



L-JUS

RIVISTA SEMESTRALE DEL CENTRO STUDI ROSARIO LIVATINO

Fascicolo 2 - 2019

Direttore

Mauro Ronco

Direttore responsabile

Alfredo Mantovano

Coordinamento della redazione

Daniela Bianchini

Comitato di redazione

Domenico Airoma, Daniela Bovolenta, 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
M. Luisa Di Pietro, Direttore Centro Studi e Ricerche sulla Salute Globale – Università Cattolica di Roma
Giovanni Doria, Ordinario di Istituzioni di Diritto privato – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”
Vincenzo Geraci, Avvocato Generale emerito della Corte di Cassazione
Mauro Giovannelli, Avvocato in Firenze
Giuseppe Marra, Magistrato addetto al Massimario della Corte di Cassazione
Carlos Fernando Mathias De Souza, Ordinario di Storia del diritto – Università di Brasilia (UnB)
Giacomo Rocchi, Consigliere alla Corte di Cassazione
Armando Tursi, Ordinario di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Milano

CRITERI REDAZIONALI

1. L'Autore di un'opera o di un articolo citato in nota va riportato indicando il cognome in carattere MAIUSCOLETTA, 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

In occasione del 40° anniversario dell'entrata in vigore in Italia della disciplina dell'aborto "legale", il Centro Studi Rosario Livatino ha organizzato a Roma il 16 novembre 2018, nell'Aula magna della Corte di Cassazione, il suo convegno annuale dal titolo *La tutela della vita nell'ordinamento giuridico italiano. Sfide, problemi e prospettive posti dai 'nuovi diritti'*, alla presenza, fra gli altri, del Primo Presidente della Suprema Corte Giovanni Mammonè. Questo numero di L-JUS pubblica le relazioni svolte nell'occasione da Mauro Ronco, Giacomo Rocchi e Paola Braggion: il sentire diffuso che dà per scontato il ricorso alla pratica abortiva – se mai ponendo in discussione l'obiezione di coscienza del medico – le rende particolarmente attuali, e sollecita un rilancio della riflessione in ordine ai profili giuridici della questione. Se deve essere riconosciuto come meritorio lo straordinario lavoro di aiuto concreto e di affiancamento delle gestanti in difficoltà, che da anni vede in prima linea in Italia i Centri di aiuto alla vita, e realtà simili nel mondo, non deve venire meno il lavoro di studio sul carattere fondante del bene-vita, e sulla intrinseca ingiustizia delle leggi e dei provvedimenti giurisdizionali che lo aggrediscono.

È in tal senso interessante seguire quanto accade negli Stati che per primi in Occidente hanno introdotto normative abortive: l'ampia riflessione di Marianna Orlandi sul recentissimo volume a cura di Pilar Zambrano e di William L. Saunders, *Unborn Human Life and Fundamental Rights*, costituisce un utile aggiornamento di questa prospettiva. Una concreta applicazione giudiziaria in Italia della dimensione assunta dalla deriva ostile alla vita – se pure nella sua fase conclusiva – è il decreto del giudice tutelare del Tribunale di Roma del 23 settembre 2019, che pubblichiamo con un'ampia nota di Giacomo Rocchi.

Nel 2019 con la sentenza n. 221 la Corte costituzionale si è pronunciata sull'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologa da parte di coppie dello stesso sesso, escludendo che esso sia giuridicamente ammissibile: Francesca Piergentili fornisce una sintesi della decisione e dei parametri costituzionali che la sostengono.

Il 2019 è stato in Italia un anno di accese polemiche sul funzionamento dei Tribunali per i minorenni, e dei servizi sociali che con essi collaborano. Prescindendo dalle vicende che le hanno originate, Emanuele Bilotti dedica un' articolata disamina all' identificazione dei diritti del minore, al loro inquadramento nella Costituzione, alla luce della Convenzione di New York e della Convenzione di Strasburgo, e al corretto inquadramento della categoria dell' *interesse del minore*.

Prosegue la pubblicazione di documenti di rilievo – le conclusioni che il Sost. Procuratore Generale alla Cassazione dott.ssa Luisa De Renzis ha depositato in una controversia riguardante la possibilità di iscrivere come figlio di due persone dello stesso sesso il figlio di una di esse, di sesso femminile, nato a seguito di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo – e la rubrica di recensioni di volumi su temi fra quelli di interesse statutario del Centro Studi, in questo numero dedicata alla monografia sulle cure palliative di Giovanna Razzano.

Colgo l' occasione per annunciare che gli Atti del convegno del Centro Studi del 29 novembre 2019, *“Magistratura in crisi. Percorsi per ritrovare la giustizia”*, saranno pubblicati in un volume prossimamente edito da Cantagalli: essi comprenderanno anche il discorso tenuto la mattina dello stesso giorno dal Santo Padre Francesco ai convegnisti, nel corso dell' udienza privata alla Sala Clementina.

Alfredo Mantovano

SEZIONE RELAZIONI

MAURO RONCO
Professore Emerito di Diritto penale
Università di Padova

LA TUTELA DELLA VITA NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO.

CONSIDERAZIONI SULL'ABORTO *

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Profilo storico – 3. Profilo costituzionale – 4. Aspetti principali della legge n. 194/78 – 5. Prevenzione effettiva dell'aborto – 6. Dignità umana e diritto alla vita.

1. Introduzione

Il progresso della ricerca scientifica, negli ultimi decenni del secolo scorso, ha consentito di rilevare, con sempre maggiore chiarezza, che il medesimo essere umano è presente al mondo, in differenti gradi di sviluppo, tanto prima quanto dopo la nascita. Alla limpida visione scientifica in ordine al fatto che l'esistenza di una vita umana sussiste sin dal concepimento nel grembo materno non corrisponde nella grandissima parte delle legislazioni contemporanee una adeguata protezione della vita ancora non nata. Rispondendo all'appello della coscienza, che non cessa di ricordarci l'intangibilità della vita prenatale, i giuristi debbono lavorare, secondo il monito di San Giovanni Paolo II, per un «*cambiamento di direzione nelle politiche pubbliche che sanzionano una vera e propria "strage degli innocenti" su scala mondiale*»¹, ancorando il loro impegno ai supremi valori costituzionali. Il compito del diritto è importante. Esso esercita un'influenza orientatrice della coscienza per la sola ragione di esprimere la riprovazione o l'approvazione sociale di un determinato tipo di fatto. Come ha scritto il criminologo

* Testo della relazione svolta dal Prof. Mauro Ronco, Professore Emerito di Diritto penale – Presidente del Centro Studi Livatino, al Convegno *La tutela della vita nell'ordinamento giuridico italiano. Sfide, problemi e prospettive poste dai 'nuovi diritti'*, organizzato dal Centro Studi Livatino e tenutosi a Roma il 16 novembre 2018 presso l'Aula Magna della Corte Suprema di Cassazione.

¹ Il Sommo Pontefice San Giovanni Paolo II durante il suo ministero non ha mancato di ammonire con insistenza i pubblici poteri in ordine al dovere di rendere vigente «*una legislazione coerente con le esigenze inviolabili della persona umana*», che aiuti «*i cittadini a riconoscere il valore della vita e a rispettarlo*» (Discorso ai partecipanti al Convegno *Al servizio della vita umana* promosso dalla Conferenza Episcopale Italiana, del 16-4-1989, n. 6, in *Insegnamenti di Giovanni Paolo II*, vol. XII, 1, p. 836). Da ultimo, nel messaggio inviato al Congresso Mondiale per la Vita, apertosi a Bratislava il 28 maggio 1992, il Papa, tramite una lettera a firma del Cardinale Segretario di Stato Angelo Sodano, ha, tra l'altro, affermato: «*La Chiesa, tutti i cristiani e tutti gli uomini di buona volontà sono chiamati a proclamare in modo convincente il "Vangelo della vita" e a lavorare [...] per un cambiamento di direzione nelle politiche pubbliche che sanzionano un vera e propria "strage degli innocenti" su scala mondiale*». (Cfr. *L'Osservatore Romano*, 31-5-1992).

inglese Nigel Walker: «*La legislazione di una generazione può divenire la morale nella generazione successiva*». La legge è in grado di modificare il contegno pratico dei componenti di una determinata società, non tanto per l'effetto di deterrenza inerente alla minaccia di un'eventuale sanzione, quanto per l'inibizione morale derivante dalla riprovazione sociale per il fatto compiuto. È allora irragionevole trascurare l'esigenza di riformare, dopo ben quaranta anni, la legge n. 194/1978, intervenuta in un momento storico di grande confusione politica e morale, in cui vennero sottovalutate le gravi conseguenze sociali dell'aborto. In ogni caso, l'anniversario della legge offre l'occasione a tutti di confrontarsi, quali siano le posizioni di principio di ciascuno, al fine di riproporre l'interpretazione rigorosa della legge, nel rispetto del dettato dell'art. 31, co. 2 Costituzione, in vista della tutela sociale della maternità per contrastare le cause dell'aborto e prevenirlo socialmente.

2. Profilo storico

Legislazioni permissive dell'aborto furono introdotte in occidente nel decennio degli anni '70 del secolo scorso. Nel periodo precedente, tra le due guerre mondiali, soltanto l'Unione Sovietica, nel 1920, aveva conosciuto una legislazione permissiva, ispirata al sostegno ideologico dell'aborto, visto come una forma di liberazione della donna, in adesione all'idea di Engels, per cui soltanto la liberazione dal giogo della famiglia e della maternità avrebbe liberato la donna dalla sua schiavitù.

Nelle grandi città come Mosca e Leningrado la pratica dell'aborto diventò, secondo i vecchi membri del partito comunista, “massiccia” e “orribile”, tanto che negli anni '30 il governo dei Soviet manifestò allarme perché la sua diffusione aveva provocato una situazione sociale pericolosa, evidenziata dal grandissimo numero di bambini senza famiglia cui le istituzioni pubbliche non erano in grado di provvedere². A questa

² Per queste informazioni, cfr. H. KENT GEIGER, *The Family in Soviet Russia*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1968, 73, il quale descrive altresì i tragici effetti della distruzione della famiglia a seguito delle leggi permissive approvate subito dopo la rivoluzione comunista. In particolare, l'incoraggiamento alla libertà individuale nel campo sessuale e le facili leggi di divorzio portarono alla distruzione delle famiglie e al disordine sociale, di cui furono principali vittime le donne e i bambini. Una certa parte degli stessi membri del partito rifiutava di mantenere i propri figli dopo il divorzio. Vladimir Ilyich Lenin, prima della sua morte, richiedeva maggiore disciplina e minore libertà individuale come indice di un corretto atteggiamento rivoluzionario: «*La rivoluzione – egli diceva – non può tollerare condizioni orgiastiche*» (cit. *ibid.*, 84).

situazione tentò di mettere un argine la legislazione proibitiva del 1936, emanata soprattutto per motivi demografici e militari. Senonché, attenuatisi tali motivi, l'aborto divenne nuovamente legale nel 1955, con effetti demografici gravissimi, se è vero che, come risulta dalle statistiche pubblicate da K.H. Mehlan nel 1968, il numero di gravidanze interrotte volontariamente superava di gran lunga nei primi anni '60 quello dei nati³.

In occidente la prima liberalizzazione dell'aborto avvenne con la decisione 22 gennaio 1973 Roe e altri v. Wade⁴. La sentenza abbatté *in toto* lo statuto del Texas, che vietava di procurare o tentare di procurare l'aborto, salvo che si trattasse di fatto compiuto "in seguito a consiglio medico allo scopo di salvare la vita della madre"⁵.

La sentenza è imperniata su due distinti principi di diritto che si stringono tra loro in una logica incondizionatamente liberatoria: uno di carattere negativo, l'altro positivo. Alla stregua del primo, il feto non rientra nel concetto di "persona" ai sensi del 14° Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti (la clausola recita: «*nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law*»); alla stregua del secondo, la donna ha, in base al medesimo Emendamento, e in parte anche al 9° («*The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people*») un vastissimo *right of privacy*, cioè un diritto su di sé che non può essere limitato se non da pressanti interessi statali («*compelling state interest*»). Nel corso della prima parte della gravidanza non v'è alcun interesse statale che possa limitare il diritto; in un secondo periodo, lo Stato può regolare il procedimento di aborto in modo di tenere conto della salute della madre; soltanto nell'ultimo periodo, quando compaia la vitalità del feto, lo Stato può regolare l'aborto, oltre che per la salute della madre, anche nell'interesse della vita umana potenziale.

Come si può constatare, la Corte Suprema non pone alcun vincolo costituzionale in funzione della tutela del feto (neanche nel periodo in cui esso è suscettibile di vita

³ Cfr. ANDRÁS KLINGER, *Demographic Effects of Abortion Legislation in Some European Socialist Countries*, in AA. VV., *Proceedings of the World Population Conference. Belgrade 1965*, vol. II, United Nations, New York 1967, p. 89.

⁴ Corte Suprema degli Stati Uniti, Roe ed altri c. Wade, Procuratore distrettuale della Contea di Dallas, Appello dalla Corte federale per il distretto settentrionale del Texas, n. 70-18. Discusso il 13.12.1971, ridiscusso l'11.10.1972, deciso il 22.1.1973, in *L'aborto nelle sentenze delle Corti costituzionali: Usa, Austria, Francia e Repubblica federale tedesca*, Milano, 1976, p. 75 ss.

⁵ Gli statuti del Texas oggetto dell'intervento della Corte Suprema sono gli articoli 1191-1194 e 1196 del codice penale di quello Stato. Il primo statuto penale emanato dal Texas in materia di aborto è del 1854 (riportato in H. GAMMEL, *Laws of Texas 1502,1898*). Le norme interne di aborto erano rimaste immutate fino alla sentenza della Corte Suprema. L'eccezione di cui al testo era prevista all'articolo 1196.

autonoma, nel quale lo Stato può, ma non deve prevedere divieti). Per altro verso la Corte ritiene la tutela del feto prima che acquisti la vitalità in conflitto con la Costituzione⁶.

La sentenza costruisce un vero e proprio diritto della donna di distruggere il feto negando rilevanza costituzionale al bene del figlio che vive nel suo grembo. I principi contrari alla vita sono dichiarati in modo tanto radicale che Hans Reis, in un libro pubblicato nel 1984 sul problema costituzionale del diritto alla vita, ha sottolineato l'analogia degli argomenti utilizzati dalla Roe v. Wade con quelli utilizzati dalla medesima Corte nel 1857 nel famoso caso Dred Scott v. Sandford: come ora al feto, allora era negata la protezione costituzionale al soggetto di pelle nera; come ora alla donna è riconosciuto il diritto costituzionale di distruggere il feto, così allora al proprietario di schiavi era riconosciuto il diritto costituzionale di proprietà su di essi⁷. Né appare fuori di luogo, in una valutazione critica delle c.d. indicazioni genetica o sociale all'aborto, il richiamo di Reis all'orrenda indicazione politica contenuta nell'ordinanza germanica per la protezione del matrimonio, della famiglia e della maternità del 9 marzo 1943, alla cui stregua: «*Personen, die nicht deutsche Staatsangehörige deutscher Volkszugehörigkeit sind, von der Anwendung der Vorschriften über die Bestrafung der Abtreibung ausgenommen werden könnten*»⁸.

3. Profilo costituzionale

Il dibattito giuridico costituzionale sull'aborto in Europa ruota intorno a questo tema centrale: in definitiva, se l'aborto costituisca un diritto della donna ovvero un evento drammatico da evitare, contenere ed eventualmente trattare secondo giustizia e pietà. Lo scioglimento di questo nodo è indispensabile anche per focalizzare con precisione la

⁶ Pare opportuno citare la sintesi svolta dalla Corte Suprema degli Stati Uniti: «*Una legge penale statale sull'aborto del corrente tipo texano, che tolga il carattere di reato soltanto all'operazione intesa a salvare la vita nell'interesse della madre, senza riguardo allo stato della gravidanza e senza riconoscere gli altri interessi in gioco, viola la clausola del dovuto procedimento di cui al Quattordicesimo Emendamento. a) Nel periodo anteriore, all'incirca, alla fine del primo trimestre, la decisione sull'aborto e la sua effettuazione devono essere lasciate al giudizio del medico che assiste la gestante. b) Nel periodo successivo, all'incirca, alla fine del primo trimestre, lo Stato, nel perseguire il proprio interesse alla salute della madre, può, se lo ritiene opportuno, regolare il procedimento di aborto in modi che tengano ragionevolmente conto della salute materna. c) Nel periodo successivo alla comparsa della vitalità, lo Stato, nel perseguire il proprio interesse alla potenzialità della vita umana, può, se lo ritiene opportuno, regolare e anche vietare l'aborto, salvo che questo non sia necessario, secondo l'appropriato giudizio medico, per la preservazione della vita o della salute della madre.*

⁷ H. REIS, *Das Lebensrecht des ungeborenen Kindes als Verfassungsproblem*, Tübingen, 1984, 18.

⁸ *Ibidem*, 8.

disciplina che lo regoli con il senso di responsabilità che la sua gravità etica e sociale comporta. Il dibattito al riguardo non è chiuso, anzi, è opportuno che si riapra, soprattutto sul piano costituzionale, non adeguatamente considerato all'epoca dell'entrata in vigore della legge e neppure successivamente⁹.

All'origine della legislazione italiana stava una collocazione gravemente fallace del delitto di aborto, ricompreso non sotto il titolo relativo alla tutela della vita e dell'integrità dell'uomo, bensì sotto il titolo dei "Delitti contro la integrità e la sanità della stirpe". Inoltre era assente nell'insieme delle norme sull'aborto una disposizione specifica che dichiarasse la non punibilità dei fatti compiuti per tutelare la salute o la vita della madre. Vero che l'art. 54 sullo stato di necessità avrebbe potuto trovare applicazione per questi casi. Tuttavia, un'interpretazione rigida (ed errata) del concetto di "attualità" del pericolo di un danno grave alla persona avrebbe potuto costituire un ostacolo all'equilibrato esercizio della giurisdizione. Infine, tanto la severità delle sanzioni, indifferenziate per la donna e gli esecutori, quanto l'assenza di disposizioni volte a tener conto della vulnerabilità e della fragilità della donna, rendevano l'impianto normativo in conflitto con vari parametri costituzionali, in specie quello della colpevolezza.

In questa complessa situazione giuridica la Corte Costituzionale è intervenuta con la sentenza 18 febbraio 1975, n. 27¹⁰. Essa ha avuto il merito di riconoscere "fondamento costituzionale" alla "tutela del concepito", affermando che fra «*i diritti inviolabili*

⁹ Il travisamento del fondamento e dello scopo della disciplina emerge dalla differente classificazione dei delitti di aborto. Il progetto del codice penale vigente seguiva il sistema del codice penale del 1889, classificando i delitti di aborto tra quelli contro la persona («*sebbene molto si sia disputato in ordine alla classificazione dei delitti di procurato aborto, il progetto, ricollegandosi alla tradizione italiana, ne mantiene la collocazione in questo Titolo, ravvisando la prevalente obiettività giuridica di essi nella tutela della vita del feto, il quale, come spes hominis, trova protezione, nel sistema generale del nostro diritto, ancorché tuttora racchiuso nel ventre materno*»: così la *Relazione ministeriale sul progetto del codice penale*, Roma, 1929, II, 396). I delitti di aborto furono poi ricompresi nel testo definitivo nel Titolo concernente i Delitti contro l'integrità e la sanità della stirpe («*Ho ritenuto opportuno trasportare nel nuovo titolo altresì i delitti di procurato aborto classificati dal progetto tra i delitti contro la vita e l'incolumità individuale, e ciò per la considerazione che l'aborto procurato, attentando alla maternità quale fonte perenne degli individui e della specie, costituisce in realtà un'offesa alla vita della razza e così della nazione e dello Stato*»: *Relazione al Re sul codice penale* n. 177). Cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, VII, Torino, 1984, 612, n. 4.

¹⁰ Corte Cost., 18 febbraio 1975, n. 27, in *Giur. cost.*, 1975, 117, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 546 c.p., nella parte in cui non prevede che la gravidanza possa venir interrotta quando l'ulteriore gestazione implichi danno, o pericolo, grave, medicalmente accertato nei sensi di cui in motivazione e non altrimenti evitabile, per la salute della madre.

dell'uomo», di cui tratta l'art. 2 della Costituzione, «non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito»¹¹.

Si tratta di un principio essenziale da cui occorre ripartire nel momento presente, domandandosi se la legge vigente sia coerente nelle sue disposizioni essenziali col dettato costituzionale.

Non manca, peraltro, una sorta di ambiguità concettuale nella motivazione della sentenza del '75, laddove, per introdurre la scusante terapeutica, essa ha fornito un giudizio di graduazione di valore tra la salute e la vita della madre e la vita del figlio, sul rilievo che mentre la prima è già persona, l'embrione deve ancora diventarlo¹². Con questo asserto la Corte si è impegnata in un discorso di tipo filosofico che assolutamente non le competeva. Ciò che conta non è l'opinione sui requisiti del concetto filosofico di "persona", bensì l'evidenza scientifica dell'appartenenza all'umanità del frutto del concepimento. La scusante terapeutica non trova fondamento in una differente dignità ontologica della madre e del feto, bensì nella rinuncia dello Stato a dirimere tramite la legge conflitti di coscienza che nascono dalla complessità dell'esistenza umana e dal rilievo giuridico-costituzionale di entrambi i beni che si trovano involontariamente in conflitto.

Paragonando la decisione italiana con la *Roe v. Wade* si coglie la distanza valoriale della pronuncia italiana da quella della Corte statunitense. I giudici americani, non trovando scritto nel 14° Emendamento che il feto è persona e constatando che esso fu approvato nel XIX secolo, quando «le pratiche abortive legali erano di gran lunga più libere di oggi»¹³, hanno respinto l'interpretazione teleologica della legge e concluso infondatamente che il feto non gode di alcuna protezione legale. I giudici italiani, invece, consci delle evidenze scientifiche, hanno interpretato correttamente la Costituzione, nell'intreccio tra fatto e valore che ne costituisce essenzialmente la specificità giuridica e hanno riconosciuto conseguentemente che il feto deve godere di tutela costituzionale. La graduazione ontologica, però, è filosoficamente arbitraria e costituisce un'apertura

¹¹ Già Corte Cost., 10 marzo 1971, n. 49, in Giur. cost., 1971, p. 525, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 553 c.p. e dell'art. 112, 1° comma t.u.l.p.s. sul divieto di incitamento a pratiche contro la procreazione, riconosceva che l'aborto è in contrasto con il diritto alla vita.

¹² Corte Cost., 18 febbraio 1975, n. 27, cit., secondo cui «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare».

¹³ Corte Suprema degli Stati Uniti, *Roe ed altri c. Wade*, cit., 95 (par. IX, A).

pericolosa per eventuali infondate graduazioni di valore tra condizioni che differiscono in relazione alla presenza o all'assenza di alcune importanti qualità della vita umana. Compiere una graduazione, peraltro, non era affatto indispensabile per escludere la punibilità dei fatti motivati dalle esigenze terapeutiche della madre.

4. Aspetti principali della legge n. 194/78

La legge promulgata dal Presidente della Repubblica il 22 maggio 1978 presenta all'art. 1 non solo la dichiarazione che lo Stato «*riconosce il valore sociale della maternità*», ma altresì che esso «*tutela la vita umana dal suo inizio*». Tuttavia, il testo contraddice l'asserto iniziale, giacché nei primi novanta giorni della gravidanza l'aborto è libero, come se – analogamente a quel che accade negli Stati Uniti in forza della sentenza *Roe v. Wade* – esso costituisse l'esercizio di un diritto. Ciononostante, il *dictum* del 1° comma dovrebbe essere tenuto in conto nell'interpretazione e in sede applicativa nella parte in cui offre possibilità per l'effettiva tutela della vita¹⁴.

La legge, anche se appare a prima vista ricadere sotto lo schema delle “indicazioni allargate”, accoglie in realtà il criterio dei termini. L'aborto infatti non è sottoposto ad alcuna condizione sostanziale, ma soltanto procedurale nei primi 90 giorni della gravidanza (artt. 4 e 5), mentre disposizioni limitative riguardano soltanto l'aborto praticato dopo i primi novanta giorni (art. 6), in particolare per il caso in cui sussista la possibilità di vita autonoma del feto (art. 7, ult. co.).

La differenza di principio tra lo schema dei termini e quello delle indicazioni è importante. Come si è visto, il modello introdotto dalla *Roe v. Wade* è del primo tipo, perché ammette l'aborto entro determinati termini, indipendentemente dalle ragioni per cui è richiesto. Il sistema a indicazioni considera ancora l'aborto un fatto ingiusto ed eventualmente punibile; ne esclude, tuttavia, la punibilità quando ricorrano determinate indicazioni individuate dalla legge con criteri di tassatività, la cui sussistenza viene controllata tramite una verifica effettiva.

¹⁴ Carlo Casini ha sottolineato lo scopo “apologetico” delle enunciazioni contenute nel primo articolo della legge rilevando: «*L'art. 1 pare infatti voler attestare, a chi potrebbe aver dei dubbi, le buone intenzioni del legislatore. La norma sembra voler fare una scelta di campo, non a favore del “diritto d'aborto” ma a favore dei valori della maternità, della vita, della procreazione responsabile. Senonché il fatto stesso che sia stata avvertita l'esigenza di dire queste cose, fa dubitare – di per sé – che dalla seguente disciplina esse sarebbero state sufficientemente chiare*». Cfr. C. CASINI-F. CIERI, *La nuova disciplina dell'aborto*, Padova, 1978, p. 42.

Il sistema costituisce un tentativo di compromesso tra il principio della tutela della vita umana prenatale e quello opposto del diritto all'aborto, scusando, a determinate condizioni, il contegno abortivo. La differenza tra i due modelli è messa in luce in modo perspicuo dalla sentenza del Tribunale costituzionale germanico del 25 febbraio 1975¹⁵. Dichiarando l'illegittimità costituzionale della legge del 1974¹⁶ per contrasto con il secondo paragrafo dell'art. 2 *Grundgesetz*, che suona: "Ognuno ha diritto alla vita e all'integrità fisica", il *Bundesverfassungsgericht* con sentenza 25 febbraio 1975, dichiarando incostituzionale il modello dei termini, perché non garantiva una sufficiente tutela giuridica alla vita del nascituro, ha proclamato che l'art. 2, comma 2 alinea 1 *Grundgesetz* «*protegge come bene giuridico autonomo anche la vita che si sviluppa nel grembo materno*»¹⁷. Ha aggiunto che «*al valore del bene giuridico minacciato di annientamento, corrisponde la gravità della sanzione minacciata in caso di annientamento*»¹⁸ e ha concluso che l'interruzione volontaria della gravidanza può sfuggire alla punizione soltanto quando ricorrano indicazioni previste dal legislatore in modo preciso e tassativo al fine di evitare la possibilità che l'aborto divenga impunito. Anche successivamente, quando si è manifestata, dopo l'unificazione delle due Germanie, l'esigenza di addivenire a un regime che unificasse le due legislazioni, il Tribunale costituzionale è ancora intervenuto, ribadendo che, almeno tramite una procedura di consultazione *pro vita* da esperirsi obbligatoriamente da chi intende abortire, sia conservato il principio del diritto alla vita del nascituro per l'intera durata della gravidanza. Nell'ultima sentenza in materia, pronunciata il 28 maggio 1993, che impernia sulla consulenza il diritto alla vita del nascituro, è ancora detto: «*[...] con riferimento al nascituro ci troviamo di fronte a una vita individuale, già determinata nella sua identità genetica e perciò nella sua unicità ed inconfondibilità, non più separabile, che nel processo della crescita e del dispiegamento di sé non solo si sviluppa in un essere umano, ma anche in quanto essere umano*»¹⁹.

¹⁵ Bundesverfassungsgericht, Sez. I, 25 febbraio 1975, in *L'aborto nelle sentenze delle corti costituzionali*, cit., p. 248.

¹⁶ Quinta legge di riforma del diritto penale (*Das Fünfte Gesetz zur Reform des Strafrechts - 5. StrRG*) del 18 giugno 1974 (BGBl. I, 1297).

¹⁷ Bundesverfassungsgericht, Sez. I, 25 febbraio 1975, cit., 272.

¹⁸ *Ibidem*, p. 280.

¹⁹ Bundesverfassungsgericht, Sez. I, 28 maggio 1993 (BVerfGE, 88, 203).

Al di là delle eventuali sanzioni, che pure vanno previste almeno nei casi più gravi, la preservazione della vita nascente trova il primo e più potente alleato nella percezione dell'umanità del concepito, come dimostrano l'esperienza dei Centri di aiuto alla vita (CAV) che hanno operato in Italia a partire dal 1975. La percezione che *«il concepito non è un irrilevante grumo di cellule, una cosa, cioè, non un essere umano, sospinge verso l'aborto e, prima della gravidanza, indebolisce l'impegno per una procreazione responsabile... Le doverose misure economiche e sociali a protezione della maternità e della famiglia sono indispensabili e vanno incrementate, ma – essendo di carattere generale – non esprimono un riconoscimento del valore della vita nascente nella concretezza del singolo caso a rischio di aborto...la conoscenza della verità sul valore della vita nascente è una forza indispensabile di prevenzione sull'aborto, sia nella coscienza dei singoli, sia nella mobilitazione delle risorse sociali»*²⁰.

La tutela della vita nascente costituisce in realtà la garanzia remota, ma fondamentale, per il rispetto di ogni vita.

Nell'embrione e nel feto non sono verificabili fenomeni coscienziali. Assumendo come doverosa la tutela normativa della persona soltanto con l'apparire di tali fenomeni, tutti coloro che non sono ancora o non sono più capaci di una vita cosciente rischierebbero di perdere il diritto alla protezione dello Stato e sarebbero esposti all'arbitrio del più forte.

È estremamente significativo che sul piano filosofico l'intangibilità della vita prenatale è stata fortemente combattuta con l'argomento che il diritto alla vita è riconoscibile soltanto a un soggetto dotato di autocoscienza. Conseguenza di tale tesi sul piano giuridico è l'argomento della *Roe v. Wade*, che il feto non è persona, poiché tale è soltanto il soggetto autocosciente.

Norbert Hoerster, filosofo del diritto di tendenza utilitaristica, che ha esaminato la tematica della tutela giuridica del feto in chiave filosofica, ha sostenuto che essa non troverebbe spiegazione (sarebbe in sostanza qualcosa di frivolo) né con riferimento alla sua appartenenza alla specie umana, né alla sua potenzialità di diventare un uomo, ma esclusivamente nella credenza in Dio. Ma poiché non v'è posto nell'ordinamento giuridico liberale per l'idea della creazione ad opera di Dio, allora sarebbe improponibile

²⁰ MOVIMENTO PER LA VITA, COMMISSIONE BIODIRITTO, (Testo a cura di C. CASINI), *X Rapporto sull'attuazione della legge 194/78*.

ai nostri giorni la stessa idea della tutela giuridica della vita nascente²¹. Infatti secondo Hoerster, l'idea cardine del diritto secolarizzato è l'interesse, il cui criterio di esistenza è la sua azionabilità. Ove non vi è interesse azionabile, in via diretta o indiretta, lì non vi è diritto. Lo Stato non è – a meno che non violasse i limiti dello Stato di diritto – custode o promotore di giustizia, bensì semplice regolatore del coacervo degli interessi azionabili. Integra il concetto di persona soltanto chi possiede in modo cosciente un proprio interesse alla prosecuzione della vita. Poiché né il feto né l'infante appena nato (come peraltro neanche l'anziano o chiunque abbia perduto la coscienza) posseggono tale interesse, tutti costoro non sono persona e non godono della tutela dello Stato.

Non è tuttavia corretto sul piano giuridico ritenere che lo Stato di diritto sia uno Stato neutrale verso la verità delle cose e verso la giustizia. La tutela e la promozione della giustizia sono la stella polare dello Stato di diritto. L'argomento di Hoerster, tradotto sul piano giuridico, è lo stesso della *Roe v. Wade*. Non è vero che la Corte Suprema americana sia – come espressamente il suo estensore ha scritto in motivazione – neutrale: essa, invece, si è schierata dalla parte filosofica espressa dalla tesi appena menzionata.

5. Prevenzione effettiva dell'aborto

La legge n. 194/78 è rimasta invariata per 40 anni. La Corte Costituzionale, pur essendo stata investita in molte occasioni con questioni vertenti su numerosi punti della legge, ha preferito evitare risposte definitive, confidando, per un verso, che, sul piano dei principi, non fosse travolto il *dictum* espresso nel 1975 e, per un altro verso, che, sul piano dei fatti, si mantenesse in vigore nella sua integralità la legge n. 194. Questa, infatti, pur avendo radicalmente travisato nella concreta disciplina gli stretti confini terapeutici individuati dalla pronuncia del 1975, si è presentata tuttavia nel titolo come coerente con l'art. 31, co. 2 della Costituzione, siccome intesa a tutelare la maternità, con ciò non mostrando di volersi allontanare dalla Costituzione. Inoltre ha contemplato nell'art. 2 una serie di disposizioni rivolte all'assistenza della donna in stato di gravidanza, secondo una prospettiva che, in linea con la titolazione della legge e la sua apparente teleologia, dovrebbe prevenire l'interruzione della gravidanza.

²¹ Cfr. NORBERT HOERSTER, *Die unbegründete Unverfügbarkeit ungeborenen menschlichen Lebens* [La mancanza di fondamento della tesi circa l'indisponibilità della vita umana prenatale], in *Juristen Zeitung (JZ)*, 1991, pp. 503-505; e ID., *Haben Föten ein Lebensinteresse?* [I feto hanno un interesse alla vita?], in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1991, pp. 385-395.

Infine l'art. 9 ha dato rilievo all'obiezione di coscienza del personale sanitario e degli esercenti le attività ausiliarie, esentandoli dal prendere parte alle procedure di cui agli artt. 5 e 7 e agli interventi per l'interruzione della gravidanza, quando essi abbiano enunciato il loro intento con una preventiva dichiarazione.

In questo modo tra il Parlamento e le forze politiche, da un lato, e la Consulta, dall'altro, si è determinata *de facto* una situazione tacitamente volta a *quieta non movēre*, evitando lo scontro politico che si sarebbe aperto nel paese come conseguenza della correzione della l. 194 anche soltanto su alcuni punti specifici.

Il problema dell'aborto, per la sua complessità e incidenza sui valori fondamentali, sia relativi alla vita del concepito e alla salute della donna, che alla stabilità della famiglia e alla continuità delle generazioni, è di primario rilievo. Va ricordato che all'epoca dell'approvazione della legge anche autorevoli esponenti della maggioranza si erano augurati un lavoro comune al fine di «*riesaminare, dopo un congruo periodo di applicazione, le esperienze positive e negative*» della legge²². Pertanto non si vede per quale ragione non sia opportuno ora riaprire un dibattito su di essa scevro da forzature ideologiche e, soprattutto, da anatemi volti a stigmatizzare polemicamente gli avversari.

La legge n. 194/78 è stata sottoposta a censure tanto da coloro che desiderano ridare spazio alla vita del concepito, quanto da coloro che intendono ricondurre integralmente la normativa al principio dell'assoluta autodeterminazione della donna, dimenticando l'identità umana del concepito. Iniziative politiche di rilievo, sostenute anche da campagne mediatiche, hanno proposto anche la restrizione del diritto all'obiezione di coscienza, di cui si avvale attualmente un numero elevato di medici e personale ausiliario²³.

²² Così G. BERLINGUER, *X Rapporto*, cit., *Introduzione*, p. 3.

²³ Significativa è stata in proposito l'iniziativa di carattere giudiziario avviata nel 2013 contro l'Italia (*Complaint* no. 91/2013) dalla Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) avanti al Comitato europeo dei diritti sociali del Consiglio d'Europa per la presunta violazione di una serie di articoli della Carta sociale europea concernenti sui diritti delle donne lavoratrici a cagione della ritenuta eccessiva difficoltà per le stesse di accedere all'aborto per la presenza di un numero elevato di medici obiettori. La questione, che aveva dato luogo a una condanna dell'Italia da parte del Comitato dei diritti sociali, sul rilievo che non sarebbe stato garantito adeguatamente l'aborto a causa dell'alto numero di ginecologi obiettori, attestati intorno al 70% sul totale (*Decisions on admissibility and the merits* del 12 ottobre 2015, pubblicata l'11 aprile 2016), è stata conclusa da una risoluzione del Comitato dei ministri, che, a fronte delle informazioni date dalla delegazione italiana, ha preso atto che l'obiezione di coscienza non provoca una disfunzione nell'applicazione della legge n. 194 del 1978 (Risoluzione del 6 luglio 2016). Sul piano delle iniziative parlamentari volte a limitare il diritto all'obiezione di coscienza, vanno segnalate le proposte di legge presentate in data 7 luglio 2016 (prima firmataria Roberta Agostini); 12 maggio 2014 (prima

Nel corso del tempo, però, e soprattutto negli ultimi quindici anni, il quadro è molto mutato sia a cagione della diffusione della contraccezione di emergenza, che ha ridotto il numero di aborti chirurgici, ma che non può essere considerata causa appropriata di riduzione dell'interruzione della gravidanza, giacché provoca aborti tanto precoci quanto inconoscibili, sia a cagione del crollo delle nascite, "che riduce progressivamente il numero delle donne in età feconda e, conseguentemente, anche il numero degli aborti"²⁴. Pertanto, anche se la relazione ministeriale relativa all'anno 2015 segnala la diminuzione del tasso di abortività dal 1983 alla rilevazione nella misura del 61,2%, l'aborto costituisce ancora oggi una grave piaga sociale, che colpisce le donne più vulnerabili, soprattutto giovani e immigrate. Né la sua diminuzione in numero assoluto e relativo può far dimenticare i pregiudizi irrimediabili, che tale fenomeno procura, uccisioni innumerevoli di esseri umani e lacerazioni psichiche delle donne che si sottopongono all'intervento.

