatto dal Pontefice.*

Chi ha personalmente manifestato l'istanza non lo saprei. Si è sempre parlato, tuttavia, anche nell'ambito del Consiglio dei Cardinali quando si faceva riferimento a questa fase, di un'indicazione comune ricorrente nelle Congregazioni pre-conclave. Ed è ciò che lo stesso Papa poi ha affermato esplicitamente più e più volte. Si è trattato di un'istanza emersa nelle riunioni anteriore al Conclave. Dico anteriori al Conclave perché ovviamente il Papa non è giuridicamente vincolato a quello che è stato detto dal Collegio dei Cardinali, altrimenti sarebbe una condizione per l'elezione. Ancor meno in fase di Conclave. È da escludere una cosa di questo genere. Sono state quindi delle raccomandazioni, delle istanze che sono emerse. La ragione è stata fondamentalmente quella di dotare la Sede Apostolica, la Santa Sede, quindi il Papa, di uno strumento agile, di veloce e più facile consultazione, anche in un contesto di non ufficialità, al fine di percepire le istanze che vengono da tutta la Chiesa.
È stato peraltro pubblicato su una rivista del Laterano, *Centro Vaticano II. Studi e ricerche* curato dal Professor P. Chenaux, un mio intervento "*Sinodo dei Vescovi. La "paternità" di Paolo VI*"[4] ove si utilizzano dei testi autografi di Paolo VI che fanno riferimento a suoi discorsi ufficiali. Quindi nel confronto tra il manoscritto di Montini e il testo ufficiale è facile individuare delle intenzioni del Papa. Ora, l'idea di qualcosa di molto simile all'attuale Consiglio di Cardinali costituito da Papa Francesco, era già emerso in fase di discussione nel Concilio Vaticano II. Nell'articolo appena richiamato

[3] FRANCESCO, *Chirografo con il quale viene istituito un Consiglio di Cardinali per aiutare il Santo Padre nel governo della Chiesa universale e per studiare un progetto di revisione della Costituzione Apostolica Pastor Bonus sulla Curia Romana,* Roma, 28 settembre 2013.
[4] M. SEMERARO, *Il Sinodo dei Vescovi: la paternità di Paolo VI,* in *Centro Vaticano II. Studi e ricerche,* XI, 1-2, Roma, 2017, pp. 9-25.

si pongono esattamente in parallelo ciò che disse Montini in un suo discorso del 21 novembre 1964[5] ed è scritto nel testo del manoscritto, e quello che più tardi è stato il Chirografo di Francesco[6]. Tutto ciò ovviamente senza che vi sia alcuna dipendenza neanche letteraria.
Cioè Papa Francesco non conosceva questa intenzione di Paolo VI. Però corrisponde ad un progetto che c'era nel Concilio Vaticano II, anche se in termini molto vaghi, ma che poi è stato visto ed attualizzato nel Sinodo dei Vescovi.

Avrei voluto domandare «*dal Concilio al Sinodo, e dalle Congregazioni al Consiglio dei Cardinali?*»*, ma mi ha sorpreso affermando che pur trattandosi di due istanze differenti, tra Sinodo e Consiglio di Cardinali vi è una sorta di continuità, e che già c'era stata l'intuizione da parte di Paolo VI di costituire una realtà di questo genere.*

Sì, anche se Paolo VI ha comunque sempre pensato ad una realtà consultiva. Il Sinodo è stato concepito fin dall'inizio come una realtà di consultazione[7], ma questo è un altro problema. La vera questione è cosa si intende per *consultazione*. In dottrina alcuni ne parlano, in senso civilistico, aziendale etc., ma nel senso ecclesiastico e a livello ecclesiale non è la stessa cosa. Bisognerebbe riprendere anche degli studi molto interessanti della canonistica sul valore della consultazione nella prassi della Chiesa. Penso ad alcuni testi sulla Major Pars e la Sanior Pars. Penso al testo che anche Papa Francesco ha citato nel discorso per i 50 anni del Sinodo: il famoso articolo di Y. Congar «*Quod omnes tangit, ab omnibus tractari et approbari debet*»[8]. E vi è anche il principio che troviamo espresso

[5] M. SEMERARO, *ibid.:* «*... per sbrigare gli affari di interesse generale che sono noti come specifici di questo nostro tempo, Noi saremo prontissimi ad eleggere alcuni di voi, Venerabili fratelli, ad essere chiamati e a deliberare periodicamente ... ciò sarà tanto più utile in quanto la Curia Romana, che deve essere ristrutturata, cosa che sarà accuratamente studiata, potrà giovarsi dell'esperienza dei Pastori delle Diocesi ...*».
[6] FRANCESCO, *Chirografo con il quale viene istituito un Consiglio di Cardinali per aiutare il Santo Padre nel governo della Chiesa universale e per studiare un progetto di revisione della Costituzione Apostolica Pastor Bonus sulla Curia Romana,* Roma, 28 settembre 2013: «*Tra i suggerimenti emersi nel corso delle Congregazioni Generali di cardinali precedenti al conclave figurava la convenienza di istituire un ristretto gruppo di Membri dell'Episcopato, provenienti dalle diverse parti del mondo, che il santo Padre potesse consultare, singolarmente o in forma collettiva, su questioni particolari ... istituito come un "Consiglio di Cardinali", con il compito di aiutarmi nel governo della Chiesa universale e di studiare un progetto di revisione della Costituzione Apostolica Pastor Bonus sulla Curia Romana*».
[7] PAOLO VI, Lettera Apostolica Motu Proprio *Apostolica Sollicitudo,* Roma, 1965.
[8] Y. CONGAR, *Quod omnes tangit, ab omnibus tractari et approbari debet,* 1958.

nella regola di San Benedetto, dove si dice che l'abate deve consultare i monaci e che deve fare attenzione perché talvolta lo Spirito Santo parla anche attraverso il novizio[9]. Questo è il criterio che Francesco esprime molto bene, anche se in poche frasi (e andrebbe approfondito) nel discorso del 17 ottobre 2015, ove afferma che la *sinodalità* comincia con l'ascoltare, inizia con un ascolto reciproco[10]. Ora, in una mentalità deliberativa in cui la mia presenza vale soltanto se ho fatto udire la mia voce e se la mia parola entra in una situazione di decisione, è ovvio che il criterio della consultazione non vale. Cioè consultare significa più o meno questo: dimmi quello che hai da dire, quello che è il tuo parere, io ne tengo conto, ma poi in definitiva sono io quello chiamato a decidere. Nella Chiesa non è così! Qualcosa di significativo sul valore della consultazione nella Chiesa lo ha scritto il Card. Martini in alcune sue riflessioni proposte al Consiglio Pastorale di Milano. Una buona ispirazione ne verrebbe anche dal testo di Newman sulla consultazione dei fedeli laici[11]. Su questo tema J. H. Newman è davvero, come si usa dire, uno dei Padri nascosti del Concilio Vaticano II. È questo il principio di consultazione o, come una parte della dottrina scrive, di *consultività* nella Chiesa. Non si tratta soltanto di ascoltare, ma di reciproco ascolto. E tale reciproco ascolto porta poi ad un processo molto complesso che nella teologia spirituale si definisce *discernimento*. Per concludere, tornando al discorso principale, l'idea di un *Consiglio* è precedente, è legata alla discussione sul Sinodo dei Vescovi, già lì emerge. Anche se poi la realtà del Sinodo dei Vescovi com'è oggi è di natura distinta dal Consiglio dei Cardinali.

Analizziamo le funzioni del Consiglio di Cardinali. Fermo l'incarico specifico, chiarito sin dalla sua istituzione il 28 settembre 2013, di studiare il progetto di revisione della Costituzione Pastor Bonus sulla Curia Romana, mi vorrei concentrare sull'altra funzione indicata, che è quella generale di consigliare il Pontefice nel governo della Chiesa.

