

Direttore

Giuseppe Cricenti

Tribunale Ordinario di Roma

Comitato scientifico

Guido Alpa

“Sapienza” Università di Roma

Giovanni Arcudi

Università degli Studi di Roma Tor Vergata

Patrizia Borsellino

Università degli studi di Milano

Adolfo Di Majo

Università degli Studi Roma Tre

Enrico Del Prato

Università degli Studi Roma Tre

Donato Carusi

Università degli Studi di Genova

Paolo Cendon

Università degli Studi di Trieste

Carla Faralli

“Alma Mater Studiorum”
Università di Bologna

Aurelio Gentili

Università degli Studi Roma Tre

Giovanni Guzzetta

Università degli Studi di Roma Tor Vergata

Nicolò Lipari

“Sapienza” Università di Roma

Salvatore Mazzamuto

Università degli Studi Roma Tre

Cosimo Mazzoni

Università degli Studi di Siena

Salvatore Patti

“Sapienza” Università di Roma

Pietro Rescigno

Accademia Nazionale dei Lincei

Giorgio Resta

Università degli Studi di Bari

Michele Tamponi

Libera Università Internazionale degli
Studi Sociali “Guido Carli” di Roma

Paolo Zatti

Università degli Studi di Padova

QUADERNI DI BIODIRITTO

La collana “Quaderni di Biodiritto” affianca la pubblicazione della Rivista di Biodiritto non come semplice approfondimento monografico dei temi di questa. L’aumento delle norme su questioni bioetiche rischia di imporre loro una dimensione eminentemente politica, e così di assecondare la battuta di H.L.A. Hart secondo la quale il diritto è una cosa troppo importante per essere lasciata ai giuristi. Lo scopo è allora quello di riunire intorno a temi di bioetica giuristi convinti della possibilità di trovare un consenso tra le grandi opzioni relative alla nascita, la morte, la procreazione etc., e, perché no?, della possibilità di fondare un diritto della bioetica.

Roberto Conti

I giudici e il biodiritto

Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo
del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee

Seconda edizione

Prefazione di
Oreste Pollicino

Interventi di
Maria Gabriella Luccioli
Maria Giovanna Ruo
Ernesto Lupo
Antonio Ruggeri
Giorgio Santacroce



Copyright © MMXV
Aracne editrice int.le S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Quarto Negroni, 15
00040 Ariccia (RM)
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-7994-2

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: gennaio 2015

A mio padre

D'altronde, va anche rammentato che, a giustificazione di talune decisioni, di taluni indirizzi "sorprendenti" o comunque tali da suscitare perplessità, stanno dei motivi alla cui ricorrenza è del tutto estraneo il magistrato, venendo essi in essere in un momento precedente a quello in cui egli è chiamato a svolgere la sua funzione.

Ci si intende riferire: *a)* in primo luogo a leggi che di per sé sono chiaramente alteratrici di un equilibrio nella posizione delle controparti rispetto all'organo giudiziario [...] Che tali scelte siano giuste od ingiuste è problema che in questa sede non rileva: ciò che preme è il sottolineare che molto spesso si fa carico ai magistrati di "scelte di campo" alle quali egli si trova vincolato proprio per quell'ossequio alla legge che da lui si pretende; *b)* in secondo luogo alle difficoltà interpretative del linguaggio oscuro delle norme che il patrio legislatore oggi emana nella materia con notevole fecondità [...]

Rosario LIVATINO

Il ruolo del giudice nella società che cambia, 1984

Quando si affronta una domanda sulla vita umana, che riguarda l'origine e il destino dell'uomo, non è possibile separare in modo netto i dati scientifici da un più ampio sapere di fondo che conferisce loro significato. La vita non è riducibile a un oggetto biologico costruito dalle scienze, ma è piuttosto l'esperienza di un senso donato, che dischiude alla coscienza una promessa che la interpella, sollecitandola all'impegno e alla decisione di sé nella relazione con l'altro.

