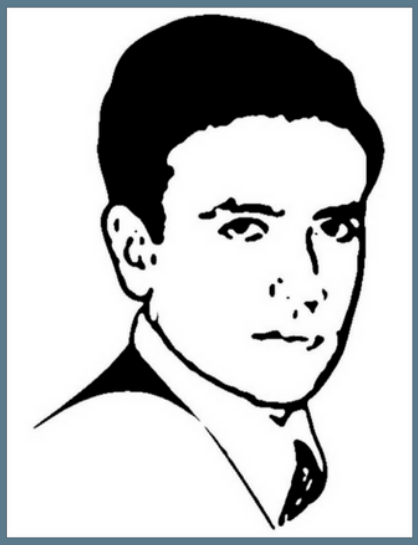


L-JUS

RIVISTA SEMESTRALE DEL CENTRO STUDI ROSARIO LIVATINO

Fascicolo 2- 2018

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

Mantenendo la distinzione fra studi e documenti, il n. 2 di L-JUS propone in apertura della prima Sezione l'approfondimento di Giuseppe Marra, magistrato già addetto all'Ufficio del Massimario, ora Direttore generale al Ministero della Giustizia, a margine dell'atto con cui la Procura della Repubblica di Roma, nella persona dei pubblici ministeri dr.ssa Maria Monteleone e Stefano Pizza, ha impugnato la trascrizione, disposta dal Sindaco di Roma, dell'atto di nascita di una minore, iscritta come figli di due "padri", che avevano fatto ricorso alla pratica della maternità surrogata. L'intervento è di particolare attualità perché nelle prime settimane del 2019 sarà pubblicata la sentenza con cui le Sezioni unite civili della Corte di Cassazione ha affrontato la delicata questione.

All'insegna dell'attualità, non disgiunta da un'ampia e dettagliata disamina, è lo studio di Sandra Sarti sul titolo I del decreto-legge n. 133 del 4 ottobre 2018, convertito con modificazioni nella legge n. 132 del 1° dicembre 2018, il c.d. "decreto Salvini". L'Autrice è Presidente della Commissione nazionale sul diritto di asilo del Ministero dell'Interno e per questo associa alla conoscenza della materia la competenza derivante dalla variegata pratica quotidiana: lo scritto permette di orientarsi nella complessa vicenda della protezione internazionale, oggetto di frequenti polemiche, non sempre fondate su una verifica equilibrata delle norme e delle loro applicazioni, prospettando le ragioni delle novità introdotte.

Dalla protezione dei migranti alla condizione degli incapaci nell'ambito del "fine vita": la prof.ssa Ilaria Amelia Caggiano, associato di diritto privato all'Università partenopea Suor Orsola Benincasa riflette a margine dell'ordinanza del 24 marzo 2018, con cui il Giudice Tutelare del Tribunale di Pavia ha sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, co. 4 e 5, della legge n. 219/2017 (la legge sulle d.a.t.-disposizioni anticipate di trattamento), nella parte in cui tratta dei poteri dell'amministratore di sostegno, la cui nomina preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario. L'intervento della prof.ssa Caggiano, e prima ancora l'ordinanza, affrontano i gravi problemi del rifiuto che lo stesso amministratore, pur in assenza di disposizioni anticipate di trattamento, può opporre, senza l'autorizzazione del giudice tutelare, a che l'incapace sia

sottoposto alle cure necessarie al mantenimento in vita, arrogandosi di una sorta di *jus vitae necisque*.

Nella seconda Sezione è pubblicato sia il testo integrale dell'ordinanza del Giudice pavese, sia l'atto di intervento davanti alla Consulta presentato dalla Sezione di Pavia dell'Unione Italiana Giuristi Cattolici, a sostegno della declaratoria di incostituzionalità delle norme impugnate.

Il 21 settembre 2018 il Centro Studi Livatino ha organizzato, insieme con l'associazione Scienza & Vita, un seminario a Roma, nella sede dell'Università europea Regina Apostolorum, riguardante i problemi, di ordine giuridico e non, derivanti dalla commercializzazione della triptorelina: una sostanza adoperata per affrontare la c.d. disforia di genere in età adolescenziale. Uno dei relatori del workshop è stata la prof. ssa Assuntina Morresi, associato di chimica fisica all'Università di Perugia, che per L-JUS ha sviluppato l'intervento svolto in quella sede: il testo che proponiamo rappresenta una chiarificazione di ordine pre-giuridico, indispensabile per inquadrare e cogliere le questioni conseguenti, in primis quella – affrontata nel corso del workshop – relativa a chi è il titolare del consenso rispetto al trattamento. La seconda Sezione ospita il documento redatto dal nostro Centro Studi e da Scienza & Vita, riassuntivo dei lavori del seminario.

La seconda Sezione contiene altri documenti significativi del lavoro svolto dal Centro Studi. Vi è un ulteriore giudizio di costituzionalità che stiamo seguendo con attenzione: quello, sollevato da una ordinanza del Tribunale di Pisa, riguardante la trascrizione nei registri dello stato civile come figlio di una coppia *same sex* di un bambino nato all'estero. Il prof. Mauro Paladini e il prof. Marcello Cecchetti hanno predisposto e depositato alla Consulta un atto di intervento a nome del Centro Studi Livatino. Il giudizio, inizialmente fissato per l'8 gennaio 2019, è stato rinviato senza indicazione della nuova data. Pubblichiamo l'ordinanza e l'atto di intervento.

L'ultimo documento, che completa il numero, coincide con l'esame cui il Centro Studi ha sottoposto un disegno di legge in discussione al Senato, fonte di polemiche e di accesi contrasti: si tratta dell'Atto Senato n. 735 Norme in materia di affido condiviso, mantenimento diretto e garanzia di bigenitorialità, meglio conosciuto come "d.d.l. Pillon", dal cognome del senatore – l'avv. Simone Pillon – che ne è il primo firmatario.

Il periodo dell'anno in cui esce questo numero dà il piacere di rivolgere a chi segue questa rivista e l'attività del Centro Studi l'augurio più caro di un felice 2019. Felice non vuol dire facile: vuol dire contare su una condivisione di principi di riferimento e di criteri di giudizio per orientarsi in territori culturali controversi. Con un lavoro di squadra – quello del Centro Studi – che valorizza sensibilità e competenze variegate, come questo numero testimonia e conferma.

Alfredo Mantovano

SEZIONE STUDI

GIUSEPPE MARRA
Magistrato

IL GIUDICE PRAETER LEGEM O CONTRA LEGEM?
Nota a margine del ricorso della Procura di Roma del 27 luglio 2018 sulla trascrizione dell'atto di nascita da maternità surrogata*

SOMMARIO: 1. La vicenda in esame – 2. Il contesto generale sulla surrogazione di maternità – 3. La nozione di ordine pubblico secondo la Corte di Cassazione – 4. Le motivazioni della Procura di Roma – 5. Le decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo – 6. Dottrina.

1. La vicenda in esame

Il provvedimento della Procura di Roma, che qui si annota brevemente, compendia tutta una serie di questioni giuridiche che ruotano intorno al fenomeno della cosiddetta maternità surrogata, di recente denominata "gestazione per altri" (Gpa) per ingentilirne la connotazione.

Nel fattispecie la Procura di Roma ha contestato la trascrizione compiuta dal Comune di Roma dell'atto di nascita formato all'estero, relativo ad una minore nata in Canada tramite maternità surrogata, in cui risulta l'indicazione di due padri, cittadini italiani, uniti civilmente e residenti a Roma, di cui uno solo ha un legame biologico con la bambina. È stata omessa invece ogni indicazione della madre naturale. In base a questi presupposti fattuali alla bambina è stata attribuita agli atti dello stato civile un doppio cognome, uno del padre biologico ed il secondo quello del secondo padre cosiddetto "intenzionale". L'ufficio della Procura ha quindi impugnato, più precisamente, l'atto di nascita formato all'estero, per contrarietà dell'atto all'ordine pubblico, secondo i principi ricavabili dalla legislazione vigente in materia di atti dello stato civile, rilevando peraltro che la procreazione a seguito di maternità surrogata non era in contestazione.

2. Il contesto generale sulla surrogazione di maternità

* *Contributo sottoposto a valutazione*.

In premessa, al fine di meglio inquadrare le varie questioni giuridiche, va illustrato brevemente il fenomeno della surrogazione di maternità (anche definita in gergo utero in affitto o di recente gestazione per altri). Esso è una pratica procreativa in virtù della quale due persone da un legame affettivo unite (anche dello stesso sesso) ed impossibilitate ad avere figli si rivolgono ad una donna estranea alla coppia, affinché essa si presti a portare avanti una gestazione per loro conto, consentendo dopo il parto che i committenti diventino dal punto di vista legale i genitori del nascituro.

Si è soliti distinguere tra la surrogazione cosiddetta parziale, ove la madre surrogata concorre alla determinazione genetica del figlio, dal diverso caso della surrogazione c.d. totale in cui può accadere che la madre surrogata conduca la gravidanza a seguito dell'impianto di un ovulo già fecondato, formato dall'unione di cellule riproduttive appartenenti alla coppia c.d. committente, ovvero a terzi donatori.

Tutto ciò può avvenire per liberalità, oppure in cambio di denaro o altra utilità in favore della madre surrogata; è evidente però che la prima ipotesi nella realtà sia del tutto eccezionale, mentre di regola il fenomeno è connesso a situazioni di grave disagio economico-sociale della donna che si presta a portare a termine una gravidanza per altri.

La pratica in questione è espressamente vietata in Italia dall'art. 12, comma 6, legge 19 febbraio 2004, n. 40, che prevede la sanzione penale della reclusione da tre mesi a due anni e la multa da € 600.000,00 ad 1.000.000 di euro nei confronti di «*...chiunque, in qualsiasi forma, realizza organizza o pubblicizza … la surrogazione di maternità*».

Tale previsione è rimasta ferma anche a seguito della declaratoria di incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa, sancita dalla sentenza della Corte cost. n.162/2014, la quale ha ribadito, però, con forza, che la fecondazione eterologa «*va rigorosamente circoscritta alla donazione dei gameti, e tenuta distinta da ulteriori e diverse metodiche, quali la cd 'surrogazione di maternità', espressamente vietata dall'art. 12, 6° comma, l. 40/04, con prescrizione non censurata e che in nessun modo, e in nessun punto, è incisa dalla presente pronuncia, conservando quindi perdurante validità ed efficacia*».

A fronte della presenza di un siffatto divieto penale si assiste al fenomeno sempre più numeroso del c.d. turismo procreativo, ossia coppie italiane che per valersi della surrogazione di maternità si sono recati in alcuni Stati esteri che, seppure a certe condizioni, riconoscono

tale pratica come lecita, e dove poi è possibile registrare un atto di nascita in cui i soggetti committenti risultano, in base alla *lex loci*, gli unici genitori del bambino nato.

Il passaggio successivo di siffatti progetti di genitorialità alternativi all'adozione riguarda la trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero nei registri dello stato civile in Italia. Infatti il meccanismo è noto: coppie italiane, anche dello stesso sesso, si recano all'estero, nei Paesi dove è consentita, per praticare la surrogazione di maternità; successivamente si recano presso l'ambasciata o il consolato italiano muniti del certificato di nascita del minore, che li vede entrambi genitori in base alla legge straniera che consente quella pratica, al fine di chiedere l'inoltro all'ufficiale dello Stato civile italiano per la trascrizione nei registri del comune di residenza. Rientrati in Italia, nel caso di contestazioni, esse tenteranno di far valere il principio della salvaguardia prioritaria del miglior interesse del minore a mantenere il legame giuridico, che nel frattempo si è consolidato, con la coppia che lo ha con sé, affidandosi ad un accertamento rimesso peraltro alle valutazioni oscillanti dei giudici. Queste condotte possono però avere anche dei riflessi penali, che qui non è possibile esporre, anche perché sulla questione è in atto un contrasto giurisprudenziale.

Quanto invece agli aspetti civilistici va ricordato che la normativa italiana sulla trascrizione degli atti di nascita formati all'estero risulta dal combinato disposto degli artt. 15, 17 e 18 D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (il c.d. ordinamento dello stato civile) con l'art. 65, L. 31 maggio 1995, n. 218 (che ha riformato il diritto internazionale privato).

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

Da quanto sin qui esposto emerge che assume un'assoluta centralità la nozione di contrarietà "all'ordine pubblico" internazionale dell'atto conseguente ad una nascita avvenuta mediante la surrogazione di maternità in uno Stato estero.

3. La nozione di ordine pubblico secondo la Corte di Cassazione

Non è possibile in questa sede approfondire il tema del significato da dare al concetto di ordine pubblico internazionale. Tuttavia si possono indicare alcune delle sentenze più importanti sul tema inerente la trascrivibilità in Italia di atti di nascita formati all'estero, di cui si riportano le massime ufficiali, in modo da far rilevare la sussistenza di un contrasto.

Certamente di rilievo è la sentenza Cass. civ., Sez. I, 11 novembre 2014, n. 24001, P.D. ed altro c/o M.R.), che afferma: «*L'art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, sancisce l'espresso divieto, rafforzato da sanzione penale, della surrogazione di maternità, in quanto attività contraria all'ordine pubblico interno, in ragione della tutela costituzionalmente garantita alla dignità umana della gestante, e tenuto conto che, nel superiore interesse del minore, l'ordinamento giuridico affida la realizzazione di un progetto di genitorialità privo di legame biologico con il nato solo all'istituto dell'adozione – che gode delle garanzie del procedimento giurisdizionale – e non al mero accordo fra le parti*»[1]. In estrema sintesi, si afferma che la presenza di un divieto penale con riguardo alla pratica di maternità surrogata comporta che essa è contraria all'ordine pubblico interno, anche laddove per ipotesi fosse invece ammessa in un paese estero (nella specie non lo era neppure, in quanto in Ucraina la maternità surrogata è ammessa a condizione che almeno il 50% del materiale genetico appartenga alla coppia committente).

Di segno in parte contrario è invece la sentenza Sez. 1, n. 19599 del 30/09/2016, che afferma in massima : «*Il riconoscimento e la trascrizione, nel registro dello stato civile in Italia, di un atto straniero, validamente formato, nel quale risulti la nascita di un figlio da due donne a seguito di procedura assimilabile alla fecondazione eterologa, per aver la prima donato l'ovulo e la seconda condotto a termine la gravidanza con utilizzo di un gamete maschile di un terzo ignoto, non contrastano con l'ordine pubblico per il solo fatto che il legislatore nazionale non preveda o vieti il verificarsi di una simile fattispecie sul territorio italiano, dovendosi avere riguardo al principio, di rilevanza costituzionale primaria, del superiore interesse del minore, che si sostanzia nel suo diritto alla conservazione dello*

[1] Nella specie, la S.C., nell'enunciare il principio, ha confermato la decisione di merito, con la quale era stato dichiarato lo stato di adottabilità di un minore, generato da una donna ucraina su commissione di una coppia italiana, tanto più che il contratto di surrogazione di maternità era nullo anche secondo la legge ucraina per l'assenza di un legame biologico del nato anche con il padre.

*"*status filiationis*", validamente acquisito all'estero*». In questa pronuncia la Suprema Corte sembra invece dare prevalenza alla tutela di quello che può essere ritenuto il miglior interesse del minore, anche a discapito di eventuali divieti della normativa interna (non si trattava però di violazione del divieto di maternità surrogata).

Sulla stessa linea anche la sentenza Sez. 1, n.14878 del 15/06/2017, la cui massima afferma: «*Deve essere accolta la domanda di "rettificazione" dell'atto di nascita del minore nato all'estero e figlio di due madri coniugate all'estero, già trascritto in Italia nei registri dello stato civile con riferimento alla sola madre biologica, non sussistendo contrasto con l'ordine pubblico internazionale italiano*». Anche in tale caso però non si era di fronte ad un'ipotesi di maternità surrogata, nei termini descritti in epigrafe, ma di una nascita avvenuta mediante fecondazione assistita.

Va però segnalato che le Sezioni Unite civili, con la sentenze n.16601/2017, in materia di riconoscimento in Italia della figura del c.d. risarcimento punitivo di matrice statunitense, ha assunto una posizione non in linea con le ultime pronunce della Sezione prima della Suprema Corte in tema di ordine pubblico internazionale e riconoscimento dei provvedimenti giudiziari stranieri.

Inoltre le Sezioni Unite sono state investite anche della questione relativa al riconoscimento in Italia di un provvedimento giudiziario estero che aveva riconosciuto la doppia paternità con riguardo alla nascita di una coppia di bambini avvenuta mediante la surrogazione di maternità. La Procura generale di Trento ha infatti impugnato l'ordinanza della Corte di appello trentina che ha attribuito efficacia nell'ordinamento interno ad un provvedimento di una Corte canadese che aveva riconosciuto la genitorialità come padre anche al secondo uomo che non aveva alcun legame biologico con i due minori. Nella fattispecie l'ufficiale dello stato civile aveva rifiutato la trascrizione dell'atto di nascita estero contenente l'indicazione di due padri perché contraria all'ordine pubblico. L'udienza davanti al massimo collegio della Suprema Corte è fissata per il prossimo 6 novembre, e si spera che la Cassazione fissi un punto fermo circa la nozione di ordine pubblico internazionale.

4. Le motivazioni della Procura di Roma

Nell'atto di impugnazione, la Procura di Roma contesta l'interpretazione dell'ordine pubblico internazionale fornita dalle due recenti sentenze della Corte di Cassazione di cui

sopra, in cui si sostiene, in sintesi, che la nozione di "ordine pubblico internazionale" vada limitata alle sole disposizioni costituzionali, ovvero addirittura ai valori costituzionali primari, ed a quelle dei trattati internazionali. I pubblici ministeri romani invece sostengono che per dare effettivo contenuto alla tutela dei principi fondamentali dell'ordinamento italiano, non si possa prescindere dalla legislazione ordinaria vigente, che concorre a individuare, in un determinato momento storico, il concetto di "ordine pubblico".

Fatta questa premessa metodologica è consequenziale affermare che le pratiche di maternità surrogata effettuate all'estero, ma vietate in Italia dalla legge penale, sono contrarie all'ordine pubblico internazionale, con le derivanti conseguenze in tema di produzione di effetti nel nostro ordinamento.

Viene richiamata sul punto la sentenza della Corte cost. 272/2017, in cui la Consulta, investita della questione della legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. (Impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità), coglie l'occasione per ribadire che *«…la maternità surrogata offende in modo intollerabile la dignità della donna e mia nel profondo le relazioni umane…*», non lasciando dubbi sul fatto che tale pratica sia contraria ai principi fondamentali del nostro ordinamento, fondato in primo luogo sul pieno rispetto della dignità della persona, nella specie delle donne che partoriscono.

Il provvedimento della Procura di Roma è altresì apprezzabile perché rileva con puntualità che nel nostro ordinamento la filiazione può essere soltanto ricollegabile a queste tre categorie : 1) biologica, matrimoniale o naturale, tra persone di sesso diverso; 2) adottiva, sempre tra persone di sesso diverso, stante il divieto di adozione tra persone dello stesso sesso legate in unioni civili contenuto nell'art.1, comma 20, della legge n.76/2016; 3) tramite procreazione medicalmente assistita, con legame biologico o senza legame biologico (dopo la sentenza della Corte cost. 162/2014 che ha rimosso il divieto per la fecondazione c.d. eterologa) ma sempre tra persone dello stesso sesso, tenuto conto del divieto della fecondazione medicalmente assistita tra coppie omosessuali posto dall'art. 5 della legge n. 40/2004. Non esistono altri tipi di filiazione nell'ordinamento, né ovviamente esiste in rerum natura la possibilità di una filiazione biologica tra persone dello stesso sesso.

La Procura di Roma conclude in maniera molto netta, affermando che: «*L'interpretazione che qui si contesta non sarebbe, dunque,* praeter legem*, ma addirittura* contra legem*, non potendosi ipotizzare alcun vuoto normativo nella materia in oggetto. Si pone, in estrema*

sintesi, una questione relativa al limite della giurisdizione rispetto a materie regolate dalla legge in un determinato modo, che può apparire condivisibile o meno, ma che non può dirsi incostituzionale, e che, quindi, il giudice deve rispettare».

E questo appare il nocciolo delle varie questione in esame: fino a dove può spingersi il potere/dovere interpretativo del giudice?

Ad avviso di chi scrive quella giurisprudenza (soprattutto di merito) che ha avallato la trascrizione in Italia di atti di nascita di minori nati all'estero mediante la surrogazione di maternità ha di fatto consentito l'aggiramento, per lo più in maniera fraudolenta, del divieto di maternità surrogata dettato dall'art. 12, comma 6, L. n. 40/2004, peraltro solo in favore di coloro che possono recarsi all'estero e comprare la disponibilità di donne, indotte a dare in cambio di denaro l'utilizzo del proprio corpo per una gestazione per altri.

5. Le decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

Sul tema non si può infine trascurare che si è anche pronunciata anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in più occasioni. In particolare con due sentenze "gemelle" rese il 26 giugno 2014 nei confronti della Francia, sui ricorsi n.65192/2011 (Menneson c/o Francia) e n.65941/2011 (Labassee c/o Francia) in casi riguardanti il rifiuto di procedere alla trascrizione nei registri dello stato civile francese degli atti di nascita formatisi all'estero a seguito di procreazione con maternità surrogata. La Corte E.D.U. ha riconosciuto un ampio margine di apprezzamento discrezionale ai singoli Stati sul tema della liceità della maternità surrogata, viste le implicazioni di ordine etico della materia.

Tuttavia la Corte ha rinvenuto una violazione dell'art. 8 CEDU con riguardo alla posizione dei minori stessi, in quanto «...*gli effetti del mancato riconoscimento nel diritto francese del legame di filiazione tra i minori così concepiti e i genitori intenzionali non si limitano alla situazione di questi ultimi, che sono gli unici ad avere scelto le modalità di procreazione contestate loro dalle autorità francesi: tali effetti riguardano anche la situazione dei minori stessi, il cui diritto al rispetto della vita privata, che implica che ciascuno possa stabilire in sostanza la propria identità, ivi compresa la sua filiazione, risulta significativamente compromesso. Si pone dunque una questione grave di compatibilità di tale situazione con l'interesse superiore dei minori, il cui rispetto deve guidare ogni decisione che li riguarda.*

Questa analisi assume un'importanza particolare quando, come nel caso di specie, uno dei genitori intenzionali è anche genitore del minore».

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

6. Dottrina

G. CARDACI, *Sono trascrivibili integralmente nel registro di stato civile gli atti di nascita di due gemelli nati all'estero tramite gestazione per altri*, nota a App. Milano, 28 dicembre 2016, n. 3990, in *Il Familiarista* del 27 gennaio 2017;

R. CHIEPPA, *Le attuali varie tipologie di genitorialità tra biologica, legale e adottiva: finzioni, contraddizioni e responsabilità, con riguardo anche alla genitorialità da fecondazione eterologa*, in *Iustitia*, 2, 2015, parte 1, p. 121 ss.;

M. DOVA, *Maternità surrogata e diritto penale*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 3, 2015, p. 917 ss.;

A. FASANO, G. PIZZOLANTE, *La Corte di Strasburgo ritorna sull'allontanamento del minore e la maternità surrogata*, nota a Corte E.D.U., Grand Chamber, 24 gennaio 2017, n. 25358, Paradiso e Campanelli c/o Italia, in *Il Familiarista* del 25 gennaio 2017;

A. B. FARAONI, *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Milano, 2002.

A. GATTO, *Surrogazione di maternità e diritto del minore al rispetto della propria vita privata e familiare*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 3, 2015, parte 2, p. 1091 ss.

G. MARRA, *Riflessi penali della surrogazione di maternità effettuata all'estero*, in *Il Familiarista*, *Focus* del 15 marzo 2017.

G. PIZZOLANTE, *Corte di Strasburgo e maternità surrogata all'estero: rispetto del limite dell'ordine pubblico o tutela del superiore interesse del minore*, in *Il Familiarista* del 15 Settembre 2015;

A. RUGGERI, C. SALAZAR, *Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio: Riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone*, in *Consulta Online*, 1, 2017, p. 138 ss.

Abstract

GIUSEPPE MARRA, Il giudice *contra legem* o *praeter legem*? Nota a ricorso della Procura di Roma 27/07/2018 su trascrizione atto di nascita da maternità surrogata

L'articolo approfondisce il tema della maternità surrogata attraverso il commento del provvedimento della Procura di Roma del 27/07/2018 che ha contestato la trascrizione compiuta dal Tribunale di Roma di un atto di nascita formato all'estero.

Parole chiave: maternità surrogata, filiazione, trascrizione atto di nascita, ordine pubblico, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

GIUSEPPE MARRA, The judge *contra legem* o *praeter legem*? Comment to provision of the Rome Public Prosecutor's Office 27/07/2018 concerning the transcription of the birth certificate from a surrogate motherhood

The article elaborates on the subject of surrogate motherhood by commenting on the provision of the Rome Public Prosecutor's Office of 27/07/2018 which challenged the transcript made by the Court of Rome of a birth certificate formed abroad

Key words: surrogate motherhood, filiation, transcription of the birth certificate, public order, European Court of Human Rights.

SANDRA SARTI
Prefetto
Presidente della Commissione nazionale sul diritto di asilo

PROSPETTIVE PER LA PROTEZIONE INTERNAZIONALE DOPO L'APPROVAZIONE DEL D.L. N. 113/2018*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Protezione internazionale e protezione umanitaria nell'evoluzione del quadro normativo – 3. Protezione umanitaria nell'interpretazione giurisprudenziale – 4. Applicazione della protezione umanitaria – 5. La delimitazione della protezione umanitaria; 6. L'impugnazione del diniego della protezione internazionale ed umanitaria – 7. L'Intervento del Decreto Immigrazione – 8. Incidenza della legge 132/2018 sulle attività delle Commissioni territoriali – 9. Impatto della riforma sull'accoglienza dei titolari di protezione umanitaria.

1. Premessa

Il 2018 ben può essere considerato un anno di svolta nel contenimento dei flussi migratori verso l'Italia. Infatti, a seguito della diminuzione degli stessi, già riscontrata peraltro nel secondo semestre del 2017 per effetto sia degli Accordi intercorsi con la Libia a sostegno del suo riassetto politico ed istituzionale, sia della sottoscrizione del Codice di Condotta da parte delle Ong, nel 2018 si è registrato l'arrivo di 23.370 migranti, che ha evidenziato un decremento dell'80,48% rispetto al 2017, quando si era registrato lo sbarco di 119.369 migranti.

Al decremento degli arrivi via mare ha contribuito da ultimo, in modo determinante, la strategia politica che ha ispirato il d.l. 113/18, entrato in vigore lo scorso 5 ottobre, mirata al concreto contenimento dei flussi. Essa è stata corroborata, da un lato, dal rafforzamento delle iniziative già avviate precedentemente in Africa con azioni protese al coinvolgimento dei Paesi di origine e di transito, come la Costa d'Avorio, l'Etiopia, il Niger, la Nigeria, il Senegal e il Sudan, nell'intercettazione e nel governo dei flussi migratori, e, dall'altro, dal riordino della disciplina in tema di procedure di asilo, dalla razionalizzazione del sistema nazionale

* *Contributo sottoposto a valutazione.*

di accoglienza, nonché dall'implementazione dei Centri per il rimpatrio, necessari ad attuare le misure di allontanamento dei migranti privi di titolo di permanenza sul territorio.

Il quadro riorganizzativo descritto ha, dunque, inciso in modo determinante sulla normativa previgente recante le ipotesi di riconoscimento della protezione internazionale in cui si incentra l'attività delle Commissioni territoriali (20 Commissioni e 30 Sezioni operano sul territorio nazionale) per l'espletamento delle procedure di esame del diritto di asilo e la gestione del relativo contenzioso.

2. Protezione internazionale e protezione umanitaria nell'evoluzione del quadro normativo.

La necessità di rivisitare il predetto sistema ha tratto origine dalla constatazione che il riconoscimento della "protezione internazionale" nelle diverse forme dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria, previste dalla direttiva europea 2004/83/CE, recepita con il D.Lgs. n. 251/2007, avveniva mediamente nella rispettiva misura del 7% e dell'11% delle decisioni assunte dai collegi territoriali, mentre nel 25% dei casi si registrava la "concessione" di una diversa forma di tutela derivante dall'ordinamento nazionale, comunemente definita "protezione umanitaria".

Quest'ultima, a differenza delle ipotesi di protezione internazionale ancorate a specifiche fattispecie che, derivanti dalle previsioni della Convenzione di Ginevra, mirano al "riconoscimento di uno status", non era legata ad una casistica predeterminata ma, attraverso il disposto dell'art. 5, c. 6 del TU Immigrazione 286 del 1998, era ricondotta al mero "rilascio di un permesso di soggiorno" in presenza di: «*seri motivi di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano*»: In tali circostanze spettava al Questore il rilascio di un "permesso di soggiorno per motivi umanitari" secondo le modalità indicate dal regolamento attuativo che, recato dal D.P.R. n. 394 del 1999 che all'art.11, comma 1, lettera c-ter), prevedeva l'acquisizione dall'interessato della documentazione idonea a suffragare l'istanza con «*oggettive e gravi situazioni personali che non consentono l'allontanamento dello straniero dal territorio nazionale*».

Tale norma venne inizialmente applicata dalle Commissioni Territoriali nell'intento di trovare rimedio a situazioni che richiedevano una tutela, pur non evidenziandosi in esse quei requisiti, previsti per il riconoscimento dello status di rifugiato ex art. 1 della Convenzione

di Ginevra del 1951, riconducibili a persecuzioni per motivi di razza, di religione, di nazionalità, di appartenenza ad un particolare gruppo sociale, o di opinioni politiche.

Solo in seguito i decreti legislativi 19 novembre 2007 n. 251 e 28 gennaio 2008 n. 25, che hanno recepito rispettivamente le direttive europee sulle qualifiche (2004/83/CE) e sulle procedure (2005/85/CE), hanno declinato (e proceduralizzato) una seconda forma di protezione internazionale quale quella della "protezione sussidiaria" collegandola alla ricorrenza di situazioni integranti "danni gravi" come la condanna a morte o l'esecuzione della pena di morte; la tortura o altra forma di trattamento inumano e degradante; la minaccia grave alla vita di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale (art.14 D.Lgs. n. 251/07).

In tal modo sono state incluse nella protezione internazionale casistiche nettamente diverse da quelle previste per il riconoscimento dello status di rifugiato e riconnesse alla sussistenza di atti di persecuzione sufficientemente gravi da rappresentare una grave violazione dei diritti umani fondamentali, come nel caso di atti di violenza fisica, psichica o sessuale, o nel caso di provvedimenti legislativi/amministrativi discriminatori, o di azioni giudiziarie o sanzioni penali sproporzionate e discriminatorie, o di rifiuto di ricorso alla tutela giudiziaria, o in presenza di sanzioni conseguite al rifiuto di prestare servizio militare sia in caso di conflitto che comporti la commissione di crimini, sia in caso di motivi personali etici, religiosi o di appartenenza etnica (art. 7 D.Lgs. n. 251/07).

Venivano così integrate nella protezione sussidiaria anche alcune delle situazioni che precedentemente erano state ricomprese nel rilascio di permesso di soggiorno per motivi umanitari, tanto che l'art. 34 del D.Lgs. "qualifiche" 251/2007 prevedeva anche la conversione in protezione sussidiaria dei permessi di soggiorno per protezione umanitaria rilasciati prima della sua entrata in vigore.

Conseguentemente si era ipotizzato che la protezione umanitaria, nonostante la prassi consolidatasi, non avrebbe trovato ulteriore applicazione. Invece, nonostante l'avvenuto ampliamento delle ipotesi di protezione internazionale, essa non è stata eliminata, né collegata a specifiche fattispecie applicative. Anzi, nell'arco di due mesi dalla pubblicazione del decreto sulle qualifiche è intervenuto il decreto sulle procedure n. 25/2008, che con la formulazione dell'art. 32, c.3 ha definitivamente ricondotto la protezione umanitaria all'interno della procedura di asilo, inserendola espressamente, in quota sostanzialmente

residuale, tra le varie decisioni di competenza delle Commissioni Territoriali. La disposizione, infatti, prevedeva che: «*nei casi in cui non accolga la domanda di protezione internazionale e ritenga possano sussistere gravi motivi di carattere umanitario la Commissione territoriale trasmette gli atti al Questore per l'eventuale rilascio del permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 5, c. 6 del D.Lgs. 286/1998*».

3. La protezione umanitaria nell'interpretazione giurisprudenziale

L'assunzione da parte della protezione umanitaria delle caratteristiche sostanzialmente proprie della tutela primaria, al pari della protezione internazionale, è stata via via sostenuta dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione (v. per tutte SS.UU. n. 1153 del 19 maggio 2009 e SS.UU. n. 11535 del 21Aprile 2009) che ha correlato il beneficio "*ad un predeterminato arco di tempo*" e successivamente ha ravvisato nella fattispecie una natura di diritto soggettivo, spostandone la trattazione davanti al giudice ordinario. Fu rilevato, infatti, che la competenza del giudice amministrativo, in caso di rifiuto del Questore alla concessione del permesso umanitario, era maturata in vigenza di un quadro normativo sostanzialmente mutato anche per effetto dell'art. 32, D.Lgs. n. 25/2008 che, confermando il ruolo decisionale delle commissioni territoriali in materia di asilo, aveva attribuito a queste ultime, competenze valutative dirette tanto all'accertamento dei requisiti per il riconoscimento della protezione internazionale, quanto alla protezione umanitaria, ragione per la quale al Questore residuava: «*nulla più che un compito di mera attuazione dei deliberati assunti sulla posizione dello straniero dalla Commissione stessa*».

Il costante sviluppo dell'elaborazione giurisprudenziale in tema di protezione umanitaria, certamente necessario per dare contenuti alla norma in bianco che la prevedeva facendo riferimento all'amplissimo concetto di "seri motivi" o di "gravi motivi", ha contribuito a dare struttura all'istituto annoverandola tra le «*possibili forme di attuazione dell'asilo costituzionale sancito dall'art. 10 Cost., terzo comma*» con la cui configurazione risultava peraltro coerente per via del «*carattere aperto e non integralmente tipizzabile delle condizioni per il suo riconoscimento*», in linea con la portata del disposto costituzionale «*espressamente riferito all'impedimento nell'esercizio delle libertà democratiche*» (Cass. n.10686 del 2012; n.16362 del 2016).

Secondo il consolidato orientamento del Giudice di legittimità (v. per tutte Cass. Civ. n. 10686 del 26 giugno 2012 e da ultimo Cass. Civ. sez I, del 23 febbraio 2018, n. 4455) il diritto di asilo veniva «*interamente attuato e regolato attraverso la previsione delle situazioni finali previste nei tre istituti di protezione, ad opera della esaustiva normativa di cui al D.Lgs. n. 251/2007 e del D.Lgs. n. 286/98 art.5, c. 6, sicché non si scorge alcun margine di residuale diretta applicazione della norma costituzionale*». Su tali basi è stato poi affermato che la protezione per motivi umanitari costituiva «*una forma di tutela a carattere residuale posta a chiusura del sistema complessivo che disciplina la protezione internazionale degli stranieri in Italia*». All'esito dell'accertamento negativo della sussistenza dei presupposti dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria la protezione umanitaria andava a porsi in posizione alternativa svolgendo una funzione di complementarietà.

I seri o i gravi motivi richiamati dal legislatore per la sua applicazione non «*tipizzati o predeterminati, neppure in via esemplificativa (costituivano) un catalogo aperto*» nel quale le singole fattispecie risultavano accomunate «*dal fine di tutelare situazioni di vulnerabilità attuali o accertate, con giudizio prognostico, come conseguenza discendente dal rimpatrio dello straniero, in presenza di un'esigenza qualificabile come umanitaria, cioè concernente diritti umani fondamentali protetti a livello costituzionale e internazionale*». In questo percorso, che ha lasciato ampi margini ad una interpretazione particolarmente estensiva rispetto al fine di tutela temporanea per esigenze umanitarie per la quale l'istituto era stato originariamente introdotto nell'ordinamento, è comunque emersa, con evidenza, non solo la diversità dei presupposti della protezione umanitaria rispetto a quelli richiesti per il riconoscimento delle due forme di protezione internazionale (status e sussidiaria), ma anche la necessità che essa fosse costantemente ancorata a "situazioni di vulnerabilità".

4. Applicazione della protezione umanitaria

L'elevatissimo numero di domande di asilo, riscontrato in conseguenza dei picchi di arrivi via mare del 2014 (170.000 arrivi e 63.456 istanze), del 2015 (153.842 arrivi e 83.970 istanze), del 2016 (181.436 arrivi e 123.600 istanze), del 2017 (119.310 arrivi e 130.119 istanze) e fino al novembre 2018 (22.232 arrivi e 47.997 istanze), stante l'impossibilità da parte delle Commissioni territoriali di esaminarle in tempi rapidi, ha determinato la lunga

presenza dei richiedenti sul territorio nazionale alcuni dei quali, in attesa di convocazione, hanno trovato lavoro, hanno iniziato ad acquisire anche a livello embrionale la lingua, hanno avuto figli che sono stati inseriti nei vari contesti scolastici locali ecc.

Tutte situazioni queste che – per effetto dell'elasticità conferita alla protezione umanitaria, tanto ad opera delle Commissioni in prima istanza, quanto ad opera dei giudici in sede giudiziale – sono state tenute in considerazione ai fini della concessione del beneficio per integrazione sociale. A favore di tale orientamento si è posta, in particolare, la giurisprudenza del Tribunale di Genova che, ai fini della protezione umanitaria, ha ritenuto di dover valutare la presenza di un rapporto di lavoro e della conoscenza della lingua italiana quali indici dell'avviato percorso di inclusione socio lavorativa. Sulla possibilità di riconoscere la protezione umanitaria per integrazione sociale non si è tuttavia riscontrata un'omogeneità giurisprudenziale. La Corte d'Appello di Torino (sentenza n. 1599/2017 del 18 luglio 2017) ha rilevato, ad esempio, che «*la maggiore o minore integrazione dello straniero in Italia e le attività svolte nel periodo di accoglienza non costituiscono affatto prova di una particolare condizione di vulnerabilità da proteggere e non hanno rilevanza alcuna ai fini della valutazione della sussistenza dei presupposti per il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari*».

Negli ultimi anni poi, ai fini attuativi dell'istituto, ha trovato particolare attenzione la ricorrenza di patologie nei richiedenti asilo. Uno dei principali problemi pratici riscontrati, infatti, sia dalle Commissioni territoriali che dai Giudici, è stato quello di definire quale soglia di gravità fosse rilevante ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria. In proposito la Corte (Cass. sez. VI, 27 giugno 2016, n. 13252) ha rilevato che la garanzia del diritto fondamentale alla salute del cittadino straniero, deve comprendere non soltanto le prestazioni di pronto soccorso e di medicina d'urgenza, ma anche tutte le altre prestazioni essenziali per la vita «*apprestando, in conformità al dettato costituzionale, gli interventi essenziali* quoad vitam» (Cass. sez. VI, 8 marzo 2017, n. 6000).

Ancora, in non pochi casi, tanto le Commissioni territoriali quanto i Tribunali hanno affrontato la rilevanza della *quaestio* relativa ai c.d. conflitti di bassa intensità (*low conflict*) presenti nei Paesi di origine. Oggetto della riflessione è stata la possibilità di estendere la protezione umanitaria anche ai casi in cui il livello del conflitto presente nel territorio di origine del richiedente non raggiungeva soglie di intensità e di frequenza tali da configurare

una delle ipotesi esplicitamente previste per la protezione sussidiaria. Al riguardo si sono riscontrati sia orientamenti favorevoli (Cass. sez. VI, 7 luglio 2014, n. 15466) che hanno ritenuto in caso di *low conflict* la sussistenza di situazioni comunque vulnerabili e come tali da tutelare, sia orientamenti contrari. La Suprema Corte (Cass. sez. VI, 14 maggio 2012, n. 7492) ha infatti espressamente affermato che: «*Il riconoscimento della protezione umanitaria è consentito solo in presenza dei presupposti previsti dalla legge, fra i quali non rientra la situazione di instabilità di un paese o la generica limitazione delle libertà civili*».

Di particolare interesse è altresì rilevare come tale forma di tutela, vuoi per la sua intrinseca plasticità, mai peraltro disgiunta dalle linee politiche adottate per la *governance* del fenomeno migratorio, abbia assunto anche la valenza strumentale di una latente sanatoria mirata a legalizzare, su tutto il territorio nazionale, la presenza di migranti privi di titolo di permanenza o già denegati e riammessi al beneficio in sede di domanda reiterata, specie in contesti territoriali caratterizzati dalla diffusione del lavoro nero, dove se ne è fatta ampia applicazione anche al fine di prevenire situazioni di possibile nocumento all'ordine pubblico.

Una linea, questa, peraltro coerente con l'indirizzo contenuto nel Piano Nazionale di Integrazione adottato nel 2017 dal Ministro dell'Interno, in base al quale «*la permanenza sul territorio necessita (...) di essere inquadrata rigorosamente in una cornice di legalità, poiché è chiaro che l'afflusso massiccio irregolare di persone e la gestione non razionalizzata che ne deriva si ripercuotono negativamente sulla possibilità di integrare*». Del resto, la capacità della protezione umanitaria di farsi strumento multiforme dinanzi alle più varie esigenze emergenti dall'impatto migratorio sul nostro tessuto sociale è stata innegabilmente facilitata dalla definizione linguistica dell'istituto che ne ha favorito l'istintiva assimilazione ad un'opportunità assistenziale che ha travalicato la portata originaria della previsione.

5. La delimitazione della protezione umanitaria

La giurisprudenza, fermo restando in ogni caso il doveroso richiamo alla tutela di situazioni di vulnerabilità, tutte da valutare caso per caso, ha teso nel tempo a meglio individuare il contenuto della tutela delimitando le fattispecie in cui la protezione umanitaria non poteva trovare spazi applicativi. Con ordinanza n. 26641/2016 la Suprema Corte ha stabilito che il diritto a tale forma di protezione non poteva essere riconosciuto per il semplice fatto che lo straniero non versasse in buone condizioni di salute, necessitando, invece che le

condizioni fossero l'effetto della grave violazione dei diritti umani subita dal richiedente medesimo nel Paese di provenienza.

Con ordinanza n. 26204/17 la Corte ha altresì affermato che l'integrazione nel nostro Paese non poteva essere considerata, in se e per sé, come ragione giustificativa del rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari i quali «*trovano la propria base nella sola violazione dei diritti umani ai danni del richiedente nel Paese di origine*». Ed ancora con sentenza n. 4455/18 la Corte di Cassazione ha stabilito che «*l'inserimento sociale e lavorativo del richiedente non poteva essere valorizzato come fattore esclusivo per la concessione della protezione, bensì come circostanza che poteva concorrere a determinare una situazione di vulnerabilità meritevole di tutela solo quando in caso di rimpatrio lo stesso avrebbe potuto incorrere in una significativa ed effettiva compromissione dei diritti fondamentali*».

6. L'impugnazione del diniego della protezione internazionale ed umanitaria

Dal momento che gli arrivi dell'ultimo quadriennio sono stati caratterizzati da "flussi misti", ovvero composti sia da richiedenti asilo che da migranti economici, le decine di migliaia di interviste svolte dai collegi territoriali hanno avuto un esito negativo trasfuso nel consistente aumento dei dinieghi pari, nel 2017 a 42.700 su un totale di 130.119 istanze e, nel corrente anno alla data del 9 novembre, a 46.900 su un totale di 47.138 istanze presentate. Ne è conseguito un altrettanto considerevole incremento dei ricorsi.

In proposito va rilevato che la riforma recata dal d. l. 13/2017, noto come "decreto Minniti-Orlando", ha cercato di potenziare il sistema delle procedure di asilo per conseguire una accelerazione dei tempi sia sul piano amministrativo che su quello giudiziale e, mentre da un lato ha rafforzato le Commissioni territoriali prevedendo l'immissione di nuovo personale, dall'altro ha anche istituito 26 Sezioni specializzate in materia di immigrazione nei Tribunali ordinari nelle città nelle quali hanno sede le Corti di Appello. Allo stesso tempo, al fine di ridurre ulteriormente i tempi di trattazione dei ricorsi in materia ha abolito il grado di appello prevedendo, all'esito della sentenza di primo grado, la ricorribilità in Cassazione.

A seguito della riforma, le impugnazioni dei dinieghi hanno raggiunto la percentuale del 99% che, stante l'istituzione delle Sezioni dei Tribunali a invarianza di organico, ha determinato un affaticamento del sistema giudiziario. I dati delle pratiche pendenti, forniti

dal Ministero della Giustizia al 31 luglio 2018, evidenziavano in primo grado 55.196 ricorsi; in appello 18.229 presentati sotto il rito ante riforma 2017 ed infine, 4.428 ricorsi in Cassazione. All'esito dei processi si è poi riscontrato che le sentenze dei giudici di merito hanno attribuito ai ricorrenti la protezione umanitaria nel 25% circa dei casi.

La lettura delle motivazioni delle sentenze ha messo in luce altresì l'aspetto della conoscenza della situazione del Paese di origine dei richiedenti al quale spesso si ovviava mediante il ricorso alla consulenza fornita dalle Università di riferimento, o al sistema "viaggiare sicuri" del Ministero degli Affari Esteri. Base informativa, quest'ultima che, tuttavia, aveva il grande limite di essere destinata ai viaggiatori italiani nei paesi di origine e transito dei migranti, offrendo un taglio dello stato dei luoghi del tutto diverso da quello necessario alla valutazione dell'esistenza di conflitti o di regimi discriminatori incidenti sulla limitazione dei diritti umani delle persone in fuga da quelle stesse zone. Per questo motivo la Commissione nazionale per il diritto di asilo, fin dal 2017, ha sottoscritto con il Consiglio Superiore della Magistratura un protocollo in base al quale ha reso disponibile ai giudici l'accesso al portale dell'Easo – Ufficio europeo di supporto all'Asilo – che predispone dettagliate C.O.I. (*country of origin information*) ed aggiornati rapporti sulla situazione politica, economica e sociale dei vari Paesi di origine dei migranti. Ed è sulla base di queste informazioni specialistiche che è possibile riscontrare la credibilità dei fatti dedotti dai richiedenti a sostegno della propria istanza di protezione. Grazie all'Accordo intercorso, è stato altresì avviato con la Scuola Superiore della Magistratura un itinerario di formazione congiunta, destinato sia ai componenti delle Commissioni Territoriali che ai magistrati, che si è rivelato particolarmente utile a rafforzare un approccio comune alla complessa materia attraverso lo scambio di esperienze ed il confronto tra le rispettive linee interpretative.

7. L'intervento del "Decreto immigrazione"

Con il D.L. n. 113/2018 convertito nella legge n. 132/2018, si è attuato e completato in via legislativa quel processo di riordino che il Ministro dell'interno aveva avviato con la circolare del 5 luglio 2018 diramata ai prefetti e alle Commissioni territoriali con la quale, sottolineando come il permesso di soggiorno per motivi umanitari fosse stato concesso per «*una varia gamma di situazioni collegate a titolo esemplificativo allo stato di salute, alla maternità, alla minore età, al tragico vissuto personale, alle traversie affrontate durante il*

viaggio in Libia per arrivare ad essere uno strumento premiale dell'integrazione», le richiamava ad una «*necessaria rigorosità nell'esame delle circostanze di vulnerabilità degne di tutela che, ovviamente, non possono essere riconducibili a mere generiche condizioni di difficoltà*».

Tornando al punto centrale, va tenuto conto che il permesso di soggiorno umanitario era soggetto a rinnovo biennale e che la richiesta, presentata dall'interessato al Questore, veniva inoltrata telematicamente dalle Questure alle Commissioni Territoriali. Queste ultime erano tenute a riesaminare il caso e disporre un'audizione solo in presenza di specifiche segnalazioni a carico dei richiedenti da parte delle stesse Questure, viceversa, in assenza di indicazioni potevano procedere solo ad un mero riesame documentale (v. Circolari Commissione Nazionale del 30 aprile 2010 e 31 ottobre 2013). E in tali casi, essendo oberate dalle istanze di protezione internazionale, le Commissioni procedevano al rinnovo automatico del beneficio. Nel 2014 la protezione umanitaria ha rappresentato il 28% delle decisioni assunte dalle autorità amministrative, nel 2015 è scesa al 22%, nel 2016 è rimasta costante e, nel 2017 è arrivata al 25 %, aumentando gradualmente fino al 29% - 30% riscontrato tra aprile e maggio 2018 per regredire fino al 17% nel successivo mese di settembre e quindi tendere all'eliminazione dopo la novella del 5 ottobre.

Dunque, sommando il dato percentuale delle protezioni umanitarie prodotto dai collegi amministrativi (sia in fase di prima istanza, sia in fase di rinnovo), a quello derivante dall'accoglimento delle impugnazioni in sede giudiziale, la specifica tutela si collocava in una fascia complessivamente pari, se non in alcuni momenti di picco, addirittura superiore al 50%. Situazione questa che si ripercuoteva inevitabilmente sui rilevanti costi dell'accoglienza. È dunque su queste basi che il D.L. n. 113/2018 è intervenuto per delimitare l'ambito di esercizio della discrezionalità nella valutazione della protezione umanitaria alla sussistenza di ipotesi predeterminate. Del resto dal confronto con altri Stati europei come, ad esempio, la Germania, la Svizzera, la Danimarca, l'Austria e il Belgio è emerso come nei loro ordinamenti fossero previste, rispetto alla protezione internazionale, specifiche misure complementari tutte ricondotte ad ipotesi tassative.

Sotto questo profilo, quindi, l'introduzione del D.L. n. 113/2018 ha intesso riequilibrare il nostro sistema nazionale riconducendolo, in coerenza con il programma del sistema comune di asilo europeo – c.d. Ceas – al livello degli altri Stati Membri. A tal fine si è

abrogato l'istituto del rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari per introdurre specifiche norme volte a disciplinare ipotesi eccezionali di temporanea tutela dello straniero in presenza di esigenze di carattere umanitario che non ne consentono il rimpatrio.

L'articolo 1 del D.L., che ha espunto anche la menzione della titolarità del permesso di soggiorno per la richiesta di asilo, ha abrogato da un lato la protezione umanitaria prevista ex art. 5 co. 6 del D.Lgs. n. 286/1998 così come il permesso di soggiorno rilasciato ai sensi dell'art. 32, co. 3 del D.Lgs. n. 25/2008 e relativo ai seri motivi di particolare carattere umanitario risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato Italiano, e dall'altro, ha tipizzato i casi di applicazione della tutela complementare, prevedendo permessi di soggiorno speciali con durata limitata. Tra questi il permesso:

- per cure mediche in favore di stranieri che presentano situazioni patologiche di eccezionale gravità della durata corrispondente all'attestazione sanitaria e, comunque, non superiore ad un anno, rinnovabile finché la situazione di necessità di cure è debitamente documentata;
- per motivi di protezione sociale rivolto alle vittime di violenza o di sfruttamento con concreti pericoli per l'incolumità dello straniero. L'ipotesi integra, per espressa previsione, un caso speciale che, come tale, pone in luce la non ordinarietà della protezione. Il permesso di soggiorno è esteso anche al lavoratore straniero oggetto di particolare sfruttamento il quale denunci il datore di lavoro e cooperi nel procedimento penale. Anche tale ipotesi configura "caso speciale" ed il predetto permesso è convertibile in permesso di soggiorno per lavoro subordinato o autonomo;
- per le vittime di violenza domestica, compresi i casi di abuso sotto il profilo fisico, sessuale, psicologico o economico. In tal caso il permesso ha durata di un anno e consente l'equiparazione del destinatario ai cittadini italiani al fine di fruire delle provvidenze e delle prestazioni di assistenza sociale;
- per situazioni di eccezionale calamità che non consente allo straniero il rientro e la permanenza nel Paese di provenienza in condizioni di sicurezza. Il permesso, con durata di sei mesi, consente l'accesso al lavoro ma non è convertibile in permesso di soggiorno per motivi di lavoro;
- per atti di particolare valore civile con durata di due anni e rinnovabile;

- per i casi di non accoglimento della domanda di protezione internazionale e al contempo di non sottoponibilità allo straniero ad espulsione o respingimento per il rischio di deprivazione di diritti umani fondamentali Si tratta, nella fattispecie, del caso in cui opera il divieto di espellere e di respingere – c.d. *non refoulement* – il richiedente in uno Stato in cui esso rischi di essere esposto a persecuzioni per i motivi di razza, sesso, religione, appartenenza ad un gruppo sociale, ad una nazionalità o ad una etnia o per opinioni politiche. (La disposizione replica qui il permesso che veniva concesso dal questore per i motivi di cui all'art. 119, co. 1 e 1.1 del T.U. Immigrazione al quale faceva rinvio l'art. 32, co. 3 del D.Lgs. n. 25/2008).

Dunque, solo nel quadro di tali permessi di soggiorno la tutela complementare trova applicazione rispetto alla protezione internazionale. Ulteriore tutela che permane è, tuttavia, quella della protezione per rilevanti esigenze umanitarie che ai sensi dell'art. 20 del T.U. Immigrazione del 1998, previo d.p.c.m. adottato d'intesa con i Ministri degli Affari Esteri e dell'Interno per ragioni di solidarietà sociale, trova applicazione, mediante la previsione di misure di protezione temporanea, nei casi di conflitti, disastri naturali o altri eventi di particolare gravità in Paesi non appartenenti all'Unione Europea.

8. Incidenza della legge 132/2018 sulle attività delle Commissioni territoriali

La novella ha avuto una particolare incidenza sulle competenze delle Commissioni territoriali che ora, in conseguenza della modifica dell'art. 32, c.3 del D.Lgs. n. 25, sono chiamate ad adottare decisioni soltanto sulla protezione internazionale – e quindi sullo status di rifugiato e sulla protezione sussidiaria – e non più sui casi di protezione complementare, tutti rimessi al Questore, con la sola esclusione di quello in cui, pur non ritenendo sussistenti le ipotesi di status e di sussidiaria, ritengano che ricorra il non refoulement che integra i presupposti per l'applicazione del divieto di espulsione. In tali circostanze la Commissione trasmette gli atti al Questore per il rilascio del relativo permesso di soggiorno che recherà la dicitura "protezione speciale", avrà la durata di un anno, sarà rinnovabile consentendo lo svolgimento di un'attività lavorativa senza prevedere, comunque, la possibilità di conversione in permesso per motivi di lavoro.

Alle Commissioni è dato di svolgere un esame prioritario quando le domanda di protezione internazionale sia palesemente fondata; sia presentata da persona vulnerabile; sia presentata da un richiedente sottoposto a trattenimento, o qualora l'istante provenga da paesi in grave stato di crisi, eventualmente individuati per la diretta applicazione della protezione sussidiaria. Le Commissioni decideranno invece per il rigetto dell'istanza nei casi di insussistenza dei presupposti della protezione internazionale; di ricorrenza di una delle clausole di esclusione o di cessazione dalla protezione; di manifesta infondatezza; di inammissibilità (quando all'istante sia stato già riconosciuto lo status da altro Stato firmatario della convenzione di Ginevra; quando abbia reiterato identica domanda senza addurre nuovi elementi dopo una prima decisione negativa della Commissione; quando presenti una nuova domanda strumentalmente per eludere l'allontanamento); in pendenza di procedimento penale per uno dei reati rientranti nel novero dell'art. 407 c.2, lett.a) c.p.p. come ampliato dallo stesso d.l. ed in presenza di condanna con sentenza anche non definitiva per la commissione di uno dei predetti reati.

Un innovativo strumento per l'accelerazione delle procedure, che contemporaneamente integra uno dei motivi di rigetto, è costituito, in base all'art. 7 bis della legge in esame, dall' elenco dei Paesi di origine sicuri che, attualmente in corso di predisposizione, una volta adottato con Decreto del Ministro degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale, di concerto con i Ministri dell'Interno e della Giustizia, sarà sottoposto a periodico aggiornamento.

Tale disposizione esplica sia effetti di carattere sostanziale che di carattere procedurale.

Quanto ai primi si osserva che l'art. 9, c.2 bis del D.Lgs. n. 25/2008 prevede un rafforzamento dell'onere della prova in capo al richiedente; infatti detta norma stabilisce che la decisione di rigetto della Commissione, che configura un'ipotesi di manifesta infondatezza ai sensi dell'art. 28 ter, c.1, lett.b del D.Lgs. n. 25/2008, sia motivata dando atto esclusivamente che il richiedente non ha dimostrato la sussistenza di gravi motivi per ritenere non sicuro il Paese di origine, in relazione alla sua situazione particolare.

Sotto il profilo procedimentale la domanda di un richiedente che proviene da uno dei Paesi in questione è oggetto di esame prioritario ai sensi dell'art. 28, c.1, lett. c) ter, e contestualmente è oggetto di procedura accelerata ai sensi dell'art. 28 bis, c.1 bis del suddetto provvedimento normativo. Anche in tali casi, infatti, la Questura provvede "senza ritardo"

alla trasmissione degli atti alla Commissione territoriale che adotta la decisione entro cinque giorni.

Tra le cause di esclusione del beneficio della protezione internazionale la legge annovera altresì il caso della domanda di asilo reiterata (art. 9), vale a dire la «*domanda ulteriormente proposta dopo che è stata adottata una decisione definitiva su una domanda precedente, anche nel caso in cui il richiedente abbia esplicitamente ritirato la domanda e nel caso in cui la Commissione territoriale abbia respinto la domanda in seguito al suo implicito ritiro*» ai sensi dell'art. 23 bis, c. 2 del D.Lgs. 28 gennaio 2008, n. 25.

In tale contesto è rimasta in vigore l'ipotesi della c.d. domanda reiterata semplice recata dall'art. 29 c.1, lett.b del D.Lgs. n. 25/2008, riferita al caso in cui il richiedente abbia presentato identica domanda dopo che sia stata presa una decisione da parte della Commissione stessa, senza addurre nuovi elementi in merito alle sue condizioni personali o alla situazione nel suo Paese di origine. In un'ottica di maggiore speditezza la novella normativa ha confermato nei predetti casi una procedura accelerata prevedendo una tempistica più stringente della precedente per cui la Questura trasmette "senza ritardo" la documentazione necessaria alla Commissione territoriale che adotta la decisione entro cinque giorni.