Stando così le cose un primo passo concreto per la prevenzione dell'aborto consiste nella modificazione degli artt. 2 e 5 della legge n. 174. La disposizione declina nelle lettere del co. 1 varie funzioni dei consultori familiari, tutte convergenti verso l'obiettivo di tutelare socialmente la maternità in conformità alla prima parte dell'intitolazione. Alla lettera d), in particolare, è detto espressamente che i consultori assistono la donna incinta «*contribuendo a far superare le cause che potrebbero indurre la donna all'interruzione della gravidanza*». Incontestabile, pertanto, è la doverosa funzione preventiva dei consultori a tutela della maternità, come già era previsto nella legge 29 luglio 1975, n. 45, che li aveva istituiti, incentrata espressamente sulla tutela della donna e del "prodotto del concepimento".

Senonché la funzione di prevenzione dei consultori, ribadita altresì nel co. 1° dell'art. 5, è stata quasi completamente frustrata dalla stessa legge che, con disposizione contraddittoria, prevede all'art. 5, commi 4 e 5 che lo stesso medico del consultorio partecipi alla procedura prevista per l'interruzione della gravidanza²⁵.

firmataria Vincenza Labriola); 18 luglio 2014 (prima firmataria Marisa Nicchi); 23 febbraio 2016 (prima firmataria Beatrice Brignone).

²⁴ Cfr. MOVIMENTO PER LA VITA, COMMISSIONE BIODIRITTO, *X Rapporto*, cit., p. 9.

²⁵ Il medico, infatti, se riscontra l'esistenza di condizioni tali da rendere urgente l'intervento, è abilitato a rilasciare il titolo per praticarlo in via d'urgenza (art. 5, co. 4), ovvero a rilasciare il certificato attestante lo stato di gravidanza e l'avvenuta richiesta di intervento (art. 5, co. 5), necessario per procedere, trascorso il periodo di dilatorio, all'intervento.

Ciò è giuridicamente aberrante. Il consultorio, se ha una funzione preventiva, non deve entrare in alcun modo nella procedura diretta all'esecuzione dell'intervento. Sul piano tanto logico che pratico l'accentramento di due funzioni contraddittorie nello stesso organo non può che far prevalere l'aspetto più strettamente legato all'interesse per cui la donna si è recata nel consultorio, cioè di richiedere il certificato per praticare l'interruzione: il che effettivamente è avvenuto nella prassi. Oltre a ciò va ricordato che il ricorso al consultorio è meramente eventuale, in quanto la donna può avvalersi per lo scopo abortivo del medico di fiducia abilitato a rilasciare il certificato attestante la sua intenzione di eseguire l'intervento.

L'abrogazione del meccanismo previsto dagli artt. 2 e 5, che in apparenza dovevano svolgere una funzione preventiva, e la loro sostituzione con disposizioni che assegnano alla consultazione una funzione realmente preventiva è cosa semplice, che potrebbe essere realizzata già in questa prima fase della legislatura. Né si tratterebbe di cosa strana, additabile come frutto di spirito retrogrado o reazionario.

La legge vigente in Germania, infatti, utilizza la consultazione non come uno strumento burocratico prodromico all'aborto, bensì come un argine giuridico all'intervento e come strumento di effettiva prevenzione sociale.

Ai molti che hanno lamentato nel corso del tempo, spesso anche con toni risentiti, il rischio che l'introduzione di una siffatta normativa influenzi indebitamente la libertà della donna, vanno opposti quattro rilievi essenziali. Il primo, che l'aborto non è un diritto, perché conduce alla soppressione di un essere umano vivente. Il secondo, che l'antigiuridicità del fatto è radicata nella Costituzione, poiché la sentenza del febbraio 1975 della Consulta mantiene la sua efficacia siccome mai revocata in dubbio e mai superata da pronunciamenti successivi della stessa Corte; è stata ribadita inoltre dal co. 1 della l. 19 febbraio 2004, n. 40, che ha riconosciuto i diritti del concepito. Il terzo, che la comunicazione di una serie di dati scientifici veritativi, come quelli relativi alla formazione e all'identità del feto e alla natura del processo della gravidanza, costituisce un arricchimento effettivo dell'informazione e un fattore prezioso per la formazione di qualsiasi persona. Il quarto, che spetta allo Stato, ai sensi dell'art. 3, co. 2 della Costituzione, rimuovere gli ostacoli di ordine sociale che impediscono il pieno sviluppo, anche nelle conoscenze, della persona umana.

L'ultima sentenza risalente al 28 maggio 1973 del Tribunale costituzionale tedesco, massimo organo giurisdizionale di uno Stato indiscutibilmente di diritto in senso contemporaneo, ha esposto con forza i principi di cui sopra. Si leggono infatti nella sentenza, tra gli altri, i seguenti passi a riguardo del significato e del contenuto della consulenza. Sul rilievo che sussiste «*il divieto costituzionale di sottovalutare il bene che si deve proteggere, la vita umana*» e che non è «*possibile fare distinzioni temporali nell'ambito della gestazione*», il Giudice ha precisato che la consulenza ha per scopo di difendere la vita prenatale tramite una sinergia del consulente istituzionale con la madre, il miglior difensore del figlio. La neutralità non è ammissibile di fronte alla vita umana, poiché lo Stato è garante della vita dei cittadini. Deve pertanto svolgere un compito di sostegno della madre e di controllo dell'ambiente in cui essa vive. La procedura assistenziale, di conseguenza, siccome “finalizzata alla salvaguardia della vita”, deve avere un contenuto non soltanto genericamente informativo, bensì offrire aiuti concreti affinché la donna comprenda che il nascituro, anche nel primo stadio della gravidanza, gode di particolare tutela.

Nella prima fase di riforma legislativa in Italia dovranno anche essere previsti degli interventi speciali a favore della donna che, durante la gravidanza, sia afflitta da serie difficoltà ricollegabili alla gestazione. A seconda del tipo di difficoltà gli interventi potranno essere di natura sanitaria, socio-assistenziale ovvero economica e familiare. Come si è detto, l'aborto è ancora particolarmente diffuso all'interno dei gruppi sociali disgregati o delle convivenze in via di dissoluzione, ovvero tra le giovani italiane, che si prostituiscono per acquistare droga, o le giovani immigrate, che si prostituiscono per soddisfare gli sfruttatori. L'opera di prevenzione dell'aborto, se compiuta con la dovuta serietà dai consultori, sarebbe utile anche per contenere le cause di degrado che affliggono la nostra società. La prevenzione dell'aborto è parte integrante di una politica sociale che, munita di consistenti risorse economiche, dia inizio a un risanamento sociale.

6. Dignità umana e diritto alla vita

La riscrittura completa degli artt. 2 e 5 della legge n. 194 dovrebbe costituire un primo passo verso la costruzione di un ordinamento che tuteli la vita umana in modo conforme alla sua inviolabile dignità. Questa non è data da una norma e non consegue a un

antecedente empirico, ma spetta all'uomo per la semplice "novità" di essere venuto all'esistenza e costituisce un segno della sua trascendenza al mondo.

La dignità umana implica dei limiti all'autodeterminazione individuale. Questi limiti sono suscettibili di un giudizio, in una certa misura discrezionale, che spetta pronunciare alla prudenza politica delle istituzioni responsabili del governo della società alla luce del principio statuito dall'art. 1 della Costituzione repubblicana. Sussiste però un nucleo essenziale di atti contro gli altri e anche contro di sé in conflitto irrimediabile con la dignità umana che debbono essere stigmatizzati come contrari al diritto e alla giustizia. Tra questi è ricompreso l'aborto, che frantuma il legame più intimo esistente in natura – quello tra la madre e il figlio – e provoca la soppressione di questi.

Abstract

MAURO RONCO, La tutela della vita nell'ordinamento giuridico italiano. Considerazioni sull'aborto

In Occidente, la prima liberalizzazione dell'aborto avvenne con la decisione 22 gennaio 1973 della Corte Suprema degli USA.

In Italia, si è dapprima aperto un varco con l'ambigua sentenza della Corte Costituzionale n. 27/1975 e poi, nel 1978, con la legge 194, si è avuta di fatto la liberalizzazione dell'aborto, malgrado la medesima legge affermi che lo Stato riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio.

Il diritto svolge un ruolo fondamentale perché è in grado di orientare le coscienze attraverso la riprovazione o l'approvazione sociale di un determinato tipo di fatto.

L'aborto costituisce ancora oggi una grave piaga sociale, che colpisce le donne più vulnerabili, soprattutto giovani e immigrate. È quindi fondamentale una concreta prevenzione dell'aborto e per fare questo si ritiene necessaria la modificazione degli artt. 2 e 5 della legge n. 194/1978.

Parole chiave: aborto, sentenza n. 27/1975 Corte costituzionale, Legge n. 194/1978, tutela della vita, dignità umana.

MAURO RONCO, The protection of life in the Italian legal system. Abortion considerations

In the West, the first liberalization of abortion took place with the US Supreme Court decision of 22 January 1973.

In Italy, first a passage has been opened with the ambiguous sentence of the Constitutional Court n. 27/1975 and then, in 1978, with the law 194, there was in fact the liberalization of abortion, despite the same law affirms that the State recognizes the social value of motherhood and protects human life from its beginning.

Law plays a fundamental role because it is capable of guiding consciences through the social reprobation or approval of a specific type of fact.

Abortion still constitutes a serious social plague, affecting the most vulnerable women, especially young people and immigrants. A concrete prevention of abortion is therefore essential and to do this it is considered necessary to modify the articles 2 and 5 of law no. 194/1978.

Key words: abortion, sentence no. 27/1975 Italian Constitutional Court, Law no. 194/1978, protection of life, human dignity.

GIACOMO ROCCHI

Consigliere della Corte di Cassazione

**LA TUTELA DELLA VITA
NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO.
LA QUESTIONE DEL FINE VITA***

SOMMARIO: 1. Un *lapsus* rivelatore: i giudici negano la realtà naturale – 2. Il diritto lontano dalla realtà naturale nelle questioni di “fine vita” – 3. Formule giuridiche che nascondono la realtà – 4. La legge sul consenso informato: la morte procurata sottratta al mondo del diritto – 5. Il rifiuto libero e informato delle terapie salvavita: una finzione – 6. Vite “non degne” e legalizzazione dell'eutanasia dei soggetti deboli – 7. Rispettare il dato naturale e la Costituzione.

1. Un *lapsus* rivelatore: i giudici negano la realtà naturale

«La concezione della vita come oggetto di tutela, da parte dell'ordinamento, in termini di 'sommo bene', di alterità normativa superiorem non recognoscens, (...) è percorsa da forti aneliti giusnaturalistici, ma è destinata a cedere il passo al raffronto con il diritto positivo.

Decisiva appare, difatti, la considerazione secondo cui, al momento stesso in cui l'ordinamento giuridico riconosce alla madre il diritto di abortire, sia pure nei limiti e nei casi previsti dalla legge, si palesa come incontestabile e irredimibile il sacrificio del 'diritto' del feto a venire alla luce, in funzione non soltanto della tutela del diritto alla procreazione cosciente e responsabile, ma dello stesso diritto alla salute fisica o anche soltanto psichica della madre. Mentre non vi sarebbe alcuno spatium comparationis se a confrontarsi fossero davvero, in una comprovata dimensione di alterità soggettiva, un superiore diritto alla vita e un (“semplice”) diritto alla salute mentale».

Prendo l'avvio da questo passo della motivazione di una nota sentenza della Cassazione civile (Cass., Sez. 3, Sentenza n. 16754 del 02/10/2012, Rv. 623595) che, contrapponendo la legge positiva agli “aneliti” giusnaturalistici e qualificando la vita degli uomini non più “sommo bene”, ma come valore nella misura in cui è permessa o negata dal legislatore, giunse a riconoscere il diritto al risarcimento da nascita

* Testo della relazione svolta dal Dott. Giacomo Rocchi, Magistrato della Corte Suprema di Cassazione, al Convegno *La tutela della vita nell'ordinamento giuridico italiano. Sfide, problemi e prospettive poste dai 'nuovi diritti'*, organizzato dal Centro Studi Livatino e tenutosi a Roma il 16 novembre 2018 presso l'Aula Magna della Corte Suprema di Cassazione.

indesiderata di una bambina down alla stessa bambina, danneggiata per essere nata, su questo punto successivamente smentita dalle Sezioni Unite.

Mi soffermo ancora un attimo su quella pronuncia – benché mi sia stato assegnato l'argomento del diritto alla vita nella fase conclusiva dell'esistenza, con riferimento al contenuto della legge 219 del 2017 sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento – in quanto in essa si rinviene un altro passaggio, apparentemente frutto di un *lapsus*: nel rammentare la sentenza della Corte Costituzionale n. 27 del 1975, che aveva depenalizzato l'aborto volontario, ne riportava il passaggio fondamentale apportando, però, una significativa modifica. La Corte costituzionale aveva statuito: «*non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare*»; secondo la Cassazione, invece, sulla base del «*magistrale insegnamento della Corte costituzionale*», «*sarà compito di un essere umano (la madre) già vivente assicurare tutela a chi essere umano deve ancora diventare*».

L'abbandono degli “aneliti giusnaturalistici” a favore del diritto positivo porta rapidamente i giudici a non riconoscere più la realtà naturale sottostante e a negare l'esistenza stessa della vita umana e, di conseguenza, l'evento della sua soppressione.

2. Il diritto lontano dalla realtà naturale nelle questioni di “fine vita”

Mi sembrano considerazioni legittime anche con riferimento all'ampio tema della tutela della vita nella fase finale dell'esistenza, in quanto la divaricazione tra la disciplina giuridica e la realtà naturale sottostante presenta aspetti eclatanti.

In effetti, non possiamo non chiederci come sia stato possibile proclamare, in una stessa pronuncia, che deve «*essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato e dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa*» e insieme autorizzare la soppressione di una disabile in stato di incoscienza sulla base della decisione di chi considerava lo stato in cui ella si trovava tale da “escludere la dignità umana”, così sostenendo che si doveva «*escludere la ricorrenza della vita intesa nella sua portata minima imprescindibile*»; e come un Tribunale amministrativo abbia potuto descrivere la fase in cui alla disabile sarebbero stati negati alimentazione e idratazione come possibilità per la stessa di «*esercitare il proprio diritto*».

assoluto a rifiutare il trattamento sanitario consistente nell'idratazione ed alimentazione artificiali», deducendone il sorgere del suo «*diritto, a quel punto quale malata terminale, a che le siano apprestate tutte le misure, suggerite dagli standards scientifici riconosciuti a livello internazionale, atte a garantire un adeguato e dignitoso accudimento accompagnatorio della persona, durante tutto il periodo successivo alla sospensione del trattamento di sostegno vitale*».

Ma ancora, è legittimo interrogarsi se sia un astratto e tralaticio riferimento quello che, alla negazione dell'attenuante dell'aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale (art. 62, comma 1, n. 1 c.p.) per chi aveva ucciso un congiunto gravemente sofferente, in quanto «*nei confronti degli esseri umani operano i principi espressi dalla Carta costituzionale, finalizzati alla solidarietà e alla tutela della salute*», con la conseguenza che «*la nozione di compassione, cui il sentire comune riconosce un altissimo valore morale, rimane segnata dal superiore principio del rispetto della vita umana, che è il criterio della moralità dell'agire*», affianca la considerazione secondo cui «*del tutto distinto è il dibattito culturale sui limiti al trattamento di fine vita e sul rilievo del consenso del malato, fondato sul principio costituzionale del divieto di trattamenti sanitari obbligatori*» (Cass., Sez. 1 pen., n. 50378 del 2018).

3. Formule giuridiche che nascondono la realtà

In effetti, come ben sappiamo, la giurisprudenza di legittimità e di merito si è sviluppata e consolidata nell'affermare che «*il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente non incontra un limite allorché da esso consegue il sacrificio del bene della vita*» e nel negare che «*il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, possa essere scambiato per un'ipotesi di eutanasia, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte*», sostenendosi che «*tale rifiuto esprime piuttosto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale*». (Sez. 1, Sentenza n. 21748 del 16/10/2007, Rv. 598963 - 01).

Ecco che attraverso l'esaltazione di un fatto giuridico – la prestazione o la negazione del consenso a terapie – una parte di realtà naturale viene forzatamente staccata dal tutto e inquadrata in una “realtà giuridica” che, inevitabilmente, fa velo all'evento che rimane tale: l'uccisione di un essere umano, che tale è anche se viene eseguita in ospedale da

medici o infermieri, anziché esplodendo colpi di pistola. Benché ci si trovi di fronte ad una persona viva, fatta morire mediante la mancata somministrazione di terapie o sostegni vitali o anche mediante l'attiva rimozione di sostegni vitali, in questa realtà giuridica così costruita, la persona non viene "uccisa", ma curata, anzi, curata al meglio, perché in conformità alla sua volontà; con l'ulteriore conseguenza che la valutazione penale su tale evento – che si risolve nell'applicazione della scriminante dell'adempimento del dovere (come nel caso Welby) o dell'esercizio del diritto (come nel caso Englaro) – è inevitabilmente destinata a scomparire, trattandosi di eventi "privati", nei quali l'unico soggetto agente è colui che muore, anzi, è il soggetto la cui malattia segue il suo corso naturale.

4. La legge sul consenso informato: la morte procurata sottratta al mondo del diritto

La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento porta alle estreme conseguenze la divaricazione tra realtà naturale e realtà giuridica di cui si è detto.

Nel configurare come assolutamente vincolante il rifiuto di terapie, anche se espresso per situazioni future ed incerte, nonché nel prevederlo per scelte che determinano la morte del soggetto, la legge esplicitamente sottrae l'evento morte – che dal punto di vista naturale è morte procurata, per omessa erogazione di terapie salvavita, non iniziate o interrotte – al mondo del diritto, prevedendo che il medico che ottempera al rifiuto o alla rinuncia al trattamento sia "esente da responsabilità civile o penale" (art. 1, comma 6 legge 219 cit.), sia che ciò avvenga nell'attualità, sia in esecuzione di una DAT.

Il rifiuto alle terapie salvavita permesso dalla legge 219 ha due caratteristiche: in primo luogo può riguardare anche sostegni vitali, quali alimentazione, idratazione e ventilazione artificiale, cosicché la "platea" di soggetti che lo possono esprimere si espande dai malati gravi (anche se non in stato terminale) ai disabili che hanno necessità di tale forma di sostegno; in secondo luogo il rifiuto, cui deve essere data esecuzione, con la conseguente morte dell'interessato, può essere del tutto immotivato e sganciato da considerazioni di carattere sanitario concernenti l'utilità, la gravosità e i rischi delle terapie rifiutate.

Ecco che l'alleanza terapeutica, nella quale medico e paziente insieme valutano e adottano decisioni sulla migliore terapia possibile nel rispetto dei desideri del secondo, si

trasforma: il medico non è più alleato, ma deve essere esecutore del rifiuto delle terapie e quindi è un potenziale nemico, un violatore della libertà personale, mentre la decisione del paziente ha per oggetto la vita e la morte e, quindi, può essere accostata a quella del potenziale suicida per motivi differenti da quelli relativi alla salute.

La legge 219, in sostanza, garantisce il diritto ad un “suicidio medicalmente assistito” a tutti coloro la cui permanenza in vita dipende da trattamenti o dispositivi medici. Non ci si può sorprendere, quindi, che solo dopo l’approvazione della legge – anzi: immediatamente dopo – sia stato possibile formulare una questione di legittimità costituzionale dell’art. 580 c.p.

5. Il rifiuto libero e informato delle terapie salvavita: una finzione

Ma la divaricazione tra la realtà naturale e una costruzione giuridica che fa ad essa velo non è senza conseguenza: se, per la validità del rifiuto, è sufficiente la manifestazione della volontà, tendenzialmente in forma scritta (obbligatoria per le DAT), nessuna effettiva garanzia viene approntata affinché l’interessato sia davvero “libero” e “informato” nell’esprimerla. Scopriamo, quindi, che la persona può essere fatta morire in esecuzione del rifiuto espresso da un delegato (art. 1, comma 3), ovvero da soggetto maggiorenne ma temporaneamente incapace di intendere e di volere (art. 1, comma 5); il rifiuto – e questo è evidente nel caso nelle DAT, consegnate anni prima ad un impiegato amministrativo – è valido anche se non vi è alcuna certezza che chi lo esprime o l’ha espresso sia informato; soprattutto, manca del tutto la garanzia di una piena libertà morale del soggetto, senza la quale la parola “autodeterminazione” (art. 1, comma 1) è una formula vuota. Come non ricordare la sentenza della Corte EDU Pretty contro Regno Unito, secondo cui il divieto di suicidio assistito tutela le persone più deboli e vulnerabili, non in grado di prendere decisioni con coscienza di causa, proteggendole contro atti altrui miranti a porre fine alla loro vita?

6. Vite “non degne” e legalizzazione dell’eutanasia dei soggetti deboli

Ho detto poco fa che il rifiuto a terapie salvavita e a sostegni vitali previsto dalla legge 219 del 2017 è efficace anche se privo di motivazione e sganciato da tematiche di tipo sanitario.

In realtà la legge indica un criterio: quello della dignità della persona; le ultime

modifiche apportate all'art. 1, comma 1 hanno trasformato la "tutela della vita" in "tutela del diritto alla vita" e ad essa hanno affiancato il diritto "alla dignità". Ecco che la vita diventa un diritto e non più un "sommo bene", come tale disponibile e bilanciabile con altri diritti ed interessi; ecco che la dignità non è più caratteristica intrinseca alla vita umana, ma è anch'essa un diritto che può evidentemente essere graduato o addirittura negato con riferimento alla condizione della singola persona.

Si potrebbe argomentare che le conseguenze di tale impostazione sono facilmente prevedibili, ma non è necessario: è la stessa legge, all'art. 2, a permettere ai legali rappresentanti degli incapaci – minori, interdetti, soggetti ad amministrazione di sostegno – a rifiutare per essi terapie salvavita e sostegni vitali tenendo conto, appunto, non solo (o non tanto) della tutela della loro salute psicofisica, ma anche (e soprattutto) della loro dignità; essi potranno, quindi, valutare la vita degli assistiti "non degna" e decidere di farla cessare; e il giudice, se sarà adito dal medico, dovrà tenere conto di questo parametro.

Siamo, quindi, alla legalizzazione dell'eutanasia non consensuale dei soggetti deboli, basata sul presupposto che non tutte le vite umane sono dotate di dignità intrinseca e che, pertanto, è consentito – anzi è opportuno, o meglio ancora, per certe persone, è obbligatorio – interromperne il corso anticipatamente. Le esperienze di altri Paesi dimostrano che, ben presto, al criterio volontaristico si affiancano altri parametri: motivi eugenetici, ideologici, egoistici e, soprattutto, economici (riduzione della spesa sanitaria o sociale).

7. Rispettare il dato naturale e la Costituzione

Questo sviluppo – prima giurisprudenziale e poi normativo – è stato permesso in evidente violazione dell'art. 2 della Costituzione, in base al quale quello alla vita è un diritto inviolabile e indisponibile, e dell'art. 32 della Costituzione, in base al quale la salute dell'individuo è un suo diritto fondamentale ma anche un interesse della collettività.

Occorre ripartire dal dato naturale, perché, come già aveva capito Cicerone, solo la norma o la sentenza che rispetta la natura è buona e giusta.

Ripartiamo, quindi, dalla dignità di ogni uomo; ricordiamoci che – come ricorda la sentenza della Prima Sezione penale che ho già menzionato – *«la nozione di compassione*

è attualmente applicata con riguardo agli animali di compagnia, rispetto ai quali è usuale, e ritenuta espressione di civiltà, la pratica di determinarne la morte in caso di malattie non curabili».

Invece, ogni vita umana deve essere difesa.

Abstract

GIACOMO ROCCHI, La tutela della vita nell'ordinamento giuridico italiano. La questione del fine vita

Il positivismo giuridico, con l'esplicito rifiuto del dato naturale, produce pronunce in cui le formule nascondono il reale contenuto del provvedimento: l'uccisione di una disabile in stato di incoscienza si trasforma, così, in una terapia e la sua morte un fatto privato. Anche la legge 219 del 2017 sul consenso informato adotta questa impostazione, trasformando le forme di sostegno vitale in terapie e disinteressandosi della libertà effettiva delle persone che le rifiutano. Più in radice, la legge discrimina tra vite degne e vite non degne, permettendo la soppressione delle seconde decisa da altri soggetti.

Parole chiave: tutela della vita, eutanasia, dignità umana, alleanza terapeutica, suicidio medicalmente assistito.

GIACOMO ROCCHI, The protection of life in the Italian legal system. The end of life issue

Legal positivism, with the explicit refusal of the natural datum, produces pronouncements in which the formulas hide the real content of the provision: the killing of a disabled person in a state of unconsciousness is thus transformed into a therapy and his death a fact private. Law 219 of 2017 on informed consent also adopts this approach, transforming forms of life support into therapies and disinterested in the effective freedom of the people who refuse them. More fundamentally, the law discriminates between worthy and unworthy lives, allowing the suppression of the latter decided by other subjects.

Key words: protection of life, euthanasia, human dignity, therapeutic alliance, medically assisted suicide.

PAOLA BRAGGION
Componente del Consiglio Superiore della Magistratura

**LA TUTELA DELLA VITA
NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO.
IL RUOLO DEL GIUDICE ***

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. I nuovi diritti e il ruolo del giudice – 3. Limiti dell'attività interpretativa – 4. L'autodeterminazione come diritto – 5. Il principio di autodeterminazione e la tutela della vita.

1. Introduzione

Nelle costituzioni moderne i diritti fondamentali assolvono una essenziale funzione di *garanzia individuale* del cittadino nei confronti dello Stato: si pensi ad esempio al diritto di professare la fede religiosa, al diritto di riunione e di associazione, al diritto di manifestare il proprio pensiero: diritti tutti che non possono essere compressi dallo Stato tranne casi eccezionali, e per tutelare interessi eguali o preminenti rispetto all'interesse che è alla base del diritto riconosciuto. Le codificazioni dei diritti dell'uomo e il linguaggio relativo hanno portato benefici all'umanità intera e hanno consentito alle esperienze giuridiche occidentali di porsi in molti casi come un modello di riferimento.

Negli ultimi anni però i diritti fondamentali hanno iniziato a cambiare fisionomia, inaugurando un'ultima fase che potremmo chiamare dei *diritti-desiderio*: si assiste alla rivendicazione come diritto di qualunque pretesa soggettiva, cioè di qualunque desiderio personale, espressione di una concezione dell'esistenza *individualistica* (ciò che esiste è solo il singolo con le proprie aspirazioni) e *relativistica* (non esiste nessun criterio oggettivo di giudizio esterno al soggetto). Il termine “*diritti*” (ormai generalmente usato come sinonimo di “*diritti fondamentali*” o “*diritti umani*”) oggi indica una categoria completamente nuova rispetto a quella dei “tradizionali” diritti fondamentali.

I “diritti” hanno cambiato faccia. Da categoria giuridica funzionale alla limitazione del potere statale in nome di limitate, essenziali e irrinunciabili dimensioni della persona che in qualche modo preesistono alla legge, i “diritti” sono diventati una categoria

* Testo della relazione svolta dalla Dott.ssa Paola Braggion, Magistrato – Componente del Consiglio Superiore della Magistratura, al Convegno *La tutela della vita nell'ordinamento giuridico italiano. Sfide, problemi e prospettive poste dai 'nuovi diritti'*, organizzato dal Centro Studi Livatino e tenutosi a Roma il 16 novembre 2018 presso l'Aula Magna della Corte Suprema di Cassazione.

giuridica più ampia. Non vi sono più solo quelli riconosciuti dalla Carta Costituzionale come fondamentali per la persona e il cittadino, poiché si cerca di rivestire di valore giuridico interessi e valori anche molto diversi tra loro, che talvolta coincidono più con le esigenze, o aspirazioni, individuali per la propria realizzazione. I “diritti” vengono che evocati per far valere esigenze, aspirazioni, desideri per lo più individuali, talora frutto di un apprezzamento del tutto soggettivo, rivendicazione “giuridicamente fondata” del riconoscimento di un bene che il soggetto ritiene essenziale per la propria realizzazione, cioè di ciò che ognuno reputa “buono per sé”.

2. I nuovi diritti e il ruolo del giudice

Vi è stata infatti una costante “proliferazione” di diritti, che ha permesso per così dire di “vestire” del medesimo valore giuridico interessi e valori anche molto diversi tra loro. Si pensi al fatto che le principali problematiche giuridiche (es. il principio del *ne bis in idem* in materia penale) sono ormai affrontate per lo più in termini di riconoscimento o negazione di “diritti”, cioè di “diritti umani” visto che spesso viene invocata la CEDU, tanto che proprio attorno alla categoria del “diritto” ruota la stessa argomentazione giuridica.

Non può poi dimenticarsi l’imprescindibile bilanciamento con altri beni e valori che l’affermazione di un “diritto” di norma comporta. Invero, quando rivendico o riconosco un diritto, affermo solo il valore positivo che questo ha per la persona che se ne avvantaggia, ma non penso chi e quante sono le persone che ne ricevono svantaggi, né quali e quanti siano questi svantaggi.

Il primo pericolo da rifuggire è quello della tutela a tutti i costi di ‘nuovi diritti’, tramite una giustizia creativa che tende a occupare e colmare gli spazi lasciati scoperti dalla normativa nazionale. Ciò passa da un vaglio, che dovrebbe fare principalmente il legislatore, e il giudice solo in via di applicazione e interpretazione delle norme, per il necessario bilanciamento dei principi costituzionali e dei diritti, ma anche per la precisazione dei doveri che l’affermazione di un “diritto” di norma comporta.

La sfida oggi è quella di una riflessione sul ruolo del giudice, sulla finalità del nostro lavoro e sugli strumenti e sui limiti dell’attività giurisdizionale. Credo che la nostra legittimazione di magistrati, chiamati a emettere sentenze “*in nome del popolo italiano*”, sia una legittimazione tecnica, che passa dall’interpretazione delle norme, ma che non

può piegare la norma a un fine diverso, magari anche buono o positivo, o colmare l'assenza di una norma "creando" nuovi diritti.

Se è vero che il giudice ha il dovere di dare risposte alla domanda di giustizia e non può non pronunciarsi sulle cause propostegli, è anche vero che deve porsi il problema di quali siano i limiti di questa risposta. Pur a fronte di un ordinamento sempre più complesso con fonti eterogenee, non possiamo dare una risposta di giustizia che passa dalle personali opinioni o scelte ideologiche e culturali (del tutto) soggettive.

Se vero che ogni attività, anche quella del decidere, comporta inevitabili scelte di valore sottese ad ogni interpretazione o ricostruzione sistematica, questo deve avvenire all'interno di una cornice precisa che non fissa il giudice e l'interprete. Le scelte di valore vanno esplicitate per essere sottoposte al vaglio dei successivi gradi di giudizio, soprattutto nelle materie in cui maggiore è la disomogeneità culturale all'interno della società, e in cui dunque più attento e leale deve essere il riconoscimento del limite che il giudice incontra, dovendo lasciare alle sedi in senso lato politiche (compresa la Corte costituzionale) le scelte che per loro natura esulano dal campo della mera giurisdizione.

3. Limiti dell'attività interpretativa

Si tratta, dunque, di elaborare strumenti concettuali per il controllo dell'attività interpretativa, che favoriscano risultati e decisioni razionalmente giustificate e non arbitrarie, anche a fronte della loro imprescindibile dimensione valutativa. Non è il giudice che deve dar voce alle nuove sensibilità sociali, ma il legislatore.

Tanto più importante allora la motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, che non può essere infarcita, come ancora a volte accade, di considerazioni che fuoriescono dal dato interpretativo tecnico della norma, che prestano il fianco a strumentalizzazioni di varia natura, come è accaduto per esempio per alcune sentenze sulle morti da amianto. Rosario Livatino in un suo discorso pubblico nel lontano 1984, ma di stringente attualità, diceva: *«Essenziale è però che la decisione nasca da un processo motivazionale autonomo e completo, come frutto di una propria personale elaborazione, dettata dalla meditazione del caso concreto; non come il portato della autocollocazione nell'area di questo o di quel gruppo politico o sindacale, così da apparire come in tutto od in parte dipendente da quella collocazione»*. (Rosario Livatino, 1984)

Se l'applicazione di una norma stride con i principi costituzionali, è necessario sollevare la questione di legittimità costituzionale, senza 'creare', mentre a volte le interpretazioni costituzionalmente orientate o le disapplicazioni di certe norme nascondono 'interpretazioni evolutive' che stravolgono il significato della norma.

Credo sia necessario restare nell'alveo dei rimedi previsti dall'ordinamento, perché ritengo che il giudice sia garante dell'affermazione dei diritti tutelati dall'ordinamento, senza sostituirsi al legislatore anche se talvolta latitante. Ritengo fondamentale che non siano i giudici a dover dare risposte. Tale compito è riservato alla politica, mentre si può lavorare nell'opinione pubblica, con la necessaria discrezione, per sollecitare le prese di coscienza e individuando le lacune normative. Ciò impone responsabilità ben precise.

È necessario salvare la riflessione giuridica dalla pericolosa deriva o di un soggettivismo tutto basato sul senso di giustizia in balia dell'interprete, o di un nichilismo che vuol ridurre tutto alla ratifica procedurale dei rapporti di forza, così negando la stessa funzione storica e al tempo stesso il valore intrinsecamente etico della giuridicità.

Dobbiamo porre attenzione all'occultamento delle scelte di valore sottese alla decisione e del bilanciamento che viene fatto rispetto ad altri interessi. Un ambito scivoloso sotto questo profilo è quello dell'utilizzo dei precedenti delle Corti sovranazionali, che deve essere basato su un'esauritiva e leale verifica del reale contenuto della fonte giurisprudenziale evocata, senza cadere nella tentazione di richiamare di volta in volta solo la decisione "utile" per il fine pratico perseguito, non misurandosi con altre decisioni che tali non sono. Poiché il precedente deve essere ben consolidato, atteso che la Corte Edu giudica sul singolo caso, come ha insegnato la sentenza n. 49/15 della Corte costituzionale (che ha ridisegnato il rapporto tra Corte costituzionale Corte EDU e giudice ordinario): il giudice deve oggi confrontarsi con almeno tre sistemi giuridici tra loro interagenti, quello costituzionale dello Stato, quello della C.E.D.U. e quello dell'Unione europea, ciascuno caratterizzato dal riferimento ad un proprio organo giurisdizionale superiore: la Corte costituzionale, la Corte E.D.U. di Strasburgo e la Corte di Giustizia U.E. di Lussemburgo.

Il coordinamento tra i diversi sistemi presenta forme di reciproca influenza e di graduale forza cogente. Esso introduce tecniche di interpretazione nuove o ripropone tecniche già note, ma destinate ad assumere sviluppi ben più ampi che in passato (si pensi all'interpretazione conforme).

È essenziale un rinnovato rigore metodologico che non può non passare attraverso un utilizzo dei precedenti delle Corti sovranazionali che sia basato su un'esaustiva e leale verifica del reale contenuto della fonte giurisprudenziale evocata, senza cadere nella tentazione, ben nota, di richiamare di volta in volta solo la decisione "utile" per il fine pratico perseguito, non misurandosi con altre decisioni che tali non sono.

Sotto questo profilo la recente, complessa, sentenza n. 49 della Corte costituzionale (che ha ridisegnato il rapporto tra Corte costituzionale Corte EDU e giudice ordinario) sembra fornire un utile spunto di riflessione sui rischi di un approccio parziale alle sentenze della Corte EDU. L'autorevole richiamo della Corte costituzionale alla necessità di fare riferimento alla "giurisprudenza consolidata" della Corte EDU appare finalizzato a garantire una condizione essenziale per il corretto utilizzo della giurisprudenza convenzionale, pur nella consapevolezza della difficoltà di individuare la c.d. giurisprudenza consolidata.

Nel mutare di alcune forme dell'attività interpretativa del giudice, dunque, la permanente validità e preziosità del suo ruolo di garanzia del rispetto dell'ordinamento giuridico, è anche garanzia di tutela di quei "diritti" che l'ordinamento riconosce, nella sua ormai ampia articolazione anche sovranazionale. Esiste una stretta connessione tra libertà di giudizio del magistrato da ogni influenza interna o esterna, potestà di organizzarsi al di fuori di condizionamenti, adeguatezza professionale, per dare risposta a nuovi diritti e a nuove domande di giustizia.

4. L'autodeterminazione come diritto

Il punto di partenza è l'affermazione di un diritto, nella specie quello all'autodeterminazione della persona in rapporto al diritto alla salute, come diritto unanimemente riconosciuto nell'ambito dell'attività medica, fondato non solo sulla Costituzione, ma anche su varie fonti sovranazionali: tale diritto trova innanzitutto espressione nella necessità di un consenso informato del paziente perché il medico possa procedere legittimamente al trattamento sanitario.

Il diritto all'autodeterminazione è stato poi posto a base del diritto del paziente di rifiutare le cure anche se ciò comporta un rischio per la propria vita. Infine, sempre il paradigma del diritto all'autodeterminazione è stato utilizzato per la valutazione giuridica dei casi di rifiuto del trattamento medico in atto o del rifiuto dell'alimentazione o

idratazione forzata e del correlato trattamento sedativo della coscienza per il caso della loro interruzione: anche tale trattamento è divenuto oggetto di un “diritto”. Il diritto all’autodeterminazione – che assume il contenuto pratico di un una sorta di “diritto alla morte” – è stato così utilizzato ai fini dell’esclusione della responsabilità del sanitario che abbia provveduto ad interrompere il trattamento di salva-vita, con il consenso del paziente.