Carlo Maria MARTINI

in C.M. MARTINI, I. MARINO, *Credere e conoscere*, 5

La visione dell'uomo abituato a ragionare in termini scientifici è inevitabilmente parziale e legata al tempo in cui vive e al livello delle conoscenze in quel determinato momento storico. Esistono dei principi etici che hanno un carattere universale e sono riconosciuti in qualunque luogo, tempo e cultura, per esempio non uccidere, non commettere atti di violenza o, ancora, non sfruttare per scopo di mercimonio altri esseri umani. Ma ne esistono altri che possono modificarsi in base all'evoluzione della coscienza scientifica. La scienza in questo senso non va messa in contrapposizione all'etica ma va piuttosto ammesso che entrambe possono influenzarsi a vicenda.

Ignazio MARINO

in C.M. MARTINI, I. MARINO, *Credere e conoscere*, 6

Indice

- 15 *Presentazione*
17 *Prefazione*
di Oreste Pollicino

Relazioni

- 23 *Giorgio Santacroce*
31 *Ernesto Lupo*
35 *Maria Gabriella Luccioli*
43 *Maria Giovanna Ruo*

Recensione

- 63 *Recensione (Ann. dir. comp., 2014, 853 ss.) di Antonio Ruggeri*

Parte I

La dignità umana: concetto plurale ma insostituibile

- 77 *Capitolo I*
Una doverosa premessa
79 *Capitolo II*
Quale peso ha (e cos'è?) la dignità umana nella concreta decisione delle controversie eticamente sensibili

Parte II

I giudici nel biodiritto

93 Capitolo I

Re giudice o re legislatore?

1.1. Il ruolo del giudice nel labirinto, tra fatto, scienza e valori, 99.

109 Capitolo II

La giurisprudenza come “fonte del diritto”

117 Capitolo III

Giudice di merito e biodiritto. Il tentativo di dare qualche risposta alle domande

3.1. Un progetto, in nuce, di protocollo operativo per il giudice delle questioni biogiuridiche, 117 – 3.2. La rilevanza del *fatto* nelle controversie in tema di biodiritto, 119 – 3.3. Il ruolo del consenso nella dimensione giudiziale, 124 – 3.4. Consenso, autoderminazione e ascolto di minori e disabili, 132 – 3.5. Dal consenso all’ascolto, 141 – 3.6. Il giudice di merito nel labirinto, alla ricerca dei valori, 146 – 3.7. Il giudice di merito fra *soft law* e *hard law*, 154 – 3.8. Il giudice non è legislatore ma *decisore* del caso concreto, 157 – 3.9. Il giudice ed i limiti degli atti *contra legem*, 171 – 3.10. Qualche punto fermo sul ruolo del giudice di merito e sull’esigenza di specializzazione in funzione della dignità umana, 173 – 3.11. Sull’affidamento di minore ad una coppia dello stesso sesso. Le decisioni di due giudici di merito — G.T. Parma, 3 luglio 2013 e Tribunale per i minorenni di Bologna, 31 ottobre 2013, 176 – 3.12. Il Tribunale per i minorenni di Palermo sul caso di affido temporaneo eterofamiliare di minore ultrasecicenne a coppia *same sex* — Trib. min. Palermo, 4 dicembre 2013, 189 – 3.13. I punti virtuosi del provvedimento siciliano, 192 – 3.14. Superiore interesse del minore e adozione di minore da parte della convivente della madre naturale, 196.

199 Capitolo IV

Giudice di legittimità e biodiritto. Il ruolo della Corte di Cassazione

4.1. La distinzione fra diritto giurisprudenziale e diritto scritto scolpita dalla Corte costituzionale – sent.n. 230/12, 205 – 4.2. La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU si affianca al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE, 213 – 4.3. La Cassazione e la rilevanza della comparazione, 225 – 4.4. L’equilibrio fra giudice e legislatore. Il valore

della motivazione come elemento di recupero della certezza del diritto (giurisprudenziale e non), 228 – 4.5. Qualche riflessione sul ruolo del giudice rispetto ai “confini” *interni ed esterni* del suo agire, 229 – 4.5.1. *Il giudice ed i confini*, 229 – 4.5.2. *Il giudice fra le Carte dei diritti*, 230 – 4.6. Le inquietudini del Giudice: alla ricerca dei confini, dell’etica repubblicana e di quella giudiziaria, 242 – 4.6.1. *L’obbligo di fedeltà del giudice e del legislatore ai valori costituzionali*, 242.