È stato, inoltre, previsto che nel caso in cui lo straniero presenti una prima domanda reiterata nella fase di esecuzione di un provvedimento che ne comporterebbe l'allontanamento imminente dal territorio nazionale, la stessa è considerata inammissibile in quanto presentata al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione del provvedimento. Opera, dunque, in tale circostanza, iure et de iure, una presunzione di strumentalità correlata alla concomitanza di due condizioni riferite l'una alla presentazione della domanda presentata dopo una decisione definitiva (della Commissione o del giudice) sulla domanda precedente e l'altra alla presentazione della domanda dopo che sia iniziata l'esecuzione del provvedimento espulsivo. La sussistenza di tali presupposti esclude l'esame della domanda.

La disposizione ha operato un sostanziale allineamento al disposto della direttiva 2013/32/UE laddove venivano previste deroghe al diritto di rimanere nel territorio dello Stato nelle more dell'esame della domanda di protezione. La trasformazione della reiterata strumentale in "causa di esclusione" è stata oltretutto sostenuta dall'attivazione di una

procedura accelerata che si svolge in termini brevissimi (cinque giorni) dinanzi alla Commissione Territoriale.

Viene altresì introdotta una procedura di frontiera per le domande presentate alla frontiera o nelle zone di transito dopo che lo straniero è stato fermato per aver eluso o tentato di eludere i controlli. Le frontiere presso cui potrà essere svolta la predetta procedura saranno individuate con Decreto del Ministro anche mediante l'istituzione di ulteriori sezioni delle Commissioni Territoriali fino ad un massimo di cinque.

La rivisitazione della materia in tema di riconoscimento della protezione internazionale ha riguardato anche le decisioni di revoca e cessazione della protezione, provvedimenti questi, rientranti nella competenza della Commissione nazionale per il diritto di asilo. Ai fini della revoca, in base all'art. 13, letto in combinato disposto con l'art. 12, co. 1, lett c), D.Lgs. n. 251/2007 secondo il quale «*lo straniero costituisce un pericolo per l'ordine e la sicurezza dello Stato, essendo stato condannato con sentenza definitiva per i reati indicati ai sensi dell'articolo 407, comma 2, lettera a) del codice di procedura penale*». In tali circostanze la Commissione nazionale avvia il procedimento amministrativo per la revoca della protezione internazionale a suo tempo riconosciuta.

L'applicazione della norma, tuttavia, ha consentito di verificare la frequente ricorrenza, a carico del titolare di protezione internazionale, di reati contigui ma non perfettamente aderenti a quelli enucleati dall'art. 407 co. 2, lett. a) c.p.p. che, seppure riconducibili a situazioni di rischio e di grave pericolo per la sicurezza pubblica, non consentivano di procedere alla revoca del beneficio. Ciò avveniva prevalentemente in due circostanze integranti tipologie di reati particolarmente gravi come quelle di cui agli artt. 73 (produzione traffico e detenzione illecita di sostanze stupefacenti o psicotrope), limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'art. 80, co. 2 (traffico di ingenti quantitativi di droga) e 74 del D.P.R. n. 309/1990 (associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope); o anche nelle ipotesi di violenza sessuale di cui all'art. 609 bis c.p. nelle ipotesi aggravate dell'art. 609 ter, quater e octies c.p. In tali fattispecie la normativa limitava l'applicazione della revoca della protezione internazionale alle ipotesi aggravate, di tal che, in assenza delle stesse, lo stesso titolo di reato non consentiva di procedere alla revoca del beneficio. Ne conseguiva che la Commissione nazionale era tenuta a confermare la "protezione" a stranieri che pure avevano commesso gravi reati.

Il decreto, che ha eliminato il predetto limite della presenza di circostanze aggravanti, ha posto in essere, anche sotto tale profilo, un'azione di necessario riequilibrio, di coerenza e di equo bilanciamento tra il diritto di asilo ed il dovere dei destinatari di protezione di rispettare le leggi dello Stato ospitante. In tale ottica ha anche disposto l'ampliamento del novero dei reati di grave allarme sociale, già previsti dall'art.407 c.2, lett. a) c.p.p., includendo ulteriori ipotesi criminose come la violenza o minaccia a pubblico ufficiale resistenza a pubblico ufficiale, le lesioni personali gravi e gravissime, le pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili, l'organizzazione dell'ingresso illecito degli stranieri in Italia, le lesioni personali gravi o gravissime a pubblico ufficiale di ordine pubblico in occasione di manifestazioni sportive, e varie fattispecie aggravate del delitto di furto. Ai reati di cui agli artt. 12, c.1, lett. c) e 16, c.1, lett. d-bis) del d. lgs 251/2007, con la novella – e più specificamente con il disposto dell'art. 10, c.1, lett. a) che modifica l'art. 32 del D.Lgs. n. 25/2008 – è stato collegato il procedimento immediato innanzi alla Commissione Territoriale che ha luogo in due specifiche ipotesi: 1) sottoposizione del richiedente a procedimento penale per uno di detti reati e ricorrenza delle condizioni che ne consentono il trattenimento ai sensi dell'art. 6, c.2 , lett. a, b e c) del D.Lgs. n. 142/2015; 2) condanna del richiedente anche con sentenza non definitiva per uno dei suddetti reati.

In tali circostanze il Questore è tenuto a dare "tempestiva comunicazione" alla Commissione Territoriale che deve provvedere "nell'immediatezza" all'audizione del richiedente stesso, adottando contestualmente la propria decisione la cui efficacia esecutiva, in caso di ricorso, non è soggetta a sospensione.

Rispetto alla Cessazione dal beneficio della protezione internazionale, di cui è sempre competente la Commissione nazionale per il diritto di Asilo, il decreto ha tenuto in debito conto i "rientri nel Paese di origine" effettuati dal titolare di protezione internazionale, in quanto essi costituiscono indici del mutamento di quelle circostanze sulle quali, all'inizio, aveva trovato fondamento il riconoscimento della protezione. Rientri che prevalentemente interessano il Pakistan, il Mali e l'Afghanistan e che, in base alle segnalazioni della Polizia di Frontiera pervenute nell'arco di tempo intercorrente tra settembre 2017 e la fine di ottobre 2018, hanno superato le mille unità (1323 accertati alla frontiera). Era dunque necessario, per calmierare questi spostamenti, spesso non sorretti sotto il profilo documentale da situazioni giustificative, prevedere che sia per lo status di rifugiato, sia per la protezione sussidiaria,

fatta salva la valutazione del caso concreto, ogni rientro nel Paese di origine venisse considerato rilevante ai fini della cessazione.

Con l'art. 10, c.1, lett. a), è stato anche introdotto nell'ordinamento nazionale l'istituto della protezione all'interno del Paese d'origine, previsto all'art. 8 della Direttiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio (c.d. Direttiva qualifiche – rifusione).

La norma prescrive che la domanda di protezione internazionale debba essere rigettata qualora, in una parte del Paese d'origine ricorrano le seguenti condizioni: 1) il richiedente non ha fondati motivi di essere perseguitato o non corre il rischio effettivo di subire danni gravi o ha accesso alla protezione contro persecuzioni o danni gravi; 2) può legalmente e senza pericolo recarsi in quell'area ed esservi ammesso; 3) si può ragionevolmente supporre che vi si stabilisca.

Preliminarmente, l'esame sull'alternativa di protezione interna richiede l'individuazione dell'area di provenienza del richiedente (intesa come luogo nel quale si concentrano i suoi interessi prevalenti) e dell'area di eventuale ricollocazione.

La prova della ricorrenza delle suddette condizioni integrative della fattispecie richiede un attento esame della situazione individuale e familiare del richiedente, nonché un'approfondita valutazione delle informazioni sul Paese d'origine. In ragione di tale ultimo requisito, si verifica un'inversione dell'onere della prova che, in tal, caso è in capo all'autorità decidente.

9. Impatto della riforma sull'accoglienza dei titolari di protezione umanitaria

L'equiparazione della misura complementare alle altre due tipologie di protezione internazionale, aveva consentito ai diretti destinatari di poter fruire dell'accoglienza sia nei centri governativi, che nei centri diffusi sul territorio del Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati – SPRAR – gravando sui consistenti oneri a carico dello Stato. Nelle strutture di accoglienza erano presenti alla fine di settembre 2018 ben 150.425 migranti, ai quali venivano garantiti i servizi previsti dallo schema di capitolato (di cui al D.M. del 7/3/2017) calibrato su un sistema di accoglienza indifferenziato che accoglieva tutti coloro che erano in attesa della definizione dell'esame della domanda di protezione internazionale fino alla definizione, in caso di ricorso avverso il diniego della Commissione territoriale, dell'iter giurisdizionale.

L'analisi svolta comparando il dato delle presenze, i tempi medi di permanenza nelle strutture dei richiedenti asilo e l'elevato numero delle richieste di protezione internazionale pendenti (131.746 pratiche in trattazione presso le Commissioni territoriali all'inizio di luglio 2018), ha determinato il Ministro dell'Interno ad emanare due differenti e ravvicinate direttive (4 e 23 luglio 2018) in cui sono state delineate le linee operative da attuare in vista di una complessa azione riorganizzativa sia in materia di concessione dello status di rifugiato, sia nel campo dell'accoglienza e dell'erogazione dei servizi.

Corollario ineludibile del superamento della protezione umanitaria è stata, pertanto, l'esclusione dei titolari dei casi speciali di protezione umanitaria dall'accoglienza. Invero, per effetto delle disposizioni in esame, tutti coloro che chiedono asilo vengono ora ospitati – per il tempo necessario alle operazioni di identificazione, alla verbalizzazione della domanda di asilo e all'avvio della relativa procedura di esame, all'accertamento delle condizioni di salute e alla verifica di eventuali condizioni di vulnerabilità – nelle Strutture di Accoglienza di cui agli artt. 9 e 11 del D.Lgs. n. 142/2015.

L'esclusione dei titolari di protezione speciale dall'accoglienza, si è estesa anche alle misure di assistenza sociale che ora sono previste per i soli titolari di protezione internazionale. Invero la novella, mediante l'erogazione dei servizi di prima accoglienza e di assistenza ha differenziato coloro che hanno titolo di permanenza sul territorio da coloro che sono in attesa della definizione della propria posizione giuridica. Conseguentemente il Sistema precedentemente introdotto dalla c.d. legge Bossi-Fini per l'accoglienza dei richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR) ha assunto la nuova veste di "Sistema di protezione per i titolari di protezione internazionale e per i minori stranieri non accompagnati" (SIPROIMI) in cui vengono previsti servizi integrati per agevolare l'inclusione sociale fino a conseguire una effettiva autonomia personale. In attesa della definizione della propria istanza, ai richiedenti asilo viene riservata l'accoglienza nei Cara e nei Cas senza possibilità di essere iscritti nell'anagrafe dei residenti fino all'esito della rispettiva procedura per il riconoscimento della protezione internazionale.

***

La delineata reingegnerizzazione del sistema di protezione internazionale, così come dell'accoglienza ad esso strettamente correlata, costituisce, dunque, il primo *turning point* registrato fino ad ora nella strategia migratoria interna, adottata dal nostro Paese e,

certamente, essa integra il tentativo di rispondere in modo immediato e concreto alle esigenze della collettività, emerse dal più recente dibattito politico. La sua attuale indubbia efficacia deterrente potrà, tuttavia, trovare il proprio momento apicale in termini di contenimento e di *governance* del fenomeno migratorio, solo all'avverarsi della *condicio sine qua non*, costituita da un'estesa ed incisiva azione di rimpatrio. Un'azione verso la quale il nostro Paese è già da tempo proteso e che, ove fosse attuata all'interno di una sinergica cornice di politica europea, riuscirebbe a consolidare concretamente i progressi compiuti in sessant'anni di storia nel comune cammino dell'Europa[1].

[1] Breve nota Bibliografica: Tutti i dati sono di Fonte Ministero dell'Interno – Commissione Nazionale per il Diritto di Asilo. Per approfondimenti, F. GALLO, *Protezione umanitaria, natura e profili di diritto comparato in Itinerari Interni*, 3/2018 p. 76 ss.; S. SARTI, *L'Italia dei rifugiati*, Cittalia, settembre 2010, Dossier Statistico Immigrazione 2018 (Centro Studi Ricerche IDOS).

Abstract

SANDRA SARTI, Prospettive per la protezione internazionale dopo l'approvazione del D.L. n. 113/2018

Il fenomeno migratorio ha richiesto in Italia un processo di riordino, che è stato attuato e completato con il D.L 113/2018, convertito nella legge 132/2018. L'articolo permette di orientarsi nella complessa vicenda della protezione internazionale, oggetto di frequenti polemiche, non sempre fondate su una verifica equilibrata delle norme e delle loro applicazioni, prospettando le ragioni delle novità introdotte.

Parole chiave: immigrazione, protezione internazionale, protezione umanitaria, diritto di asilo, strategia migratoria italiana.

SANDRA SARTI, Perspectives for international protection after approval of the D.L. n. 113/2018

The migration phenomenon has required a reorganization process in Italy, which was implemented and completed by Legislative Decree 113/2018, converted into law 132/2018. The article allows us to orient ourselves in the complex affair of international protection, the subject of frequent controversy, not always based on a balanced verification of the rules and their applications, presenting the reasons for the innovations introduced.

Key words: immigration, international protection, humanitarian protection, right of asylum, Italian migration strategy.

ILARIA AMELIA CAGGIANO
Associato di Diritto privato
Università degli Studi Suor Orsola Benincasa di Napoli

DICHIARAZIONE DI ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE ART. 3, CO. 4 E 5, L. 219/2017 NEL GIUDIZIO SOLLEVATO DAL GIUDICE TUTELARE – TRIBUNALE DI PAVIA 24/03/2018*

SOMMARIO: 1. Premessa. L'ordinanza del Tribunale di Pavia (Giudice tutelare) del 24 marzo 2018 – 2. Specificità della fattispecie del "*rifiuto alla cura che determina il mantenimento in vita*" e profili di illegittimità costituzionale – 2.1. La carenza del procedimento di cui all'art. 3, co. 5, con riguardo alla tutela della vita dell'interessato – 3. L'ambito soggettivo. Rilevanza della questione nel caso di rifiuto alle cure per l'incapace interdetto e minore di età. Questione di illegittimità costituzionale conseguenziale (art. 27, l. n. 87/53).

1. Premessa. L'ordinanza del Tribunale di Pavia (Giudice tutelare) del 24 marzo 2018

Con ordinanza del 24 marzo 2018, il Giudice Tutelare (dott.ssa Fenucci) del Tribunale di Pavia, II sezione, ha sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, co. 4 e 5, della l. 219/2017, nella parte in cui stabilisce che l'amministratore di sostegno la cui nomina preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, in assenza di disposizioni anticipate di trattamento, possa rifiutare, senza l'autorizzazione del giudice tutelare, le cure necessarie al mantenimento in vita dell'amministrato, ritenendo le suddette disposizioni in violazione degli artt. 2, 3, 13, 32 Cost.

Il ragionamento a sostegno dell'ordinanza muove dall'assunzione del carattere personalissimo del diritto al rifiuto delle cure di mantenimento in vita, caratterizzato da una "eccezionalità dell'oggetto" e tale cioè da non poter essere oggetto di disposizione o di trasferimento a terzi (che nella fattispecie da cui origina l'ordinanza è l'amministratore di sostegno), ma di esercizio da parte di questi ultimi, ovvero di "cessione" della fase dichiarativa, a tutela del non affievolimento di tali diritti in capo all'incapace, purché limitati

* *Contributo sottoposto a valutazione.*

alla esternazione della volontà dell'interessato, ricostruibile tramite DAT o, in assenza di DAT, altri indici sintomatici e elementi presuntivi.

Per lo stesso ordine di motivi, il rifiuto delle cure di mantenimento in vita, non potrebbe essere oggetto di valutazione alla stregua di parametri oggettivi, e, ove determinato da tali parametri ovvero se etero-determinato, violerebbe pertanto gli artt. 2, 13, 32 Cost.

A garantire che la decisione al rifiuto delle cure di mantenimento in vita (ipotesi riconducibile all'art. 3, co. 4 e 5 l. 219/2017 e da interpretarsi alla luce dell'art.1, come comprensiva dei trattamenti sanitari necessari alla sopravvivenza del paziente), non sia espressione di un giudizio non sindacabile del rappresentante sulla (qualità della) vita del rappresentato, ipotesi allo stato consentita nel caso in cui tale decisione sia condivisa dal medico curante ai sensi dell'art. 3, co. 5, interpretato *a contrario*, si richiama come necessaria anche in questi casi l'autorizzazione del giudice tutelare, così come previsto espressamente nell'ipotesi in cui la decisione non sia condivisa dal medico (dall'art. 3, co. 5).

A sostegno di tale interpretazione della *ratio* della normativa *sub iudice* sul consenso al trattamento del maggiore incapace beneficiario di amministrazione di sostegno con poteri di rappresentanza esclusiva o assistenza necessaria in ambito sanitario, in caso di assenza di DAT, quindi mancando parametri qualificati in base ai quali ricostruire la volontà dell'interessato, si sostiene che:

- la disposizione sia manifestamente *irragionevole* se interpretata sistematicamente in raffronto alla normativa in materia di atti patrimoniali c.d. *di straordinaria amministrazione*, richiamata anche per l'amministrazione di sostegno, per i quali è richiesta l'autorizzazione del giudice tutelare o del tribunale (art. 374 e 375);
- la disposizione sia *irragionevole* alla luce della *ratio* complessiva della legge volta alla valorizzazione della volontà dell'individuo, e invece disattesa nella disposizione contestata, che sarebbe priva di un adeguato meccanismo di tutela e controllo sulla ricostruzione della volontà dell'incapace, essendo invece il giudizio del medico improntato a canoni obiettivi di appropriatezza e necessità.

In un *obiter* l'ordinanza, attesa l'eccezionalità della/e disposizione/i che rende/ono lecito il rifiuto alle cure necessarie al mantenimento in vita, sostiene che ove non sia possibile rinvenire manifestazioni di volontà o un quadro sufficientemente espressivo di volontà

orientate al rifiuto, si debba (e il giudice debba) decidere nel senso della «*prevalenza del complementare diritto alla vita*».

L'ordinanza solleva, dunque, la questione di legittimità costituzionale relativamente ad un'ipotesi specifica portata dall'art. 3, co. 4 e 5, della l. 219/2017:

(1) quanto ad ambito oggettivo, dell'atto di manifestazione di volontà relativo al trattamento sanitario, si ha riguardo alla fattispecie del rifiuto alla cura che determina il mantenimento in vita, ipotesi circoscritta nell'ambito della più ampia fattispecie "rifiuto delle cure" previsto dall'art. 3, co. 4 e 5;

(2) con riguardo al profilo soggettivo/oggettivo di incapacità, cioè dell'autore dell'atto di rifiuto in relazione alla situazione di incapacità del paziente, la questione è sollevata con riferimento all'amministratore di sostegno incaricato di rappresentanza esclusiva o assistenza necessaria per le decisioni in ambito sanitario. Appare opportuno rammentare, in proposito, per quanto si argomenterà più avanti, che nelle disposizioni contestate la medesima disciplina si applica al rappresentante legale del maggiore interdetto, in caso di assenza di DAT, e del rappresentante del minore d'età, ove l'assenza di DAT è "ontologica" vista l'incapacità del minore di esprimere le proprie volontà tramite DAT (art. 4).

2. Specificità della fattispecie del "*rifiuto alla cura che determina il mantenimento in vita*" e profili di illegittimità costituzionale

In applicazione di principi costituzionali (artt. 2, 32, 13 Cost.) e di diritto sovranazionale (artt. 2 e 8 CEDU; artt. 1, 2, 3 Carta Nizza), la normativa nazionale di cui alla l. 219/2017 valorizza l'informazione e il consenso ai trattamenti sanitari della persona interessata, tramite atti programmatici (Disposizioni Anticipate di Trattamento e pianificazione condivisa delle cure, spec. artt. 4 e 5) e in relazione al singolo trattamento.

In quest'ultimo caso, spetta in vario modo anche all'incapace il diritto di essere coinvolto nelle decisioni attuali che la legge prescrive vengano espresse dal rappresentante legale, secondo un'incidenza rispetto all'atto di consenso/dissenso al trattamento, che tiene conto della capacità di intendere e volere del beneficiario di amministrazione di sostegno (art. 3, co. 4), delle concrete circostanze, per l'interdetto (art. 3, co. 3), dell'età e del grado di maturità del minore (art. 3, co. 2, art. 24 Carta Nizza).

Il consenso o il rifiuto ai trattamenti sanitari (erroneamente l'art. 3, co. 2, parla di «*consenso…rifiutato*») vengono, in ogni caso, espressi dal tutore, ovvero dagli esercenti la responsabilità genitoriale, tenuto conto della volontà dell'incapace.

La valorizzazione delle capacità di comprensione e decisione del minore e dell'incapace (art. 3, co. 1) e il suo diritto a ricevere informazioni sul proprio stato di salute, va in ogni caso bilanciata con il rispetto dei diritti fondamenti alla *vita,* alla *salute* e alla *dignità* della persona (art. 1, 2, 3 Cost. e artt. 1 e 2 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), come richiamati dall'art. 1 e dall'art. 3, co. 2 e 3, che parallelamente cita *salute psicofisica*, e della *vita*, nel rispetto della *dignità*.

Può notarsi come, singolarmente, il testo legislativo non richiami la tutela degli stessi principi, al successivo co. 4 dell'art. 3, nella parte in cui disciplina l'operato dell'amministratore di sostegno[1]. In ogni caso, lasciando a parte tale omissione del testo di legge, che è colmabile alla stregua dei criteri di interpretazione sistematica, appare evidente che la tutela specifica dei summenzionati diritti fondamentali sia parametro di valutazione delle scelte relative alle cure del paziente. Questi ultimi rappresentano i principi sovraordinati alla cui stregua l'intera normativa va interpretata e che vanno riconosciuti indipendentemente dalle condizioni personali e sociali, compresi l'età, l'handicap e la malattia.

In applicazioni di tali principi, infatti, la scelta del paziente o del suo rappresentante non sono sempre decisive, quando vita e/o salute vengano messe a rischio, in determinati casi (come in situazioni di emergenza o urgenza, art. 1, co. 7).

Il legislatore italiano, in questo ambito, ha preferito distinguere tra disciplina del consenso e del rifiuto/rinuncia, in via generale, e, nel caso del rifiuto (non espressamente della rinuncia), in via di ulteriore specialità anche in caso di decisione del rappresentante[2], a tutela dei soggetti vulnerabili che *non possono* o *non possono più* compiutamente autodeterminarsi.

---

[1] Ai sensi dell'art. 3, co. 4, l. 219/2017, l'amministratore di sostegno, se nominato con rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, esprima il consenso o rifiuti il trattamento, ovvero ad esprima il consenso o rifiuti il trattamento unitamente al beneficiario dell'amministrazione ove la nomina abbia previsto l'assistenza necessaria in ambito sanitario, tenendo conto della volontà del beneficiario in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere (art. 3, co. 4); L'inabilitato può esprimere (autonomamente) il consenso.

[2] Quanto all'ipotesi del consenso, quando questi contrasti con il parere del medico, soccorre la disciplina generale, la quale autorizza il medico ad astenersi da ogni ostinazione irragionevole o da trattamenti inutili o sproporzionati (art. 2, co. 2), e da trattamenti contrari alla legge, deontologia professionale, buone pratiche, caso che può verificarsi nel caso di cure sperimentali. Il legislatore, tuttavia, ha omesso di includere le "linee guida" richiamate nella recente legge 8 marzo 2017, n. 24, come termine di confronto per stabilire la responsabilità medica (art. 5), con evidenti problemi di interazione tra le normative, a carico del medico. Nel caso di paziente

L'atto di rifiuto delle cure (art. 3, co.5) espresso dal rappresentante legale, in assenza di DAT, quale ipotesi speciale di autodeterminazione legislativamente prevista, è presidiato da una specifica procedura di controllo *ex ante* a tutela della persona incapace, sebbene, nel testo di legge, solo con riguardo all'ipotesi di disaccordo tra rappresentante e medico e con l'intervento del giudice tutelare. Se, infatti, vi è contrasto tra il rifiuto al trattamento da parte del rappresentante legale del minore ovvero il rappresentante del beneficiario dell'amministrazione di sostegno, dell'interdetto e le cure proposte dal medico, da quest'ultimo ritenute appropriate e necessarie, i soggetti legittimati al ricorso per la nomina dell'amministratore di sostegno possono richiedere che la decisione venga rimessa al giudice tutelare (art. 3, co. 5).

Il provvedimento *a quo* sostiene che la cornice concretamente disegnata dal legislatore (intervento del giudice tutelare solo in caso di divergenze tra indicazioni sanitarie a favore del trattamento e rifiuto da parte dell'amministratore di sostegno) non prescriva nessun tipo di controllo sulla reale volontà di rifiuto da parte dell'interessato per le ipotesi in cui la scelta del rifiuto sia condivisa dal medico, con il potenziale oscuramento di scelte pur riconducibili all'incapace, diverse dal rifiuto, e quindi con violazione del suo diritto personalissimo al rifiuto delle cure. Si verificherebbe, cioè, una sovrapposizione del sistema di valori dell'amministratore di sostegno (rappresentante) rispetto al rappresentato (ovvero persona assistita) silente o non in grado di esprimersi autonomamente[3].

Nell'ambito dell'ipotesi in questione nell'ordinanza, relativa ai trattamenti idonei a determinare il mantenimento in vita, il profilo assume concreta rilevanza laddove la cura, come spesso avviene, non possa essere valutata in termini di stretta sproporzionalità o

capace di agire, l'ipotesi del rifiuto o rinuncia espressa è presidiata da obblighi informativi, ove «*il medico prospetta al paziente e, se questi acconsente, ai suoi familiari, le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative e promuove ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica* [*...L'accettazione, la revoca e il rifiuto sono annotati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico*]» (art. 1, co. 5). La previsione di tali obblighi informativi, applicabile anche all'ipotesi della decisione su un trattamento che sia considerato non strettamente necessario o appropriato dal medico e che è estensibile analogicamente all'ipotesi dell'incapace, evidenzia l'esigenza di una particolare cautela rispetto a tutti i casi di manifestazione di una decisione che comporti la negazione delle cure.

[3] Anche ove vi sia un palese conflitto di interessi tra il rappresentante e l'incapace, pur potrebbero operare istituti di carattere generale (nomina curatore *ex* art. 78 c.p.c., ricorso al tribunale), essi sono destinati ad intervenire comunque in via eventuale e inidonei a fornire una tutela effettiva, e, semmai, con il rischio di moltiplicare solo i punti di vista "estranei" alla volontà del paziente.

ostinazione irragionevole[4], tali da poter essere esatti dal paziente e non comportare il venir meno degli obblighi professionali da parte del medico[5].

In tali ipotesi, è possibile quindi, in mancanza di un controllo preventivo, che l'amministratore di sostegno esprima una manifestazione di volontà contraria ad un precedente volere del paziente, la quale comporterebbe non solo la lesione del diritto all'autodeterminazione (quale condizione per la sottoposizione a trattamenti sanitari, ma altresì in termini di scelta di come trascorrere la vita, anche negli ultimi momenti, e quindi di qualità della vita), ma altresì del diritto alla vita del paziente[6], in sé considerata, pur potendo non interessare univocamente il diritto alla salute (ricordiamo trattarsi di ipotesi nelle quali vi è un parere del medico relativo alla non applicazione della cura, per mancanza di un beneficio per la salute) o la qualità della vita; ovvero, ove la volontà del paziente non sia rinvenibile, possono verificarsi situazioni nelle quali la decisione sulla vita dell'incapace venga rimessa al rappresentante.

Va in proposito ricordato che – fermo l'ampio margine di apprezzamento riservato agli Stati, secondo le indicazioni della Corte EDU, per il bilanciamento delle questioni riguardanti la tutela dei diritti fondamentali – lo strumento di controllo sulla decisione del legislatore nazionale va rintracciato, secondo il diritto interposto, nel carattere di procedimentalità della

---

[4] Sulla difficoltà di accertare in concreto l'effettiva sussistenza di un accanimento clinico-diagnostico, già CNB, *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico*, 24 ottobre 2008.

[5] L'ipotesi potrebbe essere quella di trattamenti che assicurano il mantenimento in vita della persona ad eccezione di ulteriori trattamenti che comportano una ostinazione irragionevole (come ad esempio la ulteriore somministrazione di antibiotici). Cfr. CNB, *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico*, ottobre 2008.

[6] In tal senso, anche, per l'ordinamento francese, *code de la santé publique* (l. 1110-5 e 1110-4) ove si prevede che la *sospensione o l'astensione* debbano essere richieste dal paziente e, se quest'ultimo non è in grado di esprimere la propria volontà, possono essere adottate a seguito di una *procedura collegiale* e se le limitazioni o cessazioni di trattamenti possono determinare il decesso, in aggiunta alla procedura collegiale, devono essere rispettate le direttive anticipate, previa consultazione del fiduciario o, in mancanza, della famiglia o dei parenti. Nel caso di *rifiuto* opposto dal genitore o tutore possa avere gravi conseguenze, il medico è tenuto a prestare le cure indispensabili. Secondo il BGB tedesco, § 1904, invece, in caso di rifiuto o revoca del trattamento anche da parte del rappresentante, se questi sono idonei a provocare un danno grave alla salute o il decesso, occorre l'autorizzazione del giudice tutelare. Sono fatti salvi i casi di urgenza e di concorde valutazione del tutore e del medico, purché la decisione corrisponda alla volontà del paziente (espressa o presunta). Per il Regno Unito, il *Mental Capacity Act* 2005 prevede che le decisioni di una persona incapace che non abbia espresso volontà anticipate si debbano fondare sul *best interest,* anche definiti dalla persona incaricata di assumere decisioni in materia di salute e trattamenti. In ogni caso, va prese in considerazione *anyone engaged in caring for the person or interested in his welfare* (sec. 4, subs. 7). La legislazione spagnola (Ley 41/2002, art. 9, co. 6), prevede in caso di *consenso* prestato dal rappresentante o dai familiari, che la decisione sia presa tenendo sempre conto del maggior beneficio per la vita o la salute. Le decisioni contrarie a tali interessi devono essere portate a conoscenza dell'autorità giudiziaria, che dovrà attenersi anzitutto alla volontà del paziente ed evitare l'accanimento terapeutico.

decisione (in questo caso sul fine-vita), in quanto idoneo a rappresentare tutti i soggetti coinvolti nella vicenda.

Pertanto, nelle ipotesi di rifiuto, espresso dall'amministratore di sostegno, alle cure che determinano il mantenimento in vita del soggetto beneficiario dell'amministrazione, la valutazione sulla legittimità può essere effettuata tenendo conto, anzitutto, dell'esistenza di un procedimento a tutela dell'autodeterminazione, della salute e della vita del paziente, e quindi, del concreto bilanciamento di tali diritti costituzionali nonché del criterio di *ragionevolezza*.

Le obiezioni avanzate dall'ordinanza pavese riguardano l'inidoneità del procedimento previsto dal legislatore italiano, attraverso il parere medico, che dovrebbe avere la funzione di passaggio procedimentale a tutela della vita e della salute del paziente, a garantire, invece, per quanto possibile e tenuto conto delle condizioni dell'incapace, la ricostruzione della volontà del paziente.

Può del pari essere considerato un ulteriore profilo della norma in questione: la mancata previsione del medesimo procedimento delle ipotesi di rinuncia, e non solo di rifiuto, dei trattamenti per il mantenimento in vita.

Il testo della l. 219/2017 accoglie la distinzione tra rifiuto e rinunzia al trattamento, nel primo caso nel senso di diniego, sin dall'inizio, ovvero successivamente, di un trattamento già intrapreso (art. 1, co. 5 e 6, e co. 3, nel medesimo senso con riguardo alle informazioni)[7]. Il rifiuto e la rinuncia, se attuali, si prestano a porre le medesime problematiche in termini di efficienza funzionale rispetto al trattamento. Se riferita al beneficiario di amministrazione di sostegno (o più in generale all'incapace), la rinuncia si presta a porre un potenziale autonomo problema solo ove sia relativo ad un trattamento intrapreso con il consenso del paziente stesso, potendosi in tal caso, quanto meno, valutare tale primo atto in termini di presunzione di volontà del paziente.

La mancata previsione della ipotesi della rinuncia all'interno dell'art. 3, ove compare solo il termine «*rifiuto*», pone quindi l'alternativa: se la rinunzia non sia mai praticabile, attesa l'eccezionalità della previsione con riguardo alla interruzione dei trattamenti e in particolare con riguardo a quelli relativi al mantenimento in vita; ovvero, se la rinunzia sia praticabile,

[7] Nel medesimo senso, cfr. CNB, *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico*, 24 ottobre 2008.

ma, in questo caso, alle medesime condizioni previste per la fattispecie del rifiuto, con conseguente *illegittimità costituzionale* della stessa per *irragionevolezza*.

2.1 La carenza del procedimento di cui all'art. 3, co. 5, con riguardo alla tutela del diritto alla vita dell'interessato

In presenza di ogni margine di incertezza sull'emersione della volontà del paziente ovvero sulla soggettiva visione di dignità della vita, l'amministratore, per il corretto espletamento delle sue funzioni per la cura del beneficiario dell'istituto di protezione ovvero il giudice in ogni caso, esercitano i loro poteri, nell'interesse del rappresentato/assistito per la tutela dei suoi diritti, avendo riguardo autonomamente ai diritti alla salute e alla vita.

Non sono affatto peregrine le ipotesi nelle quali emergano enormi difficoltà nel rinvenimento di una esatta e precisa prova storica relativa alla ricostruzione della volontà.

In tali casi, deve trovare spazio il bilanciamento dei restanti valori della salute psicofisica, vita e dignità del paziente (art. 3, co. 2 e 3 l. 219/2017) secondo un procedimento logico-interpretativo che, alla stregua di tali principi costituzionali (artt. 2, 12, 32), conduca alla decisione.

Salute e vita non vanno confusi: rappresentano due diritti fondamentali autonomi, meritevoli di autonoma tutela e oggetto di bilanciamento[8].

La valutazione sul mantenimento in vita non deve essere condotto solo alla stregua del diritto alla salute, cioè alla prospettiva di miglioramento o beneficio diretto, ma, ove questi mancassero, può trovare spazio la tutela della vita in sé, ove non confliggente con il benessere dell'individuo (es. sofferenza).

Il diritto alla vita riceve autonoma tutela nell'ordinamento italiano, oltre che nella legislazione penale, attraverso la normativa a costituzionalità necessaria quale la l. 29 dicembre 1993, n. 578 (a sua volta specificato nel regolamento D.m. 582/1994), relativa ai criteri di accertamento della morte e, oggi, nella stessa l. 219/2017, la quale esclude ogni comportamento attivo idoneo a determinarla. L'eccezionalità dei comportamenti che consentono di privare la persona del diritto alla vita nonché i necessari criteri di accertamento

[8] Sugli *step* del bilanciamento, cfr. Corte Cost. n. 477/2002 come poi specificati da Cass. n. 24822/2015.

consentono di circoscrive tutte le restanti ipotesi nelle quali la vita, in quanto tale, deve essere tutelata.

In tale ambito, l'efficacia causale della cura va valutata effettuando il bilanciamento tra diritto alla salute e diritto alla vita. Può pertanto sostenersi che la cura, anche laddove non comporti un immediato beneficio per la salute e/o un miglioramento della qualità della vita, ipotesi nelle quali l'intervento terapeutico risulterebbe comunque valutato secondo i caratteri di appropriatezza e necessità (art. 3, co. 5, anche alla luce dell'art. 6 Conv. Oviedo, la quale pur non essendo perfezionato l'iter per la piena attuazione interna, fornisce alcuni criteri indicativi, e dell'art. 16 cod. deont. med.), possa in ogni caso, senza sofferenza per il paziente e in presenza di cure palliative in grado di escluderla, determinarne il mantenimento in vita.

Ove manchi una chiara volontà di rifiuto del paziente, e pur non essendovi un diretto beneficio per la salute o qualità della vita, il diritto alla vita può essere considerato come oggetto di autonoma protezione, anche nelle ipotesi di cd. fine-vita, le quali pur ricevendo una speciale considerazione da parte del legislatore (art. 2) in considerazione dell'atteggiarsi degli interessi in gioco, non determinano un affievolimento dei relativi diritti. Coerentemente a quanto affermato nell'ordinanza *a quo*, il diritto alla vita, autonomamente tutelato, deve prevalere, quando il "concorrente" diritto al rifiuto non sia ricostruibile.

3. L'ambito soggettivo. Rilevanza della questione nel caso di rifiuto alle cure per l'incapace interdetto e minore di età. Questione di illegittimità costituzionale conseguenziale (art. 27, l. n. 87/53).

Può porsi il problema se le considerazioni prospettate con riguardo all'amministrazione di sostegno valgano, del pari, per le altre ipotesi di incapacità previste dalle disposizioni contenute nell'art. 3, in cui spetti al rappresentante l'espressione del consenso o del rifiuto. Si tratta dell'interdizione e della minore età, ove il diverso grado di capacità di intendere e volere ovvero di discernimento possono incidere in concreto sulla possibilità di ricostruire la volontà dell'incapace o sulla stessa configurabilità di un'autonoma volontà del paziente, come avviene nel caso del minore d'età, per il quale con riguardo ai primi anni di vita, è del tutto impossibile rintracciarne la volontà.

Invero, la normativa tratta unitariamente le diverse fattispecie di "incapacità" non lasciando margini per precetti differenziati in ragione delle condizioni di incapacità del paziente.

In tali casi, non può che emergere lo specifico obbligo di protezione degli interessi ovvero di specifica cura in capo ai rappresentanti legali o dei genitori, idoneo a sopperire la mancanza di volontà espressa dal paziente.

Tali obblighi si specificano secondo i principi illustrati mentre il loro esercizio deve essere valutato in ragione degli interessi presidiati dai relativi istituti, di talché la valutazione del giudice non può essere improntata a criteri di mera oggettività ma, come nel caso dei genitori del minore, purché nel rispetto dei diritti fondamentali di quest'ultimo, tener conto del sistema dei valori dagli stessi espresso e che integrano gli obblighi di cura loro spettanti.

Per tali ragioni, ove la Corte accerti la fondatezza della questione di legittimità costituzionale e dichiari l'incostituzionalità della disposizione di legge oggetto della medesima, è da prospettarsi la dichiarazione di l'illegittimità delle disposizioni legislative, diverse da quella oggetto del giudizio innanzi alla Corte, relative all'art. 3, co. 4 e 5, della l. 219/2017 nella parte in cui stabiliscono che il tutore o rappresentate legale, in assenza di disposizioni anticipate di trattamento, possa rifiutare, senza l'autorizzazione del giudice tutelare, le cure necessario al mantenimento in vita dell'incapace. Tale incostituzionalità deriverebbe come conseguenza della decisione adottata (art. 27, l. n. 87/53).

Abstract

ILARIA AMELIA CAGGIANO, Dichiarazione di illegittimità costituzionale art. 3, co. 4 e 5, L. 219/2017 nel giudizio sollevato dal giudice tutelare – Tribunale di Pavia 24/03/2018. Note scritte

L'articolo affronta la questione dei poteri dell'amministratore di sostegno in ambito sanitario e dei relativi limiti. In particolare, l'Autrice commenta l'ordinanza del 24/03/2018 con cui il Giudice tutelare del Tribunale di Pavia ha sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 della legge 219/2017.

Parole chiave: amministratore di sostegno, cure sanitarie necessarie, diritti personalissimi, diritto alla vita, Disposizioni Anticipate di Trattamento (DAT).

ILARIA AMELIA CAGGIANO, Declaration of constitutional illegitimacy art. 3, co. 4 and 5, Law 219/2017 in the judgment raised by the tutelary judge – Court of Pavia 24/03/2018. Written notes

The article deals with the question of the powers of the health support administrator and related limits. In particular, the Author comments on the order of 24/03/2018 with which the tutelary judge of the Court of Pavia raised a question of constitutional legitimacy of art. 3 of the law 219/2017.

Key words: support administrator, necessary health care, personal rights, the right to life, Advanced Treatment Provisions (DAT).

ASSUNTINA MORRESI
Prof. Associato di Chimica Fisica
Dipartimento di Chimica, Biologia e Biotecnologie
Università degli Studi di Perugia

LA PUBERTÀ MANIPOLATA*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Disforia di genere – 2.1. Il protocollo olandese: la *ratio* – 2.2. Il protocollo olandese: casi e evoluzione lessicale – 2.3. Il protocollo olandese: obiezioni – 2.3.1. Il punto di vista scientifico – 2.3.2. La *ratio* del metodo e le sue implicazioni – 2.3.3. Il punto di vista bioetico e il consenso informato – 3. Il "trattamento Ashley" – 3.1. Il "trattamento Ashley": obiezioni – 4. L'altra Ashley – 5. Disforia di genere e Trattamento Ashley: le manipolazioni della pubertà – 6. *Zeitgeist*.

1. Introduzione

Possiamo dire di conoscere bene una persona solo dopo averla vista affrontare circostanze critiche. Analogamente possiamo dire di poter cogliere lo spirito del tempo, lo *zeitgeist,* quando di fronte a casi estremi, situazioni inimmaginabili fino a quel momento, vediamo come la comunità nel suo insieme reagisce (o non reagisce) e trova (o non trova) soluzioni. O se, di fronte a problematiche non nuove, la società propone soluzioni inedite. In altre parole, solo osservando le risposte ad uno *stress test* dedicato possiamo verificare vitalità, tenuta e consistenza della nostra comunità umana.

Lo scopo di questo saggio è comprendere il nostro *zeitgeist,* dal punto di vista delle conseguenze dello tsunami antropologico che ha investito il mondo, soprattutto occidentale, negli ultimi decenni. Rivoluzione dovuta all'impatto sull'umano delle nuove biotecnologie in campo medico, che ne rischiano di mutare radicalmente la natura, investendo principalmente differenza sessuale, procreazione e fine vita, cioè i segni e le circostanze che segnano la nostra appartenenza alla specie umana, accomunandoci tutti in un unico destino: esistere mediante il concepimento di un uomo e di una donna, venire al mondo da una donna, morire.

---

* *Contributo sottoposto a valutazione*.

Abbiamo scelto come *stress test* due problematiche molto diverse fra loro, la disforia di genere e la disabilità profonda, perché per queste sono state proposte come soluzioni due "terapie innovative" con un particolare elemento in comune: la manipolazione della pubertà, quel processo che ha il suo compimento nella maturazione sessuale, cioè che termina al raggiungimento della massima espressione della differenza sessuale: la capacità procreativa. Nello specifico, esaminiamo il blocco della pubertà in adolescenti con disforia di genere (DG), e la sua accelerazione in bambini gravemente disabili.

Diversissime le situazioni di contesto con non poche, significative analogie alla base dei due percorsi, finora raramente affiancati in letteratura.

Gli obiettivi dei due trattamenti non sono di cura né estetici, e neppure per l'*enhancement* così come inteso finora, cioè per il potenziamento di alcune funzionalità umane al di là della norma: il fine dichiarato è alleviare la sofferenza e promuovere il benessere di soggetti non pienamente in grado di esprimere il proprio consenso.

Nel testo che segue presento prima le due problematiche e i rispettivi percorsi di alterazione della pubertà, esaminandone separatamente le criticità; proseguo poi con un loro confronto e concludo con una chiave di lettura della situazione: il nostro *zeitgeist*.

Vedremo come il nuovo paradigma antropologico ha prodotto una soglia di tolleranza assai elevata nei confronti delle manipolazioni dell'umano, per le quali molti ritengono non sia più concepibile imporre divieti, ma solo regolamentazioni: tutto si può fare, purché se ne stabiliscano le condizioni in un confronto fra esperti.

Il principio di precauzione[1] è sostituito con quello di monitoraggio; non si danno giudizi di valore, cioè priorità di beni da tutelare, ma vengono utilizzati solamente criteri contabili, come il bilanciamento costi/benefici, rischi/vantaggi; si spengono le battaglie politiche "eticamente sensibili", mimetizzate in percorsi amministrativi/tecnocratici. L'esito finale è la scomparsa della rivoluzione antropologica dal discorso pubblico: gli sviluppi delle biotecnologie in ambito sanitario rientrano nella sfera delle scelte private dei cittadini, nel rapporto personale di ciascuno con i propri medici.

[1] Il Principio di precauzione è citato nell'articolo 191 del trattato sul funzionamento dell'UE (cfr. https://bit.ly/2Jsu0zm), con il suo significato illustrato nella Comunicazione della Commissione del 2 febbraio 2000, consultabile in: https://bit.ly/2NXbse7. Nel linguaggio comune è utilizzato solitamente come sinonimo di "prudenza".

Le due modalità di manomissione della pubertà possono costituire anche un esempio di quella "libertà morfologica" che i transumanisti annoverano fra i diritti individuali: il diritto fondamentale a modificare (o non modificare) liberamente il proprio corpo secondo i propri desideri[2]. Un ulteriore "ramo" dell'evoluzione, guidata stavolta dagli esseri umani, nella direzione di un nuovo tipo di *cyborg*: il *pharma-cyborg*.

2. Disforia di genere

Secondo il *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorder* (DSM)[3] la Disforia di Genere (DG) è caratterizzata da una marcata incongruenza fra l'esperienza/percezione del proprio genere e quello di nascita, associata ad una sofferenza clinicamente significativa o a una compromissione del funzionamento in ambito sociale, lavorativo o in altre aree importanti[4]. Il 18 giugno scorso l'OMS, nell'annunciare l'undicesima edizione dell'*International Classification of Diseases* (ICD), che sarà presentata all'assemblea OMS

[2] A. SANDBERG (Oxford Martin School, University of Oxford), *L'humain et ses prothéses: Savoirs et pratiques du corps transformé*, Paris, December 11-12 2015, organized by the Institute for Communication Sciences (ISCC, CNRS, Université Paris Sorbonne, Université Pierre et Marie Curie) and the Center of Research in Psychoanalysis, Medicine and Society (CRPMS, Université Paris Diderot) in http://www.aleph.se/papers/MF2.pdf.

[3] AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (2013), *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, Fifth Edition: DSM-5, Washington DC.

[4] Alcune premesse di linguaggio e metodo. a) In questo testo intendiamo per "sesso" il sesso genetico, come espressione XX o XY, e quindi immutabile e riconosciuto alla nascita, e per "genere" la percezione di sé come identità personale, maschile o femminile, e quindi un dato comunicato e narrato, anche nelle cd espressioni di genere, cioè atteggiamenti e abbigliamento. Alla nascita sesso e genere coincidono e le due parole possono essere usate come sinonimi, mentre nei casi di Incongruenza di Genere e Disforia di Genere (DG) questi due termini non coincidono e non sono più sinonimi. Chi scrive non condivide l'orientamento culturale che ha portato a questa impostazione lessicale. Generalmente, però, la letteratura di riferimento utilizza questa distinzione, aggiungendo spesso al genere maschile e femminile anche "altro", e sarebbe estremamente difficoltoso in una trattazione descrittiva come questa presente superare tale lessico. Quindi nel testo ci riferiamo al cambiamento di genere (e non di sesso) perché seguendo le definizioni sopra individuate non è ovviamente possibile modificare il sesso genetico di una persona. Resta nel testo qualche riferimento al sesso anziché al genere – ad esempio nella sigla SRS (*surgery sex reassignment*) –, sempre nel tentativo di utilizzare il linguaggio corrente della letteratura di settore, per evitare fraintendimenti.
b) Va ricordata la differenza fra transessuale e transgender: il primo termine si riferisce ad una transizione all'interno di un modello binario maschio-femmina, irreversibile, che presuppone anche una serie di interventi chirurgici demolitivi/ricostruttivi dei genitali e dell'apparato riproduttivo; il secondo è un termine "ombrello" per tutti coloro la cui identità di genere e/o espressione di genere differisce da ciò che è tipicamente associato al sesso di nascita. Si supera quindi il modello binario, andando nella direzione "*gender fluid*", il che non implica una scelta definitiva maschio/femmina, non includendo quindi necessariamente la chirurgia di cui sopra. Il blocco della pubertà nasce all'interno di un modello binario, ma la tesi di questo articolo è che crei una condizione *gender fluid*.
c) nel testo non vengono presi in considerazioni gli aspetti strettamente medici del trattamento con i farmaci bloccanti la pubertà.

del maggio 2019 per entrare in vigore dal 1 gennaio 2022, ha anticipato che le "incongruenze di genere" saranno considerate nell'ambito delle "condizioni" di salute mentale, cioè in un contesto de-patologizzato[5].

La letteratura di settore è immensa, e il dibattito all'interno della comunità psichiatrica e medica sulla diagnosi e i trattamenti della DG (o più generalmente delle incongruenze di genere), appare ancora molto aperto[6]. Ma tanto è estesa la produzione scientifica in merito, quanto incerte e tutt'altro che conclusive appaiono le conoscenze a riguardo.

Innanzitutto non sono chiare neppure le stime dell'incidenza e della prevalenza della DG, che variano considerevolmente in letteratura, e sulle quali uno dei pochi elementi condivisi è il loro recente, notevole aumento, rivelato dal crescere delle richieste di accesso alle cliniche dedicate negli ultimi anni, a livello internazionale[7]. La chiave interpretativa più diffusa delle incongruenze di genere è quella delle innumerevoli e indefinibili varianti della condizione umana, per cui «*ogni configurazione del genere è vista come indicatore della diversità della famiglia umana*»[8]: le principali istituzioni internazionali supportano tale interpretazione, perseguendo politiche di pari opportunità sociali e di fronte alla legge. Il discorso pubblico occidentale ha seguito principalmente il "paradigma dei diritti delle minoranze", una prospettiva legale-politica, quindi, e non clinica, che implica la «*promessa*

[5] https://bit.ly/2AVvoco

[6] V. ad es. S.B. LEVINE, A. SOLOMON, *Meaning and political implication of "psychopatology" in a Gender Identity Clinic: a report of 10 cases*, J. of Sex & Marital Therapy (2009), 35, pp. 40-57, e refs. cit.; W. BYNE, S.J. BRADLEY, E. COLEMAN, A. EVAN EYLER, R. GREEN, E.J. MENVIELLE, H.F.L. MEYER-BAHLBURG, R. PLEAK, D.A. TOMPKINS, *Report of the American Psychiatric Association Task Force on Treatment of Gender Identity disorder*, Arch. Sex. Behav. (2012) 41, pp. 759-796.

[7] Ad esempio la prevalenza della DG è di 0.002-0.005% della popolazione secondo un report di alcune società scientifiche italiane di settore, in "*In merito alla richiesta di AIFA sulla eticità dell'uso del farmaco triptorelina per il trattamento di adolescenti con disforia di genere (DG)*", CNB (2018); l'1% della popolazione selezionata per uno studio dell'*Equality and Human Right Commission* mostrerebbe una qualche forma di "*gender variant*" secondo l'NHS England: 16046/P "*Clinical Commissioning Policy: Prescribing of Cross-sex Hormones as part of the Gender Identity Development Service for Children and Adolescents*"; nel Regno Unito il *Gender Identity Development Service*, che tratta solo minori, dichiara di aver avuto 94 segnalazioni nel 2009/2010 e 1986 nel 2016/2017, con un aumento del 2000 %, e riguardo i bambini con meno di sei anni, le segnalazioni sono state 6 nel 2009/2010, contro le 32 nel 2016/2017, in P.W. HRUZ, L.S. MAYER, P.R. MCHUGH, *Growing Pains – Problems with Puberty Suppression in Treating Gender Dysphoria*, The New Atlantis, Spring 2017; in Nuova Zelanda circa l'1.2% degli adolescenti si identificano come transgender, in M.M. TELFER, M.A. TOLLIT, C.C. PACE, K.C. PANG, *Australian Standards of Care and Treatment Guidelines to Trans and Gender Diverse Children and Adolescence Version 1.1* Melbourne: The Royal Children's Hospital (2018); alcuni studi stimano un aumento di dieci volte dell'incidenza globale delle non conformità di genere, in S.B. LEVINE, *Ethical concerns about emerging treatment paradigms for gender dysphoria*, J. of Sex & Marital Therapy, (2018) 44, pp. 29-44;

[8] S.B. LEVINE (2018), cfr. *supra* nota 7.

della possibilità di una vita in piena salute psicologica in qualsiasi configurazione di genere», perché i singoli individui hanno il diritto di esprimere il genere che ritengono più adatto per sé[9]. Un paradigma che ha fatto breccia soprattutto negli USA, dove ha preso totalmente a prestito linguaggi, metodi e obiettivi delle storiche battaglie sui diritti civili delle minoranze nere degli anni 60.

Per il trattamento della DG i piani politici e scientifici si intrecciano, quindi, con i primi che prevalgono a discapito dei secondi, anziché procedere in parallelo, come invece è avvenuto per la psichiatria, che «*ha lottato a lungo contro la stigmatizzazione della malattia mentale, senza negare che le sue diagnosi fossero di malattie.* […] *il fatto che il tasso di suicidio dieci anni dopo la riassegnazione del sesso chirurgica sia elevato è irrilevante per il paradigma dei diritti delle minoranze*»[9].

Ne scaturisce un atteggiamento contraddittorio: le istituzioni negano alla DG ogni carattere patologico e, seguendo la logica dei diritti, assumono che "i trattamenti sono determinati dai desideri dei pazienti", per i quali però le stesse agenzie internazionali e, a seguire, istituzioni sanitarie internazionali e nazionali, parlano di "diagnosi" di DG, utilizzando cioè il lessico delle patologie, e richiedono ai Servizi Sanitari Nazionali e alle assicurazioni sanitarie il rimborso di cure ormonali e interventi chirurgici.

In conclusione, mentre la comunità scientifica continua a dibattere sulla natura della DG[10], il paradigma politico ha preso decisamente il sopravvento nel discorso pubblico, complice l'amministrazione Obama che ha spinto fortemente in questa direzione, contribuendo in modo decisivo alla sua affermazione a livello internazionale.

In questo contesto si sono molto sviluppate letteratura di settore e pubblicistica dedicate alla DG in adolescenti e bambini, avallando l'idea di cui sopra delle incongruenze di genere come "indicatori della diversità della famiglia umana"[11]: si dice di "*bambini gender variant*" per indicare che ogni essere umano, fin dalla più tenera età, si può situare all'interno di un

---

[9] S.B. LEVINE, *Reflections on the Legal Battles Over Prisoners with Gender Dysphoria*, J. of Am. Acad. Psychiatry Law (2016) 44, pp. 236-45.

[10] Si va da una possibile «*malattia mentale a una predisposizione neurologica con conseguenze inevitabili sulla propria identità; ad uno stato che, una volta che si stabilisce, diventa permanente; a una soluzione a un raro problema intrapsichico; ad una lotta coraggiosa per un destino più lieto e più sano; o a una risposta non comune a un problema intrapsichico comune*», in S.B. LEVINE, *Transitioning back to maleness*, Arch. Sex Behav. (2018) 47, pp. 1295-1300 e refs. cit.

[11] Cfr. ad es. NATIONAL GEOGRAPHIC ITALIA, *Gender - la rivoluzione* (2017), Gennaio; *Willa's story: Trans kids need to be listened to*, Transgender Europe, in https://www.youtube.com/watch?v=Kp8asILVM70.

continuo di identità di genere, e quindi non si tratta di scelta consapevole o di contesto culturale, ma di qualcosa inerente alla natura umana stessa. L'uso dell'espressione "spettro di identità di genere" spazza via qualsiasi riferimento al binario "maschio/femmina".

2.1. Il protocollo olandese: la *ratio*

All'interno di questa ottica si è venuto affermando quello che chiameremo d'ora in poi il "protocollo olandese": secondo tale modello, nel caso in cui l'incongruenza fra genere percepito e legale, molto spesso manifestatasi nella prima infanzia, persista nel tempo, si può interrompere il proprio sviluppo bloccando la pubertà al suo insorgere, per "guadagnare tempo", e poter "esplorare" con più calma la propria identità di genere, senza la "minaccia" del corpo che si trasforma rapidamente nella direzione non voluta.

Risale al 1987 la prima clinica olandese specializzata nella identità di genere di bambini e adolescenti, nell'*Utrecht University Medical Center*, trasferitasi nel 2002 al *VU University Medical Center* ad Amsterdam, diventata poi parte del *Center of Expertise on Gender Dysphoria*, con più di 400 bambini e quasi un pari numero di adolescenti visti, fino al 2011[12]. È qui che il percorso incentrato sul blocco della pubertà è stato ideato e messo a punto; un metodo che si è diffuso velocemente nelle cliniche di tutto il mondo – Europa, Canada, USA, Australia e Giappone[13] – nonostante manchino tuttora evidenze scientifiche della sua efficacia. La pubblicizzazione del metodo anche a livello mediatico, al di fuori dei circuiti degli addetti ai lavori, è direttamente proporzionale alla mancanza di studi clinici dedicati. L'obiezione spesso portata all'assenza di trials clinici specifici è che non è etico, e comunque sarebbe impossibile, condurre sperimentazioni in modalità random/doppio cieco in questi casi, sia per la loro scarsa numerosità, che per la tipologia di percorso in sé. Mancano però anche solidi studi comparativi, con metodi diversi per i trattamenti di DG, e spesso anche gruppi di controllo nella popolazione senza DG: in letteratura gli studi sono soprattutto retrospettivi o descrittivi.

---

[12] A.L.C. DE VRIES, P.T. COHEN-KETTENIS, *Clinical Management of Gender Dysphoria in Children and adolescents*: *the Dutch Approach*, J. of Homosexuality (2012), 59, pp. 301-320.

[13] Si veda, ad esempio, S. MAFUDA, J.K. MOORE, A. SIAFARIKAS, F.D. ZEPF, A. LIN, *Puberty Suppression in Transgender Children and Adolescents*, Lancet Diabetes Endocrinol. (2017), 5, pp. 816-826; M. NAKATSUKA, *Puberty-delaying hormone therapy in adolescents with gender identity disorder*, Seishin Shinkeigaku Zasshi (2012), 115, pp. 316-322; M.M. TELFER, (2018), cfr. *supra* nota 7.