Si veda ad esempio la soluzione data dal gip di Roma al noto, drammatico, caso del sanitario accusato del delitto di omicidio del consenziente ai danni di Piergiorgio Welby (sentenza del 23.07.2007, depositata il 17.10.2007): nell’occasione il giudice, muovendo dal riconoscimento del diritto a rifiutare o interrompere terapie mediche anche se “salvavita”, quale espressione del diritto alla salute ed all’autodeterminazione del paziente, ha affermato il principio secondo il quale il delitto di omicidio del consenziente non è punibile (tecnicamente: è scriminato) per l’adempimento di un dovere da parte del medico, che in presenza del consenso del paziente interrompa il trattamento al quale questi è soggetto.

Argomentando “per diritti” in questo ambito, si rischia di non trattare in modo esaustivo un altro aspetto del problema: l’affermazione del diritto all’autodeterminazione non tiene conto dell’affermazione del conseguente dovere del sanitario di cooperare alla realizzazione di tale diritto, posto che il suo “esercizio” non può essere opera del solo titolare (e proprio un dovere del sanitario è stato affermato nella citata decisione riguardante il caso Welby). Non dunque una mera facoltà di collaborare all’interruzione dei trattamenti salvavita, ma un dovere, in quanto non avrebbe senso riconoscere la preminenza di un “diritto” se non si riconoscessero le posizioni giuridiche che servono per attuarlo, cioè per dare allo stesso effettività.

Così l’apparente carattere del tutto individuale dell’affermazione del diritto all’autodeterminazione svela il suo vero contenuto tutt’altro che esclusivamente personale, perché impone un preciso dovere da parte del sanitario di collaborare alla morte del paziente che lo richieda e l’onere per il sanitario di valutare se ricorrono i presupposti di quel diritto all’autodeterminazione, fissati non da una norma ma dalla giurisprudenza, pena la responsabilità per il delitto di omicidio del consenziente.

Siamo certi di voler affidare tutto questo all’attività interpretativa-creativa di giudice? Siamo nell’ambito di inevitabili bilanciamenti di interessi che non possono

essere demandati al giudice ordinario, anche in considerazione ai problemi ad esso connessi, quali eventuale riconoscimento del diritto all'obiezione di coscienza. La sfida non è quindi quella di introdurre guerre tra valori opposti, di cui ciascun giudice si fa portatore, ma di adottare e diffondere nella giurisdizione l'analisi, senza soluzioni preconcepite, di tutti i valori fondanti della realtà, tra i quali vi è il principio fondamentale del rispetto della vita.

5. Il principio di autodeterminazione e la tutela della vita

È emblematica anche la vicenda riguardante il piccolo Alfie Evans, in cui si osservano snodi di fondamentale importanza nel dibattito tra principio di autodeterminazione e cura della vita. L'equipe medica dell'Ospedale Alder Hey di Liverpool nel dicembre 2017 stabilisce che la ventilazione artificiale che mantiene in vita Alfie Evans deve essere sospesa, perchè il bambino, nato nel Maggio 2016, non ha più alcuna possibilità di guarire. Non sono favorevole all'accanimento terapeutico, ma nemmeno all'abbandono terapeutico. Soprattutto quando qualcuno, sollecitato dai genitori che lo chiedono, si offre di prestare cure a un bambino che non può parlare. Desideravano venire in Italia per far curare il loro bambino, proprio nel Paese da cui alcuni vogliono andare via per "morire con dignità" (v. caso DJ Fabo).

L' Ospedale ove Alfie era in cura in seguito all' aggravarsi delle sue condizioni – che ha portato alla diagnosi di una sconosciuta patologia degenerativa al cervello – aveva dichiarato di aver esaurito tutte le opzioni di cura possibili e si era opposto al desiderio dei genitori di trasferire il bambino all'ospedale pediatrico Bambino Gesù di Roma, dove un medico si è offerto di occuparsi di Alfie per tentare alcune nuove cure sperimentali.

Il 20 Febbraio 2018 il caso approdava all'Alta Corte Inglese, che si pronunciò in favore dei medici dell'Alder Hey, valutando che la sospensione della ventilazione fosse il migliore interesse del piccolo, non sussistendo alcuna possibilità di guarigione con le odierne terapie proposte dalla Scienza Medica. Seguì una battaglia a colpi di ricorsi da parte della famiglia Evans.

La Corte Suprema della Gran Bretagna, alla quale spettava l'ultima parola nel merito, il 20 Aprile 2018 rifiutò di riaprire la vicenda, dopo che i due genitori del piccolo si erano appellati ad essa, al termine di un iter giudiziario dovuto al mancato accordo tra i medici e la famiglia sull' opportunità di mantenere i supporti vitali ad Alfie. Nel caso in cui

sorgano dei contrasti fra i medici e le famiglie dei pazienti la legge inglese, infatti, prevede che il caso sia risolto con l'intervento di un magistrato.

La Corte Suprema confermava così le precedenti decisioni dell'Alta Corte di Giustizia, della Corte d'Appello e della stessa Corte Suprema in favore della scelta dell'ospedale di staccare i supporti vitali al piccolo, che pochi giorni dopo, il 28 Aprile 2018, morì.

La Corte Suprema della Gran Bretagna ha dunque affermato nella sua decisione finale che l'unico criterio determinante per la sorte di Alfie Evans, era quello che i giudici hanno ritenuto essere il suo "*best interest*", ossia l'essere accompagnato sino alla morte attraverso la sospensione dei trattamenti (idratazione e ventilazione artificiali) che lo mantenevano ancora in vita.

Lo Stato si fa, così, arbitro delle sorti di un minore, al posto dei genitori naturali e dei medici inglesi, fra i quali era intervenuto disaccordo. La decisione dell'Alta Corte non è ulteriormente modificabile, neppure dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo.

Certamente la prospettiva di vita poteva apparire difficile, ma il diritto all'autodeterminazione dei genitori di Alfie Evans, che avrebbero voluto trasportare il piccolo a curarsi in Italia, presso l'Ospedale Bambino Gesù di Roma, avrebbe dovuto essere rispettato. Viene negato il diritto/dovere dei genitori di decidere la sorte del proprio figlio, attraverso una decisione della Corte che diverrà un precedente vincolante per le successive decisioni, trattandosi di ordinamento di *common law*, nel quale le decisioni dei giudici costituiscono precedenti vincolanti per casi simili o analoghi.

Respingendo il ricorso proposto dai genitori naturali, dunque, i giudici inglesi hanno negato il principio stesso di autodeterminazione, seguito ed applicato in numerose occasioni nei sistemi giuridici europei di *civil law*. La vicenda Evans presenta caratteristiche innovative, giacché si è ritenuto che la vita umana non solo è un bene disponibile (come avviene da circa un decennio in Italia, a partire dalla fondamentale pronuncia Cass. Civ. n. 21748/2007 sul caso Englaro), ma persino sopprimibile per effetto di un atto di imperio del potere pubblico, anche qualora vi sia l'opposizione del titolare del diritto (o dei genitori-tutori, come nel caso Alfie). In Italia l'orientamento fondamentale in tal senso ha preso piede a partire dalla fondamentale sentenza Cass. Civ. sul caso Englaro, risalente al 2007.

Ebbene, il principio di autodeterminazione nella Decisione dell'Alta Corte Inglese sul caso Alfie è, per la prima volta, disatteso, anche in presenza di una volontà espressa - del

titolare del diritto - di continuare a vivere. Le conseguenze che discendono da tale decisione dei giudici Inglesi sono evidenti: significa che la conservazione della vita umana è ormai demandata alla selezione da parte della pubblica autorità di standard minimi, qualitativi e quantitativi.

Si tratta di una conseguenza estrema ma possibile, quando la vita non viene più considerata come bene assoluto ed intangibile, che sta alla base di ogni altro diritto inviolabile dell'uomo riconosciuto dall'art. 2 Costituzione e dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

Nonostante ciò, continuiamo a credere che la vita costituisca un bene indisponibile e assoluto, degna di essere vissuta sempre, e non solo quando risponde a determinati standard qualitativi, magari definiti da un giudice, poiché la vita è un valore in sé, degno di tutela, sempre.

Abstract

PAOLA BRAGGION, La tutela della vita nell'ordinamento giuridico italiano. Il ruolo del giudice

I diritti fondamentali, nelle costituzioni moderne, assolvono una essenziale funzione di garanzia individuale del cittadino nei confronti dello Stato. Tuttavia da qualche anno si assiste ad un loro crescente ampliamento: non vi sono più solo quelli riconosciuti dalla Carta Costituzionale come fondamentali per la persona e il cittadino, poiché si cerca di attribuire valore giuridico a interessi e valori anche molto diversi tra loro, che talvolta coincidono essenzialmente con le esigenze o le aspirazioni individuali.

Muovendo da queste considerazioni, l'Autrice riflette sul principio di autodeterminazione e si sofferma poi sul ruolo del giudice e sugli effetti della "giurisprudenza creativa" con riferimento alla tutela della vita.

Parole chiave: diritti fondamentali, nuovi diritti, autodeterminazione, giurisprudenza creativa, tutela della vita.

PAOLA BRAGGION, The protection of life in the Italian legal system. The role of the judge

Fundamental rights, in modern constitutions, perform an essential function of individual guarantee of the citizen towards the State. However, for some years there has been a growing expansion of them: there are no longer only those recognized by the Constitutional Charter as fundamental for the person and the citizen, since we try to attribute legal value to interests and values that are also very different from each other, which sometimes they essentially coincide with individual needs or aspirations.

Starting from these considerations, the author reflects on the principle of self-determination and then dwells on the role of the judge and on the effects of "creative jurisprudence" with reference to the protection of life.

Key words: fundamental rights, new rights, self-determination, creative jurisprudence, protection of life.

SEZIONE STUDI

MARIANNA ORLANDI

Ph.D. Associate Research Scholar

*James Madison Program in American Ideals and Institutions
Princeton University, Department of Politics*

L'ABORTO IN OCCIDENTE.

RIFLESSIONI A MARGINE DI UN RECENTE VOLUME*

Accade, talvolta, che i contributi scientifici riescano a giungere alle stampe, e al pubblico, tempestivamente. La rara circostanza, verificatasi nel caso della pubblicazione del libro curato dal Professore Mauro Ronco, *Il “diritto” di essere uccisi: verso la morte del diritto?*, che ha di poco preceduto la sentenza della Corte costituzionale sul caso Cappato, si è verificata di recente negli Stati Uniti in tema di aborto e di tutela della vita nascente.

Rompendo un silenzio relativo non già al tema, ma alla esatta qualificazione giuridica dell'accesso all'aborto, tanto nel diritto nazionale quanto a livello internazionale, nonché ponendo finalmente in dubbio l'universalità di un preteso “diritto” all'aborto, la collaborazione tra Pilar Zambrano, Professore di Diritti Umani e Pensiero Politico presso l'Università di Navarra, e William L. Saunders, Direttore del Programma in Diritti Umani presso l'*Institute for Human Ecology* della *Catholic University of America*, ha dato vita al recentissimo volume intitolato “Unborn Human Life and Fundamental Rights, Leading Constitutional Cases under Scrutiny. Concluding Reflections by John Finnis”.

Il volume è drammaticamente tempestivo: non soltanto perché, in tutto il mondo, crescente è il numero di attentati – e di nuove minacce – alla vita nascente; ma soprattutto perché la Corte Suprema degli Stati Uniti, prima autrice e propagatrice della narrativa aborto-diritto, ha da poco annunciato che considererà nuovamente il tema nel 2020¹.

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Cfr. *Supreme Court to Hear Abortion Case from Louisiana*, “The New York Times”, 4.10.2019.

In particolare, il volume raccoglie i contributi di dodici esperti – giuristi e filosofi del diritto – rappresentativi delle diverse aree geografiche, nonché delle rispettive tradizioni culturali e giuridiche, di: Stati Uniti, Europa e America Latina. Oltre che curatori dell’opera, Zambrano e Saunders sono essi stessi autori di due articoli che, come tutti quelli che li accompagnano, descrivono e commentano la giurisprudenza delle proprie corti, e in particolare di quelle costituzionali, in tema di aborto e di protezione della vita prenatale.

Di là dalla evidente e già richiamata tempestività del volume – che i giudici della Corte Suprema americana ben potrebbero consultare per argomentare i loro prossimi giudizi – il volume, come si diceva, mette in dubbio la qualità di “diritto”, e di diritto “fondamentale” dell’aborto. Il tutto, peraltro, non su basi moraleggianti o etiche, e tantomeno prettamente “procedurali”. La difesa del concepito viene giustificata su basi e con argomentazioni prettamente giuridiche e per lo più sostanziali.

Per la maggior parte, invero, gli Autori dei diversi contributi si ispirano alla storia giuridica e costituzionale dei propri Paesi d’origine, oltre che al dettato di vari documenti internazionali, per dimostrare la fondatezza di un diritto alla vita tutelato sin dal momento del concepimento. La loro tutela della vita prenatale, inoltre, è giustificata dall’ormai incontestabile certezza scientifica raggiuntasi in campo embriologico, in merito alla natura umana dell’embrione, che sin dal momento del concepimento è dotato di una radicale capacità di essere persona. Ogni successivo stadio di sviluppo – prima e dopo la nascita – nulla toglie e nulla aggiunge a tale radicale ed unica capacità.

Il testo, in lingua inglese, è di facile accesso. L’opera, oltre che come raccolta di interessanti evidenze internazionali, si presenta anche come profondo stimolo per ulteriori ricerche e per un radicale ripensamento del vocabolario giuridico attualmente utilizzato in tema di tutela della vita prenatale. Tanto in Italia quanto oltreconfine, infatti, i giovani giuristi sono stati educati all’idea che l’aborto sia un diritto soggettivo della donna. Ai più risulta che l’accesso all’aborto sia un diritto fondamentale e inalienabile, “scoperto” dalle corti e da altri “esperti” nelle penombre della “riservatezza”, nel diritto alla libertà personale, all’autodeterminazione o alla salute della donna. I contributi mettono in dubbio questo preteso dogma.

A tale proposito, particolarmente significativo è il contributo del Professor Dwight Newman², relativo alla giurisprudenza costituzionale canadese in tema di aborto³. L'Autore dimostra, in particolare, come l'opinione individuale di un giudice della Corte Suprema canadese, che *sola*, nel 1988, qualificava l'aborto come diritto, si sia col tempo trasformata nella unica versione nota di quel giudizio. Tale singola opinione giustificerebbe tutt'oggi la totale assenza di tutele per il nascituro. Assenza che, tuttavia, né la legge canadese né la stessa Corte Suprema avevano mai inteso né preteso provocare.

Come altri contributi ricordano⁴, inoltre, a prescindere dalla liberalizzazione dell'aborto, i codici penali dei diversi Paesi continuano a punire chi attenti alla vita del concepito; e ciò, senza dubbio, non a titolo di danno morale. Tali norme sono piuttosto segnali del fatto che l'attuale sistema di tutela della vita è in balia di un equilibrio instabile. Da un lato, il concepito è titolare del diritto alla vita; dall'altro, egli non gode di alcun diritto di fronte all'autodeterminazione della sua stessa madre: situazione che un coerente sistema di tutela dei diritti umani non può tollerare ancora per molto.

Quanto alla particolare realtà statunitense, è noto che la tutela della vita del concepito è ivi spesso difesa su basi soltanto procedurali: non starebbe alla corte federale ma alle legislature nazionali di decidere sulla tutela della vita di chi ancora non è nato. L'accesso all'aborto, pertanto, potrebbe essere riconosciuto democraticamente quale diritto della donna dai parlamenti dei singoli stati. Tale tesi non è del tutto esclusa nemmeno nel volume qui recensito. Se da un lato, infatti, i vari contributi sottolineano la *naturale* legittimità della tutela della vita del concepito, dall'altro, e in particolar modo nel finale commento del filosofo John Finnis⁵, essi non contestano la effettiva sussistenza di un potere positivo del legislatore, che ben può emanare leggi "ingiuste". Più deprecabile, tuttavia, resta, secondo lo stesso Finnis, l'intervento dei tribunali: cancellando il diritto alla vita, essi violano il primo tra i diritti fondamentali che sono stati chiamati a difendere. Ben più rara, inoltre, e assai più visibile è la mano legislativa. Come l'Autore brillantemente conclude: «*The fish rots from the top, and for elites it has been a matter partly of chance circumstances whether the desired changes in fundamental law are effected by judicial action (as in the United States and Canada), police inaction (as in*

² Professor of Law and Canada Research Chair in Indigenous Rights in Constitutional and International Law, presso l'Università di Saskatchewan.

³ Cfr. D. NEWMAN, pp. 53-70.

⁴ In particolare, l'articolo del Professor G.V. BRADLEY, *Whither United States Abortion Law*, pp. 29-51.

⁵ J. FINNIS, *Unborn Human Life and Fundamental Rights: Concluding Reflections*, pp. 255-264.

Australia), legislative inaction (as in England), or carefully managed referendum (as in Ireland). But most widely corrupting and regrettable is judicial activism in the service of such fundamental and unprincipled violations of equality»⁶.

A parere di chi scrive, peraltro, anche negli Stati Uniti il volume in esame potrebbe aiutare a rifondare il diritto alla vita “sin dal concepimento” su basi sostanziali.

Dopo aver svelato al lettore le principali conclusioni di un’opera che entra a pieno titolo tra i “*must read*” del contemporaneo studioso di bioetica, sembra utile fornire qualche ulteriore informazione sui singoli contributi.

Ad introdurre il lavoro sono i curatori, che suggeriscono l’opportunità di includere l’esplicita tutela del diritto alla vita “*sin dal concepimento*” nelle carte dei diritti fondamentali. Tale previsione, contenuta nella Convenzione Americana dei Diritti Umani, parrebbe infatti aver rallentato, seppur non impedito, l’irrompere in America Latina della dottrina “aborto-diritto”. Sottolineano, tuttavia, che a prescindere dalle parole utilizzate, non v’è discorso giuridico che sia privo di premesse morali e che si sviluppi o possa svilupparsi indipendentemente dalle stesse. L’importanza di tali premesse è solo più evidente in tema di costituzioni e di dichiarazioni internazionali dei diritti: la natura universale ed astratta di questi ultimi, infatti, esige un’opera interpretativa che sia capace di dare preciso contenuto e sostanza a parole di per se stesse insufficienti.

Il successivo contributo⁷ di William Saunders, *Judicial Interference in the Protection of Human Life in the United States: Actions and Consequences*, ha due pregi principali. Da un lato, fornisce una chiarissima e breve spiegazione del processo che, negli Stati Uniti, ha condotto alla affermazione dell’aborto-diritto attraverso le pronunce della Corte Suprema; dall’altro, evidenzia le inevitabili ricadute di una tale affermazione in altri ambiti del diritto. In particolare, poiché il diritto affermato in *Roe v. Wade* implica che *qualche* vita umana non merita tutela, tale principio si ripercuote negli ambiti della ricerca sulle cellule staminali e in tema di clonazione. Infine, continuare oggi a negare la natura di “persona” del concepito significa che alcuni fatti scientifici – quali quelli provati dalla moderna embriologia – non hanno valore per il diritto.

⁶ *Ibidem*, p. 264.

⁷ Cfr. W. SAUNDERS, *Judicial Interference in the Protection of Human Life in the United States: Actions and Consequences*, pp. 15-27.

Ulteriore contributo di area statunitense è quello del Professor Gerard Bradley⁸, secondo il quale il vero oggetto di dibattito in America non sarebbe l'essere o meno "persona" del concepito, ma se e in quali circostanze possa esserne giustificata la distruzione. La moderna scienza, infatti, non lascerebbe spazio a dubbi: il concepito è un essere umano. Al contempo, le leggi di 38 Stati americani riconoscono il concepito come persona che ha il diritto di non essere uccisa. I crimini di feticidio, inapplicabili solo nelle circostanze dell'aborto "legale", rivelerebbero quindi la vera natura dell'aborto: uccisione giustificata e volontaria di un essere umano. Nelle sue vesti di penalista, il l'Autore sottolinea, citando giurisprudenza in tema di feticidio, che se a fare differenza tra ciò che è crimine e ciò che è diritto è *solo* una procedura, i margini di tale "giustificazione" necessitano d'essere ulteriormente indagati. La variabilità dei diritti del concepito al mutare delle circostanze ricorderebbe i tempi della schiavitù e non sembrerebbe coerente con la fondamentale uguaglianza garantita dalla costituzione americana.

Il terzo contributo è quello del Professore Dwight Newman, già citato per la chiarezza con cui mostra come la giurisprudenza canadese si sia piegata, o sia stata utilizzata, per fini politici sprovvisti di effettiva base legale⁹. Il diritto all'aborto in Canada non è mai stato espresso da alcuna legislatura e, diversamente da quanto accaduto negli Stati Uniti, la Corte Suprema canadese, in *R. V. Morgentaler*, non aveva proclamato alcun diritto della donna ad abortire, sancendo soltanto l'incostituzionalità della norma penale che, per come formulata, nel ritagliare delle eccezioni al crimine di aborto, non sembrava fornire alle donne sufficienti garanzie. Da tale giudizio si è arrivati, complice una legislatura che non ha mai voluto legiferare sul punto, al fatto che oggi l'aborto in Canada gode della massima tutela giuridica, potendosi effettuare a richiesta e per qualsiasi ragione. L'Autore evidenzia come le conseguenze di *Morgentaler*, quali anche la recentissima decriminalizzazione del suicidio assistito, derivino da una "atomistica" reinterpretazione della libertà garantita dalla costituzione. Una siffatta libertà, tuttavia, contraddice la natura dell'uomo, che è relazionale.

I contributi di area europea si aprono con un articolo a firma del Professor Salvatore Amato, Professore di Filosofia del Diritto all'Università di Catania¹⁰.

⁸ Professor of Law, University of Notre Dame, cfr. pp. 29-51.

⁹ Cfr. D. NEWMAN, pp.53-70.

¹⁰ Cfr. S. AMATO, *To be or not to be. The Uncertain Identity of Unborn Children in Italian Case Law*, pp. 71-81.

Dopo aver analizzato la sentenza della Corte costituzionale del 1975, evidenziando come in essa il concepito sia stato riconosciuto essere umano ma non ancora persona, l'Autore si sofferma sulla incoerenza della tutela giuridica offerta al concepito all'interno dei confini nazionali. Sulla base dei nuovi sviluppi tecnologici, il concepito necessita d'essere tutelato non solo nei confronti delle tradizionali figure parentali – che possono moltiplicarsi come anche mancare del tutto – ma anche rispetto a nuove procedure (quali la clonazione) o nuovi rapporti (con acquirenti o anonimi fratelli biologici).

Allo stato, il diritto italiano sembra parlare del feto talvolta come soggetto e talaltra come mero oggetto. La stessa legge 194, che ha aperto all'aborto, contiene affermazioni di principio che contraddicono la legittimità della pratica. Allo stesso modo, la legge 40 del 2004 difende il non nato, ma conferma, al tempo stesso, che egli gode di “minori diritti” rispetto a chi già è persona. È comunque importante, ritiene l'Autore, che la legge continui ad affermare il valore della vita del concepito, nonostante tutte le contraddizioni. Tale affermazione ha infatti funzione simbolica, valida e significativa per tutti quei soggetti che non possono far valere i propri diritti in prima persona.

Il Professor Angel Montoro¹¹, occupandosi della regolamentazione spagnola, evidenzia che ivi la decriminalizzazione dell'aborto, avvenuta nel 1985, si era fondata sull'idea che il concepito non avesse un vero e proprio diritto alla vita: vi sarebbe soltanto un valore costituzionale della medesima, un “interesse” che lo stato avrebbe il dovere di tutelare¹². L'Autore illustra il passaggio alla liberalizzazione del 2010. La nuova legge, assai permissiva, striderebbe con le affermazioni di principio contenute nella pronuncia del 1985, riconoscendosi oggi implicitamente un diritto pressoché assoluto all'aborto entro le prime 14 settimane. Negli anni '90, inoltre, le leggi in tema di fecondazione in vitro ed utilizzo di organi e tessuti embrionali avrebbero offerto debolissime tutele all'embrione. Tale legislazione è addirittura sprovvista di garanzie di tipo penale e contiene una distinzione tra pre-embrioni, embrioni non viabili ed embrioni in soprannumero assai difficile da conciliare con l'idea di una innata dignità dell'uomo. La “graduale” protezione del concepito contrasterebbe, infine, con il fatto che la vita umana è un “*continuum*”.

¹¹ Professore di Diritto Costituzionale, Università di Navarra.

¹² A. MONTORO, *Leading Cases from the Spanish Constitutional Court Concerning the Legal Status of Unborn Human Life*, pp. 84-114. Il riferimento è in particolare alla Sentenza del Tribunale Costituzionale 53/1985.

È poi la legislazione polacca ad essere oggetto di nota¹³. Jerzy M. Ferenc e Aleksander Stepkowski, in particolare, mostrano al lettore – e forse soprattutto a quello statunitense – che non sempre i nascituri debbono temere i giudici e le corti costituzionali¹⁴. Nel caso della Polonia, infatti, è stato il Tribunale costituzionale che, nel 1996, ha: a) introdotto il diritto alla vita nel catalogo dei diritti tutelati dalla costituzione e b) stabilito che esso spettava anche al concepito nella fase prenatale; c) esteso la protezione costituzionale della salute al concepito; d) proibito l’aborto a richiesta, che lo stesso legislatore aveva “democraticamente” introdotto nello stesso anno. Il caso polacco, in particolare, dimostra che la lettera della legge non sarebbe il presupposto necessario ed indefettibile per giungersi a una piena tutela della vita. Oltre che per ragioni scientifiche, la tutela della vita sin dal concepimento sarebbe anche coerente, secondo i giudici polacchi, con la tutela della maternità e della famiglia, nonché conforme al diritto internazionale. Al contrario, la legalizzazione dell’aborto “per ragioni sociali” (o “a richiesta”) è caratterizzata da una arbitrarietà inaccettabile che potrebbe solo condurre, a rigor di logica, al diritto di abortire per tutto il tempo della gravidanza. Secondo gli Autori, in conclusione, non è l’attivismo giudiziale il problema, ma la cultura che ne è lo sfondo.

La legislazione irlandese sul tema, nota alle cronache a seguito del recente referendum del maggio 2018, è oggetto di analisi a firma del professore William Binchy (Adjunct Professor of Law, Trinity College, Dublino)¹⁵. L’Autore spiega le ragioni che condussero, nel 1983, ad emendare la Costituzione, sicché essa proteggesse non solo il diritto di ogni cittadino alla vita, ma anche, esplicitamente, quello del nascituro. L’esplicita previsione dell’VIII emendamento, peraltro, non escludeva in maniera assoluta l’aborto. La vita del nascituro doveva infatti proteggersi con il “dovuto riguardo” all’uguale diritto della madre e “nella misura del possibile”. Già nel 1992 la Corte Suprema irlandese aveva messo in discussione la protezione del concepito che poteva cedere innanzi al rischio di suicidio della madre. La prassi giuridica internazionale avrebbe poi dato il contributo maggiore all’erosione delle garanzie del nascituro. Nel 2010, la Corte Europea dei Diritti Umani passava dal riconoscimento di un “margine di apprezzamento” al dichiarare che

¹³ M. FERENC-A. STEPKOWSKI, *The Emergence of the Right to Life in Polish Constitutional Law*, pp. 115-132.

¹⁴ J. Ferenc è Avvocato in Varsavia e Dottore di Ricerca in diritto penale. A. Stepkowski è Dottore di Ricerca e Professore di Diritto presso l’Università di Varsavia.

¹⁵ W. BINCHY, *The Unborn Children and the Irish Constitution, Including Analysis of the Role of the European Court of Human Rights*, pp. 133-161.

la legge irlandese violava l'articolo 8 della Convenzione; nel 2016, la Commissione per i Diritti Umani delle Nazioni Unite stabiliva, incomprensibilmente, il dovere dell'Irlanda di garantire l'accesso all'aborto. Un referendum ha posto fine alla questione, rendendo invisibile il nascituro.

La terza ed ultima area di studio, quella latino-americana, si apre con il caso giurisprudenziale più famoso, ovvero quello deciso dalla Corte Interamericana per i Diritti Umani nel 2012: *Artavia Murillo et al. V. Costa Rica*¹⁶. In tale occasione, nonostante l'esplicita tutela della vita del nascituro contenuta nella Convenzione Americana sui Diritti Umani, i giudici internazionali hanno condannato la proibizione della fecondazione assistita obbligando altresì il Costa Rica a finanziare programmi sanitari per l'infertilità. Secondo l'Autore, Juan Cianciardo (Professore di Filosofia del Diritto, Università di Navarra), la corte internazionale avrebbe ingiustamente ignorato il contrario giudizio del tribunale costituzionale nazionale, che aveva invece ritenuto doverosa la protezione di ogni vita ed a partire dal concepimento; e avrebbe del tutto arbitrariamente stabilito che il diritto alla vita spetti solo dal momento dell'annidamento. Essa avrebbe visibilmente ecceduto la propria giurisdizione e ciò soprattutto nel 2016, quando, con la pretesa di monitorare l'esecuzione del proprio giudizio, avrebbe dato vita a nuovi obblighi per lo stato. Confondendo diritti e desideri, avrebbe creato, *ex novo*, il "diritto" alla fecondazione assistita.

È poi il professor Zambrano a prendere nuovamente la parola, con un contributo sulla giurisprudenza argentina denso di riflessioni assai profonde ed affatto banali sul processo interpretativo delle norme, composto di comprensione ed interpretazione vera e propria, e sugli orizzonti valoriali che danno vita alle diverse interpretazioni¹⁷. Egli illustra lo sviluppo "bifasico" della tutela della vita prenatale in Argentina: dapprima, nelle sentenze *Tanus* e *Portal de Belen*, la corte costituzionale si mostrava pro-vita, giungendo, nel secondo caso, anche a vietare la distribuzione di un contraccettivo che poteva avere effetto abortivo. In seguito, nel 2012, la medesima corte, pur non smentendosi, apriva le porte al diritto della madre di decidere. Quel che l'Autore sottolinea è che per giungere alle diverse conclusioni i giudici si sono serviti delle medesime norme e dei medesimi

¹⁶ Cfr. J. CIANCIARDO, *The Specification of the Right to Life of the Unborn in the Inter-American Human Rights System. A study of the Artavia Murillo Case*, pp. 163-184.

¹⁷ Cfr. P. ZAMBRANO, *A Moral Reading of Argentine Constitutional Case Law on the Right to Life before Birth*, pp. 185-204.

documenti internazionali. Egli nota, infine, che se davvero i diritti fondamentali si ritengono il prodotto di un contesto sociale, e se il loro significato non va oltre la loro proclamazione, non pare possibile predicarne il carattere realmente *fondamentale* né la natura universale.

La normativa cilena è analizzata alla luce del giudizio di incostituzionalità relativo alla commercializzazione della “pillola del giorno dopo”¹⁸. Alejandro Miranda e Sebastián Contreras, entrambi professori di filosofia del diritto presso l’Università delle Ande, ritengono, in particolare, che la corte costituzionale cilena abbia correttamente affrontato il tema del momento di inizio della vita sancendo la proibizione della pillola a fronte del “ragionevole dubbio” circa il rischio di un suo effetto abortivo. I giudici, tuttavia, secondo gli Autori, avrebbero dovuto considerare diversamente l’ipotesi di una donna che, vittima di violenza sessuale, assuma la pillola con la sola *intenzione* di prevenire il concepimento, esercitando una legittima difesa. La corte avrebbe più in generale sottovalutato che all’assoluto diritto alla vita non sempre corrisponde il dovere del terzo di preservarla, ma soltanto di astenersi dal turbarne il godimento.

I professori Ramírez García e Soberanes Díez si occupano della disciplina messicana dove, a livello federale, il riconoscimento costituzionale del diritto alla vita è avvenuto solamente nel 2011¹⁹. Prima di allora, nel 2002, nonostante i giudici costituzionali avessero ritenuto che la vita ha inizio col concepimento, gli stessi ritenevano legittima la decriminalizzazione dell’aborto in caso di “anormalità genetiche”. Ciò sulla base di una dubbia distinzione tra eugenetica “statale”, illegittima, ed eugenetica “liberale”, consentita. Nel 2007 la stessa corte riteneva legittima la decriminalizzazione dell’aborto entro le prime 12 settimane, ma tale decisione non avrebbe il valore di precedente. In 18 costituzioni nazionali, inoltre, la vita è tutelata dal concepimento. Tali previsioni sono giunte due volte alla Corte Suprema. Secondo gli Autori, questa avrebbe abbracciato una pericolosa e positivista idea di dignità umana nonché una arbitraria concezione dei “diritti riproduttivi”, che priva il padre di ogni facoltà di decidere la sorte del nascituro.

L’ultimo contributo, relativo al Perù, riguarda ancora una volta la cosiddetta “pillola del giorno dopo”, contraccettivo d’emergenza che ha però effetti diversi a seconda della

¹⁸ Cfr. A.MIRANDA-S.CONTRERAS, *Commentary on the Constitutional Court of Chile’s Decision Concerning the So-Called “Morning after Pill”*, pp. 205-222.

¹⁹ R. GARCÍA-S.DÍEZ, *The Right to Life in the Context of Mexican Legal Experience: From the Constitution to the Jurisprudence*, pp. 223-232. Ramírez García è Professore di Filosofia del Diritto e Soberanes Díez Professore di Diritto Costituzionale presso l’Università Panamericana in Messico.

fase del ciclo in cui viene assunta e che potrebbe impedire non solo ovulazione e concepimento, ma anche l'annidamento dell'ovulo fecondato²⁰. Il professor Luis Castillo Cordova, Professore di Diritto Costituzionale presso l'Università di Piura, si distingue tuttavia dai precedenti autori per una peculiare attenzione al metodo interpretativo e creativo di diritto adottato dalla corte costituzionale. Quest'ultima è capace di generare le cosiddette norme "derivate", che possono anche essere incostituzionali, ma che restano valide ed efficaci. La corte peruviana, in particolare, avrebbe creato due norme derivate, secondo le quali: a) la vita ha inizio al concepimento; b) ove un diritto fondamentale sia o possa essere in pericolo, deve vigere il principio di cautela. Tali norme, legittime, giustificerebbero il giudizio che ha proibito, nel 2009, la libera distribuzione della pillola del giorno dopo.

A concludere il volume, come già si è detto, sono le brillanti riflessioni del Professor John Finnis, il quale non teme di affermare, con la forza e la certezza proprie del tomista, che i diritti fondamentali non possano che essere "riconosciuti", e non invece "attribuiti" all'individuo, come oggi spesso accade. Nel solco della tradizione tomista, inoltre, egli ribadisce che il discrimine tra lecito e illecito continua a doversi cercare nella libera *intenzione* dell'agente razionale. Particolarmente interessante, inoltre, l'osservazione circa il ruolo delle corti costituzionali, che dovrebbero operare sulla base di una presunzione di costituzionalità delle leggi esistenti al momento della loro creazione.

In conclusione, posto che dell'utilità e della tempestività del volume già si è parlato, resta da notare solamente un inevitabile difetto dell'opera: la sua non esaustività. Non ci si riferisce, ben si intenda, al fatto che Asia e Africa non rientrino nel progetto. Quel che il lettore deve sapere è che le diverse analisi valgono sì a fornire il quadro di interpretazione giudiziale della materia nei diversi Paesi, ma non bastano a conoscere i dettagli delle singole discipline nazionali, spesso incoerenti e ancor più spesso oggetto di modifiche ed aggiornamenti.

Come un vocabolario di greco per uno studente del ginnasio, il manuale curato dai Professori Zambrano e Saunders offre comunque allo studioso un criterio con il quale interpretare e valutare, d'ora innanzi, le nuove norme e i nuovi giudizi nazionali ed internazionali in tema di tutela del concepito.

²⁰ Cfr. L. CASTILLO CORDOVA, *Legal Status of Unborn Human Life: A Case from Peru*, pp. 233-253.

Abstract

MARIANNA ORLANDI, L'aborto in Occidente. Riflessioni a margine di un recente volume

La collaborazione tra Pilar Zambrano, Professore di Diritti Umani e Pensiero Politico presso l'Università di Navarra, e William L. Saunders, Direttore del Programma in Diritti Umani presso l'Institute for Human Ecology della Catholic University of America, ha di recente dato vita al volume "Unborn Human Life and Fundamental Rights, Leading Constitutional Cases under Scrutiny. Concluding Reflections by John Finnis". L'opera, eccezionalmente tempestiva, raccoglie i contributi di dodici esperti, giuristi e filosofi del diritto, che descrivono e commentano la giurisprudenza delle proprie corti (di Stati Uniti, Europa e America Latina), e in particolare di quelle costituzionali, in tema di aborto e di protezione della vita prenatale. L'esito comparativo raggiunge lo scopo di mettere nuovamente in dubbio la qualità di "diritto", e di diritto "fondamentale" dell'accesso all'aborto, che non risulta universalmente riconosciuto e che possiede variabili ed incerte origini giurisprudenziali. Le osservazioni conclusive del Professore John Finnis, infine, ribadendo la natura innata dei diritti fondamentali, sottolineano l'inevitabilità di una rinnovata attenzione, da parte del diritto, all'intenzione dell'agente, fondamentale per la giusta risoluzione degli "hard cases".

Parole chiave: giurisprudenza costituzionale, aborto, diritti fondamentali, Stati Uniti, Europa, America Latina.