La prima ragione per la quale Francesco istituisce il Consiglio dei Cardinali, che riguarda in qualche maniera proprio il funzionamento della sinodalità a vari livelli differenti, è quello di essere consigliato nel governo della Chiesa, di tutta la Chiesa. Questo è il primo

[9] S. BENEDETTO DA NORCIA, *Regola*, Cap. III, n. III: «*Ma abbiamo detto di consultare tutta la comunità, perché spesso è proprio al più giovane che il Signore rivela la soluzione migliore*».
[10] FRANCESCO, Discorso del Santo Padre di *Commemorazione del 50.mo anniversario dell'Istituzione del Sinodo dei Vescovi,* Città del Vaticano, 17 ottobre 2015.
[11] J. H. NEWMAN, *Sulla consultazione dei fedeli in materia di dottrina,* 1859.

scopo fondamentale. La questione di un progetto di riforma della Curia è secondaria, ed è contingente. Non avendo il Papa messo una scadenza alle nomine dei membri del "Consiglio dei nove", si può affermare che gli stessi non abbiano un incarico, ad esempio, quinquennale, e che la durata dipenda unicamente dalla scelta del Papa. Differentemente avviene nel Sinodo dei Vescovi, ove l'attuale composizione e funzionamento sono basati sull'elezione dei membri da parte delle Conferenze Episcopali, oltre che in base ad alcune titolarità, come l'essere Prefetto, od a Capo di un Dicastero e poi alla nomina del Papa[12]. Nel Concilio Ecumenico il criterio è un altro: è l'essere membro del Collegio Episcopale[13]. Diverso ancora è il criterio di appartenenza ad una Conferenza Episcopale... Io le sto indicando differenti livelli, diverse realtà nelle quali si esprime il dato sacramentale del Collegio, del suo "convergere" ed essere uniti da un Sacramento. Un'idea di questo genere si coglie in *Pastores Dabo Vobis*[14] di Giovanni Paolo II. In un passaggio vi è scritto che l'ordinazione sacramentale eleva ad un livello di personalità, in qualche maniera congiunta, in un corpo che si chiama *presbiterio*. Ancor più similmente lo stesso concetto può essere richiamato per il Collegio Episcopale. Però facciamo riferimento ad attuazioni differenti, con ragioni differenti, con scopi anche differenti, dell'unica realtà che noi chiamiamo *collegialità affettiva*. Cioè sono livelli differenti in cui la collegialità emerge. Per portare un esempio, un po' come la coscienza, che c'è anche quando si dorme, e che emerge poi a livelli differenti se io devo prendere una decisione determinante per la mia famiglia, se devo prendere una decisione contingente per portare a termine un lavoro. Ciascuno di noi ha livelli differenti di coscienza e di responsabilità. Similmente per il Collegio Episcopale: non pronuncia solo articoli *stantis aut cadentis ecclesiae*, ma nelle forme e nei livelli più vari. E questa diversificazione è il dato nuovo, che dovrebbe funzionare nel senso dell'arricchimento, in un senso sinfonico. Non in un senso meramente gerarchico, secondo una logica per cui rispetto al livello del Concilio Ecumenico tutto il resto, non avendo quella pienezza e quel grado, non vale o ha valore meramente amministrativo. Da un organismo legittimo, da Vescovi che sono in comunione tutti con il Romano Pontefice e in comunione tra di loro, emergono atti che sono per il bene della Chiesa, per l'edificazione della Chiesa; atti che non possono essere semplicemente amministrativi, ma sono atti collegiali, anche se non possiedono la

[12] CIC, Can. 346.
[13] CIC, Can. 336 e Can. 339.
[14] GIOVANNI PAOLO II, Esortazione Apostolica Post-Sinodale *Pastores Dabo Vobis*, Roma, 1992.

medesima densità di altri. A volte anzi accade che proprio le decisioni che riguardano la vita ordinaria giochino un ruolo molto più importante di altre.

Per concludere la parte introduttiva dell'intervista vorrei domandarLe se alla luce di quanto affermato anche il momento delle Congregazioni generali precedenti al Conclave si può definire a carattere collegiale.
Inoltre perché a suo parere il Pontefice ha utilizzato il "semplice" strumento del chirografo per istituire il Consiglio?

Certo, indubbiamente hanno valore di collegialità.
Per rispondere alla seconda domanda, premetto che le denominazioni dei documenti papali hanno sempre subito delle fluttuazioni. Oggi si usa dire che un'enciclica ha un valore maggiore di quello che possiede un *motu proprio*. Ma è una convenzione. L'enciclica di Gregorio XVI e quelle di Pio IX non avevano il valore delle encicliche di Pio XII, o che intendeva dare loro. Neanche il valore che oggi viene dato alla parola stessa *Enciclica*, ricca di significato senza dubbio, è il medesimo. Vi sono delle circostanze in cui una Costituzione Apostolica ha un valore molto superiore. Per esempio una Costituzione Apostolica di erezione di una Chiesa particolare è un intervento di governo che incide fortemente nella vita della Chiesa. Ha un valore teologico molto importante, anche se ovviamente non è percepito nel linguaggio comune. Quelle che oggi sono chiamate Esortazioni Apostoliche, a partire dall'uso che ne ha fatto Paolo VI, hanno un significato molto diverso. È vero che dopo la contestazione della *Humanae Vitae*[15] Paolo VI non ha pubblicato più delle *Lettere Encicliche,* ma non si può dire che le sue *Esortazioni Apostoliche*, soprattutto alcune – prendiamo ad esempio l'*Evangelii Nuntiandi*[16] – abbiano minor valore. L'*Evangelii Nuntiandi* ha segnato nella vita della Chiesa un'attuazione di quello che si intende per *missione* in *Ad Gentes*[17] ed in *Lumen Gentium*[18]. Il fatto di essere Esortazione Apostolica e non un'Enciclica, cioè la denominazione, è una convenzione che c'è all'interno della Curia Romana. Il Chirografo è stata la scelta conclusiva. Inizialmente fu pubblicata una notizia dalla Sala Stampa[19],

[15] PAOLO VI, Lettera Enciclica *Humanae Vitae,* Roma, 1968.
[16] PAOLO VI, Esortazione Apostolica *Evangelii Nuntiandi,* Roma, 1975.
[17] Conc. Vaticano II, Decreto *Ad Gentes*.
[18] Conc. Vaticano II, Costituzione Dogmatica *Lumen Gentium*.
[19] Sala Stampa della Santa Sede, Bollettino, *Comunicato della Segreteria di Stato*, 13 aprile 2013.

ma ciò non era propriamente un atto costitutivo. Il chirografo è un atto che implica l'iniziativa del Papa, perciò per una parte è simile al *motu proprio*. Per un'altra parte però può indicare l'avvio di una sperimentazione, cioè prima di fare una struttura ecc., il chirografo lascia una certa libertà.

Entriamo all'interno del Consiglio dei Cardinali. Lei ricopre il ruolo di segreteria. È assistito da un ufficio di segreteria? Quali sono gli altri organi interni, se ve ne sono?

Di fatto non esiste nessun organo interno. C'è il Consiglio dei Cardinali che è presieduto dal Papa, il quale però ascolta i consigli. Qualche volta sono i Cardinali che gli domandano un parere, ma Egli in tal caso interviene alla maniera di un *Primus inter pares*, perché alla fine il Consiglio di Cardinali offre al Papa delle proposte. Il Consiglio discute alcune questioni che sono poste o in termini generali o in termini di dettaglio. Per fare riferimento a quello che è noto, anche attraverso le dichiarazioni della Sala Stampa, si tratta del lavoro di riforma della Curia, o di questioni specifiche come potrebbe essere quella relativa all'abuso sui minori[20], che non è una questione specifica della Curia, anche se attualmente è competenza di una Congregazione, o altre questioni su cui il Papa ritiene di dare un'informazione e di chiedere un parere, un'indicazione. Nei lavori del Consiglio sono presenti i Cardinali nominati dal Papa, ed è presente abitualmente il Papa (di fatto egli non è presente il mercoledì mattina quando c'è l'udienza generale, ma dopo ovviamente viene informato del lavoro svolto). Non c'è una struttura di segreteria. Esiste un segretario che è presente, ascolta, redige un verbale di sintesi, lo verifica, lo consegna. Quindi viene consegnato in vista della sessione successiva, viene approvato come primo punto dell'ordine del giorno e si prosegue. Proprio per conservare la vita stabile del Consiglio non esiste un ufficio di segreteria. Io lavoro da solo, facendo riferimento al Santo Padre e ai Cardinali. Casi simili di modus operandi già esistevano nell'ambito della Curia.

Con riferimento invece al rapporto tra i singoli Cardinali membri del Consiglio e le rispettive Chiese rappresentate, esistono a livello continentale o nazionale delle

[20] FRANCESCO, *Chirografo del Santo Padre Francesco per l'istituzione della Pontificia Commissione per la tutela dei minori*, Roma, 22 marzo 2014.

sottocommissioni o c'è un rapporto particolare, un contributo offerto da parte delle Conferenze Episcopali nazionali? Come funziona?