L'ipotesi alla base del metodo è che la soluzione alla sofferenza che la DG porta con sé sia l'affermazione del proprio genere percepito, che si ottiene mediante una transizione verso questo nuovo genere, abbandonando quello di nascita. La transizione, clinicamente parlando, ha due fasi: una prima solo farmacologica e una successiva anche chirurgica. Inizia di solito con un trattamento medico, solo parzialmente reversibile, somministrando i cd ormoni *cross-sex*, a cui segue poi anche la chirurgia, completamente irreversibile, con una serie di interventi demolitivi/ricostruttivi dell'apparato genitale e anche dei caratteri sessuali secondari, che possono sconfinare e sovrapporsi a una vera e propria chirurgia estetica. L'intero percorso viene indicato con l'espressione *Sex Reassignment Surgery* (SRS).

La *ratio* del protocollo olandese è che iniziare "troppo tardi" questo percorso abbia conseguenze negative sulla riuscita della transizione stessa.

La co-morbilità che spesso si accompagna alla DG – ansia, depressione, mancata accettazione di sé, atteggiamenti autolesionistici, tendenze suicidarie, disturbi dello spettro autistico, come riportato in letteratura – viene infatti interpretata dagli esperti olandesi come una conseguenza negativa di una mancata o ritardata transizione di genere, solitamente causata dall'età dei soggetti coinvolti: il "tardi" si riferisce a un'età di 18 o 21 anni, una soglia prima della quale gli esperti «*sono stati riluttanti ad iniziare il trattamento ormonale*» (*cross-sex*, n.d.r.)[14]. Secondo i sostenitori del protocollo, alcuni studi sembrano suggerire esiti positivi anticipando il trattamento ormonale *cross-sex*;[15] una psicoterapia anche estesa non sembra essere in grado di eliminare da sola la DG, mentre lo stigma sociale da cui gli adolescenti transgender sono colpiti parrebbe la causa della co-morbilità che la accompagna[16], che quindi verrebbe meno se si riducesse il tempo fra la diagnosi di DG e la SRS.

[14] P.T. CHOEN-KETTENIS, S.H.M. VAN GOOZEN, *Pubertal delay as an aid in diagnosis and treatment of a transsexual adolescent*, European Child & Adolescent Psychiatry (1998), 7, pp. 246-248.
[15] Ad esempio uno su giovani transessuali, a 12 dei quali sono stati somministrati gli ormoni *cross-sex* fra i 16 e i 18 anni, con esiti considerati positivi: «*il primo studio di* follow up *di adolescenti transessuali ha mostrato che 1-5 anni dopo l'intervento gli ormai giovani adulti mostrano una funzione sociale e psicologica soddisfacente e nessuno ha ripensamenti sulla propria decisione*» in P.T. COHEN-KETTENIS, S.H.M. VAN GOOZEN, *Sex reassignment of adolescent transsexuals: a follow-up study,* J. Am. Acad. Of Child and Adolescent Psychiatry (1997), 36, pp. 263-271.
[16] S. MAFUDA (2017), cfr. *supra* nota 13.

La proposta è quindi «*iniziare gli aspetti biomedici della riassegnazione del sesso all'inizio e durante l'adolescenza, anziché attendere la maggiore età legale (18 anni in molti paesi) o anche più tardi*»[17].

Gli esperti olandesi propongono quindi di aggiungere una terza fase al percorso di transizione, che preceda la somministrazione di ormoni cross-sex, e che consenta di anticiparla in minore età, facilitandone l'azione: il blocco della pubertà.

2.2. Il protocollo olandese: casi e evoluzione lessicale

È del 1991 il primo caso documentato di blocco di pubertà per DG, quando una sedicenne si presenta alla clinica olandese dopo che il suo psichiatra, d'accordo con l'endocrinologo, all'età di 13 anni l'ha iniziata al trattamento con la triptorelina[18] (TRP), per ritardarne la maturazione sessuale: la richiesta è quella di transitare a maschio. Dalla letteratura non risulta essere stato coinvolto alcun comitato etico. La storia della minore è quella di una grande conflittualità con il padre, di origine italiana: «*il suo* background *mediterraneo ha reso molto difficile accettare la mascolinità di sua figlia*». Da sempre con atteggiamenti maschili, a sette anni ha già passato un anno in psicoterapia per i suoi comportamenti ribelli, e quando ne ha 12 sua madre legge un appunto in cui la figlia mette nero su bianco l'intenzione di non voler più vivere qualora entrasse nella pubertà. Di nuovo la psicoterapia, quindi. La depressione migliora ma restano identici i suoi atteggiamenti di preferenza al maschile: a 13 anni inizia il blocco della pubertà[19]. Sembrerebbe quindi che la decisione sia stata presa non per il persistere della volontà suicidaria – addirittura la depressione sembra diminuita – quanto per quella della transizione all'altro genere.

La clinica olandese continua a trattare alcuni singoli casi e diventa il centro di riferimento per questo percorso, che si consolida in tre fasi distinte: la prima è il blocco della pubertà,

---

[17] K.J. ZUCKER, S.J. BRADLEY, A. OWEN-ANDERSON, D. SINGH, R. BLANCHARD, J. BAIN, *Puberty-Blocking Hormonal Therapy for Adolescents with Gender Identity Disorder: A Descriptive Clinical Study*, J of Gay & Lesbian Mental Health (2011), 15, pp. 58-82.

[18] È un ormone sintetico, analogo dell'ormone di rilascio delle gonadotropine endogeno (GnRH). Una sua somministrazione protratta nel tempo desensibilizza i recettori del GnRH, riducendo la produzione di alcuni ormoni, con l'esito finale di diminuire la secrezione di estrogeni (nelle donne) e testosterone (negli uomini).

[19] P.T. COHEN-KETTENIS, S.E.E. SCHAGEN, T.D. STEENNSMA, A.L.C. DE VRIES, H.A. DELEMARRE-VAN DE WAAL, Puberty *Suppression in a Gender-Dysphoric Adolescent: a 22-year Follow-up*, Arch. Sex Behav. (2011), 40, pp. 843-847; P.T. COHEN-KETTENIS (1998), cfr. *supra* nota 14.

dai 12 ai 16 anni, e comunque da uno stadio di Tanner 2[20]; la seconda, nel caso di persistenza della DG, di trattamento con ormoni *cross sex*, iniziando all'età di 16 anni, e la terza di intervento chirurgico, a partire dalla maggiore età[21].

Va sottolineato che, a detta degli stessi esperti, le età di confine vengono stabilite innanzitutto con un criterio legale, piuttosto che clinico: in Olanda per i trattamenti medici il consenso del minore inizia ad essere considerato anche legalmente all'età di 12 anni, mentre a 16 anni si diventa autonomi dai genitori. Le tappe del percorso sono state quindi costruite sulla decisione di far pesare il più possibile la volontà del minore, anche se gli olandesi preferiscono essere supportati dalla famiglia per l'attuazione del protocollo.

Sono inoltre gli stessi autori a dichiarare di aver iniziato a proporre il protocollo in mancanza di dati sugli effetti della soppressione della pubertà: sarebbe interessante conoscere contenuti e procedure del consenso informato sottoscritto dai minori e dalle loro famiglie[22].

È comunque di questo stesso gruppo di studiosi olandesi il primo e unico studio numericamente significativo, pur insufficiente, in termini di *follow up*[23]. Iniziato nel 2000, 196 i minori esaminati in otto anni, 140 ritenuti idonei all'intervento medico, per 29 dei quali si è fatto ricorso subito agli ormoni cross-sex mentre per gli altri 111 è iniziato il blocco della pubertà; di questi i primi 70 sono entrati in uno studio osservazionale con esiti riportati poco prima di iniziare il trattamento con ormoni cross-sex, e, a loro volta, di 55 si è potuto eseguire un *follow up* dopo almeno un anno dall'intervento chirurgico[24]. Gli stessi Autori, pur giudicando molto positivamente i risultati ottenuti, sono consapevoli delle complessità in campo e ribadiscono si tratti di dati preliminari[25].

Man mano che il metodo si diffonde, la produzione scientifica a supporto si moltiplica numericamente[26] ma non nella qualità del dato, e soprattutto perde la motivazione dell'anticipazione della transizione sessuale, acquistando quella di "guadagnare tempo" per

[20] La scala di Tanner è una scala di sviluppo fisico. Il II corrisponde al primo stadio della pubertà, diverso per maschi (fra 11 e 14 anni) e femmine (fra 10 e 13 anni).
[21] Per via di queste scadenze temporali il protocollo viene anche chiamato "12-16-18".
[22] A.L. DE VRIES (2012), cfr. *supra* nota 12.
[23] A.L. DE VRIES, J.K. MCGUIRE, T.D. STEENSMA, E.C. WAGENAAR, T.A.H. DORELEIJERS, P.T. COHEN-KETTENIS, *Young audult psychological outcome after puberty suppression and gender reassignment*, Pediatrics (2014) 134, pp. 696-704.
[24] Fra le motivazioni per cui di 15 ragazzi non si è potuto seguire il *follow up*, va registrato anche il decesso di una giovane transgender, a seguito dell'intervento chirurgico di ricostruzione dell'apparato genitale.
[25] S.B. LEVINE (2018), cfr. *supra* nota 7.
[26] S. MAFUDA (2017), cfr. *supra* nota 13.

una diagnosi più precisa e consolidata di DG, alleviando contemporaneamente la sofferenza del minore.

Il percorso resta sempre lo stesso, ma ne cambia la narrazione: se ne evidenzia con sempre più enfasi la reversibilità fino all'età di 16 anni, cancellando la dimensione manipolatoria e trasformando l'arresto farmacologico dello sviluppo puberale in una "pausa". La fase della soppressione della pubertà viene indicata come *fase diagnostica estesa*, quando «*il corpo resta in uno stadio neutrale di pubertà iniziale*»[27]: quasi una sosta ristoratrice all'interno di un percorso doloroso e pericoloso. Sosta necessaria per poter prendere la decisione giusta, in un contesto di maggiore serenità perché l'intervento precoce impedisce lo sviluppo dei caratteri sessuali secondari del genere nativo, che è identificato come la causa della sofferenza del vivere.

Si sottolinea la completa reversibilità delle conseguenze fisiche del blocco della pubertà, insieme al fatto che, nel caso in cui si prosegua verso il cambio di genere, gli interventi successivi, medici e chirurgici, saranno meno invasivi proprio perché eseguiti su un corpo scarsamente caratterizzato dai caratteri sessuali secondari.

Vale la pena riportare le parole stesse dei sostenitori italiani: questi farmaci «*non iniziano la fase della transizione, e non producono alcun effetto permanente nel paziente.* […] *Non manipolano il corpo del paziente, ritardano solamente lo scatto della crescita puberale, una pratica che è accettata e routinariamente eseguita in altre aree della salute del bambino e dell'adolescente. Non inducono gli adolescenti alla transizione all'altro genere, guadagnano, invece, tempo, e perciò migliorano la precisione della diagnosi*». Non vengono usati per creare un corpo che corrisponda a qualche modello ideale, bensì «*aiutano ciascun individuo a capire il proprio sviluppo di genere, e a ottenere una vita più soddisfacente per sé stessi, qualsiasi sia il genere, di nascita o percepito. Questi farmaci non danneggiano i pazienti: prevengono il danno. E infine, sono somministrati solo dopo uno scrutinio attento e una valutazione diagnostica, previsti solo per chi li richiede e dà un valido consenso informato*»[27].

---

[27] A.D. FISHER, J. RISTORI, E. BANDINI, S. GIORDANO, M. MOSCONI, E.A. JANNINI, N.A. GREGGIO, A. GODANO, C. MANIERI, C. MERIGGIOLA, V. RICCA, ITALIAN GNRH ANALOGS STUDY ONIG GROUP, D. DETTORE, M. MAGGI, *Medical Treatment in gender dysphoric adolescents endorsed by SIAMS-SIE-SIEDP-ONIG*, J. Endocrinolog. Invest. (2014), 37, pp. 675-687.

Alla mancanza di dati scientifici, pure dichiarata, non viene dato il peso che meriterebbe. L'indicazione generale che emerge dalla letteratura è improntata a un tono di generale prudenza: il protocollo richiede una valutazione attenta, caso per caso, da parte di équipe multidisciplinari di esperti, che dovrebbero seguire con rigore ogni singolo paziente insieme alla sua famiglia per l'intero percorso, dopo averne ovviamente raccolto il consenso informato.

Secondo gli stessi studiosi, particolarmente entusiasti del protocollo olandese, siamo addirittura in presenza di un metodo di "prevenzione del danno", e quindi non avviare al tempo dovuto il blocco della pubertà «*potrebbe significare violare i principi etici fondamentali della protezione della salute e del benessere dei pazienti, specialmente di quelli giovani, che sono il nucleo della medicina*»[27].

2.3. Il protocollo olandese: obiezioni

I dubbi e le perplessità intorno al protocollo olandese restano tutti, nonostante la buona stampa sia divulgativa che specialistica ne abbia promosso la diffusione, grazie anche al sostegno di importanti società scientifiche. Di seguito una disamina delle criticità del metodo, nella quale vengono riportate e, in qualche caso, approfondite, le motivazioni espresse dalla sottoscritta nella postilla di dissenso che spiega il proprio voto contrario al parere in merito del Comitato Nazionale per la Bioetica, il quale ha invece dato il via libera al protocollo stesso, aderendo sostanzialmente alle indicazioni della letteratura internazionale[28].

[28] Alcune società scientifiche italiane hanno chiesto all'Agenzia Italiana del Farmaco (Aifa) che la triptorelina sia inserita nell'elenco dei farmaci *off label* rimborsati dal Servizio Sanitario Nazionale (SSN), quando usata nei casi di DG. La commissione competente di Aifa ha accolto la richiesta. Il Direttore di Aifa, prima di emanare la determina con cui dare esecuzione al parere, ha posto al Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB) un quesito circa l'eticità del farmaco per questa particolare indicazione. Il CNB ha convenuto sull'eticità nell'uso della TRP in casi di DG, aderendo sostanzialmente alla linea espressa dalle società scientifiche suddette ed emergente dalla letteratura internazionale: prescrizione non generalizzata ma dopo valutazione caso per caso da parte di una équipe multidisciplinare di esperti, attenzione particolare al consenso informato di minore e famiglia, monitoraggio continuo del minore. Al tempo stesso il CNB sottolinea la necessità di una diagnosi precoce di DG e l'accesso equo al farmaco, il che significa piena condivisione delle fondamenta del protocollo olandese: rispettivamente l'anticipazione della "scelta" della propria identità di genere, e il blocco farmacologico della pubertà. Addirittura la TRP viene messa sullo stesso piano dei farmaci innovativi che eradicano efficacemente l'Epatite C, con l'auspicio che si applichi lo stesso criterio di equità nell'accesso: un paragone sicuramente insperato anche da parte delle stesse società scientifiche che pure ne hanno chiesto il rimborso da parte del SSN. Il parere ha avuto un solo voto contrario (e due astensioni da parte dei rappresentanti dell'Istituto Superiore di Sanità e del Consiglio Superiore di Sanità, componenti di diritto del CNB, i cui pareri sui documenti non contribuiscono al voto finale); al testo della richiesta Aifa e della risposta CNB è allegata anche la postilla della sottoscritta che motiva il proprio voto contrario. Cfr. CNB (2018), *supra* nota 7.

È possibile individuare tre categorie di obiezioni al metodo: la consistenza della letteratura scientifica a sostegno (a mio parere veramente carente); la *ratio* stessa del metodo (il criterio della "neutralità" di genere) e infine il profilo bioetico (il consenso informato del minore).

2.3.1. Il punto di vista scientifico

a) Letteratura scientifica carente

Nella letteratura si dichiara l'incertezza circa i dati di riferimento a supporto del protocollo, anche se al tempo stesso vengono fornite rassicurazioni sulla sua reversibilità riguardo la sospensione della pubertà, e sulla sua sostanziale sicurezza: è necessario chiarire il motivo di questa contraddizione, per consentire una comprensione e valutazione adeguata della natura e della qualità dei dati scientifici effettivamente disponibili.

Va ricordato che l'uso autorizzato della TPR è innanzitutto per la pubertà precoce, cioè per interrompere una *pubertà patologica* (per esempio per bambini molto piccoli, 7-9 anni), mentre l'uso *off label*[29] per DG, è per interrompere una *pubertà fisiologica* (per preadolescenti, intorno ai 12). L'efficacia della TRP per l'indicazione della DG, andrebbe quindi valutata *non* rispetto alla interruzione della pubertà, ma rispetto alla DG stessa, cioè alla non conformità del genere percepito con quello alla nascita. L'efficacia va cioè "misurata" in quanto funzionale al raggiungimento dell'accettazione di sé nel genere stabilito/consolidato, al termine di quello che potremmo chiamare "percorso di verifica della propria identità di genere" e successivamente, nel corso della vita. Questo implica anche stabilire in che modo misurare "l'accettazione di sé", per poter valutare se effettivamente questa sia soddisfacente.

Di conseguenza non è corretto assumere i risultati degli studi del blocco di una pubertà *patologica* mediante TRP (dei quali si dispone di ampia letteratura scientifica) come validi anche per quello di una pubertà "fisiologica", come spesso invece riporta la letteratura di settore.

Ad esempio: interrompere una pubertà precoce può consentire un più sereno confronto fra pari – ad es. la bambina di 7 anni non svilupperà il seno, al pari delle sue coetanee – mentre

[29] Con l'espressione *off label* si intende l'impiego nella pratica clinica di farmaci già registrati ma usati in maniera non conforme a quanto previsto dal riassunto delle caratteristiche del prodotto autorizzato.
Per approfondimenti, cfr. Aifa in https://bit.ly/2DpS1qM.

l'interruzione di una pubertà fisiologica lo può rendere molto più problematico – ad es. la ragazza di 14 anni che non ha sviluppato i caratteri sessuali secondari è molto più facilmente "diversa" dalle sue coetanee. E se è vero che in preadolescenti con DG il confronto fra pari è spesso molto problematico di per sé, non si capisce in che modo l'aumento delle differenze, bloccando lo sviluppo corporeo mentre continua quello cognitivo, possa diminuire tale problematicità. Andrebbe poi valutato il punto di vista clinico/biologico: ad esempio, interrompere lo sviluppo osseo per una *pubertà patologica* a 7 anni, equivale dal punto di vista clinico/biologico a interrompere lo stesso sviluppo se "fisiologico", a 12 anni?

Per quanto riguarda la corretta valutazione dell'efficacia della TRP, cioè rispetto alla DG, la letteratura scientifica mostra un caso singolo, con un *follow up* dopo ventidue anni dal trattamento, la cui vicenda è stata illustrata poc'anzi[30]. Nel caso suddetto – ricordiamo, un maschio transgender (cioè un *FtM Female to Male transition*) – va osservato che la valutazione sull'accettazione di sé viene fatta su aspetti funzionali della persona: non ci sono problemi di salute, né al lavoro. Ce ne sono, però, riguardo le relazioni umane. Sulla famiglia di origine del FtM sappiamo solo che è a conoscenza della sua transizione; dopo 22 anni dal trattamento è depresso, anche se non a livello patologico, e soprattutto ha vissuto un'importante esperienza negativa in campo affettivo: leggiamo che l'unica relazione stabile con una donna è finita dopo cinque anni, senza convivenza, per sua scelta personale, presumibilmente per vergogna dell'aspetto dei suoi genitali (ricostruiti chirurgicamente in modo per lui non soddisfacente) e per timore di inadeguatezza dal punto di vista sessuale.

Resta quindi la domanda: come misurare l'efficacia dell'intero percorso? È sufficiente la riuscita nel lavoro, il benessere fisico, se poi non si riesce a stabilire una relazione affettiva stabile perché ci si sente fisicamente inadeguati? Perché si misura solo su parametri collegati a un costo sociale – l'efficienza lavorativa, lo stato di salute – e non su quelli che hanno a che fare con le relazioni affettive?

L'altro *follow up* disponibile in letteratura è lo studio olandese su 55 giovani transgender, ad almeno un anno dopo l'intervento chirurgico, di cui comunque gli stessi Autori parlano in termini di dati preliminari[31]. In queste condizioni non è possibile invocare evidenze scientifiche.

[30] P.T. COHEN-KETTENIS (2011), cfr. *supra* nota 19; P.T. COHEN-KETTENIS (1998), cfr. *supra* nota 14.
[31] S.B. LEVINE (2018), cfr. *supra* nota 7.

b) Quale tempo si "guadagna"?

Due osservazioni da questo studio emergono comunque: la prima è che tutti coloro a cui è stata bloccata la pubertà hanno poi continuato nella transizione di genere, nessuno ha desistito. Un orientamento qualitativamente confermato anche da altre pubblicazioni, scientifiche e divulgative, che può essere dovuto solo a due motivi: il primo è che in tutti i casi la selezione dei minori da sottoporre al blocco è stata sempre effettuata correttamente, individuando solo quelli che effettivamente sarebbero poi ricorsi alla SRS. Ma allora dovrebbero essere chiari, e già noti, i criteri stringenti e ben definiti per la selezione dei minori con DG, che invece non ci sono.

La seconda ipotesi – ad avviso di chi scrive più plausibile – è che il blocco della pubertà sia funzionale al passaggio all'altro genere, e vi predispone il minore, mentre la desistenza è un'eccezione: il "tempo guadagnato" non si riferisce quindi a quello impiegato in una riflessione prolungata per una diagnosi di DG più precisa, ma alla anticipazione degli ormoni cross sex alla minore età, e quindi della transizione, per cui si passa più tempo della propria vita nel genere desiderato, rispetto a quello di nascita.

c) Orientamento sessuale o DG?

Un'ulteriore riflessione riguarda l'orientamento sessuale dei minori trattati, che, per motivi di età, non è stato registrato prima di iniziare con i bloccanti (la loro età massima era di 12 anni), ma al termine della prima fase, immediatamente prima del trattamento con gli ormoni *cross sex*. Il risultato è che 62 su 70 (pari all'89% dei casi) si sono dichiarati attratti solamente o principalmente da ragazzi del proprio sesso natale, 6 attratti da ragazzi di entrambi i sessi, 1 nato maschio attratto solo da donne, e 1 che ancora non era in grado di rispondere[32].

In altre parole, rispetto al sesso di nascita erano quasi tutti omosessuali o bisessuali. Un'osservazione che conferma le preoccupazioni emerse dal dibattito in corso all'interno delle comunità LGBT, e cioè che il trattamento di transizione copra/censuri una questione

[32] A.L.C. DE VRIES, T.D. STEENSMA, T.A.H. DORELEIJERS, P.T. COHEN-KETTENIS, *Puberty Suppression in Adolescents with Gender Identity Disorder: A Prospective Follow-Up Study* J. Sex Med. (2011), 8, pp. 2276-2283.

legata piuttosto all'orientamento sessuale del minore: la percezione di sé come non congruente rispetto al genere di nascita potrebbe dipendere, invece, da un orientamento sessuale di tipo omosessuale, e non dalla propria identità di genere[33]. Se così fosse, saremmo in presenza di un tentativo di "curare/modificare" un orientamento omosessuale mediante un percorso di transizione di genere, interferendo con lo sviluppo dell'orientamento sessuale: una obiezione posta anche da alcuni studiosi[34].

d) Solo anticipo, spinto fino all'infanzia

Tornando ai 55 giovani transgender olandesi, leggiamo poi che molti dei minori al momento del loro primo arrivo in clinica vivevano già – in famiglia e con gli amici –come appartenenti all'altro genere, e tutti tranne uno, durante la fase diagnostica – da sei mesi a un anno – cioè prima di iniziare il blocco, hanno fatto una qualche transizione sociale/ufficiale, cambiando nome e pronome. È possibile poi verificare che l'età minima a cui è iniziato l'uso della TRP è di 11.3 anni di età, e quella per l'inizio degli ormoni *cross sex* è di 13.9 anni. Limitatamente al valore di questo studio, che resta comunque a oggi il più consistente, si tratta quindi di adolescenti per cui il cambio di genere è iniziato in famiglia, e in alcuni casi nella più tenera età.

Ma che senso ha parlare di problemi di identità di genere nell'infanzia, quando non c'è consapevolezza della propria identità di genere, neppure nei bambini nella norma? In altre parole: chi fra i bambini di pochi anni di età, con un comportamento nella norma, all'affermazione "io, Ugo (Margherita) sono un maschio (una femmina)", si può dire veramente consapevole del significato della sua affermazione, di essere maschio (femmina)?

e) Efficacia finale della transizione

Considerando quindi che, pur nella scarsità dei dati, la quasi totalità degli adolescenti trattati decide di continuare nel percorso di cambiamento di genere, andrebbe presa in

---

[33] Cfr. ad esempio Giovanna Camertoni, Daniela Danna, Cristina Gramolini per ArciLesbica, in https://bit.ly/2HC3rw7; Bambine/i incerti sul loro genere: giusto usare farmaci che bloccano la pubertà? – intervista di Marina Terragni a Massimo d'Aquino in https://bit.ly/2ASYau4 anche su pagina fb di RadFem Italia.

[34] A. KORTE, D. GOECKER, H. KRUDE, U. LEHMUL, A. GRUTERS-KIESLICH, K.M. BEIER, *Gender Identity Disorders in Childhood and Adolescence*, Dtsch Arztebl Int. (2008) 105, 834–841; M. BIGGS, *Research evidence: gender atypical tots likely to become gay or lesbian,* in https://bit.ly/2CF14CG e refs cit.

considerazione l'efficacia al termine del percorso stesso, a maggior ragione quando iniziato in minore età, rispetto allo stesso iniziato in maggiore età (e quindi senza l'uso della TRP). Cioè: la transizione di genere è una soluzione per la DG? E lo è di più o di meno, se fatta anche con il blocco della pubertà? Per ora, i dati esistenti sull'esito del SRS (*Sex Reassignment Surgery*) hanno una perdita al *follow up* del 70% delle persone trattate[35], e comunque quelli disponibili mostrano che i tassi di mortalità per tutte le cause – compreso il suicidio – sono generalmente molto più elevati rispetto a quelli della popolazione in generale[36]. È lecito quindi porsi il problema sull'effettiva efficacia del cambiamento di genere rispetto alle problematiche di DG.

Inizia inoltre ad emergere il fenomeno dei cosiddetti *detransitioners*, ossia di coloro che, dopo un percorso di cambiamento di genere, chirurgico e/o ormonale, ritengono opportuno tornare al genere di nascita. È un fenomeno che sta aumentando in visibilità, parallelamente al numero di persone che intraprendono il percorso di cambiamento di genere, sia all'interno del modello binario che in quello "*gender-fluid*"/transgender, tanto da prevedere una sezione appositamente dedicata nell'ottava edizione del WPATH (*World Professional Association for Transgender Health*) *Standards of Care*[37].

È anche difficile collegare l'efficacia del protocollo olandese alla corretta valutazione e scelta dei soggetti da trattare: la letteratura scientifica, per la somministrazione della TRP, raccomanda un «*approccio di prudenza, in situazioni accuratamente selezionate da valutare caso per caso*», come anche indicato dal CNB italiano. Difficilmente però si può stabilire il filtro adeguato per la selezione dei casi, considerata la mancanza di dati scientifici in base ai quali selezionare i casi suddetti.

f) Autolesionismo e suicidio

La motivazione principale a favore della TRP è l'attenuazione della sofferenza del minore con DG, soprattutto relativamente a comportamenti autolesionistici e intenzioni suicidarie. Ma non vi è alcuna evidenza scientifica che quello con TRP sia il trattamento elettivo per queste situazioni, al contrario: come detto poc'anzi, il tasso suicidario al termine del percorso

[35] S.B. LEVINE (2016), cfr. *supra* nota 9.
[36] S.B. LEVINE (2018), cfr. *supra* nota 10.
[37] S.B. LEVINE (2018), cfr. *supra* nota 10; v. ad es. J. SINGAL, *When children say they're trans*, The Atlantic (2018), July/August.

SRS è comunque estremamente più elevato del resto della popolazione, il che fa riflettere piuttosto sulle grandi aspettative create nelle persone con DG, che non hanno trovato riscontro al termine del lungo percorso medico e chirurgico.

2.3.2. La *ratio* del metodo e le sue implicazioni

a) Il problema del disallineamento fisico/cognitivo

L'uso della TRP per bloccare la pubertà può durare fino a 4 anni circa – dai 12 ai 16 – un periodo molto lungo durante il quale continua lo sviluppo psicologico/cognitivo, in un corpo bloccato a uno stadio pre-adolescenziale (l'esatto contrario dell'uso della TRP per *pubertà patologica*, nella quale, invece, bloccando una pubertà anticipata, lo sviluppo corporeo si mantiene coerente ed armonico rispetto a quello psicologico/cognitivo). C'è insomma una persona fisicamente bambina ma che cognitivamente continua a crescere, anche se le emozioni e i sentimenti sono alterati; se si sopprime la spinta degli ormoni nativi, cosa avviene nelle relazioni con gli altri, in una pubertà così volutamente manipolata? Non siamo solo i nostri ormoni, ma siamo anche i nostri ormoni, e sappiamo bene quanto contino fra i 12 e i 16 anni. Con un corpo bambino e una psiche più adulta, per anni, confusi di per sé e fuori dall'evoluzione fisiologica ormonale: come possono questi ragazzi non sentirsi sempre più diversi dai compagni di banco? Come valutare questo scarto nella maturazione della persona? Che conseguenze può avere nel vissuto e nella percezione di sé?

b) Una condizione di neutralità

La scissione indotta farmacologicamente fra sviluppo fisico e cognitivo si accompagna ad una condizione fisica di "neutralità", una indeterminatezza del corpo sessuato: secondo la letteratura dedicata, infatti, questo uso della TRP porta a un «*limbo in cui possono esplorare il proprio genere senza lo stress di sviluppare un corpo in cui si percepiscono come alieni*», «*il corpo resta in uno stato neutrale di prima pubertà*»[38].

Come è possibile in queste condizioni di non appartenenza a nessun genere, «*esplorare la propria identità di genere*»? Rispetto a quale ipotesi si verifica e si esplora, in assenza di un

[38] A.D. FISHER (2014), cfr. *supra* nota 27.

corpo sessuato, cioè in assenza dell'espressione fisica della propria identità di genere, se non a un immaginario? E che dire delle esperienze di amore tipiche dell'adolescenza? La soppressione della pubertà non impedisce forse di avere le prime, tipiche esperienze romantiche e sessuali adeguate all'età (12-16 anni)?

In altre parole: è possibile intraprendere un percorso di consapevolezza dell'identità di sé, in un vissuto di identità sessuata "neutrale" (che può durare fino a quattro anni)? È possibile decifrare i segni di una pagina e rispondere, se la pagina è bianca?

c) Co-morbilità: cause ed effetti

Si registra una elevata co-morbilità associata alla DG (ad es. depressione, ansia, istinti suicidari, disturbi dello spettro autistico, etc.). Come si può stabilire il rapporto fra causa ed effetto, se non si procede prima almeno a curare le co-morbilità per individuare con una ragionevole certezza la DG come causa primaria? Il problema si pone poiché la DG viene presenta spesso come "sentirsi in un corpo sbagliato", ipotizzando quindi valida la percezione di sé, della propria identità di genere: l'uso della TRP lavora su questa ipotesi. Per un suo uso corretto andrebbe quindi esclusa la possibilità inversa, cioè che è la percezione di sé ad essere inadeguata: va escluso cioè che alla base ci sia un problema più vasto o diverso, riguardante la propria identità, mentre il corpo è "giusto".

2.3.3. Il punto di vista bioetico e il consenso informato

Tutti sottolineano sempre, e con vigore, l'importanza del consenso informato del minore e della famiglia, che lo dovrebbe sostenere e accompagnare in questo percorso.

Ma in pochi ne sottolineano un aspetto essenziale: la necessità di informare minore e famiglia riguardo le conseguenze per la propria fertilità.

Innanzitutto ricordiamo che anche i dati sull'effetto a lungo termine della TRP sulla fecondità futura sono noti solo per il suo uso nella pubertà *patologica* e non *fisiologica*, e quindi attualmente non ci sono evidenze sull'effettivo pieno ripristino della fertilità nel caso di desistenza dal trattamento e di permanenza nel genere natale.

Nel caso in cui, invece, si voglia continuare un percorso di transizione – come sembra avvenire nella grande maggioranza di chi opta per il blocco della pubertà – si va verso una sterilità certa, a meno di provvedere alla preservazione della fertilità mediante

crioconservazione dei gameti, quando lo sviluppo puberale raggiunto lo consenta. Vanno cioè informati il minore e la famiglia che, a seconda dello sviluppo fisico raggiunto, si può presentare l'opportunità di mantenere le proprie potenzialità procreative mediante congelamento di seme maschile o ovociti[39], e potendo essere quindi in futuro, eventualmente, allo stesso tempo madre biologica/genetica (la letteratura riporta anche casi di gestazionale[40]) e padre sociale/legale – nel caso di FtM (*Female to Male transition*) – o viceversa padre biologico e madre sociale/legale – nel caso di MtF (*Male to Female transition*).

È doveroso chiedersi quanto un minore con DG e la sua famiglia possano valutare consapevolmente e liberamente tutto questo.

È noto come preadolescenti (12 anni), come pure adolescenti (16 anni), senza DG, abbiano una scarsa consapevolezza delle proprie potenzialità procreative. Va ricordato quanto sottolineato dalla *American Psycological Association*: «*Gli adolescenti possono essere intensamente focalizzati sui propri desideri immediati, manifestando di conseguenza frustrazione e risentimento di fronte a qualsiasi ritardo nel ricevere il trattamento medico da cui ritengono trarre beneficio, e al quale si sentono autorizzati*» e che «*questo intenso focus sui bisogni immediati può creare problemi nell'assicurare che gli adolescenti siano cognitivamente e emotivamente capaci di prendere decisioni che cambiano la vita, per modificare il proprio nome o marker di genere, iniziare la terapia ormonale (che può influire sulla fertilità) o procedere con un intervento chirurgico*»[41].

Considerando infine la co-morbilità che spesso si accompagna alla DG del minore (ansia, depressione, disturbi dello spettro autistico, intenzioni suicidarie), è quasi inevitabile che il consenso in queste condizioni scivoli verso un atto puramente formale.

3. Il "trattamento Ashley"

È l'inizio del 2004 quando al *Seattle's Children's Hospital*, nello stato di Washington, il Dr. Daniel Gunther, professore associato di endocrinologia pediatrica, visita una bambina di

[39] Si veda ad es. D. CHEN, L. SIMONS, E.K. JOHNSON, B.A. LOCKART, C. FINLAYSON, *Fertility Preservation for Transgender Adolescents*, J. Adolesc. Health (2017), 61, pp.120-123; *Australian Standards of Care* (2018), cfr. *supra* nota 7.
[40] A.D. LIGHT, J. OBEDIN MALIVER, J.M. SEVELIUS, J.L. KERNS, *Transgender men who experienced pregnancy after female to male gender transitioning*, Obstet. Gynecol. (2014) 124, pp. 1120-1127.
[41] AMERICAN PSYCOLOGICAL ASSOCIATION, *Guidelines for Psycological Practice With Transgender and Gender Nonconforming People*, Am. Psycol. (2015) 70, pp. 832-864.

sei anni e mezzo. I suoi genitori l'hanno portata perché hanno osservato segni di pubertà precoce. La bambina ha una *encefalopatia statica di eziologia sconosciuta*, ha cioè un danno cerebrale grave, di origine sconosciuta, destinato a restare tale, senza miglioramenti né peggioramenti. Dopo una gravidanza e un parto normale, già al primo mese di vita la bambina mostrava un ritardo nello sviluppo motorio e crescendo le sue condizioni si sono mostrate in tutta la loro gravità: la piccola non parla, non cammina, non è in grado di mantenere dritta la testa né di tenere in mano un giocattolo e tanto meno di restare seduta da sola, né di cambiare posizione, sia che dorma sia che vegli, e viene nutrita artificialmente, con una peg. Dipende completamente dagli altri, in tutto. È bellissima. Ha un'espressione molto dolce, "vocalizza e sorride spesso" dal cuscino su cui, una volta adagiata, resta ferma, tranquilla, finché qualcuno non la muove, e per questo i suoi familiari – i genitori, un fratello e una sorella – la chiamano il loro "*pillow Angel*", l'angelo del cuscino.

Durante il colloquio con il medico prende forma un'idea, probabilmente per via di certe letture della mamma: è venuta a sapere dei trattamenti ormonali che negli anni '50 e '60 venivano fatti alle ragazze per non farle crescere troppo in altezza[42]. La pubertà precoce, di cui la piccola bambina disabile mostra i primi segni, significa anche uno sviluppo accelerato della crescita ossea, per via della chiusura anticipata delle placche epifisarie, che si traduce in una altezza finale minore, rispetto alla norma, per chi ne è colpito. Se non si interviene sulla pubertà precoce, interrompendola, la bambina crescerà poco in altezza, meno di quanto farebbe con uno sviluppo normale. Ma – ecco l'idea – se anziché interrompere quella pubertà arrivata troppo presto la si accelera con dosi elevate di estrogeni, come si faceva per quelle ragazze che minacciavano di diventare troppo alte per i gusti dell'epoca, l'altezza finale sarà ancora minore di quel che sarebbe non intervenendo sulla pubertà arrivata in anticipo.

I vantaggi per i genitori della piccola disabile sarebbero evidenti: con dimensioni ridotte sarebbe molto più semplice per loro continuare a occuparsene a casa, trasportarla da soli da una stanza all'altra, o anche portarla fuori, continuando a vivere sempre insieme, senza la necessità di attrezzarsi con ausili ingombranti come i sollevatori, e quindi senza doverla trasferire in uno di quegli istituti dedicati proprio a questo genere di disabili gravissimi.

[42] J.M. LEE, J.D. HOWELL, *Tall Girls – The Social Shaping of a Medical Therapy* – Arch. Pediatr. Adolesc Med (2006), 160, pp. 1035-1039.

La bambina sarebbe insomma più "maneggevole", e quindi continuare a prendersi cura di lei sarebbe più semplice per tutti: per sempre piccina, potrebbe restare a casa con la sua famiglia, che la adora e vuole continuare ad occuparsene. Una "gestione" più facilitata si tradurrebbe in una migliore qualità di vita di chi si prende cura della bambina, e quindi anche della bambina stessa: il trattamento avvantaggerebbe tutti.

E mentre parlano dell'intervento ormonale di attenuazione della crescita, genitori e medici riflettono sulla possibilità di accompagnarlo con la rimozione dell'utero, per evitare i problemi legati al ciclo mestruale (i dolori e lo stress che porta con sé) e anche con l'asportazione delle ghiandole mammarie, perché un seno importante – pare sia una caratteristica di famiglia – può essere un ingombro, specie quando la bambina viene assicurata alla sedia a rotelle con le "cinture di sicurezza" che abbracciano il torace.

Isterectomia e mastectomia impedirebbero poi quella sessualizzazione del corpo che potrebbe essere motivo di abusi da parte di futuri assistenti, e comunque renderebbero impossibili eventuali gravidanze, sempre nell'ipotesi di abusi futuri.

È sufficiente un unico colloquio, e i tre sono d'accordo: si può procedere con l'intero trattamento, che però è talmente innovativo da richiedere il parere del comitato etico dell'ospedale. L'appuntamento è per il 5 maggio. Gli esperti, uomini e donne di diverse discipline, insieme al consulente etico, il Dr Douglas Diekema, condividono e approvano l'intera proposta. Prima dell'intervento chirurgico viene anche consultato un avvocato specializzato in disabilità, perché per la sterilizzazione di un minore nello stato di Washington è necessario il via libera del tribunale competente. Ma in questo caso non serve, secondo l'avvocato interpellato, e quindi a luglio dello stesso anno, con un intervento chirurgico che richiede solo quattro giorni complessivi di ricovero, alla piccola vengono tolti utero, ghiandole mammarie e, per sicurezza, pure l'appendice, per prevenire eventuali problemi futuri di infiammazione e un ulteriore intervento chirurgico.

Il tutto avviene senza problemi, e subito dopo inizia il trattamento vero e proprio di attenuazione della crescita, con dosi elevate di estrogeni che continueranno per due anni e mezzo, fino al dicembre 2006. Il Dr. Gunther visita la ragazzina ogni tre mesi, e tutto prosegue senza intoppi. A fine 2006 Gunther e Diekema firmano un articolo su *Archives of Pediatric and Adolescent Medicine* in cui parlano della "terapia dell'attenuazione della crescita", e della isterectomia come "pretrattamento", omettendo di parlare della

mastectomia[43]. Nel gennaio successivo i genitori della bambina, che resteranno sempre anonimi, sviluppano un sito[44] e chiamano la loro figlia con un nome fittizio, Ashley: da quel momento in poi l'intero trattamento verrà chiamato "trattamento Ashley"[45], indicando nella GAT (*Growth Attenuation Therapy*, Terapia dell'attenuazione della Crescita) il suo aspetto strettamente farmacologico, e considerando aggiuntivi gli interventi chirurgici di sterilizzazione. È soprattutto la terapia ormonale che i due genitori propongono per altri bambini nelle stesse condizioni del loro "angelo del cuscino", pur continuando a sostenere anche l'utilità della sterilizzazione.

Scoppia un'enorme polemica internazionale, con toni accesissimi: appaiono articoli in numerose riviste in ambito etico, medico, filosofico, giuridico, oltre che divulgativo, e il dibattito si apre anche nel mondo della disabilità, sia associativo che delle singole famiglie. In un sondaggio on line proposto dai genitori di Ashley, il 59% dei rispondenti si dichiara d'accordo con loro, mentre molte associazioni di disabili insorgono indignate: il *National Disability Rights Network*, ad esempio, definisce il trattamento «*scioccante e disgustoso*»[46]. Si apre anche una sorta di inchiesta giudiziaria, a cura dello *Washington Protection and Advocacy System* – attualmente *Disability Rights Washington* – che contesta all'ospedale pediatrico di Seattle il mancato passaggio al tribunale competente per l'autorizzazione alla sterilizzazione chirurgica di Ashley.

Al termine di una lunga negoziazione, l'ospedale converrà sulla necessità dell'autorizzazione del tribunale per la sterilizzazione, e si impegna a chiederla in futuro, qualora dovesse ripetere il trattamento su altri bambini, cosa che pare non sia più accaduta[47]. Nello stesso anno viene tenuto un simposio in merito, a cura dell'ospedale di Seattle e dell'Università di Washington, a seguito del quale viene costituito il *Seattle Growth Attenuation and Ethics Working Group*, che insieme ad altri esperti, anche con esperienze personali di disabilità in famiglia, hanno elaborato una sorta di linea guida pratica per chi

[43] D.E. GUNTHER, D.S. DIEKEMA, *Attenuating growth in Children with Profound developmental Disability: A New Approach to an Old Dilemma*, Archives of Pediatric and Adolescent Medicine (2006), 160, pp. 1013-1017.
[44] Il nome iniziale è: *"The Ashley treatment": towards a better quality of life for "Pillow Angels"*; ora il materiale si può trovare su www.pillowangel.org.
[45] Successivamente si parlerà anche di "Ashley X". In questo testo ci riferiremo comunque solo al nome nella forma iniziale.
[46]https://bit.ly/2W5nyFW.
[47] https://bit.ly/2CCoFnP

volesse applicare la GAT[48]. La maggioranza del gruppo – tutti i componenti tranne due – ha raggiunto un "compromesso morale": la GAT viene accettata con prudenza, non può essere su richiesta dei genitori: è necessario valutare caso per caso, stabilendo criteri per la scelta, coinvolgendo più tipologie di esperti medici e i comitati etici, piuttosto che i tribunali (anche se questi potrebbero essere chiamati in causa per via della sterilizzazione). Si consiglia anche un monitoraggio attento, a lungo termine, sulle conseguenze cliniche e sociali per il disabile e per la sua famiglia, magari istituendo un registro apposito, analogamente a quello che accade in una ricerca clinica. Il consiglio, però, è di usare la GAT solo per *bambini non deambulanti e con persistenti e profonde disabilità dello sviluppo*, e comunque di non usarla per i disabili anche gravi ma in grado di comunicare.

Indicazioni simili sono proposte anche da altri sostenitori del metodo, con qualche precisazione o variante. Per esempio si definisce meglio la tipologia di *disabilità cognitiva profonda*; debbono coesistere la non deambulazione, la dipendenza totale dagli altri per ogni aspetto della vita quotidiana, e *l'incapacità di capire o esprimersi in modo articolato, con una prognosi quasi certa di non miglioramento nelle capacità cognitive*. L'insistenza su quest'ultimo aspetto viene giustificata dal fatto che, in queste condizioni, il bambino non avverte lo stigma sociale che spesso suscita una bassa statura, e non può sviluppare un'immagine negativa di se stesso. Infine, le famiglie con figli in queste condizioni dovrebbero essere informate sia sulla GAT che sulla possibile alternativa di non intervenire in una eventuale pubertà precoce, per ottenere comunque una crescita minore, anche se non tanto quanto si otterrebbe con la somministrazione ormonale. E comunque per una maggiore efficacia – cioè per ridurre il più possibile le dimensioni finali – si consiglia di iniziare all'età di tre anni circa. Sarebbe meglio, poi, non rivolgersi ai tribunali, per via della eccessiva pubblicità che ne deriva, e che rende gli operatori più cauti nel proporre questo trattamento innovativo[49].

[48] B.S. WILFOND, P.S. MILLER, C. KORFIATIS, D.S. DIEKEMA, D.M. DUDZINSKI, S. GOERING, THE SEATTLE GROWTH ATTENUATION AND ETHICS WORKING GROUP, *Navigating Growth Attenuation in Children with Profound Disabilities: Children's Interests, Family Decision-Making, and Community Concerns*, Hasting Center Report (2010), 6, pp. 27-40.

[49] D.B. ALLEN, M. KAPPY, D. DIEKEMA, N. FOST, *Growth-attenuation therapy: Principles for Practice,* Pediatrics (2009), 123, pp. 1556-1561.

Intanto il 30 settembre 2007, un anno dopo la pubblicazione del primo articolo insieme a Diekema, a soli 49 anni il dr. Gunther si suicida con il gas di scarico della propria auto, nella sua abitazione. Secondo la famiglia era depresso, ma non per la vicenda di Ashley[50].

Le polemiche continuano, mentre il "trattamento Ashley" si diffonde. Nel 2015 alcuni pediatri americani affermano che almeno 65 bambini sono stati trattati con la GAT negli USA, senza specificare niente circa gli interventi di sterilizzazione, e riferiscono anche di bambini a cui non è stata trattata la pubertà precoce, sempre allo scopo di limitarne la crescita[51]. L'anno successivo se ne occupa Genevieve Field per il New York Times Magazine: nel lungo articolo in cui si ripercorrono la storia e la polemica intorno al "trattamento Ashley" compaiono anche interviste ad altri genitori, che hanno applicato la GAT ai propri figli disabili, sterilizzazione compresa[52]. Ma la GAT è uscita dai confini americani: vi sono casi in Nuova Zelanda e Gran Bretagna, con una stima di più di cento bambini "GATtizzati"[53]. Intanto il blog dedicato ad Ashley è continuamente aggiornato: statura e peso della ragazzina si sono stabilizzate da tempo, rispettivamente a 1,35 m e 29.5 kg. La sua foto più recente è del maggio del 2015: appoggiata su un cuscino fucsia, vicino a tanti fiori dello stesso colore, ha sempre un bell'aspetto, ma non sorride più.

3.1. Il "trattamento Ashley": obiezioni

a) È necessaria una profonda disabilità cognitiva

«*Se è alimentata con un tubo, perché non toglierle i denti? Tagliarle gambe e braccia, poi, renderebbe più semplice vestirla. E se è incontinente, perché non sostituire colon e vescica con sacche da colostomia e urostomia?*»[54] Le paradossali contro-proposte rendono meglio di qualsiasi descrizione l'idea dell'orrore che la GAT ha suscitato, ma ancor più grottesche e surreali appaiono le risposte dei sostenitori del metodo, che anziché cogliere le

[50] https://bit.ly/2HskfW6
[51] A.J. POLLOCK, N. FOST, D.B. ALLEN, *Growth attenuation therapy: practice and perspectives of paediatric endocrinologist*, Arch. Dis. Child. 2015 Dec 100, p. 1185.
[52] G. FIELD, *Should Parents of Children With Severe Disabilities Be Allowed to Stop Their Growth?* New York Times Magazine, March 22, 2016.
[53] R. WRIGLEY, N. KERRUISH, P.L. HOFMAN, C. JEFFERIES, A.J. POLLOCK, B.J. WHEELER, *Growth attenuation therapy for children with severe physical and cognitive disability: Practice and perspectives of New Zealand paediatricians*, J. of Paediatrics and Children Health (2017), 53, pp. 1180-1185.
[54] A. PICARD (2007) in https://tgam.ca/2Mp7rhS

provocazioni e rifletterci su, vi sono addirittura entrati nel merito, spiegandone gli svantaggi: le eventuali amputazioni degli arti, oltre a essere rischiose, avrebbero limitato l'accesso venoso alla bambina[55]…insomma: a un disabile grave non si amputano braccia e gambe perché poi fare le flebo è più complicato.

Non credo necessario discutere il lungo elenco di pro e contro l'attenuazione della crescita, di cui abbonda la letteratura dedicata. L'inaccettabilità della GAT è, a mio avviso, evidente da un singolo, unico fatto: per facilitare la *gestione fisica* di un disabile grave, si propone un trattamento per cui è necessario che il disabile abbia una profonda *disabilità cognitiva*, tale per cui non potrà mai capire cosa gli è stato fatto.

Non si pone però la stessa condizione per l'utilizzo di ausili, dai semplici pannoloni, alla peg, alla sedia a rotelle, ai sollevatori, al respiratore, al polmone d'acciaio, né per trattamenti medici anche pesanti, come gli effetti collaterali delle chemio: perché?

Se il problema è la pesante invasività fisica del trattamento proposto, perché insistere sulla necessità di una grande disabilità cognitiva per accedervi? Siamo certi che il problema si limiti allo stigma sociale, e quindi all'autostima, rispetto alla bassa statura?

Sarebbe sufficiente rispondere con onestà intellettuale a questa semplice domanda per comprendere l'enormità della manipolazione a cui questi piccoli disabili vengono sottoposti.

La risposta, infatti, è semplice nella sua drammaticità: la GAT è un trattamento talmente inaccettabile per chiunque ne capisca la natura e le conseguenze, che non c'è possibilità di spiegarlo efficacemente a chi vi venisse sottoposto, come si potrebbe fare per uno qualsiasi dei supporti o trattamenti sopra elencati.

A conferma, proponiamo un esperimento mentale: a seguito di una gravissima infezione a un bambino sono amputate le gambe e le braccia, per salvargli la vita (come a Bebe Vio, per intenderci). Potremmo dire che questo intervento chirurgico è talmente invasivo da poterlo fare solo a una persona gravemente disabile dal punto di vista cognitivo? No, certamente, piuttosto il contrario: dobbiamo preoccuparci di spiegare bene al bambino cosa è successo.

E perché allora non ridurre la crescita – non si parla neanche di amputazioni di arti – a disabili gravi, ma solo fisici, per renderli più maneggevoli? Perché non spiegare loro che così

[55] D. DIEKEMA, N. FOST, *Ashley Revisited: A Response to the Critics* Am J. Bioeth. (2010), 10, pp. 30-44.

potranno sempre vivere in famiglia, etc. etc., cioè dare loro le stesse motivazioni che sono state discusse nei comitati etici e fra studiosi?

Forse perché queste non ci sembrano ragioni convincenti nei confronti di chi quel trattamento subisce direttamente, mentre invece lo sono per esperti, ma osservatori esterni?

Ma le contraddizioni insite nel metodo sono molte, e dovrebbero essere evidenti: si parla di profonda, grave e permanente disabilità cognitiva di bambini che non sono in grado di capire né di comunicare con l'esterno, con uno sviluppo mentale equivalente a quello di un neonato, con pochi mesi di vita, e che quindi non si renderà mai conto di quel che gli è stato fatto impedendone la crescita fisica. Poi però si afferma che bloccandone la crescita, e quindi rendendolo maneggevole, questo bambino potrà più facilmente restare in famiglia, condividerne la vita quotidiana, sia dentro che fuori casa, apprezzandola e traendone giovamento. Per esempio, riguardo Ashley i genitori parlano di un "livello di sviluppo fisico, mentale e cognitivo" invariato dall'età di tre mesi. Poi però dicono che muove le mani al suono della musica, specie quando ascolta Andrea Bocelli, il suo cantante preferito, di cui quindi è in grado di riconoscere la voce e distinguerla da quella di altri. I genitori spiegano che Ashley "si calma al suono delle voci familiari" e si rende conto se una persona le è accanto; che con un bus speciale va in una scuola per bambini come lei, con insegnanti e terapisti. E che il mantenerla piccina aiuterà a "includerla nella tipica vita familiare, e nelle attività che le danno conforto necessario", cioè ad esempio "l'ora del pasto" - ma Ashley è nutrita solo artificialmente, e quindi parlare dell'ora dei pasti può solo significare che anche lei è a tavola in famiglia, lo capisce e ne è contenta anche se non mangia – "i viaggi in auto" – ma allora si rende conto di quando esce da casa, e forse vede anche quel che le sta intorno, riconoscendo e apprezzando le novità.

In sintesi: si chiede che un bambino sia talmente disabile da non capire cosa gli succede, per poterlo sottoporre a un trattamento che gli consenta di continuare a fare la vita che fa da piccolo, a casa, perché così sta bene, e sta bene perché si rende conto di quel che gli succede. Qualcosa non torna. Sono consapevoli o no, questi disabili gravi, di quel che accade intorno a loro? E fino a che punto?

Si potrebbe obiettare che un bambino a tre mesi ha percezioni vaghe del suo ambiente circostante, e non riesce a fare osservazioni articolate. Ma come possiamo essere sicuri di questo? E dove finiscono le percezioni vaghe e dove iniziano quelle articolate?

Trattare una persona da perenne bambino, quando non da neonato: questo si vuole fare con la GAT. Ma siamo sicuri che effettivamente quella persona resterà psicologicamente per sempre un bambino di pochi mesi?

In base a cosa possiamo stabilire che una persona profondamente disabile dal punto di vista cognitivo, anche quando mantiene per tutta la vita le sue gravi disabilità funzionali, non ha proprie emozioni, gusti, sentimenti, relazioni con le persone intorno? E chi lo dice che nel tempo non li muti e non li maturi, anche se il suo IQ resta drammaticamente basso? Anche se non riuscirà mai a leggere, o parlare, o camminare?

Per quale motivo si è autorizzati a ipotizzare che una persona che non è in grado di comunicare, sia anche una persona "che tanto non capisce" quel che le succede attorno, e che non riesca a relazionarsi affettivamente ed emotivamente? E chi assicura che il suo modo di relazionarsi resti inalterato nel tempo, pietrificato, e che invece non senta il passare degli anni?

Una persona non è completamente riconducibile e definita dalla propria diagnosi clinica: se così invece è, allora il DSM rischia di diventare il codice penale dell'umanità del XXI secolo, con la condanna definita dalla misura delle proprie abilità funzionali.

È bene poi ricordare che la GAT riesce solo a tenere inferiori alla norma le dimensioni del corpo, ma non l'aspetto generale della persona: per esempio l'espressione del volto non resta quella di un infante di pochi mesi, ma diventa quella di un bambino, poi di un adolescente, e infine quello di un adulto. Miniaturizzato, però.

"Per sempre piccola" non significa "per sempre giovane"[56], ma "per sempre di dimensioni ridotte", in un corpo che cambia, per quel che può, con l'età, così come ogni persona cambia nel tempo, anche quando ha finito di crescere per altezza.

b) Sterilizzazione

Nel primo articolo che spiega il "trattamento Ashley"[57] la parola *sterilizzazione* non compare. L'asportazione delle ghiandole mammarie non viene menzionata, mentre per l'eliminazione dell'utero si usa il termine tecnico/specialistico "isterectomia", considerata un "pretrattamento" della GAT. Come se fossero interventi a margine, insomma, di carattere

[56] E.F. KITTAY, *Forever Small: The Strange Case of Ashley X,* Hypatia (2011), 26, pp. 610-631.
[57] D.E. GUNTHER (2006), cfr. *supra* nota 42.

preventivo, al pari dell'appendicite, ignorando la portata di quella che è una sterilizzazione chirurgica di una disabile. La vera motivazione dell'asportazione dell'utero, ovviamente, non può essere impedire i crampi mestruali – esistono ottimi antidolorifici, sicuramente meno invasivi di una isterectomia – e parlare di problema di seno abbondante per le cinture pettorali di sicurezza delle carrozzelle ricorda più che altro, francamente, le battute dei film comici di quarta categoria. Quando mai le sedie a rotelle sono solo per donne senza seno?

Per non parlare della prevenzione del cancro alle ovaie e al seno – espiantando qualsiasi organo si previene il cancro di quell'organo – o della eliminazione dell'aspetto sessuato del corpo per evitare gli abusi sessuali: se così fosse, la pedofilia non esisterebbe, perché i bambini non hanno un corpo sessuato. E all'argomento per cui senza utero, se abusate, non c'è il problema delle gravidanze, va risposto con durezza che l'abuso non è meno atroce se non si resta incinte. Come se si potesse abbassare la guardia, a proposito, perché comunque non c'è pericolo di figlio in arrivo, in caso di violenza sessuale.

La verità è invece quella detta serenamente, ancora una volta, dai sostenitori della GAT: utero e seno si possono eliminare (al pari dell'appendice intestinale) perché una disabile non li usa, cioè non è destinata ad avere figli e ad allattarli, e neppure a provare piacere. Il corpo di una disabile, perciò, può essere mutilato delle sue caratteristiche sessuate, sia visibili che non, perché non sono usate per il loro scopo, che pare essere solo quello riproduttivo, e quindi non hanno valore in sé. Per questo è logica l'obiezione: se non usa i denti, perché lasciarglieli?