MARIANNA ORLANDI, Abortion in the West. Reflections on the sidelines of a recent volume

The collaboration between Pilar Zambrano, Professor of Human Rights and Political Thought, University of Navarra, and William L. Saunders, Director of the Human Rights Program, Institute for Human Ecology, Catholic University of America, resulted in the recent book "Unborn Human Life and Fundamental Rights, Leading Constitutional Cases under Scrutiny. Concluding Reflections by John Finnis". The volume, whose publication is exceptionally timely, includes articles authored by twelve experts, mostly law and philosophy scholars, who illustrate and analyze the jurisprudence of their respective national tribunals – and in particular of their constitutional courts – in the United States, Europe and Latin America, with reference to abortion and right to life of the unborn. The comparative result of this book is that it questions the qualification of abortion as a "right," and as a "fundamental" right, as it does not seem to be universally recognized and as it possesses somewhat changeable and uncertain jurisprudential origins. Finally, the concluding observations by Professor John Finnis, while reiterating the innate nature of fundamental rights, point out the need for a renewed consideration, in the legal realm, of the agent's "intention," which is fundamental to find proper solutions to the "hard cases".

Key words: constitutional jurisprudence, abortion, fundamental rights, United States, Europe, Latin America

**COMMENTO AL DECRETO DEL GIUDICE TUTELARE
DEL TRIBUNALE DI ROMA DEL 23 SETTEMBRE 2019***

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Le differenze con il “caso Englaro”: amministratore di sostegno e tutore – 3. Le differenze con il “caso Englaro”: la mancanza di un curatore speciale – 4. Le differenze con il “caso Englaro”: “non luogo a provvedere” e non più “autorizzazione” – 5. Un decreto de plano determina la morte dell’incapace – 6. Il potere dei rappresentanti legali di tutti gli incapaci – 7. L’applicazione dei principi della legge 219 del 2017 sul consenso informato – 8. La sentenza della Corte costituzionale n. 144 del 2019 – 9. Conformità del decreto del Giudice Tutelare alla sentenza n. 144 del 2019 – 10. L’illegittimità costituzionale della regolamentazione della legge 219 per gli incapaci – 11. La tutela costituzionale della vita e della salute degli incapaci – 12. La legalizzazione dell’eutanasia degli incapaci introdotta dalla legge 219 – 13. La soppressione di un disabile è una questione privata?

1. Introduzione

Il Giudice Tutelare di Roma, con il decreto del 23/9/2019, ha dichiarato il “non luogo a provvedere” sull’istanza presentata dall’amministratore di sostegno per essere autorizzato a rifiutare le cure o terapie proposte nei confronti dell’amministrato.

Il provvedimento dà atto dell’inesistenza di un contrasto tra l’amministratore di sostegno e il medico curante in ordine alla sospensione della terapia e, di conseguenza, della mancata presentazione di un ricorso ai sensi dell’art. 3, comma 5 della legge 219 del 2017 e, preso atto di quanto previsto dal comma 4 dello stesso articolo (*«Nel caso sia stato nominato un amministratore di sostegno la cui nomina preveda ... la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, il consenso informato è espresso o rifiutato ... solo da quest’ultimo [l’amministratore di sostegno], tenendo conto della volontà del beneficiario, in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere»*), afferma che l’amministratore di sostegno è pienamente abilitato a rifiutare le cure proposte, *«accertata la volontà della persona amministrata (anche in via presuntiva, alla luce delle dichiarazioni rese in passato dall’amministrata, anche in presenza dello stesso amministratore) in merito al trattamento sanitario in questione»*, senza che occorra una

* *Contributo sottoposto a valutazione.* Di seguito, nella “Sezione Documenti”, è disponibile il testo del Decreto in commento.

autorizzazione giudiziale.

Le considerazioni che, di seguito, si propongono, attengono a tre ambiti: in primo luogo sembra utile confrontare tale decisione con quelle che furono adottate nel “caso Englaro”, al fine di evidenziare le differenze; si valuterà, poi, se l’interpretazione delle norme data dal Giudice Tutelare è corretta, anche alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 144 del 2019, e quale sia la effettiva portata di tale decisione; si esporranno, infine, considerazioni generali sulla incidenza della legge 219 del 2017 sul consenso informato e le DAT sul quadro generale, sia normativo che sociale.

2. Le differenze con il “caso Englaro”: amministratore di sostegno e tutore

Il richiamo al “caso Englaro” sembra inevitabile (ed è già stato fatto), poiché la condizione di disabilità dell’amministrata era identica a quella di Eluana Englaro – entrambe si trovavano, infatti, nel cd. stato vegetativo – e l’azione per la quale l’amministratore di sostegno chiedeva l’autorizzazione, definita nel provvedimento “sospensione della terapia” (ma, subito dopo, la “terapia” viene denominata anche “trattamento sanitario” e “cure”) – era la stessa che Beppino Englaro decise per la figlia interdetta: la sospensione della nutrizione e idratazione artificiale accompagnata da trattamenti diretti a ridurre o eliminare la sofferenza durante il periodo di agonia conseguente.

Se, quindi, i due casi sono identici dal punto di vista della realtà naturale, si possono evidenziare tre importanti differenze di carattere giuridico.

La prima riguarda la funzione esercitata dai due ricorrenti: nel caso odierno l’istanza è stata presentata dall’amministratore di sostegno, mentre Englaro era stato nominato tutore della figlia interdetta. Ovviamente tale differenza deriva dalla circostanza che la figura dell’amministratore di sostegno è stata introdotta solo nel 2004: si può, tuttavia, evidenziare come entrambi gli istituti siano stati utilizzati (*rectius*: strumentalizzati) per raggiungere un risultato – la morte procurata della persona tutelata – che la legge non prevede e che è difficile intravedere nella «assistenza ad una persona che si trova nella impossibilità di provvedere ai propri interessi» (art. 404 c.c.) così come nella «adeguata protezione di soggetto incapace di provvedere ai propri interessi» (art. 414 c.c.).

3. Le differenze con il “caso Englaro”: la mancanza di un curatore speciale

Molto più rilevante è la differenza costituita dalla presenza o dall'assenza del curatore speciale della persona destinata a subire gli effetti della sospensione delle forme di sostegno vitale.

Come è noto, il primo ricorso per cassazione di Englaro contro il decreto della Corte di appello di Milano, che aveva rigettato l'appello avverso il provvedimento del Tribunale di Lecco, fu dichiarato inammissibile dalla Suprema Corte (Sez. 1, Ordinanza n. 8291 del 20/04/2005, Rv. 601344-01): dopo avere dato atto che la cessazione dei "presidi sanitari" chiesta da Englaro avrebbe determinato la morte dell'interdetta, la Corte riteneva «*di immediata evidenza che il provvedimento di autorizzazione richiesto, che il tutore afferma corrispondente all'interesse dell'interdetto, possa invece non corrispondervi*», aggiungendo che, trattandosi di domanda fondata su concezioni "squisitamente soggettive", «*giammai il tutore potrebbe esprimere una valutazione che, in difetto di specifiche risultanze ... possa affermarsi coincidente con la valutazione dell'interdetta*».

Poiché l'interdetta non era in condizione di esprimere la propria valutazione, e quindi la propria scelta, doveva trovare applicazione l'art. 78 c.p.c., che prevede la nomina di un curatore speciale al rappresentato «*... quando vi è conflitto di interessi con il rappresentante*».

La Corte negava l'esistenza, in mancanza di specifiche disposizioni, di un generale potere di rappresentanza in capo al tutore con riferimento ai cc.dd. atti personalissimi e richiamava, a sostegno di tale interpretazione, la figura del protutore per i minori orfani (art. 346 c.c.), che «*rappresenta il minore nei casi in cui l'interesse di questo è in opposizione con l'interesse del tutore*» nonché la previsione della nomina di un curatore speciale nel caso in cui anche il protutore si trovi in conflitto di interessi con il minore (art. 360c.c.).

Dopo tale pronuncia, venne nominato un curatore speciale che partecipò a tutta la procedura giudiziaria che seguì.

Quella pronuncia della Cassazione non fu certamente isolata. Si può ricordare la sentenza della Corte costituzionale n. 83 del 9/2/2011 sulla nomina di un curatore speciale per il minore nel procedimento per il riconoscimento del figlio naturale: la Corte affermò che l'art. 78 c.p.c. «*non ha carattere eccezionale, ma costituisce piuttosto un istituto che è espressione di un principio generale, destinato ad operare ogni qualvolta sia necessario nominare un rappresentante all'incapace*». Anche recentemente la S.C. ha confermato

che la verifica del conflitto di interessi tra chi è incapace di stare in giudizio personalmente ed il suo rappresentante legale va operata in concreto, alla stregua degli atteggiamenti assunti dalle parti nella causa, e non in astratto ed *ex ante* (Sez. 2, Sentenza n. 1721 del 29/01/2016, Rv. 638532-01).

Al contrario, nel procedimento concluso con il decreto del Giudice Tutelare di Roma non vi è stata nomina di un curatore speciale per la persona sottoposta ad amministrazione di sostegno, nonostante l'evidente potenziale conflitto di interessi con l'amministratore, che chiedeva di essere autorizzato a determinarne la morte. Il provvedimento fa sì, riferimento, ad un possibile contrasto, che, tuttavia, non riguarda l'amministrato di cui si chiede di procurare la morte, ma il medico, che potrebbe ritenere le cure "appropriate e necessarie".

Il potenziale conflitto di interessi tra amministratore e beneficiario non viene nemmeno valorizzato in base alla previsione dell'art. 410 c.c., in base al quale «*in caso di contrasto, di scelte o di atti dannosi ovvero di negligenza nel perseguire l'interesse o nel soddisfare i bisogni o le richieste del beneficiario, questi, il pubblico ministero o gli altri soggetti di cui all'art. 406 possono ricorrere al giudice tutelare, che adotta con decreto motivato gli opportuni provvedimenti*». In effetti, da una parte il beneficiario non poteva ricorrere al Giudice Tutelare in ragione del suo stato di incoscienza, mentre il Pubblico Ministero rimane all'oscuro delle decisioni dell'amministratore. Quanto agli altri soggetti di cui all'art. 406 c.c., l'art. 3, comma 5 della legge 219 del 2017 permette il loro ricorso solo nel caso in cui il medico, al quale l'amministratore ha espresso il rifiuto alle terapie salvavita, ritenga le cure appropriate e necessarie: quindi la norma riduce la portata dell'art. 410 c.c., mentre la condizione di totale incapacità del beneficiario gli impedisce di far valere il suo dissenso ovvero la dannosità della decisione adottata dall'amministratore.

L'esito è, appunto, quello della mancanza assoluta di contraddittorio davanti al giudice su una decisione così importante.

4. Le differenze con il “caso Englaro”: “non luogo a provvedere” e non più “autorizzazione”

Una seconda rilevante differenza tra i due casi concerne il tipo di provvedimento adottato dal Giudice adito e i presupposti dello stesso.

La Corte di appello di Milano, infatti, con il decreto del 9/9/2008, autorizzò espressamente Englaro a disporre l'interruzione dell'alimentazione e idratazione erogati mediante sondino nasogastrico; invece, come si è visto, il Giudice Tutelare di Roma ha dichiarato il non luogo a provvedere sull'istanza dell'amministratore di sostegno, non ritenendo necessaria una sua autorizzazione.

La Corte milanese, peraltro, giunse all'emissione del decreto autorizzativo dopo avere svolto un'istruttoria, nel corso della quale erano state escusse tre amiche dell'interdetta ed era stato sentito più volte lo stesso tutore: l'autorizzazione concessa, quindi, fu conseguenza di un convincimento del giudice maturato a seguito di tale istruttoria, la Corte ritenendo che *«effettivamente per Eluana sarebbe stato inconcepibile vivere senza essere cosciente, senza essere capace di avere esperienze e contatti con gli altri. [...] Eluana non avrebbe voluto essere un mero soggetto passivo di un trattamento finalizzato al mero sostegno artificiale per la sua sopravvivenza biologica [...] [Eluana] considerava radicalmente incompatibile con le sue concezioni di vita uno stato patologico di totale incapacità motoria e di assoluta deprivazione sensoriale che le impedisse completamente di muoversi, di sentire e di pensare, passivamente restando come un semplice “oggetto” in balia dell'altrui volontà»*.

La Corte d'appello aveva applicato il principio stabilito dalla Cassazione, secondo cui, in determinate condizioni, il giudice *«può autorizzare la disattivazione del presidio sanitario dell'alimentazione e nutrizione artificiale»* se l'istanza del tutore sia *«realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona»*.

Davanti al Giudice Tutelare di Roma, invece, nessuna istruttoria è stata svolta, perché, secondo il provvedimento, spetta all'amministratore di sostegno accertare la volontà della persona amministrata in merito al trattamento sanitario, anche in via presuntiva.

5. Un decreto *de plano* determina la morte dell'incapace

Per concludere su questo primo ambito di riflessioni, non si può evitare di sottolineare anche la differenza “quantitativa” tra le pronunce emesse nel caso Englaro e quella del Giudice Tutelare di Roma: a fronte di dieci provvedimenti emessi dai giudici civili nel

caso Englaro, ampiamente motivati e sicuramente complessi, sta il decreto di una pagina scarsa del Giudice Tutelare; ma, appunto, il risultato è il medesimo.

Secondo il Giudice Tutelare, si tratta di una conseguenza della legge 219 del 2017 e, come si vedrà, ciò è senza dubbio esatto.

Tuttavia, si può subito rimarcare come la “rapidità” nel giungere ad una decisione che determina la morte di una persona incapace sia stata ottenuta togliendole qualsiasi garanzia di difesa e di contraddittorio. Il Giudice, di fatto, ha autorizzato l’amministratore di sostegno a ordinare la sospensione delle forme di sostegno vitale, negando qualunque forma di tutela giurisdizionale all’interessata.

L’amministratore di sostegno diventa l’unico soggetto titolato a rappresentare gli interessi della amministrata e, quindi, pur in assenza di una espressa richiesta da parte dell’interessata, a chiedere per lei la sospensione delle forme di sostegno vitale e a determinarne la morte.

Non solo: il Giudice attribuisce all’amministratore anche il compito di accertare la volontà della persona amministrata, anche in via presuntiva, trasferendogli quella valutazione che, al contrario, la sentenza della Cassazione sul caso Englaro attribuiva al giudice nel contraddittorio con il curatore speciale.

6. Il potere dei rappresentanti legali di tutti gli incapaci

Quale è la portata della pronuncia?

6.1. In primo luogo, la disciplina che il Giudice Tutelare ha applicato per un’amministrazione di sostegno si applica anche per le terapie dei minori decise dai genitori o dal tutore, nonché per quelle degli interdetti. In effetti, l’art. 3, comma 2 della legge 219 del 2017 stabilisce che *«il consenso informato al trattamento sanitario del minore è espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore»*, mentre il terzo comma stabilisce che *«il consenso informato della persona interdetta ai sensi dell’art. 414 del codice civile è espresso o rifiutato dal tutore»*.

Il quinto comma applicato nel decreto è dettato per tutte le figure: ad esempio, il genitore di un neonato potrà disporre l’interruzione delle terapie intensive senza necessità di essere a ciò autorizzato da un giudice e, se i medici non solleveranno obiezioni, tale disposizione avrà efficacia, con la morte del bambino. Si noti, per di più, che i medici che daranno corso alla richiesta del genitore di sospendere le terapie salvavita – al pari di

quelli che interromperanno la nutrizione e idratazione artificiale nei confronti dell'amministrata di cui al decreto – saranno esenti da responsabilità civile e penale (art. 1, comma 6 legge 219): non risponderanno, cioè, della morte del paziente, anche se le terapie avrebbero potuto avere successo.

6.2. In secondo luogo, la disciplina si applica a tutte le forme di terapia salvavita o di sostegno vitale: come è noto, in base all'art. 1, comma 5 della legge 219, la nutrizione e l'idratazione artificiale sono equiparati ai trattamenti sanitari e, quindi, possono essere rifiutati e interrotti; anche la ventilazione artificiale è considerata una terapia. Ciò significa che la norma, così come interpretata dal Giudice Tutelare, non si applica soltanto ai malati gravi, prossimi alla morte, ma anche ai disabili in stato di incoscienza, come sono, appunto, le persone in stato vegetativo persistente che, accudite e nutrite per via artificiale, possono vivere per molti anni; si applica anche agli anziani in stato di demenza e, più in generale, a tutte le persone incapaci che necessitano di forme di sostegno vitale.

6.3. In terzo luogo, viene a cadere ogni portata vincolante delle condizioni dettate dall'art. 3 per la decisione dei rappresentanti legali.

La norma riconosce il «*diritto della persona minore di età o incapace alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione*» e prevede che essa sia «*messa nelle condizioni di esprimere la sua volontà*» (art. 3, comma 1), ma, subito dopo, attribuisce ai rappresentanti legali il potere di esprimere o rifiutare il consenso ai trattamenti sanitari, anche salvavita, e alle forme di sostegno vitale.

La decisione dei rappresentanti sembrerebbe però condizionata dalla «*volontà della persona minore*» ovvero, nel caso dell'amministratore di sostegno, da quella del beneficiario, di cui essi devono «*tenere conto*»; inoltre, genitori e tutori devono perseguire lo scopo della «*tutela della salute psicofisica e della vita del minore (o dell'interdetto) nel pieno rispetto della sua dignità*» (commi 2 e 3); ma, non essendo previsto nessun vaglio giurisdizionale della decisione del rappresentante legale, è evidente che si tratta di condizioni inefficaci e niente affatto vincolanti.

Tornando al caso oggetto del decreto del Giudice Tutelare, è stato reso noto tramite i *media* che l'amministratore di sostegno aveva depositato, unitamente all'istanza, dichiarazioni di persone che avevano confermato la volontà dell'amministrata di non continuare a vivere se si fosse trovata in quella condizione: ma il Giudice Tutelare non le ha prese in considerazione e, tanto meno, le ha vagliate ritenendole sufficienti, o

convincenti, o veritiere; cosicché – sostanzialmente – la decisione è stata lasciata al rappresentante legale *a prescindere dai motivi effettivi* che l'hanno determinata.

In parole povere: anche se l'amministratore di sostegno non avesse affatto verificato la volontà della persona amministrata, la sua decisione sarebbe stata efficace e vincolante per i medici, salvo la possibilità (non l'obbligo) per gli stessi di fare ricorso al Giudice Tutelare.

Si noti, tuttavia, che l'opposizione del medico può essere fondata soltanto sulla appropriatezza e sulla necessità delle cure (art. 3, comma 5), mentre la decisione dell'amministratore di sostegno si deve basare «*sulla volontà del beneficiario*» (art. 3, comma 4): anche cure «*necessarie ed appropriate*» possono (anzi: devono) essere interrotte se vi è la volontà contraria dell'interessato (è il principio generale stabilito dall'art. 1, commi 1, 5 e 6 legge 219). Ci si chiede, quindi, quale spazio decisionale possa avere il Giudice Tutelare di fronte all'opposizione dei medici, se l'amministratore di sostegno viene riconosciuto unico interprete della volontà del beneficiario di rifiutare le cure e se tale volontà sia l'unico dato rilevante (tale spazio vi potrebbe invece essere in caso di rifiuto di terapie salvavita o di forme di sostegno vitale da parte di genitori o minori di minori o di tutori di interdetti).

6.4. Si devono, infine, valutare i rapporti tra la decisione del legale rappresentante e la redazione di Disposizioni Anticipate di Trattamento da parte del beneficiario in un'epoca precedente.

In effetti, si potrebbe ritenere che la decisione del Giudice Tutelare, avendo come destinataria una persona che era caduta in stato di incoscienza prima che entrasse in vigore la legge 219 del 2017, non possa valere per i casi in cui il soggetto ha avuto la possibilità di redigerle: ma si tratta di ipotesi smentita dalla norma.

Il quinto comma dell'art. 3 contiene un inciso: «*in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento di cui all'art. 4*». L'interpretazione sembra inevitabile: se il soggetto ha redatto le DAT con le quali rifiuta le terapie o le forme di sostegno vitale, si applicherà la relativa disciplina (che prevede la nomina di un fiduciario, che sarà colui che si relazionerà con il medico); se, invece, il soggetto non ha redatto le DAT, il legale rappresentante ha il potere di rifiutare cure e forme di sostegno vitale.

Se, quindi, il consenso a determinate terapie espresso nella DAT sembra impedire al legale rappresentante di rifiutarle, assai più rilevante è la constatazione che la mancata

redazione di una DAT non mette al riparo le persone da decisioni di terzi sulla loro morte procurata in caso di sottoposizione ad amministrazione di sostegno o tutela.

In definitiva: se le DAT, con la loro natura vincolante, sono state diseguate per ottenere la sospensione delle terapie salvavita e delle forme di sostegno vitale nei confronti degli incapaci, la disciplina dell'art. 3 costituisce un *rafforzamento* di tale obiettivo, permettendo di far morire anche coloro che, trovandosi nella medesima condizione, non l'hanno chiesto.

7. L'applicazione dei principi della legge 219 del 2017 sul consenso informato

Nel valutare la correttezza della decisione del Giudice Tutelare di Roma, si deve dare atto che il provvedimento applica la previsione dell'art. 3, comma 4 legge 219 del 2017 che, in effetti, non sembra permettere dubbi interpretativi: in caso di rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, il consenso informato è rifiutato solo dall'amministratore di sostegno: quindi, la disciplina generale dettata dall'art. 1, in base alla quale ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare ogni trattamento sanitario o di revocare il consenso prestato (comma 5), con effetti vincolanti nei confronti del medico (comma 6), viene trasferita all'amministratore di sostegno, che esprime il consenso al posto del beneficiario.

Ebbene, nemmeno in caso di rifiuto di trattamenti sanitari necessari alla sopravvivenza da parte della persona capace di agire è previsto un provvedimento del giudice: l'art. 1, comma 5 si limita a prevedere un colloquio "aggiuntivo" tra il medico e il paziente, all'esito del quale il rifiuto, se mantenuto, è annotato nella cartella clinica. Il medico deve astenersi dalla terapia rifiutata o interromperla (comma 6) e adoperarsi per alleviare le sofferenze del paziente, garantendo un'appropriata terapia del dolore e l'erogazione di cure palliative, fino a provvedere, con il consenso del paziente, alla sua sedazione palliativa profonda (art. 2, commi 1 e 2).

La previsione della esenzione del medico da responsabilità civile e penale (comma 6) completa il quadro nel quale è assente ogni intervento giurisdizionale, sia di carattere autorizzatorio che di carattere risarcitorio o repressivo.

Esattamente, quindi, il Giudice Tutelare ha dichiarato il "non luogo a provvedere", constatando l'assenza di uno spazio per una sua valutazione e decisione.

8. La sentenza della Corte costituzionale n. 144 del 2019

Occorre verificare se su tali conclusioni incida il contenuto della sentenza della Corte costituzionale n. 144 del 2019, che ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità dell'art. 3, commi 4 e 5 legge 219 del 2017 sollevate dal Giudice Tutelare del Tribunale di Pavia con riferimento agli artt. 2, 3, 13 e 32 della Costituzione.

Il Giudice era stato adito per integrare il decreto di nomina di un amministratore di sostegno mediante l'attribuzione allo stesso della rappresentanza esclusiva in ambito sanitario (il beneficiario, infatti, si trovava in stato vegetativo e portatore di PEG) e aveva ritenuto non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, commi 4 e 5 della legge 219 *«nella parte in cui stabiliscono che l'amministratore di sostegno che ha 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»*.

Il Tribunale aveva fornito una lettura della norma analoga a quella esposta nel decreto del Giudice Tutelare di Roma: l'amministratore di sostegno può rifiutare il consenso a terapie salvavita e, più in generale, a *«cure che determinano il mantenimento in vita»* da erogare al soggetto assistito; se il medico concorda con il rifiuto o, comunque, non si oppone, le terapie o cure possono non essere erogate, con la morte del soggetto assistito, senza alcun coinvolgimento dell'Autorità Giudiziaria.

Qualificando il *«diritto a decidere sui trattamenti di fine vita»* un *“diritto inviolabile ex art. 2 della Costituzione»*, e mutuando dalla sentenza della Cassazione sul caso Englaro il principio secondo cui *«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 precipitato logico della personalità, del patrimonio filosofico – culturale e delle convinzioni religiose dell'interessato»*, il Tribunale riteneva necessaria l'autorizzazione dell'Autorità giudiziaria, per impedire il conferimento all'amministratore di sostegno di *«un potere potenzialmente autonomo di rifiuto delle cure»*, dovendo egli *“limitarsi a trasmettere la volontà già formata dall'amministrato»*.

La Corte Costituzionale ha ritenuto errata la ricostruzione del quadro normativo presupposto dal Giudice Tutelare; ha negato, in particolare che l'amministratore di sostegno, al quale, in assenza delle DAT, sia stata affidata la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, abbia per ciò solo, sempre e comunque, anche il potere di rifiutare i

trattamenti sanitari necessari alla sopravvivenza del beneficiario, senza che il Giudice Tutelare possa diversamente decidere e senza bisogno di un'autorizzazione di quest'ultimo per manifestare al medico il rifiuto delle cure.

La Corte ha osservato che l'art. 3 legge 219 non ha disciplinato le modalità di conferimento, all'amministratore di sostegno, e di conseguente esercizio dei poteri in ambito sanitario, le quali, invece, restano regolate dagli artt. 404 e seguenti cod. civ.; l'art. 3 si limiterebbe a regolare il caso in cui l'amministrazione di sostegno sia stata disposta per proteggere una persona che è sottoposta, o potrebbe essere sottoposta, a trattamenti sanitari e che, pertanto, deve esprimere o no il consenso informato a detti trattamenti. Di conseguenza, è in base alla disciplina codicistica che devono essere individuati i poteri spettanti al Giudice Tutelare al momento della nomina dell'amministratore di sostegno. Poiché l'amministrazione di sostegno è un istituto duttile, che può essere plasmato dal giudice sulle necessità del beneficiario e poiché la disciplina attribuisce al Giudice Tutelare il compito di modellare l'amministrazione di sostegno in relazione allo stato personale e alle condizioni di vita del beneficiario, limitando nella minore misura possibile la capacità di agire della persona disabile, *«le norme censurate non attribuiscono ex lege a ogni amministratore di sostegno che abbia la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario anche il potere di esprimere o no il consenso informato ai trattamenti sanitari di sostegno vitale. Nella logica del sistema dell'amministrazione di sostegno è il giudice tutelare che, con il decreto di nomina, individua l'oggetto dell'incarico e gli atti che l'amministratore ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario. Spetta al giudice, pertanto, il compito di individuare e circoscrivere i poteri dell'amministratore, anche in ambito sanitario, nell'ottica di apprestare misure volte a garantire la migliore tutela della salute del beneficiario, tenendone pur sempre in conto la volontà, come espressamente prevede l'art. 3, comma 4, della legge n. 219 del 2017. Tali misure di tutela, peraltro, non possono non essere dettate in base alle circostanze del caso di specie e, dunque, alla luce delle concrete condizioni di salute del beneficiario, dovendo il giudice tutelare affidare all'amministratore di sostegno poteri volti a prendersi cura del disabile, più o meno ampi in considerazione dello stato di salute in cui, al momento del conferimento dei poteri, questi versa. La specifica valutazione del quadro clinico della persona, nell'ottica dell'attribuzione all'amministratore di poteri in ambito sanitario, tanto più deve essere effettuata allorché, in ragione della patologia*

riscontrata, potrebbe manifestarsi l'esigenza di prestare il consenso o il diniego a trattamenti sanitari di sostegno vitale: in tali casi, infatti, viene a incidersi profondamente su "diritti soggettivi personalissimi", sicché la decisione del giudice circa il conferimento o no del potere di rifiutare tali cure non può non essere presa alla luce delle circostanze concrete, con riguardo allo stato di salute del disabile in quel dato momento considerato».

Viene, quindi, in evidenza la possibilità di modifica dei poteri conferiti all'amministratore anche in un momento successivo alla nomina, tenendo conto delle sopravvenute esigenze del disabile, come prevede l'art. 407 c.c., comma 4, in base al quale il Giudice Tutelare può, in ogni tempo, modificare o integrare, anche d'ufficio, le decisioni assunte con il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno e può essere chiamato a prendere gli opportuni provvedimenti in caso di contrasto, di scelte o di atti dannosi ovvero di negligenza dell'amministratore nel perseguire l'interesse o nel soddisfare i bisogni o le richieste della persona disabile (art. 410 c.c., secondo comma).

In definitiva, il Giudice Tutelare può attribuire all'amministratore il potere di rifiutare forme di sostegno vitale in occasione della nomina – laddove in concreto già ne ricorra l'esigenza, perché le condizioni di salute del beneficiario sono tali da rendere necessaria una decisione di questo tipo – o successivamente, allorché il decorso della patologia del beneficiario specificamente lo richieda.

9. Conformità del decreto del Giudice Tutelare alla sentenza n. 144 del 2019

Ebbene: non sembra che il Giudice Tutelare di Roma abbia adottato un'interpretazione della disciplina realmente divergente da quella indicata dalla Corte costituzionale.

La sentenza n. 144, in primo luogo, non fa riferimento ad un'autorizzazione a rifiutare le forme di sostegno vitale – quella, cioè, che aveva chiesto l'amministratore di sostegno al GT di Roma – ma al conferimento del potere di rifiutarle in un momento successivo al decreto di nomina: quindi è esatto il "non luogo a provvedere" del decreto, perché nessuna autorizzazione giudiziale è prevista.

In secondo luogo, la Corte contempla espressamente la possibilità che il potere di rifiutare le forme di sostegno vitale sia conferito fin dal decreto di nomina, se le condizioni del beneficiario lo richiedono già in quella fase: ipotesi che – verosimilmente – ricorreva nel caso in questione, in cui la nomina dell'amministratore era intervenuta

quando la persona già si trovava in stato vegetativo.

In definitiva, la Corte Costituzionale ha espressamente affermato che, in determinate condizioni, l'amministratore di sostegno ha il potere di rifiutare il proseguimento delle forme di sostegno vitale nei confronti del beneficiario, anche se questi non ha redatto una Disposizione Anticipata di Trattamento; la distinzione tra "attribuzione della rappresentanza esclusiva in ambito sanitario" e "attribuzione del potere di rifiutare le forme di sostegno vitale" rischia di essere apparente: quando l'amministrato si troverà in determinate condizioni, il potere verrà riconosciuto e l'amministratore potrà agire senza chiedere alcuna autorizzazione.

10. L'illegittimità costituzionale della regolamentazione della legge 219 per gli incapaci

Si tratta di disciplina la cui illegittimità è palese. I profili di illegittimità sono stati ignorati dalla Corte costituzionale che, in realtà, non ha risposto al quesito del Giudice Tutelare di Pavia sulla necessità di un'autorizzazione giudiziale di un atto dell'amministratore che determina la morte del "beneficiario".

Il principio di autodeterminazione proclamato dall'art. 1, comma 1 della legge 219 è stato negato in radice, poiché è stato riconosciuto ad una terza persona il potere di decidere della vita e della morte di un disabile che non ha nemmeno formalizzato le proprie volontà in ordine ai trattamenti sanitari nella forma che la stessa legge prevede; come si è visto, questo potere viene attribuito senza alcun contraddittorio con un curatore speciale dell'interessato e affidando a colui che deve decidere della vita e della morte dell'amministrato la valutazione se l'una o l'altra decisione corrisponda alla sua volontà.

11. La tutela costituzionale della vita e della salute degli incapaci

Deve essere chiaro, tuttavia, che l'illegittimità della disciplina è più radicale. Come abbiamo visto, la questione di costituzionalità sollevata dal Giudice Tutelare di Pavia richiamava espressamente la giurisprudenza formatasi nel "caso Englaro", che permetteva al giudice di autorizzare il legale rappresentante dell'interdetta a rifiutare i sostegni vitali nel caso in cui si dimostrasse che la richiesta corrispondeva alla "volontà desunta" dell'interdetta stessa.

In realtà, la gerarchia costituzionale dei diritti che vengono in gioco è differente. È il

diritto alla vita ad avere natura di diritto *inviolabile* garantito dall'art. 2 della Costituzione, come del resto affermato in numerose sentenze della Corte costituzionale.

Al contrario, il diritto a rifiutare i trattamenti sanitari non è un diritto *inviolabile* ricavabile dall'art. 2 della Costituzione, ma un diritto garantito dall'art. 32, comma 2 della Costituzione, in base al quale “nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario, se non per disposizione di legge”, norma sulla cui base è stato ritenuto efficace e vincolante il rifiuto dei trattamenti sanitari, anche se salvavita, sostenendosi che la morte provocata dall'omessa erogazione delle terapie salvavita, in conseguenza del rifiuto espresso dall'interessato, non contraddice la natura inviolabile del diritto alla vita, perché si situa nell'ambito del diritto alla salute che l'interessato liberamente esercita. Che non si tratti, comunque, di diritto inviolabile si ricava dalla possibilità per la legge di prevedere eccezioni, purché non violino i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

Ma il diritto di rifiutare trattamenti sanitari può essere attribuito soltanto ad una persona capace di intendere e di decidere perché, per essere “obbligato” ad un trattamento sanitario, occorre che il soggetto si renda conto che nei suoi confronti viene messo in atto un trattamento e si opponga ad esso. A ben vedere, interpretando diversamente la norma costituzionale, si dovrebbe ritenere che tutta l'attività medica nei confronti dei soggetti, capaci e non, sia un “obbligo” a cui essi sono sottoposti in quanto “obbligati”: una visione della medicina assolutamente irrealistica e, per di più, contraria al disposto del primo comma dell'art. 32 cit., poiché la medicina e, più in generale, i trattamenti sanitari sono finalizzati a tutelare il fondamentale diritto degli individui e interesse della collettività alla salute.

Del resto, come abbiamo visto, la legge 219 sposa questa interpretazione – almeno nelle enunciazioni di principio, salvo smentirsi disegnando la disciplina dell'art. 3 – stabilendo che il consenso debba provenire dalla persona interessata, capace di agire, e debba essere libero e informato.

La posizione dei minori e degli incapaci e, più in generale, di coloro che non sono in grado di esprimere un consenso con quelle caratteristiche, è diversa: essi non sono affatto “obbligati” ad essere curati con terapie e cure salvavita che, piuttosto, sono diretta attuazione – costituzionalmente obbligatoria – dell'art. 32, comma 1 della Costituzione.

In definitiva, non è affatto inevitabile che, al pari del maggiorenne capace di agire – che ha diritto di rifiutare ogni tipo di terapia, anche salvavita e, quindi, di essere lasciato

morire perché non curato – anche ai minori e agli incapaci venga garantito il medesimo diritto, sia pure con il tramite del legale rappresentante o anche previa l'autorizzazione del Giudice. Dovrebbe essere, piuttosto, affermato il principio opposto: i soggetti incapaci di esprimere un consenso o un rifiuto alle terapie *devono essere curati con le terapie e le cure più adeguate*; il legale rappresentante dell'incapace ha l'obbligo di cooperare con i medici per ottenere le terapie adeguate, ma non può in alcun modo sostituire l'incapace nel rifiuto che non può dare.

La categoria corretta, quindi, è quella dell'*inefficacia*: l'art. 3 della legge 219 è illegittimo perché non prevede che il rifiuto delle cure necessarie al mantenimento in vita da parte del legale rappresentante sia *inefficace, tamquam non esset*, come se non fosse stato espresso.

Questa soluzione attuerebbe pienamente l'obbligo dello Stato nei confronti dei minori, degli incapaci malati o disabili o, comunque, bisognosi di cure: non potendo essi esprimere un consenso o un rifiuto, essi *devono essere curati al meglio!* Per i medici rimarrebbe l'obbligo di erogare agli incapaci le terapie salvavita pur in presenza di rifiuto da parte dei legali rappresentanti, restando responsabili – penalmente e civilmente – per la morte dell'incapace che fosse conseguenza dell'omessa erogazione o dell'interruzione di terapie o cure salvavita.

12. La legalizzazione dell'eutanasia degli incapaci introdotta dalla legge 219

In conclusione, il provvedimento che qui si è commentato dimostra eloquentemente la portata devastante della legge 219 del 2017 sull'ordinamento.

La disciplina dell'art. 3 è quasi “nascosta” dagli altri articoli, ma emerge nella sua centralità al fine di introdurre l'eutanasia dei disabili nel nostro Paese: mentre si discute del diritto di rifiutare le terapie salvavita da parte di persone pienamente libere e consapevoli e, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale, del loro diritto ad essere uccisi o aiutati nel suicidio, si è pienamente disciplinata la possibilità di sopprimere coloro che appartengono alle “categorie” da sempre oggetto dell'attenzione dei fautori dell'eutanasia: soggetti in stato vegetativo, anziani in stato di demenza, neonati o minori con patologie o malformazioni.

La disciplina elimina ogni ostacolo alla soppressione e vincola i medici agli ordini dei rappresentanti legali, garantendo loro l'impunità in caso di ottemperanza. Il confronto

con i principi stabiliti nel “caso Englaro” ha permesso di verificare che gli incapaci sono stati lasciati senza alcuna tutela e senza alcuna difesa: per ciascuno di loro – cioè per ciascuno di noi: la possibilità di cadere in uno stato di incoscienza o in uno stato vegetativo vale per tutti e l’evento è spesso imprevedibile – resta soltanto la speranza che *davvero* il legale rappresentante o l’amministratore di sostegno agirà a loro tutela; speranza priva di supporto giuridico, perché nessun vaglio giurisdizionale della decisione verrà effettuato.

13. La soppressione di un disabile è una questione privata?

Il decreto del Giudice Tutelare di Roma porta con sé un ulteriore significato simbolico.

La magistratura afferma: non c’è più bisogno dell’intervento dei giudici per legittimare le morti procurate di coloro che lo chiedono o di coloro che altri ritengono non avere una vita degno di essere vissuta. Dopo il caso Englaro e il caso Welby e altri provvedimenti giudiziari meno noti (proprio in materia di amministratore di sostegno, con i tentativi di utilizzare l’istituto per introdurre il testamento biologico o con singoli provvedimenti con cui i giudici tutelari autorizzavano gli amministratori a rifiutare i sostegni vitali), con tutta la vastissima elaborazione dottrinale che faceva riferimento all’art. 32, comma 2 della Costituzione, ora, in forza della legge, è possibile sopprimere i disabili incoscienti senza chiedere l’autorizzazione giudiziale.