No, nel senso che di fatto quando il Papa ha scelto i componenti di questo Consiglio ha seguito fondamentalmente il criterio di una rappresentanza della Chiesa, delle Chiese a livello continentale, anche piuttosto a livello culturale[21]. Quindi ha scelto un Vescovo dell'America del Nord, un Vescovo dell'America Latina, un Vescovo dall'Australia, un Vescovo dall'Europa, un Vescovo dall'Africa e dell'Asia (originariamente erano questi), poi un Vescovo emerito, con un'esperienza anche all'interno della Curia, ed il Presidente del Governatorato per la Città del Vaticano. Questa è stata la scelta iniziale, cioè quella fondamentale in riferimento a tali aree geografiche. Successivamente ci sono stati dei piccoli cambiamenti. È intervenuto come è noto il Segretario di Stato[22]. Poi durante i lavori sono state invitate anche altre persone a seconda degli argomenti trattati, alcuni membri della Curia trattandosi della riforma della stessa. Con queste persone si parla, si dialoga.

Se volessimo formalizzare potremmo distinguere due categorie di componenti, si potrebbe dire membri permanenti e membri …

Tutte le altre persone sono presenti *ad actum*. Terminato il contributo lasciano l'assemblea. Per quanto riguarda il tema della Curia, si è ancora nella fase di una proposta globale al Papa. Delle proposte parziali sono state fatte. Poi ci sono delle situazioni un po' particolari, ma il criterio è quello di essere delle antenne che colgono nella realtà ecclesiale istanze, richieste, per offrirle alla considerazione del Papa. Questa è l'idea iniziale. Tanto è vero che quando per la Curia a livello specifico sono state fatte delle proposte, i Cardinali hanno portato istanze, non solo di Conferenza Episcopale, ma anche di singoli Vescovi. Talvolta accade che singoli Vescovi facciano presenti alcune questioni tramite uno dei Cardinali membri, che se ne fa portavoce nel Consiglio. Al momento non vige, anche per la novità e dinamicità dell'organo, un regolamento statico. Si tiene fede

[21] Sala Stampa della Santa Sede, Bollettino, *Comunicato della Segreteria di Stato*, 13 aprile 2013.
[22] *Ibid*., *Briefing del Direttore della Sala Stampa*, 2 luglio 2014.

alla cadenza delle riunioni ogni due mesi, alla durata di 3 giorni ed alle dinamiche del lavoro interno.

Come lavoro interno, oltre alla discussione ed all'ascolto, si procede anche a votazioni?

Sì, laddove c'è una proposta al Papa si sottopone a votazione, o a votazione globale o di dettaglio.

Come avviene la votazione?

Si procede ad alzata di mano.

Inoltre il voto si sottopone sempre al Papa?

La proposta è presentata al Papa se è stata votata all'unanimità o con maggioranza qualificata.

Quindi sostanzialmente si utilizza come criterio quello della maggioranza, non dell'unanimità.

No, l'unanimità si cerca sempre di raggiungerla. Laddove si vede che un'unanimità è importante e non si realizza si preferisce rinviare. Ma è proprio questo il criterio della retta consultazione. Il criterio della maggioranza è importante, tanto è vero che lo si osserva anche nel Concilio Ecumenico e lo si osserva nel Sinodo, dove ci deve essere la maggioranza qualificata. Quindi questo è un criterio generale, ma in una realtà agile quale è quella di otto o nove persone, è molto più facile decidere, attendere per riflettere, rinviando per discuterne nuovamente dopo due mesi. In tal modo si matura e si studia meglio la faccenda. Normalmente si raggiunge l'unanimità. Se capita di avere 8 voti su 9 è perché magari c'è qualche aspetto di dettaglio, di funzionamento, di meccanismo, però in genere l'unanimità c'è, ed io registro la votazione.

Tornando al tema relativo ai componenti del Consiglio, in termini di qualità formali, mentre il sottoscritto si riferiva ai Cardinali, Lei più volte a preferito dire "Vescovi". Mi domandavo il motivo di tale scelta ricorrente. Inoltre, il dettaglio che il Segretario fosse Vescovo ma non Cardinale, mi ha interrogato sin dall'istituzione dell'organo. Mi suggerisce forse che l'elemento qualitativo fondante sia il vincolo episcopale?

Nell'atto costitutivo si legge la ragione[23]. L'atto iniziale è importante, perché la natura di una realtà si comprende da come nasce. Il Consiglio è nato facendo riferimento al ministero episcopale in una Chiesa, e precisamente in una Chiesa locale. Intendo non soltanto il governo di una Chiesa particolare, ovvero di un Vescovo di una Chiesa, ma il ministero episcopale in una Chiesa locale, cioè un territorio ampio. È vero che non esistono definizioni in questo senso, però ormai nell'uso comune si preferisce tale significato. Anche il Concilio Vaticano II a volte usa Chiesa locale, a volte Chiesa particolare. Chiesa particolare è la Diocesi. Per Chiesa locale si intende un insieme di Chiese legate da elementi comuni a livello culturale, pastorale, territoriale: ad esempio i Vescovi di una regione. I problemi, le domande, le istanze che vengono dal territorio laziale non sono esattamente quelle che vengono dalla Danimarca o dalla Lombardia. Il senso è proprio questo: parliamo di Vescovi che in qualche maniera fanno riferimento a Chiese locali, intendendole come realtà territoriali. Ecco perché le dicevo America del Nord, America del Sud, un Vescovo emerito. Successivamente vi sono stati i richiamati aggiustamenti. Il Papa non interviene per cambiare tale modalità probabilmente perché intende far finire un percorso. Se è in fase di elaborazione un progetto di riforma della Curia, probabilmente il Papa starà attendendo la fine di questo percorso, e successivamente se lo riterrà apporterà modifiche. Dovrà pur farlo perché nel frattempo gli anni passano, c'è chi raggiunge i 70 anni, 75, 82, o potrebbero sorgere altre necessità. Però all'inizio il criterio è stato la qualità dell'Episcopato, perché il Papa ha altri strumenti per farsi consigliare; il Suo primo strumento di consultazione, quello ideale, è il Collegio Cardinalizio[24].

[23] FRANCESCO, *Chirografo con il quale viene istituito un Consiglio di Cardinali per aiutare il Santo Padre nel governo della Chiesa universale e per studiare un progetto di revisione della Costituzione Apostolica Pastor Bonus sulla Curia Romana,* Roma, 28 settembre 2013: «*… un gruppo di Cardinali per consigliarLo nel governo della Chiesa universale…*».
[24] CIC, Can. 349.

Vi è un rapporto organico tra il Consiglio di Cardinali ed il Collegio Cardinalizio? Ovviamente selezionare un gruppo più ristretto di Cardinali risponde anche ad esigenze...

Il rapporto c'è, nel senso che sono Cardinali membri del Collegio Cardinalizio. Tuttavia il primo strumento storico di consiglio del Vescovo di Roma come governo, non soltanto della Chiesa di Roma, ma di tutta la Chiesa, è il Concistoro dei Cardinali. In realtà ciò che noi chiamiamo *Curia Romana* è una supplenza del Concistoro dei Cardinali[25], e credo che chi legge la storia della Curia Romana, come risulta anche dagli studi più recenti, veda tale collegamento. In pratica nel XVI secolo cominciano delle *Congregazioni*, in settori dove il rapporto tra il Papa e i singoli Cardinali comincia ad essere più articolato. Ora, i membri del Consiglio dei Cardinali sono membri del Collegio Cardinalizio. Però se si è voluto creare tale realtà è perché la stessa Curia Romana non è di facile gestione. Si sta facendo una riforma perché la Curia Romana è un sistema di uffici che è andato crescendo nel corso del tempo, anche con la distinzione fatta da Giovanni Paolo II tra Congregazioni, Pontifici Consigli... Una distinzione che oggi si tende a superare, poiché la stessa Costituzione *Pastor Bonus* afferma che i dicasteri sono di pari dignità[26]. Tuttavia i Pontifici Consigli sono soprattutto organismi di studio. E su questi è più facile e normale pensare a dei processi di semplificazione. Le realtà che hanno svolto la loro funzione non è detto che debbano rimanere in vigore. Cioè, se il Pontificio Consiglio è un organismo di studio, di sensibilità, quando ormai la realtà è diventata sensibile, si crea qualcos'altro di più urgente. Un dipartimento relativo ai migranti e rifugiati 50 anni fa non aveva la stessa rilevanza di oggi. Un dicastero per la pastorale della salute oggi risulta meno necessario di quanto non lo sia potuto essere eventualmente 30 anni fa. Alcune questioni evidentemente richiedono l'intervento sul territorio. Allo stesso modo la progressiva maggiore complessità di alcune macchine richiede ancor più la necessità di affinare lo strumento.