È pazzesca la carica di violenza dietro questa considerazione. L'integrità del corpo di una donna, in quest'ottica, dovrebbe essere rispettata non in quanto essere umano – e quindi aggredita solo per un bene maggiore, per esempio salvare la vita eliminando un cancro – ma solo se è possibile mantenerne la funzionalità specifica: la riproduzione. Se una donna non si riproduce, allora il suo corpo può essere considerato diversamente, in base a come "funziona". Eppure anche nel caso di intervento salvavita al seno, quanto si è fatto per evitare un approccio chirurgico demolitivo! Ed è giusto, perché noi siamo il nostro corpo, e che qualcuno si prenda cura di noi significa innanzitutto che qualcuno si prende cura del nostro corpo. Ma gli "angeli del cuscino", se donne, sono disabili che non devono procreare, e la perdita di questa potenzialità evidentemente cambia il giudizio di valore su di loro e quindi sul loro corpo, e ne prevale uno strumentale.

Una lunga ed interessante disamina di questo aspetto è di A. Karen, proprio per il "trattamento Ashley"[58], e anche di Eva F. Kittel, una dei due componenti del gruppo di lavoro di Seattle che si è dichiarata ferocemente contraria alla GAT, e lo ha spiegato con bellissime pagine su sua figlia Sesha, una disabile di 40 anni[59].

D'altra parte, un angelo per definizione non ha sesso. E il sesso si esprime nel corpo, visibilmente – *in primis* il seno – e nella fecondità, anche invisibile agli occhi, nell'utero. Ashley è diversa, non è una di noi: è come sublimata in una purezza che se da un lato esalta il dolore dell'innocente indifeso, che istintivamente proteggiamo e amiamo, dall'altro però la rende ancor più diversa da noi. Non donna, in tutto il suo fiorire anche fisico, ma bambina per sempre. In fondo, l'iconografia mostra spesso gli angeli con solo la testa e le ali: il corpo non serve. E, forse inconsapevolmente, è per questo che Ashley viene fotografata quasi solo così: stesa su un cuscino, il volto sorridente, la testa, le spalle, a volte le braccia. Raramente il corpo. L'angelo del cuscino, letteralmente.

4. L'altra Ashley

Merita di essere conosciuta la storia dell'altra Ashley, la bambina simile ma con la vita opposta: una storia che da sola scuote tante "certezze" su cui la GAT si fonda.

È lei stessa, Anne McDonald, tre anni dopo la pubblicazione dell'articolo che ha reso noto al mondo il "trattamento Ashley", a scrivere[60]: «*Io ho vissuto questa esperienza. L'ho vissuta non come genitore o assistente, ma come bambina dalla crescita attenuata, costretta a letto. La storia della mia vita è il contrario di quella di Ashley. Come lei, anche io avevo una encefalopatia statica. La mia è stata causata da un danno cerebrale durante il parto podalico*». A tre anni Anne ha le abilità motorie di un bambino di tre mesi; le viene diagnosticato un ritardo mentale severo e viene ricoverata in un istituto specializzato, il St. Nicholas Hospital a Melbourne, in Australia, dove passa 14 anni fra la sedia a rotelle, il letto e il pavimento. A 12 anni ancora non parla, né cammina, e la diagnosi di ritardo mentale peggiora (da QI < 35 passa a QI <20). «*Come Ashley, anche io ho vissuto l'esperienza della*

[58] A. KAFER, *Feminist, queer, crip* (2013), Bloomington, Indiana: Indiana University Press.
[59] E.F. KITTAY (2011), cfr. *supra* nota 56.
[60] A. MCDONALD, *The other story from a "Pillow Angel". Been there. Done that. Preferred to grow.* Seattle Post Intelligencer June 15 2007.

attenuazione di crescita. Ma diversamente da lei, la mia crescita è stata "attenuata" non da un intervento medico, ma dalla negligenza medica. Il mio sviluppo si è bloccato perché ero affamata. Il St. Nicholas dava poco cibo e poco tempo per mangiarlo – ogni membro dello staff aveva un'ora di tempo per nutrire 10 bambini con disabilità severe».

Anne ha 16 anni e pesa 12 kg quando una terapista, Rosemary Crossley, la sceglie per il suo progetto di ricerca per conseguire il Bachelor: lo scopo era cercare di migliorarne i movimenti delle braccia, molto rigide, facendole indicare blocchi colorati. Anne riesce a indicare i colori, poi le parole, e infine le lettere dell'alfabeto. Dopo due anni è lei stessa, ormai maggiorenne, a spiegare al suo avvocato che vuole andarsene da lì. Fino alla fine i medici sosterranno che la sua bassa statura è coerente con il severo ritardo mentale, e al tempo stesso ne è prova. Ma Anne vince la causa alla Corte Suprema di Vittoria e riesce ad andarsene – genitori e medici sono contrari – da quell'ospedale che chiama "il bidone della spazzatura dello Stato": vivrà per sempre con la Crossley e suo marito, Chris Borthwick. A 18 anni non ha il ciclo mestruale, non ha caratteri sessuali secondari, e ha ancora i denti da latte; lo sviluppo è quello di un bambino di sei anni. Anne inizia allora a mangiare di tutto, e riprende a crescere. La sua altezza finale sarà di 1.5m, il suo peso 54 Kg, raggiunge la pubertà, e a 19 anni per la prima volta entra a scuola. Si è laureata alla Deakin University. Insieme a Rosemary Crossley ha scritto un libro sulla sua vita, "Annie's coming out", che nel 1984 è diventato un film, pluripremiato. «*Anche se non posso ancora camminare, parlare o mangiare da sola, sono una viaggiatrice entusiasta*», dice di sé Anne, a cui piace tantissimo Placido Domingo, e nel suo articolo sul giornale di Seattle ricorda che anche Ashley ama ascoltare la lirica, di Andrea Bocelli.

Anne rigetta totalmente la GAT, e contesta con durezza la validità delle diagnosi di ritardo mentale fatte dai medici, su cui si basa l'intero trattamento. Una diagnosi a lei fatta a tre anni, proprio all'età in cui i sostenitori della GAT consigliano di iniziare ad attenuare la crescita, per massimizzarne i risultati.

«*É forse stato mai offerto ad Ashley un modo di dimostrare che lei ne sa più di un bambino di tre mesi? Solo una come me, rimasta distesa in un lettino anno dopo anno, sperando che qualcuno ti dia un'opportunità, può conoscere l'orrore di essere trattata come se fossi totalmente priva di pensiero cosciente.* […] *Ogni valutazione di intelligenza che si basa sulla parola e sulle abilità motorie non può concepibilmente essere accurata, perché il bambino*

non ha alcuna delle capacità richieste per rispondere a questo tipo di test. L'unico modo possibile per valutare quanto può capire un bambino che non può parlare, è sviluppare un modo di comunicare alternativo per quel bambino»[60].

Attivissima nella difesa dei diritti umani dei disabili, in special modo di quelli che non riescono a comunicare, Anne è morta di infarto nel 2010, a 49 anni.

Nella sua lapide, al cimitero centrale di Melbourne, si può leggere:

"*Incapace di camminare e di parlare, Anne ha passato 14 anni al St. Nicholas Hospital, 'il bidone della spazzatura dello Stato', e ha conquistato la sua libertà nel 1979. Ha scritto 'Anne's coming out', si è laureata e ha lottato perché tutti abbiano i mezzi e il diritto a comunicare*", e poi, a lettere maiuscole "*Se altre persone che non parlano sono aiutate come io lo sono stata, diranno più di quello che io ho potuto dire. Liberate chi è ancora prigioniero!*" E sotto, la riproduzione della lavagna su cui ha imparato a indicare le lettere, con l'intero alfabeto, e le due parole "sì" "no".

Rosemary Crossley attualmente dirige l'Anne McDonald Center, un centro per disabili con problemi di comunicazione, vicino Melbourne. Il suo metodo di comunicazione facilitata non è mai stato riconosciuto valido dalla comunità scientifica.

5. Disforia di genere e Trattamento Ashley: le manipolazioni della pubertà

Il primo a paragonare il blocco della pubertà per disforia di genere alla GAT è G. Gillet, che li giustifica ambedue in nome del "principio di armonia psicosomatica", secondo il quale «*ogni persona dovrebbe poter vivere un modo di vita e godere uno stato fisico massimamente coerente con il suo, o la sua, costituzione fisiologica (o, per Aristotele, la sua "anima")*». Così come una persona può cambiare genere, e intervenire fisicamente sul corpo, basandosi sul genere percepito, cioè sul genere indicato dalla sua psiche, analogamente si può associare, con la GAT, un corpo infantile a una mente infantile[61].

In questo senso Gillet parla di interventi di psicochirurgia, intendendo con questa parola quegli interventi chirurgici per alleviare sofferenze psicologiche – e si riferisce evidentemente sia a quelli che implicano il cambio di genere che a quelli di sterilizzazione, che accompagnano la GAT – e propone l'idea classica di salute come armonia fra corpo e

[61] G. GILLETT, *Ashley, Two Born as One, and the Best Interest of a Child,* Cambridge Quaterly of Healthcare Ethics (2016), 25, pp. 22-37.

mente. Molto più articolata l'analisi di J. Pyne, che affronta entrambi i trattamenti usando un argomento analogo, quello della sincronia, cioè della "corsa contro il tempo per allineare corpo e mente" insieme alla «*logica della "età cognitiva", che mentre espande l'autonomia corporea di alcuni giovani trans, ha ulteriormente spogliato Ashley del suo corpo*»[62]. Cioè, secondo Pyne, l'argomento del disallineamento temporale fra corpo e mente conferma la bontà del blocco della pubertà per i giovani trans, i quali possono raggiungere l'armonia cambiando il proprio genere di nascita il prima possibile, guadagnandone in autonomia; lo stesso argomento però, spiega lo studioso, non vale per i disabili come Ashley, perché nel suo caso la percezione di disallineamento fra mente infantile e corpo adulto è colto dagli altri intorno, non viene da lei stessa. Ashley non guadagna autonomia, dalla GAT, al contrario: resta bambina per sempre.

Secondo i due autori, nella DG la asincronia fra mente e corpo a cui ci si riferisce è ciò che causa la sofferenza del soggetto, ed è quella narrata, soggettiva, che si presuppone esista fra mente e corpo che appartengono a due generi diversi: il primo, percepito, e l'altro, riconosciuto alla nascita. L'armonia viene raggiunta attraverso il blocco della pubertà, che anticipa e facilita il cambio di genere. Nella GAT, secondo Gillett, la asincronia è di nuovo la causa del disagio, ed è di nuovo fra la mente, perenne bambina per via della disabilità, e il corpo che cresce; stavolta però – precisa Pyne - non è il soggetto stesso a denunciarla, ma coloro che vivono accanto[63].

È Il bioeticista Dworsky che, argomentando il suo personale supporto alla GAT, spiega a suo modo l'idea del disallineamento fra sviluppo fisico e mentale, dicendo implicitamente che il mancato sviluppo mentale non è tanto la condizione necessaria per accedere al trattamento, ma il vero motivo per cui si attenua la crescita: secondo lui ad essere "grottesca" non è la somministrazione degli estrogeni ma «*la prospettiva di avere una donna fertile e pienamente sviluppata, con la mente di una bambina*»[64].

---

[62] J. PYNE, *Arresting Ashley X: Trans Youth, Puberty Blockers and the Question of Whether Time is on Your Side"*, Somatechnics (2017), 7.1, pp. 95-123.

[63] Va ricordato che per la GAT la motivazione addotta dai genitori, e poi dai medici che la attuano, non è la discrepanza fra mente e corpo, ma la migliore qualità di vita che si avrebbe mantenendo il corpo piccino: un problema di "ingombro" e "gestione" fisica, innanzitutto. E la disabilità cognitiva viene posta come condizione necessaria per accedere alla GAT.

[64] In A. KAFER (2013), cfr. *supra* nota 58.

Quindi di fatto in entrambi i casi il disallineamento mente/corpo è la condizione di partenza del soggetto interessato, ed è la causa della sua sofferenza. Un disallineamento percepito e narrato da se stessi o da altri, che viene corretto con i due modi diversi di manipolare la pubertà.

Anche io ritengo che il disallineamento mente/corpo sia la questione centrale di ambedue i trattamenti, ma non mi riferisco alla discrepanza narrata e ipotizzata – da sé o da altri – di cui abbiamo detto prima: io intendo centrale, ed inaccettabile, quella oggettivamente indotta per via farmacologica, manipolando la pubertà. Con il termine *disallineamento* mi riferisco alla separazione fra lo sviluppo mentale e fisico delle persone trattate, ottenuta bloccando (in caso di DG) o velocizzando (con la GAT) farmacologicamente la pubertà, alterando l'asse temporale dello sviluppo fisico legato alla maturazione sessuale, fermando o accelerando il tempo biologico, prolungando il tempo dell'infanzia fisica, per la DG, e riducendolo a qualche mese nella GAT, ignorando cosa nel frattempo succede all'intera persona: si finge cioè che corpo e mente siano elementi componibili di un essere umano, moduli indipendenti da assemblare a seconda delle percezioni soggettive e ambientali, in una sorta di IKEA farmacologica della persona.

Il disallineamento che ci inquieta è quella che provochiamo noi chimicamente, imponendo tempi di vita diversi al fisico e alla psiche, come se fosse possibile in alcune condizioni separare corpo e mente, e immetterli in due strade a diversa velocità di scorrimento.

Sia nella DG che nella GAT la manipolazione medica della pubertà fa restare il corpo oltre che piccolo, asessuato – specie per le donne disabili quando alla GAT è associata la sterilizzazione – per qualche anno nel primo caso, per sempre nel secondo. Ma in entrambi i casi lo sviluppo cognitivo e psicologico continua, e non sappiamo come la manomissione degli ormoni nativi vi possa influire.

Ecco quindi apparire una nuova variante dell'umanità, un *cyborg* creato farmacologicamente, un *pharma-cyborg* dove non sono innesti macchina-umano a disegnarne la sagoma ma la diversa velocità di cambiamento delle sue componenti psichiche e corporee. Non un assemblaggio di materiali diversi, quindi, per il *pharma-cyborg*, ma una modifica indotta dall'esterno, per cui il tempo che passa agisce diversamente sulle diverse componenti della persona.

Potrebbe essere lo spunto per una storia di fantascienza: un Mondo Nuovo popolato da creature ciascuna delle quali ha corpo e mente che crescono a velocità diversa, e magari le diverse componenti di corpo e mente a loro volta crescono a differente velocità fra loro. Invece è già realtà.

Con qualche sottolineatura. La prima: lo spazio di "attesa neutra" provocato dal blocco dello sviluppo puberale nei minori con DG è quello che fa passare dal modello binario del transessualismo, a quello *gender fluid*.

Come ricorda Pyne, per la teoria *queer* l'arresto dello sviluppo è liberante per il soggetto *queer*. Nella transizione da un genere all'altro si crea una lunga pausa, all'interno della quale non si può parlare in termini maschio/femmina, ma si introduce un corpo "neutro" in un tempo fermo, dilatato, dove i riferimenti binari scompaiono, e teoricamente ambedue le direzioni sono possibili, o anche altro. *Gender fluid*, appunto.

Non a caso se ne sottolinea la reversibilità. Impropriamente, però: "reversibile" vuol dire che si può sempre percorrere il cammino inverso, tornando al punto di partenza, senza avvertire le conseguenze di quello che si è fatto in precedenza. Questo non avviene per il blocco della pubertà in DG, proprio per il disallineamento corpo/psiche: nel caso di desistenza, non è ovviamente possibile riprendere lo sviluppo del corpo dal momento in cui si è bloccato, cancellando al tempo stesso il vissuto di quel periodo "neutro", come se si potesse riavvolgere il nastro delle esperienze e dello sviluppo cognitivo e psichico per ricominciare a vivere dal momento in cui si era smesso di crescere fisicamente. Se a sedici anni si decide di restare nel genere di nascita, e si smettono i bloccanti liberando la pubertà, è forse possibile tornare indietro, alla propria maturità di dodicenne, quando è iniziato il blocco?

Come se anni di esistenza "neutra" si potessero tagliar via con un colpo di forbice, e poi incollare i due lembi di vita, quella passata e quella futura.

E se si decide invece di continuare il percorso, e fare la transizione all'altro genere, il tempo della pubertà resta comunque deformato, e il trattamento farmacologico si complica, articolandosi anche con gli ormoni *cross-sex*.

La seconda sottolineatura è che entrambi i casi implicano la sterilità. Nella DG si è in un certo senso asessuati, e quindi sterili, nel tempo del blocco, o comunque finché la pubertà

non è raggiunta e compiuta, se si desiste; si è sterili se si transita al genere opposto anche chirurgicamente[65].

Alla GAT si accompagnano interventi chirurgici che portano alla sterilità, anche se, come ampiamente trattato nella letteratura di riferimento, questo vale solo per le donne: per i maschi, per cui non c'è il "pericolo" della gravidanza, non se parla. Si suppone comunque che chi ha una profonda e grave disabilità cognitiva, in generale, non possa e non debba procreare (ma questo riapre il vaso di Pandora dei *fit* e degli *unfit* a riprodursi).

6. *Zeitgeist*

In generale possiamo concludere che il *pharma-cyborg* è una nuova variante dell'evoluzione umana, una creatura alla quale è stato indotto farmacologicamente un disallineamento corpo/mente, ed è tendenzialmente sterile. È la risposta allo *stress test* della DG e della disabilità profonda, che dà il tono del nostro *zeitgeist*, caratterizzato da una scarsa sensibilità, quasi un'indifferenza nei confronti della manipolazione dell'umano, che poi è l'altra faccia dell'indifferenza per la condizione umana.

È il risultato della rinuncia a giudicare ciò che vale per la singola persona, del tabù che sono ormai diventate parole come bene e male, derubricati a concetti desueti, come traspare anche dal percorso seguito da gran parte degli studiosi che hanno esaminato entrambi i trattamenti.

Gli articoli più generali sui due protocolli sono infatti spesso impostati come confronto di elementi a sostegno e contrari ai trattamenti stessi. Il giudizio finale è cioè il risultato di un bilancio costi/benefici, rischi/vantaggi, con elenchi separati degli uni e degli altri, e stima conclusiva del peso complessivo, per capire "da che parte pende il piatto della bilancia". Una modalità contabile, un bilancio dare e avere per facilitare la negoziazione, la convergenza, o forse il compromesso, comunque l'accordo finale fra gli esperti delle diverse discipline che determinerà la "regolamentazione" delle fattispecie in questione, cioè "come si fa", e che poi diventerà il patto che scienziati/medici offriranno alla società. Dalla metafisica al mercato, potremmo sintetizzare.

[65] Con la crioconservazione dei gameti la genitorialità è *doppia* ma in un certo senso *neutra*, con le due figure compresenti, madre biologica e padre legale, e viceversa, come ricordato.

E infatti le indicazioni finali che leggiamo in letteratura per le due manipolazioni della pubertà, così diverse, sono sorprendentemente simili: non generalizzare i trattamenti, cioè non farne la terapia elettiva in presenza di DG o solamente della richiesta dei genitori di disabili molto gravi, ma valutare attentamente caso per caso, servendosi di equipe multidisciplinari di esperti, con lungo monitoraggio nel tempo per le persone trattate e le loro famiglie. Ovviamente è necessario il consenso del soggetto, quando possibile, o comunque dei suoi legali rappresentanti: consenso libero e pienamente informato, assicurandosi che sia ben compreso da chi lo rilascia.

Tutti criteri che potrebbero riguardare qualsiasi nuova terapia medica, specie se innovativa: sempre, in medicina si valuta caso per caso, anche per decidere se applicare o meno un protocollo consolidato. E d'altra parte siamo nel tempo della medicina personalizzata: "raggiungere ogni paziente con la cura più adatta e nel momento giusto per massimizzare i risultati", una delle tante definizioni di questa modalità di procedere, che si adatta anche ai percorsi di manipolazione dello sviluppo sessuale che abbiamo esaminato.

Va ricordato che queste indicazioni "di prudenza" sostituiscono di fatto le sperimentazioni cliniche. Nonostante sia pacifico che per entrambi i trattamenti, il blocco per DG e la GAT, manchino sperimentazioni eseguite secondo le regole condivise dalla comunità scientifica, gli esperti non spingono per farle: propongono invece una scorciatoia alternativa formulando documenti condivisi di "buone pratiche" cliniche. In nome del progresso della scienza si rinuncia quindi al rigore che la scienza stessa chiede, e non è una buona notizia per tale rigore, invocato a ogni piè sospinto.

Modificazioni profonde dell'umano derubricate quindi a terapie mediche innovative (a prescindere dal fatto che non si basino su *trial* adeguati): non si distinguono più trattamenti sanitari e trasformazioni antropologiche, e quindi non si invocano leggi per questi trattamenti, ma linee guida o comunque atti similari, magari a cura di società scientifiche, comunque non normativi. Per questo non vi sono giudizi di valore – una nuova terapia medica si giudica solamente in base alla sua efficacia clinica e quindi la politica non c'entra, il vero confronto è solo fra esperti: di conseguenza non c'è partecipazione nell'agorà, non si sviluppa un discorso pubblico, un paragone fra diverse visioni del mondo e di ciò che vale. L'applicazione o meno di nuove terapie mediche riguarda quindi le scelte private, non è soggetta al pubblico: al massimo si parla delle novità esprimendo opinioni personali nei *talk*

show, raccontando curiosità per la tv pomeridiana, trattandole come marchingegni che qualche esperto spiegherà con sussiego a chi di scienza non mastica.

Ma c'è un'ipotesi implicita in tutto questo: il "no" finale e complessivo a nuove applicazioni tecnico/scientifiche, soprattutto sull'umano, non è contemplato.

Il criterio del "caso per caso", infatti, elimina la possibilità di dare un giudizio positivo o negativo sul trattamento in sé, anche quando non ci sono dati scientifici sufficienti a supporto della non nocività clinica del metodo, come in ambedue i casi trattati. Per poter giudicare, infatti, è necessario dare un giudizio globale di valore, con una priorità di beni da salvaguardare. Ma se i concetti stessi di bene e male sono ormai banditi da qualsiasi valutazione nel dibattito bioetico e biogiuridico, gli unici rischi che si ammette non si possano correre sono quelli misurabili in laboratorio: soglie di tossicità, per esempio, o di replicabilità del metodo. Si discute cioè della misura di rischi conosciuti e misurabili nel lasso di tempo in cui è concretamente possibile valutarli, ignorando conseguenze sociali e antropologiche delle nuove scoperte/invenzioni/tecnologie.

Non si mette neppure sul piatto l'idea molto concreta del "*unknown unknowns*", gioco di parole quasi intraducibile con cui Donald Rumsfeld, segretario di stato alla Difesa degli Stati Uniti spiegò il concetto delle conseguenze sconosciute di eventi ignoti:

«*Ci sono cose conosciute che conosciamo, cioè ci sono cose che sappiamo di conoscere. Sappiamo anche che ci sono cose sconosciute, cioè sappiamo che ci sono cose che non conosciamo. Ma ci sono anche cose sconosciute che non conosciamo, cioè quelle che non sappiamo di non sapere. E se si guarda attraverso la storia del nostro e di altri paesi liberi, è quest'ultima categoria che tende a dare più difficoltà*».

È una declinazione particolare del noto principio di precauzione, che non significa certo bloccare qualsiasi sviluppo scientifico, magari in nome della decrescita felice, o peggio ancora per spingere verso nuove forme di luddismo. Essere consapevoli del "*unknow unknown*" ha due conseguenze importanti: la prima è quella di non limitarsi a stimare solo gli esiti possibili di eventi noti, osservati in laboratorio, o comunque i rischi sanitari prevedibili. Andrebbero piuttosto considerate anche valutazioni di impatto sociale e antropologico, che più facilmente offrono criteri di giudizio su ciò che vale per le singole persone, perché riescono meglio a dare la misura della distanza fra una tecnica medica, anche molto sofisticata, e una trasformazione dell'umano, una mutazione antropologica. Ed è

questo tipo di considerazioni – sociali ed antropologiche - che permette poi di entrare più adeguatamente nel merito della *governance* delle nuove situazioni create dallo sviluppo biotecnologico[66].

La seconda conseguenza del "*unknow unknown*" è che non sempre tutto ciò che è fattibile, si può fare.

Regolamentare non può equivalere sempre a stabilire le condizioni di svolgimento di una qualche terapia o di applicazione di qualche nuova tecnica, o i termini della commercializzazione di un prodotto. A volte regolamentare può essere sinonimo di vietare, sinonimo di un "no": dipende dalla priorità dei valori in gioco.

Adottando il criterio del "caso per caso", invece, si accetta di dire sempre "si", specificando che se c'è qualche "no" sarà per qualche singola circostanza, e per dirlo si delegano altri esperti. In questo modo si evita una valutazione complessiva nel merito, che con alta probabilità risulterebbe divisiva, e soprattutto si evita di dire un "no" a una applicazione tecnica/scientifica, un "no" per il quale ormai nell'orizzonte culturale e valoriale occidentale sembra non esserci più posto, se non in presenza di rischio sanitario accertato.

Il principio di precauzione si è trasformato in principio di monitoraggio: l'accertamento della sicurezza, o della mancanza di rischi per le nuove biotecnologie, si affida alla possibilità di seguire e registrare passo dopo passo i percorsi delle nuove pratiche tecnico/scientifiche. Un principio procedurale, insomma. E d'altra parte, se tutto ciò che si può tecnicamente realizzare, lo si fa, l'unica precauzione che resta è guardare con attenzione quel che si fa. Un criterio *ex post*, affidando il tutto a un monitoraggio successivo, ancora una volta senza specificare valori limiti o comunque soglie da rispettare, e tanto meno riservandosi di giudicare tutto di nuovo, in futuro, se qualcosa andasse male.

Discorso a parte merita il consenso informato: quale consenso veramente informato si può dare su percorsi mai sperimentati con rigore? E quale consenso si può dare se manipolazioni enormi dei corpi come le forme di disallineamento fisico/cognitivo di cui abbiamo parlato, vengono presentate come azioni di medicina preventiva?

---

[66] Per una disamina delle problematiche della *governance* delle biotecnologie e della valutazione del rischio in una società globalizzata, imprescindibili gli studi di Sheila Jasanoff, ad es. in *The Ethics of Invention – Technology and the Human Future,* New York: W. W. Norton & Company (2016).

Il consenso informato non può che diventare un atto formale, utile più che altro a scaricare le responsabilità dei medici sui pazienti e soprattutto, nei due protocolli qui esaminati, sulle loro famiglie, visto che in entrambi i casi i diretti interessati non sono in grado, per nulla o solo in parte, di esprimere un proprio consenso.

Ma almeno questi trattamenti realizzano ciò che promettono? Migliorano la qualità di vita di chi ha la DG, o dei disabili gravi? Per tutto quello che abbiamo spiegato finora, non ne abbiamo alcuna evidenza.

E allora qual è il senso di tutto questo?

Forse dovremmo riflettere su quel che scriveva Hannah Arendt quando, nel prologo al suo "Vita Activa", parlando del progresso scientifico allora rappresentato dal volo del primo satellite nello spazio, parlava di un "desiderio di sfuggire alla condizione umana", quasi profetizzando «*Quest'uomo del futuro, che gli scienziati pensano di produrre nel giro di un secolo, sembra posseduto da una sorta di ribellione contro l'esistenza umana come gli è stata data, un dono gratuito proveniente da non so dove (parlando in termini profani), che desidera scambiare, se possibile, con qualcosa che lui stesso abbia fatto.* […] *Se la conoscenza (nel senso moderno di know how, di competenza tecnica) si separasse irreparabilmente dal pensiero, allora diventeremmo esseri senza speranza, schiavi non tanto delle nostre macchine quanto della nostra competenza, creature prive di pensiero alla mercè di ogni dispositivo tecnicamente possibile, per quanto micidiale*».

Abstract

ASSUNTINA MORRESI, Manipolazioni della pubertà

Modi differenti di manipolazione della pubertà sono alla base di trattamenti in due condizioni molto particolari e diverse fra loro: disforia di genere in preadolescenti e forme di disabilità severa nei bambini. Dalla loro descrizione e analisi emergono aspetti comuni, particolarmente indicativi del nostro "spirito del tempo", riguardanti il controllo e la manipolazione dell'umano.

Parole chiave: disforia di genere, disabilità, pubertà, manipolazione, cyborg.

ASSUNTINA MORRESI, Manipulating puberty

Different ways of manipulating puberty form the bases of treatments in two particular and very different conditions: Gender Dysphoria in preadolescents and severe forms of disability in children. From their description and analysis, there emerge some common aspects, particularly indicative of our "spirit of the time", regarding the human control and manipulation.

Key words*:* Gender Disphoria, disability, puberty, manipulation, cyborg.

SEZIONE DOCUMENTI

SCIENZA & VITA - CENTRO STUDI LIVATINO

TRIPTORELINA E DISFORIA DI GENERE. PROBLEMI E PROSPETTIVE IN VISTA DELLA DECISIONE AIFA

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Una questione di metodo – 3. La motivazione principale del Comitato Nazionale di Bioetica – 4. La questione del consenso – 5. Conclusioni

1. Premessa

A breve l'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) deciderà in ordine alla possibile somministrazione, sotto stretto controllo medico, della molecola "triptorelina" (TRP) ad adolescenti affetti da Disforia di Genere (DG), allo scopo di procurare loro un blocco temporaneo, fino a un massimo di qualche anno, dello sviluppo puberale, con l'ipotesi che ciò "alleggerisca" in qualche modo il travagliato percorso di definizione della loro identità di genere.

Il 13 luglio 2018 il Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB) ha approvato un parere etico su richiesta dell'AIFA, con un voto contrario, accompagnato da una postilla critica tra i componenti: il parere, limitatamente ai casi in cui altri interventi psichiatrici e psicoterapeutici siano risultati inefficaci e con la supervisione di un'equipe medica specialistica, valuta eticamente accettabile tale prescrizione *off label* (con indicazioni diverse da quelle autorizzate) della triptorelina, mantenendo come punto di riferimento primario la reale e grave sofferenza delle persone (in questo caso, soggetti adolescenti) interessate da DG. Il 21 settembre u.s. Scienza & Vita e il Centro Studi Livatino, che all'indomani del parere del CNB avevano espresso riserve sulle conclusioni cui il medesimo era pervenuto, si sono incontrate in un workshop a più voci dedicato al tema, nel corso del quale hanno discusso ed approfondito i profili di ordine scientifico e giuridico della questione, prendendo le mosse dalle relazioni introduttive di due componenti del CNB, uno dei quali ha votato il parere mentre l'altro ha redatto la postilla a sostegno della posizione contraria. Le considerazioni che seguono rappresentano una sintesi ragionata dei lavori.

2. Una questione di metodo

Si pone anzitutto una questione di metodo. Prima di essere messo in commercio ogni farmaco attraversa un complesso iter di sperimentazione, al fine di valutarne l'efficacia e la sicurezza. Nel caso della triptorelina mancano sia gli studi clinici, sia i *follow-up* a lungo termine per evidenziare eventuali rischi a seguito della sua prolungata somministrazione. È quanto viene messo in evidenza nella letteratura scientifica, non da ultimo anche in un contributo di Chew e coll. del 2018.

I dati ottenuti nei soggetti adulti (ad esempio, per il trattamento del cancro della prostata) o nei bambini con pubertà precoce, non sono trasferibili *tout court* in una popolazione diversa per età pre-adolescenziale e per indicazione (blocco della pubertà fisiologica). La consistenza della letteratura scientifica a sostegno appare in realtà carente. Come ricordato nel documento del CNB, l'uso autorizzato della triptorelina (TRP) è anzitutto per la pubertà precoce, cioè per interrompere una *pubertà patologica* (per esempio per bambini molto piccoli, 7-9 anni), mentre l'uso *off label* per disforia di genere (DG) è per interrompere una *pubertà fisiologica* (per preadolescenti, intorno ai 12 anni). L'efficacia della TRP nella DG andrebbe inoltre valutata non rispetto alla interruzione della pubertà, ma rispetto alla risoluzione della condizione di DG stessa, cioè alla non conformità fra il genere "percepito" e il sesso di appartenenza. L'efficacia va cioè "misurata" in quanto funzionale al raggiungimento dell'accettazione di sé, al termine di quello che potremmo chiamare "percorso di verifica della propria identità sessuale" e, successivamente, nel corso della vita. Questo implica anche stabilire in che modo misurare "l'accettazione di sé", per poter valutare se effettivamente questa sia in armonia con la totalità del proprio essere. Ne consegue che non appare corretto assumere i risultati degli studi del blocco di una pubertà *patologica* mediante TRP (dei quali si dispone di ampia letteratura scientifica) come validi anche per quello di una pubertà *fisiologica*, come spesso invece riporta la letteratura di settore. In ordine alla corretta valutazione dell'efficacia della TRP rispetto alla DG, la letteratura scientifica mostra un caso singolo, con un *follow up* dopo ventidue anni dal trattamento. L'unico altro studio significativo disponibile in letteratura è uno studio olandese su 55 giovani transgender, con un *follow up* ad almeno un anno dopo l'intervento chirurgico. Gli stessi Autori, pur giudicando molto positivamente i risultati ottenuti, sono consapevoli delle complessità in campo e ribadiscono che si tratta di dati preliminari.

In queste condizioni non è possibile parlare di evidenze scientifiche. Sempre Chew e coll. sottolineano come il trattamento con GnRHa, classe farmacologica a cui appartiene anche la TRP, non ha avuto effetti significativi sui sintomi di DG.

L'uso della TRP per DG implica la possibilità che, sempre in minore età, gli adolescenti trattati possano avviare una transizione verso l'altro sesso; dalla pur scarsa letteratura si evince che la quasi totalità degli adolescenti trattati imbocca effettivamente questo percorso. Per correttezza scientifica, andrebbe allora presa in considerazione l'efficacia del trattamento al termine del percorso, a maggior ragione quando iniziato in minore età, rispetto allo stesso percorso iniziato in maggiore età (e quindi senza l'uso della TRP). Per ora, i dati esistenti sull'esito del SRS (*Sex Reassignment Surgery*) hanno una perdita al follow up del 70% delle persone trattate, e comunque quelli disponibili mostrano che i tassi di mortalità per tutte le cause – compreso il suicidio – sono generalmente molto più elevati rispetto a quelli della popolazione in generale.

3. La motivazione principale del Comitato Nazionale di Bioetica

Nel merito, la motivazione principale che il CNB adduce a favore dell'uso *off label* della TRP è la sofferenza del minore con DG, soprattutto per il timore di comportamenti autolesionistici e di intenzioni suicidarie. Ma non vi è alcuna evidenza scientifica che quello con TRP sia il trattamento elettivo per queste situazioni. Secondo chi propone il trattamento, il blocco della pubertà ha lo scopo di consentire una diagnosi più precisa e di capire il livello di persistenza della DG. Il punto non risolto, però, è se la somministrazione di TRP cristallizzi o meno il quadro clinico, stabilizzando l'identificazione del/della ragazzo/a nell'altro sesso e non consentendo la strutturazione di un'identità sessuale secondo il proprio sesso di appartenenza. Questo aspetto – del tutto sottovalutato – va preso in considerazione, tenendo anche conto del ruolo che gli ormoni sessuali hanno nello sviluppo cerebrale durante la pubertà. In altre parole, il blocco della pubertà – e quindi anche degli ormoni sessuali – potrebbe compromettere la definizione morfologica e funzionale di quelle parti del cervello che contribuiscono alla strutturazione dell'identità sessuale insieme con i fattori ambientali ed educativi.

L'uso della TRP per bloccare la pubertà può protrarsi fino a 4 anni circa (dai 12 ai 16 anni d'età), un periodo molto lungo durante il quale continua lo sviluppo psicologico/cognitivo, in

un corpo bloccato a uno stadio pre-adolescenziale. Si induce quindi farmacologicamente un disallineamento fra lo sviluppo fisico e quello cognitivo.

Ma se si sopprime la spinta degli ormoni nativi, cosa avviene nelle relazioni con gli altri, in una pubertà così manipolata? Con un corpo bambino e una psiche più adulta, per anni, confusi di per sé e fuori dall'evoluzione fisiologica ormonale, come possono questi ragazzi non sentirsi sempre più diversi dai pari? Come valutare questo scarto nella maturazione della persona? Che conseguenze può avere nel vissuto e nella percezione di sé? Come è possibile in queste condizioni di non appartenenza a nessun genere, "esplorare la propria identità sessuale"? Rispetto a quale ipotesi si verifica e si esplora, in assenza di un corpo sessuato, cioè in assenza dell'espressione fisica della propria identità sessuale, se non a un immaginario?

Si registra inoltre una elevata co-morbilità associata alla DG. Come è possibile stabilire il rapporto fra causa ed effetto, se non si procede prima almeno a curare le co-morbilità (es. depressione, ansia, istinti suicidari, disturbi dello spettro autistico, etc.), per individuare con una ragionevole certezza la DG come causa primaria? Il problema si pone poiché la DG viene presentata spesso come "sentirsi in un corpo sbagliato", ipotizzando quindi corretta la percezione di sé, della propria identità sessuale: l'uso della TRP lavora su questa ipotesi.

Un'ipotesi, appunto, non un dogma. Pertanto, va prima esclusa la possibilità inversa, cioè che sia la percezione di sé ad essere inadeguata: va escluso cioè che alla base ci sia un problema più vasto o diverso, riguardante la propria identità, mentre il corpo è "giusto".

Va infine ricordato che anche i dati sull'effetto a lungo termine della TRP sulla fertilità sono noti solo per il suo uso nella pubertà *patologica* e non anche in quella *fisiologica*, e quindi attualmente non ci sono evidenze sull'effettivo pieno ripristino della fertilità nel caso di desistenza dal trattamento e di permanenza nel sesso di appartenenza. Nel caso in cui si voglia continuare un percorso di transizione – come sembra avvenire nella grande maggioranza di chi opta per il blocco della pubertà – si va verso una sterilità certa, a meno di provvedere alla preservazione della fertilità mediante crioconservazione dei gameti, quando lo sviluppo puberale raggiunto lo consenta. Vanno cioè informati il minore e la famiglia che, a seconda dello sviluppo fisico raggiunto, si può presentare l'opportunità di mantenere le proprie potenzialità procreative mediante congelamento previo di seme maschile o ovociti, e potendo essere quindi in futuro, eventualmente, allo stesso tempo madre biologica/genetica

(la letteratura riporta anche casi di maternità gestazionale) e padre sociale/legale – nel caso di FtM (*Female to Male transition*) – o viceversa padre biologico e madre sociale/legale – nel caso di MtF (*Male to Female transition*).

A tal proposito, va però sottolineato che, data l'età dei soggetti, il percorso che viene indicato è la crioconservazione dei tessuti ovarico e spermatico. La possibilità di collezionare ovociti richiederebbe, infatti, il trattamento di stimolazione ovarica nella ragazza, strada non percorribile a questa età; nel ragazzo, si dovrebbe ricorrere al prelievo del seme mediante masturbazione il che potrebbe esacerbare ancora di più quel disagio già forte legato alle modificazioni puberali. Dall'altra parte, il reperimento di tessuto ovarico e spermatico richiederebbe un intervento chirurgico, ovvero un intervento invasivo che non solo non trova una indicazione medica ma che può essere anche causa di gravi effetti collaterali.

4. La questione del consenso

È doveroso chiedersi quanto un minore con DG e la sua famiglia possano valutare consapevolmente e liberamente tutto questo, vista la scarsa consapevolezza di adolescenti e preadolescenti circa le proprie potenzialità procreative. Il parere del CNB, pur evidenziando l'importanza di ottenere dal minore un consenso libero accompagnato dalla consapevolezza delle informazioni ricevute nelle specifiche condizioni fisiche e psichiche dell'adolescente, non offre, come è ovvio, soluzioni in merito a *se* e *come* il minore possa esprimere una volontà valida, pur evidenziando che «*un punto critico bioetico è la partecipazione e il consenso al programma terapeutico dell'adolescente. Nella somministrazione del farmaco va considerata la condizione di particolare vulnerabilità degli adolescenti sotto il profilo psicologico e sociale. Si pone, dunque, il problema in quali termini un assenso di un minore possa essere espresso in modo realmente libero, valido, senza interferenze esterne, e con la consapevolezza delle informazioni ricevute, per questo caso e in queste condizioni, nelle quali, tra l'altro, la DG, come già ricordato, si accompagna spesso a depressione, ansia, istinti suicidari*». Talché appare «*importante ottenere dal minore un consenso espresso in modo libero e volontario e con la consapevolezza delle informazioni ricevute nelle specifiche condizioni fisiche e psichiche dell'adolescente*». La relazione di presentazione a firma del Presidente del CNB sottolinea che:

- «*La condizione di DG può accompagnarsi a patologie psicologiche e psichiatriche* (…) *spesso correlate a stigma e discriminazione sociale*»,
- il trattamento è finalizzato alla «*sospensione dello sviluppo puberale dell'adolescente di rallentare e/o bloccare lo sviluppo delle proprie caratteristiche sessuali primarie e/o secondarie*»,
- è «*importante ottenere dal minore un consenso espresso in modo libero e volontario e con la consapevolezza delle informazioni ricevute nelle specifiche condizioni fisiche e psichiche dell'adolescente*». Anche AIFA indica, tra i criteri di inclusione, l'espressione, da parte del minore, di un consenso «*libero e valido*» e, correlativamente, tra i criteri di esclusione «*l'incapacità di esprimere consenso*».

Premesso che parlare di consenso non è esatto, essendo questa fattispecie collegata alla capacità di agire che viene raggiunta al compimento della maggiore età e che per il minore si può a limite parlare di "assenso", quanto sopra riportato pone i seguenti interrogativi:

1) un minore in età prepuberale che si trovi in una "condizione frequentemente accompagnata da patologie psichiatriche, disturbi dell'emotività e del comportamento" può esprimere un consenso?

2) come possono i professionisti del settore garantire che il consenso di un pre-adolescente, affetto da DG, sia *libero* e *volontario*?

3) che cosa accade se i genitori vogliono accedere alla "cura" e il minore no, o il contrario, o, ancora, in caso di contrasto fra genitori?

4) può il genitore (o il tutore) esprimere l'assenso a un atto di disposizione del corpo altrui?

La portata di tali interrogativi fa sorgere un ulteriore quesito:

5) fra i poteri di AIFA, autorità amministrativa con competenze delineate dal quadro normativo europeo e nazionale, rientra pure quello di affrontare e risolvere questioni di tale rilievo, che coinvolgono beni che hanno fondamento nella Costituzione, e prima ancora in Convenzioni internazionali ed europee, oltrepassando ampiamente la portata e i confini della mera autorizzazione al commercio di un farmaco?

È ben noto invero che l'ascolto del minore, nei giudizi o procedure amministrative che lo riguardano, è previsto dalla normativa internazionale (art. 12 della Conv. delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia, New York, 20/11/1989, ratificata in Italia con la legge n. 1761991; art. 6 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli Strasburgo, 25 gennaio

1996, ratificata in Italia con la legge n. 77/2003), oltre che da quella interna al nostro sistema giuridico: cfr. artt. 315 bis, 336 bis e 337 octies, cod. civ.).

Tuttavia, la volontà espressa dal minore durante la procedura di ascolto non ne comporta necessariamente la coerente esecuzione, dal momento che il Giudice deve sempre perseguire l'interesse superiore di quel minore, quale obiettivo reale ed ultimo.
La recente legge n. 219/2017 – sul consenso informato e sulle DAT (disposizioni anticipate di trattamento) – prevede, all'art. 3 co. 2, che occorre tener conto «*della volontà della persona minore*», ma subito esplicita che va mantenuto come «*scopo la tutela della salute psicofisica e della vita*», così evidenziando che la volontà espressa dalla persona minore non è cogente. L'art. 1 della legge, peraltro, sottolinea che il diritto di essere informati presuppone una comunicazione comprensibile, completa e aggiornata, idonea a consentire una adeguata valutazione dei rischi e dei benefici.

Un rapido *excursus* sul nostro ordinamento evidenzia che il minore, salvo in alcuni, specifici casi previsti dalla Legge, non ha capacità di esprimere una volontà idonea a determinare effetti giuridici. L'ordinamento italiano, salve rare eccezioni previste per legge, consente al soggetto di esprimere in modo pieno e consapevole una volontà che abbia conseguenze giuridiche solo al compimento del diciottesimo anno di età. È da quel momento che si acquista la capacità di agire, cioè l'attitudine all'esercizio dei diritti e degli obblighi di cui ciascuno diventa titolare al momento della nascita. Il minore non può contrarre matrimonio (se non in casi eccezionali, a seguito di "emancipazione", concessa dal Tribunale), adottare, testare, compiere atti di disposizione patrimoniale, firmare contratti, sottoscrivere atti di transazione, sottoporsi ad un tatuaggio, ecc. Solo dopo l'acquisizione della capacità di agire la persona può porre in essere atti giuridicamente validi anche relativamente a quei diritti definiti personalissimi, perché talmente afferenti e immanenti alla persona e diretti ad attestare e garantire esigenze di carattere esistenziale, da non poter essere validamente esercitati da terzi.

Circa i diritti personalissimi, va ricordato quanto il Costituente si sia spinto verso una tutela dei diritti inviolabili dell'individuo che lo Stato è tenuto a garantire sopra ogni altro interesse e senza alcuna possibilità di affievolimento: in primis con l'art. 2 della Costituzione, sede ove questi diritti trovano la loro più piena tutela. Il verbo utilizzato nel corpo dell'articolo (*riconosce*), sottolinea che lo Stato non ritiene di poter attribuire (né

conseguentemente, affievolire) tali diritti; essi sono difesi e custoditi dal codice civile (ad es: artt. 5-10), dal codice penale (ad es: delitti contro la persona), oltre che da leggi complementari.

I diritti della personalità appartengono all'essere umano come un unicum inscindibile, e tra essi vi è il diritto all'integrità fisica. L'art. 5 c.c. disciplina gli atti di disposizione del proprio corpo, vietandoli se determinanti una diminuzione permanente dell'integrità fisica o altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume, in un sistema collegato con l'art. 2043 e le sanzioni penali per i delitti contro l'integrità della persona.

Interventi lesivi della propria integrità fisica sono specificamente ammessi dalla legge (C. Cost. 4.7.2006, n. 253); esempi: la L. 26/6/1967, n. 458, che consente di disporre a titolo gratuito del rene al fine del trapianto; la L. 16/12/1999, n. 483, che ammette atti di disposizione a titolo gratuito di parti del fegato al fine del trapianto tra persone viventi; la L. 14/4/1982, n. 164 che permette la modifica dei caratteri sessuali con trattamento chirurgico, previa autorizzazione del Tribunale, necessaria perché il medico non può rimuovere un organo intatto e in buone condizioni di salute.

In tutte queste ipotesi l'atto dispositivo – revocabile fino al momento precedente l'intervento – deve essere libero e gratuito, deciso da persona maggiorenne e capace d'intendere e volere, resa consapevole dei possibili rischi.

Come si coniuga tutto questo con la condizione dei minori, in quanto tali incapaci d'agire? Di regola interviene l'istituto della rappresentanza: il consenso del minore viene espresso dai genitori o da chi ha la rappresentanza legale. L'incapacità all'espressione di un consenso valido da parte del minore, è sottolineata, fra le altre, dalla disciplina del consenso al rapporto sessuale da parte del minore: esso non costituisce un'esimente per la previsione delittuosa, quando il minore non abbia compiuto gli anni quattordici o anche i sedici, ove il maggiorenne sia l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato o che abbia, con quest'ultimo, una relazione di convivenza. Sul tema di recente Cassazione penale (sez. III, n. 23205 del 23 maggio 2018) ha affermato che il reato di atti sessuali con minorenne si configura anche se l'adulto non esercita alcuna pressione psicologica sul minore per costringerlo ad avere rapporti: ciò in quanto la tutela ha per oggetto l'integrità psico-fisica del minore, per garantirgli il corretto sviluppo della sfera

sessuale, non la sua libertà di autodeterminazione. Non rileva quindi che il minore sia consenziente e si dimostri emancipato al punto da sollecitare i contatti sessuali.

Essendo quindi evidente che il minore non può esprimere un consenso libero e volontario, tale da indurre il legislatore a considerarlo cogente e determinante, se non in casi espressamente previsti per legge, il quesito proposto da AIFA porrebbe l'incapacità di esprimere il consenso tra i criteri di esclusione della procedura di somministrazione del farmaco che sospende lo sviluppo puberale del soggetto (Quesito AIFA, pag. 10).

Va aggiunto che, in ambito sanitario, la volontà del minore è determinante solo in casi particolari, espressamente previsti dalla legge. In tali ipotesi il medico, su richiesta del minore, può procedere all'atto sanitario a prescindere dal consenso o dissenso e anche all'insaputa dei genitori o del tutore. Si tratta delle seguenti fattispecie:

- legge 194/78 in tema di contraccezione e interruzione di gravidanza, quando vi siano «*seri motivi che impediscano o sconsiglino la consultazione delle persone esercenti la potestà, oppure qualora queste, interpellate, rifiutino il loro assenso o esprimano pareri differm*i» è previsto l'intervento del giudice tutelare;
- legge 685/1975 e poi dal DPR 309/1990 a proposito delle terapie di cura della tossicodipendenza e del diritto di anonimato;
- legge 837/1956, e regolamento di attuazione emanato con D.P.R. 27 ottobre 1962, n. 2056 circa l'accertamento di malattie sessualmente trasmissibili (AIDS – infezione da HIV) e il diritto alla riservatezza sui risultati;
- legge 219/2017 nei termini prima indicati. Il consenso del minore deve comunque essere preceduto da un'attività di informazione accurata da parte del medico, che deve coinvolgerlo nella consapevolezza di agire solo per il bene del paziente. Così, il minore non potrà essere oppresso da una responsabilità superiore alle sue forze; La Cassazione (sez. III civ., 20885/2018) si è espressa in tema di danni alla salute e lesione del consenso informato chiarendo, a proposito della responsabilità medica, la distinzione tra danni alla salute e danni derivanti dalla lesione del principio del consenso informato. Davvero delicata sarà dunque l'attività del medico che dovrà, prima di procedere alla somministrazione della TRP, garantire di aver fornito al minore tutte le informazioni che lo potessero adeguatamente rendere edotto delle future conseguenze, rischi e sviluppi conseguenti all'utilizzo del farmaco. E ciò ancor più se si tiene conto che la rettificazione di attribuzione di sesso è

prevista solo per soggetti maggiorenni e che, trattandosi di atto dispositivo di un diritto personalissimo, la richiesta non può essere avanzata dai genitori del minore[1].

La complessità dei diritti e delle tutele esige che una scelta di tale peso non sia lasciata alla discrezionalità tecnica di una pur autorevole Agenzia. L'ipotesi di cura del disturbo del minore che si senta in difficoltà rispetto al sesso biologico attraverso la sospensione del suo sviluppo sessuale passa obbligatoriamente dal presupposto di un consenso che egli non è in grado di esprimere: per ragioni di età, di capacità, di problematiche psicologiche o psichiatriche che accompagnano il suo malessere. Ma per le medesime – e per ulteriori – ragioni esso non è delegabile a terzi. Alla giuridica incapacità di agire si affianca la condizione di palese disagio che può frequentemente riscontarsi, a causa di "patologie psichiatriche, disturbi dell'emotività e del comportamento".

L'opzione di fare ciò che corrisponde al migliore interesse del minore non può consentire, a fronte della dichiarata esigenza "di prolungare la fase di diagnosi e confermare la stabilità della patologia", la sostituzione in una scelta che corrisponde a diritti personalissimi, non delegabili in quanto afferenti la natura e la caratteristica fisica della persona: la cui tutela supera i confini di una semplice autorizzazione amministrativa.

5. Conclusioni

Se dunque, alla stregua di quanto fin qui osservato, si sommano:

- la sostanziale carenza di letteratura scientifica che attesti evidenze di efficacia e di sicurezza (bilanciamento rischi/benefici) di questo tipo di trattamento,
- la difficoltà di diagnosi delle DG e il loro controverso inquadramento "clinico-antropologico",
- l'assoluta incertezza sul fatto che il blocco – seppur temporaneo – dello sviluppo puberale (livello corporeo) in un adolescente affetto da DG costituisca effettivamente una condizione "favorevole" alla risoluzione della difficoltà di strutturare la propria identità sessuale,
- la problematicità dell'ottenimento di un vero consenso informato da parte dei soggetti da trattare con la TRP, ovvero adolescenti, peraltro in condizioni

[1] Sull'eventuale contrasto tra la volontà del minore e quella dei genitori, si veda a seguire l'Allegato n. 1. Nell'Allegato n. 2 si riporta una breve rassegna di giurisprudenza di merito.

psicologiche spesso difficili e alterate, permane il timore che, in contrasto con i migliori ed esigenti auspici applicativi del trattamento, peraltro ampiamente raccomandati dal CNB, la pratica clinica quotidiana degeneri (anche per carenza di risorse), finendo per ridurre la soluzione di un problema così complesso e decisivo per la persona alla banale somministrazione di una molecola, con un approccio del tutto insufficiente.

Scienza & Vita e il Centro Studi Livatino manifestano la propria disponibilità ad approfondire singoli aspetti che l'AIFA ed altre eventuali istituzioni ritengano di sollecitare, allo scopo che non venga trascurato nessuno dei delicati profili che presenta una materia così complessa.

Roma, 5 novembre 2018

Alberto Gambino
Presidente nazionale Scienza & Vita

Mauro Ronco
Presidente Centro Studi Livatino

Allegati:

1) Ipotesi di contrasto tra i soggetti coinvolti

2) Giurisprudenza di merito su contrasto fra i genitori

******

Allegato n. 1 - Ipotesi di contrasto tra i soggetti coinvolti

L'eventuale contrasto tra le volontà dei soggetti coinvolti circa la possibilità o meno di somministrare il farmaco, sarà destinato a essere risolto con gli strumenti processuali previsti in caso di conflitto sull'esercizio della responsabilità genitoriale. La normativa di riferimento rimanda agli artt. 316 e 337 ter c.c. che disciplinano l'esercizio della responsabilità genitoriale nella fase fisiologica e in quella patologica del rapporto tra i genitori. Potrà infatti accadere che vi siano:

- rifiuto alle cure del legale rappresentante, in contrasto con il medico,
- diversità di volontà tra i genitori,
- volontà di genitori e minore di accedere a una cura non condivisa dal medico,
- disaccordo del minore con le indicazioni dei rappresentanti, rispetto al trattamento.

In caso di contrasto tra la volontà del minore e quella dei genitori, saranno questi ultimi a decidere, come accade per i trattamenti sanitari, e il minore potrà a quel punto aver voce solo attraverso la nomina di un curatore speciale, ai sensi degli artt. 78 e 79 cod. proc. civ. L'art. 78 c.p.c. dispone espressamente che «*Si procede altresì alla nomina di un curatore speciale al rappresentato, quando vi è conflitto di interessi col rappresentante*», conflitto che sorge nell'ipotesi in cui il rappresentante sia portatore di un interesse incompatibile con quello del rappresentato. Tale conflitto è ravvisabile anche qualora l'incompatibilità delle rispettive posizioni sia solo potenziale. La nomina del curatore speciale prescinde da un'istanza di parte e può essere disposta d'ufficio dal giudice, posto che l'art. 9 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, emanata a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 20 marzo 2003 n. 77, stabilisce che, nei procedimenti riguardanti un minore, l'autorità giudiziaria ha il potere di designare un rappresentante speciale che lo rappresenti in tali procedimenti *motu proprio* (Corte Costituzionale – Sentenza n. 83/2011). L'art. 316 c.c. prevede che, in caso di contrasto su questioni di particolare importanza ciascuno dei genitori può ricorrere senza formalità al Giudice indicando i provvedimenti che ritiene più idonei. Il Giudice, sentiti i genitori e disposto l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto i dodici anni, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, suggerisce le determinazioni.

Nel difetto del consenso di uno dei genitori – e, quindi, in presenza di un conflitto genitoriale – è previsto il ricorso al Giudice nella veste procedimentale dell'art. 709-ter cod. proc. civ., ai sensi dell'art 337 ter, 3° comma del cod. civile. Solo ove si ipotizzi il rischio di un pregiudizio grave, si giustificherà la proposizione della domanda al Tribunale per i Minorenni dei provvedimenti ex art. 333 del codice civile. L'art. 38 disp. att. c.c. ha attribuito al Tribunale ordinario la competenza a pronunciare i provvedimenti limitativi della potestà genitoriale (art. 333 c.c.) esclusivamente nel caso in cui sia pendente, tra le stesse parti, giudizio di separazione o divorzio o ex art 316 c.c.

Nell'ipotesi, più grave, in cui il contrasto tra i genitori comporti la necessità di procedere alla limitazione o all'ablazione della responsabilità genitoriale, troveranno applicazione gli artt. 330 e 333 c. c. che prevedono la possibilità di limitare o di rimuovere dall'esercizio il genitore che sia ritenuto responsabile di violazione della stessa o trascuri i doveri ad essa inerenti. Recentemente, la Corte di Appello Napoli, con decreto del 30 agosto 2017, ha

riconosciuto pregiudizievole la condotta del genitore che non voleva sottoporre il figlio minore a dosi di richiamo di vaccini già somministrati. È stato così disposto l'affievolimento della responsabilità genitoriale di uno dei due (nella specie, la madre), lasciando integra quella dell'altro (il padre), limitatamente alla questione vaccini, ritenendosi più corretta la scelta paterna conforme all'opinione scientifica largamente dominante.

Allegato n. 2 - Giurisprudenza di merito su contrasto fra i genitori

- Trib. Milano, sez. IX civ., decreto 15 maggio 2014 (Pres. Servetti, rel. Rosa Muscio). Il curatore speciale può essere designato quando appaia necessario che sia una terza persona a rappresentare il minore, per la temporanea inadeguatezza dei genitori a prendere di mira e salvaguardare l'interesse primario del figlio e per la situazione di insanabile contrasto tra gli stessi nella lettura della realtà dei fatti.