Questo significa che tale soppressione è definitivamente una “questione privata”. Un effetto paradossale: l’uccisione di un uomo, di un consociato, è il fatto a rilevanza pubblica per eccellenza; invece, l’uccisione di altre persone non rileva, non deve interessare la società e i giudici.

Proprio la società non può non interrogarsi sulla compatibilità di una disciplina del genere con i principi di civiltà e di solidarietà che permettono la convivenza tra i consociati.

Abstract

GIACOMO ROCCHI, Commento al decreto del Giudice Tutelare del Tribunale di Roma del 23 settembre 2019

Con uno scarno decreto emesso *de plano*, il Giudice Tutelare del Tribunale di Roma ha dato il via libera alla soppressione di un soggetto in “stato vegetativo”, attribuendo all’amministratore di sostegno il potere di disporre l’interruzione dei sostegni vitali e delle terapie salvavita senza autorizzazione giudiziale. La legge 219 del 2017 introduce l’eutanasia degli incapaci, cancellando ogni controllo e facendo cadere anche quelle minime garanzie riconosciute nel “caso Englaro”. La morte procurata di un disabile diventa una questione privata.

Parole chiave: persona in stato vegetativo, amministratore di sostegno, interruzione delle terapie, giudice tutelare, eutanasia.

GIACOMO ROCCHI, Comment to the decree of the Tutelary Judge of the Court of Rome of 23 September 2019

With a meager decree issued *de plano*, the tutelary judge of the Court of Rome gave the go-ahead to the suppression of a subject in a “vegetative state”, giving the support administrator the power to order the interruption of vital supports and therapies lifesaver without judicial authorization. Law 219 of 2017 introduces the euthanasia of the incapable, canceling any control and dropping even the minimum guarantees recognized in the “Englaro case”. The death of a disabled person becomes a private matter.

Key words: vegetative person, support administrator, treatment interruption, tutelary judge, euthanasia.

FRANCESCA PIERGENTILI

*Avvocato in Roma e Docente a contratto di Diritto costituzionale progreddito
Ateneo Pontificio Regina Apostolorum*

**CORTE COSTITUZIONALE E FECONDAZIONE ETEROLOGA
“PER INFERTILITÀ SOCIALE” E “FISIOLOGICA”.**

**IL RILIEVO DEI REQUISITI SOGGETTIVI PREVISTI DALLA LEGGE 40
NELLA SENTENZA N. 221 DEL 2019 DELLA CONSULTA ***

SOMMARIO: 1. Il dubbio di costituzionalità della legge 40 in merito al requisito soggettivo: la PMA anche per la coppia dello stesso sesso? – 2. Il divieto assoluto di maternità surrogata e la richiesta di eterologa per “l’infertilità sociale” – 3. Il progresso delle tecniche mediche e i “temi eticamente sensibili”: il primato del Parlamento – 4. Il punto problematico all’esame della Corte: il “desiderio di avere un figlio tramite l’uso delle tecnologie” è un diritto? – 5. La “famiglia *ad instar naturae*”: il luogo per accogliere e crescere il nuovo nato. La differenza essenziale tra adozione e PMA – 6. La tutela costituzionale della «salute» non estendibile a qualsiasi desiderio – 7. Prime riflessioni: desiderio o diritto alla genitorialità? Il riconoscimento di limiti all’autodeterminazione.

**1. Il dubbio di costituzionalità della legge 40 in merito al requisito soggettivo:
la PMA anche per la coppia dello stesso sesso?**

La Consulta si è pronunciata, con la sentenza n. 221 del 2019, depositata il 23 ottobre, sul giudizio di legittimità costituzionale dell’art. 1, co. 1 e 2, e degli art. 4, 5 e 12, co. 2, 9 e 10, della legge n. 40/2004¹, in materia di procreazione medicalmente assistita, sollevata nell’ambito di due differenti giudizi, uno al Tribunale di Pordenone, l’altro al Tribunale di Bolzano², riuniti e definiti con la medesima decisione. L’eccezione di legittimità è stata posta in relazione al requisito soggettivo necessario per l’accesso alla

* *Contributo sottoposto a valutazione.*

¹ Sulla quale, nella copiosa dottrina, si vedano in particolare F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Milano, 2004; AA.VV., *Procreazione assistita: problemi e prospettive*, Atti del Convegno di studi tenutosi a Roma, nell’Accademia nazionale dei Lincei, il 31 gennaio 2005, a cura di G. Razzano, Fasano, 2005; M.P. BACCARI, *La difesa del concepito nel diritto romano dai Digesta dell’Imperatore Giustiniano*, Torino, 2006; F. VARI, *Concepito e procreazione assistita. Profili costituzionali*, Bari, 2008; A. LOIODICE, voce *Diritto costituzionale (concepito e)*, in *Enciclopedia di bioetica e scienze giuridiche*, a cura di A. Tarantino, vol. IV, Napoli, 2012, 477 ss.; A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, Relazione conclusiva delle Giornate di studio su “La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un’esperienza, problemi e prospettive”, Messina 5-6 maggio 2016, in *Federalismi.it*, 10/2016.

² Le questioni di legittimità sono state sollevate con l’ord. n. 129 del 2018 del Tribunale ordinario di Pordenone (pubblicata in G.U. n. 38 del 2018) e con l’ord. n. 60 del 2019 del Tribunale ordinario di Bolzano (pubblicata nella G.U. n. 17 del 2019).

PMA-procreazione medicalmente assistita, al fine di consentire la fruizione delle tecniche anche a coppie dello stesso sesso, e indipendentemente dalla sussistenza per i componenti di patologie di infertilità o di sterilità³.

Per il giudice di Pordenone sarebbe incostituzionale l'art. 5 della legge 40/2004, nella parte in cui limita l'accesso alla PMA alle «*sole coppie di sesso diverso*», e l'art. 12, co. 2, 9 e 10, nella parte in cui sanziona l'applicazione di tali tecniche «*a coppie (...) composte da soggetti dello stesso sesso*». Il Tribunale di Bolzano dubita della legittimità costituzionale anche dell'art. 1, co. 1 e 2, e dell'art. 4 della stessa legge, «*nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie formate da due persone di sesso femminile*».

Le disposizioni censurate violerebbero l'art. 2 Cost., non garantendo il “diritto alla genitorialità” dell'individuo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, tenuto conto della formazione sociale fondata sull'unione civile; l'art. 3 Cost. in quanto vi sarebbe una disparità di trattamento in relazione all'orientamento sessuale e alle disponibilità economiche delle coppie; l'art. 31 Cost. che impone di proteggere la maternità, favorendo gli istituti necessari a tale scopo; l'art. 32 Cost. giacché il divieto di accesso alla PMA per le coppie omosessuali nuocerebbe alla salute psicofisica della coppia; gli artt. 11 e 117 Cost., ponendosi in contrasto con gli artt. 8 e 14 della CEDU per l'interferenza nella vita privata e familiare della coppia basata sull'orientamento sessuale e per la connessa presunta discriminazione.

In via preliminare la Corte costituzionale ricorda come, per costante giurisprudenza, il giudizio in via incidentale sia limitato alle disposizioni e ai parametri indicati nelle ordinanze di rimessione, escludendo in tal modo gli ulteriori profili di costituzionalità non fatti propri dal giudice *a quo* e dedotti dalle parti. Viste le questioni analoghe, relative in parte alle medesime norme, i relativi giudizi sono stati riuniti e decisi con l'identica decisione.

2. Il divieto assoluto di maternità surrogata e la richiesta di eterologa per “l'infertilità sociale”

La Consulta, come anche il Tribunale di Bolzano, limita il *petitum* alle coppie omosessuali femminili, ricordando il divieto previsto dall'art. 12, co. 6, della legge

³ Cfr. par. 8 del *Considerato in diritto*.

40/2004 che punisce «*chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità*»⁴.

Per le coppie maschili la “genitorialità artificiale” sarebbe, infatti, possibile solamente attraverso la maternità surrogata (o gestazione per altri) e cioè “l’accordo attraverso il quale una donna si impegna ad attuare e a portare a termine una gravidanza per conto di terzi, rinunciando preventivamente a «reclamare diritti» sul bambino che nascerà”. Il giudice costituzionale ribadisce che “tale pratica è vietata in assoluto” e che il divieto, previsto dalla legge 40 del 2004, è considerato dalla giurisprudenza espressivo di un principio di ordine pubblico⁵.

Per le coppie omosessuali femminili le riflessioni che fa la Corte sono diverse. La procreazione assistita in questo caso non si attuerebbe attraverso il ricorso alla maternità surrogata ma mediante le tecniche di fecondazione eterologa (in vivo o in vitro)⁶, con l’uso di gameti maschili provenienti da “donatore”: tale pratica, in origine vietata dall’art. 4 della legge 40/2004, è divenuta fruibile, come noto, con la sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale, che ha eliminato il divieto⁷.

La Consulta ricorda come l’eterologa è oggi consentita per le coppie di sesso diverso in caso di sterilità o infertilità assoluta e irreversibile. Nel caso di accoglimento delle questioni oggetto del giudizio, la fecondazione eterologa verrebbe estesa a quella che la Corte definisce una «*infertilità sociale*» o «*relazionale*», «*fisiologicamente propria della coppia omosessuale femminile, conseguente alla non complementarietà biologica*» delle due donne componenti della coppia. Fisiologicamente, biologicamente per la procreazione attraverso le tecniche artificiali della coppia omosessuale femminile è

⁴ Il comma 6 dell’art. 12 della legge n. 40 del 2004 punisce la commercializzazione di gameti o embrioni e la maternità surrogata con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro.

⁵ Cfr. par. 8 del *Considerato in diritto*. In particolare, la Corte ricorda sul punto Cass, S.U. civili, sent. 8 maggio 2019, n. 12193).

⁶ Sui profili di costituzionalità del divieto di fecondazione eterologa v. i contributi nel volume AA.VV. *La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, a cura di F. Vari, Torino, 2012.

⁷ Corte cost. sent. 10 giugno 2014, n. 162, in www.giurcost.org. Sulla pronuncia si veda in particolare F. VARI, *A proposito della sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale in materia di procreazione eterologa*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 3, 2014; E. BILOTTI, *Fecondazione eterologa, diritto alla genitorialità naturale e diritto alla conoscenza delle origini biologiche*, in *DIMT-Diritto Mercato Tecnologia*, 2014, 65 ss.; ID., *Procreazione assistita eterologa*, in *Il libro dell’anno del diritto 2015 a cura di R. Garofoli and T. Treu*, Roma, 2015, 13 ss.; L. VIOLINI, *La Corte e l’eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in www.osservatorioaic.it; A. RUGGERI, *La Consulta apre all’eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al “dialogo” con la Corte Edu*, in *Forum Quad. cost.*, 2014.

necessario l'intervento del donatore esterno alla coppia del gamete: ecco la richiesta di "eterologa per infertilità sociale" (o, come chiarirà in prosieguo la Corte, per infertilità «fisiologica»).

3. Il progresso delle tecniche mediche e i "temi eticamente sensibili": il primato del Parlamento

La Consulta prima di entrare nel merito della decisione ricorda che spetta al Parlamento, «nei temi eticamente sensibili» (sentenza n. 162/2014) il compito di effettuare il bilanciamento tra valori fondamentali – quali il progresso e la ricerca scientifica, la salute e la vita – che entrano in conflitto. A tal proposito la legge n. 40/2004 è stata «la prima legislazione organica relativa ad un delicato settore, che negli anni più recenti ha conosciuto uno sviluppo correlato a quello della ricerca e delle tecniche mediche» e coinvolge «una pluralità di rilevanti interessi costituzionali» (Cfr. sent. n. 45/2005)⁸.

La Corte menziona la sua giurisprudenza in materia, ed in particolare la sent. n. 162/2014 e la sent. n. 84/2016⁹, riaffermando che, nelle tematiche sensibili, «la linea di composizione tra i diversi interessi in gioco si colloca, in specie, nella "area degli interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori in conflitto..."» ciò ferma restando la sindacabilità delle scelte operate...» sotto il profilo della ragionevolezza. Pertanto, «l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio fra le contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene "primariamente alla valutazione del legislatore"»¹⁰.

4. Il punto problematico all'esame della Corte: il "desiderio di avere un figlio tramite l'uso delle tecnologie" è un diritto?

⁸ Corte cost., sent. 28 gennaio 2005 n. 45 in www.giurcost.org. Per un commento alla sentenza si veda A. RUGGERI, "Tutela minima" di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e... sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita (nota "a prima lettura" di Corte cost. nn. 45-49 del 2005), in *Forum Quad. cost.*, 2005.

⁹ Corte cost. sent. 13 aprile 2016, n. 84 in www.giurcost.org. Sulla sentenza si veda G. RAZZANO, *Corte costituzionale n. 84 del 2016, sulla tutela dell'embrione e l'interesse della ricerca scientifica: una sentenza ispirata alla prudentia?*, in *BioLaw Jour*, n. 2/2016.

¹⁰ V. par. 9 del *Considerato in diritto*.

Il progresso tecnologico ha consentito una scissione tra atto sessuale e procreazione: l'interrogativo di fondo, che si pone la Consulta per risolvere il dubbio di legittimità costituzionale, è allora «*se sia configurabile – e in quali limiti - un “diritto a procreare” (o “alla genitorialità”...) comprensivo non solo dell’an e del quando, ma anche del quomodo, e dunque declinabile anche come diritto a procreare con metodi diversi da quello naturale*»¹¹. In altre parole esiste un “diritto” a veder soddisfatto il “desiderio di avere un figlio tramite l’uso delle tecnologie”?

Per risolvere il quesito la Corte rintraccia “due idee di base” che si ricavano dalla legge n. 40/2004. La prima fa riferimento alla funzione delle tecniche di procreazione artificiale. Come si evince dall’art. 1¹² e confermato dall’art. 4, co. 1¹³, della legge 40, tali tecniche costituiscono “un rimedio alla sterilità o infertilità umana avente una causa patologica e non altrimenti rimovibile”, accertata e certificata, tra l’altro, da atto medico. Tale funzione, come si legge nella motivazione della sentenza, porta ad escludere chiaramente che «*la PMA possa rappresentare una modalità di realizzazione del “desiderio di genitorialità” alternativa ed equivalente al concepimento naturale, lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati*».

La seconda riflessione che fa la Corte è legata alla “struttura del nucleo familiare scaturente dalle tecniche in questione”. In particolare l’art. 5 della legge 40/2004 – e sul versante sanzionatorio l’art. 12, co. 2 e 9¹⁴ –, nell’individuare i requisiti soggettivi per l’accesso alla PMA – si deve trattare di «*coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi*» – riflette un preciso paradigma familiare, caratterizzato dalla presenza di una madre e di un padre. La

¹¹ Par. 10 del *Considerato in diritto*.

¹² Art. 1 della legge n. 40: «*1. Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito. 2. Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità*».

¹³ Art. 4 della legge n. 40: «*1. Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico*».

¹⁴ Art. 12 della legge 40, comma 2: «*Chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'articolo 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi o uno dei cui componenti sia minorenne ovvero che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro»; e comma 9: «*È disposta la sospensione da uno a tre anni dall'esercizio professionale nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno degli illeciti di cui al presente articolo, salvo quanto previsto dal comma 7*».*

scelta legislativa di fondo è, pertanto, quella di “riprodurre il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una figura materna e di una figura paterna”.

Tali considerazioni, per la Consulta, non sono messe in dubbio dalla sentenza n. 162/2014, che ha aperto nel nostro ordinamento alla fecondazione artificiale di tipo eterologo, dal momento che anche per essa rimangono imprescindibili i requisiti soggettivi indicati dall’art. 5 citato. Le due “idee guida” delineate dal legislatore del 2004 - la funzione delle tecniche e la struttura familiare da esse delineata - sarebbero sconfessate con l’ammissione della PMA per le coppie omosessuali.

Al contrario, *«l’esclusione dalla PMA delle coppie formate da due donne non è (...) fonte di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull’orientamento sessuale»*, così come non vi è *«alcuna incongruenza interna alla disciplina legislativa della materia»*.

La *ratio* è la distinzione che la Corte fa tra i due casi “chiaramente e ontologicamente distinti”: il caso dell’infertilità *«fisiologica»* (definita in precedenza *«sociale»* e *«relazionale»*), propria della coppia formata da due donne e conseguente, come già visto, alla “non complementarità biologica” dei componenti della coppia; e quello dell’infertilità “di tipo assoluto e irreversibile” della coppia, formata da un uomo e una donna, affetta da una patologia riproduttiva. L’infertilità fisiologica della coppia omosessuale femminile è simile per la Corte a quella fisiologica della donna sola. Da ciò l’infondatezza delle questioni in merito all’art. 3 Cost. e all’art. 117 Cost.

Tali conclusioni sono confermate più avanti nella motivazione, al par. 17 del *Considerato in diritto*, dove viene rilevato “il vizio di prospettiva”: la presenza di patologie riproduttive è infatti “un dato significativo nell’ambito della coppia eterosessuale, in quanto fa venir meno la normale fertilità di tale coppia. Rappresenta invece una variabile irrilevante (...) nell’ambito della coppia omosessuale, la quale sarebbe infertile in ogni caso”¹⁵.

5. La “famiglia *ad instar naturae*”: il luogo per accogliere e crescere il nuovo nato. La differenza essenziale tra adozione e PMA

¹⁵ Par. 17 del *Considerato in diritto*. Nel giudizio innanzi il Tribunale di Bolzano entrambe le ricorrenti, parti dell’unione civile, sono donne affette da patologie riproduttive.

Le cautele e la tutela degli interessi (e dei diritti) del bambino, nato attraverso le tecniche di PMA, non rivestono un ruolo secondario nella motivazione della Corte: «non può», infatti, «considerarsi irrazionale e ingiustificata, in termini generali, la preoccupazione legislativa di garantire, a fronte delle nuove tecniche procreative, il rispetto delle condizioni ritenute migliori per lo sviluppo della personalità del nuovo nato». L'idea di fondo sottesa alla disciplina è “che una famiglia *ad instar naturae*” - con le caratteristiche già evidenziate e contenute nell'art. 5 della legge 40/2004, e in particolare formata da “due genitori, di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile – rappresenti, in linea di principio, il luogo più idoneo per accogliere e crescere” il bambino¹⁶. Tale considerazione non è in sé irrazionale, ma anzi, fa propria la “condizione chiaramente presupposta dalla disciplina costituzionale della famiglia”¹⁷. E ciò a prescindere dall'esistenza di situazioni differenti nelle quali oggi si esplica la funzione genitoriale: la Corte per esempio riporta il caso della donna che cresce il proprio figlio da sola.

Tali conclusioni per la Corte restano valide nonostante la giurisprudenza comune in alcuni casi abbia riconosciuto l'adozione¹⁸ non legittimante in favore del partner dello stesso sesso del genitore biologico del minore ai sensi dell'art. 44, co. 1, lettera d), della legge n. 184/1983: vi è, infatti, per la Corte, «una differenza essenziale tra l'adozione e la PMA». L'adozione presuppone l'esistenza in vita dell'adottando: essa non serve per dare un figlio alla coppia, ma precipuamente per dare una famiglia al minore che ne è privo; il minore è già nato e, anche nel caso previsto dall'art. 44, co. 1, lettera d), è l'interesse del minore stesso a mantenere relazioni affettive che viene tutelato, comunque da verificare caso per caso¹⁹. Nella procreazione artificiale, invece, il bambino deve

¹⁶ Sulla tutela del minore nella legge n. 40 v. F. VARI, *Concepito e procreazione assistita. Profili costituzionali*, cit., p. 135 ss.; A. LOIODICE, *La tutela dei soggetti coinvolti nella procreazione medicalmente assistita*, in AA.VV., *Procreazione assistita: problemi e prospettive*, cit., p. 318 ss.

¹⁷ Sul significato da attribuire all'art. 29 Cost. e, in particolare, alla tutela della famiglia come “società naturale” si veda, nella copiosa dottrina, F. VARI, *Contributo allo studio della famiglia nella Costituzione italiana*, I, Bari, 2004, p. 66 ss.; C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, p. 138.

¹⁸ Sull'istituto dell'adozione rispetto alla legge 40 e, in particolare, in relazione alla fecondazione eterologa, si veda C. CASINI, *La coerenza del divieto di P.M.A. eterologa in rapporto all'istituto dell'adozione e al diritto a conoscere le proprie origini*, in AA.VV. *La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 11 ss.

¹⁹ Sul tema si veda E. BILOTTI, *L'adozione del figlio del convivente. A Milano prosegue il confronto tra i giudici di merito*, in *Fam. dir.*, 2017, p. 1003 ss.; ID, *Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 873 ss.

ancora nascere: non è perciò irragionevole «che il legislatore si preoccupi di garantirgli quelle che (...) appaiono, in astratto, come le migliori “condizioni di partenza”».

6. La tutela costituzionale della «salute» non estendibile a qualsiasi desiderio

Per quanto riguarda la presunta violazione dell'art. 32 Cost. – nella considerazione che il divieto di accesso alla PMA per le coppie omosessuali nuocerebbe alla salute psicofisica della coppia – la Consulta ricorda come «la tutela costituzionale della “salute” non possa essere estesa fino a imporre la soddisfazione di qualsiasi aspirazione soggettiva o bisogno che una coppia (o anche un individuo) reputi essenziale»²⁰. Dunque non ogni desiderio o ogni bisogno percepito dall'individuo come necessario rientra nella tutela offerta dal diritto alla salute: tale diritto non si fonda esclusivamente su percezioni soggettive, soprattutto in materia di procreazione artificiale.

Ammettere un principio contrario vorrebbe dire dichiarare “incompatibile con l'evocato parametro ogni ostacolo normativo frapposto” alla realizzazione del desiderio: «sarebbero destinate a cadere automaticamente, in quanto frustranti il desiderio di genitorialità, non solo la limitazione oggi in esame, ma tutte le altre limitazioni all'accesso alla PMA...».

7. Prime riflessioni: desiderio o diritto alla genitorialità? Il riconoscimento di limiti all'autodeterminazione

La Corte ha, dunque, dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale in relazione ai requisiti soggettivi per l'accesso alle tecniche di procreazione artificiale contenuti nell'art. 5 della legge 40.

All'interrogativo che si pone la Consulta nella sentenza, e cioè se esista un “diritto” a veder soddisfatto il “desiderio di avere un figlio tramite l'uso delle tecnologie”, viene data risposta negativa ricordando il ruolo primario del Parlamento in temi eticamente sensibili e rilevando la ragionevolezza della disciplina contenuta nell'art. 5 della legge 40/2004, in relazione alla funzione della PMA e alla tutela delle condizioni, almeno in astratto, ritenute migliori per il nuovo nato, identificate nella «famiglia *ad instar naturae*».

²⁰ Par. 16 del *Considerato in diritto*.

La Consulta ha escluso che la procreazione assistita «*possa rappresentare una modalità di realizzazione del “desiderio di genitorialità” alternativa ed equivalente al concepimento naturale, lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati*». Di fronte alle richieste del riconoscimento del diritto alla genitorialità la Corte ripone la questione in termine di desiderio: non ogni aspirazione soggettiva può essere costituzionalmente tutelata come diritto.

Alcune considerazioni vengono offerte anche rispetto al tema dell'autodeterminazione individuale, il valore “tiranno”, sempre più in espansione, soprattutto nelle tematiche etiche, in grado di prevalere finanche sulla vita²¹: esso trova nella decisione della Corte un punto d'arresto. In materia di procreazione artificiale, secondo il giudice delle leggi, «*la libertà e la volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti (...) e ciò particolarmente quando si discuta della scelta di ricorrere a tecniche di PMA*», le quali, alterano «*le dinamiche naturalistiche del processo di generazione degli individui, aprono scenari affatto innovativi rispetto ai paradigmi della genitorialità e della famiglia storicamente radicati nella cultura sociale, attorno ai quali è evidentemente costruita la disciplina degli artt. 29, 30 e 31 Cost., suscitando inevitabilmente, con ciò, delicati interrogativi di ordine etico*»²².

²¹ Sul ruolo dell'autodeterminazione individuale nelle scelte del fine vita sia consentito il rinvio a F. VARI-F. PIERGENTILI, “*Di libertà si può anche morire*”. *Brevi note sulla (imminente) dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in *Dir. fond.*, 2019.

²² Par. 13.1 del *Considerato in diritto*.

Abstract

FRANCESCA PIERGENTILI, Corte costituzionale e fecondazione eterologa “per infertilità sociale” e “fisiologica”. Il rilievo dei requisiti soggettivi previsti dalla legge 40 nella sentenza n. 221 del 2019 della Consulta

La Corte costituzionale ha riconosciuto la legittimità costituzionale di uno dei requisiti soggettivi previsti dall’art. 5 della l. n. 40 del 2004 per l’accesso alle tecniche di PMA, e cioè l’essere la coppia formata da due persone di sesso diverso: è legittimo il divieto di accesso alla procreazione artificiale per la coppia formata da due donne. Il desiderio di avere figli tramite l’uso della tecnologia e l’autodeterminazione della coppia in tal senso non prevalgono sui limiti previsti dal Parlamento a tutela del bambino. Due importanti principi afferma la Consulta in tema di procreazione: che la famiglia “*ad instar naturae*”, modello presupposto anche dall’art. 29 Cost., è il luogo più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato e che la tutela costituzionale della «salute» non può essere estesa a qualsiasi aspirazione soggettiva o bisogno che una coppia (o anche un individuo) reputi essenziale.

Parole chiave: procreazione, tecnologia, famiglia, salute, fecondazione eterologa.

FRANCESCA PIERGENTILI, Constitutional court and heterologous fertilization "for social infertility" and "physiological". The relief of the subjective requirements foreseen by law 40 in sentence no. 221 of 2019 of the Consulta

The Constitutional Court has acknowledged the constitutional legitimacy of one of the subjective requirements provided for in art. 5 of the Law No 40/2004 concerning the medical assisted procreation techniques, namely a couple consisting of two people of the opposite sex: the ban forbidding two women to access the artificial procreation is rightful. The desire of having children through technology and the couples’ self-determination in this respect can’t prevail on the Parliaments’ boundaries and on the childs’ welfare. The Court states two important principles concerning procreation: first, the most appropriate place to raise a child is within the family “*ad instar naturae*”, and second, the constitutional protection of health cannot be extended to any personal aspiration or need that a couple (or individual) considers as essential.

Key words: procreation, technology, family, health, heterologous fertilization.

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

DIRITTI E INTERESSE DEL MINORE *

SOMMARIO: 1. Il problema dei diritti del minore nella prospettiva costituzionale. – 2. Il problema dei diritti del minore nella Convenzione di New York. – 3. Gli strumenti di partecipazione del minore e la Convenzione di Strasburgo. – 4. L'interesse del minore. – 5. Indicazioni bibliografiche.

1. Il problema dei diritti del minore nella prospettiva costituzionale

Il riconoscimento della soggettività giuridica del minore anche al di là dell'ambito patrimoniale, e dunque il riconoscimento della titolarità in capo ad esso dei diritti e delle libertà fondamentali della persona, non sembra a prima vista un dato particolarmente problematico. Vero è che la Costituzione non riserva una considerazione specifica ai diritti del minore né contiene l'enunciazione espressa di un divieto di discriminazione per ragioni di età (che potrebbe al più ricavarsi implicitamente dal riferimento alle "condizioni personali" nell'art. 3, comma 1, Cost.). È pur vero però che la titolarità delle diverse situazioni soggettive di vantaggio, in cui si sostanzia il supremo valore dell'autocompimento individuale, è riconosciuta alla persona in quanto tale, e dunque al minore non diversamente che all'adulto.

Del resto, dalla lettura degli artt. 2 e 3 Cost. – e segnatamente dai peculiari riferimenti allo "svolgersi" della personalità dell'individuo e al suo "pieno sviluppo" – emerge con chiarezza una concezione della soggettività personale come struttura stabilmente incompiuta e suscettibile di sviluppo, e perciò portatrice di valore in ogni fase della vicenda umana. Si tratta di una concezione che rifugge da astrazioni e riduzionismi, esclude in radice la possibilità di ogni distinzione tra vita umana e vita umana e prende perciò le distanze dall'idea propria dell'individualismo liberale che fa coincidere la persona col soggetto cosciente, identificato, in funzione delle esigenze del mercato, in base alla valutazione tipica espressa dal criterio della maggiore età. In realtà, è stato detto efficacemente che, nella prospettiva costituzionale, *«la persona come soggetto che si*

* Il contributo, sottoposto a valutazione, è destinato al volume *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile* a cura di R. Senigaglia, Pisa, 2019.

sviluppa è l'identità di quell'essere vivente che riunisce in sintesi il prima e il dopo, l'embrione e la persona adulta, il bambino e l'anziano, chi prima era sano e poi è diventato malato, la persona nello stato di veglia e la persona dormiente, la persona cosciente e la persona incosciente». Anche il minore è dunque pienamente persona e, in quanto tale, è portatore di un intangibile valore sovrautilitaristico. Anche il minore dev'essere perciò riconosciuto titolare di diritti inviolabili, anzitutto del diritto alla realizzazione di sé come persona libera.

Certe affermazioni rischiano nondimeno di rimanere vuote declamazioni finché l'interprete continui a far propria una lettura superficiale della norma secondo cui «*con la maggiore età si acquista la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita un'età diversa*» (art. 2 c.c., comma 1). Si allude alla proposta ermeneutica secondo cui, almeno di regola, l'autodeterminazione del minore sarebbe priva di qualsiasi rilievo, con la conseguenza che la sua condizione giuridica dovrebbe ritenersi interamente assorbita nella soggezione ai poteri-doveri di rappresentanza e di cura riconosciuti ai genitori nel suo interesse. In effetti, in una simile prospettiva, il minore non è affatto compreso come protagonista attuale della sua vicenda esistenziale. In ragione della sua presunta e permanente immaturità psicologica, è considerato piuttosto come un indifferenziato oggetto di tutela in vista di un protagonismo futuro. Ma, nell'attesa del futuro, i suoi diritti degradano a meri interessi affidati alla cura discrezionale dei genitori. Tanto più che rispetto ai diritti e alle libertà fondamentali la dissociazione tra titolarità ed esercizio che si realizza nella rappresentanza legale dei genitori appare per lo più inopportuna laddove non è senz'altro esclusa dal legislatore, sicché l'asserita incapacità d'agire del minore si converte fatalmente in un'incapacità giuridica speciale. Si perde così completamente di vista il potenziale emancipatorio del progetto costituzionale e quell'attitudine tipica del diritto moderno a piegarsi sulla concreta realtà esistenziale dell'individuo, mentre si continua ad assecondare in maniera anacronistica l'antropologia individualista sottesa alle codificazioni borghesi.

In alternativa potrebbe allora sembrare degna di considerazione l'idea secondo cui l'ambito di operatività di una regola come quella enunciata dall'art. 2 c.c., comma 1 andrebbe circoscritto ai soli atti a contenuto patrimoniale, mentre con riferimento all'esercizio dei diritti e delle libertà della persona la capacità d'agire andrebbe senz'altro riconosciuta al minore sempre che risulti che abbia acquisito una sufficiente capacità di

giudizio. Si tratta di un approccio al problema della condizione giuridica del minore che, soprattutto in taluni ambienti della cultura anglosassone, esibisce una forte carica libertaria e antagonista. Si afferma così che i limiti alla capacità d'agire non avrebbero altra giustificazione se non quella di consentire l'esercizio di un controllo sociale sui minori volto alla normalizzazione dei comportamenti e delle scelte del futuro adulto. L'idea di fondo è che i minori costituirebbero un gruppo sociale oppresso e discriminato. E ciò in virtù di una relazione di potere facente capo agli adulti, dalla quale dovrebbero appunto essere liberati attraverso il riconoscimento di un'ampia autonomia decisionale nell'esercizio dei propri diritti.

Non sembra tuttavia inopportuno evidenziare anzitutto come, a ben vedere, una soluzione così radicale, anche al di là di una certa impostazione conflittuale, sia in realtà tributaria della stessa opzione individualista già riconosciuta al fondo della prospettiva paternalista tradizionale. Anche in quest'ottica, in fondo, il minore finisce per essere considerato come una risorsa da sfruttare. In effetti, anche l'idea dell'autodeterminazione piena del minore muove da una concezione astratta e materialista della persona, riguardata come semplice soggetto di bisogni materiali. Il rischio è allora che, nonostante le migliori intenzioni, anche questa proposta finisca in realtà per essere strumentale alle esigenze del mercato. Più precisamente, nella misura in cui la logica mercantile diviene sempre più pervasiva, penetrando anche ambiti che le erano tradizionalmente preclusi, diviene necessario che il dogma dell'assoluta libertà di disporre estenda il suo raggio d'azione. Di qui l'esigenza di valorizzare l'autodeterminazione del minore in ordine alla sua sfera personale. Ma il minore rischia così di rimanere in balia di condizionamenti esterni altrettanto – e, forse, ancor più – insidiosi di quelli che possono determinarsi nel rapporto con i genitori, mentre questi ultimi vengono progressivamente esautorati e indotti al disimpegno e alla deresponsabilizzazione.

L'idea che l'autodeterminazione del minore debba prevalere finanche nei confronti dei genitori sembra in realtà altrettanto incompatibile col disegno costituzionale del tradizionale approccio paternalista. In effetti, nello statuire che l'educazione dei figli «è dovere e diritto dei genitori», l'art. 30 Cost., comma 1, configura inequivocabilmente in capo ad essi un autentico *munus* privato. Quella norma riconosce cioè ai genitori un potere che, a differenza di quel che avviene nel caso del diritto soggettivo, è strumentale non alla realizzazione di un loro interesse, ma all'adempimento del dovere imposto agli stessi

genitori di farsi carico della formazione morale, spirituale e sociale dei figli: un dovere che, nel rispetto della norma personalista, e dunque del valore sovrautilitaristico della persona, dev'essere adempiuto dai genitori avendo di mira non un qualche modello astratto di moralità, quale che sia, bensì il “pieno sviluppo” della persona concreta del figlio, e dunque la progressiva maturazione del suo diritto inviolabile alla realizzazione di sé. Ma se l'educazione dei figli, pur nel senso appena indicato, rimane comunque un *munus* dei genitori, allora questi ultimi devono senz'altro poter limitare quelle manifestazioni di autonomia del figlio che appaiano idonee a compromettere un progetto educativo autenticamente ispirato a finalità di promozione della sua persona. Nel sistema non sembra perciò che vi sia spazio per una comprensione della condizione giuridica del minore non solo secondo il tradizionale paradigma paternalista della protezione di un soggetto reputato per legge psichicamente immaturo, ma neppure secondo la logica libertaria dell'autodeterminazione assoluta del soggetto concretamente capace di discernimento.

Sembra piuttosto preferibile un'impostazione secondo cui l'autodeterminazione del minore, pur non essendo affatto priva di rilievo, trova comunque un limite nel *munus* educativo dei genitori, il quale però, nel rispetto della norma personalista, deve a sua volta presentare una struttura dialettica e non autoritaria. Ciò che si vuole dire, in altri termini, è che non dovrebbe essere configurabile né una volontà del minore capace di porre nel nulla il *munus* dei genitori né una volontà dei genitori destinata a imporsi al figlio fino al punto di comprometterne libertà e diritti fondamentali. Di conseguenza, nel campo degli atti a contenuto personale del minore capace di discernimento la regola dovrebbe essere quella del concerto delle volontà, anche tacito.

Con ciò non è certo esclusa l'eventualità del conflitto e del conseguente intervento del giudice volto a dirimerlo. Il conflitto diviene anzi una possibilità reale solo nella prospettiva indicata: se cioè la volontà dei genitori non è destinata a sovrastare quella del figlio né viceversa. L'intervento del giudice non può peraltro intendersi semplicisticamente come se fosse finalizzato a definire ciò che il figlio può o non può fare, quasi che il giudice possa sostituirsi ai genitori nell'esercizio del *munus* educativo, dando corso a indebite e pericolose forme di controllo esterno su di esso. In realtà, nella soluzione del conflitto tra genitori e figlio, il giudice è chiamato anzitutto a “risanare” la relazione educativa, rendendola di nuovo efficiente e perciò idonea a far sì che il minore

possa sperimentare un'autonomia sempre maggiore in un contesto di permanente sostegno da parte dei suoi genitori. Il dato normativo, del resto, è sufficientemente chiaro nell'evidenziare che il ruolo del giudice non è mai sostitutivo. Il giudice è piuttosto chiamato a individuare il soggetto di volta in volta più idoneo a realizzare l'interesse del minore. E ciò non solo in caso di disaccordo tra i genitori su «*questioni di particolare importanza*» riguardanti il figlio minore (art. 316 c.c.), ma, a ben vedere, anche nel caso del controllo giudiziale sulla responsabilità genitoriale (art. 330 c.c. e ss.).

Il paradigma della promozione del minore per il tramite di una relazione educativa dialettica e non autoritaria sembra dunque essere l'unico davvero capace di dare sostanza alla carica emancipatoria del progetto costituzionale. È bene ribadire peraltro che una relazione educativa del tipo indicato non è configurabile, almeno in potenza, se non nell'ambito di un rapporto come quello che si dà tra il minore e i suoi genitori. E ciò in virtù della gratuità che dovrebbe naturalmente conformarlo. All'interno di una relazione siffatta diviene infatti possibile quella maturazione progressiva del minore come persona libera e con ciò anche quella maturazione progressiva del suo diritto inviolabile a essere protagonista di storia individuale e collettiva, che costituisce la finalità propria del *munus* educativo dei genitori. Per questo la giusta privatezza da riconoscere alla relazione tra i genitori e il figlio non può correttamente intendersi come una pretesa di immunità e di chiusura totale ai valori fondanti della vita comunitaria. In questa prospettiva il diritto a una relazione educativa con i propri genitori, che sia rispettosa del valore sovrautilitaristico della persona, emerge allora come il primo e il più importante diritto del minore. Laddove infatti questo diritto non sia garantito, anche la garanzia del diritto al libero sviluppo della personalità finisce per diventare puramente illusoria.