[25] CIC, Can. 360.
[26] GIOVANNI PAOLO II, Costituzione Apostolica *Pastor Bonus,* Roma, 1988.

Ho una domanda riguardo agli atti di governo universale che emana il Papa a seguito delle riunioni del Consiglio. In termini formali si tratta certamente di atti personali di governo, ma in virtù del lavoro retrostante del Consiglio ristretto, assumono in qualche modo una natura collegiale?

No, rimangono atti personali del Papa. Quanto gli giunge dal Consiglio ha il valore di proposta e tale rimane, anche se finora il Santo Padre ha sempre richiamato il fatto di accogliere un'istanza del Consiglio di Cardinali. Spesso il Papa fa riferimento a quello che è stato detto nel Consiglio, anche senza dirlo. Faccio un esempio: dell'attuale prassi del Sinodo di Vescovi il Consiglio era informato. Finora il Sinodo aveva fatto delle *proposizioni*[27] (ossia delle proposte), che si concludevano con la richiesta al Papa di scrivere un'esortazione apostolica. Così è stato fino a Benedetto XVI, col Sinodo del 2012 sulla nuova evangelizzazione.

Successivamente si è iniziato ad utilizzare lo strumento ...

Nell'attuale prassi il Sinodo ha stilato una *relazione finale*, anche se i singoli punti numericamente indicati sono stati sottoposti a votazione ed è stato reso noto il risultato anche laddove non era una maggioranza qualificata. Questo nell'Assemblea Straordinaria del 2014[28], mentre nella relazione dell'Assemblea Ordinaria del 2015[29] tutti i punti hanno ottenuto la maggioranza qualificata.

Rientrano nella relazione e ...

Sì, stanno nella relazione, e nella stesura dell'*Esortazione Apostolica post-sinodale*[30], Papa Francesco ha annesso i testi della *relatio*. Diversamente ha fatto per *Evangelii*

[27] BENEDETTO XVI, *Regolamento del Sinodo dei Vescovi,* Città del Vaticano, 2006, art. 23 §4.
[28] III Assemblea Generale Straordinaria del Sinodo dei Vescovi, *Relatio Synodi*, Città del Vaticano, 18 ottobre 2014.
[29] XIV Assemblea Generale Ordinaria del Sinodo dei Vescovi, *Relatio Finalis*, Città del Vaticano, 24 ottobre 2015.
[30] FRANCESCO, Esortazione Apostolica Post-Sinodale *Amoris Laetitia*, Roma, 2016.

Gaudium[31], dove il lavoro sinodale è poco presente. Non viene usata neanche l'espressione "nuova evangelizzazione", perché nell'uso si era un po' logorata.
In sintesi, nell'Esortazione Apostolica il Papa cita punti della relazione finale, mentre per il Consiglio di Cardinali afferma che, accogliendo l'indicazione ricevuta, procede in tal senso. Operando un riferimento generico e non specifico.

La ringrazio per la risposta, assolutamente chiara, anche con esempi concreti, istituzionali. La mia domanda nasceva da alcuni studi che ho affrontato, in particolare con riferimento a degli scritti della cosiddetta Scuola di Monaco. Il Professor K. Mörsdorf, ed in seguito Monsignor Eugenio Corecco, da cui prende piede la mia ricerca, discutono sull'atto formalmente personale ma sostanzialmente collegiale. Ovvero un atto che esprime l'esito di un percorso se non collegiale certamente sinodale. Comunque di collegialità affettiva, nel senso di un giudizio comune di una parte della realtà episcopale.

Questo noi lo abbiamo, al momento attuale, soltanto nel Concilio Ecumenico, laddove i Vescovi sottoscrivono il testo secondo le prescrizioni del regolamento. Ci sono pure alcuni testi, per esempio nel Concilio Vaticano II, che non sono stati sottoscritti dai Vescovi: penso alla *Nota Explicativa Praevia*[32]. Nel Concilio Vaticano I le vicende sono ancora diverse. Ma il Papa firma il documento come primo firmatario, anche se lo firma in una maniera *Catholicae Ecclesiae Episcopus*. Cosa significa quella frase che venne coniata ad hoc negli atti del Vaticano II? È da considerare alla luce della dottrina sulla sacramentalità dell'Episcopato ed anche sul Collegio Episcopale. Significa al tempo stesso che il Papa è Vescovo di Roma e quindi come tale esercita un Primato che è episcopale: egli è veramente Vescovo. Però non si può dire che egli sia Vescovo della Chiesa universale: questo non esiste, perché esistono solo Vescovi di Chiese particolari. Quella formula indica al tempo stesso il duplice livello su cui agisce il Papa: egli è Vescovo di Roma e per questo capo del Collegio Episcopale. Gli atti del Concilio Ecumenico sono firmati anche dal Papa, ma proprio l'accesso del successore di Pietro conferisce valore di *collegialità piena* a tutto il resto. Ben diversamente accade per gli

[31] FRANCESCO, Esortazione Apostolica *Evangelii Gaudium,* Roma, 2013.
[32] Concilio Vaticano II, Costituzione Dogmatica *Lumen Gentium,* "Nota esplicativa previa".

atti del Consiglio dei Nove: se il Papa accetta le proposte diventano atti personali del Papa. Sono ispirati ed hanno alla base un'intenzione collegiale. Però rimangono sempre atti personali.

Come accennavo all'inizio, all'interno della Collegialità io ritrovo una vasta *gamma di attuazioni*: una sorta di *collegialità diversificata* che costituisce la bellezza dell'atto collegiale. In ogni caso non esistono azioni private nella Chiesa e neanche nel governo della Chiesa. Personalmente propendo per la tesi di *attuazioni parziali*, ma tutte vere di collegialità. Essa ha un riscontro negli studi di Padre Anton, che fu ecclesiologo nella Università Gregoriana e fu pure Segretario Speciale di un Sinodo che si tenne nell'ottobre 1969. Lei conosce gli studi di E. Corecco: egli ha scritto un importante saggio alla voce "*Sinodalità"* su di un Dizionario di Teologia[33]; e pure un saggio sulla *Ontologia della sinodalità*[34]. Corecco ricorre alla parola *sinodalità* perché in grado di meglio esprimere i livelli differenti di impegno. Oggi si avverte il bisogno di una nuova riflessione sul tema.

Durante la nostra prima conversazione telefonica, Lei affermava che la collegialità è intesa in più sensi. Infatti il Concilio totale non può essere più chiamato concretamente o non è di così facile convocazione …

Questo è un mio parere e se dovessi metterlo per iscritto avrei bisogno di riflettere per ponderare le parole. E ciò a prescindere dalla complessità di una convocazione oggi di un Concilio Ecumenico. Su questo forse la storia della Chiesa potrebbe darci delle istruzioni rispetto a certe rigidità che sono intervenute successivamente. La Chiesa infatti ha chiamato *Concilio Ecumenico* una serie di Concili che in realtà non rispondevano a dei criteri post-tridentini o anche post Vaticano II. A mio avviso un grave problema oggi è che solo una parte di un ipotetico futuro Concilio Ecumenico sarebbe in grado di essere ipso iure la "voce" di una Chiesa particolare. Gli Atti dei Concili sino al Vaticano I, registrando gli interventi dei singoli Vescovi non riportano il suo nome, bensì quello della Chiesa di cui sono Vescovi. In questo senso si usava pure l'espressione: "Roma locuta est". Il Vescovo che parla in Concilio non vi parla alla stessa maniera di un teologo, per

[33] E. CORECCO, *Sinodalità*, in AA.VV., *Nuovo Dizionario di Teologia*, Milano, 1985, pp. 1466-1495.
[34] E. CORECCO, *Ontologia della sinodalità*, in *Pastor bonus in Populo. Figura, ruolo e funzioni del Vescovo nella Chiesa*, a cura di A. Autiero e O. Carena, Roma, 1990, pp. 303-329.

quanto prestigioso; vi parla prioritariamente come voce della sua Chiesa! La questione di chi dovesse e potesse partecipare a un Concilio Ecumenico è stata posta anche all'epoca del Vaticano II. Oggi non è semplificata dal fatto che molti Vescovi di fatto non presiedono ad una Chiesa particolare. In quanto Vescovi sono certamente membri del Collegio Episcopale e questa dottrina è certamente un punto qualificante il Vaticano II. Forse, però, non appare più evidente il fatto che, di per sé, uno è ordinato Vescovi per il servizio di una Chiesa particolare. A me pare che ciò sia la conseguenza di una eccessiva enfatizzazione della dimensione collegiale dell'Episcopato, per cui pian piano viene messo in ombra il fatto che si è Vescovi perché alla guida di una Chiesa. So bene che nella prassi della Chiesa i Vescovi non sono mai stati nominati *absolute*, ma sempre con la titolarità di una Chiesa. Quella che si diceva una volta "*in partibus infidelium*" per i Vescovi titolari.
Proprio questo, tuttavia, sottolinea il fatto che in linea di principio si è Vescovi perché si è legati ad una Sede episcopale. Altra è la questione odierna del Vescovo emerito che lascia la guida pastorale di una Chiesa, ma con essa conserva un legame che chiamerei mistico.