- Trib. Milano, sez. IX, decreto 19 giugno 2014 (Pres. Servetti, rel. G. Buffone). Le scelte di tipo terapeutico che comportano un percorso continuativo di trattamenti sanitari rientrano in quegli «*affari essenziali*» per la vita del fanciullo che richiedono la concertazione dei genitori e, dunque, il consenso di padre e madre. In caso di conflitto si procede alla nomina del curatore speciale corretta la procedura ex art 709 ter. Il Giudice potrà in ogni caso scegliere tra l'una o l'altra delle posizioni espresse dai genitori in disaccordo. Naturalmente, poiché lo stesso accordo tra i genitori non è vincolante quando contrario all'interesse dei figli (art. 337 ter, c.c.), allora non può escludersi una decisione del giudice diversa da quella invocata dall'uno o dall'altro dei genitori.

- Tribunale Milano, 07 maggio 2013. Est. Buffone, in *Il Caso.it*, Sez. Giurisprudenza, 8991 - pubb. 23/05/2013. La legge 10 dicembre 2012 n. 219, riscrivendo l'art. 38 disp. att. c.c., ha attribuito al Tribunale ordinario la competenza a pronunciare i provvedimenti limitativi della potestà genitoriale (art. 333 cod. civ.) esclusivamente nel caso in cui sia pendente, «*tra le stesse parti, giudizio di separazione o divorzio o 316 del codice civile*».

- Tribunale di Roma, Sez. I civ, 16 febbraio 2017 (ordinanza). Nel caso di contrasto tra i genitori relativamente alle tipologie di cure da somministrare alla figlia, il giudice ha riconosciuto al "genitore più diligente" il potere di prenotare gli esami e i trattamenti sanitari, secondo le indicazioni del pediatra e del SS, ammonendo il genitore dissenziente a far seguire

le cure indicate e disponendo che, in mancanza verranno adottati provvedimenti di cui all'art. 709 ter c.p.c.

- Trib. Milano, sez. IX, 9 gennaio 2018. In pendenza del procedimento di divorzio, in caso di conflitto tra i genitori circa le vaccinazioni a cui sottoporre i figli, il Giudice può ordinare di sottoporre a profilassi i minori anche a fronte dell'opposizione di uno dei genitori il Giudice, nel caso di specie, ha accolto le domande della madre dei bambini, ordinando che i minori fossero sottoposti a tutte le vaccinazioni obbligatorie e che, a spese del padre, fossero effettuati i più opportuni esami sierologici al fine di accertare l'eventuale immunizzazione dei minori, a seguito di malattia naturale.

- Nell'ipotesi, più grave, in cui il contrasto tra i genitori comporti la necessità di procedere alla limitazione o all'ablazione della responsabilità genitoriale, troveranno applicazione gli artt. 330 e 333 c.c. che prevedono la possibilità di limitare o di rimuovere dall'esercizio il genitore che sia ritenuto responsabile di violazione della stessa o trascuri i doveri ad essa inerenti. Recentemente, la Corte d'Appello di Napoli – decreto 30 agosto 2017 – ha riconosciuto pregiudizievole la condotta del genitore che non voleva sottoporre il figlio minore a dosi di richiamo di vaccini già somministrati. È stato così disposto l'affievolimento della responsabilità genitoriale di uno dei due (nella specie, la madre), lasciando integra quella dell'altro (il padre), limitatamente alla questione vaccini, ritenendosi più corretta la scelta paterna conforme all'opinione scientifica largamente dominante.

CENTRO STUDI LIVATINO

D.D.L. A.S.735 - NORME IN MATERIA DI AFFIDO CONDIVISO, MANTENIMENTO DIRETTO E GARANZIA DI BIGENITORIALITÀ. PROFILI CRITICI E RAGIONI DI CONTRARIETÀ

Il disegno di legge n. 735 ha l'obiettivo dichiarato di apportare rettifiche all'attuale normativa in materia di affidamento condiviso e, più nel dettaglio, di modificare quanto finora previsto, in caso di separazione dei genitori, sul mantenimento dei figli e sulla regolamentazione dei rapporti di ciascun genitore con i figli stessi.

Muovendo dal presupposto della centralità della famiglia, nella relazione illustrativa al d.d.l., vengono puntualmente indicati quattro criteri di riferimento, ossia i quattro pilastri su cui si fonda la proposta di riforma:

1. **la mediazione civile obbligatoria**,
2. **l'equilibrio tra entrambe le figure dei genitori**,
3. **il mantenimento dei figli in forma diretta** e
4. **il contrasto alla c.d. "alienazione genitoriale"**.

Come Centro Studi Livatino, formato da magistrati, avvocati, docenti di materie giuridiche e notai, che fra i propri impegni statutari ha in modo specifico la riflessione sui temi della famiglia quale società naturale fondata sul matrimonio, riteniamo importante il richiamo alla bigenitorialità – principio fondamentale, purtroppo non sempre attuato nella pratica quotidiana delle crisi familiari –, alla responsabilità dei genitori, alla mediazione familiare come strumento per favorire la conciliazione. Ma osserviamo che dalla lettura degli articoli che compongono il d.d.l. emergono non pochi problemi. Essi meritano attento esame, che segue facendo riferimento proprio all'impostazione dei "quattro pilastri" sopra menzionati.

Se – con le dovute cautele – è apprezzabile l'intento dichiarato nella relazione al d.d.l. di rimettere al centro delle crisi coniugali «*la famiglia e i genitori e restituendo in ogni occasione possibile ai genitori il diritto di decidere sul futuro dei figli e lasciando al giudice il ruolo residuale di decidere in caso di mancato accordo*», la lettera della varie disposizioni sembra perseguire tale obiettivo con pericolosi automatismi. E se è incontrovertibile il celebre assunto di Arturo Carlo Jemolo – «*la famiglia è un'isola che deve essere solo lambita dal diritto*» –, da cui deriva l'esigenza di valorizzare la famiglia medesima in quanto «*un organismo normalmente capace di equilibri e bilanciamenti che la norma giuridica deve rispettare quanto più possibile*», i singoli passaggi del d.d.l. paiono condurre su un terreno nella sostanza diverso.

La presente memoria, consegnata al Relatore del d.d.l. in occasione di un incontro da egli promosso con associazioni o centri studi che si interessano dei profili giuridici dell'istituto familiare, sarà poi depositata in occasione della audizione di rappresentanti del Centro Studi Livatino da parte della Commissione Giustizia del Senato[1]. Costituisce un primo contributo dello stesso Centro Studi: viene portato all'attenzione del Relatore e dei Senatori, nella consapevolezza che saranno necessari ulteriori approfondimenti, in un confronto ancora più serrato con la legislazione vigente e con i problemi applicativi che essa comporta, anche alla stregua dell'intervento del legislatore del 2006, delle soluzioni positive allora introdotte, del seguito che hanno o non hanno avuto nell'esperienza delle aule giudiziarie.

1. La mediazione familiare

1.1. In generale

La mediazione familiare può certamente avere un ruolo importante nella definizione di un accordo di separazione, sia quanto agli aspetti economici, sia quanto alla regolamentazione del rapporto genitori/figli. Quando due persone decidono di separarsi vi è sempre un più o meno elevato grado di conflittualità, che è l'esito di frustrazione, disagio, delusione, sconforto, se non addirittura di rabbia. La separazione rappresenta comunque un fallimento

[1] Il documento è stato redatto dalle avv. Daniela Bianchini, Margherita Prandi Borgoni ed Eva Sala, tutte con consolidata esperienza professionale nel diritto di famiglia, col coordinamento del dott. Alfredo Mantovano, vicepresidente del Centro Studi Livatino e con la supervisione del prof. Emanuele Bilotti, professore Ordinario di Diritto privato e Coordinatore del Corso di laurea in Giurisprudenza nell'Università Europea di Roma. È l'esito della condivisione del Consiglio di segreteria del CSL.

(del progetto familiare, delle aspettative di vita di coppia, dei progetti per il futuro proprio e dei propri figli), che non necessariamente può essere attribuito a uno dei partner, anche se spesso alla base dei contrasti vi è la non accettazione delle proprie responsabilità. Tutto ciò è noto in particolare a chi, come avvocato, si occupa della materia; ed è altrettanto nota l'importanza di aiutare la coppia – soprattutto in presenza di figli minori e se le circostanze lo consentono – a dialogare per trovare un accordo, piuttosto che continuare a discutere in un'aula di Tribunale. In alcuni casi, gli avvocati sono in grado di raggiungere questo obiettivo, in altri hanno bisogno dell'ausilio del mediatore familiare, ossia di un esperto capace di entrare in comunicazione con ciascuna delle parti in conflitto e di stimolare nelle stesse, senza esercitare pressioni, una libera elaborazione della soluzione e una gestione pacifica delle differenze.

La mediazione familiare appare dunque un mezzo in sé valido. Tuttavia, quanto previsto dal d.d.l. 735 lascia molto perplessi. Va premesso che i rapporti all'interno della famiglia sono considerati dal nostro ordinamento come meritevoli di specifica protezione da parte dello Stato che, per tutelarne i soggetti più fragili (minore, coniuge più debole), ha previsto una normativa non derogabile dalle parti; e che in presenza di figli minori, nel rispetto delle convenzioni internazionali (tra tutte la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia firmata a New York, 20 novembre 1989 ratificata in Italia con legge 27 maggio 1991 n. 176 e la Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei minori adottata a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata in Italia con legge 20 marzo 2003 n. 77), l'interesse del minore è obiettivo primario da perseguire. Si assiste da anni ad una progressiva degiurisdizionalizzazione del diritto di famiglia, sovente a discapito della parte più debole: si ricordino il c.d. divorzio breve – che in poco tempo pone in difficoltà economica il coniuge più debole che subisca la scelta dell'altro –, la crescente perdita di rilievo che ha assunto il mancato adempimento ai doveri del matrimonio, in primis l'obbligo di fedeltà, la possibilità di procedere alla separazione o al divorzio in Comune, senza il controllo del magistrato a garanzia del coniuge meno forte. Pur nella consapevolezza del danno causato da pronunce giurisprudenziali "creative" in tema di diritto di famiglia, talora con decisioni "*praeter legem*", proprio la progressiva degiurisdizionalizzazione non sembra garantire una maggiore tutela.

Dalla lettura degli articoli relativi alla mediazione (art. 1, 2, 3, 4, 7, 13, 22) e alla nuova figura del coordinatore genitoriale (art. 5), nonché dalla stessa relazione illustrativa, emerge un dato importante: la sovrapposizione fra il modello di mediazione familiare cui sopra si è accennato e il modello di mediazione civile tipico degli altri settori del diritto. Si legge infatti nella relazione (p. 2), a sostegno dell'obbligatorietà della mediazione: «*È tuttavia ben strano che sia stata imposta la mediazione preventiva in settori assai meno coinvolgenti la vita delle persone e invece si pongano forti limitazioni con riguardo alla materia del diritto di famiglia*». In realtà, in quei *settori assai meno coinvolgenti la vita delle persone* la mediazione svolge un ruolo diverso: è finalizzata a evitare controversie giudiziarie, e l'accordo che viene raggiunto consiste di fatto in una transazione: le parti coinvolte si fanno reciproche concessioni, rinunciano – grazie all'aiuto del mediatore – ad alcune pretese pur di arrivare ad una definizione rapida della lite. Nella maggior parte dei casi dopo una mediazione civile, definita la causa attorno al tavolo del mediatore e sottoscritto il relativo verbale, le parti coinvolte non hanno necessità di rivedersi o di avere rapporti personali.

La mediazione civile infatti è concepita come percorso alternativo per dare soluzione rapida, in tempi definiti, a controversie civili relative a diritti disponibili, alleggerendo il sovraccarico del sistema giudiziario, e questo spiega il favore della giustizia ordinaria nell'indirizzare verso questo tipo di strumento. I dati sulla sua reale efficacia non sono invero confortanti: dalle statistiche pubblicate dal Ministero della Giustizia per il 2017, a sette anni dall'entrata in vigore della mediazione civile risulta che: (i) meno di un quarto delle controversie trova una soluzione concordata grazie alla mediazione, (ii) nei casi in cui la mediazione è stata disposta dal giudice oppure è condizione di procedibilità le percentuali di fallimento sono rispettivamente del 78% e dell'86%, (iii) la percentuale di successo della mediazione è inversamente proporzionale al valore della causa. Così per es. per le controversie dello scaglione di valore da € 1.000 a 5.000 gli accordi raggiungono il 34% dei casi trattati, per lo scaglione compreso fra € 500.000 e i 2.500.000 la percentuale di soluzione positiva scende al 12%. Quest'ultimo dato fa concludere che più rilevanti sono le questioni trattate e/o i valori oggetto della controversia e maggiore è la percentuale di insuccesso della mediazione.

La mediazione familiare risponde ad altre logiche: le parti coinvolte, anche se separate come coppia, dovranno comunque continuare ad avere rapporti fra di loro come genitori.

L'obiettivo della mediazione, quindi, non può essere il mero raggiungimento di un accordo, come sembrerebbe suggerire l'art. 3 del d.d.l. 735. Obiettivo della mediazione familiare, laddove sia possibile iniziare un tale percorso – si ribadisce – è quello di aiutare la coppia a dialogare, a essere costruttivi, a mettere in discussione le proprie pretese e a liberarle dal carico di sofferenza che sovente è di ostacolo all'individuazione delle necessità dei figli. L'accordo poi magari arriverà, ma prima ancora sarà stato raggiunto un risultato più importante, che peraltro consentirà a quell'accordo di essere attuato e modulato in base alle esigenze dei minori: i genitori avranno compreso l'importanza di rispettarsi reciprocamente e di rapportarsi ai figli come persone, orientandosi verso scelte nell'interesse concreto della prole, e non nel proprio.

1.2. L'obbligatorietà della mediazione familiare

È per questo motivo che la mediazione familiare obbligatoria è una contraddizione in termini. Perché sia efficace la mediazione familiare deve essere libera ed incondizionata. Vi sono casi in cui essa deve essere addirittura esclusa, come nelle ipotesi di coppie ad altissima conflittualità, sfociata o in grado di sfociare in episodi di violenza fisica o morale. La violenza non è mediabile, anzi costituisce addirittura un limite per la mediazione, come asserito dalla Convenzione del Consiglio d'Europa *sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica* (Convenzione di Istanbul) approvata il 7 aprile 2011, ratificata in Italia con legge 27 giugno 2013 n. 77, che all'art. 48 stabilisce: «*Le parti devono adottare le necessarie misure legislative o di altro tipo per vietare il ricorso obbligatorio a procedimenti di soluzione alternativa delle controversie, incluse la mediazione e la conciliazione, in relazione a tutte le forme di violenza che rientrano nel campo di applicazione della presente Convenzione*». Vi sono dunque dei casi in cui la separazione è necessaria per salvaguardare l'integrità fisica e psicologica dei figli o di uno dei genitori, vittime magari di una forma di affettività patologica manifestata dall'altro genitore. Ecco allora che l'obbligatorietà della mediazione, in questi casi, non può che cagionare disagi e problemi, ma il d.d.l. non prevede deroghe, neppure in tali casi di violenza.

Ancor meno accettabile è che la mediazione familiare sia stata addirittura indicata come *obbligatoria a pena di improcedibilità* (art. 7 e art. 22) non soltanto – e già di per sé basterebbero – per le ragioni sin qui espresse. Attualmente, per le note carenze dell'organico,

il termine di novanta giorni ex art. 706 comma 3 c.p.c.[2] per l'udienza presidenziale in realtà si allunga anche di mesi. Con la mediazione obbligatoria i tempi rischiano di allungarsi ulteriormente, e la procedura potrebbe essere usata per fini dilatori dal coniuge che non abbia interesse a una definizione rapida. Il combinato fra tempi dilatati e impossibilità di perseguire il coniuge che si sottragga all'obbligo di contribuzione penalizzerebbe in tal modo il coniuge più debole, privato di risorse economiche e/o messo in ristrettezze. Si potrebbe prevedere il deposito del ricorso per separazione, e lasciare al tempo intercorrente fra il deposito e la prima udienza l'esperimento del tentativo di mediazione; ma questo aiuterebbe fino a un certo punto: i giudici potrebbero essere indotti a fissare la prima udienza in tempi ancora più lunghi, mentre una coppia conflittuale ha bisogno delle prime disposizioni, pur provvisorie, date coi provvedimenti presidenziali. Va poi considerata la totale mancanza nel d.d.l. di indicazioni sulle persone con difficoltà economiche che avrebbero diritto al patrocinio a spese dello Stato: il testo non pone le spese di mediazione a carico dello Stato, a prescindere dal possesso dei requisiti per l'ammissione al patrocinio gratuito; l'art. 4 del d.d.l. si limita infatti a stabilire «*la gratuità del primo incontro*», ma nulla dispone per i successivi.

Un altro elemento critico riguarda l'art. 1 del d.d.l., cioè i requisiti per esercitare la professione di mediatore familiare. Al comma 2, lettera c) è previsto che la qualifica di mediatore familiare sia attribuita «*anche agli avvocati iscritti all'ordine professionale da almeno cinque anni e che abbiano trattato almeno dieci nuovi procedimenti in diritto di famiglia e dei minori per ogni anno*». Questa disposizione lascia perplessi, se si considera l'importanza che col d.d.l. si attribuisce alla mediazione familiare e alla sua *funzione sociale riconosciuta dalla Repubblica* ai sensi dell'art. 1 comma 1: se al mediatore familiare viene riconosciuto un simile ruolo, non si comprende perché sia stato lasciato ampio spazio di accesso, senza introdurre opportune garanzie di mirata professionalità: non sono tali l'aver trattato un certo numero di procedimenti di diritto di famiglia e dei minori.

Sarebbe come dire che una persona per il solo fatto di essere colta sia idonea a insegnare: è evidente che non è così. Il fatto di conoscere non garantisce di per sé la capacità di saper anche trasmettere agli altri. Allo stesso modo, un avvocato può aver trattato centinaia di separazioni e averlo fatto nella maniera peggiore, senza aver aiutato veramente le parti a

[2] «*Il Presidente fissa con decreto la data dell'udienza di comparizione dei coniugi davanti a sé, che deve essere tenuta entro novanta giorni dal deposito del ricorso*».

comprendere l'importanza, specie in presenza di figli, di mettere da parte istanze egoistiche per aprirsi all'ascolto delle altre parti coinvolte. La capacità e la competenza nel mediare in ambito familiare, per la delicatezza e l'importanza della materia, non possono essere presunte ma devono essere accertate, pertanto quanto previsto dall'art. 1, comma 2 lett. c) è quanto meno incoerente con le premesse.

Da ultimo, ma non ultimo per il rilievo processuale che acquisisce l'istituto, è che la professione di mediatore al momento non è ancora regolamentata. Bisognerà vedere se quanto disposto all'art. 1 del d.d.l. sarà sufficiente a colmare la lacuna e in che tempi: se però la mediazione familiare è condizione di procedibilità già al momento della entrata in vigore della legge, essa deve avere le carte in regola per funzionare a regime, con un albo di mediatori già formati. Attualmente tale albo manca.

1.3. La mediazione familiare e il "coordinatore genitoriale"

L'art. 3 del d.d.l., nel mentre conferisce al mediatore ampi poteri per la definizione dell'accordo, non introduce idonee garanzie nell'ipotesi di partecipazione del minore, come invece va più avanti l'art. 16 comma 2 del d.d.l. a proposito di ascolto videoregistrato. Lascia perplessi che il mediatore familiare «*su accordo delle parti*» possa chiedere agli avvocati (con evidente discrezionalità) di non partecipare agli incontri successivi al primo, quando però gli avvocati «*devono comunque essere presenti, a pena di nullità e inutilizzabilità alla stipulazione dell'eventuale accordo, ove raggiunto*». La presenza degli avvocati dovrebbe garantire le parti, soprattutto quando vi siano questioni che riguardano i minori, pertanto non sono chiare le ragioni di una simile previsione. Appare poi di difficile attuazione quanto previsto dal comma 9 dell'art. 3, in base al quale il Tribunale provvede all'omologazione dell'accordo raggiunto in sede di mediazione entro quindici giorni dalla richiesta, senza poter avere accesso agli atti o documenti del procedimento di mediazione, per espressa previsione dell'art. 2, che impone l'obbligo di riservatezza (anche nel caso in cui vi siano questioni riguardati i minori). È un evidente limite alla cognizione del giudice e alla sua funzione di garante della correttezza e della congruità di quanto concordato fra le parti.

L'art. 5 del d.d.l. introduce poi la nuova figura del "coordinatore genitoriale", definito «*un esperto qualificato con funzione mediativa, dotato di formazione specialistica in coordinazione genitoriale*»: egli, come spiega la relazione, «*operando come terzo imparziale*

nell'ambito delle disposizioni di natura legale e deontologica della rispettiva professione (…), *ha il compito di gestire in via stragiudiziale le controversie eventualmente sorte tra i genitori di prole minorenne relativamente all'esecuzione del piano genitoriale*». È una figura privata – diversa dal mediatore familiare – cui sono attribuiti poteri decisionali (*gestire in via stragiudiziale le controversie*) nei casi in cui l'intervento del giudice sarebbe necessario, soprattutto a tutela dei minori, ossia nei casi di «*alto livello di conflitto*» (art. 5 co. 3, lett. a): una figura con compiti delicati e ampi poteri decisionali, senza che ne sia chiaro tuttavia il profilo di competenza. Il d.d.l. si limita a prevedere che possono esercitare la funzione di coordinatore genitoriale (art. 5 co. 2) psichiatri, neuropsichiatri, psicoterapeuti, psicologi, assistenti sociali, avvocati e mediatori familiari. Nulla è previsto sulla verifica delle effettive competenze e della imparzialità del "coordinatore genitoriale", come nulla si dice sull'eventuale controllo del suo operato o delle decisioni che assume. Tutto ciò è poi reso più grave dall'esplicito esonero della sua responsabilità: in base all'art. 5 c. 4, infatti, «*lo svolgimento dell'attività di coordinazione genitoriale non dà luogo a responsabilità personali, salvi i casi di dolo o colpa grave*». È inquietante notare come si parli di *responsabilità personale* e non anche di *responsabilità professionale*.

Appare fonte di problemi pure l'art. 6, che rende immediatamente reclamabile l'ordinanza del Giudice istruttore in materia di separazione e di affidamento dei figli. Come è noto, il procedimento di separazione e quello di divorzio sono caratterizzati da due fasi: una presidenziale e l'altra davanti all'Istruttore, mentre i provvedimenti provvisori e urgenti emessi dal Presidente possono essere subito reclamati davanti alla Corte d'Appello; successivamente, il processo proseguirà avanti al Giudice Istruttore che potrà modificarli, senza possibilità di ulteriore immediato reclamo. L'ulteriore immediata possibilità di impugnazione rischia di inasprire la lite. In caso di controversia sulla decisione del coordinatore (art. 5 co. 3 lett. b) non sono contemplati eventuali rimedi azionabili dalle parti. Non è chiaro quali poteri abbia il coordinatore per conseguire il rispetto delle decisioni da lui assunte. Né se sia revocabile l'incarico al coordinatore da parte di uno dei genitori, in quali casi e a che condizioni. Né infine quali siano i costi per l'attività prestata – verrà liquidata un'indennità, si applicheranno le tariffe professionali, e quali? – e sulla disciplina per gli aventi diritto al patrocinio a spese dello Stato.

2. L'equilibrio fra le figure dei genitori

2.1. La condivisione dell'intento del d.d.l. di garantire la genitorialità

Il d.d.l. prende le mosse da un concetto di bigenitorialità, strettamente legato alla pariteticità ed equipollenza del tempo passato da ciascun genitore con i figli, per giungere a una serie di modifiche di quanto attualmente previsto dalla legge. La tesi di fondo è che l'affido condiviso non ha trovato pratica attuazione perché non sarebbe stato realizzato pienamente *l'affido a tempi paritetici* (relazione, p. 3). Di qui l'introduzione nel d.d.l. della *doppia residenza o del doppio domicilio dei figli in caso di separazione*, «*non potendosi più identificare un genitore collocatario*» – relazione p. 4 – «*ma dovendosi prendere atto che il bambino potrà finalmente fare conto su "due case"*».

L'intento – certamente lodevole – è di assicurare la presenza di entrambi i genitori nella vita dei figli. È innegabile che per una crescita sana ed equilibrata un minore necessita di entrambi i genitori. Pienamente condivisibili sono le richieste di molti padri separati – di cui il d.d.l. in qualche modo si fa portavoce – di avere un ruolo di primo piano nella vita dei figli. I bambini, per crescere e riuscire ad instaurare relazioni interpersonali, hanno bisogno della cura e della presenza di entrambe le figure dei genitori: la madre è fondamentale nei primissimi anni di vita, ma il rapporto madre/figli rischia di generare squilibrio nella crescita del bambino se non è bilanciata dalla figura paterna. Padre e madre, aventi ruoli diversi e complementari, rappresentano quindi due figure egualmente importanti per consentire al bambino un sano sviluppo identitario.

Il principio della bigenitorialità, che è anche alla base dell'affidamento condiviso, muove esattamente da questo presupposto, per stimolare la partecipazione attiva di entrambi i genitori – siano essi ancora in coppia o separati – all'educazione, al mantenimento e all'istruzione dei figli in modo equilibrato e rispettoso delle parti coinvolte. Ambedue i genitori sono chiamati a svolgere pienamente il proprio ruolo, nella consapevolezza che il figlio ha bisogno di entrambi: come è affermato nell'art. 337 *ter* c.c., «*il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi*». Questo significa che un genitore non può escludere l'altro dalla vita del figlio, a meno che non vi siano gravi e accertate ragioni (es. violenza). Altrettanto irresponsabile e inaccettabile è che un genitore

lasci di fatto all'altro il ruolo di cura ed educazione, limitandosi a provvedere al mero mantenimento.

Va tuttavia osservato come la disciplina vigente contenga norme che permettono l'adeguamento alla complessità della realtà quotidiana. Per es., l'art. 337 *ter*, comma 4 e ss. stabilisce già che, in linea di principio, il mantenimento debba realizzarsi in forma diretta «*in misura proporzionale al (...) reddito*» di ciascuno dei genitori, ma pure che, in caso di necessità, e cioè laddove quest'esigenza di proporzionalità non possa realizzarsi, debba essere disposta la corresponsione di un assegno periodico da parte di un genitore all'altro.

2.2. Interesse del minore o dell'adulto?

Ciò premesso, il d.d.l. è connotato da eccessiva rigidità nel rapporto genitori/figli e dalla lettura della bigenitorialità in termini di una altrettanto rigida ripartizione dei giorni di permanenza dei figli con ciascun genitore. Malgrado nel d.d.l. si faccia più volte riferimento all'interesse dei figli, le norme sembrano muovere da un'altra prospettiva – l'interesse dei genitori –, e quindi da una impostazione adultocentrica, in contrasto con quanto previsto dalla normativa internazionale, dalla dottrina più autorevole e dalla giurisprudenza. A pagina 2 della relazione, dopo aver precisato l'intento di *rimettere al centro la famiglia e i genitori*, si legge che ciò avviene «*restituendo in ogni occasione possibile ai genitori il diritto di decidere sul futuro dei figli*».

La conferma di tale impostazione sta nel contenuto degli articoli 7, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 16, 17, 19 e 22 del d.d.l. dai quali emerge una scarsa considerazione del minore e una scarsa conoscenza delle esigenze dei bambini. L'art. 7 del d.d.l. introduce l'obbligo di inserire nell'ambito della memoria difensiva ex art. 706 c.p.c., a pena di nullità, «*una dettagliata proposta di piano genitoriale che illustri la situazione attuale del minore e le proposte formulate in ordine al suo mantenimento, alla sua istruzione, alla sua educazione e alla sua assistenza morale*». Di piano genitoriale si parla poi anche negli articoli seguenti. Si tratta di un documento che in via sperimentale è utilizzato attualmente da qualche Tribunale, per es. Civitavecchia, ma che, alla stregua di quanto previsto da questo d.d.l., solleva perplessità.

Il piano deve essere innanzitutto *dettagliato* e redatto *a cura dei genitori*. Nulla si dice circa l'attenzione che i genitori dovrebbero avere nel fare scelte che tengano conto delle esigenze, delle inclinazioni e delle preferenze dei figli. La partecipazione – anche solo

indiretta – dei minori alla stesura del piano genitoriale non è prevista, neppure per gli adolescenti. I minori sono soggetti in formazione: le loro esigenze e i loro bisogni cambiano rapidamente e non tollerano una previsione troppo rigida e dettagliata. Si consideri l'ulteriore automatismo che se un coniuge non ha presentato un proprio piano genitoriale, il Presidente del tribunale accoglierà quello dell'altro, ove non contrario all'interesse della prole. È vero che l'art. 13 conferisce ai genitori il diritto di chiedere la *revisione dei piani genitoriali*; ma, come precisa la stessa disposizione, qualora vi sia conflittualità tra le parti il giudice invita i genitori ad intraprendere un percorso di mediazione, con la riproposizione di tutte le problematiche di cui sopra.

Il dettagliato piano genitoriale più che rispondere alle esigenze del minore risponde alle esigenze organizzative dei genitori: il minore è di fatto *oggetto* del piano, senza forme di partecipazione, magari con l'ausilio di un esperto in grado di aiutarlo a dialogare con i genitori e renderli consapevoli dei suoi bisogni, delle sue paure, delle sue incertezze, per giungere a elaborare un piano rispettoso del bambino. Eppure in ambito internazionale l'ascolto del minore ha grande rilievo, perché punta a raccogliere informazioni nel contraddittorio su fatti rilevanti per la decisione, e perché individua le esigenze personali ed educative del minore. La menzionata Convenzione sui Diritti del Fanciullo del 1989 sancisce all'art. 12 che gli Stati garantiscano ai minori il diritto di esprimere le proprie opinioni nell'ambito delle *procedure che li riguardano*. Sulla stessa linea si è espressa la Corte costituzionale italiana, nella sentenza n. 528 del 2000: «*la mancata considerazione del minore, come parte del giudizio, inciderebbe negativamente sulla tutela dei suoi diritti ed in particolare di quello ad uno sviluppo compiuto ed armonico della personalità, implicitamente garantito dalle disposizioni costituzionali*». In ogni caso, l'eccessiva minuzia di disciplina richiesta dal piano genitoriale mal si concilia con situazioni che, coinvolgendo e riguardando minori, sono in continua evoluzione e richiedono flessibilità più che formalizzazione in accordi dettagliati (si pensi alle frequentazioni amicali o ai luoghi di riunione dei minori).

La previsione della nullità del ricorso e della memoria difensiva, come sanzione per il mancato piano genitoriale dettagliato, potrebbe porre dei problemi rispetto al principio processuale della tassatività delle ipotesi di nullità degli atti processuali. Ci sono casi in cui, per la problematicità delle situazioni, si rende necessario disporre una consulenza tecnica di

ufficio per verificare l'idoneità a svolgere le funzioni genitoriali e le condizioni di affido e collocamento, sin dall'udienza presidenziale, così da rendere superfluo, se non addirittura controproducente, il piano genitoriale. Il d.d.l. non spiega che cosa può accadere in casi simili.

2.3. La ripartizione dei tempi

L'art. 11 collega la bigenitorialità a una mera ripartizione paritetica del tempo che il figlio è chiamato a trascorrere con ciascun genitore: «*salvo diverso accordo tra le parti, deve in ogni caso essere garantita alla prole la permanenza di non meno di dodici giorni al mese, compresi i pernottamenti, presso il padre e presso la madre, salvo comprovato e motivato pericolo di pregiudizio per la salute psico-fisica del figlio minore*». Secondo questa disposizione sarebbe nell'interesse del minore trascorrere qualche settimana nell'abitazione del padre e un numero di settimane tendenzialmente analogo nell'abitazione della madre. L'interesse del minore sarebbe inoltre di contare «*su due case*» (relazione, p. 4). È difficile credere che per un bambino sia positivo cambiare casa ogni metà mese: una simile ipotesi è già stressante per un adulto, tant' è vero che gli esperimenti di permanenza a rotazione dei genitori nella casa familiare sono per lo più falliti.

La difesa della figura paterna e la sua importanza fondamentale nella vita di un figlio e nella formazione della personalità non può essere affermata sacrificando la serenità e la tranquillità dei bambini. La suddivisione in tempi paritari tra i genitori comporta per loro l'avere due case, in una sorta di perenne condizione di pendolarismo. La divisione in tempi paritari dovrebbe rimanere misura eccezionale: fraziona il minore, costretto in continuazione a cambiare il proprio modo di essere e il proprio comportamento, in base alle richieste e consuetudini del genitore con cui si trova. E poi, come si realizza la divisione in tempi paritetici per un neonato? Un bimbo di età inferiore ai tre anni, allorché l'attaccamento alla madre è fortissimo, dovrebbe vedersi allontanato da lei per tempi di cui non è in grado di sopportare le conseguenze? Il d.d.l. non opera alcuna distinzione in relazione all'età.

Un soggetto in formazione quale è il minore esige una stabile organizzazione di vita, soprattutto nei casi di separazione dei genitori. Non è nell'interesse del minore vivere da pendolare spostandosi da una casa all'altra, per soddisfare la convinzione di chi ritiene che soltanto in questo modo possa veramente parlarsi di affidamento condiviso. Persino quando

la dottrina e la giurisprudenza si sono trovate ad affrontare casi di affidamento degli animali domestici in caso di separazione coniugale, l'ipotesi del collocamento a settimane alterne è stata in genere rifiutata, in quanto ritenuta non rispettosa delle esigenze e delle abitudini dell'animale. Se tali attenzioni valgono per un cane o per un gatto, perché a maggior ragione non dovrebbero valere per un bambino? Poiché la proposta di divisione in tempi paritetici si inserisce in un progetto di riformulazione della normativa anche in tema di mantenimento, ciò comporta che il minore abbia poi due diversi guardaroba (uno da ciascun genitore), o uno solo da traslocare periodicamente, unitamente ai libri scolastici e a quanto necessario per le attività extrascolastiche: una vita faticosissima, che accentuerebbe il trauma della separazione.

La pariteticità, nell'ottica della bigenitorialità correttamente intesa, deve riguardare anzitutto la responsabilità e l'impegno dei genitori nei confronti della cura integrale dei figli, e si traduce nella partecipazione di entrambi alla loro crescita, nelle diverse fasi dello sviluppo. Una partecipazione che richiede la continua messa in discussione da parte dei genitori, nello sforzo di cogliere davvero i bisogni dei figli, non già dare per scontato che quanto dagli stessi previsto per il loro – creduto – bene sia giusto. Una partecipazione che non può fare a meno del rispettoso dialogo fra i genitori, nel rispetto degli accordi stabiliti ma con elasticità e buon senso nell'applicazione concreta. Una partecipazione, insomma, che non può essere cristallizzata in una rigida pre-determinazione, in aride pagine di un piano che, proprio perché dettagliato, dovrà essere presto oggetto di ridefinizione e di modifica.

Al di là dell'idea singolare del "doppio domicilio dei minori" – di cui si è detto finora –, va segnalata la disposizione secondo cui il genitore che continui a risiedere nella casa familiare «*è (...) tenuto a versare al proprietario dell'immobile un indennizzo pari al canone di locazione computato sulla base dei correnti prezzi di mercato*». Una regolamentazione così rigorosa rischia di contraddire la funzione stessa riconosciuta al provvedimento di assegnazione della casa familiare. L'idea che sta dietro la possibilità dell'assegnazione della casa familiare è che il soddisfacimento di un'esigenza dei figli – e forse anche solo del coniuge più debole – comporti un sacrificio a carico dell'altro genitore proprietario dell'immobile. Ben più equilibrata è la disposizione vigente, che invece il d.d.l. punta a superare, e cioè la necessità di tenere conto dei vantaggi derivanti dal godimento della casa

in sede di determinazione dell'assegno a favore del coniuge assegnatario che versi in difficoltà economica.

Restando sul tema della casa di abitazione, cosa vuol dire poi che «*non può continuare a risiedere nella casa familiare il genitore che non ne sia proprietario o titolare di specifico diritto di usufrutto, uso, abitazione, comodato o locazione*»? Il provvedimento di assegnazione non ha senso proprio in ipotesi di questo tipo? Se l'assegnatario ha già un titolo di godimento della casa familiare a che serve il provvedimento di assegnazione?

Desta inoltre perplessità, sempre in ordine al rapporto genitori/figli, quanto previsto dall'ultima parte dell'art. 14, laddove, nel trattare l'ipotesi del «*trasferimento del minore non autorizzato in via preventiva da entrambi i genitori o dal giudice*», si considera ciò sempre e comunque contrario *al superiore interesse del minore* e *privo di ogni efficacia giuridica.* Non solo, si stabilisce altresì che «*è compito delle autorità di pubblica sicurezza, su segnalazione di uno dei genitori, adoperarsi per ricondurre immediatamente il minore alla sua residenza qualora sia stato allontanato senza il consenso di entrambi i genitori o l'ordine del giudice*». La norma non considera che un minore possa essere allontanato, proprio nel suo interesse, per ragioni di sicurezza; la norma non prevede deroghe, ad es. per "giustificati motivi", quali quelli relativi della violenza verbale o fisica di un genitore. Non è inoltre previsto alcun controllo o indagine da parte delle autorità di pubblica sicurezza, chiamate semplicemente ad «*adoperarsi per ricondurre*» – addirittura *immediatamente* – «*il minore alla sua residenza*». In tutto ciò, ancora una volta, non è contemplato l'ascolto del minore, che quindi potrebbe essere ricondotto con la forza in luogo per lui pericoloso.

2.4. L'intervento in giudizio dei nonni

Opinabile, con riferimento all'art. 11, è la previsione di un possibile intervento dei nonni nel giudizio: «*gli ascendenti del minore possono intervenire nel giudizio di affidamento con le forme dell'art. 105 del c.p.c.*». La presenza dei nonni è fondamentale nella vita dei bambini, oltre a essere spesso di grande aiuto per i genitori per organizzare e conciliare i diversi impegni lavorativi e familiari. Ma l'esperienza ed il buon senso suggeriscono di evitare nelle questioni familiari l'intromissione di soggetti che – seppur mossi magari dalle migliori intenzioni – non potrebbero far altro che alimentare ulteriormente il conflitto. Lo

testimoniano, ad esempio, le numerose coppie finite in Tribunale proprio a causa dell'invadenza e dell'intromissione di suoceri e suocere.

Sembra incoerente che un disegno di legge che si pone l'ambizioso traguardo di diminuire la litigiosità nei procedimenti di famiglia consenta ad altri soggetti – non meno coinvolti e/o talora corresponsabili della conflittualità – di intervenire in giudizio, processualmente legittimati. I giudici ricorderanno con una punta di invidia Re Salomone, che in fondo fu chiamato a stabilire fra due sole contendenti quale avesse "diritto" al bambino. Di questo invero si tratta: adulti che rivendicano un preteso "diritto" in nome "dell'amore" verso un minore. Se si fosse voluto considerare almeno in termini equivalenti un corrispondente diritto del minore, si sarebbe dovuta prevedere la possibilità di un intervento del curatore speciale, cioè del soggetto che è chiamato a tutelare la posizione del figlio nei procedimenti in cui si discute di suoi diritti e vi è un potenziale conflitto con le posizioni dei genitori (cui questo d.d.l. aggiunge le posizioni dei nonni). Se l'articolo 11 afferma il diritto del minore «*di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale*», e questa non è una mera petizione di principio, il minore deve godere quanto meno della stessa possibilità di far valere tale diritto in giudizio, come la hanno gli ascendenti.

Se questo d.d.l. non fosse attraversato da una visione adulto-centrica, sarebbe sufficiente il vigente art. 317 *bis*[3], che riconosce agli ascendenti la possibilità "*nell'interesse del minore*" di ricorrere, instaurando un procedimento di volontaria giurisdizione, ex art. 336 c.c. Sotto il profilo processuale, la possibilità di intervenire in giudizio di separazione o divorzio ex art 105 c.p.c.[4] pone certamente il problema di identificare quale sia il diritto in senso stretto azionabile da parte degli ascendenti*,* «*oggettivamente connesso con quello che costituisce*

[3] Ai sensi dell'art. 317 *bis* c.c.: «*Gli ascendenti hanno diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni*.
L'ascendente al quale è impedito l'esercizio di tale diritto può ricorrere al giudice del luogo di residenza abituale del minore affinché siano adottati i provvedimenti più idonei nell'esclusivo interesse del minore. Si applica l'articolo 336, secondo comma».

[4] Ai sensi dell'art. 105 c.p.c.: «C*iascuno può intervenire in un processo tra altre persone per far valere, in confronto di tutte le altre parti o di alcune di esse, un diritto relativo all'oggetto o dipendente dal titolo dedotto nel processo medesimo. Può altresì intervenire per sostenere le ragioni di alcuna delle parti, quando vi ha un proprio interesse*».

oggetto del processo già pendente»[5]. Chiarire quale sia il contenuto e il fondamento del diritto degli ascendenti farebbe comprendere – posto che la norma afferma il diritto del minore a conservare rapporti significativi "*con i parenti di ciascun ramo genitoriale*", pur non contemplando alcuna azione per la tutela di tale diritto – per quale ragione non sia stata prevista la possibilità di intervenire ex art. 105 c.p.c. anche per gli altri parenti appartenenti a ciascun ramo genitoriale: perché la nonna con la quale in concreto il minore non ha avuto relazioni continuative, e non invece la zia, con la quale è intercorso un rapporto più stretto?

Un altro aspetto da chiarire allorché si ammette la possibilità di partecipare al contenzioso anche agli ascendenti è se anche loro debbano, a pena di improcedibilità, proporre domanda di mediazione. La logica e l'analogia per quanto avviene per altri tipi di procedimento, e per quanto previsto per la domanda dei coniugi, porterebbe ad una risposta positiva, ma di improcedibilità il testo dell'articolo qui non fa menzione.

3. Il mantenimento dei figli in forma diretta

Il d.d.l. introduce novità sul mantenimento dei figli, enfatizzando la forma diretta quale migliore, in quanto contribuirebbe – come si legge a p. 3 della relazione – «*a una percezione nel minore di maggiore benessere economico non dovendo più il genitore veder mediato il proprio contributo da una persona – l'ex partner – in cui a torto o ragione non ha fiducia*». Non si comprende per quale motivo il minore dovrebbe avere una *percezione di maggior benessere economico* in caso di mantenimento diretto: se mai in caso di genitori con differenti capacità reddituali egli percepirebbe la netta differenza fra i due genitori. Lascia più perplessi che questa disposizione non tenga conto di quel che accade nella realtà.

Astrattamente parlando, il mantenimento diretto di per sé non sarebbe una forma criticabile: è già previsto dall'attuale normativa. Tuttavia, un'analisi della realtà sociale italiana fa pervenire ad altre conclusioni, come anche osservato dal Consiglio Nazionale Forense nelle "*Linee guida per la regolamentazione delle modalità di mantenimento dei figli nelle cause di diritto familiare*" (29 novembre 2017): «*non può sottacersi che questo modello familiare, fondato sull'effettiva eguaglianza economico-sociale, giuridica e culturale dei due genitori sembra faticare ad affermarsi nella nostra società, dove invece i ruoli genitoriali*

[5] Cfr. C. MANDRIOLI, *Diritto Processuale Civile*, vol. I § 55.

tradizionali, che assegnano alla madre la prevalenza dei compiti di cura ed accudimento, sono ancora molto marcati. L'assegno periodico di mantenimento, pertanto, trova la sua necessità nel diverso tempo di cura dedicato da ciascun genitore ai figli e in attuazione dei principi costituzionali di eguaglianza e solidarietà familiare disciplinati dall'art. 316 bis c.c.».

La rigida previsione del d.d.l. manca dell'idea di *solidarietà* fra i genitori, nell'interesse dei figli. L'art. 11 sul mantenimento diretto non considera le disuguaglianze ancora presenti, specie in ambito lavorativo, fra uomini e donne, e contraddice l'obiettivo dichiarato di porre la famiglia al centro e di garantire l'eguaglianza fra i genitori. Si pone piuttosto come ostacolo all'instaurazione di un dialogo fra i genitori, in quanto tende a accentuare le disuguaglianze, e con esse i conflitti.

La corresponsione a carico di un genitore di un assegno periodico potrà essere prevista solo "ove strettamente necessario e in via residuale", ma dovranno essere indicate le modalità e le iniziative cui le parti dovranno attenersi, «*per giungere al mantenimento diretto della prole*» (art. 11 comma 8). Questa forma di assistenza economica in favore del minore, alternativa all'assegno di mantenimento, prevede che il genitore provveda personalmente alle spese ordinarie del figlio durante il periodo che trascorre con lui. La relazione al d.d.l. fa riferimento «*all'antiquata idea dell'assegno*» (p. 2, 1° cpv.), vigente in Italia, che intende eliminare, proponendo invece la suddivisione per capitoli di spesa tra i genitori, in relazione alle abitudini e al tenore di vita. Il limite di tale opzione è che, ove anche si riuscisse nella complessa opera di individuare le spese necessarie per un figlio in un futuro più o meno prossimo, ciò accentuerebbe agli occhi del figlio le diverse potenzialità economiche dei genitori, a scapito di quello economicamente più debole. L'assegno offre una possibilità perequativa, per cui se il figlio frequenta una certa scuola o può mantenere un determinato tenore di vita, ciò dipende, per lui, dall'intervento di entrambi i genitori. Infine, e non trascurabile, è da segnalare il probabile aumento di contenzioso che deriverà dall'applicazione del mantenimento per capitoli di spesa, laddove un genitore faccia scelte per gli acquisti non condivisi per natura, qualità o quantità, dall'altro genitore.

4. La "alienazione genitoriale"

L'art. 17 del d.d.l. prevede che il giudice adotti provvedimenti qualora durante o dopo la separazione la condotta di uno dei genitori costituisca «*causa di grave pregiudizio ai diritti relazionali del figlio minore e degli altri familiari, ostacolando il mantenimento di un rapporto equilibrato e continuativo con l'altro genitore e la conservazione di rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale*». La condotta cui fa riferimento l'articolo in esame è quella comunemente chiamata *alienazione parentale* o *genitoriale*, come peraltro precisa la relazione a p. 4: «*è grazie al godimento del diritto ad avere relazioni con i propri familiari che le persone possono, nel contempo, esercitare i doveri legati al "fare famiglia"*».

È indiscutibile per il minore mantenere una relazione stabile e continuativa con tutti i familiari. Tuttavia l'esperienza insegna che vi sono dei casi in cui questo non è possibile, come ad es. quando uno dei genitori ha atteggiamenti tali da esigere una limitazione delle frequentazioni genitore/figlio. Altrettanto indiscutibile è che ogni genitore dovrebbe, nell'interesse dei minori, evitare condotte tali da sminuire l'immagine dell'altro genitore, in particolare agli occhi del figlio. Tuttavia, l'*alienazione genitoriale* – quella che fino al 2012, prima di una pronuncia sull'argomento da parte del Ministero della Salute, veniva chiamata PAS/sindrome di alienazione parentale – è un concetto che si è cercato di introdurre nelle aule di Tribunale per costringere un minore ad accettare la relazione col genitore "rifiutato": un concetto elaborato negli USA a partire dal 1985, che ha suscitato critiche e perplessità – lo riconosce la relazione a p.4 –, non avendo fondamento scientifico. Il Ministro della salute italiano, a seguito dell'interpellanza parlamentare n. 2-01706 del 16 dicembre 2012 n. 704, ha affermato che: «*sebbene la PAS sia stata denominata arbitrariamente dai suoi proponenti con il termine "disturbo", in linea con la comunità scientifica internazionale, l'Istituto Superiore di Sanità non ritiene che tale costrutto abbia né sufficiente sostegno empirico da dati di ricerca, né rilevanza clinica tali da poter essere considerate una patologia e, dunque, essere inclusa tra i disturbi mentali nei manuali diagnostici*».

Nel d.d.l., nonostante la consapevolezza delle critiche sollevate, si è nondimeno attribuita importanza a tale voce, non tenendo però conto del fatto che se un bambino rifiuta la relazione con un genitore non necessariamente lo fa perché è stato manipolato dall'altro genitore. Nel 2013 la Suprema Corte di Cassazione, con la sentenza n. 7041 del 2013, I sez. Civile ha affrontato un caso in cui il giudice di merito si era basato su una consulenza che aderiva a

tale teoria. Così ha sancito il Giudice di legittimità: «*sono state richiamate le perplessità del mondo accademico internazionale, al punto che il Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali (DSM) non la riconosce come sindrome o malattia; che si è evidenziato che vari autori spagnoli, all'esito di una ricerca compiuta nel 2008, hanno sottolineato la mancanza di rigore scientifico del concetto di PAS e che, nel 2009, le psicologhe B.C. e V.S., la prima spagnola e la seconda argentina, hanno sostenuto, in una pubblicazione del 2009, che la PAS sarebbe un "costrutto pseudo scientifico". Nell'anno 2010, inoltre, la Asociacion Espanola de Neuropsiquiatria ha posto in evidenza i rischi dell'applicazione, in ambito forense, della PAS, non diversamente da quanto già manifestato nel 2003, in USA, dalla National District Attorneys Association, che in nota informativa sosteneva l'assenza di fondamento della teoria, "in grado di minacciare l'integrità del sistema penale e la sicurezza dei bambini vittime di abusi". Sono stati altresì richiamati i rilievi in base ai quali, anche volendo accedere alla validità scientifica della PAS, molti dei suoi caratteri, come definiti dal suo sostenitore principale, Richard Gardner (nei cui confronti non sono mancati accenni poco lusinghieri, quale l'essersi presentato quale Professore di psichiatria infantile presso la Columbia University, essendo un mero "volontario non retribuito", e persino l'aver giustificato la pedofilia), non sarebbero riscontrabili nel caso di specie. (...) L'altro principio, parimenti disatteso e non meno importante, riguarda la necessità che il giudice del merito, ricorrendo alle proprie cognizioni scientifiche (Cass. 14759 del 2007; Cass., 18 novembre 1997, n. 11440), ovvero avvalendosi di idonei esperti, verifichi il fondamento, sul piano scientifico, di una consulenza che presenti devianze dalla scienza medica ufficiale (Cass. 3 febbraio 2012, n. 1652; Cass. 25 agosto 2005, n. 17324). Il rilevo secondo cui in materia psicologica, anche a causa della variabilità dei casi e della natura induttiva delle ipotesi diagnostiche, il processo di validazione delle teorie, in senso popperiano, può non risultare agevole, non deve indurre a una rassegnata rinuncia, potendosi ben ricorrere alla comparazione statistica dei casi clinici. Di certo non può ritenersi che, soprattutto in ambito giudiziario, possano adottarsi delle soluzioni prive del necessario conforto scientifico, come tali potenzialmente produttive di danni ancor più gravi di quelli che le teorie ad esse sottese, non prudentemente e rigorosamente verificate, pretendono di scongiurare*».

La Cassazione richiama alla prudenza, e prudenza dovrebbe seguire pure il legislatore. In una materia così delicata che coinvolge i minori, una norma, che abbia come presupposto

una teoria come quella menzionata, rischia di ledere la dignità della persona. Accreditati studi scientifici frutto di ricerche di psicobiologia nel campo delle neuroscienze affettive insegnano che quando un bambino si sente a disagio con un genitore ed evita la frequentazione con lo stesso, nella quasi totalità dei casi lo fa perché ha paura e la paura – un'emozione primaria, istintiva, non condizionata – è in genere provocata dal comportamento violento (fisico o anche solo verbale) del genitore rifiutato, se non addirittura da abusi sessuali o atteggiamenti che mettono il minore a disagio.

Il d.d.l. in esame, come detto, sembra non considerare tutto ciò, prevedendo addirittura che i provvedimenti di cui agli articoli 342 t*er* e 342 *quater* del codice civile «*possono essere applicati, nell'esclusivo interesse del minore, 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*». A parte il fatto che il richiamo all'interesse del minore, per il contesto normativo in cui è collocato, risulta essere un inciso privo di significato, non può non esser criticata questa disposizione nella misura in cui prevede la possibilità – per il solo rifiuto del minore verso uno dei genitori – di applicare provvedimenti sanzionatori all'altro genitore «*pur in assenza di evidenti condotte*»: è una presunzione *ex lege* di alienazione genitoriale, che ipotizza un'estensione della disciplina degli ordini di protezione contro gli abusi familiari pur quando abusi non vi siano stati. Nulla si dice in merito all'importanza di ascoltare il minore e di comprendere, con l'ausilio di esperti qualificati, le ragioni del suo disagio o del suo rifiuto. Malgrado il richiamo *all'interesse del minore*, l'ascolto del bambino non è previsto, contrariamente a quanto sancito dalle convenzioni internazionali e dalla giurisprudenza costituzionale. Come in altri passaggi, anche su questo versante il d.d.l. non tiene conto di previsioni già contenute nell'ordinamento in vigore: per es., nel caso di condotta del genitore pregiudizievole ai figli, che però non sia tale da dar luogo alla decadenza dalla responsabilità genitoriale, esiste già la previsione dell'art. 333 c.c., che offre uno strumento di tutela sufficientemente duttile.

5. Varie, in conclusione

5.1. Eliminato l'ammonimento

L'art. 9 del d.d.l. modifica l'art 709 *ter* c.p.c. che titola "soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze e violazioni", ricomprendendo in tali fattispecie eventuali inadempienze o "manipolazioni psichiche" oltre agli atti che arrechino pregiudizio al minore. Viene eliminata la previsione dell'ammonimento e si stabiliscono solo le già esistenti ipotesi risarcitorie, anche se gli importi della sanzione pecuniaria vengono fortemente elevati: ciò non è condivisibile perché 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 fini di lucro.

5.2. Ridotti i termini processuali

La riduzione dei termini di fissazione dell'udienza presidenziale, da 90 a 40 giorni dalla data di deposito del ricorso, potrebbe creare problemi nella predisposizione delle difese del convenuto. Se è vero che l'udienza presidenziale ha carattere sommario e i provvedimenti adottati sono provvisori, quindi modificabili in corso di causa, è altrettanto vero che quante più informazioni documentate vengono proposte e vagliate dal Presidente facente funzioni, tanto più la decisione, benché provvisoria, sarà adeguata alle circostanze di fatto, e spesso condurrà le parti a una definizione consensuale del procedimento. Ma se il resistente, per i termini troppo brevi, non sarà in grado di procurare la documentazione a propria difesa, quanto meno quella più importante (ad es. estratti conto bancari), questo compromette la possibilità che il Presidente assuma i provvedimenti provvisori avendo un quadro sufficientemente adeguato della situazione. Il che comporterà la necessità di prolungare il procedimento per consentire un'istruttoria più completa o il ricorso agli strumenti di impugnazione, con incremento di attività processuale.

5.3. Le disposizioni sui figli maggiorenni

L'art. 15 del d.d.l. modifica l'art 337 *septies* c.c. che prevede disposizioni in favore dei figli maggiorenni, e introduce la consegna al figlio dell'assegno di mantenimento da parte dei genitori, anche ove egli abiti stabilmente con uno di loro. La corresponsione diretta al figlio maggiorenne oggi viene statuita con prudenza, per evitare contenziosi familiari che facilmente potrebbero insorgere se il ragazzo utilizzasse il denaro per sé, senza partecipare

alle spese del proprio mantenimento. Il rischio è di aprire un nuovo fronte di contenzioso familiare, che coinvolga anche i figli. Neppure appare condivisibile la previsione che l'obbligo di mantenimento cessi tout court con il compimento del 25° anno di età. Il percorso scolastico spesso prevede tempi più lunghi; perché il genitore non dovrebbe sostenerlo, cosa che farebbe nel caso di famiglia unita? Perché porre in una situazione di vantaggio il genitore separato e, soprattutto, in una condizione di sfavore il figlio di coppia separata? Una norma del genere si manifesta in modo palese come irragionevole, e quindi incostituzionale.

5.4. L'eliminazione dell'addebito e della sanzioni contro la violazione degli obblighi

L'art. 19 del d.d.l. abroga l'art. 151, co 2 c.c., in base al quale «*Il giudice pronunziando la separazione, dichiara, ove ne ricorrano le circostanze e ne sia richiesto, a quale dei coniugi sia addebitabile la separazione, in considerazione del suo comportamento contrario ai doveri che derivano dal matrimonio*». L'art. 21 abroga l'art. 570 *bis* c.p. *Violazione degli obblighi di assistenza familiare in caso di separazione o di scioglimento del matrimonio:* «*Le pene previste dall'articolo 570 si applicano al coniuge che si sottrae all'obbligo di corresponsione di ogni tipologia di assegno dovuto in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio ovvero vìola gli obblighi di natura economica in materia di separazione dei coniugi e di affidamento condiviso dei figli*». Con questo sono lasciati privi di tutela gli obblighi di cui agli articoli 143, 147 e 148 c.c.[6], sia sul piano civile che su quello penale, svuotandoli conseguentemente di significato: non sono obblighi di carattere morale, ma hanno uno specifico contenuto giuridico.

---

[6] ***c.c. art. 143. Diritti e doveri reciproci dei coniugi.***
Con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri [Cost. 29, 30].
Dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione.
Entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia.
c.c. art. 147. Doveri verso i figli.
Il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire, educare e assistere moralmente i figli, nel rispetto delle loro capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni, secondo quanto previsto dall'articolo 315-bis. [Cost. 30] .
c.c. art. 148. Concorso negli oneri.
I coniugi devono adempiere l'obbligo di cui all'articolo 147, secondo quanto previsto dall'articolo 316-bis.

Un ordinamento che non preveda la possibilità di esecuzione specifica di un obbligo di legge e/o di sanzione in caso di violazione dello stesso, è un ordinamento che viene meno al suo scopo. In virtù di tali abrogazioni, gli impegni assunti con il matrimonio e la famiglia stessa avrebbero minore tutela – se non addirittura inesistente – rispetto a quella prevista per un contratto di leasing o di mutuo. Con il venir meno dell'addebito, infatti, il coniuge che ha avuto *un comportamento contrario ai doveri che derivano dal matrimonio* non solo non sarebbe condannato alle spese, ma non perderebbe neppure i diritti successori. Si tratta in definitiva di un'altra disposizione in grado di alimentare il conflitto e le tensioni fra persone che hanno deciso di separarsi.