È quel che aveva chiarito magistralmente già Aldo Moro dinanzi all'Assemblea costituente, affermando che «*una costituzione non può esprimere... il suo riconoscimento dell'autonomia umana se non attribuendo il diritto all'uomo in fieri di diventare uomo nella pienezza della sua umanità*». Anche il giudice delle leggi, del resto, ha successivamente avuto modo di evidenziare in più circostanze la necessaria implicazione che sussiste tra la *Grundnorm* personalista e un approccio al problema dei diritti del minore che non trascuri il *munus* educativo dei genitori e il correlativo diritto del figlio. In particolare, in una nota decisione risalente all'inizio degli anni ottanta del secolo scorso, con la prosa ispirata di Leopoldo Elia, la Corte costituzionale ha chiarito che gli

artt. 2 e 30, commi 1 e 2, Cost., *«riconoscendo come fine preminente lo svolgimento della personalità in tutte le sedi proprie, assumono a valore primario la promozione della personalità del soggetto umano in formazione e la sua educazione nel luogo a ciò più idoneo: da ravvisare in primissima istanza nella famiglia di origine, e, soltanto in caso di incapacità di questa, in una famiglia sostitutiva»* (Corte cost., sent. 10 febbraio 1981, n. 11).

Appare allora davvero significativo, per contrasto, che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nel dedicare ai "diritti del minore" una norma apposita, disponga semplicemente che *«i minori hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere»* (art. 24, comma 1) e che *«il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse»* (art. 24, comma 3), senza fare alcuna menzione del *munus* educativo dei genitori né del correlativo diritto del figlio nei loro confronti. La relazione personale e il contatto diretto con i due genitori sono dunque riconosciuti come oggetto di un diritto del minore. Ma quella relazione non è evidentemente percepita come il luogo in cui si incontrano e si realizzano i diritti educativi concorrenti degli uni e dell'altro. I compiti educativi dei genitori nei suoi confronti semplicemente scompaiono dall'orizzonte della Carta. Non sono contemplati diritti educativi dei genitori né doveri di rispetto dei figli nei loro confronti. Rimangono solo i "diritti del minore", evidenziandosi con ciò la matrice antropologica astratta e individualista di quel documento normativo. In quest'ottica, del resto, non è affatto privo di significato anche che, all'interno della Carta, la norma sui diritti dei minori è collocata nel titolo sull'uguaglianza: il problema della condizione giuridica del minore è percepito, insomma, in maniera riduttiva, come un semplice problema di non discriminazione e non come un problema di promozione umana e sociale.

Nel preambolo della Carta si afferma invero che *«l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà»* e si dice pure che essa *«pone la persona al centro della sua azione»*. La "persona" di cui si parla qui sembra però essere colta a prescindere da quella fitta rete di relazioni in cui concretamente essa "si svolge". La relazione non sembra infatti essere intesa come il luogo del suo "pieno sviluppo". È piuttosto l'oggetto di un suo diritto, un mezzo per soddisfare un suo bisogno. Ma così la "persona" si riduce a semplice tensione

verso il soddisfacimento di bisogni, e dunque a pura autodeterminazione. E nell'autodeterminazione sembra risolversi anche la sua "dignità". È un orizzonte assiologico profondamente diverso da quello della Costituzione repubblicana. E completamente diversa, di conseguenza, sembra essere anche la soluzione del problema della condizione giuridica del minore: una soluzione nel segno dei "diritti del minore" e della sua autodeterminazione assoluta.

Questa diversità di impostazione di fondo tra la Costituzione repubblicana e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea non sembra peraltro dover preoccupare oltremodo l'interprete. Vero è, infatti, che l'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea, in vigore dal primo dicembre del 2009, attribuisce alla Carta «*lo stesso valore giuridico dei trattati*». Nondimeno, a parte il fatto che, secondo la dottrina dei "controlimiti", la Corte costituzionale può sempre essere chiamata a verificare se il diritto dell'Unione contrasti con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale, e in particolare con i diritti inalienabili della persona, bisogna comunque tener presente che, in base all'art. 51 della Carta, le sue disposizioni si applicano alle istituzioni dell'Unione Europea, mentre vincolano le istituzioni statali e i loro atti solo in quanto tali istituzioni ed atti operano nell'attuazione del diritto dell'Unione. D'altra parte, com'è chiarito anche dall'art. 51, comma 2, la Carta non può certo essere interpretata come base per il riconoscimento in via indiretta di nuove competenze all'Unione. Ed è noto che, allo stato, le competenze delle istituzioni europee sulla disciplina della situazione sostanziale dei minori appaiono piuttosto circoscritte, riguardando essenzialmente gli ambiti della circolazione dei lavoratori e dei loro familiari, dell'asilo, dell'immigrazione, della cooperazione in materia penale e della lotta alla criminalità. È stato opportunamente rilevato, del resto, che, proprio tenendo conto di certi limiti, la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia esibisce un sano atteggiamento di rigoroso *self-restraint* nell'impiego dei diritti dei minori per dilatare le competenze dell'Unione, comprimendo la sovranità degli Stati membri. In ogni caso, poi, bisogna anche considerare che l'art. 53 della Carta precisa che «*nessuna disposizione della... Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione... dalle costituzioni degli Stati membri*». In nessun modo dunque l'art. 24 della Carta potrebbe essere addotto per mettere in discussione il *munus* educativo dei

genitori, giacché questo, ai sensi dell'art. 30, comma 1, Cost., costituisce indubbiamente un loro diritto inviolabile.

La logica promozionale e relazionale nell'approccio al problema della condizione giuridica del minore – una logica che impone la considerazione preminente del diritto del minore a ricevere dai propri genitori un'educazione rispettosa del valore sovrautilitaristico della persona – è stata invece fedelmente tradotta dal legislatore ordinario nella formula secondo cui i compiti educativi dei genitori devono essere assolti nel rispetto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni dei figli: una formula originariamente dettata, dal legislatore della riforma del diritto di famiglia del 1975, con riferimento al “dovere” educativo dei genitori (coniugati) nei confronti dei figli (art. 147 c.c. nel testo vigente a seguito dell'entrata in vigore della l. 19 maggio 1975, n. 151 e fino all'entrata in vigore del d. l.gs. 28 dicembre 2013, n. 154) e poi riproposta, dal legislatore della più recente riforma della filiazione del 2012, con significativo mutamento di prospettiva, con riferimento al correlativo “diritto” dei figli nei confronti dei genitori all'interno di una nuova norma-manifesto, intitolata appunto ai “diritti e doveri del figlio” e contenente un vero e proprio “statuto unitario” del rapporto genitori-figli (art. 315 *bis* c.c., comma 1, inserito ad opera della l. 10 dicembre 2012, n. 219).

Questa norma si apre appunto con l'enunciazione del diritto del figlio al mantenimento, all'istruzione e all'educazione nei confronti dei genitori, cui segue immediatamente l'ulteriore statuizione secondo cui «il figlio ha diritto di crescere in famiglia» (art. 315 *bis* c.c., comma 2). E ciò allo scopo di mettere in chiaro fin da subito che la famiglia – o, più precisamente, quella peculiare “formazione sociale” che si origina per il fatto della generazione – è il luogo “naturale” in cui, in virtù dell'indicato carattere di gratuità del legame che in essa si dà, una relazione educativa autenticamente rispettosa delle esigenze della norma personalista può e deve essere coltivata, con esclusione di soluzioni alternative che sottraggano ai genitori i compiti educativi, salvo i casi in cui manchino o siano “incapaci” di provvedervi, secondo quanto disposto anche dall'art. 30, comma 2, Cost. («*Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti*») e, nella maniera forse più compiuta, dall'art. 1, comma 1, l. 4 maggio 1983, n. 184 («*Il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia*»). Né deve essere trascurato che anche il legislatore del 2012 ha ritenuto di accompagnare l'enunciazione dei diritti del figlio con la previsione dei suoi doveri, e

segnatamente del dovere di “rispettare i genitori”, ribadendo così che il riguardo dovuto alla personalità del figlio nell’adempimento del dovere educativo non può significare che i genitori debbano subire senz’altro ogni sua autonoma determinazione, e dunque che il loro *munus* educativo non è affatto incompatibile con il limite posto a un’autodeterminazione del minore che non appaia coerente con la finalità promozionale che dà senso e giustificazione a quel *munus*.

2. Il problema dei diritti del minore nella Convenzione di New York

L’approccio costituzionale alla problematica della condizione giuridica del minore ha trovato un riscontro chiaro nelle norme della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, adottata dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 e ratificata dall’Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176. Nella cultura giuridica italiana la Convenzione di New York ha potuto così svolgere un ruolo decisivo nel favorire una comprensione autentica dei principi costituzionali sulla condizione giuridica del minore, promuovendo una presa di coscienza sempre più diffusa in ordine alla piena titolarità di diritti in capo ad esso e alla conseguente necessità di superare definitivamente la tradizionale prospettiva paternalista senza però dar corso a visioni oltranziste dell’autodeterminazione del minore. Del resto, come ha avuto modo di precisare anche il giudice delle leggi in più circostanze, il testo normativo in questione è in grado di esercitare un’efficacia molto rilevante sul diritto interno, integrandone direttamente la disciplina e gli stessi parametri di legittimità anche attraverso il riferimento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale, stante la mancanza nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo di norme specificamente dedicate alla protezione dei minori, utilizza appunto le norme e i principi della Convenzione di New York per dar corpo al diritto del minore e dei suoi genitori al rispetto della propria vita privata e familiare di cui all’art. 8 CEDU.

La Convenzione di New York è invero un testo molto articolato ed estremamente vario nei contenuti. Consta di un preambolo e di ben 54 articoli, suddivisi in tre parti distinte, la prima delle quali – la più estesa (artt. 1-41) – è specificamente dedicata alla trattazione – invero non particolarmente ordinata e, forse, neppure esaustiva – di questioni anche molto diverse per quanto pur sempre connesse alla tutela del minore: non c’è solo il riconoscimento di diritti civili e libertà fondamentali, c’è anche la previsione di diritti

sociali e l'enunciazione di criteri direttivi destinati a orientare interventi di *welfare* e politiche per l'infanzia e l'adolescenza. Le norme di questo secondo tipo sembrano anzi prevalenti rispetto alle prime. Qualcuno ha parlato addirittura di un'esplosione dei diritti e di un eccesso di regolazione. L'osservazione non sembra invero pertinente soprattutto se si tiene conto della vocazione universale del testo, e dunque del fatto che esso si rivolge a contesti caratterizzati da livelli di sviluppo economico e sociale estremamente differenti, e della sua autentica natura, che non è tanto quella di un arido codice dei diritti del minore, ma di un testo che, come è stato detto, individua principalmente linee di sviluppo ed evidenzia bisogni che devono trovare appagamento in uno sforzo collettivo di riflessione e di impegno.

In ogni caso, anche in un testo così complesso ed eterogeneo è possibile ravvisare un'ispirazione di fondo, che non sembra affatto distante dall'approccio personalista della Costituzione. La critica rivolta alla Convenzione di aver mantenuto un atteggiamento ambiguo tra la tradizionale posizione paternalista e la posizione di chi esalta invece l'autodeterminazione del minore, e dunque di non aver optato con chiarezza né per l'una né per l'altra prospettiva, proviene in realtà da ambiti culturali – nazionali e internazionali – che appaiono polarizzati su quelle visioni antagoniste e sembrano perciò indisponibili a riconoscere la peculiare attitudine dell'approccio personalista nel tenere insieme le istanze della protezione e quelle dell'autonomia – il *munus* educativo dei genitori, da un lato, e i diritti di libertà dei figli, dall'altro – all'interno di una prospettiva di autentica promozione umana, che si realizza attraverso un dialogo educativo, che può essere davvero rispettoso del valore sovrautilitaristico della persona in quanto si svolge in un contesto relazionale – qual è il rapporto con i propri genitori – dal quale dovrebbe essere bandita in radice ogni forma di reciproca strumentalizzazione.

La tesi di una sostanziale omogeneità di ispirazione tra la Costituzione e la Convenzione di New York trova conferma anzitutto nel sistema dei principi e dei valori di fondo che si ricava dalla lettura del preambolo. Qui, infatti, al riferimento alla «*dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana*», ai «*loro diritti, uguali ed inalienabili*» e all'affermazione secondo cui «*ciascuno può avvalersi di tutti i diritti e di tutte le libertà... enunciate [nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo], senza distinzione di sorta...*» si accompagna il riconoscimento che «*il fanciullo, ai fini dello sviluppo armonioso e completo della sua personalità, deve crescere in un ambiente familiare in*

un clima di felicità, di amore e di comprensione», che l'educazione del fanciullo, al fine di consentirgli di «avere una sua vita individuale nella società», deve realizzarsi «in uno spirito di pace, di dignità, di tolleranza, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà», che «la famiglia, unità fondamentale della società ed ambiente naturale per la crescita ed il benessere... dei fanciulli, deve ricevere la protezione e l'assistenza di cui necessita per poter svolgere integralmente il suo ruolo nella collettività».

Ciò che risulta fin da subito è dunque che la Convenzione non intende mettere in discussione non solo che il minore è titolare di tutti i diritti civili e le libertà fondamentali della persona, ma neppure che un autentico protagonismo sociale dell'individuo non può prescindere da un'opera educativa non omologante e oppressiva qual è quella naturalmente destinata ad esplicarsi nel contesto amorevole della famiglia. Ma con ciò sembra già sufficientemente chiara la presa di distanza della Convenzione sia da una prospettiva tutta ripiegata sulle esigenze di tutela del minore affidate alla gestione degli adulti sia dall'opposta prospettiva che lo riconosce senz'altro capace di un'autonomia, che non trova però alcun limite nel *munus* educativo dei genitori.

L'assunto incontra ulteriori conferme nella lettura delle norme della Convenzione. In particolare, appare anzitutto significativa la compresenza nel medesimo testo normativo del riconoscimento anche in capo al minore dei principali diritti di libertà – la libertà di esprimere liberamente la propria opinione (art. 12), la «libertà di cercare, ricevere, diffondere informazioni e idee di ogni genere» (art. 13), la «libertà di pensiero, coscienza e religione» (art. 14), la «libertà di associazione» e «di riunione pacifica» art. 15), il divieto di esporre il fanciullo «a interferenze arbitrarie o illegali nella sua vita privata, nella sua vita familiare, nel suo domicilio o nella sua corrispondenza», nonché ad «attentati illegittimi al suo onore e alla sua reputazione» (art. 16) – e dell'impegno degli Stati, formulato in termini generali, a «rispettare la responsabilità, i diritti e i doveri dei genitori... intesi ad assicurare, in maniera coerente con lo sviluppo della capacità del fanciullo, un'appropriata direzione e guida nell'esercizio dei diritti riconosciuti dalla Convenzione» (art. 5).

Talora questo ruolo di guida dei genitori nell'esercizio delle libertà fondamentali del minore è ribadito dalla stessa norma che gli riconosce un determinato diritto, magari in ragione della sua peculiare delicatezza dei conflitti che possono determinarsi a seguito del suo esercizio. E così, nella previsione dell'art. 14, all'enunciazione del diritto del

fanciullo alla libertà di pensiero, coscienza e religione (comma 1) fa subito seguito la conferma dell'impegno degli Stati a «rispettare i diritti e i doveri dei genitori... di guidare il fanciullo nell'esercizio del summenzionato diritto in maniera che corrisponda allo sviluppo delle sue capacità» (comma 2). Altre volte, come nel caso del riconoscimento del diritto del fanciullo di esprimere liberamente la sua opinione, la norma si preoccupa invece di precisare che certe opinioni devono comunque essere prese in considerazione tenendo conto dell'età e del grado di maturità di chi le ha formulate (art. 12, comma 1).

Si è detto da alcuni che proprio certe disposizioni evidenzerebbero la tensione irrisolta nel testo della Convenzione fra la prospettiva dell'autonomia e quella della tutela e finanche che il riconoscimento in capo ai genitori di un ruolo di direzione nell'esercizio dei diritti fondamentali del minore confermerebbe la concezione tradizionale del minore come soggetto sprovvisto di capacità d'agire, sicché la portata innovativa del riconoscimento di certi diritti in capo al minore sarebbe del tutto vanificata. In realtà, sembra piuttosto che certe norme intendano evidenziare come, in una relazione educativa a struttura dialogica, le posizioni in partenza contrapposte dei genitori e del figlio in ordine a una determinata scelta personale devono tendere a conciliarsi secondo la regola indicata del concerto delle volontà degli uni e dell'altro. Non c'è dunque nessuna mistificazione nel riconoscimento delle libertà fondamentali del minore: certe libertà sussistono effettivamente anche in capo ad esso, ma possono essere esercitate solo nei limiti posti dal rispetto delle finalità proprie del *munus* educativo dei genitori.

Peraltro, sia pure con riferimento specifico all'educazione scolastica, la Convenzione riconosce con chiarezza tali finalità nello «sviluppo della personalità del fanciullo, dei suoi talenti, delle sue abilità mentali e fisiche, al massimo delle sue potenzialità», nello «sviluppo del rispetto per i diritti umani e per le libertà fondamentali», nella «preparazione del fanciullo ad una vita responsabile in una società libera, in uno spirito di comprensione, pace, tolleranza, eguaglianza tra i sessi e amicizia tra tutti i popoli» e ancora nello «sviluppo del rispetto per l'ambiente naturale» (art. 29). Non si può obiettare quindi che, nella prospettiva autentica della Convenzione, i contenuti del *munus* educativo rimangano indeterminati e che siano perciò rimessi a un'arbitraria definizione da parte dei suoi titolari. Ai genitori è affidata piuttosto l'attuazione di un preciso "programma pedagogico", che nella sua essenza appare riconducibile alla formula già impiegata del rispetto per il valore sovrautilitaristico della persona.

Al termine di questa sommaria analisi dei contenuti della Convenzione di New York, che è valsa semplicemente a metterne in luce la natura e l'ispirazione di fondo, non sembra inopportuno tornare ancora sul dato già evidenziato del riconoscimento in capo al minore anche di una nutrita serie di diritti sociali accanto alle tradizionali libertà fondamentali. Si pensi, per citare solo alcuni esempi più vistosi, alla norma che enuncia il diritto del fanciullo al godimento dei più alti livelli raggiungibili di salute fisica e ai servizi per le cure mediche e riabilitative (art. 24) o alla norma che gli riconosce il diritto di beneficiare delle misure di mutualità e di sicurezza sociale (art. 26) o ancora alla norma che gli garantisce il diritto all'istruzione (art. 28). Vengono qui in considerazione autentici diritti di prestazione, e cioè diritti consistenti in una pretesa all'erogazione di un servizio pubblico. Ma la Convenzione riconosce al minore anche altri diritti, certamente non ascrivibili alla categoria dei diritti civili, i quali, sebbene non presentino la struttura tipica del diritto a prestazione, hanno pur sempre di mira la realizzazione dell'imperativo della giustizia sociale, sicché anch'essi possono essere qualificati, almeno in un senso ampio, come diritti sociali. Si pensi, ad esempio, alla norma che garantisce al minore il diritto a essere protetto dallo sfruttamento economico e dal compiere qualsiasi lavoro rischioso o che interferisca con la sua educazione o che sia nocivo per la sua salute o per lo sviluppo fisico, mentale, spirituale, morale o sociale (art. 32).

Ebbene, il riconoscimento anche di certi diritti da parte della Convenzione è un dato oltremodo significativo al fine di chiarirne ulteriormente l'ispirazione nell'approccio alla problematica dei diritti dei minori. Anche certe norme contribuiscono infatti a marcare la distanza profonda che separa il sistema della Convenzione di New York da quelle prospettive culturali, che, enfatizzando oltremodo il ruolo dei diritti civili e dell'autodeterminazione individuale in vista di una piena emancipazione del minore, tendono a "privatizzare" la questione minorile, facendo perdere completamente di vista che essa deve essere piuttosto fronteggiata attraverso opportune politiche per l'infanzia e l'adolescenza, che, nel rispetto del principio della sussidiarietà, dovrebbero peraltro essere capaci di mobilitare, ancor più che i pubblici poteri, le migliori risorse della società civile. È stato detto, del resto, che riconoscere i diritti di libertà del minore senza riconoscergli anche i diritti di "liberazione" – tali sono infatti i diritti sociali: diritti alla liberazione dal bisogno e dalla paura – si risolverebbe in una sostanziale mistificazione se non in una drammatica irrisione.

3. Gli strumenti di partecipazione del minore e la Convenzione di Strasburgo

La prospettiva fatta propria sia dalla Costituzione sia dalla Convenzione di New York, secondo cui i diritti e le libertà fondamentali del minore possono e devono realizzarsi all'interno di una relazione educativa con i genitori che sia rispettosa della personalità del minore e che esibisca perciò una struttura dialettica e non autoritaria, implica evidentemente che il minore debba sempre poter esprimere liberamente la sua opinione sulle diverse questioni e procedure che lo riguardano nella misura in cui – com'è evidente – sia capace di farlo, avendo conseguito un sufficiente grado di maturità. A tal fine al minore è riconosciuto un vero e proprio diritto di essere ascoltato, oggi espressamente previsto in termini generali dalla stessa norma – il già citato art. 315 *bis* c.c. – che ne enuncia anche il diritto al mantenimento, all'istruzione e all'educazione nei confronti dei genitori e il diritto a crescere in famiglia.

Al pari di questi ultimi diritti e insieme ad essi il diritto all'ascolto svolge infatti un ruolo insostituibile in vista di una promozione autentica della persona in formazione. In particolare, come è stato detto, l'ascolto del minore costituisce un criterio pedagogico decisivo, nel senso che, soltanto laddove esso è adeguatamente garantito, la relazione educativa può dirsi davvero informata al rispetto del valore sovrautilitaristico della persona. Ancorché le norme costituzionali non ne facciano espressa menzione, si deve allora riconoscere che anche il diritto all'ascolto esibisce un fondamento costituzionale inequivocabile negli artt. 2 e 30 Cost. e che, pertanto, il legislatore ordinario conserva una certa discrezionalità solo con riferimento ad aspetti marginali della sua disciplina e solo nel senso di renderne più agevole l'esercizio. E così, ad esempio, all'art. 315 *bis* c.c., comma 3, cit., il legislatore del 2012 ha previsto che il diritto all'ascolto debba senz'altro essere riconosciuto al minore che abbia compiuto dodici anni, mentre ha condizionato il diritto del minore infradodicenne alla verifica in concreto della sua capacità di discernimento.

Invero, nonostante il chiaro fondamento costituzionale, anche il diritto all'ascolto è rimasto a lungo nascosto tra le pieghe del sistema. La legislazione ordinaria è apparsa così per troppo tempo largamente inadeguata sotto questo profilo. In particolare, nel favorire una percezione sempre più definita dell'importanza decisiva dell'ascolto del minore – come, in genere, di tutti i diritti del minore – ha avuto un ruolo determinante la

necessità di dar attuazione agli obblighi assunti con la ratifica della Convenzione di New York. Come già si è avuto modo di ricordare, infatti, l'art. 12, comma 1, della Convenzione dispone appunto che *«gli Stati... devono assicurare al fanciullo capace di formarsi una propria opinione, il diritto di esprimerla liberamente e in qualsiasi materia, dovendosi dare alle sue opinioni il giusto peso relativamente alla sua età e maturità»*. Oggi peraltro il diritto all'ascolto è riconosciuto, con formulazione sostanzialmente corrispondente, anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nella stessa norma già citata specificamente dedicata ai “diritti del minore” (art. 24, comma 1). È appena il caso di precisare tuttavia che l'ascolto del minore assume un ruolo completamente diverso nella prospettiva antagonista dell'autodeterminazione assoluta e in quella personalista della promozione della persona del minore nella relazione educativa con i suoi genitori.

Sempre la Convenzione di New York è stata poi determinante nel far sì che il diritto all'ascolto fosse progressivamente compreso non solo quale corretta modalità di esercizio del *munus* educativo, ma anche nella sua proiezione processuale nei diversi contesti patologici in cui il minore può trovarsi coinvolto a diverso titolo, e dunque quale strumento funzionale a consentire alla sua voce di raggiungere l'autorità giurisdizionale che si trovi a dover decidere su questioni che, direttamente o indirettamente, possano incidere sui suoi diritti. L'art. 12, comma 2, della Convenzione di New York dispone infatti che, affinché le opinioni del fanciullo possano essere adeguatamente tenute in considerazione, deve essergli riconosciuta *«la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale»*. In effetti, a partire dall'indicato dato convenzionale e tenendo conto anche delle disposizioni che hanno progressivamente favorito il consolidamento del diritto all'ascolto nell'ordinamento interno (sono stati decisivi soprattutto gli interventi del legislatore del 2001 sulla disciplina del procedimento per la dichiarazione dello stato di abbandono – cfr. il testo novellato dell'art. 15, comma 2, l. 4 maggio 1983, n. 184 – e del legislatore del 2006 sulla disciplina sull'affidamento dei figli in caso di crisi del rapporto della coppia genitoriale – cfr. l'art. 155 *sexies* c.c., poi abrogato e trasfuso dal legislatore del 2013, con integrazioni non irrilevanti, nell'attuale art. 336 *octies* c.c.), la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo

di chiarire a più riprese che l'ascolto del minore da parte del giudice deve essere garantito in tutti i giudizi i cui effetti si producono anche nella sua sfera giuridica, e cioè in tutti quei giudizi nei quali, come pure si dice, al minore dev'essere riconosciuta almeno la qualità di parte "sostanziale".

In questi casi il mancato ascolto darebbe luogo a nullità del provvedimento, in quanto – così si dice – costituirebbe una violazione del principio del contraddittorio e dei principi che regolano il giusto processo. Una simile statuizione non sembra peraltro da intendersi nel senso che sussista una necessità incondizionata di coinvolgere il minore nel processo sia pure semplicemente attraverso il mezzo dell'ascolto da parte del giudice. La stessa giurisprudenza – di merito e di legittimità – ha infatti riconosciuto da tempo che l'ascolto rappresenta una tappa obbligatoria dell'*iter* processuale solo nella misura in cui non sia inutile – com'è certamente quando si ha a che fare con un soggetto ancora del tutto incapace di discernimento – né potenzialmente pregiudizievole per il minore, esponendolo a un'esperienza che potrebbe essere traumatica o comunque accrescendo il rischio di strumentalizzazioni da parte degli adulti. Sussiste perciò un margine di discrezionalità giudiziale nella valutazione di eventuali circostanze ostative all'ascolto. Rimane fuor di dubbio, in altri termini, che esista un diritto del minore all'ascolto da parte del giudice. È altrettanto indubbio, però, che non esista un correlativo e indiscriminato dovere del giudice di dar corso a una richiesta di ascolto. Resta fermo in ogni caso che, mentre l'ascolto del minore può essere senz'altro disposto dal giudice anche d'ufficio e senza necessità di motivazione, l'opzione negativa deve essere invece adeguatamente motivata, in particolare dimostrandone il contrasto con l'interesse del minore. Tutto ciò è ora previsto anche dall'art. 336 *bis* c.c., comma 1, introdotto ad opera del d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, con specifico riferimento ai giudizi sulla responsabilità genitoriale. Tale norma dispone infatti che «se l'ascolto è in contrasto con l'interesse del minore, o manifestamente superfluo, il giudice non procede all'adempimento dandone atto con provvedimento motivato». Invero, sempre ad opera del legislatore del 2013, una disposizione analoga è stata inserita anche all'art. 337 *octies* c.c., comma 1, ma con specifico riferimento ai soli procedimenti di omologazione degli accordi tra i genitori relativamente alle condizioni di affidamento dei figli.

La soluzione secondo cui il giudice non procede all'ascolto che appaia in contrasto con l'interesse del minore o manifestamente superfluo è, del resto, del tutto coerente con

una concezione non oltranzista dell'autodeterminazione del minore. In quest'ultima prospettiva sarebbe infatti ben più difficile mettere in discussione la logica automatica dell'atto dovuto. Un discorso analogo deve valere poi anche con riferimento all'incidenza delle risultanze dell'ascolto sulla decisione del giudice. Anche a questo riguardo, infatti, in piena coerenza con un'impostazione di fondo non appiattita su una logica di pura autodeterminazione, la giurisprudenza è dell'avviso che il giudice possa anche decidere in senso difforme rispetto all'opinione espressa dal minore, dovendo però motivare adeguatamente e in maniera tanto più approfondita quanto maggiore sia stato considerato il grado di discernimento del minore.

Sulle modalità dell'ascolto dispongono ora con un certo dettaglio i commi 2 e 3 dell'art. 336 *bis* c.c. già citato. Si dice anzitutto che *«l'ascolto è condotto dal giudice, anche avvalendosi di esperti o di altri ausiliari»* e che *«i genitori, anche quando [sono] parti processuali del procedimento, i difensori delle parti, il curatore speciale del minore, se già nominato, ed il pubblico ministero, sono ammessi a partecipare all'ascolto se autorizzati dal giudice, al quale possono proporre argomenti e temi di approfondimento prima dell'inizio dell'adempimento»*. Quest'ultima norma, col prevedere la necessità di un'autorizzazione giudiziale alla partecipazione degli altri protagonisti del giudizio all'ascolto del minore, introduce evidentemente una deroga al carattere contraddittorio che dovrebbe altrimenti caratterizzare quello che, sia pure in senso lato, è pur sempre un adempimento con finalità istruttorie. Il legislatore si è con ciò preoccupato di garantire la spontaneità delle dichiarazioni del minore e di impedire qualsiasi forma di condizionamento a suo carico. È bene peraltro tener presente anche che l'art. 38 *bis* disp. att. – anch'esso introdotto dal legislatore del 2013 – dispone che *«quando la salvaguardia del minore è assicurata con idonei mezzi tecnici, quali l'uso di un vetro specchio unitamente ad impianto citofonico, i difensori delle parti, il curatore speciale del minore, se già nominato, ed il pubblico ministero possono seguire l'ascolto del minore, in luogo diverso da quello in cui si trova, senza chiedere l'autorizzazione del giudice prevista dall'art. 336 bis, secondo comma, del codice civile»*. La possibilità prevista per il giudice di avvalersi nell'ascolto di esperti o altri ausiliari è intesa in giurisprudenza anche nel senso della possibilità di una delega specifica. Si esclude invece che l'ascolto possa realizzarsi in maniera indiretta, ad esempio per il tramite delle relazioni che gli operatori dei servizi sociali svolgono nell'ambito della loro attività. Va da sé, poi, che il giudice

preposto all'ascolto deve essere in grado di entrare in una relazione di empatia e di fiducia col minore, ponendolo così nella giusta condizione di serenità.

I diritti processuali del minore non sono peraltro destinati a esaurirsi nell'ascolto. Bisogna infatti tener conto della diversità dei giudizi in cui può trovarsi coinvolto. Certamente vi sono dei giudizi nei quali egli è semplicemente parte "sostanziale". È quel che avviene, almeno secondo l'opinione prevalente, seguita anche in giurisprudenza, nei giudizi connessi alla crisi del rapporto di coppia tra i genitori e nei relativi procedimenti di modifica. Qui, in effetti, si tratta soltanto delle modalità personali e patrimoniali di affidamento dei figli, e dunque della "gestione" degli interessi del minore affidata ai genitori. Vi sono però anche giudizi nei quali la necessità di riconoscere al minore la qualità di parte vera e propria del processo – e dunque, come si dice, la *legitimatio ad causam* – discende direttamente dai principi costituzionali sulla tutela giurisdizionale dei diritti (art. 24, comma 1, Cost.), trattandosi di giudizi che hanno ad oggetto direttamente lo *status filiationis* o i diritti del minore. Si pensi, ad esempio, ai giudizi dichiarativi dello stato di adottabilità o ai procedimenti attraverso cui si realizza il controllo giudiziario sull'esercizio della responsabilità genitoriale o ancora alle azioni di stato o al giudizio di opposizione al riconoscimento successivo.

Ora, è del tutto evidente che l'esigenza di assicurare la partecipazione del minore al giudizio che lo riguarda è meno intensa nelle prime ipotesi considerate che nelle seconde. Nelle prime indicate – quelle in cui il minore è semplicemente parte "sostanziale" – l'ascolto è certamente uno strumento capace a garantire, ove necessario, le esigenze di partecipazione del minore. Nelle ipotesi in cui il minore è parte in senso proprio, invece, le sue esigenze difensive non possono certo essere surrogate da uno strumento di per sé inidoneo a soddisfare a pieno la tutela del contraddittorio. Beninteso, anche in queste ipotesi l'ascolto è destinato a svolgere un ruolo molto importante. Si tratta infatti dell'unico modo attraverso cui arriva al giudice la voce autentica del minore. Nondimeno l'ascolto ha pur sempre la funzione – istruttoria in senso ampio – di fornire informazioni su determinati fatti da parte dello stesso minore e di contribuire alla determinazione del suo interesse, sicché in nessun modo potrebbe essere considerato il mezzo attraverso cui si realizza la presenza del minore nel processo con la pienezza dei poteri propri della parte. A tal fine è necessario che al minore sia riconosciuta una rappresentanza tecnica distinta da quella dei genitori, e dunque la possibilità di nominare un avvocato.

In effetti, per quanto il minore sia parte del processo, deve escludersi che egli abbia anche la capacità di stare in giudizio, la cd. *legitimatatio ad processum*. È noto, infatti, che quest'ultima coincide col libero esercizio dei diritti che si fanno valere in giudizio (art. 75 c.p.c., comma 1), e dunque con la capacità di agire. Come si è visto, però, neppure con riferimento agli atti a contenuto personale il minore capace di discernimento può considerarsi senz'altro anche legalmente capace, dovendo valere piuttosto la regola del concerto con la volontà dei genitori. Di conseguenza o il minore sta in giudizio in virtù della rappresentanza dei genitori oppure, laddove sussista un conflitto di interessi anche solo potenziale con questi, in virtù della rappresentanza di un curatore speciale all'uopo nominato dal giudice ai sensi dell'art. 78 c.p.c., comma 2. In ogni caso, dovrebbe però stare in giudizio col ministero di un proprio difensore. Invero, una simile possibilità è ora espressamente prevista dal legislatore nella disciplina del procedimento di adottabilità (art. 8, comma 4, l. 28 marzo 2001, n. 149: «*Il procedimento di adottabilità deve svolgersi fin dall'inizio con l'assistenza legale del minore e dei genitori o degli altri parenti...*») e dei procedimenti sulla responsabilità genitoriale (art. 336 c.c., comma 4, aggiunto ad opera della l. 149/2001 cit., in vigore da luglio 2007: «*Per i provvedimenti di cui ai commi precedenti, i genitori e il minore sono assistiti da un difensore*»). Tali disposizioni sono per lo più intese nel senso che al minore dev'essere anzitutto nominato un curatore speciale, e dunque nel senso che in certi casi il conflitto di interessi con i genitori può senz'altro considerarsi *in re ipsa*.

Ciò non esclude peraltro che il diritto vigente continui a presentare delle lacune talora anche assai rilevanti. Sorprende anzitutto che, anche dopo gli interventi del legislatore del 2012 e del 2013, l'art. 336 c.c. presenti ancora la stessa formulazione dettata a suo tempo dal legislatore della riforma del diritto di famiglia, disponendo tuttora che i provvedimenti sulla responsabilità genitoriali «*sono adottati su ricorso dell'altro genitore, dei parenti o del pubblico ministero e, quando si tratta di revocare deliberazioni anteriori, anche del genitore interessato*», senza contemplare invece la possibilità che l'intervento del giudice sia sollecitato direttamente dal minore, che pure, come s'è detto, in certi giudizi è certamente parte in senso proprio. E ciò nonostante che gli interpreti più avveduti avessero sollevato il dubbio sulla legittimità costituzionale di questa soluzione già all'indomani dell'entrata in vigore della novella del 1975. Né sono mancate proposte di interpretazione costituzionalmente conforme della norma in questione. Non sembra in

effetti corretto continuare a opporre il dato dell'incapacità legale del minore, giacché esso vale semmai ad escludere la sua *legitimatatio ad processum* non quella *ad causam*. Il rilievo secondo cui sarebbe "immorale" che il minore denunci in giudizio le colpe del proprio genitore risponde invece alla tradizionale prospettiva paternalista e deve perciò considerarsi superato.

Una lacuna di un certo rilievo è poi rappresentata dal fatto che, in base al disposto dell'art. 79 c.p.c., il giudice non possa disporre d'ufficio la nomina di un curatore speciale del minore in caso di conflitto di interessi con i genitori, anche al di là delle due ipotesi già indicate in cui il conflitto deve ritenersi *in re ipsa*. Almeno questo problema sembra invero essere stato risolto dalla giurisprudenza in via interpretativa. A tal fine è stato decisivo ancora una volta il riferimento al sistema delle fonti internazionali, che però, con specifico riguardo ai diritti processuali del minore, è integrato anche dalla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori, fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996 in seno al Consiglio d'Europa e ratificata dall'Italia con l. 20 marzo 2003, n. 77. In effetti, dalla lettura di questo testo normativo emerge con chiarezza una visione assai dettagliata e ad ampio raggio delle garanzie da riconoscere alla partecipazione processuale del minore.