Sostanzialmente non è una questione di formalismo, nel quale a volte incappa il diritto canonico anche per l'estrema tendenza positivistica contemporanea. Nella definizione dei gradi della collegialità non si dovrebbe distinguere in base al potere, alla deliberazione in sé, ma in base al criterio della rappresentanza. Ovvero in base ad una qualità, alla porzione di popolo di Dio che si rappresenta.

C'è della ragione nella sua riflessione. Rispetto alle istanze che ho avanzato, un Sinodo dei Vescovi oggi esprime in maniera forse più vera l'idea del Vescovo-voce della Chiesa; ciò nonostante il fatto che i Vescovi membri di un Sinodo siano in buona parte eletti dalle rispettive Conferenze Episcopali. Tuttavia sono Vescovi che hanno realmente la responsabilità di una Chiesa particolare. Sono questioni tutte da approfondire.

Alcune istituzioni cambiano nel tempo, nella storia …

Siccome stiamo parlando del Consiglio di Cardinali, le faccio un altro esempio. Una delle questioni su cui il Consiglio si è soffermato per dare un parere al Papa, che dovrà affrontare progressivamente, è che non necessariamente un capo dicastero dovrà essere Cardinale. Dirò di più. La domanda è questa: un semplice laico potrebbe presiedere un dicastero della Santa Sede? C'è il fatto che per la dignità battesimale un fedele è membro di un popolo profetico, sacerdotale e regale. Questo è base sufficiente perché egli presieda un ufficio della Santa Sede? Le risposte non saranno prevedibilmente unanimi; ma la domanda non è peregrina.

La mia domanda era proprio questa, vi sono istituzioni storiche, ma resta ovviamente fermo il diritto divino, sul Primato, sulla Collegialità, sul Sacerdozio etc. …

La Curia è uno strumento di servizio. Se non fosse questo, nessun Papa avrebbe potuto né istituirla né cambiarla. La Curia è nata con una certa gradualità: con una Congregazione per la tutela della Fede, con una Congregazione per l'evangelizzazione dei popoli … e poi pian piano le cose sono diventate più complesse. Una Curia che è costituita mentre sono in vigore gli Stati pontifici non è certamente uguale a quella possibile nella nostra situazione storica. La Curia dopo il Concilio Vaticano II non può essere identica a quella in vigore anteriormente. Anche durante il Pontificato di Papa Benedetto XVI ci sono stati importanti cambiamenti nella Curia romana. Questo perché non è di istituzione divina: vi possono dunque essere, e ci sono, adattamenti.

La canonistica definisce tale fenomeno dinamicità, elasticità del diritto canonico che, pur nel rispetto del diritto divino, tiene conto delle esigenze concrete della realtà. Un caro amico sacerdote mi diceva che la Chiesa non è incartata, è incarnata. E questi cambiamenti, che non incidono certamente sul diritto divino, sono fatti per il bene della Chiesa e per quel fine che hanno le norme della Chiesa, che è la salus animarum.

Le faccio un esempio, visto che Lei è un canonista. Il principio di sussidiarietà è un

principio sociologico, presente nella dottrina sociale della Chiesa. Pio XII dice che il principio di sussidiarietà potrebbe anche essere usato riguardo alla struttura societaria della Chiesa, perché la Chiesa è una società[35]. In *Lumen Gentium n.8* la Chiesa è assimilata al Verbo Incarnato. Se consideriamo Nostro Signore, pur avendo una natura divina ed essendo una persona divina, durante la sua vita terrena avrà pure avuto non dico la difterite, ma qualche raffreddore. Quindi nella sua natura umana anche il Signore era soggetto alle leggi umane. Tanto è vero che è morto. Questo è vero analogicamente anche per la Chiesa. *La Chiesa è una realtà visibile e spirituale.* Il Vaticano II insegna che la Chiesa "per una non debole analogia è paragonata al mistero del Verbo incarnato. Infatti, come la natura assunta serve al Verbo divino da vivo organo di salvezza, a lui indissolubilmente unito, così in modo non dissimile l'organismo sociale della Chiesa serve allo Spirito di Cristo che la vivifica, per la crescita del corpo (cfr. Ef 4,16)"[36]. Quindi la Chiesa è una società umana, per quanto non solo. Ed è un elemento molto importante. Per questo il principio di sussidiarietà può funzionare anche nella Chiesa. Fatto salvo però il diritto divino.

La sussidiarietà esprime profondamente il concetto di "communio", principio cardine dello statuto ontologico ecclesiale. La "comunione" è come un filo rosso che attraversa tutta la Chiesa, i suoi organi ed il Popolo di Dio.

E proprio la parola sussidiarietà dice aiuto, dice mutuo aiuto. Non significa soltanto che io superiore non devo intervenire in ciò che puoi fare tu. C'è un criterio che San Bernardo riporta nel suo *De Consideratione*[37], che è uno scritto dedicato al Papa Eugenio III. Gli dà questo consiglio: ricorda che alcune cose devi farle tu, altre le devi fare con gli altri e molte altre le devi lasciar fare agli altri. Non devi intervenire tu in ogni cosa. Il principio di sussidiarietà è esattamente questo. Laddove l'istanza inferiore, che non cessa di essere tale, può far qualcosa, non è necessario che intervenga l'istanza superiore. Ma il principio dice pure che laddove l'istanza inferiore non è in grado di operare allora il dovere dell'istanza superiore è intervenire per aiutarla. Tutto ciò bisogna tradurlo in concreto.

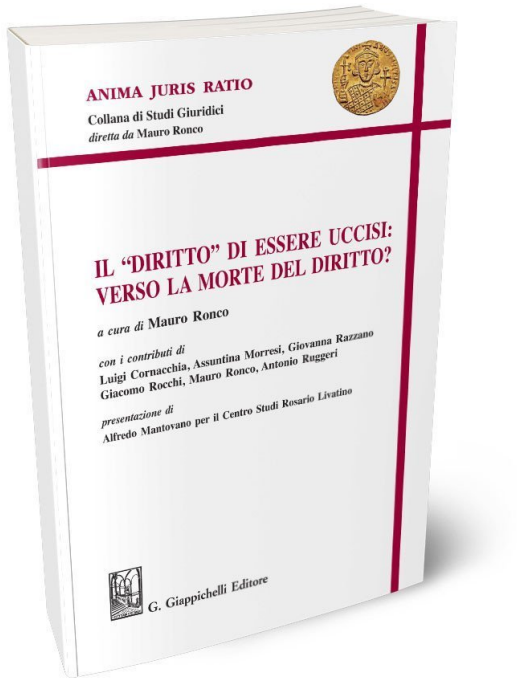
[35] PIO XII, *Allocuzione ai nuovi Cardinali*, Città del Vaticano, 20 febbraio 1946.
[36] Concilio Vaticano II, Costituzione Dogmatica *Lumen Gentium, n. 8.*
[37] S. BERNARDO DI CHIARAVALLE, *De Consideratione*.

Una cosa certo è tradurre il principio di sussidiarietà in una società meramente umana, altro è tradurlo in una società che se pure è veramente società, porta in sé un mistero più grande: appunto la Chiesa. Quindi ci saranno delle applicazioni analogiche.

Ringrazio Sua Eccellenza Reverendissima Monsignor Marcello Semeraro, Vescovo di Albano.

Albano Laziale, 23 marzo 2018

RECENSIONI



Mauro Ronco (a cura di), *Il "diritto" di essere uccisi: verso la morte del diritto?*, con contributi di Mauro Ronco, Luigi Cornacchia, Assuntina Morresi, Giovanna Razzano, e Antonio Ruggeri e l'introduzione di Alfredo Mantovano, Giappichelli, 2019.

Con l'ordinanza n. 207/2018 la Corte costituzionale ha esaminato la questione di legittimità dell'art. 580 del codice penale, nella parte in cui incrimina le condotte di aiuto al suicidio. E ha rinviato la decisione all'udienza del 24 settembre 2019 con una ordinanza che prescrive al Parlamento la radicale riscrittura della disposizione impugnata, con una procedura medicalizzata di suicidio assistito, prescrivendo di provvedervi entro la data dell'udienza di rinvio.