Roma, 30 ottobre 2018

ORDINANZA DEL 15 MARZO 2018 DEL TRIBUNALE DI PISA SUL RICORSO PROPOSTO DA R. G. R. G., G. G. E R. D. E. CONTRO IL SINDACO DEL COMUNE DI PISA

Stato civile - Atto di nascita - Filiazione - Riconoscimento - Preclusione della possibilità di formare un atto di nascita in cui vengano riconosciute come genitori di cittadino di nazionalità straniera due persone dello stesso sesso quando la filiazione sia stabilita sulla base della legge nazionale del figlio, individuata in applicazione dell'art. 33 della legge n. 218 del 1995.

Codice civile, artt. 250 e 449; decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della L. 15 maggio 1997, n. 127), art. 29, comma 2 [, e art. 44, comma 1]; legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), artt. 5 e 8.

IL TRIBUNALE DI PISA

in composizione collegiale, in persona dei magistrati:

dott. Nicola Antonio Dinisi, Presidente;

dott. Marco Viani, giudice relatore/estensore;

dott. Enrico D'Alfonso, giudice,

a scioglimento della riserva che precede, ha pronunciato la seguente ordinanza, osservato quanto segue.

Le ricorrenti, l'una cittadina statunitense e l'altra cittadina italiana, in proprio e nella dichiarata qualità di genitori del figlio minore, hanno presentato ricorso ex art. 95 decreto del Presidente della Repubblica 396/2000 esponendo che il minore era nato a Pontedera e che l'ufficiale dello stato civile del Comune di Pisa si era rifiutato di ricevere la dichiarazione di nascita espressa congiuntamente dalla ricorrente cittadina statunitense quale madre gestazionale, e dalla ricorrente cittadina italiana quale madre intenzionale, in forza del consenso alla fecondazione eterologa (avvenuta in Danimarca).

Secondo l'Ufficiale di Stato civile, il riconoscimento non era consentito dall'art. 250 c.c., che fa riferimento a un genitore di sesso maschile e a uno di sesso femminile.

Le ricorrenti hanno argomentato che dovevano applicarsi gli artt. 8 e 9 della legge 40/2004 secondo cui il consenso alla donazione di gamete rende genitore (ritenendo la discriminazione di genere vietata dalla Costituzione e dalla CEDU), e comunque la norma di diritto internazionale privato italiano che rinvia in materia di riconoscimento alla legge personale del minore e, in caso di più cittadinanze, comunque quella più favorevole (osservando che in forza della legge dello Stato del Wisconsin i soggetti che hanno prestato il consenso alla procreazione medicalmente assistita eterologa sono genitori senza discriminazione di genere), dolendosi inoltre che fosse stata negata al minore la cittadinanza dell'Unione europea in violazione del principio di non discriminazione per orientamento sessuale in relazione all'art. 20 TFUE.

In punto di fatto, premesso di coltivare da anni una relazione affettiva stabile e di aver contratto matrimonio negli Stati Uniti il 1° agosto 2014, hanno esposto di aver avviato una procedura di procreazione medicalmente assistita eterologa con seme di donatore anonimo, esprimendo entrambe consenso.

Hanno poi argomentato che l'omogenitorialità non è contraria all'ordine pubblico e che nessuna norma stabilisce nell'ordinamento italiano che i genitori debbano essere necessariamente di due generi anagrafici diversi, mentre diversi provvedimenti dell'autorità giudiziaria italiana che hanno ammesso una simile filiazione.

Hanno invocato gli artt. 3 e 31 Cost., che proscrivono interpretazioni discriminatorie, lesive del diritto fondamentale alla formazione della famiglia, riconosciuto e tutelato dagli artt. 2 e 31 Cost.

Hanno richiamato precedenti che hanno consentito l'adozione in casi particolari ex art. 44 lettera *d)* legge 184/1983 da parte della compagna della madre biologica (Trib. Min. Roma, 30 luglio 2014; App. Roma, 23 dicembre 2015), che hanno ordinato la trascrizione di un certificato di nascita straniero che indicava due madri quale genitrici (App. Torino, 4 dicembre 2014) o riconosciuto l'efficacia di un decreto straniero di adozione coparentale (App. Milano, 1° dicembre 2015).

Hanno citato poi Cass., 11 gennaio 2013 n. 601 (secondo cui l'inserimento di un minore in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale non è di per sé dannoso), e la pronuncia della Corte EDU X c. Austria (19 febbraio 2013, che ha ritenuto contraria all'art. 14 della Convenzione EDU la differenza di trattamento che la legge austriaca riservava al partner

omosessuale, che non poteva adottare il figlio del compagno, mentre ciò sarebbe stato consentito al partner eterosessuale).

Hanno argomentato che ai sensi dell'art. 8 legge 40/2004 i nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime e che ciò valeva anche per coppie, del medesimo o di diverso sesso, che avessero fatto ricorso all'estero alla procreazione medicalmente assistita, e che, ai sensi del successivo art. 9, in caso di ricorso a procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo il coniuge o il convivente che vi hanno consentito non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità.

Hanno anche osservato che secondo la giurisprudenza della Corte EDU, pur se l'accesso alla PMA eterologa non è un diritto imposto agli Stati dalla Convenzione, pur tuttavia laddove un diritto è liberamente riconosciuto e ammesso dallo Stato, questo non può discriminare in ragione dell'orientamento sessuale. Hanno invocato comunque la garanzia dell'interesse del minore alla bigenitorialità.

Dal punto di vista del diritto internazionale privato, hanno osservato che la legge personale della madre gestazionale è quella dello Stato del Wisconsin, quale stato di ultima residenza (*domicile*), e che il figlio ha quindi la cittadinanza statunitense per nascita, e hanno richiamato l'art. 33 comma 1 legge d.i.p. («*Lo stato di figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio o, se più favorevole, dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino, al momento della nascita*»).

Hanno quindi esposto che la legge dello Stato del Wisconsin considera genitore il coniuge che ha dato il consenso davanti ad un medico alla procreazione medicalmente assistita, anche eterologa [*2013-14 Wisconsin Statutes, Art. 891.40 (1) If, under the supervision of a licensed physician and with the consent of her husband, a wife is inseminated artificially with semen donated by a man not her husband, the husband of the mother at the time of the conception of the child shall be the natural father of a child conceived. The husband's consent must be in writing and signed by him and his wife. The physician shall certify their signatures and the date of the insemination, and shall file the husband's consent with the department of health services, where it shall be kept confidential and in a sealed file except as provided in s. 46.03 (7) (bm). However, the physician's failure to file the consent form does not affect the*

legal status of father and child ... (Se, sotto la supervisione di un medico autorizzato e con il consenso del marito, una moglie è sottoposta a inseminazione artificiale con sperma donato da un uomo che non è il marito, il marito della madre al momento del concepimento del figlio sarà il padre biologico [si traduce in questo modo l'espressione *natural father* per evitare equivoci con quella italiana di padre naturale] del figlio concepito. Il consenso del marito deve essere rilasciato per atto scritto firmato da lui e dalla moglie. Il medico certificherà le firme e la data dell'inseminazione, e invierà il consenso del marito al *department of health*, dove sarà mantenuto riservato in un archivio segreto, salvo che per quanto previsto all'art. 46.03. Comunque, il mancato invio del consenso del marito da parte del medico non inficia lo *status* legale del padre e del figlio...)], precisando che, a livello federale a seguito della sentenza della Corte federale degli Stati uniti Obergefell, ma per lo Stato del Wisconsin già con la sentenza definitiva del 2014 Baskin v. Bogan, tutte le norme devono essere lette in senso neutro per quanto riguarda il genere (gender-neutral).

Hanno infine argomentato che, come la perdita, anche l'acquisizione della cittadinanza europea ricade nella sfera del diritto dell'Unione e che quindi le norme che attuino nell'acquisizione della cittadinanza una discriminazione, anche per associazione, motivata dall'orientamento sessuale devono essere disapplicate.

Hanno quindi chiesto che, accertata l'illegittimità del rifiuto, il Tribunale ordinasse la rettificazione dell'anno di nascita, perché vi fosse indicato che il minore era nato a seguito di tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo con consenso prestato da entrambe le ricorrenti.

L'Avvocatura dello Stato, per conto del Sindaco quale Ufficiale del Governo, del Ministro dell'interno e dell'Ufficio territoriale del Governo, premesso che l'atto di matrimonio delle ricorrenti non era trascrivibile in Italia, e che nel nostro ordinamento le ricorrenti non avevano lo *status* di coniugi, ha osservato che il bambino era nato in Italia, sicché il Sindaco era chiamato a formare un atto di nascita e non a trascriverne uno formato all'estero, che non vi era alcun legame biologico tra la madre intenzionale e il bambino, e che la stessa chiedeva di esserne riconosciuta genitrice e non di adottarlo.

Ha pertanto richiamato numerose disposizioni dell'ordinamento italiano che presuppongono la diversità di sesso tra i genitori (e segnatamente gli artt. 231, 243 -*bis*, 250, 269 comma 3 c.c., 5, 6, 8, 9,11 legge 40/04), concludendo pertanto per l'inapplicabilità diretta

degli artt. 8 e 9 della legge 40/04 (osservando che, anche dopo la sentenza della Corte costituzionale 162/2014, l'accesso alla procreazione medicalmente assistita eterologa era consentito solamente in caso di accertata patologia da cui dipendeva la sterilità o infertilità assoluta, fermi i requisiti soggettivi già previsti e quindi anche la diversità di sesso).

Ha ritenuto inconferente il richiamo dell'art. 8 CEDU, che non fonda né un diritto alla prole, né un diritto ad avere due genitori, osservando che non vi è alcuna discriminazione di genere, perché neppure una coppia eterosessuale, che avesse fatto ricorso alla procreazione medicalmente assistita eterologa all'estero in violazione delle disposizioni di legge italiana, potrebbe ottenere la formazione in Italia di un atto di nascita in cui il genitore intenzionale venga indicato come genitore, e che comunque la giurisprudenza della Corte EDU si era sempre riferita all'adozione mentre l'unica volta che si era occupata di divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa (S.H. et al. c. Austria) aveva concluso che si trattava di materia controversa, eticamente sensibile, nella quale gli Stati hanno ampio margine di apprezzamento, e il bilanciamento non è lesivo dell'art. 8 della Convenzione: in ogni caso, la contrarietà con la CEDU non consente la disapplicazione. Ha poi argomentato che la tutela del minore non poteva condurre al superamento di un divieto di legge.

Quanto ai profili di diritto internazionale privato, ha argomentato che non si doveva applicare l'art. 33 legge d.i.p. ma l'art. 35, trattandosi di riconoscimento, e che pertanto la capacità del genitore di fare il riconoscimento era regolata dalla legge italiana. Ha osservato che non vi era prova che si dovesse applicare al figlio la legge del Wisconsin e che comunque non era dimostrato che tale legge riconoscesse effettivamente la co-genitorialità alla coppia omosessuale che avesse fatto ricorso alla procreazione medicalmente assistita eterologa. Ha comunque eccepito che una tale legge straniera sarebbe stata comunque contraria all'ordine pubblico (art. 16 legge d.i.p.) e che comunque la sua applicazione sarebbe impedita, ai sensi dell'art. 17 legge d.i.p., perché la normativa italiana aveva carattere di applicazione necessaria.

Ha infine osservato che il minore non aveva mai acquisito la cittadinanza europea, sicché era fuori di luogo il richiamo alla giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di perdita di tale cittadinanza. Ha chiesto pertanto il rigetto del ricorso.

Anche il pubblico ministero si è opposto all'accoglimento del ricorso.

Con provvedimento dell'8 febbraio 2017 il Collegio ha nominato un curatore speciale del minore in persona dell'avv. David Cerri che si è costituito aderendo alla richiesta delle ricorrenti e concludendo per l'accoglimento della domanda.

Ad avviso del Collegio, il diritto interno presuppone che i genitori abbiano sesso diverso, come si desume:

a) da una serie di disposizioni del Codice civile che utilizzano la terminologia di «*padre*» e «*madre*», o di «*marito*» e «*moglie*», e che comunque modellano la nozione di paternità e di maternità sul dato biologico, e segnatamente:

l'art. 231: «*Il marito è padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio*»; l'art. 243 *-bis*: «*L'azione di disconoscimento di paternità del figlio nato nel matrimonio può essere esercitata dal marito, dalla madre e dal figlio medesimo. Chi esercita l'azione è ammesso a provare che non sussiste rapporto di filiazione tra il figlio e il presunto padre. La sola dichiarazione della madre non esclude la paternità*»;

l'art. 250 comma 1: «*Il figlio nato fuori del matrimonio può essere riconosciuto, nei modi previsti dall'art. 254, dalla madre e dal padre, anche se già uniti in matrimonio con altra persona all'epoca del concepimento. Il riconoscimento può avvenire tanto congiuntamente quanto separatamente*»;

l'art. 269: «*La paternità e la maternità possono essere giudizialmente dichiarate nei casi in cui il riconoscimento è ammesso. La prova della paternità e della maternità può essere data con ogni mezzo. La maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre. La sola dichiarazione della madre e la sola esistenza di rapporti tra la madre e il preteso padre all'epoca del concepimento non costituiscono prova della paternità*»,

b) dall'art. 6 comma 1 legge 184/83: «*L'adozione è consentita a coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni*» (con riferimento all'adozione legittimante);

c) dall'art. 5 della legge 40/2004: «*Fermo restando quanto stabilito dall'art. 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi*».

Che il legislatore italiano riconosca la genitorialità solo in relazione a coppie di sesso diverso emerge in trasparenza anche dalla considerazione che il divieto di applicare tecniche

di procreazione assistita a coppie dello stesso sesso è presidiato da una sanzione amministrativa di elevatissimo importo (art. 12, comma 2, legge 40/04, con riferimento all'art. 5, disposizione dichiarata in parte illegittima da Corte cost., 162/14, con riferimento alla parziale illegittimità costituzionale del divieto di procreazione assistita eterologa, ma tuttora vigente per questa ipotesi, come si legge, fra l'altro, nella motivazione di Cass., 30 settembre 2016 n. 19599).

Infine, a definitiva chiusura del sistema, deve osservarsi che, ai sensi dell'art. 32 -*bis* legge d.i.p., introdotto dal decreto legislativo 7/17, «Il matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani con persona dello stesso sesso produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana», e quindi il nostro ordinamento non riconosce, per i cittadini italiani, le conseguenze del matrimonio *same-sex* contratto all'estero in materia di filiazione.

Se è vero che l'art. 1 comma 20 legge 76/2016 prevede «*Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole "coniuge", "coniugi" o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti*», la parziale neutralizzazione che si è così ottenuta non sposta i termini del problema.

Non soltanto, infatti, la legge ben distingue il matrimonio dall'unione civile, ma dal rinvio restano esclusi, per espressa previsione normativa, in quanto non richiamate, le disposizioni che regolano la paternità e la maternità, quelle che regolano l'affinità, quelle che consentono l'adozione legittimante.

La disposizione in esame, quindi, non fa venire meno, almeno nella materia all'esame del giudice, il carattere *non gender-neutral* del diritto italiano.

Anzi, dal fatto che la legge 76/2016 non richiama alcuna disposizione del codice civile in materia di paternità e maternità si desume che, nella disciplina positiva della filiazione, il

riferimento ai «*coniugi*», o al «*padre*» e alla «*madre*», non può, per legge, essere interpretato fino a ricomprendervi anche le parti dell'unione civile fra persone dello stesso sesso.

Il recente, notorio dibattito parlamentare che ha accompagnato l'approvazione della legge 76/2016, relativo alla possibilità di introdurre nell'ordinamento la c.d. *stepchild adoption*, ovvero l'adozione del figlio della parte con cui è stata contratta un'unione civile fra persone dello stesso sesso — possibilità, com'è noto, esclusa, salvo il riferimento nell'ultimo periodo del comma 20 al fatto che resti «*fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti*» che, allo stato del diritto vivente, va all'adozione in casi particolari — non consente di dubitare sulla volontà del legislatore al riguardo.

A tali chiarissimi indici normativi si deve aggiungere il fondamentale dato interpretativo che si evince dalla sentenza della Corte costituzionale n. 138/2010, che, dopo aver sostanzialmente condiviso l'impostazione dei giudici *a quibus* [«*l'istituto del matrimonio civile, come previsto nel vigente ordinamento italiano, si riferisce soltanto all'unione stabile tra un uomo e una donna. Questo dato emerge non soltanto dalle norme censurate, ma anche dalla disciplina della filiazione legittima (artt. 231 e ss. codice civile e, con particolare riguardo all'azione di disconoscimento, artt. 235, 244 e ss. dello stesso codice), e da altre norme, tra le quali, a titolo di esempio, si può menzionare l'art. 5, primo e secondo comma, della legge 1° dicembre 1970, n. 898 (Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio), nonché dalla normativa in materia di ordinamento dello stato civile. In sostanza, l'intera disciplina dell'istituto, contenuta nel codice civile e nella legislazione speciale, postula la diversità di sesso dei coniugi, nel quadro di «una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio», come rileva l'ordinanza del Tribunale veneziano. Nello stesso senso è la dottrina, in maggioranza orientata a ritenere che l'identità di sesso sia causa d'inesistenza del matrimonio, anche se una parte parla di invalidità. La rara giurisprudenza di legittimità, che (peraltro, come obiter dicta) si è occupata della questione, ha considerato la diversità di sesso dei coniugi tra i requisiti minimi indispensabili per ravvisare l'esistenza del matrimonio (Corte di cassazione, sentenze n. 7877 del 2000, n. 1304 del 1990 e n. 1808 del 1976)»*], ha anche precisato:

«*Infatti, come risulta dai citati lavori preparatori, la questione delle unioni omosessuali rimase del tutto estranea al dibattito svoltosi in sede di Assemblea, benché la condizione omosessuale non fosse certo sconosciuta. I costituenti, elaborando l'art. 29 Cost., discussero*

di un istituto che aveva una precisa conformazione ed un'articolata disciplina nell'ordinamento civile. Pertanto, in assenza di diversi riferimenti, è inevitabile concludere che essi tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942, che, come sopra si è visto, stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso. In tal senso orienta anche il secondo comma della disposizione che, affermando il principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ebbe riguardo proprio alla posizione della donna cui intendeva attribuire pari dignità e diritti nel rapporto coniugale. Questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa. Si deve ribadire, dunque, che la norma non prese in considerazione le unioni omosessuali, bensì intese riferirsi al matrimonio nel significato tradizionale di detto istituto. Non è casuale, del resto, che la Carta costituzionale, dopo aver trattato del matrimonio, abbia ritenuto necessario occuparsi della tutela dei figli (art. 30), assicurando parità di trattamento anche a quelli nati fuori dal matrimonio, sia pur compatibilmente con i membri della famiglia legittima. La giusta e doverosa tutela, garantita ai figli naturali, nulla toglie al rilievo costituzionale attribuito alla famiglia legittima ed alla (potenziale) finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale. In questo quadro, con riferimento all'art. 3 Cost., la censurata normativa del codice civile che, per quanto sopra detto, contempla esclusivamente il matrimonio tra uomo e donna, non può considerarsi illegittima sul piano costituzionale. Ciò sia perché essa trova fondamento nel citato art. 29 Cost., sia perché la normativa medesima non dà luogo ad una irragionevole discriminazione, in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio».

Il Collegio trae da questa pronuncia conferma del fatto che il diritto italiano, in materia di famiglia, non è affatto *gender-neutral* e che una tale costruzione non è di per sé costituzionalmente illegittima.

Non soltanto, svolgendo analogo ragionamento, si deve concludere che anche la nozione di genitori come coppia formata da un padre e una madre di sesso opposto risponde a una nozione consolidata e ultramillenaria, ma nella richiamata pronuncia della Corte è anche contenuto un indice argomentativo che corrobora l'interpretazione, laddove si legge che

proprio la potenziale finalità procreativa vale a differenziare il matrimonio dall'unione omosessuale (e quindi, *a contrario*, quest'ultima non è finalizzata alla filiazione).

Sul piano del diritto vivente, deve anche segnalarsi che la Corte di Cassazione, nella fondamentale pronuncia che ha espressamente escluso la contrarietà all'ordine pubblico dell'atto di nascita straniero da cui risulti la nascita di un figlio da due madri (Cass., 19599/2016, cit.) ha espressamente precisato in motivazione: «*Il Ministero dell'interno ha ulteriormente obiettato che, riconoscendo l'atto di nascita di (omissis), si finirebbe per introdurre in Italia, di fatto e surrettiziamente, la possibilità di trascrivere atti di nascita da persone dello stesso sesso, nonostante l'assenza di una previsione legislativa che lo consenta e regoli la fattispecie. È agevole replicare che il giudizio riguardante la compatibilità con l'ordine pubblico secondo il diritto internazionale privato — è finalizzato non già ad introdurre in Italia direttamente la legge straniera, come fonte autonoma e innovativa di disciplina della materia, ma esclusivamente a riconoscere effetti in Italia ad uno specifico atto o provvedimento straniero relativo ad un particolare rapporto giuridico tra determinate persone*».

Neppure confligge con la conclusione il fatto che il diritto vivente abbia ammesso, come si è accennato, l'adozione, ai sensi dell'art. 44 comma 1 lettera *d)* legge 184/83, del figlio della persona dello stesso sesso con cui si ha in corso una relazione sentimentale e di convivenza (Cass., 22 giugno 2016 n. 12962 e successive pronunce di merito). La c.d. adozione non legittimante è infatti un istituto profondamente diverso nei presupposti e negli effetti, e la *ratio* della decisione, come ben illustrato dalla Corte di cassazione, è quella di consentire, nel *best interest* del minore, il consolidarsi di rapporti affettivi ed educativi già in corso. Per giungere alla conclusione la Corte ha del resto fatto ricorso alla clausola, meno determinata e in un certo senso di chiusura, della lettera *d)* della richiamata disposizione («*impossibilità di affidamento preadottivo*»).

Conclusivamente, quindi, dal punto di vista del diritto interno appare allo stato escluso che genitori di un figlio possano essere due persone dello stesso sesso.

Non appare quindi fondata la tesi principale delle ricorrenti, secondo cui si applicherebbe anche al loro caso la disciplina posta dagli artt. 8 e 9 della legge 40/04 (art. 8: «*I nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere*

alle tecniche medesime ai sensi dell'art. 6»; art. 9: «*Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo "in violazione del divieto di cui all'art. 4, comma 3 [limitatamente a queste parole la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione]" il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'art. 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'art. 263 dello stesso codice. 2. La madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'art. 30, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396. 3. In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'art. 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi*»).

Va rammentato che, nel sistema originario della legge, le tecniche eterologhe erano rigidamente vietate.

L'art. 8 si occupava quindi della sola fecondazione omologa, stabilendo che, in caso di consenso alla procreazione medicalmente assistita ai sensi dell'art. 6, i nati avevano lo stato di figli legittimi (ora: nati nel matrimonio), se la coppia era sposata, o altrimenti di figli riconosciuti.

Per le coppie sposate la filiazione risultava automaticamente (in conformità, del resto, alla presunzione posta dall'art. 231 c.c.).

Per le coppie non sposate era generalmente ritenuto che il consenso ritualmente espresso tenesse luogo del riconoscimento: sebbene risulti espressa anche l'opinione contraria, tale interpretazione, oltre che aderente alla lettera della legge che collega lo *status* al consenso, è l'unica coerente con la *ratio* di tutela del nascituro sottesa alla disposizione, dato che, se fosse necessario un autonomo riconoscimento, che dovrebbe intervenire dopo la nascita, e quindi a distanza di tempo dall'espressione del consenso, sarebbe possibile operare una resipiscenza semplicemente negando il riconoscimento e rendendo quindi obbligata la dichiarazione giudiziale di paternità (che, trattandosi di tecnica omologa, sarebbe astrattamente possibile).

Se lo *status* di figli legittimi (ora: nati nel matrimonio) o riconosciuti era attribuito dalla legge in conseguenza del consenso, anche se la legge non lo esplicitava, è agevole ricavare

in via interpretativa che, nei casi regolati dall'art. 8, non è ammessa una successiva azione di disconoscimento di paternità o di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità. Se si ammette che il figlio nato da tecniche di procreazione medicalmente assistita consentita da una coppia non sposata ha per legge lo *status* di figlio riconosciuto per il solo fatto della nascita e del consenso espresso, senza necessità di un autonomo riconoscimento, l'impugnazione per difetto di veridicità non sarebbe del resto comunque possibile, per inesistenza dell'oggetto.

L'art. 9 comma 1, invece, si occupava della sola fecondazione eterologa, come si è detto vietata, stabilendo che, qualora alla tecnica vietata si fosse egualmente dato corso, il coniuge o il convivente che vi avevano dato consenso, anche per atto concludente, non potevano esercitare l'azione di disconoscimento della paternità o di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità. Il successivo comma 2, applicabile anche alla fecondazione omologa, disponeva che la madre del nato in esito a tecniche di procreazione medicalmente assistita non potesse esercitare il proprio diritto di non essere nominata.

La disposizione dell'art. 9 comma 1 era quindi profondamente diversa da quella dell'art. 8: non attribuiva direttamente alcuno *status* al figlio, ma si limitava a precludere la possibilità giuridica di contestare la paternità, non consentendo, a tutela del nascituro, la resipiscenza rispetto al consenso già espresso.

Se la coppia era sposata, il figlio nato dalle tecniche eterologhe era figlio del marito in forza della presunzione posta dall'art. 231 c.c.

Se invece la coppia non era sposata, è giocoforza concludere che, in questo caso, occorresse un espresso riconoscimento del genitore, se solo si considera che (a) la disposizione che prevede l'equipollenza del consenso al riconoscimento è sicuramente eccezionale e insuscettibile di interpretazione analogica, (b) il consenso poteva essere espresso anche per atto concludente, ma in tal caso non poteva essere esibito all'Ufficiale dello Stato civile, (c) anche se fosse stato esibito un consenso redatto per iscritto, si sarebbe trattato comunque di un consenso invalido perché contrario a norma imperativa, presidiata anche da sanzioni amministrative.

La Corte costituzionale, con la sentenza 162/14, ha dichiarato illegittimi gli artt. 1 e 4 della legge 40/04 nella parte in cui non ammettono il ricorso a tecniche eterologhe qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili. Ha

pertanto dichiarato l'illegittimità anche dell'art. 9 comma 1 limitatamente alle parole «*in violazione del divieto di cui all'art. 4 comma 3*».

A seguito di tale modifica, tuttavia, il divieto del ricorso a tecniche eterologhe è venuto meno soltanto in caso di diagnosi di una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute e irreversibili.

L'art. 8, che disciplinava, nell'impianto originario della legge, la sola procreazione medicalmente assistita omologa, perché era la sola consentita, si deve quindi oggi interpretare nel caso che disciplini anche la procreazione medicalmente assistita eterologa compiuta legittimamente, perché vi è stata diagnosi di patologia che causa sterilità o infertilità assolute e irreversibili. La disposizione fa infatti rinvio al consenso espresso ai sensi dell'art. 6, che a sua volta menziona come soggetti destinatari dell'informazione quelli previsti dall'art. 5, che a sua volta tiene fermo l'art. 4 comma 1, e rende così evidente che gli effetti giuridici previsti dall'art. 8 presuppongono una procreazione medicalmente assistita compiuta in conformità, oggettiva e soggettiva, alle norme della legge.

Diversamente da quanto argomenta parte ricorrente, non si tratta, quindi, di una disposizione che regola soltanto la forma del consenso espresso in Italia, ma di una disposizione che, attraverso i plurimi rinvii che si sono sopra indicati, prevede (tra l'altro) l'equipollenza al solo riconoscimento del solo consenso espresso in presenza dei presupposti soggettivi e oggettivi posti dalla legge.

Con tali premesse, il Collegio non ritiene che si possa dubitare della legittimità costituzionale dell'art. 8 della legge 40/04 nella parte in cui non attribuisce di diritto al bambino nato da procreazione medicalmente assistita lo *status* di figlio riconosciuto del coniuge o del convivente che vi abbia consentito.

In particolare, alla luce delle indicazioni fornite dalla Corte costituzionale nella sentenza 138/10, sembra di doversi escludere un contrasto con l'art. 29, Cost., mentre l'art. 30, Cost., tutela la filiazione, ma non consente certo di ritenere costituzionalmente obbligato il riconoscimento di qualsiasi rapporto di filiazione non biologica astrattamente ipotizzabile.

Analogamente, l'art. 2 tutela i diritti dell'uomo all'interno delle formazioni sociali, ma non se ne può dedurre la necessaria parificazione di formazioni sociali di tipo nuovo a quelle preesistenti.

Le ricorrenti sembrano ritenere che un'interpretazione dell'art. 8 della legge 40/04 nel caso di escludere la filiazione della ricorrente madre intenzionale contrasti con gli artt. 8 e 14 della CEDU.

Per vero, la Corte EDU ha ritenuto che non contrasti con gli artt. 8 e 14 della Convenzione consentire il ricorso alla procreazione medicalmente assistita alle sole coppie eterosessuali infertili (Gas e Dubois c. Francia), mentre in generale, quando si è occupata dei diritti delle coppie dello stesso senso, ha dimostrato cautela su materie che coinvolgono temi eticamente sensibili o diritti di terzi.

È pur vero che la Corte ha affermato nella pronuncia X et al. c. Austria che contrasta con gli artt. 8 e 14 della Convenzione la normativa che non consente l'adozione del figlio del convivente dello stesso sesso, se l'adozione sarebbe consentita al convivente di sesso diverso.

Tuttavia, il principio di parità di accesso che si trae da tale pronuncia non sembra al Collegio potersi applicare al caso di specie.

Da un lato, come si è detto, secondo l'interpretazione che si è sopra data dell'art. 8, il consenso che tiene luogo del riconoscimento è quello che risponde, anche dal punto di vista del contenuto, e in forza dei rinvii a catena che si sono esaminati, ai requisiti posti dagli artt. 4 comma 1 e 5 della legge. Da questo punto di vista, quindi, il sesso del convivente non è dirimente, perché, se anche la coppia fosse formata da persone di sesso diverso, non ci si troverebbe di fronte a infertilità o sterilità irreversibili e patologiche, e quindi si sarebbe comunque al di fuori dello schema legale.

Dall'altro lato, in quanto la legge italiana non consente la procreazione medicalmente assistita con tecnica eterologa se non alle coppie eterosessuali che in conseguenza di una patologia si trovino in condizione di infertilità o sterilità irreversibili, il ricorso a una tale tecnica al di fuori di tale condizione, sia per le coppie omosessuali, sia per le coppie eterosessuali, non costituisce oggetto di un diritto garantito dall'ordinamento, ma, come osserva la difesa erariale, conseguenza di una violazione di legge, in rapporto alla quale non sembra potersi porre alcuna questione di parità di accesso.

Ora, ai sensi dell'art. 449 c.c. «*I registri dello stato civile sono tenuti in ogni comune in conformità delle norme contenute nella legge sull'ordinamento dello stato civile*».

La legge sull'ordinamento dello stato civile, come è noto, è stata abrogata nell'ambito di un intervento di delegificazione; il riferimento deve leggersi, oggi, al decreto del Presidente

della Repubblica 396/00, e segnatamente all'art. 29 secondo cui «*Nell'atto di nascita sono indicati il luogo, l'anno, il mese, il giorno e l'ora della nascita, le generalità, la cittadinanza, la residenza dei genitori del figlio nato nel matrimonio nonché di quelli che rendono la dichiarazione di riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio e di quelli che hanno espresso con atto pubblico il proprio consenso ad essere nominati, il sesso del bambino e il nome che gli viene dato ai sensi dell'art. 35*». Si consideri, inoltre, che uno dei genitori è la «*puerpera*» (arg. ex art. 30), laddove «*il riconoscimento di un figlio nascituro può essere fatto dal padre o contestualmente a quello della gestante o dopo il riconoscimento di quest'ultima e la prestazione del suo consenso, ai sensi dell'art. 250, terzo comma, del codice civile*» (art. 44).

Dato che, come si è detto, il diritto interno ammette come genitori solamente persone di sesso diverso, l'atto di nascita deve quindi indicare un padre e una madre.

La conclusione non è affatto contrastata dall'esistenza di noti precedenti giurisprudenziali (fra cui Cass., 19599/16, cit.) che hanno consentito la trascrizione di atti di nascita stranieri in cui due persone dello stesso sesso venivano indicate come genitori.

Come si è detto, la Corte di cassazione ha precisato (Cass., 19599/16, cit.) che in tal caso si tratta esclusivamente di riconoscere effetti in Italia ad uno specifico atto o provvedimento straniero relativo ad un particolare rapporto giuridico tra determinate persone. Dovendosi dare ingresso in Italia a un atto straniero, il giudice è chiamato soltanto a valutare se sia compatibile con l'ordine pubblico, e non con l'ordine pubblico interno, ma con l'ordine pubblico internazionale. Cass., 19599/16, cit., sul punto, ha affermato i seguenti principi di diritto: «*il giudice italiano, chiamato a valutare la compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto di stato civile straniero (nella specie, dell'atto di nascita), i cui effetti si chiede di riconoscere in Italia, a norma della legge n. 218 del 1995, artt. 16, 64 e 65, e decreto del Presidente della Repubblica n. 396 del 2000, art. 18, deve verificare non già se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto ad una o più norme interne (seppure imperative o inderogabili), ma se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo... il riconoscimento e la trascrizione nei registri dello stato civile in Italia di un atto straniero, validamente formato in Spagna, nel quale*

risulti la nascita di un figlio da due donne — in particolare, da una donna italiana (indicata come madre B) che ha donato l'ovulo ad una donna spagnola (indicata come madre A) che l'ha partorito, nell'ambito di un progetto genitoriale realizzato dalla coppia, coniugata in quel paese — non contrastano con l'ordine pubblico per il solo fatto che il legislatore nazionale non preveda o vieti il verificarsi di una simile fattispecie sul territorio italiano, dovendosi avere riguardo al principio, di rilevanza costituzionale primaria, dell'interesse superiore del minore, che si sostanzia nel suo diritto alla continuità dello status filiationis*, validamente acquisito all'estero (nella specie, in un altro paese della UE) ... l'atto di nascita straniero (valido, nella specie, sulla base di una legge in vigore in un altro paese della VE) da cui risulti la nascita di un figlio da due madri (per avere l'una donato l'ovulo e l'altra partorito), non contrasta, di per sé, con l'ordine pubblico per il fatto che la tecnica procreativa utilizzata non sia riconosciuta nell'ordinamento italiano dalla legge n. 40 del 2004, la quale rappresenta una delle possibili modalità di attuazione del potere regolatorio attribuito al legislatore ordinario su una materia, pur eticamente sensibile e di rilevanza costituzionale, sulla quale le scelte legislative non sono costituzionalmente obbligate... in tema di PMA, la fattispecie nella quale una donna doni l'ovulo alla propria partner (con la quale, nella specie, è coniugata in Spagna) la quale partorisca, utilizzando un gamete maschile donato da un terzo ignoto, non costituisce un'ipotesi di maternità surrogata o di surrogazione di maternità ma un'ipotesi di genitorialità realizzata all'intento della coppia, assimilabile alla fecondazione eterologa, dalla quale si distingue per essere il feto legato biologicamente ad entrambe le donne registrate come madri in Spagna (per averlo l'una partorito e per avere l'altra trasmesso il patrimonio genetico)... la regola secondo cui è madre colei che ha partorito, a norma dell'art. 269 c.c., comma 3, non costituisce un principio fondamentale di rango costituzionale, sicché è riconoscibile in Italia l'atto di nascita straniero dal quale risulti che un bambino, nato da un progetto genitoriale di coppia, è figlio di due madri (una che l'ha partorito e l'altra che ha donato l'ovulo), non essendo opponibile un principio di ordine pubblico desumibile dalla suddetta regola*». Sostanzialmente conforme è Cass., 15 giugno 2017 n. 14878, intervenuta in corso di causa.

Alla luce di tale importante pronuncia della Corte di Cassazione, che il Collegio condivide e che fa propria, e di altre pronunce di merito che hanno affermato principi similari (App. Torino, 29 ottobre 2014, confermata dalla pronuncia di legittimità sopra richiamata; App.

Trento, 23 febbraio 2017, a proposito di un atto di nascita straniero in cui erano indicati due padri) si deve concludere che la contrarietà all'ordine pubblico della normativa straniera che consente di stabilire una filiazione con due genitori dello stesso sesso non sussiste.

Non è invece pertinente il richiamo, nelle difese erariali, a Cass., 11 novembre 2014 n. 24001, che riguarda un caso di maternità surrogata.

La parte erariale ha sostenuto che il principio enucleato da Cass., 19599/16, cit., non si potrebbe applicare al caso di specie perché, nel caso esaminato dalla Suprema Corte, una delle madri aveva donato l'ovulo e l'altra aveva partorito, e quindi entrambe avevano un legame non meramente intenzionale con il figlio.

La questione appare comunque, agli odierni fini, irrilevante: non si discute, infatti, della contrarietà all'ordine pubblico internazionale della genitorialità intenzionale; l'argomentazione della Corte di cassazione fa effettivamente leva sul contributo che entrambe le madri hanno dato alla nascita del figlio, ma per escludere la riconducibilità della fattispecie a quella della maternità surrogata; quel che oggi rileva è che, secondo la Corte di Cassazione, seguita sul punto da svariati giudici di merito, di per sé non contrasta con l'ordine pubblico internazionale la legge straniera che consente a due persone del medesimo sesso di essere genitori di un figlio (in caso contrario, la Suprema Corte non avrebbe dovuto neppure procedere nell'analisi).

Giova osservare che Cass., 14878/17, cit., ha affermato il medesimo principio in una fattispecie in cui, a quanto si evince dalla narrativa, vi erano una madre gestazionale e biologica e una madre intenzionale che non aveva alcun legame genetico con il minore.

D'altra parte, si è detto che App. Trento ha recentemente escluso che contrasti con l'ordine pubblico internazionale l'atto di nascita straniero che indica come genitori due padri, ed è ovvio che, in una simile fattispecie, la cooperazione di entrambi alla nascita non è neppure ipotizzabile.

Tuttavia, la questione che si pone oggi all'attenzione del Collegio è molto diversa. Mentre in tutti i precedenti noti si discuteva della trascrizione di un atto di nascita formato all'estero, in cui erano indicati due genitori del medesimo sesso, nel presente caso si discute, per la prima volta a quanto consta, della possibilità di formare in Italia un atto di nascita in cui siano indicati due genitori del medesimo sesso.

A opinione del Collegio, la formazione dell'atto di nascita è regolata da norme che non disciplinano direttamente i rapporti fra privati, ma disciplinano l'attività della pubblica amministrazione, e si debbono ritenere di applicazione necessaria.

Come è noto, ai sensi dell'art. 17 legge d.i.p., «*è fatta salva la prevalenza sulle disposizioni che seguono delle norme italiane che, in considerazione del loro oggetto e del loro scopo, debbono essere applicate nonostante il richiamo alla legge straniera*».

Mancando un criterio preciso per individuare, salvo che nei casi in cui la disposizione preveda espressamente di volersi applicare anche ai rapporti che presentano carattere di estraneità, quali siano le norme di applicazione necessaria, gli interpreti fanno di solito riferimento all'oggetto e allo scopo della disposizione.

In particolare, la Corte di cassazione ha affermato, in una delle rare occasioni in cui ha dato un'esplicita definizione dell'istituto, che si tratta delle norme «(*definite sovente lois de police) spazialmente condizionate e funzionalmente autolimitate — e perciò solo destinate ad applicarsi nonostante il richiamo alla legge straniera —, quali, tra le altre, le leggi fiscali, valutarie, giuslavoristiche, ambientali*» (Cass., SS.UU., 5 luglio 2011 n. 14650, in motiv.).

Ora, le leggi che disciplinano l'attività della pubblica amministrazione sembrano per loro natura spazialmente condizionate e funzionalmente autolimitate, in quanto regolano gli atti compiuti dall'organo dello Stato-apparato, che non può applicare, nella propria azione amministrativa, disposizioni straniere.

D'altra parte, anche se gli interpreti più recenti hanno apparentemente svalutato un tradizionale criterio che le riconduceva al diritto pubblico, è pur vero che, in senso stretto, le norme di applicazione necessaria sono pur sempre norme privatistiche. Applicando una tale nozione, il problema non si porrebbe neppure, e sarebbe ontologicamente escluso che un organo dello Stato possa formare un atto in conformità a una legge straniera.

Conforta il Collegio in questo convincimento il fatto che la stessa Corte di cassazione, nella già più volte richiamata sentenza 19599/16, abbia affermato, senza neppure svolgere un particolare approfondimento sul punto, come se considerasse la questione scontata: «*Nel presente giudizio, infatti, non si tratta di verificare la conformità alla legge italiana della legge spagnola, in base alla quale è stato formato all'estero l'atto di nascita di un bambino da due madri, essendo evidente la difformità delle rispettive discipline: la legge italiana non consente alle nostre autorità di formare un atto di nascita del genere*».

La legge italiana, dunque, secondo il giudice di legittimità, non consente alle nostre autorità di formare un atto di nascita in cui siano indicati due genitori dello stesso sesso.

Non giova in senso contrario osservare che è possibile (e anzi, dopo la sentenza della Corte di Giustizia 2 ottobre 2003 in C-148/02, Garcia Avello, doveroso) formare un atto di nascita attribuendo al neonato il cognome che gli spetta sulla base della sua legge nazionale, e non sulla base della legge interna, anche nei casi di doppia cittadinanza.

Sembra appena il caso di osservare che i due casi non sono comparabili: nell'uno si tratta di formare un atto di nascita in cui viene attribuito un cognome invece che un altro, ma quindi sostanzialmente rispondente alla fattispecie dell'atto di nascita come regolato dalla legge italiana, nell'altro si tratta di formare un atto di nascita in cui, anziché un padre e una madre, sono indicati due padri o due madri, e quindi divergente rispetto alla fattispecie dell'atto di nascita come regolato dalla legge italiana; o, se si preferisce, nell'un caso la legge straniera viene in considerazione per il contenuto dell'atto, nell'altro verrebbe in considerazione per la sua struttura.

Analogamente, non contraddice l'argomentazione il fatto che, a quanto affermano le ricorrenti, le istruzioni del Ministero dell'interno prevedano che, quando si forma l'atto di nascita di un bambino nato da genitori stranieri, si recepiscano le indicazioni dei dichiaranti quanto allo *status* di figlio legittimo o nato fuori del matrimonio, visto che, anche in questo caso, l'atto di nascita che viene così formato è coerente con la struttura prevista dall'ordinamento italiano per gli atti di nascita.

E, più in radice, per quanto sopra si è detto, non appare possibile affermare che la legge italiana consenta di stabilire la filiazione qualora alla procreazione medicalmente assistita eterologa faccia ricorso una coppia *same-sex*, almeno per il genitore intenzionale.

Ciò posto, resta da valutare la possibilità che, come sostenuto dalle ricorrenti, il giudice possa disapplicare la disposizione interna.

Ad avviso del Collegio, questa possibilità non sussiste.

In materia di cittadinanza europea, è ancora valido l'insegnamento della Corte di Giustizia (7 luglio 1992, in C-369/90, Micheletti) secondo cui «*La determinazione dei modi di acquisto e di perdita della cittadinanza rientra, in conformità al diritto internazionale, nella competenza di ciascuno Stato membro, competenza che deve essere esercitata nel rispetto del diritto comunitario. Non spetta, invece, alla legislazione di uno Stato membro limitare*

gli effetti dell'attribuzione della cittadinanza di un altro Stato membro, pretendendo un requisito ulteriore per il riconoscimento di tale cittadinanza al fine dell'esercizio delle libertà fondamentali previste dal Trattato».

Se è vero che la sentenza Micheletti interviene in una fattispecie in cui la cittadinanza di un altro stato già sussisteva, in linea assolutamente teorica il medesimo principio si dovrebbe applicare anche al caso in cui i requisiti ulteriori siano posti per l'acquisto della cittadinanza di uno Stato membro e quindi della cittadinanza europea.

Nel caso di specie, tuttavia, la legge italiana non pone alcun requisito ulteriore rispetto alla filiazione per l'acquisto della cittadinanza europea.

Si discute, infatti, dello stabilimento della filiazione, che è un presupposto dell'acquisto della cittadinanza, e non direttamente della cittadinanza, che, come è pacifico, laddove la maternità della ricorrente genitrice intenzionale fosse riconosciuta, sarebbe acquisita senz'altro dal figlio. L'argomento, cioè, prova troppo.

Dato che la cittadinanza si acquista anche per matrimonio, se ne dovrebbe concludere che, prima dell'introduzione dell'art. 1 comma 20 legge 76/2016 in forza del quale anche l'unione civile fra persone dello stesso sesso consente l'acquisizione della cittadinanza, il divieto di matrimonio fra persone dello stesso sesso fosse contrario al diritto europeo perché non consentiva l'acquisizione della cittadinanza europea al cittadino straniero che intendesse celebrare matrimonio con un cittadino italiano dello stesso sesso; ma una tale conclusione appare del tutto inaccettabile e comunque si deve escludere anche alla luce della richiamata giurisprudenza costituzionale.

Ciò detto, deve osservarsi che il minore è cittadino statunitense: la cittadinanza statunitense non è contestata, ma la si può comunque stabilire sulla base della *section* 301 (g) dell'INA secondo cui «*The following shall be nationals and citizens of the United States at birth: (...) a person born outside the geographical limits of the United States and its outlying possessions of parents one of whom is an alien, and the other a citizen of the United States who, prior to the birth of such person, was physically present in the United States or its outlying possessions for a period or periods totaling not less than five years, at least two of which were after attaining the age of fourteen years*» [«*I seguenti soggetti avranno la cittadinanza e la nazionalità degli Stati Uniti alla nascita: (...) una persona nata fuori dai confini degli Stati Uniti e dei suoi possedimenti esterni da genitori di cui uno sia uno*

straniero, e l'altro un cittadino degli Stati Uniti che, prima della nascita di tale persona, era stato fisicamente presente negli Stati Uniti o nei suoi possedimenti esterni per un periodo, o più periodi, ammontanti in totale a non meno di cinque anni, di cui almeno due dopo aver raggiunto l'età di quattordici anni»; il prosieguo della disposizione presenta condizioni ulteriori che non sono di interesse in causa].

In particolare, la madre gestazionale è nata in Illinois, ha contratto matrimonio all'età di 41 anni con la madre intenzionale in Illinois, e si deve presumere, quindi, fino a prova contraria, che, fra le due date, sia rimasta sul territorio degli Stati Uniti.

Assodato, quindi, che il minore è cittadino statunitense, non è contestato che l'ultimo *domicile* della madre gestazionale si trovasse nello stato del Wisconsin e anzi che la stessa conservi il *domicile* in tale Stato avendo provato l'iscrizione alle liste elettorali del Wisconsin.

Come è noto, in *common law* il *domicile* si mantiene in un luogo anche se ci si trasferisce a vivere altrove, anche per un tempo lungo, purché in quel luogo si conservi l'intenzione di fare ritorno [«*Bouvier defines domicile as that place where a man has his true, fixed, and permanent home and principal establishment, and to which he has the intention of returning whenever he is absent therefrom*» (*«Bouvier definisce il domicile come quel luogo dove un uomo ha la sua dimora autentica, fissa e permanente e il suo principale stabilimento, e a cui ha l'intenzione di ritornare ogniqualvolta ne sia assente*»): Stine v. Moore, 213 F.2d 446 (5 th Cir. 1954); si veda anche, per quanto possa essere di interesse, Mas v. Perry, 489 F.2d 1396 (5 th Cir.), secondo la quale la donna sposata con una persona straniera non perde il proprio *domicile* originario].

D'altra parte, il figlio minore ha il domicile dei genitori [«*Domicile is established for adults by physical presence in a place combined with intent to remain there. Holyfield, 490 US at 48, 109 SCt at 1608, 104 LEd2d 29 (citing Texas v. Florida, 306 U.S. 398, 424, 59 SCt 563, 576, 83 Led 817 (1939). A minor takes the domicile of his parents. Id*.» (Il *domicile* è stabilito per gli adulti in base alla presenza fisica in un luogo combinata con l'intenzione di rimanervi. Holyfield, 490 US at 48, 109 SCt at 1608, 104 LEd2d 29 (citando Texas v. Florida, 306 U.S. 398, 424, 59 SCt 563, 576, 83 LEd 817 (1939)). Un minore prende il domicile dei suoi genitori. Id.): In Re the Matter of J.D.M.C., 2007 SD 97].

Ai sensi dell'art. 18 comma 1 legge d.i.p., in quanto l'ordinamento degli Stati Uniti d'America è plurilegislativo, si deve far riferimento, com'è noto, alla legge dello Stato del *domicile*, che costituisce la residenza legale.

Ora, ai sensi dell'art. 33 legge d.i.p. «*1. Lo stato di figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio o, se più favorevole, dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino, al momento della nascita. 2. La legge individuata ai sensi del comma 1 regola i presupposti e gli effetti dell'accertamento e della contestazione dello stato di figlio; qualora la legge così individuata non permetta l'accertamento o la contestazione dello stato di figlio si applica la legge italiana. 3. Lo stato di figlio, acquisito in base alla legge nazionale di uno dei genitori, non può essere contestato che alla stregua di tale legge; se tale legge non consente la contestazione si applica la legge italiana. 4. Sono di applicazione necessaria le norme del diritto italiano che sanciscono l'unicità dello stato di figlio*», mentre, ai sensi dell'art. 35 legge d.i.p., «*1. Le condizioni per il riconoscimento del figlio sono regolate dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita, o se più favorevole, dalla legge nazionale del soggetto che fa il riconoscimento, nel momento in cui questo avviene; se tali leggi non prevedono il riconoscimento si applica la legge italiana 2. La capacità del genitore di fare il riconoscimento è regolata dalla sua legge nazionale. 3. La forma del riconoscimento è regolata dalla legge dello Stato in cui esso è fatto o da quella che ne disciplina la sostanza*».

Ora, come si è detto, la legge del Wisconsin, e in particolare la section 891.40 (rubricato *artificial insemination*, inseminazione artificiale) dei Wisconsin Statutes che si è sopra trascritto, prevede che il marito, tale al tempo del concepimento, della donna che ha fatto ricorso alla procreazione medicalmente assistita eterologa, se ha espresso consenso per iscritto, sia [equiparato al] padre biologico.

Occorre precisare che la section 891.40 non è una norma processuale: anche se il chapter 891 è rubricato *presumptions* (presunzioni), e la sezione in cui è inserito *Provisions Common to Actions and Proceedings in All Courts* (disposizioni comuni alle azioni e ai procedimenti davanti a tutti i tribunali), si tratta evidentemente di una disposizione di contenuto sostanziale, che fonda la paternità giuridica istituendo una *fictio iuris* di paternità biologica.

Ora, nel diritto statunitense, e in particolare nel diritto del Wisconsin, le disposizioni debbono essere *genderneutral* e la parola *husband* (marito) deve quindi essere interpretata nel senso di *spouse* (coniuge).

In particolare, si vedano i precedenti Wolf v. Walker (« *It is DECLARED that art. XIII, § 13 of the Wisconsin Constitution violates plaintiffs' fundamental right to marry and their right to equal protection of laws under the Fourteenth Amendment to the United States Constitution. Any Wisconsin statutory provisions, including those in Wisconsin Statutes chapter 765, that limit marriages to a "husband" and a "wife," are unconstitutional as applied to same-sex couples*»: «*si dichiara che l'art. XIII, § 13 della Costituzione del Wisconsin viola il diritto fondamentale degli attori a sposarsi e il loro diritto alla pari protezione giuridica, tutelato dal Quattordicesimo Emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti. Ogni disposizione legislativa del Wisconsin, incluse quelle del chapter 765 dei Wisconsin Statutes, che limiti il matrimonio a un "marito" e a una "moglie", è incostituzionale se applicata a coppie dello stesso sesso*») e, nello specifico, Torres v. Seemeyer, 207 F. Supp. 3d 905 - Dist. Court, WD Wisconsin 2016 («*It is DECLARED that the Wisconsin Department of Health Services's practice before May 2, 2016 of enforcing Wis. Stat § 891.40(1) against female married couples but not different-sex couples is unconstitutional. The department is directed to construe Wis. Stat. § 891.40(1) in gender-neutral terms. In particular, the word "husband" in § 891.40(1) should be construed to mean "spouse."*»: «*si dichiara che la prassi del Dipartimento dei Servizi Sanitari del Wisconsin, prima del 2 maggio 2016, di applicare il § 891.40(1) degli Wis. Stat. in danno di coppie di donne sposate ma non di sesso differente è incostituzionale. Al dipartimento viene ordinato di interpretare il § 891.40(1) degli Wis. Stat. in termini neutri quanto al genere. In particolare, la parola "marito" nel § 891.40(1) dovrebbe essere interpretata nel senso di "coniuge"*»).

A livello federale, deve farsi dapprima richiamo del notissimo precedente Obergefell v. Hodges, con cui la Corte Suprema degli Stati Uniti ha riconosciuto il diritto al matrimonio delle coppie dello stesso sesso.

Infine, la Corte Suprema ha deciso, nella sentenza Pavan v. Smith, 582 U.S. (2017): «*...when an opposite-sex couple conceives a child by way of anonymous sperm donation – just as the petitioners did here – state law requires the placement of the birth mother's husband on the child's birth certificate... And that is so even though (as the State concedes) the husband "is definitively not the biological father" in those circumstances... Arkansas has thus chosen to make its birth certificates more than a mere marker of biological*

relationships: the State uses those certificates to give married parents a form of legal recognition that is not available to unmarried parents. Having made that choice, Arkansas may not, consistent with Obergefell, deny married same-sex couples that recognition» («*...quando una coppia di sesso diverso concepisce un figlio attraverso una donazione anonima di seme – come hanno fatto gli odierni ricorrenti – il diritto dello Stato prevede l'inserimento del marito della madre biologica sul certificato di nascita del figlio... e ciò avviene anche se (come lo Stato riconosce) il marito in tali casi "sicuramente non è il padre biologico"... L'Arkansas ha così scelto di fare dei suoi certificati di nascita qualcosa di più che semplici indicatori di relazioni biologiche: lo Stato usa questi certificati per dare ai genitori sposati una forma di riconoscimento legale che non è disponibile per i genitori non sposati. Avendo fatto questa scelta, l'Arkansas non può, in coerenza con la sentenza Obergefell, negare questo riconoscimento a coppie sposate dello stesso sesso*»).

La parte pubblica aveva inizialmente sostenuto che le norme di conflitto consentirebbero al giudice italiano di applicare la legge straniera, ma non anche la giurisprudenza straniera: ma l'eccezione è manifestamente infondata.

È principio fondamentale del diritto internazionale privato che le norme di rinvio conducono all'ordinamento straniero nel suo complesso, e quindi anche all'interpretazione che ne danno i giudici di quell'ordinamento: anzi, secondo una nota formula, il giudice, quando applica il diritto straniero, deve considerare se stesso come se avesse sede in quel Paese. La distinzione, poi, perde quasi completamente il proprio significato quando l'ordinamento richiamato sia di *common law*, come è quello statunitense.

Non ha poi fondamento la tesi della parte erariale secondo cui le sentenze straniere non potrebbero essere utilizzate dal giudice, perché non sono state sottoposte allo scrutinio di cui all'art. 65 legge d.i.p.: a prescindere da ogni altra considerazione, tale scrutinio riguarda infatti la possibilità di portare a esecuzione la sentenza straniera quanto al suo comando concreto, vale a dire la sua concreta incidenza sui rapporti giuridici controversi, ma non ha nulla a che vedere con la possibilità di tener conto della giurisprudenza straniera come elemento costitutivo del diritto vivente straniero.

Secondo la legge del Wisconsin, quindi, la madre intenzionale, che, per l'ordinamento statunitense, è sposata con la madre gestazionale, e ha dato per iscritto il proprio consenso alla procreazione medicalmente assistita, è genitore del minore.

Non ha pregio l'osservazione della parte pubblica secondo cui, per l'ordinamento italiano, le ricorrenti non sono sposate: nel momento in cui il giudice deve valutare se, per l'ordinamento statunitense, la ricorrente di cittadinanza italiana è madre del minore, deve considerare che, per tale ordinamento, le ricorrenti sono coniugi.

Per quanto si è sopra detto, alla luce del diritto vivente (e in particolare di Cass., 19599/16, cit.), si deve escludere che l'applicazione della legge del Wisconsin sia contraria all'ordine pubblico internazionale.

Appare il caso di precisare che il giudizio sulla contrarietà all'ordine pubblico della legge straniera non è diverso a seconda che si tratti di recepire un atto straniero, o di fare diretta applicazione della legge straniera. La distinzione introdotta dalla Corte di cassazione nel rimarcare che le autorità italiane non potrebbero formare un siffatto atto di nascita rileva infatti sotto un altro profilo, come si illustrerà oltre.

Ciò significa che, da un lato, se, ai sensi della legge del Wisconsin, può stabilirsi alla nascita la filiazione tra il minore e la madre intenzionale, questo stabilimento è rilevante per il diritto italiano; dall'altro, la madre intenzionale può invocare la legge del Wisconsin, quale legge nazionale del figlio, per operare il riconoscimento.

Sembra il caso di rilevare, anche in relazione alle eccezioni della parte erariale, che (a) il riferimento alle norme di diritto internazionale privato è pertinente, perché la fattispecie presenta caratteri di estraneità, in quanto il figlio è cittadino statunitense, come lo è il genitore che è menzionato come tale nell'atto; (b) la nazionalità italiana dell'altro genitore non preclude l'efficacia del riconoscimento, perché l'art. 35 comma 2 legge d.i.p., nel prevedere che la capacità del genitore di effettuare il riconoscimento è regolata dalla sua legge nazionale, si riferisce alla capacità di agire, mentre il comma 1 del medesimo art. 35 rinvia, per le condizioni del riconoscimento, alla legge nazionale del figlio; la conclusione appare del resto ovvia anche alla luce del secondo periodo dell'art. 20 legge d.i.p. secondo cui le condizioni speciali di capacità sono disciplinate dalla legge del rapporto.