In particolare, la Convenzione di Strasburgo precisa anzitutto che i procedimenti giudiziari, all'interno dei quali ci si propone di rendere più agevole l'esercizio dei diritti dei minori, «*facendo in modo che possano... essere informati e autorizzati a partecipare*» (art. 1, comma 2), sono essenzialmente tutti «*i procedimenti in materia di famiglia, in particolare quelli relativi all'esercizio delle responsabilità genitoriali, trattandosi soprattutto di residenza e di diritto di visita nei confronti dei minori*» (art. 1, comma 3). Si dispone quindi che, in questi procedimenti, al minore capace di discernimento secondo il diritto interno spetta anzitutto il diritto di «*ricevere ogni informazione pertinente*», di «*essere consultato ed esprimere la propria opinione*», di «*essere informato delle eventuali conseguenze che tale opinione comporterebbe nella pratica e delle eventuali conseguenze di qualunque decisione*» (art. 3, ma anche art. 6). Si chiarisce poi che «*quando il diritto interno priva i detentori delle responsabilità genitoriali della facoltà di rappresentare il minore a causa di un conflitto di interesse, il minore ha il diritto di richiedere, personalmente o tramite altre persone od organi, la designazione di un rappresentante speciale nei procedimenti che lo riguardano dinanzi a un'autorità giudiziaria*» (art. 4) e che, in certe situazioni, all'autorità giudiziaria deve riconoscersi

senz'altro il potere di procedere d'ufficio alla designazione (art. 9). La Convenzione di Strasburgo sembra peraltro andare oltre il riconoscimento del diritto del minore di partecipare al processo attraverso un suo rappresentante sostanziale qual è pur sempre il curatore speciale. Ai minori si riconosce infatti anche il «*diritto di chiedere di essere assistiti da una persona appropriata, di loro scelta, che li aiuti ad esprimere la loro opinione*», «*di chiedere essi stessi, o tramite altre persone od organi, la designazione di un rappresentante distinto, e nei casi opportuni, di un avvocato*», «*di designare il proprio rappresentante*», «*di esercitare completamente o parzialmente le prerogative di una parte in tali procedimenti*» (art. 5). È chiaro insomma il riferimento alla necessità che anche il minore, laddove è parte in senso proprio, possa stare in giudizio col ministero di un difensore personale.

Invero, mentre alla Convenzione di New York dev'essere senz'altro riconosciuta "efficacia imperativa" nell'ordinamento interno, e dunque l'idoneità a integrarne le disposizioni, l'efficacia diretta della Convenzione di Strasburgo nel diritto dei singoli Stati aderenti è espressamente limitata alle sole categorie di controversie familiari indicate all'atto della ratifica (art. 1, comma 4). Ed è noto che l'Italia ha adottato al riguardo una soluzione minimale, circoscrivendo l'applicazione della Convenzione all'intervento del giudice nei casi di disaccordo dei coniugi su "affari essenziali" (art. 145 c.c.) e di violazione delle norme sull'amministrazione del patrimonio del figlio minore da parte dei genitori (artt. 322 e 323 c.c.), nonché alle azioni di disconoscimento della paternità e di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, per le quali peraltro il legislatore riconosce da tempo la legittimazione attiva – e, nel caso del disconoscimento, anche passiva – del minore attraverso l'ufficio di un curatore speciale, nominato su istanza del pubblico ministero o dell'altro genitore o anche dello stesso minore che abbia compiuto un'età, che da ultimo il legislatore del 2013 ha ridotto da sedici a quattordici anni (artt. 244, 247, 264 c.c.). La giurisprudenza di legittimità è nondimeno dell'avviso che le norme della Convenzione di Strasburgo devono comunque ritenersi suscettibili di influenzare il lavoro dell'interprete anche al di là dell'ambito ristretto indicato, orientando, per la loro valenza di principio e per il loro significato promozionale, il senso delle disposizioni di cui il giudice è chiamato a fare applicazione. Del resto, che, in caso di conflitto di interesse con i genitori, la nomina di un curatore speciale del minore possa essere disposta dal giudice anche d'ufficio è stato ritenuto dallo

stesso giudice delle leggi proprio sulla base dell'art. 9, comma 1, della Convenzione di Strasburgo con riferimento a un giudizio – quello instaurato ai sensi dell'art. 250 c.c., comma 4 – certamente non compreso tra quelli ai quali essa è direttamente applicabile.

4. L'interesse del minore

Gli strumenti di partecipazione del minore ai giudizi che a diverso titolo possono coinvolgerlo sono evidentemente funzionali a far sì che questi giudizi realizzino al meglio il suo interesse, e cioè garantiscano al minore in essi coinvolto il massimo benessere possibile. È ben noto, del resto, che, ai sensi dell'art. 3, comma 1, della Convenzione di New York, *«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»*. Una statuizione analoga si rinviene ora anche nell'art 24, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che pure, come si è già detto, al comma 1 della stessa norma, subito dopo aver riconosciuto che *«i minori hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere»*, sancisce il diritto del minore all'ascolto, e cioè il diritto a che l'opinione da lui liberamente espressa sulle diverse questioni che lo riguardano sia presa in considerazione tenuto conto della sua età e maturità. Sempre all'art. 24 della Carta, peraltro, al comma 3 la contrarietà all'interesse del minore è richiamata al fine di comprimere il diritto dello stesso a intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori. Il riferimento all'interesse “superiore” dei minori ricorre poi anche in talune norme della Convenzione di Strasburgo, e segnatamente nell'enunciazione della finalità complessiva del testo all'art. 1, comma 2 (*«promuovere, nell'interesse superiore dei minori, i loro diritti...»*), nella conferma della finalità dell'intervento dell'autorità giudiziaria nei diversi procedimenti che coinvolgono un minore all'art. 6, lett. a) (*«...al fine di prendere una decisione nell'interesse superiore del minore»*), nonché all'art. 10, al fine di limitare i doveri di informazione del rappresentante del minore nei suoi confronti nei diversi procedimenti giudiziari che lo riguardino (*«...a meno che non sia manifestamente contrario agli interessi superiori del minore»*). D'altra parte, proprio in virtù di queste chiare indicazioni che si rinvengono nelle fonti internazionali, i riferimenti all'interesse del minore – anche qualificato come “superiore”, “preminente”, “prioritario” o

“esclusivo” – sono divenuti sempre più frequenti anche a livello della legislazione ordinaria, in special modo – ma non solo – nel codice civile (artt. 158, comma 2, 250, commi 4 e 5, 251, comma 1, 252, commi 2 e 5, 317 *bis*, comma 2, 336 *bis*, comma 1, 337 *ter*, comma 2, 337 *quater*, comma 2, 337 *sexies*, comma 1, 337 *octies*, comma 1) e nella disciplina dell’adozione (artt. 4, commi 5 e 5 *ter*, 11, comma 1, 14, comma 2, 25, commi 3, 4 e 5, 32, comma 1, 33, comma 4, 35, commi 3 e 4, 43, comma 3, 46, comma 2, 57, comma 1, n. 2, l. 4 maggio 1983, n. 184).

Tenuto conto di tutti questi dati normativi e anche in forza dell’art. 117 Cost., comma 1, secondo cui la potestà legislativa deve essere esercitata non solo nel rispetto della Costituzione, ma anche «*dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*», è stato allora giustamente osservato che l’interesse del minore è ormai divenuto un “valore apicale di sistema”, avendo assunto il ruolo di «*nuovo principio sistematico organizzatore di tutto il diritto minorile e si potrebbe senz’altro dire di tutto il diritto di famiglia*». Il ruolo che un simile principio è chiamato a svolgere è tuttavia destinato a mutare in maniera significativa a seconda della tipologia di approccio di fondo dell’interprete alla questione minorile.

In effetti, è del tutto evidente anzitutto che, nella tradizionale prospettiva paternalista, che nega qualsiasi rilievo alla volontà del minore anche in ambito personale, l’interesse del minore è destinato ad assumere addirittura un ruolo sostitutivo dei suoi diritti e finisce pertanto per operare come uno strumento di controllo autoritario sulla sua vita in funzione delle esigenze degli adulti titolari dei poteri di cura su di esso. Di contro, nella diversa prospettiva che esalta l’autodeterminazione piena del minore capace di discernimento, il ruolo del principio in questione o è del tutto svalutato, in quanto l’attuazione degli interessi meritevoli del minore è già garantita dal riconoscimento in capo ad esso del libero esercizio dei diritti corrispondenti, quanto meno dei diritti e delle libertà fondamentali della persona, oppure, non avendo comunque un ruolo davvero significativo da svolgere, finisce per prestarsi a un uso puramente retorico, che serve solo a rendere più persuasivo l’esito di un bilanciamento tra diritti fondamentali facenti capo ai diversi protagonisti di una determinata vicenda o addirittura a far prevalere un interesse degli adulti o comunque una visione astratta e ideologizzata del benessere del minore, del tutto avulsa dall’interesse del concreto minore coinvolto. È quel che avverrebbe, ad esempio, com’è stato peraltro analiticamente dimostrato in dottrina, nella giurisprudenza della

Corte europea dei diritti dell'uomo, che si caratterizza, com'è noto, per un uso sempre più insistente del paradigma del superiore interesse del minore.

In realtà, è solo nell'indicata prospettiva costituzionale del "pieno sviluppo" della persona del minore all'interno della relazione educativa con i genitori – una relazione rispettosa della norma personalista e perciò a struttura dialogica e non autoritaria – che l'interesse del minore, senza depotenziare i diritti dei minori, rimettendone la realizzazione all'arbitrio degli adulti, può nondimeno conservare un ruolo decisivo quale strumento necessario per la loro piena attuazione, e dunque in funzione di supporto e di rafforzamento degli stessi. In effetti, solo se si muove dall'assunto che anche il minore è titolare di diritti che può però far valere solo insieme ai suoi genitori e comunque non in maniera pienamente autonoma, l'interesse del minore può ancora svolgere un ruolo insostituibile quale criterio valutativo dell'esercizio di un qualche diritto del minore in un determinato caso di vita, e dunque anzitutto dell'esercizio della responsabilità genitoriale e dell'eventuale intervento del giudice in funzione correttiva o integrativa. Ma con ciò si comprende anche perché l'interesse del minore non può intendersi correttamente né come un interesse generale ed astratto, individuabile *a priori* e una volta per tutte, né come un interesse riferito unicamente al futuro, all'adulto che il minore è destinato a diventare. Deve trattarsi piuttosto dell'interesse concreto del singolo minore nella precisa situazione in cui si trova, e dunque di un interesse individuabile solo *a posteriori*, sulla base di una valutazione personalizzata e contestualizzata. Si tratta infatti di promuovere *hic et nunc* il "pieno sviluppo" di una persona determinata, tenendo conto dei suoi concreti bisogni affettivi ed educativi, non di imporre ad essa un astratto paradigma educativo.

Ne consegue che una simile finalità non può essere perseguita altrimenti che per il tramite di una clausola generale. Solo così la norma diviene infatti capace di accogliere le innumerevoli varietà dei singoli casi concreti. L'interesse del minore non può darsi cioè che come nozione sfumata e dai contorni indefiniti, affidata alla concretizzazione sapiente di un giudice equilibrato e adeguatamente formato, che sia versato non solo nel sapere giuridico e che sia soprattutto consapevole che il suo compito è quello di risolvere al meglio il caso specifico venuto alla sua attenzione e non quello di perseguire, attraverso le sue pronunce, un qualsiasi obiettivo di rinnovamento sociale. L'indeterminatezza dell'interesse del minore è insomma, come è stato detto efficacemente, «*il necessario scotto che si deve pagare... se si vogliono attuare, in coerenza con i principi*

costituzionali di cui agli art. 2 e 3 della Carta dei valori della nostra comunità, anche i fondamentali diritti di personalità».

La discrezionalità del giudice non può comunque ritenersi priva di qualsiasi limite. È del tutto evidente, infatti, che in nessun modo la concretizzazione giudiziale dell'interesse del minore potrebbe condurre ad esiti contrastanti con i principi fondamentali dell'ordinamento, e dunque anzitutto con le esigenze poste dal rispetto del valore sovrautilitaristico della persona. Né sembra in alcun modo ipotizzabile che l'interesse del minore debba imporsi senz'altro sui diritti fondamentali degli altri soggetti con i quali il minore entra in relazione e sugli altri interessi anch'essi di rilievo costituzionale eventualmente in gioco. Anche l'interesse del minore dovrebbe piuttosto entrare in bilanciamento. In effetti, l'idea che il minore debba ritenersi per ciò solo più uguale degli altri è certamente da respingere. Una simile idea, del resto, non sembra trovare altro fondamento che in una traduzione approssimativa – e peraltro priva di qualsiasi ufficialità – della formula inglese “*best interests of the child*” adottata dalla Convenzione di New York: una traduzione per cui la formula “i migliori interessi del bambino” – e dunque “il maggior benessere possibile per il bambino”, “la soluzione migliore per il bambino tra tutte quelle possibile” – è stata resa sbrigativamente come “superiore interesse del fanciullo”, esprimendo così un'idea di comparazione tra gli interessi del minore e quelli di altri soggetti e di superiorità dei primi ai secondi del tutto assente nella formula originaria. Ciò nondimeno quella traduzione e quell'idea hanno finito per consolidarsi nell'uso del legislatore e della giurisprudenza nazionali, nonché nella stessa versione ufficiale in lingua italiana della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, offrendo così un comodo e inattaccabile argomento retorico – ma in realtà privo di qualsiasi fondamento – utile al fine di motivare interventi legislativi o singole decisioni giudiziali.

Potrebbe sembrare un uso retorico del principio del “superiore” interesse del minore anche quello che, soprattutto in anni recenti, ha favorito l'adozione da parte della giurisprudenza di merito e di legittimità di soluzioni interpretative che, come è stato detto, hanno certamente operato un «*oltrepassamento del principio di legalità*» in virtù del convincimento che una determinata situazione di fatto in cui versa il minore possa imporsi alla legge «*in nome di una giuridicità, non legale, che trae diretto fondamento e legittimità proprio dall'interesse del minore*». È il caso di quelle decisioni che, facendo

appello al principio del “superiore” interesse del minore”, hanno consentito di formalizzare il rapporto di fatto intercorrente col cd. “genitore d’intenzione” in ipotesi di ricorso all’estero alla pratica della maternità surrogata da parte di coppie formate da due uomini (ma il caso della coppia formata da un uomo e da una donna non sarebbe differente) ovvero alla diversa pratica della fecondazione eterologa da parte di coppie formate da due donne, pratiche entrambe vietate dalla legge italiana (v., rispettivamente, art. 12, comma 6 e art. 5 l. 19 febbraio 2004, n. 40). E ciò ora autorizzando la trascrizione nei registri dello stato civile dell’atto di nascita o del provvedimento giudiziale straniero attestante il rapporto genitoriale col *partner* del genitore biologico, escludendo la contrarietà all’ordine pubblico di quell’atto o di quel provvedimento, ora attraverso il ricorso all’adozione “particolare” di cui all’art. 44, comma 1, lett. d), l. 4 maggio 1983, n. 184, reputando configurabile il presupposto della “constatata impossibilità di affidamento preadottivo” anche rispetto a un minore che non possa essere dichiarato in stato di abbandono (impossibilità cd. di diritto).

In effetti, certe soluzioni, più che essere argomentate in base a una rigorosa razionalità sussuntiva, trovano fondamento in un’interrogazione della giustizia condotta direttamente dal giudice in piena libertà da ogni vincolo sistematico, a contatto diretto con i valori supremi dell’ordinamento, segnatamente col principio del “superiore” interesse del minore, che viene fatto reagire direttamente sul fatto a prescindere dalla mediazione della fattispecie, consentendo anzi «il superamento di eventuali confliggenti prescrizioni legali non più al passo coi tempi». Ora, nel contesto attuale dell’evoluzione dei rapporti sociali non sembra sufficiente limitarsi a mettere a nudo la creatività di certe soluzioni giurisprudenziali. Bisogna infatti prendere atto che, a differenza di quanto avveniva in passato, la morfogenesi sociale non è più garantita né dalla natura né da qualche altra forma statica, nella quale il giurista non aveva difficoltà a riconoscere i tratti di quel “sistema”, che, ponendosi prima e oltre la legge, assicurava il carattere cognitivo del suo lavoro. Sembra allora opportuno prendere sul serio la preoccupazione di una giurisprudenza che, sicuramente mossa dalle migliori intenzioni, attraverso il ricorso al principio del “superiore” interesse del minore, intende scongiurare il rischio che il processo di costruzione delle relazioni familiari ad opera delle prassi sociali – un processo che la legge non riesce più a orientare né a inseguire – dia luogo a esiti contraddittori rispetto alla prospettiva di un’autentica promozione umana. Bisogna nondimeno essere

avvertiti del fatto che, nel suo costante dinamismo, la morfogenesi sociale contemporanea è orientata da una sintesi culturale che sovrasta l'agire eticamente orientato dei singoli e dei gruppi e che s'impone come prassi oggettiva, superpersonale e globale, manifestandosi talora con la "forza religiosa" di un assoluto. Il vero rischio è allora che prevalgano comunque sintesi culturali alienanti, capaci di istituire la supremazia delle logiche mercantili finanche nell'ambito delle relazioni familiari, consumandole nella ricerca della gratificazione individuale e nella reciproca strumentalizzazione. Una cultura giuridica all'altezza delle sfide di questo tempo deve allora saper suscitare nella giurisprudenza il dubbio che certe decisioni, anche in maniera inconsapevole e anzi nonostante le migliori intenzioni, finiscano in realtà per assecondare una progettualità sociale ispirata dalle logiche individualiste imperanti.

5. Indicazioni bibliografiche

G. BALLARANI, *La capacità autodeterminativa del minore nelle scelte esistenziali*, Milano, 2008; A. BELVEDERE, *L'autonomia del minore nelle decisioni familiari*, in *L'autonomia dei minori tra famiglia e società* a cura di M. De Cristofaro e A. Belvedere, Milano, 1980, p. 321 ss.; ID., voce "Minore età. Diritto privato e processuale", nel *Noviss. Dig. it.*, App. V., 1984, p. 60 ss.; F. D. BUSNELLI, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 1982, p. 54 ss. (e ora anche in ID., *Persona e famiglia. Scritti di Francesco D. Busnelli*, Ospedaletto, 2017, 215 ss.); F. D. BUSNELLI e F. GIARDINA, *La protezione del minore nel diritto di famiglia italiano*, in *Giur. it.*, 1980, IV, p. 196 ss.; R. CATERINA, *Le persone fisiche*³, Torino, 2019, p. 38 ss.; C. CECHELLA, *Diritto e processo nelle controversie familiari e minorili*, Bologna, 2018; F. DANOVI, *L'audizione del minore nei processi di separazione e divorzio tra obbligatorietà e prudente apprezzamento giudiziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1418 ss.; ID., *Principi e garanzie costituzionali del giusto processo minorile*, in *Dir. fam. pers.*, 2012, p. 1217 ss.; ID., *L'avvocato del minore nel processo civile*, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 179 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 780 ss.; M. DOGLIOTTI e F. PICCALUGA, voce "Minore I) Diritto civile. Postilla di aggiornamento", in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2003; G. DOSI, *Dall'interesse ai diritti del minore: alcune riflessioni*, in *Dir. fam. pers.*, 1995, II, p. 1604 ss.; G. FERRANDO, *Diritti e interesse del minore tra*

principi e clausole generali, in *Pol. dir.*, 1998, p. 167 ss.; ID., *Le relazioni familiari nella Carta dei diritti dell'Unione europea*, in *Pol. dir.*, 2003, p. 347 ss.; F. GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, Napoli, 1984; ID., "Morte" della potestà e "capacità" del figlio, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1609 ss.; E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016; E. LA ROSA, *Tutela dei minori e contesti familiari. Contributo allo studio per uno statuto dei diritti dei minori*, Milano, 2005; L. LENTI, "Best interests of the child" o "best interest of the children", in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 157 ss.; ID., *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 86 ss.; G. MAGNO, *Elementi di diritto minorile. La tutela dell'infanzia e dell'adolescenza nel diritto interno e internazionale*, Milano, 2019; G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, Padova, 2015; L. MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1982, p. 1117 ss. (e anche in ID., *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 123 ss.); A. C. MORO, *I diritti inattuati del minore*, Brescia, 1983; ID., *Il bambino è un cittadino. Conquista di libertà e interessi formativi: la Convenzione dell'ONU e la sua attuazione*, Milano, 1991; ID., *La Convenzione ONU sui diritti dei bambini oggi in Italia*, in *Una nuova cultura dell'infanzia e dell'adolescenza. Scritti di Alfredo Carlo Moro scelti e annotati a cura di L. Fadiga*, Milano, 2006, p. 129 ss.; ID., *L'esercizio dei diritti del minore*, in *Una nuova cultura*, cit., p. 143 ss.; ID., *Diritti del minore e nozione di interesse*, in *Una nuova cultura*, cit., p. 149 ss.; ID., *Diritti del minore e diritti della famiglia*, in *Una nuova cultura*, cit., p. 181 ss.; ID., *La relazione tra i genitori e il figlio*, in *Una nuova cultura*, cit., p. 194 ss.; ID., *Manuale di diritto minorile*⁶ a cura di M. Dossetti, C. Moretti, M. Moretti, P. Morozzo della Rocca, S. Vittorini Giuliano, Bologna, 2019; E. MOSCATI, *Il minore nel diritto privato, da soggetto da proteggere a persona da valorizzare (contributo allo studio dell'"interesse del minore")*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, 3, p. 1141 ss.; A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana e il cosiddetto biodiritto*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, p. 1 ss.; M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, 2018; M. PICCINNI, *Il consenso al trattamento medico del minore*, Padova, 2007; ID., *I minori di età*, in C. M. MAZZONI e M. PICCINNI, *La persona fisica*, nel *Tratt. dir. priv.* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2016, p. 397 ss.; B. POLISENO, *Profili di tutela del minore nel processo civile*, Napoli, 2017; P. RONFANI, *I diritti del minore. Cultura giuridica e rappresentazioni sociali*², Milano, 1995; A. M. SANDULLI, *sub. Art. 30 Cost.*, nel *Comm.*

dir. it. fam. a cura di G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, I, Padova, 1992, p. 35 ss.; V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, I, p. 406 ss.; R. SENIGAGLIA, *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Napoli, 2013, p. 85 ss.; M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*⁸, Padova, 2019, p. 251 ss.; P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino-Napoli, 1975 (rist. 2018); ID., *Scelte esistenziali e autonomia del minore*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1151 ss.; A. THIENE, *Riservatezza e autodeterminazione del minore nelle scelte esistenziali*, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 172 ss.; F. TOMMASEO, *Rappresentanza e difesa del minore nel processo civile*, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 409 ss.; ID., *La Corte costituzionale sul minore come parte nei processi della giustizia minorile*, in *Fam. e dir.*, 2011, p. 547 ss.; ID., *Il processo civile familiare e minorile italiano nel contesto dei principi europei*, in *Dir. fam. pers.*, 2012, p. 1265 ss.; A. TRABUCCHI, *Il “vero interesse” del minore e i diritti di chi ha l’obbligo di educare*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 766 ss.; P. ZATTI, *Rapporto educativo e intervento del giudice*, in *L’autonomia dei minori tra famiglia e società*, cit., p. 189 ss.

EMANUELE BILOTTI, Diritti e interesse del minore

Nella prospettiva costituzionale la titolarità delle diverse situazioni soggettive in cui si sostanzia il supremo valore dell'autocompimento individuale è riconosciuta alla persona in quanto tale. Pertanto, anche il minore, non diversamente dell'adulto, dev'essere riconosciuto titolare del diritto inviolabile della realizzazione di sé come persona libera. L'autodeterminazione del minore trova comunque un limite nel munus educativo dei genitori. Peraltro, solo un rapporto educativo che presenti una struttura dialettica e non autoritaria è in grado di garantire davvero il valore sovrautilitaristico della persona. Il primo e il più importante diritto del minore è dunque quello di poter fruire di un simile rapporto educativo con i suoi genitori. L'approccio costituzionale alla problematica della condizione giuridica del minore trova un riscontro chiaro anche nella Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989. Anche la Convenzione di New York, infatti, promuove il superamento della prospettiva paternalistica senza però dar corso a visioni oltranziste dell'autodeterminazione del minore e riesce così a tenere insieme le istanze della protezione e quelle dell'autonomia in una prospettiva di autentica promozione umana. In tale contesto normativo l'ascolto del minore costituisce un criterio pedagogico decisivo. Al minore deve pertanto essere riconosciuto un vero e proprio diritto di essere ascoltato. Lo prevede anche la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori, le cui disposizioni si soffermano in particolare sui diversi strumenti di partecipazione del minore anche all'interno del processo. Tali strumenti di partecipazione sono funzionali alla realizzazione del suo miglior interesse, che è ormai divenuto un "valore apicale di sistema", avendo assunto il ruolo di nuovo principio sistematico organizzatore di tutto il diritto minorile.

Parole chiave: diritti dei minori, miglior interesse del minore, rapporto genitoriale, rapporto educativo, diritto di ascolto.

EMANUELE BILOTTI, Rights and interests of the child

In the constitutional view the various rights, in which the supreme value of the self-fulfillment is embodied, is recognised to the individual as such. Thus, the child, just like the adult, must be recognised as holder of the inviolable right of self-realization as free person. However, the self-determination of the child is limited by the educational munus of the parents. Besides, only an educational relationship with a dialectic and not authoritarian structure, could really respect the sovrautilitarian value of the individual. The first and most important right of the child is therefore the right to a such educational relationship with his or her parents. The constitutional approach to the issue of the child's legal status also finds a clear feedback in the 1989 Convention of New York on the rights of the children. The Convention of New York itself promotes the overcoming of a paternalistic frame without, however, encourage extreme views of the child's self-determination and thus keeps together protection and autonomy demands in a perspective of true human promotion. In this frame hearing the child's voice represents a fundamental pedagogical principle. The right to be heard must therefore be recognised to the child. This right is also recognized by the European Convention on the exercise of

children's rights, whose provisions deal in particular with the different participation instruments of the child even in the Courts. These participation instruments serve the realization of the best interest of the child, which has become an apical value of the system and plays the role of new core principle of the entire child law.

Key words: children's rights, best interests of the child, parental relationship, educational relationship, right to be heard (children's participation).

SEZIONE DOCUMENTI

Tribunale di Roma
IX Sezione civile
UFFICIO DEL GIUDICE TUTELARE

Il Giudice Tutelare, in persona del dott. XXX,
letta l'istanza presentata dall'amministratore di sostegno di XXX;
rilevato che, a mente delle disposizioni di cui all'art. 3 della legge 22 dicembre 2017 n. 219, laddove, come nel caso di specie, l'amministratore di sostegno abbia la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario della persona amministrata, il consenso informato è espresso esclusivamente dal medesimo amministratore;
rilevato che, nel caso di specie, non risulta l'esistenza del contrasto di cui all'art. 3, comma 5, della richiamata legge;
ritenuto, pertanto, che questo giudice non possa assumere alcuna determinazione in ordine all'eventuale autorizzazione dell'amministratore di sostegno a disporre la sospensione della terapia che assume rifiutata;
ritenuto, al contrario, che l'amministratore di sostegno, accertata la volontà della persona amministrata (anche in via presuntiva, alla luce delle dichiarazioni rese in passato dall'amministrata, anche alla presenza dello stesso amministratore) in merito al trattamento sanitario in questione, sia pienamente abilitato a rifiutare le cure proposte;

P.Q.M.

Dichiara il non luogo a provvedere sull'istanza, riservandosi ogni provvedimento in merito, qualora emergesse il contrasto di cui all'art. 3, comma 5, legge 22 dicembre 2017 n.219, su ricorso delle persone legittimate ai sensi della richiamata disposizione.

Manda alla Cancelleria per le comunicazioni.

Roma 23/09/2019

Il Giudice Tutelare
(dott. XXX)

Pubblichiamo a seguire, per l'interesse della materia e per il pregio che ha il documento, la requisitoria che il Sost. Procuratore Generale alla Suprema Corte di Cassazione dott.ssa Luisa De Renzis ha depositato in una controversia riguardante la possibilità di iscrivere come figlio di due persone dello stesso sesso il figlio di una di esse, di sesso femminile, nato a seguito di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.



PROCURA GENERALE

della Corte di Cassazione

Udienza Pubblica 9.1.2020 – R.G. XXX/2019 – Cons. XXX

Conclusioni scritte del Pubblico Ministero

IL SOSTITUTO PROCURATORE GENERALE

Letti gli atti relativi al ricorso per cassazione proposto da Ministero dell'Interno, in persona del Ministro pro-tempore, e da UTG-Prefettura di **X**, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato contro **Y**, **Z** e **J** e nei confronti di Procura della Repubblica presso il Tribunale di **X** e Procura Generale della Repubblica presso la Corte di Appello di Firenze avverso il decreto n. **000**;

OSSERVA

1. Il presente ricorso esige un esame preliminare circa i fatti di causa per la particolarità e la speciale rilevanza degli stessi nella definizione giuridica della controversia.

Nella parte introduttiva del ricorso per cassazione, dedicata al fatto, si premette che Y e Z contraevano unione civile ai sensi della legge n. 76/2016 e che la Y, nel 2016, aveva fatto ricorso alla tecnica della procreazione medicalmente assistita eterologa (di seguito PMA) in Spagna.

Z aveva prestato il proprio consenso informato alla effettuazione della PMA con l'intento di assumere, secondo le norme di quell'ordinamento giuridico, la responsabilità genitoriale del nascituro.

In data 18.11.2017, in seguito alla PMA, nasceva J e le contro ricorrenti, in data 27.11.2017, presentavano dichiarazione di riconoscimento del minore nella qualità di genitori presso l'ufficiale di stato civile del Comune di B in cui era ubicata la loro residenza.

In riscontro alla richiesta, l'ufficiale dello stato civile rifiutava l'istanza ed indicava come madre la sola sig.ra Y perché l'ordinamento italiano (alla luce della legge 40/2004 e del codice civile, non derogate dalle disposizioni sulle unioni civili) non consente il riconoscimento della genitorialità omosessuale e non prevede un atto di nascita, nel quale figurino due figure genitoriali dello stesso sesso.

Le contro-ricorrenti si rivolgevano al Tribunale di X per ottenere la rettifica dell'atto di nascita di J, ai sensi dell'art. 95 del d.p.r. n. 396/2000, chiedendo la formazione di un nuovo atto di nascita con l'attestazione che il minore era nato dai Genitori Y e Z o, in subordine, l'annotazione a margine dell'atto di nascita di Z il suo riconoscimento, in qualità di figlio, da parte di Z.

Il tribunale di X accoglieva il ricorso ed ordinava all'ufficiale di stato civile di formare un nuovo atto di nascita attribuendo sia a Y che a Z lo stato di madre di J.

Il suddetto decreto veniva impugnato dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di X ed in giudizio interveniva l'amministrazione statale competente a sostegno delle ragioni di impugnazione già proposte dal P.M. reclamante.

La Corte di Appello di Firenze, con decreto del 19.4.2019, respingeva il reclamo e procedeva alla conferma del decreto emesso dal Tribunale di X, disponendo l'immediata esecuzione del decreto e la compensazione delle spese di lite tra le parti.

Propongono ricorso per cassazione il Ministero dell'Interno, in persona del Ministro pro-tempore, e UTG-Prefettura di X sulla base dei seguenti tre motivi:

-difetto assoluto di giurisdizione ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 1 c.p.c.;

-violazione e/o falsa applicazione dell'art. 30 del d.p.r. 396/2000 e dell'art. 299 c.c. e degli artt. 4, 5, 8, 12 della legge 40/2004 ai sensi dell'art. 360 n. 3 c.p.c.;

-violazione e/o falsa applicazione degli artt. 4, 5, 8, 12 della legge 40/2004 ai sensi dell'art. 360 n. 3 c.p.c.

2. Sull'ammissibilità del ricorso, questo ufficio rileva che – ai sensi dell'art. 111 cost. – anche un provvedimento in materia di volontaria giurisdizione, con attitudine ad incidere su diritti soggettivi, è tale da essere equiparato ad un provvedimento di natura decisoria.

Nel caso di specie, è indiscutibile la rilevanza del provvedimento nell'ambito della sfera giuridica personale delle parti e la natura decisoria e definitiva del provvedimento stesso, contro il quale non è previsto altro rimedio specifico se non il ricorso per cassazione (Cfr. Cass. 14878/2017).

3. In via preliminare, in considerazione della rilevanza della questione giuridica che investe tanto la formazione in Italia di un atto di nascita comprendente due madri quanto il correlato regime giuridico della genitorialità condivisa in coppia omosessuale che ha fatto ricorso alla PMA all'estero con parto in Italia, si chiede la rimessione del ricorso alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione perché riguardante una questione di particolare importanza.

Sul punto, di recente, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza dell'otto maggio 2019, n. 12193, si sono occupate del caso della doppia paternità a seguito di maternità surrogata.

La Corte di Cassazione ha affermato che il provvedimento giurisdizionale straniero, nel quale è stata annotata la doppia paternità, non può avere efficacia nel nostro ordinamento giuridico in quanto non compatibile con i principi di ordine pubblico.

La compatibilità con l'ordine pubblico, richiesta dagli articoli 64 e ss. della legge n. 218 del 1995, esige una valutazione ampia e deve essere *«valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindere nella ricostruzione delle*

nozione di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico».

Con la sentenza in esame la Cassazione ha inteso privilegiare una nozione di ordine pubblico non più limitato «ai soli principi supremi o fondamentali e vincolanti della Carta costituzionale» comuni anche ad altri ordinamenti giuridici.

Così, a differenza di quanto affermato nell'ordinanza del 22 febbraio 2018, n. 4382, le Sezioni Unite della Cassazione hanno delineato un concetto di ordine pubblico interessato delineato anche da altre regole che *«rispondono all'esigenza di carattere universale di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo, o che informano l'intero ordinamento in modo tale che la loro lesione si traduce in uno stravolgimento dei valori fondamentali dell'intero assetto ordinamentale».*

La sintesi di questi elementi normativi consente di trarre la nozione di “ordine pubblico” e di cristallizzarne la sua valenza in un determinato periodo storico.

In conclusione, le sezioni unite della Corte di Cassazione, hanno affermato che il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d'intenzione, cittadino italiano, trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità, regolato dall'art. 12, sesto comma, della legge n. 40 del 2004.

Tale divieto è qualificabile come principio di ordine pubblico poiché posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione.

Nel bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale non è consentito sostituire una valutazione di tipo interpretativo – creativa ad opera del singolo giudice, il divieto della maternità surrogata assume carattere prevalente, né cede di fronte alla esigenza di conferire rilievo ad un rapporto genitoriale intenzionale che non sia quello già reso possibile dalle norme recepite dall'ordinamento: si pensi all'art. 44, comma prima lett. d) della legge 184 del 1983 che offre spazio all'adozione in “casi particolari”.

Questo ufficio è consapevole che il caso pervenuto all'esame delle sezioni unite presentava significative differenze rispetto al caso di cui si discute, tuttavia i principi di diritto e la nozione di “ordine pubblico” delineata dalla Corte di Cassazione assumono una valenza che va ben oltre la singola vicenda umana e che è applicabile anche nella vicenda relativa alla formazione di un atto di nascita comprendente due madri ed al

correlato regime giuridico applicabile alla genitorialità condivisa in coppia omosessuale femminile che ha fatto ricorso alla PMA all'estero con parto in Italia.

In questo contesto, dove la Corte di Cassazione non intenda recepire la nozione di “ordine pubblico” già ben delineata nelle ipotesi di surrogazione di maternità nella coppia di padri omosessuali, si conclude per la rimessione della controversia al nuovo esame della Corte di Cassazione a Sezioni Unite.

La questione oggetto del presente giudizio, lungi dal potersi dire definita sulla base del pronunciamento già reso dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 19599/2016 e con la successiva sentenza 14878/2017 (che hanno riconosciuto la trascrivibilità dei certificati di nascita esteri recanti l'indicazione di due madri)¹, evidenzia importanti spunti di riflessione, tutti ancora da esaminare, anche in relazione al variegato quadro giurisprudenziale che impone di effettuare una seria ricognizione delle situazioni eventualmente tutelabili.

A tal proposito, occorre porsi una serie di interrogativi e ragionare sul profilo preminente del riconoscimento giuridico della filiazione nelle coppie omosessuali mediante il ricorso alla fecondazione assistita eterologa e sugli impedimenti adottati dall'ufficiale dello stato civile che non ha proceduto alla formazione di un atto di nascita con due madri (madre e co-madre).

Gli interrogativi aumentano dove si consideri che la PMA in coppia omosessuale non è consentita (Cfr. art. 5 legge 40/2004 «*Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 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*») e la Corte costituzionale, con sentenza n. 221 del 23 ottobre 2019, ha confermato la tenuta costituzionale del divieto di fecondazione eterologa alle coppie omosessuali.

¹ La procedura di maternità assistita tra due donne legate da un rapporto di coppia, con donazione dell'ovocita da parte della prima e conduzione a termine della gravidanza da parte della seconda con utilizzo di un gamete maschile di un terzo ignoto, integra un'ipotesi di genitorialità realizzata all'interno della coppia, assimilabile alla fecondazione eterologa, dalla quale si distingue per essere il feto legato biologicamente ad entrambe le donne. Il riconoscimento e la trascrizione nei registri 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 contrasta con l'ordine pubblico dovendosi avere riguardo al principio, di rilevanza costituzionale primaria, del superiore interesse del minore, che si sostanzia nel suo diritto alla conservazione del suo *status filiationis*, validamente acquisito all'estero.

Anche a volere scindere, con una incomprensibile operazione logico-giuridica, la illiceità della pratica sanitaria dagli effetti consensuali relativi alla successiva attribuzione dello “*status*” di figlio, non si può ignorare – a livello sistematico – che le norme ordinarie e le norme codicistiche non risultano affatto abrogate e che concorrono comunque a regolare la materia ed a delineare la nozione di “*ordine pubblico*”, che non lascia spazio ad una genitorialità intenzionale come intesa dalle parti contro-ricorrenti.