Il volume *Il "diritto" di essere uccisi: verso la morte del diritto?*, uscito in questi giorni, per un verso completa e rende organico un lavoro avviato da tempo sul tema dal Centro Studi Livatino con numerosi workshop e con l'atto di intervento nel giudizio costituzionale; per altro verso non si accontenta della mera lettura, se pur accompagnata dal richiamo ermeneutico delle Corti nazionali e delle Corti europee, delle norme interessate, e della verifica della loro adeguatezza rispetto a pretese innovazioni sanitarie. Va oltre, nella ricerca delle radici ideologiche della disponibilità della vita umana e dell'autodeterminazione che oggi vengono – entrambe – fatte arbitrariamente coincidere

con l'affermazione della dignità dell'uomo. Ricostruisce così il filo ideologico e in senso lato culturale che lega il darwinismo ottocentesco, l'eugenismo del XX secolo, alla base di regimi e prassi totalitari, e l'attuale collocazione dei confini alla vita alla stregua di una pretesa "qualità" della vita stessa, la cui decisione ultima competerebbe al giudice.

L'opera è curata dal prof. Mauro Ronco, emerito di diritto penale all'Università di Padova e presidente del Centro Studi Livatino, che fornisce pure il contributo più ampio e diffuso del volume. A fianco al suo, gli interventi del prof. Luigi Cornacchia, della prof.ssa Assuntina Morresi, della prof.ssa Giovanna Razzano, del cons. Giacomo Rocchi e del prof. Antonio Ruggeri completano, ciascuno per la parte di competenza, uno strumento che è a disposizione certamente dei Giudici costituzionali, chiamati – alla scadenza da loro stessi fissata – a una valutazione che si auspica non strettamente vincolata al contenuto dell'ordinanza n. 207, soprattutto alla stregua del dibattito che ne è seguito. E poi dei Senatori e dei Deputati, dai quali finora non è giunto alcun segnale di significativo dissenso rispetto alle asserzioni dell'ultima parte dell'ordinanza n. 207. Dei Giudici ordinari, in particolare di chi in questi mesi sia stato o sia chiamato ad affrontare procedimenti penali nei quali venga contestata la violazione dell'art. 580 del codice penale. Di chiunque desideri avere un quadro d'insieme della questione, non solo sotto il pur importante profilo tecnico giuridico. Di chi, sia o non sia "addetto ai lavori", è convinto, e con ragione, che il confine della vita coincide col confine della civiltà.

Il libro può essere acquistato senza spese di spedizione al prezzo di copertina di 50 euro per copia, semplicemente cliccando su questo link e poi seguendo le istruzioni. Sarà possibile effettuare l'acquisto tramite un conto PayPal o carta di credito.

Alessandro Candido, *Disabilità e prospettive di riforma. Una lettura costituzionale*, Giuffré Editore, Milano 2017, pp. 177, euro 18,00

La consapevolezza che «*la disabilità è ormai, dopo la perdita del lavoro, la prima causa di impoverimento delle famiglie italiane*», il «*problema costituzionale della sostenibilità finanziaria dei diritti che costano*» e la percezione tangibile che il sistema di *welfare* italiano sia *«sempre più inadeguato a fronteggiare la crescente richiesta di tutela dei diritti dei disabili*» sono le premesse da cui muove Alessandro Candido nel testo, di

recente uscita, *Disabilità e prospettive di riforma. Una lettura costituzionale*, edito da Giuffré Editore.

Dopo l'introduzione in cui l'autore fissa gli obiettivi del proprio lavoro ed un breve inquadramento storico del tema della disabilità, che apre il primo dei tre capitoli in cui si sviluppa l'opera, il Candido analizza il fenomeno della disabilità sia dal punto di vista del diritto costituzionale, che del diritto pubblico dell'economia, partendo da una puntuale ricostruzione delle fonti che trattano la materia.

Anzitutto, dunque, la Costituzione. Benché in essa la disabilità non sia mai espressamente menzionata, ciononostante sono numerose le norme costituzionali che direttamente o indirettamente concernono la condizione del disabile; anzitutto l'art. 2, che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'individuo a tutti gli uomini, siano o meno disabili.

La Costituzione si incentra, d'altronde, sul principio personalista, che si sviluppa – secondo lo schema immaginato da Aldo Moro – lungo la forma della "piramide rovesciata", al cui vertice, in basso, si trova la persona umana, intesa non in maniera individualistica, ma come soggetto che via via viene in contatto con gli altri (secondo il modello della "socialità progressiva"), condividendone i valori; invece, la base della piramide, posta in alto, costituisce l'appoggio ideale per edificare l'organizzazione della Repubblica.

L'autore ricorda che l'obiettivo di assicurare a tutti, disabili compresi, «*condizioni esistenziali compatibili con la dignità della persona umana*» (Corte cost., 15 marzo 1993, n. 88) rientra «*tra i doveri inderogabili di solidarietà additati dall'art. 2 Cost ed ha preminente rilievo nell'ambito dei compiti di assistenza posti allo Stato dall'art. 38, primo comma*» (Corte cost., 14 giugno 1989, n. 346).

D'altro canto, il nostro sistema di protezione sociale delle persone disabili si basa su una costante interazione tra la sfera sanitaria (che affonda le sue radici nell'art. 32 della Costituzione) e quella assistenziale (il cui presidio è costituito dall'art. 38 della Costituzione).

I principi costituzionali mettono in rilievo la centralità della persona umana e la responsabilità collettiva che nei suoi confronti assume la Repubblica: non solo nella distribuzione delle competenze tra gli enti che la caratterizzano (la c.d. sussidiarietà verticale di cui all'art. 118, comma 1, della Costituzione), ma anche e soprattutto su un

piano orizzontale e sociale, con riferimento ai rapporti tra l'apparato pubblico e l'insieme dei soggetti privati: secondo l'art. 118, comma 3, della Costituzione, «*Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà*».

Nella seconda parte del primo capitolo l'autore prende poi in esame l'evoluzione del diritto internazionale e del diritto comunitario sul tema della disabilità: dai primi atti di *soft law* risalenti agli anni '70-'80 sino alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, stipulata a New York il 13 dicembre 2006, entrata in vigore il 3 maggio 2008 e ratificata dall'Italia con la legge 3 marzo 2009, n. 18, primo vero atto vincolante a tutela dei disabili, che fa ingresso nell'ordinamento italiano quale norma interposta per il tramite dell'art. 117, comma 1, della Costituzione.

Dal trattato in esame, che si muove nella prospettiva solidaristica e inclusiva, emerge la necessità di valorizzare il disabile come persona autonoma e indipendente, da tutelare a prescindere dai suoi rapporti familiari e, a maggior ragione, in presenza di una situazione economica precaria.

Tra i principi caratterizzanti il Trattato, oltre a quello dell'autonomia, indipendenza e dignità intrinseca del disabile, si richiama anche la necessità di fornire alle persone con disabilità la stessa gamma, qualità e standard di servizi e programmi sanitari assicurati alle altre persone, in modo gratuito o, comunque, a costi sostenibili.

La Convenzione sui diritti delle persone con disabilità prende atto del fatto che il disabile non deve essere considerato un peso per la società, ma è invece un «*reale fruitore di servizi*» [così S. Zamagni, *Prefazione*, in E. Vivaldi (a cura di), *Disabilità e sussidiarietà. Il "dopo di noi" tra regole e buone prassi*, cit., p. 12].

Il secondo capitolo del lavoro di Candido prende invece in esame la disabilità ed i modelli di intervento pubblico.

Il primo problema con il quale occorre confrontarsi è senza dubbio quello definitorio, posto che il panorama normativo italiano non offre una definizione di disabilità unitaria e univoca. Tale carenza sul piano nozionistico si spiega con il rilievo che la disabilità abbraccia condizioni diverse per origine, intensità e modalità d'incidenza, benché tutte riconducibili a motivi di salute.

Dopo avere evidenziato le difficoltà che si incontrano tutte le volte in cui ci si imbatte

nel problema definitorio l'autore analizza in maniera diffusa tre tipologie di strumenti di natura pubblicistica: l'indennità di accompagnamento (con un cenno alle ulteriori misure economiche di sostegno della disabilità), l'integrazione socio-sanitaria, il nuovo Isee.

Candido esprime chiaramente una posizione di critica circa l'inadeguatezza del principale strumento di sostegno oggi adottato, ovverosia l'indennità di accompagnamento, il cui carattere rigido (intrinsecamente slegato dalla condizione reddituale del soggetto che la percepisce) non consente un'efficace risposta ai bisogni del disabile ed introduce così alla *pars construens* del proprio lavoro, che svilupperà nell'ultimo capitolo.