Non può poi condividersi la posizione della parte erariale, laddove sembra ritenere che, in conseguenza della mancata formazione dell'atto di nascita, la ricorrente di cittadinanza italiana non possa considerarsi madre del minore. In effetti, come si desume dall'art. 236, c.c., l'atto di nascita dà la prova della filiazione, ma non la fa sorgere: la filiazione,

sussistendone i presupposti di legge – della legge applicabile – sorge per il solo fatto della nascita.

E tuttavia, pur dovendosi ritenere che la ricorrente genitrice intenzionale sia madre del minore secondo la legge del Wisconsin applicabile alla fattispecie, la legge italiana, come si è sopra illustrato, per usare le parole della Corte di cassazione, non consente alle nostre autorità di formare un atto di nascita in cui un figlio risulti avere due genitori dello stesso sesso.

A questo punto, il Collegio dubita della legittimità costituzionale della norma che si desume dagli artt. 449 c.c., dagli artt. 29 comma 2 e 44 comma 1 decreto del Presidente della Repubblica 396/00, dall'art. 250 c.c., e dagli artt. 5 e 8 della legge 40/04, nella parte in cui non consente di formare in Italia un atto di nascita in cui vengano riconosciute come genitori di un cittadino di nazionalità straniera due persone dello stesso sesso, quando la filiazione sia stabilita sulla base della legge applicabile in base all'art. 33 legge 218/95, per contrasto:

1) con gli artt. 2 e 3, Cost., perché in modo irragionevole limita il diritto di persone che, in base alla legge straniera applicabile, sono legate da un rapporto di genitorialità-filiazione di vedere riconosciuta pienamente in Italia la loro formazione sociale;

2) con l'art. 3, Cost., per irragionevole discriminazione con la situazione in cui il cittadino di nazionalità straniera abbia due genitori intenzionali di sesso diverso, nel qual caso la formazione dell'atto di nascita sarebbe possibile, con ciò ponendo in essere una discriminazione basata sul sesso;

3) con gli artt. 3 e 24, Cost., perché irragionevolmente non consente al figlio di ottenere la prova precostituita della filiazione che sussiste in base alla legge straniera applicabile, in assenza di motivi di ordine pubblico internazionale che ostino alla sua applicazione in Italia;

4) con gli artt. 3 e 30, Cost., dal quale ultimo si desume il diritto del figlio di ricevere mantenimento e istruzione dai genitori (che tali siano in base alla legge applicabile al rapporto di filiazione), e quindi, prima di tutto, anche secondo un criterio di ragionevolezza, di vedere riconosciuta formalmente la filiazione;

5) con l'art. 117, Cost., per contrasto con gli artt. 3 («*In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza 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. 2. Gli Stati parti si impegnano ad*

assicurare al fanciullo la protezione e le cure necessarie al suo benessere, in considerazione dei diritti e dei doveri dei suoi genitori, dei suoi tutori o di altre persone che hanno la sua responsabilità legale, e a tal fine essi adottano tutti i provvedimenti legislativi e amministrativi appropriati. 3. Gli Stati parti vigilano affinché il funzionamento delle istituzioni, servizi e istituti che hanno la responsabilità dei fanciulli e che provvedono alla loro protezione sia conforme alle norme stabilite dalle Autorità competenti in particolare nell'ambito della sicurezza e della salute e per quanto riguarda il numero e la competenza del loro personale nonché l'esistenza di un adeguato controllo») e 7 («*Il fanciullo è registrato immediatamente al momento della sua nascita e da allora ha diritto a un nome, ad acquisire una cittadinanza e, nella misura del possibile, a conoscere i suoi genitori e a essere allevato da essi. 2. Gli Stati parti vigilano affinché questi diritti siano attuati in conformità con la loro legislazione nazionale e con gli obblighi che sono imposti loro dagli strumenti internazionali applicabili in materia, in particolare nei casi in cui se ciò non fosse fatto, il fanciullo verrebbe a trovarsi apolide*») della Convenzione di New York del 20 novembre 1989, ratificata con legge 176/91, in quanto non consente di garantire l'interesse superiore del fanciullo, imponendogli di non vedere formalmente riconosciuta una genitorialità che sussiste in base alla legge straniera applicabile, e ponendo ostacoli alla realizzazione della sua aspirazione a vivere con due genitori;

6) con l'art. 117, Cost., per contrasto con l'art. 7 della Convenzione di New York del 20 novembre 1989, ratificata con legge 176/91, in quanto non consente di vedere riconosciuta immediatamente alla nascita la sua filiazione che sussiste in base alla legge straniera applicabile.

Giova premettere che il Collegio è consapevole del fatto che il decreto del Presidente della Repubblica 396/00 ha natura regolamentare, e quindi di per sé non sarebbe assoggettabile alla valutazione della Corte costituzionale.

Il Collegio osserva tuttavia da un lato che la Corte costituzionale con sentenza 286/2016 ha ritenuto ammissibile e ha accolto la questione di legittimità costituzionale di una norma derivata in via interpretativa da una congerie di disposizioni, fra le quali gli artt. 33 e 34 decreto del Presidente della Repubblica 396/00 (si trattava, allora, della norma che non consentiva ai coniugi di trasmettere ai figli, di comune accordo, al momento della nascita, anche il cognome della madre), dall'altro che, in quanto l'art. 449 c.c., nel prevedere che i

registri dello stato civile siano tenuti in conformità alle norme contenute nella legge sull'ordinamento dello stato civile, e quindi ora al regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile portato dal suddetto decreto del Presidente della Repubblica 396/00, in tal modo vincolando con norma primaria l'amministrazione a conformarsi alle previsioni regolamentari, e soprattutto in quanto il dubbio di illegittimità che il Collegio ravvisa non è di immediato contrasto del regolamento con la Costituzione, ma di contrasto con la Costituzione di una norma immanente nell'ordinamento a livello primario e al cui rispetto il regolamento, attraverso l'art. 449 c.c., vincola la formazione degli atti di nascita, la questione non possa circoscriversi alla sola legittimità del regolamento e non possa quindi risolversi con la sua disapplicazione.

La questione è rilevante, perché il suo accoglimento comporterebbe l'accoglimento del ricorso, che, in caso contrario, dovrebbe essere rigettato.

Il Collegio non ritiene che sia possibile fornire un'interpretazione diversa delle norme, e supporre quindi che il concetto di «*genitori*» possa essere letto, sul piano del diritto interno, in termini neutrali, e non in termini di padre e madre nel significato comune delle parole, per le considerazioni che si sono sopra svolte, e in particolare per l'analogia concettuale fra l'istituto della filiazione e quello del matrimonio (relativamente al quale, come si è detto, la Corte costituzionale ha ritenuto che l'ordinamento recepisse la nozione tradizionale e millenaria che presuppone la diversità di sesso), per i chiarissimi indici testuali che si traggono dalla legge 40/04 e dalla stessa legge 76/17 (che hanno escluso la possibilità di consentire alle coppie omosessuali la genitorialità attraverso la procreazione medicalmente assistita o l'adozione legittimante), e per l'autorevole insegnamento della Corte di cassazione che, come si è detto, ha escluso, sia pure *obiter*, la possibilità per le autorità italiane di formare un atto di nascita nel quale due persone dello stesso sesso siano indicate come genitori.

La questione appare inoltre al Collegio non manifestamente infondata.

In ordine al primo punto, sulla scorta di Corte cost., 138/10, cit., anche se si vuole escludere che la tutela della famiglia fondata sulla coppia omosessuale possa ricondursi all'art. 29, Cost., sembra evidente che costituisca una formazione sociale che, secondo il diritto vivente, non è contraria con l'ordine pubblico internazionale, e che è meritevole di riconoscimento e di tutela. A maggior ragione, quindi, appare meritevole di riconoscimento

e di tutela il rapporto di filiazione, sussistente per la legge straniera, tra due membri di un siffatto nucleo familiare, ancorché privi di legami genetici.

L'impossibilità di formare un atto di nascita in cui si dia atto di un tale rapporto di filiazione degrada invece il rapporto familiare a una condizione di mero fatto e non consente di offrirle di per se stessa riconoscimento e tutela (ad esempio, costringerebbe il genitore intenzionale che è genitore dalla nascita per la legge applicabile a chiedere in Italia l'adozione in casi particolari, che tuttavia ha un effetto giuridico minore).

È pur vero che, come si è detto, ai sensi dell'art. 236 del codice civile, l'atto di nascita dà prova della filiazione, e non la fa sorgere; e tuttavia l'impossibilità di ottenere un atto di nascita ostacola fortemente il riconoscimento giuridico del rapporto familiare.

L'ostacolo appare ancora maggiore laddove si consideri che, in assenza di un atto di nascita che ne dia atto, il minore e il genitore intenzionale si potrebbero trovare concretamente in difficoltà nel far valere la filiazione anche nell'ambito di ordinamenti che accettano la genitorialità omosessuale.

In tal modo, quindi, la norma sembra comprimere i diritti della formazione sociale senza che possa rinvenirsi un ragionevole motivo al riguardo, se solo si considera che, se l'atto di nascita fosse stato formato all'estero, lo si sarebbe potuto trascrivere in Italia e dare giuridico rilievo alla filiazione.

In particolare – e la considerazione si svolge con riferimento a questo primo motivo, ma potrebbe essere ripetuta anche con riferimento ai motivi successivi – il mancato riconoscimento della genitorialità della madre intenzionale comporterebbe una lunga serie di inaccettabili limitazioni.

Esemplificativamente, il minore non potrebbe far valere nel territorio della Repubblica, nei confronti di una persona di cui è figlio per la sua legge nazionale, cui le norme di conflitto italiane fanno rinvio, e che non contrasta con l'ordine pubblico, il proprio diritto al mantenimento, alla cura, al sostegno materiale e spirituale, all'istruzione e all'educazione, a una vita familiare comune; eventuali conflitti fra i genitori non potrebbero essere risolti da un giudice; in caso di rottura della coppia il genitore intenzionale potrebbe essere escluso dalla frequentazione con il minore.

In ordine al secondo punto, è evidente che l'atto di nascita potrebbe essere formato senza questioni, e quindi la genitorialità intenzionale immediatamente riconosciuta, se alla

procreazione medicalmente assistita avesse fatto ricorso, all'estero, una coppia di sesso diverso, se la filiazione fosse stabilita in base alla legge applicabile.

Poiché l'unica distinzione che non consente la formazione di un atto di nascita che dia atto della filiazione sussistente secondo la legge applicabile è data dal sesso della coppia genitoriale, sembra sussistere una discriminazione basata sul sesso.

In ordine al terzo punto, è stato affermato dalla Corte costituzionale: «*È ben vero che l'esclusione o la limitazione della disponibilità di un mezzo probatorio e in particolare del ricorso alla prova per testi sono state dalla Corte ritenute costituzionalmente legittime, se giustificate dalla esigenza di "salvaguardia di altri diritti o altri interessi giudicati degni di protezione in base a criteri di reciproco coordinamento"*»; in caso contrario, ne resta violato l'art. 24 della Costituzione, limitandosi ingiustificatamente il diritto alla prova, che costituisce nucleo essenziale del diritto di azione e di difesa (C. Cost., 248/74). Analoga conclusione è stata raggiunta da C. Cost., 146/87 e da altre pronunce.

Dato che la funzione primaria dell'atto di nascita è quella di dare prova (precostituita e privilegiata) della filiazione, e che, in sua assenza, la prova della filiazione (sussistente secondo la legge applicabile) può essere particolarmente difficoltosa, e dato che non si ravvisano esigenze di salvaguardia di altri diritti o interessi degni di protezione, la limitazione sembra ingiustificata.

È vero che, nella presente fattispecie, non si discute dell'efficacia probatoria dell'atto di nascita, ma della sua formazione; tuttavia, escludere la possibilità di formare l'atto di nascita impedisce anche il suo futuro utilizzo come prova.

Nel dare applicazione alla norma che non consente di formare atti di nascita in cui sono indicati genitori dello stesso sesso, sembra al Collegio di potere, e dovere, dubitare della sua legittimità anche sotto questi profili solo apparentemente eventuali o meglio potenziali.

In ordine al quarto punto, l'impossibilità di far constare la filiazione, che pure sussiste secondo la sua legge nazionale, preclude al minore di far valere il proprio diritto a ricevere mantenimento e istruzione dal genitore; tale diritto deve necessariamente comprendere, come presupposto, e secondo un criterio di ragionevolezza, il diritto a veder accertata la filiazione.

Anche in questo caso, nella presente fattispecie, non si discute del mantenimento del minore; ma, nel dare applicazione alla norma che non consente di formare atti di nascita in

cui sono indicati genitori dello stesso sesso, sembra al Collegio di potere, e dovere, dubitare della sua legittimità nei medesimi sensi di cui si è detto al punto che precede.

In ordine al quinto e al sesto punto, l'impossibilità di formare un atto di nascita che faccia constare la maternità intenzionale sembra al Collegio violare le richiamate disposizioni della Convenzione di New York, che impongono di riconoscere alla nascita la genitorialità che sussista secondo la legge applicabile, di non porre ostacoli alla sua aspirazione di vivere con i genitori.

In effetti, la mancata formazione dell'atto di nascita, come si è già osservato, comporterebbe in via immediata la degradazione a livello di mero fatto del rapporto fra il minore e una delle sue madri, con ciò ostacolando in modo evidente il suo benessere e l'esplicazione della bigenitorialità.

La Convenzione fa infatti riferimento a «genitori» al plurale e ad «entrambi i genitori» (art. 18); e che il diritto alla bigenitorialità sia uno dei principi portanti della Convenzione stessa, e cardine di ogni valutazione in termini di miglior interesse del minore, è opinione generalizzata degli interpreti, mentre sembra soltanto una petizione di principio affermare che la Convenzione non affermi che sia interesse del minore avere due genitori dello stesso sesso.

Sembra poi al Collegio riduttiva l'opinione della parte erariale secondo cui l'art. 7 non sarebbe violato per il fatto che l'atto di nascita è stato comunque redatto: in una lettura non atomistica della disposizione, che comprende il diritto a essere immediatamente registrato e, nei limiti del possibile, conoscere i suoi genitori, comporta anche il diritto a non veder disconosciuta la filiazione che gli attribuisce la sua legge nazionale senza contrasto con l'ordine pubblico costituzionale.

Appare poi non convincente l'osservazione secondo cui la Convenzione non comporterebbe la necessità per uno Stato di riconoscere la genitorialità prevista dalla legge di cui il minore è cittadino, visto che la filiazione deve ritenersi già riconosciuta attraverso il rinvio compiuto dal diritto internazionale privato italiano e della non contrarietà della legge straniera all'ordine pubblico internazionale, mentre, per i motivi già esposti quando si è illustrata la non manifesta infondatezza del primo dubbio di legittimità costituzionale, non convince neppure la tesi secondo cui il mancato riconoscimento della filiazione non impedirebbe al genitore intenzionale di accudire e allevare il minore.

Per tali motivi il Collegio ritiene di dover procedere a sollevare questione di legittimità costituzionale, nei sensi di cui sopra.

P.Q.M.

Il Tribunale di Pisa,

Visto l'art. 23 legge 87/1953,

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della norma che si desume dagli artt. 449 c.c., 29 comma 2 decreto del Presidente della Repubblica 396/00, dell'art. 250 c.c., e degli artt. 5 e 8 della legge 40/04, nella parte in cui non consente di formare in Italia un atto di nascita in cui vengano riconosciute come genitori di un cittadino di nazionalità straniera due persone dello stesso sesso, quando la filiazione sia stabilita sulla base della legge applicabile in base all'art. 33 legge 218/95, per contrasto:

a) con gli artt. 2 e 3, Cost.,

b) con l'art. 3, Cost.,

c) con gli artt. 3 e 24, Cost.,

d) con gli artt. 3 e 30, Cost.,

e) con l'art. 117, Cost., per contrasto con gli artt. 3 e 7 della Convenzione di New York del 20 novembre

1989, ratificata con legge 176/91

f) con l'art. 117, Cost., per contrasto con l'art. 7 della Convenzione di New York del 20 novembre 1989, ratificata con legge 176/91;

Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale;

Sospende il processo in corso;

Ordina che a cura della cancelleria la presente ordinanza sia notificata alle parti in causa, compreso il pubblico ministero, nonché al Presidente del Consiglio dei ministri, e che sia comunicata ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Pisa, 20 dicembre 2017

Il Presidente: DINISI

CORTE COSTITUZIONALE
ATTO DI INTERVENTO

nel giudizio di legittimità costituzionale promosso dal Tribunale di Pisa con ordinanza depositata il 15 marzo 2018, iscritta nel Registro ordinanze 2018 di questa Ecc.ma Corte Costituzionale al n. 69, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, I Serie Speciale, n. 19 del 9 maggio 2018;

PER

il CENTRO STUDI "ROSARIO LIVATINO" (…) in persona del proprio legale rappresentante p.t. prof. avv. Mauro Ronco, rappresentato e difeso, anche disgiuntamente, dal prof. avv. Mauro Paladini (…) e dal prof. avv. Marcello Cecchetti (…), presso il cui studio (…) elegge domicilio, giusta procura allegata al presente atto.

* * *

Con il presente atto il Centro Studi "Rosario Livatino", come sopra rappresentato, difeso e domiciliato, interviene in giudizio, ai sensi dell'art. 4 delle vigenti Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, chiedendo fin d'ora che Codesta Ecc.ma Corte dichiari la manifesta infondatezza nel merito della questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Pisa con l'ordinanza indicata in epigrafe, per i motivi che di seguito si espongono e che comunque ci si riserva di ulteriormente precisare ed integrare nei modi e nei termini di rito.

* * *

I. Premessa

Con ordinanza depositata il 15 marzo 2018 il Tribunale di Pisa ha chiesto a Codesta Ecc.ma Corte di dichiarare l'illegittimità costituzionale della norma che si desumerebbe dall'art. 449 c.c., dall'art. 29, co. 2, D.P.R. n. 396 del 2000, dall'art. 250 c.c. e dagli artt. 5 e 8, l. n. 40 del 2004, nella parte «*in cui non consente di formare in Italia un atto di nascita in cui vengano riconosciute come genitori di un cittadino di nazionalità straniera due persone dello stesso sesso, quando la filiazione sia stabilita sulla base della legge applicabile ex art. 33, l. n. 218/1995, per ritenuto contrasto con gli artt. 2, 3, 24, 30 e 117 della Costituzione*

(in relazione agli artt. 3 e 7 della Convenzione di New York del 20 novembre 1989, ratificata con legge n. 176/1991)».

In particolare, dopo una lunga e approfondita disamina delle ragioni per le quali nel nostro ordinamento non è possibile ricavare – e quindi applicare direttamente alla fattispecie dedotta in giudizio – una norma che consenta a due donne (nel caso di specie a una madre partoriente di nazionalità straniera e a una donna italiana che ha prestato il consenso alla fecondazione eterologa) di ottenere la formazione dell'atto di nascita del figlio concepito ricorrendo alla fecondazione eterologa, neppure invocando la legge nazionale della donna che ha dato alla luce il bambino, il Tribunale di Pisa formula la questione di legittimità costituzionale concernente l'opposta (implicita) norma che impedisce la valida formazione di un simile atto, lamentando il contrasto con:

- gli artt. 2 e 3 Cost., «*perché in modo irragionevole limita il diritto di persone il diritto di persone che, in base alla legge straniera applicabile, sono legate da un rapporto di genitorialità-filiazione di vedere riconosciuta pienamente in Italia la loro formazione sociale*»;
- l'art. 3 Cost., «*per irragionevole discriminazione con la situazione in cui il cittadino di nazionalità straniera abbia due genitori intenzionali di sesso diverso, nel qual caso la formazione dell'atto di nascita sarebbe possibile, con ciò ponendo in essere una discriminazione basata sul sesso*»;
- gli artt. 3 e 24 Cost., «*perché irragionevolmente non consente al figlio di ottenere la prova precostituita della filiazione che sussiste in base alla legge straniera applicabile, in assenza di motivi di ordine pubblico internazionale che ostino alla sua applicazione in Italia*»;
- gli artt. 3 e 30 Cost., «*dal quale ultimo si desume il diritto del figlio di ricevere mantenimento e istruzione dai genitori (che tali siano in base alla legge applicabile al rapporto di filiazione), e quindi, prima di tutto, anche secondo un criterio di ragionevolezza, di vedere riconosciuta formalmente la filiazione*»;
- l'art. 117 Cost., in riferimento agli artt. 3 e 7 della Convenzione di New York del 20 novembre 1989, resa esecutiva nell'ordinamento italiano con legge n. 176 del 1991, «*in quanto non consente di garantire l'interesse superiore del fanciullo, imponendogli di non vedere formalmente riconosciuta una genitorialità che sussiste*

*in base alla legge straniera applicabile, e ponendo ostacoli alla realizzazione della sua aspirazione a vivere con due genito*ri»;

- l'art. 117 Cost., nuovamente in riferimento all'art. 7 della citata Convenzione di New York del 20 novembre 1989, questa volta sotto il differente profilo della violazione arrecata a tale disposizione «*in quanto non consente di vedere riconosciuta immediatamente alla nascita la sua filiazione che sussiste in base alla legge straniera applicabile*».

Le censure sono prive di fondamento nel merito, in relazione a tutti i parametri invocati dal Giudice rimettente, per le ragioni che di seguito si espongono.

* * *

II. Manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata per errata interpretazione della nozione di "ordine pubblico" da parte del Giudice *a quo*.

II.1. Innanzitutto, occorre prendere in considerazione la doglianza del Giudice *a quo*, secondo la quale «*se l'atto di nascita fosse stato formato all'estero, lo si sarebbe potuto trascrivere in Italia e dare giuridico rilievo alla filiazione*» (p. 35 dell'ordinanza di rimessione). A tale proposito, nell'ambito del percorso logico-argomentativo dell'ordinanza di rimessione, vengono richiamate due pronunce della Suprema Corte di Cassazione, ed in particolare:

- Cass. 30 settembre 2016, n. 19599 (che conferma App. Torino, 29 ottobre 2014), relativa al caso di un minore nato in Spagna da una coppia di donne ivi coniugate, in seguito alla fecondazione eterologa con l'impianto di gameti da una donna all'altra, secondo la quale è trascrivibile l'atto di nascita formato in Spagna e indicante le due donne come madri, poiché esso non contrasta «*con l'ordine pubblico per il solo fatto che il legislatore nazionale non preveda o vieti il verificarsi di una simile fattispecie sul territorio italiano, dovendosi avere riguardo al principio, di rilevanza costituzionale primaria, dell'interesse superiore del minore, che si sostanzia nel suo diritto alla continuità dello* status filiationis*, validamente acquisito all'estero*»;
- Cass. 15 giugno 2017, n. 14878, ove si afferma il principio secondo cui «*deve essere accolta la richiesta di due cittadine italiane, coniugate nel Regno Unito, di rettificare l'atto di nascita del figlio, nato a seguito di fecondazione assistita, che originariamente indicava come genitore la sola madre biologica, mentre*

successivamente era stato integrato con l'indicazione quale genitore anche della compagna della madre, atteso che tale atto, così integrato, non può considerarsi contrario all'ordine pubblico, nella sua accezione di ordine pubblico internazionale».

Al riguardo, va segnalato che il Tribunale rimettente ha erroneamente interpretato la nozione di ordine pubblico.

II.2. Ciò, in primo luogo, perché ha ritenuto di dover mutuare tale nozione dalla giurisprudenza citata, ai fini di applicarla al caso di specie, quando con tutta evidenza l'"ordine pubblico", come definito dalle pronunce richiamate, è riferito a casi totalmente diversi da quello di specie, ossia a casi in cui l'atto da sottoporre al vaglio si era già validamente formato fuori dal territorio italiano. Non a caso nella sent. n. 19599 del 2016, che rimarca in diversi passaggi tale circostanza, si legge al par. 12.1 che «*nel presente giudizio […] non si tratta di verificare la conformità alla legge italiana della legge spagnola, in base alla quale è stato formato all'estero l'atto di nascita di un bambino da due madri, essendo evidente la difformità delle relative discipline: la legge italiana non consente alle nostre di formare un atto di nascita del genere. La questione che si pone […] è se questa difformità di disciplina renda incompatibile con l'ordine pubblico l'ingresso in Italia […] di un particolare e specifico atto giuridico riguardante il rapporto di filiazione tra determinati soggetti*»: è chiaro, cioè, che ad avviso della Suprema Giurisdizione di legittimità il limite dell'ordine pubblico opera nei confronti dell'"ingresso" nel nostro ordinamento di atti posti in essere all'estero e non certo nei confronti della formazione di atti che, seppure ammessi dalla legislazione di altri ordinamenti cui rimandano le norme di conflitto *ex* l. n. 218 del 1995, non sono consentiti in Italia.

II.3. In secondo luogo, com'è noto, il concetto di "ordine pubblico internazionale" è ben più ampio di quello (restrittivo) accolto dalle pronunce di legittimità poc'anzi citate.

A tal proposito, con ordinanza 22 febbraio 2018, n. 4382, è stata rimessa alle Sezioni Unite la questione se la trascrizione di un provvedimento con il quale è riconosciuta la genitorialità acquisita all'estero da una coppia dello stesso sesso sia contraria all'ordine pubblico. Il caso nell'ambito del quale si è posta la questione è quello deciso dalla Corte di Appello di Trento, con sentenza 23 febbraio 2017, che ha affermato la compatibilità con l'ordine pubblico internazionale degli effetti dell'adozione piena pronunciata all'estero a favore del coniuge

dello stesso sesso del genitore biologico, il cui provvedimento è reputato trascrivibile nei registri dello stato civile *ex* art. 28, co. 2, lett. *g)*, D.P.R. n. 396 del 2000 (nella specie, i minori erano nati da surrogazione di maternità). Nell'ordinanza si osserva che vi è un contrasto giurisprudenziale tra la pronuncia (sopra richiamata) n. 19599/2016, secondo la quale «*i principi di ordine pubblico devono essere ricercati esclusivamente nei principi supremi e/o fondamentali della nostra Carta costituzionale, vale a dire in quelli che non potrebbero essere sovvertiti dal legislatore ordinario*» e quella delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 5 luglio 2017, n. 16601 (in materia di danni punitivi).

In particolare, nella pronuncia citata da ultimo si legge che «*la descrizione dell'ordine pubblico internazionale "come complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma fondati su esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e desumibili, innanzitutto, dai sistemi di tutela approntati a livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria" (cfr. ord. 9978/16 pag. 21), può far pensare a una "riduzione della portata del principio di ordine pubblico". Ciò che va registrato è senz'altro che la nozione di "ordine pubblico", che costituisce un limite all'applicazione della legge straniera, ha subito profonda evoluzione. Da "complesso dei principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un determinato periodo storico, e nei principi inderogabili immanenti nei più importanti istituti giuridici" (così Cass. 1680/84) è divenuto il distillato del "sistema di tutele approntate a livello sovraordinato rispetto a quello della legislazione primaria, sicché occorre far riferimento alla Costituzione e, dopo il trattato di Lisbona, alle garanzie approntate ai diritti fondamentali dalla Carta di Nizza, elevata a livello dei trattati fondativi dell'Unione Europea dall'art. 6 TUE (Cass. 1302/13)". La dottrina ha spiegato che l'effetto principale recato dal recepimento e dall'interiorizzazione del diritto sovranazionale non è la riduzione del controllo avverso l'ingresso di norme o sentenze straniere che possono "minare la coerenza interna" dell'ordinamento giuridico. […] a questa storica funzione dell'ordine pubblico si è affiancata, con l'emergere e il consolidarsi dell'Unione Europea, una funzione di esso promozionale dei valori tutelati, che mira ad armonizzare il rispetto di questi valori, essenziali per la vita e la crescita dell'Unione. È stato pertanto convincentemente detto che il rapporto tra l'ordine pubblico dell'Unione e quello di fonte nazionale non è di sostituzione, ma di autonomia e coesistenza. Le Sezioni Unite ne traggono*

riprova dall'art. 67 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), il quale afferma che "l'Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri". Pertanto a fungere da parametro decisivo non basta il confronto tra le reazioni delle corti dei singoli Stati alle novità provenienti da uno Stato terzo, o da un altro stato dell'Unione […]. La sentenza straniera che sia applicativa di un istituto non regolato dall'ordinamento nazionale, quand'anche non ostacolata dalla disciplina Europea, deve misurarsi con il portato della Costituzione e di quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale. Se con riguardo all'ordine pubblico processuale, ferma la salvaguardia dell'effettività dei diritti fondamentali di difesa, il setaccio si è fatto più largo per rendere più agevole la circolazione dei prodotti giuridici internazionali, con riguardo all'ordine pubblico sostanziale non può dirsi altrettanto. Gli esiti armonizzanti, mediati dalle Carte sovranazionali, potranno agevolare sovente effetti innovativi, ma Costituzioni e tradizioni giuridiche con le loro diversità costituiscono un limite ancora vivo: privato di venature egoistiche, che davano loro "fiato corto", ma reso più complesso dall'intreccio con il contesto internazionale in cui lo Stato si colloca. Non vi potrà essere perciò arretramento del controllo sui principi essenziali della "lex fori" in materie, come per esempio quella del lavoro (v. significativamente Cass. 10070/13) che sono presidiate da un insieme di norme di sistema che attuano il fondamento della Repubblica. Nel contempo non ci si potrà attestare ogni volta dietro la ricerca di una piena corrispondenza tra istituti stranieri e istituti italiani» (così Cass. Sez. Un., sent. 5 luglio 2017, n. 16601).

In sintesi, il principio che si ricava dalla pronuncia delle Sezioni Unite riportata è che la nuova nozione di ordine pubblico non comporta una riduzione o un arretramento del controllo da parte dell'ordinamento ai fini dell'applicazione della legislazione straniera. Allo stesso tempo, la semplice diversità tra un istituto straniero e la legge italiana non può automaticamente tradursi nel contrasto del primo con l'ordine pubblico; infatti, resta sempre ferma la necessità che, specie nel diritto sostanziale, la legge straniera non produca effetti incompatibili con i principi costituzionali, anche nel caso in cui gli stessi non siano principi inviolabili.

Tuttavia, come si dirà meglio nel paragrafo che segue, è proprio la tutela di alcuni principi costituzionali, che rientrano nella nozione di ordine pubblico così come enucleata dalla richiamata pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, a ergersi a limite invalicabile all'applicazione nel nostro ordinamento della legge della madre partoriente straniera e a rendere pienamente ragionevole la differenziazione tra fattispecie nelle quali venga in rilievo la formazione dell'atto di nascita di un minore nato in forza della fecondazione eterologa tra genitori di sesso diverso e la formazione del medesimo atto qualora i genitori siano del medesimo sesso. Da qui – come si vedrà a breve – la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Pisa in riferimento agli artt. 2 e 3 della Costituzione, nonché agli artt. 3 e 24, Cost. nella parte in cui la norma oggetto di censura – ad avviso del rimettente – «*irragionevolmente non consente al figlio di ottenere la prova precostituita della filiazione che sussiste in base alla legge straniera applicabile, in assenza di motivi di ordine pubblico internazionale che ostino alla sua applicazione in Italia*».

***

III. Manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento agli artt. 2, 3 e 24 Cost.

III.1. La premessa da cui muovere ai fini dell'esame della censura del rimettente circa la lamentata irragionevole limitazione che la norma impugnata arrecherebbe in danno del «*diritto di persone che, in base alla legge straniera applicabile, sono legate da un rapporto di genitorialità-filiazione di vedere riconosciuta pienamente in Italia la loro formazione sociale*», con conseguente violazione degli artt. 2 e 3 Cost., nonché circa l'asserita irragionevole discriminazione che la medesima norma determinerebbe tra la fattispecie dedotta nel giudizio *a quo* e «*la situazione in cui il cittadino di nazionalità straniera abbia due genitori intenzionali di sesso diverso, nel qual caso la formazione dell'atto di nascita sarebbe possibile, con ciò ponendo in essere una discriminazione basata sul sesso*», con conseguente violazione dell'art. 3, Cost., deve essere rinvenuta nella giurisprudenza di questa Ecc.ma Corte, laddove ha affermato con chiarezza che «*l'art. 2 Cost. dispone che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Orbene, per formazione sociale*

deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri» (così Corte cost., sent. n. 138 del 2010, par. 8 del *Considerato in diritto*).

L'importanza del passaggio estrapolato dalla nota pronuncia di questa Corte in tema di matrimonio tra persone dello stesso sesso è dovuta al fatto che da tali parole emerge chiaramente come, sia la formazione sociale che coincide con la coppia omosessuale, sia – ai fini che qui più strettamente interessano – gli effetti giuridici che, in termini di diritti e doveri, da essa devono farsi discendere, sono affidati alla disciplina del legislatore e alla sua piena discrezionalità; ciò, tuttavia, nel presupposto che sia da escludere che la tutela di una simile formazione sociale «*possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio*». La citata sentenza, infatti, prosegue affermando che, se è vero che «*spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette*», è altrettanto vero che resta «*riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze more uxorio: sentenze n. 559 del 1989 e n. 404 del 1988). Può accadere, infatti, che, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza*».

Alla luce di tali principi giurisprudenziali, dunque, occorre verificare se il differente trattamento riservato dal nostro legislatore, in tema di filiazione a seguito di procreazione medicalmente assistita (PMA), nei confronti delle coppie formate da persone dello stesso sesso, sia idoneo a superare il vaglio di ragionevolezza richiamato da Codesta Ecc.ma Corte.

III.2. A tale interrogativo si ritiene di dover dare risposta affermativa. Infatti, nella citata sent. n. 138 del 2010, se da una parte si legge che «*i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere "cristallizzati" con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei princìpi costituzionali e, quindi, vanno*

interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi», dall'altra, viene affermato che «*detta interpretazione, però, non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata*», concludendo, infine, che «*Non è casuale […] che la Carta costituzionale, dopo aver trattato del matrimonio, abbia ritenuto necessario occuparsi della tutela dei figli (art. 30), assicurando parità di trattamento anche a quelli nati fuori dal matrimonio, sia pur compatibilmente con i membri della famiglia legittima*» (par. 9 del Considerato in diritto).

Da quanto detto deriva che è affidata alla discrezionalità del legislatore la scelta circa la forma, i limiti e gli effetti dell'unione tra persone dello stesso sesso, ma la scelta legislativa deve intendersi costituzionalmente vincolata *in negativo*, nel senso, cioè, della necessità – derivante dagli artt. 29 e 30 Cost. – che il riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali avvenga tramite un istituto diverso dal matrimonio, quale, appunto, l'unione civile tra persone dello stesso sesso (legge 20 maggio 2016, n. 76). E poiché il matrimonio, per espresso riconoscimento di Codesta Corte, ha *«(potenziale) finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale*», è evidente che non può essere affatto considerata irragionevole la scelta del legislatore italiano di non estendere alle coppie omosessuali la possibilità di ricorrere alla PMA eterologa.

Ciò a maggior ragione ove si pensi che, per quanto riguarda l'accesso alla PMA, le biotecnologie non alterano lo schema della generazione, né rendono superfluo il concorso dei due sessi, perché anche in laboratorio la partecipazione dei due sessi è necessaria per il tramite dei gameti maschili e di quelli femminili. È del resto noto che la fecondità continua a presupporre la sessuazione e che il concepimento richiede l'apporto complementare del maschile e del femminile, ciascuno dei quali non è intercambiabile con l'altro.

III.3. Infine, dal combinato disposto degli artt. 29 e 2 Cost. si può evincere che la Costituzione vincola a non estendere all'unione civile gli stessi effetti del matrimonio, tra i quali, *in primis*, quelli legati alla filiazione. Se, infatti, il matrimonio ha finalità procreativa e la procreazione implica la complementarità biologica dell'uomo, anche la filiazione comporta complementarità biologica dell'uomo e della donna e, quindi, paternità e maternità.

Come lo stesso Tribunale di Pisa riconosce, la ragione per la quale non si è potuto estendere il matrimonio a coppie dello stesso sesso è che il matrimonio ha una funzione generativa costituzionalmente vincolata dagli artt. 29 e 30 Cost. (cfr. ad es. Corte Cost., sent. 15 aprile 2010, n. 138; Corte Cost., sent. 22 luglio 2010, n. 276; Corte Cost., sent. 5 gennaio 2011, n. 4; Corte Cost., 11 giugno 2014, n. 170). Si legge, infatti, a p. 26 dell'ordinanza di rimessione che «*il Collegio trae da questa pronuncia [Corte cost. n. 138/2010] conferma del fatto che il diritto italiano, in materia di famiglia, non è affatto* gender-neutral *e che una tale costruzione non è di per sé costituzionalmente illegittima. Non soltanto, svolgendo analogo ragionamento, si deve concludere che anche la nozione di genitori come coppia formata da un padre e una madre di sesso opposto risponde a una nozione consolidata e ultramillenaria, ma nella richiamata pronuncia della Corte [n. 138 del 2010] è anche contenuto un indice argomentativo che corrobora l'interpretazione, laddove si legge che proprio la potenziale finalità procreativa vale a differenziare il matrimonio dall'unione omosessuale (e quindi, a contrario, quest'ultima non è finalizzata alla filiazione)*».

Il principio di genitorialità maschile e femminile è quindi implicitamente ricavabile dalla nostra Costituzione, con il conseguente divieto di accesso per le coppie dello stesso sesso alla PMA eterologa e di formazione, in Italia, di un atto di nascita che indichi come genitori persone dello stesso sesso, dal momento che la legge straniera che consente di stabilire tale rapporto di filiazione si porrebbe in contrasto con l'anzidetto principio.

Ciò a maggior ragione ove si ponga mente al fatto che, mentre nelle ipotesi in cui viene in rilievo un atto di stato civile formato all'estero o una sentenza resa da un'autorità giudiziaria straniera è necessario, ai fini della relativa trascrizione, tenere conto della provenienza di tali atti da un ordinamento straniero che ha proprie regole in merito, nel caso di specie si tratta di formare *ab initio* un atto in Italia, seppure in relazione alla nascita di un minore che gode della cittadinanza della madre biologica.

Quindi, a prescindere dalle considerazioni svolte nel par. II – e, dunque, dalla nozione, estensiva o restrittiva, di ordine pubblico che si ritenga di adottare, in ogni caso nella predetta nozione deve senza dubbio ritenersi compreso il principio in base al quale i genitori devono essere di sesso diverso. Invero, l'identificazione della genitorialità come genitorialità dell'uomo e della donna costituisce un principio inviolabile della Costituzione e, quindi, rientra anche nella nozione più restrittiva di ordine pubblico.

Con la conseguenza che a risultare manifestamente infondate non sono solo le censure mosse dal Giudice *a quo* nei confronti della norma censurata in riferimento agli artt. 2 e 3 Cost., ma altresì quelle formulate per asserito contrasto con gli artt. 3 e 24, Cost., in quanto «*irragionevolmente non consent[irebbe] al figlio di ottenere la prova precostituita della filiazione che sussiste in base alla legge straniera applicabile, in assenza di motivi di ordine pubblico internazionale che ostino alla sua applicazione in Italia*».

* * *

IV. Manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento a tutti i parametri costituzionali invocati, perché basata sull'erroneo presupposto che la norma impugnata determini una irragionevole discriminazione tra la formazione e la trascrizione dell'atto di nascita di un minore nato da una coppia omosessuale, quando la filiazione sia stabilita sulla base della legge applicabile *ex* art. 33, l. n. 218/1995.

IV.1. La prospettata questione di legittimità costituzionale appare infondata, altresì, in riferimento a tutti i parametri costituzionali invocati dal rimettente, sotto un ulteriore profilo.

È noto che da sempre l'ordinamento di stato civile si basa su un sistema bipartito che annovera:

a) da una parte, atti di stato civile formati direttamente dall'ufficiale di stato civile italiano:
   - oggetto di iscrizione, se formati dallo stesso ufficiale che li registra,
   - e di trascrizione, se formati da altro ufficiale;
b) dall'altra, atti di stato civile consistenti in trascrizioni di atti stranieri:
   - se relativi a italiani o stranieri, con funzione di pubblicità dichiarativa e previo vaglio di non contrarietà all'ordine pubblico *ex* art. 18, D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396;
   - se relativi a stranieri residenti in Italia, con funzione di pubblicità-notizia *ex* art. 19 del medesimo D.P.R. e, a prescindere da tale vaglio, perché destinati unicamente a riprodurre gli atti formati all'estero al fine di agevolare gli stranieri nell'ottenimento delle copie integrali degli stessi (cfr. Cons. St., parere 8 giugno 2011, n. 1732);
   - se relativi a stranieri non residenti in Italia, tali atti non sono trascrivibili.

Mentre gli atti indicati *sub b)* possono essere stati formati secondo la legge del luogo, oppure secondo la legge italiana quando siano stati compiuti innanzi all'autorità consolare o diplomatica italiana, i primi – ovvero gli atti *sub a)* – non possono che essere formati secondo il diritto italiano.

IV.2. L'idea di un atto di nascita di un cittadino straniero nato in Italia, formato da un ufficiale di stato civile che applichi il diritto straniero (nel caso di specie, si tratterebbe del diritto vigente nello Stato del Wisconsin), in via diretta o in via indiretta (cioè tramite la norma di conflitto del foro, ossia l'art. 33, co. 1, l. 31 maggio 1995, n. 218, che designa come applicabile al rapporto di filiazione la legge nazionale del figlio), è un vero e proprio assurdo giuridico. Lo riconosce implicitamente lo stesso Tribunale di Pisa, là dove afferma che «*a opinione del Collegio, la formazione dell'atto di nascita è regolata da norme che non disciplinano direttamente i rapporti fra privati, ma disciplinano l'attività della pubblica amministrazione, e si debbono ritenere di applicazione necessaria. Com'è noto, ai sensi dell'art. 17 legge d.i.p., "è fatta salva la prevalenza sulle disposizioni che seguono delle norme italiane che, in considerazione del loro oggetto e del loro scopo, debbono essere applicate nonostante il richiamo alla legge straniera"*».

Peraltro, le norme di conflitto stabilite dalla l. n. 218 del 1995 trovano applicazione esclusivamente nel processo e non nel procedimento amministrativo di formazione degli atti di stato civile. Diversamente, la pronuncia additiva richiesta a Codesta Ecc.ma Corte implicherebbe che, ogni volta che si formi un atto di nascita di un minore nato in Italia da almeno un cittadino straniero, l'ufficiale di stato civile debba applicare (tramite l'art. 33, co. 1, l. n. 218/1995) il diritto straniero al fine di non incorrere in un'asserita irragionevole discriminazione tra la fattispecie della trascrizione di un atto formato all'estero e quella della formazione del medesimo atto nel nostro ordinamento, con esiti dirompenti per il sistema e senza dubbio al limite del paradossale.

L'ordinamento italiano, al contrario, si fonda sul "naturale" presupposto che gli atti di stato civile formati in Italia seguano il diritto italiano, mentre quelli formati all'estero possano essere trascritti nei registri di stato civile (come osservato sopra, con modalità e funzioni diverse, a seconda che siano relativi a italiani o a stranieri residenti in Italia), previo vaglio di non contrarietà all'ordine pubblico.

In definitiva, ritenere che la norma che non consente la formazione in Italia dell'atto di nascita di un minore nato da una coppia di persone dello stesso sesso che siano ricorse alla PMA determini una irragionevole discriminazione tra la fattispecie in questione e quella relativa alla trascrizione del medesimo atto di nascita formato, però, in un diverso ordinamento (e secondo le relative regole) significherebbe pervenire all'assurda conclusione che il nostro ordinamento dovrebbe sempre e comunque adeguarsi alle norme degli ordinamenti stranieri, allorquando esse siano applicabili in forza della l. n. 218 del 1995: ciò in quanto, diversamente, si finirebbe per differenziare (irragionevolmente, laddove si seguisse la tesi del rimettente) i casi in cui un determinato atto si sia formato all'estero e debba essere trascritto in Italia, da un lato, e quelli in cui lo stesso atto debba essere formato interamente e *ab initio* nel nostro ordinamento, dall'altro. È evidente, tuttavia, che una simile conclusione non solo aprirebbe un varco addirittura illimitato (e, forse, anche obiettivamente impossibile) all'applicazione di norme di altri ordinamenti in Italia, ma soprattutto limiterebbe la sovranità statale e la discrezionalità del legislatore italiano in termini del tutto inammissibili.

Da quanto esposto discende la manifesta infondatezza di tutte le censure sollevate dal Tribunale di Pisa, le quali presuppongono l'asserita irragionevolezza della differenziazione tra la mera trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero del minore figlio di una coppia omosessuale che abbia avuto accesso alla PMA dalla vera e propria formazione dello stesso nell'ambito del nostro ordinamento.

* * *

P.Q.M.

Il Centro Studi Livatino, come sopra rappresentato e difeso, conclude affinché Codesta Ecc.ma Corte costituzionale voglia dichiarare manifestamente infondata nel merito la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Pisa con l'ordinanza in epigrafe.

* * *

Si depositano:

1) Atto costitutivo del Centro Studi Rosario Livatino;
2) Statuto del Centro Studi Rosario Livatino;

3) Atto di conferimento dei poteri per la rappresentanza in giudizio al prof. Avv. Mauro Ronco;

* * *

Con ossequio.

Roma, 29 maggio 2018

Prof. Avv. Mauro Paladini Prof. Avv. Marcello Cecchetti

R.G. 933/2008 V.G.

TRIBUNALE DI PAVIA
SEZIONE SECONDA
REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il giudice tutelare dott.ssa Michela Fenucci

Ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

Nel procedimento relativo alla amministrazione di sostegno di (…), rappresentato dall'amministratore di sostegno (…).

Il giudice tutelare dott.ssa Michela Fenucci ritiene di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 commi 4 e 5 della legge 219/2017 nella parte in cui stabiliscono che l'amministratore di sostegno, la cui nomina preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento, possa rifiutare, senza l'autorizzazione del giudice tutelare, le cure necessarie al mantenimento in vita dell'amministrato, ritenendo le suddette disposizioni in violazione degli articoli 2, 3, 13, 32 della Costituzione.

La questione è rilevante per i seguenti motivi.

Con decreto in data 16.10.2008 era nominato in favore di (…) un amministratore di sostegno a cui non era attribuita né la assistenza necessaria né la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario (cfr. doc. 6). Con successivo decreto del 23 luglio 2013 si provvedeva alla sostituzione dell'amministratore di sostegno senza che intervenisse contestuale modifica dei poteri attribuiti (cfr. doc. 11). La relazione clinica in data 21.02.2018 certifica le condizioni di salute di (...) che risulta attualmente "*in stato vegetativo in esiti di stato di male epilettico in paziente affetto da ritardo mentale grave da sofferenza cerebrale perinatale in sindrome disformica*" e "*portatore di PEG*" (cfr. doc. 20). Si rende quindi necessario ai sensi dell'art. 407 comma 4 c.c. integrare il decreto di nomina ai fini della individuazione dei poteri sulla salute. Preso atto delle condizioni di salute come risultanti dal certificato medico allegato e personalmente verificate da questo giudice tutelare mediante esame dell'amministrato in data 16 febbraio 2018 (cfr.doc. 15), si profila come indispensabile l'attribuzione della

rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, non residuando alcuna capacità in capo all'amministrato.

A decorrere dal 31 gennaio 2018, è l'art. 3 comma 4 e 5 della legge 219/2017 che disciplina le modalità di conferimento, all'amministratore di sostegno, e di conseguente esercizio dei poteri in ambito sanitario. Sulla base della interpretazione della norma come di seguito prospettata, l'attribuzione all'amministratore di sostegno dei poteri in ambito sanitario (nella fattispecie sotto forma di rappresentanza esclusiva) ricomprende necessariamente il potere di rifiuto delle cure, ancorché si tratti di cure necessarie al mantenimento in vita dell'amministrato quali a titolo esemplificativo la nutrizione artificiale di cui beneficia (…) ; ne deriva come l'amministratore di sostegno ove investito della rappresentanza esclusiva in ambito sanitario godrebbe, ai sensi della legge citata, del potere di rifiutare le cure necessarie al mantenimento in vita senza che tale potere, una volta attribuito, possa più essere sindacato dall'autorità giudiziaria, così che all'amministratore di sostegno viene attribuito il potere di decidere della vita e della morte dell'amministrato, potendo egli rifiutare le cure in nome e per conto dello stesso, senza l'autorizzazione del giudice tutelare, ove tale sua decisione fosse condivisa dal medico curante.

Il presente giudice tutelare è chiamato quindi ad applicare l'art. 3 comma 5 legge 219/2017 alla fattispecie concreta dell'individuazione dei poteri conferiti all'amministrazione di sostegno, in assenza di disposizioni antipate di trattamento da parte di (…) (cfr. doc. 21).

Ai fini dell'enunciazione delle ragioni della rilevanza si profila come logicamente preliminare un'attenta esegesi del comma 5° dell'art. 3 «Nel caso in cui […] *l'amministratore di sostegno, in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT) di cui all'art. 4* […] *rifiuti le cure proposte e il medico ritenga invece che queste siano appropriate e necessarie, la decisione è rimessa al giudice tutelare su ricorso del rappresentante legale della persona interessata o dei soggetti di cui agli articoli 406 e seguenti del codice civile o del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria*». Si deve anzitutto procedere all'individuazione del perimetro operativo della citata disposizione e analizzare cosa debba intendersi con l'espressione "rifiuto delle cure". Dal coordinamento delle locuzioni "in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento" e "rifiuti le cure" si evince come il rifiuto concerna (anche) i trattamenti sanitari necessari al mantenimento in vita. Tale conclusione

deve considerarsi inequivoca in ragione, da un lato, della limpidezza del dato linguistico-letterale e, dall'altro, del complessivo spirito sistematico della legge.

Il rifiuto delle cure può interessare tutti i trattamenti sanitari astrattamente oggetto delle DAT.

L'espressione "in assenza di disposizioni anticipate di trattamento" concorre a definire l'ambito applicativo della fattispecie in esame, richiamando, mediante una formulazione indiretta, la generalità dei trattamenti sanitari teoricamente riconducibili alle DAT.

È come se il legislatore dicesse: per quei casi teoricamente definibili con le DAT, proprio a motivo della fattuale assenza delle stesse DAT, opera, in funzione sostitutiva, il presente comma.

Le disposizioni anticipate di trattamento sono chiaramente suscettive di riferirsi ai trattamenti necessari al mantenimento in vita (ad esempio l'idratazione e l'alimentazione artificiale, ai sensi dell'art. 1 comma 5, sono qualificati come trattamenti sanitari, oggetto delle DAT ex art. 4 comma 1) ne consegue come il rifiuto possa anche interessare i predetti trattamenti.

Residua, invero, una possibilità per escludere che il rifiuto possa riguardare anche i trattamenti necessari al mantenimento in vita: interpretare l'espressione "cure proposte" in guisa da estromettere i suddetti trattamenti, sostenendo l'inammissibilità di un loro inquadramento in termini di cure.

Tuttavia – tralasciata ogni considerazione in ordine al piano strettamente linguistico di un simile eventuale orientamento – la suddetta, ipotetica, opzione ermeneutica deve reputarsi incompatibile sia con la ratio della legge – funzionale alla valorizzazione della libertà di autodeterminazione segnatamente nell'ipotesi di trattamenti sanitari di fine vita – sia con la l'acquisizione, tra i diritti inviolabili ex art. 2 Cost., di un diritto a decidere sui trattamenti di fine vita.

La circostanza di trovarsi in uno stato di incapacità non potrebbe, di per sé sola, escludere a priori il diritto a decidere sui trattamenti necessari al mantenimento in vita; non si potrebbe, ex ante, privare un incapace, soltanto per il fatto d'essere incapace, del diritto di decidere sui citati trattamenti, pena la violazione degli artt. 2, 3 e 32 Cost.

Lo stato di incapacità non legittimerebbe in alcun modo un affievolimento dei diritti fondamentali (come la libertà di autodeterminazione), l'incapace è una persona a tutti gli

effetti, nessuna limitazione o disconoscimento dei suoi diritti si prospetterebbe come lecita; egli deve essere rispettato e tutelato nei suoi diritti e nella sua individualità, e perciò salvaguardato anche in relazione alla libertà di autodeterminazione e di rifiuto delle cure; e una simile ricostruzione deve considerarsi avvallata dalla legge in esame.

La condizione di incapacità può invece rilevare alla stregua di un ulteriore, differenziato piano, quello concernente le concrete, fattuali modalità di esercizio del diritto, lasciando impregiudicata però la sussistenza del medesimo, ma trattasi di un profilo che verrà successivamente specificato.

Appurato come il rifiuto possa astrattamente inerire i trattamenti necessari al mantenimento in vita, assunto come il rifiuto debba poterli potenzialmente comprendere, analizziamo ora le modalità con cui il diniego viene espresso. La disposizione non disciplina esplicitamente l'ipotesi di rifiuto manifestato e direttamente posto in essere mediante le conseguenti operazioni materiali, ma unicamente quella di rifiuto estrinsecato e non eseguito per via di una valutazione confliggente del medico. In quest'ultimo caso la legge prevede, a seguito di un ricorso, che la decisione sia rimessa al giudice tutelare. Si evince, dalla lettura della disposizione, la sussistenza di due alternative: nella prima, estrapolata indirettamente, a contrario, la manifestazione del rifiuto non è opposta dal medico e viene allora concretamente tradotta; nella seconda vi è l'opposizione del medico, la relativa paralisi del rifiuto delle cure e si prevede il possibile intervento dell'autorità giudiziaria. Dalla disposizione si desume come l'intervento del giudice tutelare sia confinato esclusivamente alla seconda ipotesi, essendo escluso, in maniera sì implicita ma comunque incontrovertibile, con riferimento alla prima ipotesi. E difatti la circostanza che il legislatore abbia espressamente definito la fattispecie nella quale la decisione è rimessa al giudice – ovverosia quando vi è l'opposizione del medico e il ricorso – conduce alla conclusione, indubitabile, che in assenza di opposizione del medico, non vi è alcun intervento dell'autorità giudiziaria.

Si è visto allora come il comma 5° dell'art. 3 legge 219/2017 consenta all'amministratore di sostegno di rifiutare i trattamenti necessari al mantenimento in vita – e deve poterglielo potenzialmente consentire – e come non sia necessario, ai fini della materiale esplicazione del rifiuto, l'intervento dell'autorità giudiziaria. Quindi l'amministratore di sostegno potrebbe presentarsi dinnanzi al medico, manifestare il rifiuto con conseguente fattuale interruzione delle cure, senza alcun coinvolgimento del giudice tutelare.

Esaurita l'illustrazione del significato della disposizione, si osserva come la circostanza che il procedimento in questione abbia natura di volontaria giurisdizione non costituisce elemento preclusivo alla proposizione dell'eccezione; e a tale conclusione pacificamente conduce una rassegna della giurisprudenza costituzionale (ad esempio Corte Cost. 129/1957, Corte Cost. 121/1974, Corte Cost. 258/2017).

Altamente esemplificativo un passaggio della su ricordata sentenza n. 129 del 1957: «*É fondamentale la considerazione che il sistema costruito dalla Costituzione e dalle leggi che per questa parte la integrano o le danno esecuzione, comporta che tutte le volte che l'autorità giurisdizionale chiamata ad attuare la legge nel caso concreto, cioè ad esercitare giurisdizione, dubiti fondatamente della legittimità costituzionale di questa, deve sospendere il procedimento e trasmettere gli atti all'organo costituzionale, che è il solo competente a risolvere il dubbio. Se è vero che il nostro ordinamento ha condizionato la proponibilità della questione di legittimità costituzionale alla esistenza di un procedimento o di un giudizio, è vero altresì che il preminente interesse pubblico della certezza del diritto (che i dubbi di costituzionalità insidierebbero), insieme con l'altro dell'osservanza della Costituzione, vieta che dalla distinzione tra le varie categorie di giudizi e processi (categorie del resto dai confini sovente incerti e contestati), si traggano conseguenze così gravi. Si può dire, anche, che la proponibilità alla Corte costituzionale di una questione di legittimità costituzionale dipenda non dalla qualificazione del procedimento in corso, ma dalla circostanza che il giudice (contenzioso o volontario che sia il processo) ritenga fondato il dubbio della legittimità costituzionale della legge che egli deve attuare*».

La questione appare non manifestamente infondata per le seguenti ragioni.

«*La libertà di rifiutare le cure presuppone il ricorso a valutazioni della vita e della morte, che trovano il loro fondamento in concezioni di natura etica o religiosa, e comunque (anche) extra-giuridiche, quindi squisitamente soggettive*» (ordinanza Corte di Cassazione 20 aprile 2005, n. 8291).

Ne consegue come in materia di rifiuto delle cure non possa trovare cittadinanza, quale elemento orientativo dal quale attingere, nessun criterio di ordine oggettivo, venendo in rilievo valutazioni personalissime, inscindibili dal soggetto interessato ed indissolubilmente legate alle sue proprie convinzioni religioso-filosofiche ed inclinazioni culturali, e come tali

insuscettibili d'essere vagliate alla luce di un giudizio obiettivo o alla stregua del parametro del "*best interest*" (adottato dalla *House of Lords* inglese nel 1993 nel caso Bland).

La dichiarazione di rifiuto delle cure può essere scomposta ed analizzata con riguardo ai suoi due momenti essenziali: quello concernente la formazione dell'intimo volere e quello rappresentato dalla manifestazione della volontà formatasi; ebbene, l'essenza personalissima del diritto di rifiutare le cure determina necessariamente l'intrasferibilità in capo a terzi del primo, più pregnante e profondamente soggettivo momento – quello attinente alla formazione della volontà – essendo possibile unicamente una cessione della fase dichiarativa, col limite categorico dell'indisponibilità dell'oggetto, ovverosia della volontà medesima.

«*Il carattere personalissimo del diritto alla salute dell'incapace comporta che il riferimento all'istituto della rappresentanza legale non trasferisce sul tutore [nel caso di specie trattasi dell'amministratore di sostegno], il quale è investito di una funzione di diritto privato, un potere incondizionato di disporre della salute della persona*» (Corte di Cassazione sentenza n. 21748 del 2007).