La questione centrale del presente ricorso – oltre ad imporre a questo ufficio (in sede di requisitoria) ed alla Corte di Cassazione (in sede di decisione) una adeguata ricostruzione sistematica del problema giuridico – esige una verifica attenta sulla valenza della legge 40/2004 ed in particolare dell’art. 8 della citata legge, nella parte in cui si afferma che «*i nati a seguito dell’applicazione delle tecniche di procreazione assistita hanno lo stato di figli nati nel matrimonio e riconosciuti dalla coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime*».

Si tratta, come correttamente evidenziato dalla difesa delle contro-ricorrenti (Cfr. pag. 20 controricorso), di interrogarsi a fondo sulla questione centrale del giudizio: in caso di realizzazione all’estero di tecniche di PMA vietate in Italia si applica l’art. 8 della legge 40/2004 al bambino che nasca in Italia a seguito della esecuzione di quelle tecniche oppure l’art. 8 richiede indefettibilmente la sussistenza, a monte, dei requisiti di accesso previsti dalla legge italiana?

La portata (espansiva ed alternativa) di tale norma è tale da poterla certamente applicare anche alle tecniche vietate dalla stessa legge nella quale è inserita?

Ancora, a voler interpretare la norma in maniera estensiva, così da codificarne una sorta di “*status filiationis*” alternativo a quello imposto dal sistema legislativo vigente e dalle norme del codice civile, quali sarebbero i limiti applicativi della norma nell’ambito di un sistema giuridico che non riconosce uno “*status filiationis*” operante sul piano meramente potestativo?

È compatibile con il sistema giuridico italiano la creazione di uno “*status filiationis*” rimesso alla volontà delle parti quando invece lo “*status filiationis*”, al pari di tutti gli “*status*” che si giovano di garanzie peculiari e dell’intervento del pubblico ministero nelle relative controversie, è sempre stato sottratto alla disponibilità delle parti?

Dilatando l’operatività della norma, oltre i casi ed i modi nella stessa considerati, non si rischia di aprire il varco ad una genitorialità (intenzionale) del tutto avulsa e svincolata

da ogni regola biologica nell'assenza peraltro di una regolamentazione giuridica da parte del legislatore?

In conclusione, si impongono una lunga serie di interrogativi giuridici che non possono essere certamente ignorati da questo ufficio nell'ambito di un presidio di legalità e che richiedono, da parte della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, una equilibrata ponderazione nella ricostruzione del quadro normativo sistematico di fondo.

Non si può infatti sottacere che la giurisprudenza italiana ha riconosciuto, in un quadro variegato, disarmonico e lacunoso, la filiazione di due mamme nelle seguenti fattispecie:

-adozione in casi particolari ex art. 44, co. 1, lettera d) legge 184/1983 (Cfr., Cass. 22 giugno 2016, n. 12962 e Cass. SS.UU. 8 maggio 2019 n. 12193) in favore della co-mamma o madre sociale;

-trascrizione dell'adozione c.d. piena pronunciata all'estero in favore di una coppia di due donne italiane (Corte di Appello di Milano, sentenza del 16 ottobre 2015);

-trascrizione integrale dell'atto di nascita di un minore con cittadinanza straniera, con mamma biologica straniera e co-mamma italiana (Corte di Appello di Torino, decreto 29 ottobre 2014 e Cass. sentenza n. 19599/2016);

-trascrizione integrale dell'atto di nascita di un minore con cittadinanza italiana, nato da due donne entrambe italiane, una delle quali non legata giuridicamente al nato (Cfr. Cass. n. 14878/2017).

La varietà delle situazioni giurisprudenziali suggerisce dunque un ulteriore approfondimento da parte delle sezioni unite specie in riferimento ai seguenti due aspetti:

-perdurante validità del concetto di ordine pubblico anche in riferimento alla fecondazione eterologa per le coppie omosessuali;

-valenza da attribuire all'art. 8 legge 40/2004 (natura ed efficacia del consenso).

Dalla interpretazione di tale ultima norma dipende l'assetto giuridico di questioni centrali in tema di diritto della famiglia.

3. In via subordinata, ove la Corte di Cassazione – nell'esercizio del suo potere discrezionale – valuti di esercitare la propria funzione nomofilattica nell'ambito della sezione semplice, questo Ufficio conclude per l'accoglimento del ricorso, chiedendo il recepimento della nozione di "ordine pubblico" delineata dalla Corte di legittimità sulla base del sistema normativo attualmente vigente e la contemporanea affermazione della inapplicabilità dell'art. 8 legge 40/2004 oltre i casi ed i modi previsti dalla stessa legge.

La prima censura (“*difetto assoluto di giurisdizione ai sensi dell’art. 360, comma 1, n. 1 c.p.c.*”) è volta ad evidenziare come la Corte di Appello di Firenze abbia operato con un intervento creativo che eccede i limiti della giurisdizione ed invade la discrezionalità politica del legislatore.

La parte ricorrente rileva «*non pare dubbio che – allo stato attuale dell’evoluzione dell’ordinamento giuridico nazionale – non possa predicarsi l’ammissibilità di una ipotesi di trascrizione negli atti di uno stato civile di una piena bigenitorialità omosessuale giuridicamente valida, di un individuo nato in Italia*». (Cfr. p. 4 del ricorso).

In sintesi, la parte ricorrente, dopo avere effettuato una ricognizione accurata delle varie forme di filiazione all’interno dell’ordinamento giuridico italiano (1.filiazione biologica, matrimoniale o naturale, tra persone di sesso diverso; 2.filiazione adottiva, tramite procedimento giurisdizionale, in assenza di legame biologico; 3. filiazione tramite procreazione medicalmente assistita (PMA), con legame biologico ovvero senza legame biologico dopo la sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale che ha rimosso il divieto per la fecondazione c.d. eterologa, pur nei limiti delineati dalla pronuncia predetta e sempre tra persone dello stesso sesso), ravvisa nella decisione impugnata un eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera delle attribuzioni riservata al legislatore poiché il giudice ha applicato non una norma esistente ma una norma da lui creata, esercitando una produzione/abrogazione normativa estranea alla propria competenza.

Il Ministero ricorrente aggiunge come l’interpretazione operata dalla Corte di Appello di Firenze sarebbe persino “*contra legem*”, non potendosi ipotizzare un vuoto normativo nella materia in oggetto.

La decisione, sul punto, si presenta immune dalla censura di eccesso di potere giurisdizionale.

Invero, l’oggetto del giudizio ruota intorno alla interpretazione dell’art. 8 della legge 40/2004 ed alla correlata richiesta del riconoscimento di una bigenitorialità omosessuale condivisa che scaturisca proprio dalla peculiare interpretazione che di tale norma si faccia.

In questo contesto, non può dirsi che il giudice si sia mosso al di fuori della propria sfera giurisdizionale, trattandosi di decidere una questione connessa con l’interpretazione di una norma vigente all’interno dell’ordinamento giuridico (art. 8 della legge 40/2004)

italiano e sovranazionale nel combinato disposto delle altre norme contenute della stessa legge (art. 5 legge 40/2004).

Invero, si può discutere sulla legittimità o meno del tentativo di dilatare l'operatività dell'art. 8 sino ad aggirare i divieti di accesso alla PMA ma non appare altrettanto discutibile la sfera giurisdizionale, riservata pur sempre al giudice ordinario che ha il potere di valutare e di interpretare la normativa vigente nel quadro sistematico ed ordinamentale di fondo.

Sul secondo e sul terzo motivo di ricorso (2. “*violazione e/o falsa applicazione dell'art. 30 del d.p.r. 396/2000 e dell'art. 299 c.c. e degli artt. 4, 5, 8, 12 della legge 40/2004 ai sensi dell'art. 360 n. 3 c.p.c.*”; 3. “*violazione e/o falsa applicazione degli artt. 4, 5, 8, 12 della legge 40/2004 ai sensi dell'art. 360 n. 3 c.p.c.*”) da trattare congiuntamente per la stretta correlazione delle censure, va osservato quanto segue.

In primo luogo, questo ufficio, richiama i principi di diritto già affermati nella citata decisione a Sezioni Unite secondo i quali la nozione di ordine pubblico interno è ampia, omnicomprensiva delle norme ordinarie e codicistiche, le quali non possono essere trascurate nella ricostruzione del concetto di ordine pubblico in un dato momento storico.

Non si può ignorare, se non disapplicando la normativa tuttora esistente, che le norme vigenti (art. 30 del d.p.r. 396/2000, art. 269 c.c. e artt. 4, 5, 8, 12 della legge 40/2004) non consentono di ritenere lecita la formazione di un atto di nascita comprendente due madri poiché l'ordinamento italiano riconosce che si è figli di un padre e di una madre e non consente, al di fuori delle ipotesi tassativamente previste dal legislatore, l'attribuzione della genitorialità a soggetti che non abbiano alcun legame biologico con il nato.

Quanto alla posizione giuridica della madre, non possono essere accantonate le disposizioni del codice civile (art. 269, comma 3, c.c.) che partono da un dato oggettivo-genetico, ovvero che la madre è solo colei che partorisce il figlio.

Del resto, l'attribuzione giuridica della maternità, al di fuori delle ipotesi di adozione, è basata sul rapporto genetico di discendenza quale unico fatto oggettivo accertabile in sede giudiziale con regole tutte incentrate sulla esclusività della maternità; da qui la evidente inconciliabilità logico-giuridica di una prospettazione che faccia leva sulla compresenza di due madri legalmente riconosciute e riconoscibili come tali (una madre genetica ed una madre intenzionale).

Inoltre, nel porre rilievo centrale alle norme introdotte dalla legge 40/2004, obliterando completamente le norme del codice civile e dell'ordinamento dello stato civile, non è possibile giungere alle medesime conclusioni alle quali è giunta la Corte di Appello di Firenze.

In primo luogo – ad avviso di questo ufficio – occorre premettere che, anche a voler distinguere la pratica sanitaria della procreazione medicalmente assistita dallo “*status*” del nascituro e dagli atti successivi (pur sempre attinenti allo “*status*”), non è comunque possibile pervenire alla affermazione di una genitorialità omosessuale mediante attribuzione della doppia maternità nell'atto di nascita.

L'atto di nascita così formato si porrebbe in contrasto con le stesse disposizioni della legge 40/2004.

La tesi giuridica che, nel caso in esame, possa soccorrere la legge 40/2004 non può essere agevolmente sostenuta se non a pena di evidenti forzature e/o violazioni di legge.

Secondo questa tesi, l'art. 8 diviene la norma cardine ai fini dell'attribuzione dello “*status*” ed in presenza del requisito del consenso preventivo al ricorso delle tecniche di procreazione medicalmente assistita (anche di quelle vietate), consente di superare automaticamente tutte le norme di segno contrario, espungendole dal concetto di ordine pubblico.

Si tratterebbe di legittimare un sistema giuridico alternativo, volto a regolamentare in via autonoma, o meglio speciale, lo “*status filiationis*” con una deroga alle norme dell'ordinamento italiano, le quali conserverebbero intatta la loro valenza giuridica per le sole ipotesi di filiazione naturale, ovvero non assistita medicalmente.

Il ragionamento giuridico effettuato dalle parti contro ricorrenti sull'applicabilità diretta dell'art. 8 legge n. 40/2004 (*«i nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli nati nel matrimonio e riconosciuti dalla coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime»*) condurrebbe giuridicamente, e ancor prima logicamente, ad estendere la legge 40/2004 oltre i casi dalla stessa considerati, sino ad applicarla, in via estensiva, a casi espressamente vietati dalla medesima legge italiana (per l'appunto alla fecondazione artificiale necessariamente eterologa delle coppie omosessuali).

L'art. 8 della cit. legge, infatti, prende in considerazione le tecniche considerate lecite dalla medesima legge e solo in relazione a dette tecniche vige *«lo stato di figli nati nel*

matrimonio e riconosciuti dalla coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime».

Ne consegue che l'operazione estensiva, condotta senza alcun limite, si pone pur sempre al di fuori del testo di legge.

La difesa delle parti contro-ricorrenti rileva come non sia pertinente il richiamo al divieto legislativo della fecondazione artificiale eterologa codificato negli artt. 5 e 12, comma 2, della legge n. 40/2004; tali norme, secondo la difesa delle contro-ricorrenti, non riguarderebbero direttamente lo stato del nascituro e dunque non avrebbero l'effetto di impedire una applicazione estensiva dell'art. 8 della cit. legge, che opererebbe in posizione di alternatività con le norme civilistiche regolanti la materia del riconoscimento e dell'accertamento dello stato di figlio.

Una interpretazione così fatta, volta a scindere, e quasi a duplicare, il testo della legge (da una parte, le norme riguardanti esclusivamente i divieti della pratica della fecondazione e, dall'altra, le norme regolanti gli effetti derivanti dalle pratiche di procreazione medicalmente assistita – effetti estesi anche alle pratiche espressamente vietate), non pare sorretta da un adeguato rigore logico –argomentativo, né da solidi principi giuridici evincibili dallo stesso testo di legge, in quanto si tradurrebbe in una impropria sistematizzazione della norma (art. 8) al di fuori dallo stesso contesto di riferimento nel quale la norma è stata inserita e voluta dal legislatore.

Con tale operazione ermeneutica, sollecitata dalle parti contro-ricorrenti, verrebbe attribuito all'art. 8 della legge 40/2004 il valore di una norma dilatata, persino ultra attiva (oltre i modi ed i tempi considerati), che regolerebbe giuridicamente lo stato dei nascituri all'esito di qualsiasi tecnica di fecondazione medicalmente assistita (anche vietata), ponendo la norma in una posizione di assoluta prevalenza su tutte le altre norme codicistiche ed in aperto contrasto con la nozione di “ordine pubblico” quale, da ultimo, delineata anche dalla Corte Suprema di Cassazione a Sezioni Unite.

Del resto, anche a voler ragionare in ottica di interpretazione estensiva e fare riferimento alle pratiche in uso presso altri paesi dell'Unione Europea e non, deve osservarsi come il panorama giuridico sulla fecondazione assistita è estremamente variegato, con la conseguente difficoltà di fare uso di una nozione comune di “ordine pubblico internazionale” al fine di valutare e considerare quale sia il giusto limite al riconoscimento di tecniche non consentite in ambito nazionale.

In altre parole, l'interpretazione estensiva dell'art. 8 legge 40/2004 – quale norma attributiva automaticamente di uno “*status*” anche in relazione a pratiche espressamente vietate – introduce gravi elementi di perplessità creando un pesante disallineamento con le norme ordinarie e codicistiche vigenti e ponendosi in contrasto con il concetto di “ordine pubblico”.

Volendo isolare la norma e riconoscerle una portata autonoma nell'ambito del diritto civile (ovvero una valenza normativa sganciata dal codice civile), va osservato come la norma, al solo scopo di legittimare con il consenso preventivo tutte le ipotesi di PMA vietate dalla legge, non può essere fittiziamente astratta dal sistema normativo nel quale essa stessa è inserita e non può essere disallineata dagli artt. 4 e 5 della legge 40/2004 con i quali si definiscono i confini soggettivi dell'accesso alla PMA.

Una simile configurazione varrebbe a riconoscere che il legislatore ha posto dei divieti alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e, al contempo, ha attribuito al consenso preventivo una portata così ampia, persino illimitata, da consentire di superare i divieti di legge dallo stesso previsti.

Sul punto, questo ufficio ribadisce con fermezza quanto già evidenziato a proposito della non applicabilità dell'art. 8 legge 40/2004 al fine di legittimare la pratica della fecondazione assistita *post mortem* (Cfr. Corte di Cassazione n. 13000/2019), rilevando come già in quelle sede – su una questione così importante – venne formulata – in via prioritaria – la richiesta di remissione alle sezioni unite proprio per consentire una valutazione approfondita e coerente dell'art. 8 e per conferire una certa stabilità alla giurisprudenza successiva.

La Corte Suprema di Cassazione, decidendo a sezione semplice, stabilì di applicare l'art. 8 anche ai casi in cui la PMA fosse stata «*realizzata all'estero in violazione dei requisiti soggettivi previsti dall'art. 5, anche al fine di salvaguardare i diritti fondamentali del minore, come quello all'identità personale...* l'art. 8 della legge n. 40 del 2004 esprime, poi, l'assoluta centralità del consenso come fattore determinante la genitorialità in relazione ai nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di PMA... La norma non contiene alcun richiamo ai suoi precedenti artt. 4 e 5, con i quali si definiscono i confini soggettivi dell'accesso alla P.M.A., così dimostrando una sicura preminenza della tutela del nascituro, sotto il peculiare profilo del conseguimento della certezza dello status filiationis, rispetto all'interesse, pure perseguito dal legislatore, di

regolare rigidamente l'accesso a tale modalità procreativa». (Cfr. punto 7.8.5.1. della decisione).

In ogni caso, pur rimarcando ferma contrarietà alla tesi giuridica suddetta che attribuisce all'art. 8 una portata espansiva che va oltre i divieti della legge nella quale è inserita, la decisione sulla fecondazione assistita *post mortem* non è sovrapponibile al caso in esame, trattandosi di una situazione ben diversa nella quale il nato, concepito dopo la morte del padre con le tecniche di PMA, era il figlio biologico della coppia (seppure nato oltre i trecento giorni dalla morte del padre).

Ne consegue che non può essere ignorata la difficoltà, se non l'impossibilità, di concepire, anche solo a livello teorico, un sistema preventivo fondato sul consenso che sia tale da attribuire uno "*status filiationis*" sganciato da ogni previsione operativa della legge 40/2004 e da ogni limite inserito nel corpo normativo.

La decisione impugnata, anche sotto tale profilo, incorre nelle violazioni di legge perché la legge 40/2004, come già rilevato, a differenza della tesi sostenuta dalle parti contro-ricorrenti, può rappresentare un valido sistema giuridico alternativo rispetto alla procreazione naturale solo laddove si attuino le tecniche previste e riconosciute come lecite dalla legge.

A tali argomenti giuridici vanno aggiunti quelli di recenti esposti dalla più volte citata decisione della Corte di Cassazione a Sezioni Unite (8 maggio 2019, n. 12193) e dalla Corte costituzionale nella decisione n. 221 del 23 ottobre 2019.

Si tratta di due decisioni centrali che non possono essere ignorate nel tracciare il principio di diritto a pena di una ricostruzione parziale ed incompleta del quadro giurisprudenziale.

La Corte di Cassazione, come già detto, ha delineato una nozione di ordine pubblico suscettibile di trovare univoca applicazione anche nel caso in esame.

Questo ufficio peraltro, a fronte delle osservazioni critiche svolte dalla difesa delle contro-ricorrenti, ha l'obbligo di rimarcare la situazione di generale confusione giurisprudenziale che si è generata nell'ordinamento poiché, anche a voler differenziare, nell'ambito delle coppie omosessuali, la fecondazione eterologa dalla maternità surrogata e, di conseguenza, non procedere all'applicazione della nozione di "ordine pubblico" delineata dalle sezioni unite in quanto riferibile alle sole ipotesi di maternità surrogata, non mutano affatto i termini del problema perché, differenziando in radice la situazione

giuridica delle due madri da quella dei due padri, si introdurrebbe nel sistema una insostenibile e non spiegabile disparità di trattamento tra coppie omosessuali maschili e femminili.

La disparità di trattamento, poi, si verificherebbe non solo con riferimento alla coppia ma specialmente con riferimento ai minori, ai quali verrebbe applicato, incomprensibilmente e *contra jus*, un regime differenziato di filiazione a seconda che si tratti di coppia omosessuale maschile o di coppia omosessuale femminile.

Da queste riflessioni meglio si comprende come l'art. 8 della legge 40/2004 non è tale da porre nel nulla l'intero sistema giuridico, ivi compreso il sistema della filiazione, con la creazione artificiosa e non recepita dall'ordinamento giuridico di diverse categorie di figli a seconda della coppia maschile o femminile da cui provengano; da qui l'interesse prevalente del minore, che deve costituire il centro della riflessione giuridica e che non necessariamente coincide con l'interesse della coppia, potendo il minore avere un interesse, sia pure potenzialmente, in conflitto con la coppia richiedente.

Ancora, degna di menzione e certamente rilevante nella affermazione dei principi di diritto da applicare al caso in esame è la decisione della Corte costituzionale n. 221 del 2019 che ha riconosciuto la piena compatibilità con la costituzione del sistema legislativo che consente il ricorso alla procreazione medicalmente assistita per le sole coppie formate da due persone di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi.

La Corte costituzionale, nel confermare la tenuta costituzionale del divieto sancito dall'art. 5 della legge 40/2004, ha rilevato come «*L'ammissione alla PMA delle coppie omosessuali, conseguente al loro accoglimento, esigerebbe, infatti, la diretta sconfessione, sul piano della tenuta costituzionale, di entrambe le idee guida sottese al sistema delineato dal legislatore del 2004, con potenziali effetti di ricaduta sull'intera platea delle ulteriori posizioni soggettive attualmente escluse dalle pratiche riproduttive (oltre che con interrogativi particolarmente delicati quanto alla sorte delle coppie omosessuali maschili, la cui omologazione alle femminili – in punto di diritto alla genitorialità – richiederebbe, come già accennato, che venga meno, almeno a certe condizioni, il divieto di maternità surrogata). Nella specie, non vi è, d'altronde, alcuna incongruenza interna alla disciplina legislativa della materia, alla quale occorra por rimedio. Contrariamente a quanto mostrano di ritenere i giudici a quibus, l'infertilità*

“fisiologica” della coppia omosessuale (femminile) non è affatto omologabile all’infertilità (di tipo assoluto e irreversibile) della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive: così come non lo è l’infertilità “fisiologica” della donna sola e della coppia eterosessuale in età avanzata. Si tratta di fenomeni chiaramente e ontologicamente distinti. L’esclusione dalla PMA delle coppie formate da due donne non è, dunque, fonte di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull’orientamento sessuale. In questo senso si è, del resto, specificamente espressa anche la Corte europea dei diritti dell’uomo. Essa ha affermato, infatti, che una legge nazionale che riservi l’inseminazione artificiale a coppie eterosessuali sterili, attribuendole una finalità terapeutica, non può essere considerata fonte di una ingiustificata disparità di trattamento nei confronti delle coppie omosessuali, rilevante agli effetti degli artt. 8 e 14 CEDU: ciò, proprio perché la situazione delle seconde non è paragonabile a quella delle prime (Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza 15 marzo 2012, Gas e Dubois contro Francia). In tali rilievi è evidentemente già insita l’infondatezza delle questioni sollevate dai rimettenti, sotto il profilo considerato, in riferimento agli artt. 3 e 117, primo comma, Cost., quest’ultimo in correlazione con le disposizioni convenzionali da ultimo citate» ed ancora «Nella specie, peraltro, la scelta espressa dalle disposizioni censurate si rivela non eccedente il margine di discrezionalità del quale il legislatore fruisce in subjecta materia, pur rimanendo quest’ultima aperta a soluzioni di segno diverso, in parallelo all’evolversi dell’apprezzamento sociale della fenomenologia considerata.

Di certo, non può considerarsi irrazionale e ingiustificata, in termini generali, la preoccupazione legislativa di garantire, a fronte delle nuove tecniche procreative, il rispetto delle condizioni ritenute migliori per lo sviluppo della personalità del nuovo nato.

In questa prospettiva, l’idea, sottesa alla disciplina in esame, che una famiglia ad instar naturae – due genitori, di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile – rappresenti, in linea di principio, il “luogo” più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato non può essere considerata, a sua volta, di per sé arbitraria o irrazionale. E ciò a prescindere dalla capacità della donna sola, della coppia omosessuale e della coppia eterosessuale in età avanzata di svolgere validamente anch’esse, all’occorrenza, le funzioni genitoriali.

Nell'esigere, in particolare, per l'accesso alla PMA, la diversità di sesso dei componenti della coppia – condizione peraltro chiaramente presupposta dalla disciplina costituzionale della famiglia – il legislatore ha tenuto conto, d'altronde, anche del grado di accettazione del fenomeno della cosiddetta “omogenitorialità” nell'ambito della comunità sociale, ritenendo che, all'epoca del varo della legge, non potesse registrarsi un sufficiente consenso sul punto».

In sintesi e sulla base di quanto finora argomentato, il provvedimento impugnato, nel consentire la rettifica di un atto di nascita con la menzione della madre e della co-madre, afferma principi giuridici non condivisibili poiché il divieto di fecondazione assistita eterologa per le coppie omosessuali – divieto confermato dalla Corte costituzionale – impedisce di avvalorare tali tecniche, sia pure per il tramite del consenso preventivo, e di ritenerle compatibili con il concetto di ordine pubblico.

Tale divieto, come affermato dalla Corte costituzionale, non può considerarsi irrazionale ed ingiustificato posto che il principio di genitorialità maschile e femminile è implicitamente ricavabile dalla costituzione e, quindi, rientra anche nella nozione più restrittiva di ordine pubblico; da qui deriva la conseguente impossibilità, sulla base dell'ordinamento giuridico italiano vigente, di formare direttamente in Italia un atto di nascita nel quale siano menzionati due genitori dello stesso sesso.

Il ragionamento logico-giuridico dunque non può essere differente da quello seguito nella decisione della Cassazione a Sezioni Unite (8.5.2019, n. 12193) perché la non liceità della tecnica riproduttiva (come confermato dalla Corte costituzionale) non lascia spazio ad opzioni giuridiche che, al contrario, la ritengano, quanto agli effetti, suscettibile di delineare lo “status” di figlio di due madri con la conseguente formazione di un atto di nascita direttamente in Italia, che recepisca lo “status” e che faccia menzione di due mamme (mamma e co-madre).

Altro aspetto da approfondire riguarda il *preminente interesse del minore* addotto quale elemento da considerare per non privare il piccolo nato della bigenitorialità condivisa in coppia omosessuale femminile.

Secondo la tesi sostenuta dalle contro-ricorrenti, la tutela dell'interesse del minore deve essere considerata primaria rispetto alla realizzazione di pratiche fecondative non lecite all'interno del nostro ordinamento giuridico.

Va osservato che aderendo a questa impostazione, in realtà, si finisce con l'attribuire riconoscimento giuridico pieno a pratiche di fecondazione non consentite nel nostro ordinamento e di confondere il reale interesse del minore con quello dei soggetti che hanno fatto ricorso a tali pratiche, con il risultato di confermare le situazioni di fatto (non consentite) e di neutralizzare i divieti imposti dalla legge 40/2004 addirittura giungendo ad una artificiosa creazione di un duplice regime giuridico applicabile ai figli (figli di due madri sì, figli di due padri no).

Nel caso in esame, il principio "*the best interest of child*" appare comunque tutelato dall'ordinamento interno sia perché l'atto di nascita è stato formato con l'attribuzione del cognome materno e con la relativa attribuzione dello "*status*" di figlio della madre biologica, sia perché nessun interesse del minore viene leso nella misura in cui non gli venga menzionata la co-madre.

Nella valutazione del reale interesse del minore si possono condividere le argomentazioni giuridiche svolte dall'Avvocatura dello Stato *«va considerato nella valutazione del reale interesse del minore che costui costituisce non già soggetto, ma oggetto dell'altrui volontà, laddove l'aspetto volitivo della nascita (c.d. progetto condiviso di procreazione) è sceverato totalmente dall'interesse del minore ed anzi costituisce solo elemento di realizzazione della coppia. In altri termini nessuna qualità deteriore vuole imporsi a chi "nasce" da coppia omosessuale, ma solo affermarsi la constatazione che non si può nascere da coppia omosessuale e che ciò costituisce mera "fictio iuris", consentita, attraverso la fecondazione eterologa, solo da altri ordinamenti»*.

In conclusione, si chiede alla Corte di Cassazione di procedere, in via preliminare e laddove non ritenga di accogliere i principi di diritto già esplicitati nella sentenza n. 12193/2019, alla rimessione del presente procedimento all'esame delle Sezioni Riunite e, in via subordinata, di accogliere il secondo ed il terzo motivo di ricorso con le conseguenze previste dalla legge.

P.Q.M.

Chiede che la Corte di Cassazione:

- in via preliminare, laddove non ritenga di accogliere i principi di diritto già esplicitati nella sentenza n. 12193/2019, di procedere alla rimessione del presente procedimento all'esame delle Sezioni Riunite della Corte di Cassazione;

- in via subordinata, accolga il secondo ed il terzo motivo di ricorso con le conseguenze previste dalla legge.

Roma il 3 gennaio 2020

Il Sostituto Procuratore Generale

Luisa De Renzis

RECENSIONI

Giovanna Razzano, *La legge n. 219/2017 su consenso informato e DAT, fra libertà di cura e rischio di innesti eutanasi*, Giappichelli, Torino, 2019, 208 pagine, euro 22,00.

La monografia di Giovanna Razzano, intitolata «*La legge n. 219/2017 su consenso informato e DAT, fra libertà di cura e rischio di innesti eutanasi*», appena pubblicata per i tipi della Giappichelli, con prefazione di Renato Balduzzi e invito alla lettura di Giuseppe Casale, si segnala per almeno tre ragioni.

La prima è l'attualità dell'inquadramento prospettato, stante l'insistenza della Corte costituzionale, prima con l'ordinanza n. 207/2018 e da ultimo con la sentenza n. 242/2019, per l'introduzione, proprio all'interno della legge in questione, di una disciplina del suicidio medicalmente assistito. L'Autrice individua tuttavia nell'abissale differenza intercorrente fra uccidere, da un lato, e assistere chi rifiuta i trattamenti sanitari, dall'altro, la chiave di lettura delle disposizioni della legge n. 219, che permette di continuare a tenere fermo il *discrimen* essenziale in ambito medico, da sempre sottolineato da tutte le società mediche scientifiche, così come dalla *World Medical Association* e dalla Federazione nazionale italiana (FNOMCeO), che ha rifiutato le prospettive eutanasiche indicate dalla Corte costituzionale e ha escluso che l'accorciamento intenzionale del processo di morte del paziente possa considerarsi atto medico.

Il secondo merito del libro consiste nella chiarezza espositiva e nella profondità argomentativa con cui le singole disposizioni della legge vengono criticamente analizzate, tenendo conto delle possibili ricadute sulla salute e sulla vita dei pazienti, sull'autonomia e sulla responsabilità dei medici e sulla stessa considerazione dei malati da parte della società, tema denso di rilievo costituzionale. Di grande interesse è il frequente richiamo all'esperienza comparata, così come l'attenzione ai dati, ai fatti e alla giurisprudenza nel frattempo intervenuta. Si dà conto, quindi, dello stato dell'arte delle DAT e del relativo registro, dei pareri del Consiglio di Stato e del Garante per la protezione dei dati personali e, infine, del parere del CNB pubblicato il 30 luglio 2019.

In terzo luogo, il lavoro appare lungimirante in riferimento al tema del diritto alle cure palliative e alla terapia del dolore sancito dalla legge n. 38 del 2010, richiamata dalla legge n. 219, nonché dall'ordinanza n. 207 e dalla sentenza n. 242. L'Autrice considera infatti questo tema cruciale rispetto alle problematiche di fine vita, rispetto alle quali rappresenta la risposta coerente con il quadro costituzionale, europeo e internazionale. Si

pone quindi dettagliatamente in evidenza non solo come la legge n. 38, a dieci anni dalla sua approvazione, non sia stata ancora attuata, ma anche come rischi di non essere considerata in tutta le sue potenzialità, ove ridotta a estremo rimedio attivabile al momento del rifiuto dei trattamenti salvavita. Si evidenzia poi che, laddove l'eutanasia coesiste con le cure palliative – come in Benelux e in Canada – queste ultime finiscono per essere snaturate nel loro statuto originario (sancito peraltro dall'OMS), risultando piuttosto l'occasione per somministrare rapidi “servizi eutanasi”. Al contempo si rimarca come la stessa Corte costituzionale abbia qualificato le cure palliative come «*un pre-requisito della scelta, in seguito, di qualsiasi percorso alternativo da parte del paziente*», aggiungendo, da ultimo, che sarebbe persino *paradossale* «*non punire l'aiuto al suicidio senza avere prima assicurato l'effettività del diritto alle cure palliative*». E anche per questo il libro, nelle conclusioni, qualifica come *costituzionalmente doveroso* l'impegno per attuare finalmente la legge n. 38 del 2010, che rende concreti i diritti costituzionali nell'ultimo tratto dell'esistenza umana.

Angelo Salvi

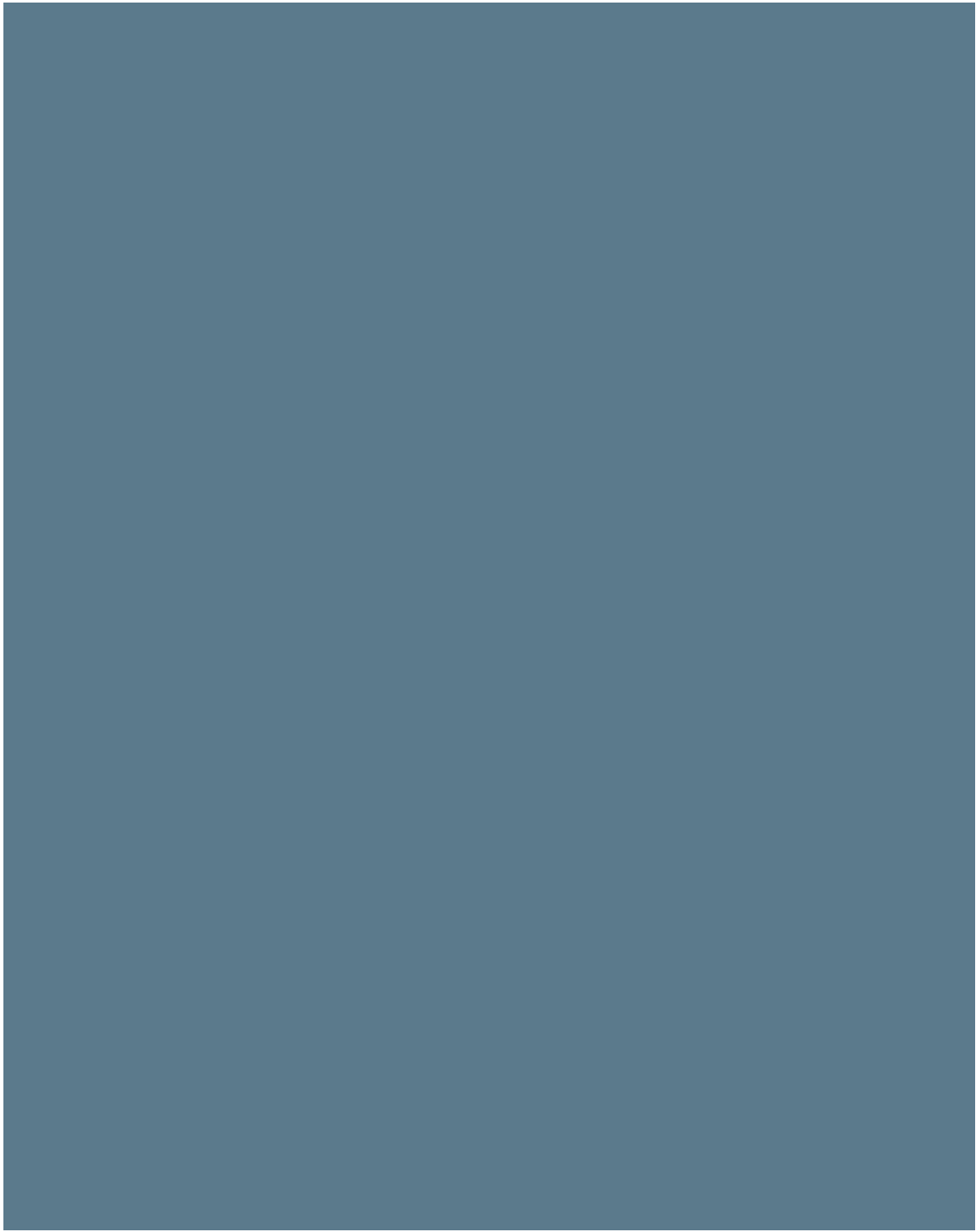
VALUTATORI

Prof. Gianni Ballarani, Prof. Luigi Barbieri, Prof. Emanuele Bilotti, Prof. Francesco Botturi, Prof.ssa Ilaria Amelia Caggiano, Prof. Giovanni Giacobbe, Prof. Armando Lamberti, Dott.ssa Lucia Leoncini, Prof. Carmelo Leotta, Prof. Giacomo Samek Lodovici, Dott. Giuseppe Marra, Prof. Mauro Paladini, Dott. Giacomo Rocchi.

INDICE

Fascicolo 2-2019

In questo numero	3
SEZIONE RELAZIONI	5
MAURO RONCO , La tutela della vita nell'ordinamento giuridico italiano. Considerazioni sull'aborto	6
GIACOMO ROCCHI , La tutela della vita nell'ordinamento giuridico italiano. La questione del fine vita	22
PAOLA BRAGGION , La tutela della vita nell'ordinamento giuridico italiano. Il ruolo del giudice	30
SEZIONE STUDI	40
MARIANNA ORLANDI , L'aborto in Occidente. Riflessioni a margine di un recente volume.....	40
GIACOMO ROCCHI , Commento al decreto del giudice tutelare del tribunale di Roma del 23 settembre 2019.....	51
FRANCESCA PIERGENTILI , Corte costituzionale e fecondazione eterologa "per infertilità sociale" e "fisiologica". Il rilievo dei requisiti soggettivi previsti dalla legge 40 nella sentenza n. 221 del 2019 della Consulta.....	68
EMANUELE BILOTTI , Diritti e interesse del minore	78
SEZIONE DOCUMENTI	109
RECENSIONI.....	129
VALUTATORI.....	132
INDICE	133



ISSN 2611-5476