E, in effetti, il terzo capitolo ("*Livelli essenziali per la protezione delle persone disabili*", pp. 121-152) ha ad oggetto proprio le prospettive di riforma, volte a superare il sistema delle indennità di accompagnamento.

L'obiettivo di liberare il cittadino dal bisogno e di rimuovere quelle disuguaglianze che sono tali da impedirgli una piena partecipazione alla vita del Paese, tutelato in Costituzione e perseguito attraverso un articolato normativo che si dipana su due livelli, locale e statale (fermo restando il potere dello Stato di intervenire attraverso livelli essenziali delle prestazioni da garantire sull'intero territorio nazionale) deve confrontarsi con un'ulteriore tipologia di vincoli, quelli di natura finanziaria.

Muovendo da tale considerazione, l'autore intende proporre un sistema di «*federalismo sociale*» basato su un *welfare* rinnovato, nonché di tipo partecipato e solidale.

L'idea di base consiste nell'individuare, in ossequio al principio di solidarietà sul piano economico-sociale, un'aliquota contributiva differenziata per fasce di reddito che confluisca su un fondo a gestione INPS appositamente creato a sostegno della disabilità.

Tale fondo sarebbe altresì incrementato attraverso le risorse del rifinanziato "fondo nazionale per la non autosufficienza" ma, soprattutto, mediante il gettito derivante dalle indennità di accompagnamento.

Una volta incamerate le risorse provenienti dal gettito delle indennità di accompagnamento, dall'attuale fondo sulla non autosufficienza e dalla fiscalità generale, l'INPS dovrebbe devolvere tali entrate alle Regioni e alle Province autonome di Trento e Bolzano mediante appositi meccanismi perequativi tra le diverse aree del Paese, al fine di rimuovere gli squilibri economici e sociali caratterizzanti in particolar modo i territori

con minore capacità fiscale per abitante.

Le predette risorse confluirebbero poi su un fondo a sostegno della disabilità appositamente istituito in ciascuna Regione e Provincia autonoma le quali, nei limiti delle proprie disponibilità, potrebbero alimentarlo attraverso risorse proprie, nonché avvalendosi di eventuali liberalità provenienti da soggetti privati, del privato-sociale e del terzo settore.

Per quanto attiene, poi, all'accesso alle prestazioni, l'autore ritiene che il presupposto debba essere costituito dall'accertamento della condizione di disabilità del richiedente, da intendersi – secondo la lettura oggi prevalente in Europa – non sotto un profilo esclusivamente medico ma secondo un modello sociale, ben teorizzato nel Preambolo della Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità «*la disabilità è il risultato dell'interazione tra persone con menomazioni e barriere comportamentali ed ambientali, che impediscono la loro piena ed effettiva partecipazione alla società su base di uguaglianza con gli altri*» (c.d. *social model*).

Una volta definita la disabilità, per l'accesso alle prestazioni si dovrà procedere all'accertamento della condizione di disabile, che nel modello pensato da Candido dovrebbe essere affidato alla c.d. unità di valutazione multidimensionale, operante in ciascun distretto socio-sanitario; quest'ultimo, secondo l'autore, rappresenterebbe lo strumento più adeguato per una valutazione di sintesi, nella prospettiva di offrire al disabile livelli essenziali di tutela dei propri diritti.

Accertata la situazione di disabilità del richiedente le prestazioni, gli Enti territoriali (Regione, Comune di residenza, *etc*.) dovrebbero gestire la fase di erogazione del contributo (chiamato "*contributo a sostegno della disabilità*") per un periodo di dodici mesi rinnovabili.

La durata limitata nel tempo dell'erogazione del contributo mira a prevenire e combattere gli abusi e i casi di c.d. *welfare* clientelare ed assicura inoltre al disabile la risposta più efficace al bisogno, attraverso una nuova valutazione delle sue esigenze sanitarie, sociali e cognitivo-funzionali, ed il conseguente ricorso ad una gamma di prestazioni differenziate: trasferimenti monetari, buoni servizio, assistenza domiciliare attraverso soggetti accreditati, o rimborso della quota sociale per il ricovero in una struttura assistenziale, *etc*..

In questo senso, l'opera del Candido ha il pregio di valorizzare il concetto di

responsabilità collettiva della presa in carico, anche in ossequio al principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, comma 4, della Costituzione, coinvolgendo (nella predisposizione e nella realizzazione del progetto personalizzato) le famiglie dei disabili, le associazioni di volontariato, i soggetti del privato-sociale e del terzo settore.

Si tratta di quei «*soggetti della società civile – quelli che l'art. 2 della Costituzione chiama "i corpi intermedi della società – che devono essere chiamati in causa*» necessariamente, tenuto conto che «*la sussidiarietà postula un qualche intervento della società per "attenuare le sofferenze" dei cittadini*» [S. Zamagni, *Prefazione*, in E. Vivaldi (a cura di), *Disabilità e sussidiarietà. Il "dopo di noi" tra regole e buone prassi*, cit., pp. 12 e 13].

Tale modello consente tra l'altro di superare la rigidità del sistema delle indennità di accompagnamento, con la possibilità di: graduare le risorse in base alla tipologia di bisogno da soddisfare; regolarizzare i rapporti di cura informali; avvalersi di soli soggetti accreditati.

Inoltre, sempre in un'ottica solidaristica che tiene conto del numero dei soggetti disabili e, al contempo, dell'esigenza di contenere i costi, il modello pensato da Candido mira a superare il criterio che vede l'indennità di accompagnamento come una misura slegata dal reddito del soggetto percipiente, prevendendo al contrario che, nel caso di ISEE familiare superiore a una determinata soglia, il richiedente venga chiamato a compartecipare al costo delle prestazioni.

Conclude Candido: «*nell'ottica di una maggiore garanzia del diritto all'assistenza, del dovere di solidarietà e del principio di uguaglianza sostanziale, si muove la proposta di eliminare le indennità di accompagnamento. L'obiettivo è infatti quello di sostituire quest'ultimo – inefficace – sistema con un modello che, grazie al ruolo svolto dall'unità multidimensionale nell'accertamento della condizione di disabilità e alla contestuale sensibilizzazione degli enti locali, sia in grado di adattarsi alle concrete esigenze degli utenti, individuando le risposte – non solo in termini di trasferimenti monetari – più appropriate ai loro bisogni*».

Angelo Salvi

Francesco Farri, *Un fisco sostenibile per la famiglia in Italia*, CEDAM-WKI, Padova 2018 - Collana *Problemi attuali di diritto tributario* diretta da Franco Gallo. Prefazione di Antonio Baldassarre, Presidente emerito della Corte costituzionale.

Da molti anni il tema della sostenibilità del sistema fiscale italiano per la famiglia non costituisce oggetto di studi giuridici sistematici e approfonditi: e questo è uno dei motivi per i quali lo stesso dibattito politico sul tema stenta ad affermarsi e produce scarsi frutti. A colmare la lacuna del panorama giuridico sull'argomento contribuisce oggi la monografia dell'avv. Francesco Farri, dal titolo *Un fisco sostenibile per la famiglia in Italia*.

Tre possono dirsi i messaggi chiave del libro. Il primo è il dato obiettivo che la famiglia è il primo e principale "luogo" di cura e soddisfazione delle esigenze della persona (si pensi in particolare ai bambini, agli anziani, agli ammalati) e svolge un compito di inestimabile valore per la comunità, che altrimenti dovrebbe farsi carico in altro modo di molti di tali bisogni. Da questa base, l'Autore dimostra con stringenti passaggi logici e argomenti solidamente ancorati al dato costituzionale che il prelievo fiscale sulla famiglia deve strutturalmente essere ridotto; tale riduzione non deve considerarsi come "spesa fiscale" gravante sul bilancio pubblico, ma come forma di "compensazione" del contributo che la famiglia già dà "in natura" al sostenimento della collettività: «*l'equilibrio tra entrate e spese della pubblica amministrazione deve tener conto dei risparmi di spesa pubblica che l'attività di tali corpi intermedi individuati dal patto fondamentale permettono di conseguire rispetto alla ipotesi in cui i compiti da essi svolti gravassero direttamente sui pubblici apparati*» (pp. 39-40). È da tale inquadramento fondamentale che dovrebbe muovere ogni riflessione giuridica e politica sulla fiscalità della famiglia.