Implicazione necessaria dello svolgimento delle suddette premesse è la considerazione che il rifiuto delle cure manifestato dall'amministratore di sostegno deve potersi qualificare come il riflesso, come la rappresentazione, ancorché mediata, della volontà dell'interessato. Il rifiuto, benché materialmente e fattualmente estrinsecato dalla persona dell'amministratore, deve rappresentare il precipitato logico della personalità, del patrimonio filosofico-culturale e delle convinzioni religiose dell'interessato. Il rifiuto delle cure non può derivare dalle soggettive riflessioni e dalle individuali valutazioni dell'amministratore, ma deve trovare la propria inderogabile legittimazione nella volontà dell'interessato e nei suoi orientamenti esistenziali.

Le osservazioni sopra formulate risultano emblematicamente scolpite nell'affermazione secondo la quale l'amministratore non deve decidere né «*al posto dell'incapace, né per l'incapace*»; postulato della citata proposizione è la concezione della decisione del rifiuto delle cure come una valutazione di pertinenza del solo interessato, in ragione delle sue caratteristiche eminentemente personali, valutazione della quale non può in alcun modo essere espropriato mediante la sua consegna alle determinazioni di un altro soggetto. D'altra parte la cognizione del diritto a rifiutare le cure come personalissimo altro non è che la logica simmetria dalla indisponibilità altrui e dell'intrasferibilità del diritto alla vita.

Ne consegue come il rifiuto delle cure deve potersi reputare come promanare sostanzialmente dall'interessato incapace; l'intervento dell'amministratore di sostegno deve quindi essere limitato e rigorosamente circoscritto alla individuazione, presidiata da particolari cautele, e alla conseguente trasmissione della volontà dell'interessato.

Ebbene, affinché la decisione sul rifiuto delle cure risulti espressione dell'interessato incapace e non della volontà soggettiva, e perciò irrilevante, dell'amministratore di sostegno, si prospettano due scenari: il ricorso alle disposizioni anticipate di trattamento o, in assenza di quest'ultime, la ricostruzione della volontà del soggetto. Giova ribadire che il solo ed insuperabile parametro di riferimento in ordine alle determinazioni sul rifiuto delle cure deve essere costituito dalla volontà dell'interessato, ora cristallizzata attraverso le disposizioni anticipate di trattamento, ora desunta mediante un'approfondita e puntuale operazione di abduzione.

Nel caso di assenza di disposizioni anticipate di trattamento, difettando una rappresentazione qualificata di una volontà inequivocabilmente ed appositamente espressa, si pone la delicata questione di ricostruire la volontà dell'interessato attraverso il ricorso ad una pluralità di indici sintomatici, di elementi presuntivi, mediante l'audizione di conoscenti dell'interessato o strumenti di altra natura.

Trattasi di quello che, negli ordinamenti di common law, è definito come "*substituted judgement test*", accolto nel 1976 dalla Corte Suprema del New Jersey nel caso Quinlan.

La ricerca della «*volontà della persona [incapace] – ricostruita alla stregua di chiari, univoci, e convincenti elementi di prova, non solo alla luce dei precedenti desideri e dichiarazioni dell'interessato, ma anche sulla base dello stile e del carattere della sua vita, del suo senso dell'integrità e dei suoi interessi critici e di esperienza – assicura che la scelta in questione non sia espressione del giudizio sulla qualità della vita proprio del rappresentante*» (Corte di Cassazione sentenza n. 21748 del 2007).

Attesa la complessità e la serietà di un simile processo di ricerca, si profila come imprescindibile l'intervento di un soggetto terzo e imparziale, quale l'autorità giudiziaria, tesa a salvaguardare la corrispondenza tra il rifiuto e l'autentica volontà dell'incapace interessato. «*L'intervento del giudice esprime una forma di controllo della legittimità della scelta nell'interesse dell'incapace; […] e si estrinseca nell'autorizzare o meno la scelta compiuta dal tutore*» (Corte di Cassazione sentenza n. 21748 del 2007).

Avendo accennato alla tematica della ricostruzione della volontà dell'incapace, risulta allora opportuno chiarire un aspetto già succintamente affrontato e rinviato ad approfondimento successivo, la distinzione delle dimensioni della sussistenza del diritto di rifiutare le cure che garantiscono il mantenimento in vita e delle concrete modalità dell'esercizio. La sussistenza del diritto non implica né il suo esercizio, né assicura, ancorché esercitato, ch'esso sia, *ab externo*, riconoscibile o individuabile; ad esemplificazione di tale differenziazione si può analizzare il caso di incapacità originaria incidente sulle capacità intellettive.

Conformemente alla riportata ricostruzione anche in un caso simile deve ritenersi sussistere il diritto di rifiutare le cure, senonché una incapacità del tipo di quella citata assumerà valore, presumibilmente, nel processo di ricostruzione della volontà, fungendo da elemento ostativo alla possibilità di rinvenire una manifestazione di volontà orientata nel senso del rifiuto, con la conseguenza della prevalenza del complementare diritto alla vita, rispetto al quale la norma in esame è derogatoria. Alle medesime conclusioni deve addivenirsi ogni qualvolta il procedimento di ricerca della volontà dell'interessato non conduca ad un quadro espressivo di una determinazione di rifiuto.

Se si consentisse all'amministratore di sostegno di ricercare autonomamente la volontà dell'interessato e di assumere in piena libertà le consequenziali determinazioni sul rifiuto delle cure, si sentenzierebbe il concreto annichilimento della natura personalissima del diritto a decidere sulla propria vita; difatti si configurerebbe surrettiziamente, a vantaggio dell'amministratore, il potere di assumere, a fondamento del rifiuto, la propria volontà, contraddicendo in radice la personalissima essenza del diritto di rifiuto delle cure.

Allora in mancanza di disposizioni anticipate di trattamento si staglia come indefettibile la sussistenza di una verifica e di un vaglio orientati a saggiare la conformità della dichiarazione di rifiuto proveniente dall'amministratore alla volontà del beneficiario, apprezzamento il quale postula preliminarmente la ricostruzione della volontà medesima ove sia possibile. L'intervento dell'autorità giudiziaria, si precisa, è funzionalizzato alla tutela del carattere personalissimo e della speculare indisponibilità altrui del diritto di rifiuto delle cure e del diritto alla vita.

Assunto l'incontrovertibile legame tra identità esistenziale – da intendersi quale sintesi degli orientamenti filosofici, delle convinzioni religiose, delle inclinazioni culturali, delle

abitudini di vita e dei comportamenti dotati di significanza – e decisione di rifiuto delle cure, si delinea come incostituzionale l'attribuzione all'amministratore di sostegno, realizzata dalle disposizioni incriminate, di un potere di natura potenzialmente incondizionata e assoluta attinente la vita e la morte, di un dominio ipoteticamente totale, di un'autentica facoltà di etero-determinazione.

E l'insanabile contrasto con i precetti costituzionali emerge plasticamente, anzitutto, dalla considerazione degli artt. 2, 13 e 32 Cost. In virtù della valorizzazione del principio personalistico e del rifiuto dell'idea, di ascendenza autoritaria, di uno Stato eticizzante, si ricava dai citati referenti costituzionali, il diritto del singolo a rifiutare le cure, al quale diritto deve quindi conferirsi il rango di diritto inviolabile. Sancire il riconoscimento dell'inviolabilità di un diritto equivale a negare la possibilità che altri possano violare il diritto in questione, implica il divieto, perlomeno nei confronti degli altri, di ledere tale diritto. Si è visto come la peculiare natura del diritto a rifiutare le cure, assieme all'eccezionalità del suo oggetto, qualifichi il diritto de quo come intrinsecamente correlato al singolo interessato, e perciò esclude che il momento della formazione della volontà possa essere delegato a soggetti terzi: la disponibilità altrui del processo di formazione della volontà confligge irrimediabilmente con il carattere soggettivo del diritto, comportandone, inesorabilmente, il disconoscimento; si concreterebbe una dissoluzione, dall'esito lesivo, del legame sussistente tra il diritto in parola e l'identità esistenziale dell'interessato.

Il diritto a rifiutare le cure è un diritto personalissimo; l'amministratore di sostegno dovrebbe limitarsi a trasmettere la volontà già formata dell'amministrato.

Ciò ribadito, le modalità d'esercizio di rifiuto delle cure stabilite dalla disposizione censurata per l'Amministratore di sostegno appaiono radicalmente inidonee a salvaguardare compiutamente la natura eminentemente soggettiva del diritto in questione e quindi tali da conferire all'Amministratore un potere potenzialmente autonomo di rifiuto delle cure. Conseguenze immediate di tale stato di cose la negazione dell'essenza personalissima del diritto de quo e la sua correlativa violazione.

È pur vero che la disposizione censurata prevede l'intervento dell'autorità giudiziaria nell'eventualità del rifiuto opposto dal medico, ma è altresì innegabile come il carattere meramente ipotetico ed accidentale del suddetto intervento giudiziale non valga a scardinare la censura, limitandosi ad operare come criterio risolutore subordinato alla ipotetica

sussistenza di un dissidio tra rappresentante e medico, e come tale confinato all'insufficiente dimensione dell'eventualità, un correttivo dunque eventuale, ma radicalmente inadeguato perché appunto solo eventuale e non indefettibile.

A ben vedere la disposizione oggetto di contestazione parrebbe aver aderito all'orientamento teso ad assegnare al medico la valutazione finale relativa al rifiuto delle cure; sulla base di tale considerazione si potrebbe obiettare che non è rispondente al vero sostenere il conferimento, all'amministratore di sostegno, di un potere potenzialmente autonomo e perciò contraddittorio con lo spirito personalissimo del rifiuto, dal momento che un controllo, sebbene non giurisdizionale, pur sempre è previsto e si sostanzia nel giudizio del medico. A tale ipotetica argomentazione si controbatte rilevando la ripetuta essenza personalissima del rifiuto delle cure; da tale inequivoca osservazione deriva l'insufficienza di una valutazione medica imperniata su canoni obiettivi di *appropriatezza* e *necessità*, criteri i quali parrebbero evocare quello del *best interest* enucleato nel caso Bland. Ma si è già evidenziato come un siffatto parametro confligga e disconosca la natura soggettiva e personalissima del rifiuto delle cure necessarie al mantenimento in vita, (come potrebbe un'asettica valutazione medica cogliere le intime e profonde riflessioni personali in ordine alla vita, alla morte e alla dignità? Si vorrebbe forse surrogare l'autodeterminazione con un giudizio medico?); consegue come la valutazione del medico si dimostri assolutamente inconferente. Ci si domanda inoltre come potrebbe il medico verificare ed accertare la conformità del rifiuto alla volontà ricostruita dell'incapace e come potrebbe, prima ancora, ricostruire tale volontà.

Si censura inoltre, ai sensi dell'art. 3 Cost., la manifesta irragionevolezza della disposizione, la quale, se applicata, darebbe luogo all'appalesarsi di un'incoerenza di ingiustificabile significanza all'interno dell'architettura di sistema delineata dall'istituto dell'amministrazione di sostegno. Infatti gli articoli 374 c.c. e 375 c.c. richiamati dall'art. 411 c.c. per la disciplina dell'amministrazione di sostegno prescrivono come necessaria l'autorizzazione del giudice tutelare ai fini del compimento degli atti ivi indicati. Prevedere l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria per l'esplicazione di una serie di atti attinenti alla sfera patrimoniale e al contempo non prevederla per l'atto di rifiuto delle cure, sintesi ed espressione dei diritti alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona, si profila come irrazionale; l'ordinamento appresterebbe a un interesse di ordine patrimoniale

salvaguardia e presidi tutelativi superiori rispetto a quelli stabiliti per i richiamati diritti alla vita, alla salute, all'autodeterminazione e alla dignità della persona. Si deve poi osservare, ai fini di una completa cognizione del quadro di incongruenze che deriverebbe dall'attuazione delle disposizioni, come, in ordine alla domanda di separazione avanzata dall'amministratore in nome e per conto del beneficiario dell'amministrazione, la giurisprudenza, dalla qualificazione della suddetta domanda come atto personalissimo, faccia discendere la necessità dell'autorizzazione del giudice, calibrata sulla «*ricostruzione del vissuto dell'incapace*» (Trib. Cagliari 15.6.2010). Dunque per l'atto personalissimo della domanda di separazione si richiederebbe il vaglio necessario dell'autorità giudiziaria, per l'atto personalissimo del rifiuto delle cure, coinvolgente valori egualmente rilevanti e dalle implicazioni certamente superiori, l'intervento del giudice sarebbe esiliato nella dimensione dell'eventuale.

Si evidenzia, infine, come aggiuntivo indice sintomatico di una complessiva irragionevolezza, la presenza di una trama normativa contraddittoria tutta interna alla legge 219 del 2017; difatti se da una parte le disposizioni del citato testo normativo risultano fondate sull'intento di valorizzare ed accordare centralità alla manifestazioni di volontà dei singoli, prescrivendo, ai fini del loro rilievo, determinate formalità e procedure, non si comprende allora perché nella circostanza di soggetti incapaci difetti la più elementare attenzione per il citato, decisivo, elemento volontaristico, venendo contestualmente a cadere qualsiasi meccanismo di tutela o di controllo.

Sulla base di tutte le esposte argomentazioni questo giudice tutelare ritiene pertanto che la decisione sulla attribuzione all'amministratore di sostegno di (…) della rappresentanza esclusiva in ambito sanitario non possa essere assunta indipendentemente dalla risoluzione della prospettata questione di legittimità costituzionale.

Ai sensi dell'art. 27 seconda parte legge 87/53, come estensivamente interpretato dalla Corte, si chiede inoltre, ove accolta la questione di legittimità costituzionale sollevata, che sia consequenzialmente dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 3 commi 4 e 5 della legge 219/2017 nella parte in cui prevedono che il rappresentante legale della persona interdetta oppure inabilitata, in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento di cui all'art. 4, o il rappresentante legale del minore possano rifiutare, senza l'autorizzazione del giudice tutelare le cure necessarie al mantenimento in vita dell'amministrato.

Questo provvedimento è stato redatto con la collaborazione del dott. Dario Minafra tirocinante ex art. 73 D.L. 69/2013.

P.Q.M.

Visti gli artt. 134 e 137 Cost. , 1 legge cost. 9 febbraio 1948 n. 1, 23 legge 11 marzo 1953 n. 87.

Dichiara rilevante nel presente procedimento e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 comma 4 e 5 della legge 219/2017 nella parte in cui stabiliscono che l'amministratore di sostegno la cui nomina preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento, possa rifiutare, senza l'autorizzazione del giudice tutelare, le cure necessarie al mantenimento in vita dell'amministrato, ritenendo le suddette disposizioni in violazione degli articoli 2, 3, 13, 32 della Costituzione nei termini di cui in motivazione.

Ordina che il presente provvedimento, a cura della Cancelleria sia notificato a (…) in qualità di amministratore di sostegno di (…), al Pubblico Ministero e al Presidente del Consiglio dei Ministri, nonché comunicato al Presidente del Senato e al Presidente della Camera dei Deputati e, all'esito, sia trasmesso alla Corte Costituzionale insieme al fascicolo processuale con la prova delle avvenute regolari predette notificazioni e comunicazioni.

Dichiara sospesa la decisione sulla attribuzione all'amministratore di sostegno di (…) della rappresentanza esclusiva in ambito sanitario.

Pavia 24 marzo 2018 il Giudice tutelare

Dott.ssa Michela Fenucci

CORTE COSTITUZIONALE
ATTO DI INTERVENTO

nell'interesse dell'associazione UNIONE GIURISTI CATTOLICI ITALIANI, Unione Locale di Piacenza (…) in persona del Presidente e legale rappresentante *pro tempore* Avv. Livio Podrecca (…) e della UNIONE GIURISTI CATTOLICI DI PAVIA "BEATO CONTARDO FERRINI", (…) in persona del Presidente e legale rappresentante *pro tempore* Dott. M. F. (…) assistiti dal medesimo Avv. Livio Podrecca con studio in (…) unitamente e disgiuntamente all'Avv. Paolo Voltaggio con studio in (…), elettivamente domiciliati in (…) come da procure speciali (…) su foglio separato unite al presente atto di intervento,

NEL GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

dell'art. 3, commi 4 e 5 della legge n. 219/2017, sollevato dal Giudice Tutelare del Tribunale di Pavia D. ssa Michela Fenucci con ordinanza del 24 marzo 2018, iscritta al n. 116 del 2018 del Registro delle Ordinanze e pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale il 12-9-2018, n. 36, con la quale ha sospeso il giudizio e disposto l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, ritenuta la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale del predetto art. 3, commi 4 e 5 della legge n. 219/2017, nella parte in cui stabilisce che l'amministratore di sostegno, la cui nomina includa l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, in assenza di disposizioni anticipate di trattamento, possa rifiutare, senza l'autorizzazione del giudice tutelare, le cure necessarie al mantenimento in vita dell'amministrato, in relazione agli artt. 2, 3, 13, 32 Costituzione.

I. Legittimazione dell'UGCI all'intervento incidentale

L'art. 2 del vigente Regolamento della Unione Locale di Piacenza della Unione Giuristi Cattolici Italiani prevede che *"l'Unione ha lo scopo di contribuire alla attuazione dei principi dell'etica cristiana nella scienza giuridica, nella attività legislativa, giudiziaria e amministrativa, in tutta la vita pubblica e professionale. In particolare l'Unione intende: ... Favorire l'affermarsi della concezione del diritto quale ordine di giustizia tra gli uomini;*

Impegnarsi per la tutela e la promozione della persona umana nel concreto dell'esperienza giuridica; Richiamare l'attenzione dei giuristi sui problemi giuridici emergenti dalla evoluzione della società, perché possano trovare soluzioni rispondenti al bene comune".

Allo stesso modo l'art. 5 dello Statuto della Unione di Pavia: *"1. L'Associazione fa proprie le finalità statutarie dell'U.G.C.I., per contribuire all'attuazione dei principi dell'etica cristiana nella scienza giuridica, nell'attività legislativa, giudiziaria e amministrativa, in tutta la vita pubblica e professionale, in conformità al Magistero della Chiesa cattolica; 2. In particolare l'Associazione intende: a) promuovere un'adeguata e specifica preparazione spirituale, deontologica, culturale e professionale dei giuristi, con una particolare attenzione nei confronti dei giovani; b) favorire l'affermarsi della concezione del diritto quale ordine di giustizia fra gli uomini; c) impegnarsi per la promozione della dignità della persona umana nel concreto dell'esperienza giuridica, tutelando la vita, dal concepimento sino al suo naturale spirare, e la famiglia, come società naturale fondata sul matrimonio tra un uomo e una donna; d) promuovere la funzione del diritto come strumento di regolazione dei rapporti tra gli Stati nella società internazionale; e) richiamare l'attenzione dei giuristi sui problemi giuridici emergenti dall'evoluzione della società, perché possano trovare soluzioni rispondenti al bene comune; f) prestare opera di consulenza giuridica alle istituzioni ed alle iniziative sociali d'ispirazione cristiana, compatibilmente con lo status e i doveri professionali di ciascun membro"*.

È pertanto evidente il concreto interesse delle associazioni intervenienti a portare il proprio contributo e ad interloquire nella questione portata alla attenzione della Corte, di grande ed anzi precipua pregnanza morale, attenendo ai temi della salute, della vita e della morte, e dei diritti fondamentali agli stessi collegati e sottesi nella Carta Costituzionale e, in particolare, agli articoli 2, 3, 13 e 32 alla stregua dei quali la norma sospetta di incostituzionalità ha potuto essere oggetto della ordinanza di rimessione del Giudice Tutelare di Pavia.

Proprio il prevalente interesse etico della questione oggi all'esame della Corte dovrebbe indurre la Stessa a consentire una più larga partecipazione degli enti ed associazioni, come le odierne intervenienti, espressioni della società civile, portatori di interessi direttamente coinvolti nella disciplina normativa, in questo caso statuale, che li regola.

A maggior ragione laddove si consideri il carattere giusnaturalistico delle moderne costituzioni occidentali (tra le quali la nostra) e, quindi, il rimando delle norme della Carta Costituzionale ad un ordinamento che precede quello, positivo, della legge statale, e trova il suo più solido e profondo fondamento nell'ordine naturale delle cose, vale a dire nel diritto naturale.

È infatti innegabile che il primo ed imprescindibile diritto fondamentale che la nostra Costituzione riconosce, all'art. 2, corrisponde a quel dovere di solidarietà che irradia di sé l'intero impianto costituzionale e, in modo particolare, il Titolo II, nel cui alveo, all'art. 32, riposa la tutela costituzionale della vita e della salute.

Si ritiene, quindi, che, su temi quali quello oggetto della ordinanza di rimessione, contributi conoscitivi di associazioni quali la odierna interveniente debbano essere favoriti e valorizzati.

❖ ❖ ❖

II. L'Ordinanza del Giudice Tutelare di Pavia

Nella propria Ordinanza del 24-3-2018, il Giudice Tutelare di Pavia dubita che l'attribuzione all'Amministratore di sostegno del potere di rappresentanza esclusiva in ambito sanitario (con il diritto, quindi, di ricevere le debite informative relative ai trattamenti sanitari ed il potere di negare conseguentemente il consenso agli stessi, anche quando necessari al mantenimento in vita del paziente) di beneficiario che, nel caso specifico, sia affetto da ritardo mentale grave e versante in stato vegetativo, possa di fatto consentire all'ADS, laddove il medico sia consenziente, di disporre della vita e della salute altrui secondo una volontà che, in assenza di disposizioni anticipate di trattamento, può anche non essere attribuibile al paziente beneficiario della amministrazione di sostegno, ma riferibile unicamente all'amministratore di sostegno, che verrebbe, così, a violare la sfera personalissima del rappresentato, sostituendosi allo stesso.

In primo luogo il Giudice remittente, a seguito di una attenta esegesi della norma, osserva che «*il rifiuto delle cure può interessare tutti i trattamenti sanitari astrattamente oggetto delle DAT"*, inclusi, quindi, *"(anche) i trattamenti sanitari necessari per il mantenimento in vita*».

In un successivo, affatto pregnante, passaggio, il G.T. osserva che «*la circostanza di trovarsi in uno stato di incapacità non potrebbe, di per sé sola, escludere a priori il diritto a decidere sui trattamenti necessari al mantenimento in vita; non si potrebbe, ex ante, privare un incapace, soltanto per il fatto di essere incapace, del diritto di decidere sui citati trattamenti, pena la violazione degli artt. 2, 3 e 32 Cost. Lo stato di incapacità non legittimerebbe in alcun modo un affievolimento dei diritti fondamentali (come la libertà di autodeterminazione), l'incapace è una persona a tutti gli effetti, nessuna limitazione o disconoscimento dei suoi diritti si prospetterebbe come lecita; egli deve essere rispettato e tutelato nei suoi diritti e nella sua individualità, e perciò salvaguardato anche in relazione alla libertà di autodeterminazione e di rifiuto delle cure; e una simile ricostruzione deve considerarsi avallata dalla legge in esame*». Lo stesso principio, come osserva, ancora, il Tribunale di Pavia, è stato ribadito proprio nella sentenza della Suprema Corte di Cassazione nel caso Englaro: «*Il carattere personalissimo del diritto alla salute dell'incapace comporta che il riferimento all'istituto della rappresentanza legale non trasferisce sul tutore […] il quale è investito di una funzione di diritto privato, un potere incondizionato di disporre della salute della persona*» (Corte di Cassazione, sentenza n. 21748 del 2007). La medesima Suprema Corte aveva precedentemente chiarito, sempre nell'ambito della medesima vicenda Englaro, che, con riguardo alla decisione sulla cessazione dei presidi sanitari funzionali al mantenimento in vita dell'incapace, «*giammai il tutore potrebbe esprimere una valutazione che, in difetto di specifiche risultanze (…), possa affermarsi coincidente con la valutazione dell'interdetta*» *(*Corte di Cassazione, ordinanza n. 8291 del 2005).

Che la questione interpretativa sia attuale e determinante si desume, indirettamente, dal governo che delle stesse norme fa, p. es., il Giudice Tutelare di Modena, secondo il quale «*con riguardo alla espressione del consenso informato (ovvero, al rifiuto) ai trattamenti medico-sanitari da parte di persona incapace* - attenzione: non già di intendere e di volere! NDR, bensì solo – *di esprimersi, la questione è stata risolta dalla recente l. 22 dicembre 2017, n. 219. Superando la tesi tradizionale che escludeva la rappresentanza in materia di atti personalissimi, quali quelli in discorso, fu la Corte Suprema a chiarire che il consenso potesse essere manifestato da parte del tutore di persona interdetta, a condizione che venisse ricercato il suo best interest e ricercandone la volontà precedentemente da lui espressa (Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748), con ciò dando attuazione all'art. 6 della Convenzione di*

Oviedo del 4 aprile 1997 (ratificata dall'Italia con l. 28 marzo 2001, n. 145), la quale ammetteva che il rappresentante legale (dell'incapace) potesse esprimere il consenso informato al trattamento medico al suo posto» (Tribunale Modena, Sez. II Civile, decreto 23-3-2018).

Una interpretazione, come si vede, non condivisibile e forzata, contrastante con gli autentici principi solidaristici (presidiati dall'art. 2 Cost.) e con i doveri che dagli stessi discendono, smentita da un lato dalla stessa pronuncia della S.C. citata, nei termini riportati dal Giudice rimettente, ed anche dalla Convenzione di Oviedo, il cui art. 6 dispone che «*Sotto riserva degli articoli 17 e 20, un intervento non può essere effettuato su una persona che non ha capacità di dare consenso, se non per un diretto beneficio della stessa*», dove il riferimento al 'diretto beneficio', secondo una interpretazione costituzionalmente orientata (in particolare dagli artt. 2 e 32 Cost.), esclude la possibilità di sacrificio della salute o del bene supremo della vita di terzi in assenza di eventi ineluttabili quali una malattia che non possa essere contrastata se non incorrendo nell'accanimento terapeutico.

Sotto altro profilo, nella ordinanza 14-2-2018, nella quale solleva la questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., la Corte di Assise di Milano, «*pone poi attenzione alla recentissima legge sul biotestamento (l. 219/2017)***,** *ritenendo che i principi fondanti di questa legge possano essere d'aiuto anche ai fini della interpretazione dell'art. 580 c.p. Più precisamente, si osserva che la nuova normativa riconosce la possibilità di ogni individuo di disporre anticipatamente le proprie volontà sul "fine-vita", fino ad affermare che lo stesso può decidere effettivamente di porvi fine. La Corte sottolinea, dunque, che "nel caso di malattia" il legislatore ha espressamente riconosciuto "il diritto a decidere di lasciarsi morire a tutti i soggetti capaci"***.** *Il mancato riconoscimento da parte del legislatore di un diritto al suicidio assistito, peraltro, secondo la Corte implicherebbe l'impossibilità di pretendere dai medici del servizio pubblico la somministrazione o la prescrizione di un farmaco che procuri la morte, ma non può portare a negare la sussistenza della libertà della persona di scegliere quando e come porre fine alla propria vita, posto che una simile libertà troverebbe fondamento nei principi espressi dagli articoli 2 e 13 della Carta costituzionale*».

Come si vede, sotto questo profilo l'intervento chiarificatore della Corte adita, nel senso della indisponibilità del bene vita e, da parte di terzi, dei beni oggetto di diritti personalissimi, è intuitivamente molto importante e decisivo per arrestare la grave deriva libertaria e

nichilista che rischia, anziché di tutelare e rafforzare il diritto fondamentale di autodeterminazione, di comprometterlo e sacrificarlo all'altare della sbrigativa (e non di rado interessata, per esempio a fini economici e/o ereditari) soluzione, con l'eliminazione fisica del paziente, dei casi difficili o semplicemente non (economicamente) convenienti o scomodi.

Valgano, in proposito, tra le tante possibili, due semplici considerazioni: il sopraggiungere della malattia, con l'esperienza del dolore e dell'angoscia che, in misura varia ed anche intensa, le si accompagnano, può far cambiare ad una persona le proprie idee sulla vita ed i propri convincimenti rispetto alla malattia, alla salute, alle cure. Le più recenti acquisizioni della diagnostica strumentale, d'altra parte, dimostrano che dietro uno stato di apparente incoscienza e di vita definita vegetativa vi può essere uno stato vigile e di maggior o minore coscienza e consapevolezza, ancorché sensazioni e volontà non siano percepibili all'esterno. Basterebbe questo, secondo una ragionevole applicazione del principio di precauzione, per impedire decisioni di rifiuto delle cure che implichino effetti di carattere definitivo ed esiziale. È per questo che l'art. 9 della Convenzione di Oviedo dispone che «*i desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno* – non vincolanti per il medico, come irragionevolmente dispone la Legge 219/2017, NDR, ma – *tenuti in considerazione*».

Tornando all'ordinanza di remissione, premesso che, giusta la prospettazione del Giudice Tutelare di Pavia, «*il comma 5° dell'art. 3 legge 219/2017 consenta all'amministratore di sostegno di rifiutare i trattamenti necessari al mantenimento in vita [...] quindi l'amministratore di sostegno potrebbe presentarsi dinnanzi al medico, manifestare il rifiuto con conseguente fattuale interruzione delle cure, senza coinvolgimento del giudice tutelare*», ne scaturisce un sistema che favorisce gli abusi, con rifiuto delle cure e conseguente soppressione di pazienti incapaci, per interessi che possono intuitivamente essere i più diversi, e realizzare, sotto la facciata e la 'copertura' di un presunto *best interest* del paziente, convinzioni, visioni della vita, interessi e convenienze ad esso del tutto avulse ed estranee, mentre, come correttamente riferisce il Tribunale rimettente, «*l'amministratore non deve decidere né 'al posto dell'incapace, né per l'incapace'; postulato della citata proposizione è la concezione della decisione del rifiuto delle cure come una valutazione di pertinenza del*

solo interessato, in ragione delle sue caratteristiche eminentemente personali, valutazione della quale non può in alcun modo essere espropriato mediante la sua consegna alle determinazioni di un altro soggetto».

Andando a fondo nella sua accurata e penetrante disamina, il Tribunale remittente, ribadita la essenza personalissima del rifiuto delle cure, osserva che «*prevedere l'autorizzazione della autorità giudiziaria per l'esplicazione di una serie di atti attinenti la sfera patrimoniale e al contempo non prevederla per l'atto di rifiuto delle cure, sintesi ed espressione del diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona, si profila come irrazionale; l'ordinamento appresterebbe a un interesse di ordine patrimoniale salvaguardia e presidi tutelativi superiori rispetto a quelli stabiliti per i richiamati diritti alla vita, alla salute, all'autodeterminazione e alla dignità della persona. Si deve poi osservare [...] come, in ordine alla domanda di separazione avanzata dall'amministratore in nome e per conto del beneficiario della amministrazione, la giurisprudenza, dalla qualificazione della suddetta domanda come atto personalissimo, faccia discendere la necessità dell'autorizzazione del giudice, calibrata sulla 'ricostruzione del vissuto dell'incapace' (Trib. Cagliari 15.6.2010)*».

Nel rilevare, infine, una intima contraddizione nello stesso apparato approntato dalla Legge 219/2017, laddove il testo normativo si prefigga l' «*intento di valorizzare ed accordare centralità alle manifestazioni di volontà dei singoli*», quando rispetto agli incapaci un tale elemento volontaristico venga privato, con riferimento alle norme sospettate di illegittimità costituzionale, di qualsiasi *"meccanismo di tutela o di controllo"*, il Giudice remittente ritiene che l'art. 3, commi 4 e 5, legge 219/2017 sia incostituzionale laddove non preveda il necessario intervento del Giudice Tutelare quando, in assenza di dichiarazioni anticipate di trattamento, il rifiuto ai trattamenti sanitari opposto dal legale rappresentante della persona inabilitata o interdetta o dall'amministratore di sostegno sia condiviso dal medico. Il pensiero del Tribunale rimettente si precisa nel senso che, in tale caso, non possa procedersi *de plano* secondo il rifiuto alle cure ma compito del Giudice Tutelare, in assenza di DAT, sia quello di accertare la volontà del paziente incapace, desunta anche dalle sue convinzioni, dal suo stile di vita o da quanto dallo stesso dichiarato rispetto al tema in questione. Il tutto sulla scorta e sulla scia di quanto ritenuto dalla Corte di Cassazione nel noto caso Englaro (Cass. 21748/2017).

❖ ❖ ❖

III. Della illegittimità costituzionale dell'art. 3, commi 4 e 5, Legge 219/2017

La rigorosa e penetrante disamina condotta dal Giudice Tutelare di Pavia merita una piena condivisione quanto alle premesse, al difetto di adeguata considerazione e tutela della volontà del soggetto incapace ed alla censura di illogicità ed irragionevolezza, sotto tale profilo, delle disposizioni censurate.

Si ritiene, tuttavia, che una tale inadeguatezza persisterebbe anche nel caso in cui la Corte aderisse alle tesi del tribunale rimettente, laddove dovesse, ipoteticamente, ritenere sufficiente ed adeguata a motivare l'autorizzazione giudiziale al rifiuto, nell'interesse del rappresentato, da parte dell'amministratore di sostegno o, comunque, del legale rappresentante dell'incapace, dei trattamenti sanitari sulla scorta di una volontà solo presunta del rappresentato (o beneficiato), ricostruita sulla base di elementi presuntivi tratti dalle precedenti fasi di vita, come è avvenuto per Eluana Englaro sulla scorta della citata decisione della Suprema Corte.

Pare, infatti, drammaticamente evidente il carattere di *fictio iuris* di una tale metodologia, del pari irrispettosa (e lesiva del suo diritto di autodeterminazione) della reale e ipoteticamente diversa volontà che il paziente potrebbe esprimere attualmente, da sé, se ne fosse in grado.

Come detto, gli eventi dolorosi della vita (e, tra questi, la esperienza della malattia), possono incidere profondamente sulle convinzioni delle persone, e modificarle profondamente, in un senso o nell'altro, e tale convinzione può esistere anche nell'animo e nella mente di un soggetto apparentemente incosciente, che, semplicemente, non è in grado di esprimerla. Per questo, come pacificamente avviene in campo patrimoniale, un valido consenso o rifiuto delle cure non può insorgere anteriormente al verificarsi del quadro patologico rispetto al quale si pone la necessità di dare l'informativa prevista in vista del consenso (o, simmetricamente, del dissenso) ai trattamenti sanitari. Propriamente per tale ragione tra i requisiti indefettibili per il rilascio del consenso (o del rifiuto) informato deve essere inclusa la attualità della informativa rispetto al quadro patologico nel quale si pone la necessità dei trattamenti sanitari che sono oggetto della informativa stessa, restando, poi, il paziente libero di revocare in qualsiasi momento il consenso (o il dissenso) prestato, in

particolare quando si sia verificata una evoluzione in senso positivo o negativo del quadro clinico.

La Corte di Cassazione è stata chiamata ad esprimersi sulla correttezza della motivazione della sentenza con cui il precedente Giudice ha ritenuto non più operante il rifiuto espresso da un paziente, al momento del ricovero, di sottoporsi ad una trasfusione sanguigna, alla luce di un quadro clinico fortemente mutato, con imminente pericolo di vita e senza possibilità di interpellarlo perché anestetizzato. La condotta dei sanitari, i quali hanno effettuato il trattamento trasfusionale con l'obiettivo di salvar la vita al paziente, è stata ritenuta legittima, «*avendo essi operato nel ragionevole convincimento che il primitivo rifiuto del paziente non fosse più valido ed operante*»; ciò «*in virtù delle seguenti considerazioni: che anche il dissenso, come il consenso, dev'essere inequivoco, attuale, effettivo e consapevole*» (Corte di Cassazione, sentenza n. 4211 del 2007).

La medesima esigenza di attualità del consenso rispetto alla patologia alla quale ineriscono i trattamenti sanitari oggetto della informativa medesima traspare, con evidenza, dal tenore e dai contenuti della pronuncia n. 438/2008 di Codesta Corte, nella quale si afferma che «*la circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello alla autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione*». È evidente che una tale connotazione della informativa sulle cure, finalizzata alla tutela della salute ma anche della libertà individuale, è incompatibile con una volontà pregressa non formatasi sulla base della informativa.

Nella Direttiva 2001/20/CE – Preambolo, inoltre, si afferma che di fronte a soggetti incapaci deve prevalere la possibilità dei benefici sui rischi di nocumento. Parimenti nel D. Lgs. 211/2003 si disciplina il consenso informato. Dal tenore letterale della norma si evince che il consenso informato deve illustrare, con riferimento al caso specifico, il percorso terapeutico con riferimento al concreto quadro patologico in cui il trattamento sanitario di

inserisce. In difetto, quindi, di attualità, per il paziente incapace non è data alcuna certezza sulla persistenza volitiva, in mutato quadro delle condizioni di salute, di eventuali disposizioni date anticipatamente, in fasi della vita diverse e non segnate dalla esperienza, fisica, psichica ed esistenziale, della malattia, con le precise, diverse ed imprevedibili nella loro complessità, coordinate fisiche e psichiche che la possono caratterizzare.

In campo patrimoniale, molti sono gli esempi in cui la tutela degli interessi delle persone comporta la nullità di pattuizioni o rinunce preventive: si pensi, per esempio, al divieto di patti successori, alle nullità connesse alle rinunce preventive al diritto di prelazione (urbana o agraria). Ma si pensi, *a contrario*, al caso in cui si dovesse dare valore, in campo patrimoniale (p. es., successorio) a volontà presunte ricostruite (o ricostruibili) sulla base di stili di vita, amicizie, dichiarazioni di impegno ad eredità o lasciti.

Le superiori considerazioni, si ritiene di evidente validità logica e giuridica, riverberano direttamente i loro effetti, per attenerci ai contorni della questione portata all'esame della Corte, sulle norme censurate. Il problema della valutazione della persistenza del rifiuto di trattamenti sanitari nell'interesse dell'incapace, infatti, esiste e permane anche in caso di precedenti disposizioni anticipate di trattamento, proprio per la naturale volatilità della volontà delle persone rispetto ai fatti ed alle stagioni della vita. In questo senso, l'intervento del Giudice Tutelare dovrebbe essere volto non già ad una ricostruzione di una volontà che risulterebbe o solo presunta ed assolutamente ed indiscutibilmente fittizia o, quand'anche chiara ed espressa in apposite disposizioni anticipate, tuttavia non attuale e non informata, e quindi non tale da poter assumere un effetto vincolante per i medici, nel rispetto dei principi di indisponibilità della vita e di solidarietà scolpiti nella Carta Costituzionale. Più realisticamente, la funzione del Giudice Tutelare dovrebbe essere quella di autorizzare terapie che non costituiscano accanimento terapeutico e forniscano invece, secondo un indefettibile principio di precauzione, adeguata salvaguardia dei beni della salute e della vita, secondo i doveri solidaristici che informano di sé la materia.

Nell'incertezza, il paziente incosciente non deve poter subire condotte tali, come il rifiuto di cure salvavita che, esclusa ogni forma di accanimento terapeutico, possano rivelarsi dannose o esiziali rispetto ai beni vita e salute, oltreché lesive del diritto fondamentale alla autodeterminazione in campo sanitario, da coniugarsi armonicamente con il dovere di solidarietà che impedisce ai consociati di abbandonare i malati al loro destino, quand'anche

essi, per ragioni le più diverse (senso di inutilità e di abbandono; di solitudine; mancanza di senso della vita; insopportabilità del dolore, tenendo conto che la componente psichica del dolore è talora la maggior causa di sofferenza, rispetto al dolore fisico; stati depressivi, ecc.).

In tal senso, si può ricordare che la citata Convenzione di Oviedo correttamente non ascrive valore vincolante a precedenti desideri del paziente rispetto ad ipotetiche patologie future, ma semplicemente obbliga il medico a tenerne conto. Come richiamato da Codesta Corte nella sentenza 23 dicembre 2008, n. 438, l'art. 5 della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997, ratificata dall'Italia con legge 28 marzo 2001, n. 145 (seppure non risulti ancora depositato lo strumento di ratifica), prevede che 'un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona informata abbia prestato il proprio consenso libero ed informato', e, all'art. 9, che, se esistenti, le dichiarazioni anticipate di trattamento sono non già, come prevede l'art. 5 della legge 219/2017, vincolanti, ma semplicemente "tenute in considerazione dal medico".

Nel caso dell'incapace, la necessaria attualità del consenso o del dissenso informato pone un limite preciso ed inequivocabile in ambito di tutela della salute. Il relativo superamento consegna la società al rischio di gravi e ripetute violazioni e soprusi, conseguenti all'arbitrio ed all'abuso di norme che rischiano, disgraziatamente, di fornirne una deprecata legittimazione formale.

❖ ❖ ❖

IV. Considerazioni UGCI Pavia

In una propria nota, l'Unione di Pavia esprime proprie specifiche considerazioni, in gran parte ricalcanti quanto sopra esposto. Si ritiene tuttavia utile riportarle nella loro esatta consistenza testuale.

1. *Oggetto della disposizione scrutinata*.

L'ordinanza del Giudice Tutelare di Pavia investe la disciplina del potere dell'amministratore di sostegno in ambito sanitario *ex lege* n. 219/2017, in particolare all'art. 3, cc. 4 e 5. Ai sensi dell'art. 3, c. 4, in assenza di DAT del paziente/amministrato di segno contrario, l'amministratore – cui siano stati conferiti poteri in ambito assistenziale e sanitario di interesse dell'amministrato – può assumere una decisione unilaterale sul rifiuto e sulla

interruzione di trattamenti sanitari, anche salvavita, pure consistenti nell'idratazione, alimentazione (e probabilmente ventilazione) artificiali.

La decisione è direttamente eseguita dal medico, se questi vi consente, senza vaglio giudiziale.

L'opposizione del medico, ai sensi del c. 5 dell'art. 3, fa sì che la decisione possa essere rimessa al giudice, su ricorso del medico medesimo, o della struttura sanitaria di ricovero, o dell'amministratore di sostegno, o di altri soggetti *ex* artt. 406 ss. c.c.

2. *Non sostituibilità del convincimento del paziente, su questioni di vita e di morte, con quello del medico e dell'amministratore di sostegno.*

Il giudice remittente condivisibilmente dubita della legittimità costituzionale della previsione normativa di simile potere: trattandosi di diritti personalissimi (quali sono il diritto alla vita, alla salute, alle terapie, alle cure), l'amministratore potrebbe al più eseguire la volontà dell'amministrato, ma non sostituirsi nel processo di formazione ed elaborazione della volontà medesima, attinente a convinzioni "squisitamente soggettive" (v. Cass. n. 8291/2005; v. anche Cass. n. 21748/2007).

Analogamente, a tale convincimento, per lo stesso motivo, non potrà sostituirsi un accordo tra amministratore e medico, vincolante per il soggetto terzo interessato. Si tratterebbe infatti di un negozio giuridico privato efficace *ultra partes* e per di più avente ad oggetto diritti fondamentali e personalissimi.

La volontà dispositiva, in caso di soggetto incapace di esprimerla in maniera consapevole, libera e attuale, e in assenza di DAT, dovrà semmai potersi ricostruire, e dunque accertare, dall'organo giurisdizionale/giudice tutelare, come ha sostenuto il giudice remittente nell'ordinanza.

Nel caso di soggetto da sempre incapace di esprimere simile volontà, il giudice concluderà per la prosecuzione dei trattamenti (non configuranti accanimento), non contemplando la l. n. 219/2017 il diritto a morire, che sarebbe comunque non compatibile con i vincoli costituzionali e i principi generali dell'ordinamento (cfr. L. EUSEBI, *Note sui disegni di legge concernenti il consenso informato e le dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari*, in *Criminalia*, 2006).

Appare dunque evidente la violazione dell'art. 2 Cost. (implicante il diritto alla vita) e dell'art. 32 (contenente il diritto alla salute e alle terapie) letto (anche) alla luce del primo, da parte dell'art. 3, cc. 4 e 5, l. n. 219/2017.

3. *Ulteriori profili di illegittimità costituzionale*.

Si possono però profilare ulteriori aspetti di illegittimità costituzionale, rispetto a quelli sollevati dal giudice pavese.

3.1. *Diversità strutturale dei sostegni vitali rispetto alle terapie propriamente intese*.

Si può anzitutto dubitare che, in ogni caso, a prescindere cioè dall'esistenza di DAT di qualunque tenore e dalla ricostruzione attuale o storica della volontà dell'individuo, l'amministratore di sostegno possa decidere per il rifiuto o l'interruzione dell'alimentazione, dell'idratazione (e della ventilazione) artificiali.

Simile facoltà contrasta infatti:

- con l'art. 2 Cost., perché idonea a privare la persona delle più elementari forme di sostegno vitale (pertanto in contrasto con il principio di tutela della dignità della persona umana) comportando un lento e inesorabile deperimento dell'organismo umano sino alla morte;

- con l'art. 32, c. 2, Cost., perché non tiene conto del fatto che, quantomeno, è dibattuta la possibilità di ascrivere simili trattamenti a terapie mediche (v., anzi, i pareri del CNB, specialmente *L'alimentazione e l'idratazione dei pazienti in stato vegetativo persistente*, 30 settembre 2005), mentre la norma costituzionale testé citata concerne i soli trattamenti sanitari;

- con l'art. 3 Cost., perché, analogamente, la l. n. 219/2017 equipara irragionevolmente trattamenti "farmacologici" (o di altro tipo) e trattamenti di mero sostegno vitale: si consideri che chi decede per la privazione di alimentazione e idratazione non decede a causa della malattia, ma perché privato, appunto, di sostegni che consentirebbero la prosecuzione dell'esistenza nonostante la malattia.

Come detto, i trattamenti di sostegno vitale sono infatti strutturalmente diversi e la relativa qualificazione è oggetto di dibattito scientifico, che non spetta al legislatore risolvere.

3.2. *La limitata capacità di intendere e volere*.

La norma sul potere dell'amministratore di sostegno, in materia, appare poi costituzionalmente illegittima nella parte in cui consente all'amministratore di decidere per

una soluzione letale, dovendosi solo "tenere conto" della volontà espressa dal soggetto amministrato "in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere" (cfr. art. 3, c. 4).

Simile ipotesi contrasta:

- con l'art. 2 Cost., per la lesione del diritto personalissimo alla vita e alla salute, che solo il titolare può esercitare;

- con l'art. 3 Cost., perché irragionevolmente si equipara la posizione di chi è totalmente incapace con quella di chi può, seppure parzialmente, manifestare la volontà in ordine a un diritto per di più fondamentale e personalissimo;

- con l'art. 32 Cost., per i medesimi motivi.

3.3. *La questione della indisponibilità del diritto alla vita*.

A ben vedere, la norma legale denunciata, letta in combinato disposto con altre norme della medesima legge immediatamente correlate, presenta ulteriori vizi di costituzionalità, ancora più radicali.

Si può infatti dubitare, più in generale, della legittimità della privazione di trattamenti sanitari salvavita:

a) come già visto, in assenza di DAT di rinuncia ai trattamenti;

b) ma anche in presenza di esse;

c) e, comunque, ogni qual volta difetti l'attualità del consenso informato, nonostante la ricostruzione giudiziale della volontà storica;

d) e persino in presenza di un consenso informato e attuale.

a) In assenza di DAT di rinuncia.

L'art. 3, cc. 4 e 5, contrasta, oltre che come detto con gli artt. 2 e 32, anche con l'art. 3 Cost.: solo il soggetto amministrato (o minore o interdetto) potrebbe infatti essere privato dei trattamenti sanitari e persino del diritto alla vita senza la garanzia delle DAT, a differenza di tutte le altre persone fisiche ai sensi degli artt. 1 e 4. Si tratta di una disparità di trattamento ingiustificabile e anzi paradossale, per la particolare debolezza di questi soggetti.

b) e c) Anche in presenza di DAT e in ogni caso di mancato consenso informato e attuale.

L'art. 4 consente, attraverso il ricorso alle DAT, che un soggetto possa essere privato di diritti in ambito sanitario, fondamentali e personalissimi, in carenza del consenso informato necessariamente attuale, in quanto formatosi sulla fattispecie concreta.

Il contrasto è con gli stessi parametri di cui alla ipotesi *sub* a): il contrasto con l'art. 3 Cost. è in particolare ravvisabile nel fatto che un soggetto, qui particolarmente debole, potrebbe subire conseguenze negative in ordine alla propria sfera giuridica, senza il previo diritto al consenso informato e attuale goduto dalla generalità dei soggetti. Secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, il consenso informato si configura infatti quale vero e proprio diritto della persona (cfr. ad es. Corte cost. n. 438/2008).

La mancanza del consenso informato e attuale dovrebbe pertanto precludere all'amministratore di sostegno, alla stregua dei parametri costituzionali, scelte su diritti fondamentali e personalissimi altrui.

Sub d) Anche in caso di consenso informato e attuale.

L'illegittimità costituzionale del combinato disposto dell'art. 3, cc. 4 e 5, con gli artt. 1 e 4, emerge non solo alla luce di una lettura sistematica, e più coerente con la ricostruzione della intenzione del Costituente, dell'art. 32 Cost., norma di tutela della salute e *a fortiori* della vita umana quale diritto non rinunciabile (cfr. M. RONCO, *Eutanasia*, in *Digesto – Discipline penalistiche*, 2010). Ma anche alla luce del fatto che, *ex* art. 3 Cost., appare irragionevole che l'ordinamento tuteli diritti patrimoniali (si pensi al diritto alle ferie) e personali (si pensi all'obbligo delle cinture di sicurezza, alle cautele antinfortunistiche sul lavoro, alla disciplina sugli stupefacenti, ecc.), anche contro la volontà della persona interessata; e, per contro, ammetta il diritto della persona a sortire per sé conseguenze letali o, addirittura, a ottenere collaborazione passiva o attiva nella scelta di esse.

Simili effetti discendono dalle disposizioni sul consenso informato (art. 1). Ma, autorevolmente, si è correttamente sostenuto che si ha un diritto *alla* vita e non *sulla* vita (cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico*, 24 ottobre 2008).

A fortiori, simili decisioni non potrebbero essere assunte da un soggetto terzo, quale è l'amministratore di sostegno, *ex* art. 3, cc. 4 e 5.

❖ ❖ ❖

IV. Considerazioni finali e conclusioni

Finalmente, ci si può chiedere donde derivi la indisponibilità di determinate situazioni giuridiche soggettive. Venire al mondo comporta non solo diritti ma doveri, dovere di

spendersi nella collettività secondo le proprie capacità. Diritto di nascere. Il contenuto dei diritti è sempre in funzione della tendenza di ciascuna cosa all'essere ed al perfezionamento, cui naturalmente tende. La collaborazione nella realizzazione di una tale tendenza costituisce precisamente il contenuto dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale di cui all'art. 2 Cost. Sotto questo profilo, non può esistere nell'ordinamento un "diritto a morire", perché il morire, cioè la tendenza al non essere, non può mai corrispondere ad un interesse meritevole di tutela né essere in sé un bene tutelabile dalla norma giuridica. Poiché la morte è il fine ineluttabile di ogni vita fisica, viene il momento in cui la vita fisica si esaurisce, per cause naturali ivi inclusa la malattia, ed un tale epilogo è ineluttabile, senza mai poter costituire l'oggetto, in senso tecnico, di un diritto. Anche a fronte di ferme e motivate volontà suicidarie, la morte non può mai costituire in sé un valore ed un bene meritevole di tutela giuridica, stanti i vincoli di solidarietà tra le persone.

La vita è il presupposto di ogni diritto, l'essere è un fatto, forse (come evidenziato dalla filosofia esistenzialista del secolo scorso) il più irrazionale che esista in ordine alle sue ragioni originarie. Ma ogni cosa tende verso l'essere ed il suo perfezionamento, e ciò non può che coincidere con il bene, secondo una visione giusnaturalistica che è esattamente la stessa espressa nei diritti fondamentali delle costituzioni occidentali moderne.

❖ ❖ ❖

Si chiede quindi che Codesta Corte voglia, in accoglimento della questione posta dal Tribunale di Pavia, dichiarare la illegittimità costituzionale dell'art. 3, commi 4 e 5, della legge n. 219/2017, nella parte in cui stabilisce che l'amministratore di sostegno, la cui nomina includa l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, in assenza di disposizioni anticipate di trattamento, possa rifiutare, senza l'autorizzazione del giudice tutelare, le cure necessarie al mantenimento in vita dell'amministrato, in relazione agli artt. 2, 3, 13, 32 Costituzione.

Si allegano: n. 2 copie statuti sociali.

Piacenza – Roma, 27 settembre 2018.

(Avv. Livio Podrecca)

INDICE

Fascicolo 2-2018

ALFREDO MANTOVANO, *In questo numero* 3

SEZIONE STUDI **6**

GIUSEPPE MARRA, Il giudice *praeter legem o contra legem*? Nota a margine del ricorso della Procura di Roma del 27 luglio 2018 sulla trascrizione dell'atto di nascita da maternità surrogata 7

SANDRA SARTI, Prospettive per la protezione internazionale dopo l'approvazione del D.L. n. 113/2018 17

ILARIA AMELIA CAGGIANO, Dichiarazione di illegittimità costituzionale art. 3, co. 4 e 5, L. 219/2017 nel giudizio sollevato dal giudice tutelare – Tribunale di Pavia 24/03/2018 37

ASSUNTINA MORRESI, La pubertà manipolata 48

SEZIONE DOCUMENTI **88**

SCIENZA & VITA – CENTRO STUDI LIVATINO, Triptorelina e disforia di genere. Problemi e prospettive in vista della decisione AIFA 89

Allegato n. 1 - Ipotesi di contrasto tra i soggetti coinvolti 99

Allegato n. 2 - Giurisprudenza di merito su contrasto fra i genitori 101

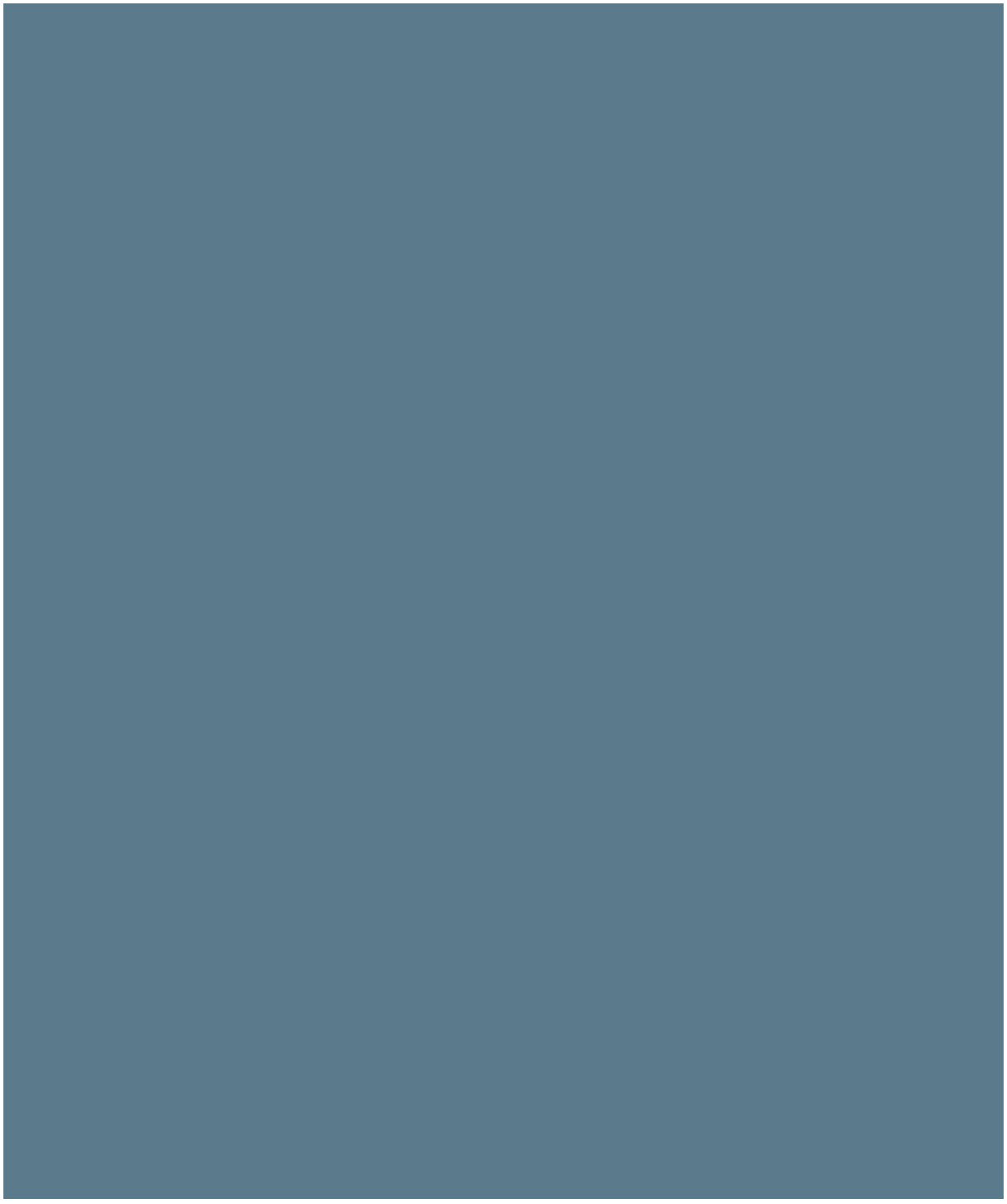
CENTRO STUDI LIVATINO, D.D.L. A.S. 735 - Norme in materia di affido condiviso, mantenimento diretto e garanzia di bigenitorialità. Profili critici e ragioni di contrarietà 103

Ordinanza del 15 marzo 2018 del Tribunale di Pisa 126

Atto di intervento del Centro Studi Rosario Livatino nel giudizio di legittimità costituzionale promosso dal Tribunale di Pisa con ordinanza del 15 marzo 2018 158

Ordinanza del Giudice Tutelare del Tribunale di Pavia del 24 marzo 172

Atto di intervento dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani, Unione Locale di Piacenza, nel giudizio di legittimità costituzionale promosso dal Giudice Tutelare del Tribunale di Pavia con ordinanza del 24 marzo 2018 184



ISSN 2611-5476