In secondo luogo, l'Autore pone in luce come il legislatore italiano tenda a non tener conto della famiglia quando considerarla determinerebbe un abbassamento del prelievo, o un innalzamento della spesa pubblica per sussidi, mentre torni a tenerla in considerazione quando ciò determina un innalzamento del prelievo, o un abbassamento della spesa per provvidenze pubbliche. Tale tendenza, stigmatizzata anche dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 219/2017, si traduce talora in vere e proprie agevolazioni fiscali per la separazione e il divorzio e si pone alla base dell'utilizzo, in una molteplicità di misure fiscali relative alla famiglia (si pensi all'I.S.E.E.), di "scale di equivalenza" che

favoriscono i nuclei unipersonali e discriminano le famiglie numerose in misura senza pari nel mondo occidentale.

In terzo luogo, gli argomenti sviluppati consentono all'Autore di tracciare una accurata distinzione tra la famiglia come società naturale fondata sul matrimonio, riconosciuta e tutelata specificamente dall'articolo 29 della Costituzione, e altri nuclei aggregativi che si ritengono condividere con la famiglia alcuni aspetti (in particolare, il sostrato affettivo) e pone le basi per distinguere chiaramente, sotto il profilo giuridico, gli statuti giuridici di tali diverse realtà. Basandosi sulla giurisprudenza costituzionale, su studi sociologici e sul dato normativo della stessa legge Cirinnà, l'Autore compie una ricerca che da un lato lo porta a escludere l'estensibilità all'ordinamento italiano di principi affermati da ordinamenti stranieri o sovranazionali e dall'altro si presta a tracciare coordinate di distinzione razionali valide in generale, e quindi anche per settori normativi diversi dal diritto tributario.

La monografia appare, dunque, un importante strumento per inquadrare in modo sistematico il tema della fiscalità per la famiglia e per la persona. Gli spunti di riflessione e di analisi che essa offre meritano certamente di entrare nel patrimonio di conoscenza e di argomentazione, non solo dei giuristi, ma di tutti coloro che abbiano a cuore le tematiche legate alla promozione della famiglia e della persona ed è auspicabile che siano recepiti positivamente nell'ambito delle politiche per la famiglia. Riprendendo le parole della prefazione del Presidente Baldassarre, che introduce il libro, davvero «*è ora che siano poste in essere politiche fiscali in grado di ricreare un ragionevole equilibrio tra quel che lo Stato richiede alle famiglie in termini di prestazioni fiscali e quel che le famiglie fanno, attraverso la formazione, l'educazione e la cura delle persone umane, per la comunità nazionale e lo Stato*».

Daniela Bianchini

VALUTATORI

Prof. Gianni Ballarani

Prof. Emanuele Bilotti

Prof. Francesco Botturi

Prof.ssa Ilaria Amelia Caggiano

Prof. Giovanni Giacobbe

Prof. Armando Lamberti

Dott.ssa Lucia Leoncini

Prof. Carmelo Leotta

Prof. Giacomo Samek Lodovici

Dott. Giuseppe Marra

Prof. Mauro Paladini

Dott. Giacomo Rocchi

INDICE

Fascicolo 1-2019

ALFREDO MANTOVANO, *In questo numero* 3

SEZIONE RELAZIONI 5

FRANCISCO JAVIER BORREGO BORREGO, Il Tribunale europeo dei diritti dell'uomo e l'interpretazione "creativa" della Convenzione EDU 6

ANTHONY BORG BARTHET, Il giudice e i suoi limiti 14

TOMASO EMILIO EPIDENDIO, L'ordinanza n. 207 del 2018 tra aiuto al suicidio e trasformazione del ruolo della Corte costituzionale 19

GIACOMO ROCCHI, L'importanza degli avverbi 37

ERSILIAGRAZIA SPATAFORA, L'aiuto al suidicio e la normativa internazionale ed europea sui diritti umani 45

SEZIONE STUDI 54

EMANUELE BILOTTI, Il contributo del diritto della famiglia alla costruzione dell'Europa 55

ALDO ROCCO VITALE, Matrimonio e famiglia tra amore e diritto. Ovvero elementi per una critica del "gius-sentimentalismo" 70

PAOLO VALIANTE, L'aborto preterintenzionale: una contraddizione del sistema 84

FRANCESCO FARRI, Considerazioni circa il progetto di legge regionale dell'Emilia Romagna contro l'"omotransnegatività" 114

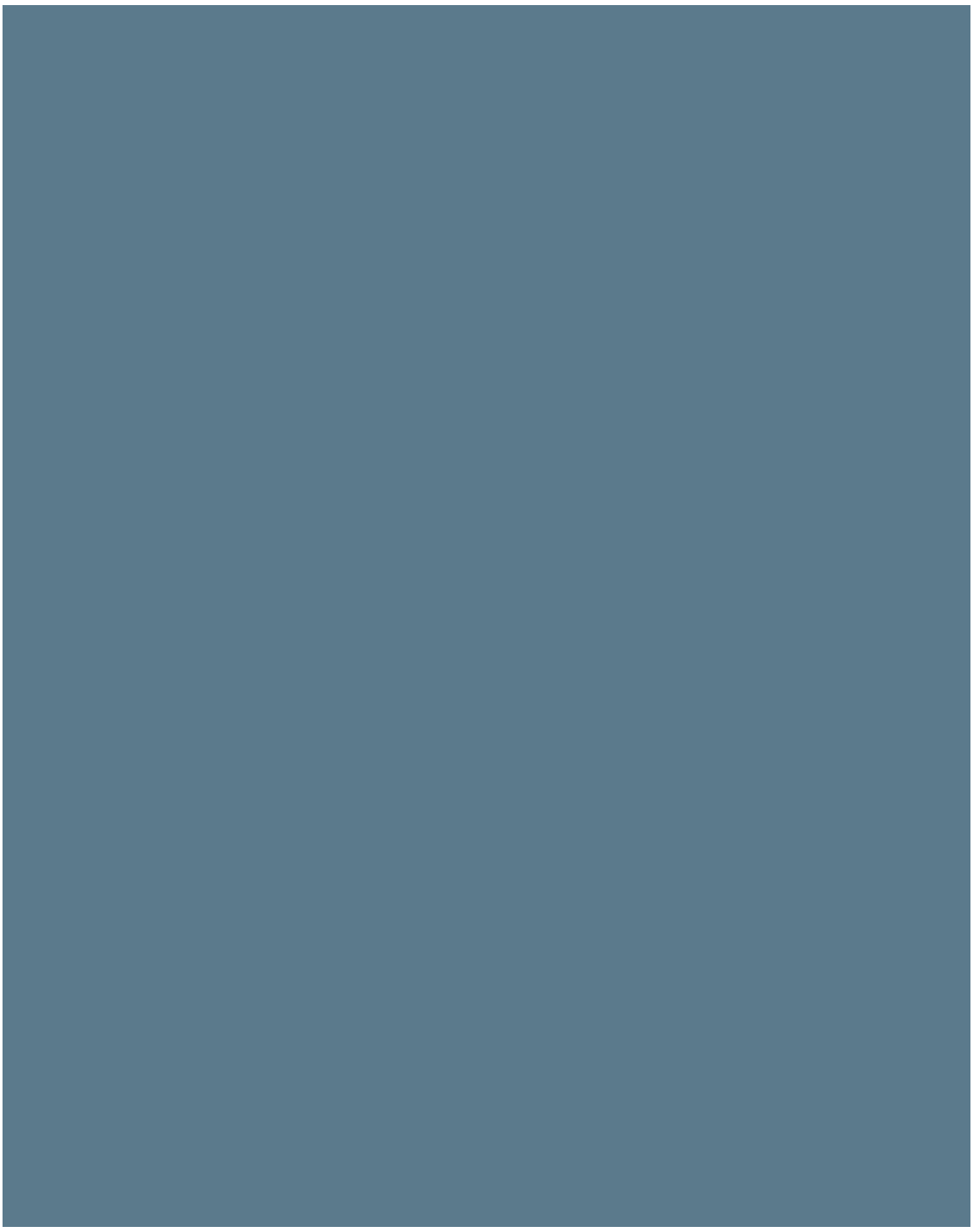
VITTORIO TUSA, La collegialità nella Chiesa a cinquant'anni dal Concilio Vaticano II 127

SEZIONE DOCUMENTI 144

Memoria del Centro Studi Livatino sul d.d.l. "Affido condiviso" in replica alle osservazioni critiche formulate il 15 gennaio 2019 sul proprio documento del 30 ottobre 2018 145

Conversazione con S.E.R. Mons. Marcello Semeraro 156

RECENSIONI 174



ISSN 2611-5476