Parte III

Legislazione, Corte europea dei diritti dell’uomo e biodiritto

251 Capitolo I

Due esempi di buona legislazione in tema di biodiritto. Quando legislatore e giudici vanno d’accordo

1.1. L’amministrazione di sostegno e la figura del Giudice tutelare come *garante* della persona che ha bisogno di “cure”. Un *pugno di indicazioni essenziali* al giudice del caso concreto, 251 – 1.2. Giudice tutelare e specializzazione, 263 – 1.3. Segue. La legge sui trapianti di rene, 265.

271 Capitolo II

Il ruolo della Corte europea dei diritti dell’uomo nelle questioni eticamente sensibili

2.1. Scomposizione dei problemi: a) Il ruolo della c.d. dottrina del consenso, 272 – 2.2. Corte EDU, Camera, 1 aprile 2010, *S. H. e altri c. Austria* e Corte EDU, Grande Camera, 3 novembre 2011, *S. H. e altri c. Austria*, in tema di PMA – fecondazione eterologa, 275 – 2.3. La c.d. diagnosi preimpianto – Corte EDU 28 agosto 2012, *Costa e Pavan c. Italia*, 282 – 2.4. Corte EDU, 24 giugno 2010, *S. e K. c. Austria* in tema di matrimonio fra persone dello stesso sesso, 284 – 2.5. L’adozione da parte di persone dello stesso sesso – Corte EDU, GC, 19 gennaio 2013, *X e altri c. Austria*, 286 – 2.6. A proposito della giurisprudenza della CEDU in tema di fine vita – Corte EDU 20 gennaio 2011, *Haas c. Svizzera*, 291 – 2.7. Corte EDU 28 maggio 2013, *Parrillo c. Italia*, in tema di diritto alla donazione di embrioni criocongelati, 292 – 2.8. Il diritto a conoscere le proprie origini. Da Corte EDU, 25 settembre 2012, *Godelli c. Italia*, a Corte cost. n. 278/2013., 295 – 2.9. La Corte dei diritti umani e le unioni civili “negate” alle coppie omosessuali – Corte EDU, Grande Camera 7 novembre 2013, *Vallianatos e altri c. Grecia*, 297 – 2.9.1. *Gli effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo rispetto ai soggetti vittoriosi a Strasburgo*, 300 – 2.10. Mutamento di sesso ed effetti sul precedente matrimonio. Corte

europea dei diritti umani, *Hämäläinen c. Finlandia*, 16 luglio 2014, 303 – 2.II. Tirando le somme sulla c.d. dottrina del consenso, 304.

309 **Capitolo III**

Autodeterminazione fra tutela convenzionale e esigenze di bilanciamento. L'esigenza di bilanciare come regola di base del giudice in tema di bioetica, anche se in gioco vi è l'autodeterminazione

3.I. Spigolature sui diritti, di matrice convenzionale, alla vita e all'autodeterminazione; ricadute sul sistema di protezione interno, 309 – 3.I.I. *Il diritto all'autodeterminazione nella giurisprudenza della Corte europea*, 314.

329 **Capitolo IV**

Effetti delle sentenze della Corte europea nell'ordinamento interno. L'effetto — diretto e indiretto — delle sentenze sulle vicende eticamente sensibili affrontate dal giudice domestico e il margine di apprezzamento dopo il Protocollo n. 15 annesso alla CEDU

4.I. Maternità surrogata, trascrizione di atto di nascita straniero e preminente interesse del minore. A proposito di Cass. n. 24001/14 e di Corte dir. uomo, 26 giugno 2014, (ric. nn. 65192/11 e 65941/11) e di Corte appello Torino 29 ottobre 2014, 333.

339 *Conclusioni*

343 *Bibliografia*

Presentazione

L'intraprendenza di Gioacchino Onorati ha reso possibile la seconda edizione del volume.

Il lavoro si arricchisce dei contributi di autorevoli giuristi che hanno avuto la pazienza di confrontarsi con la prima edizione, fornendo riflessioni e approfondimenti di spessore esposti in occasione della presentazione del volume svolta presso l'Aula Giallombardo della Corte di Cassazione il 6 maggio 2014 che si aggiungono alla già generosa prefazione di Oreste Pollicino alla prima edizione.

A Maria Gabriella Luccioli, Maria Giovanna Ruo, Ernesto Lupo e Giorgio Santacroce il mio più sincero ringraziamento.

Antonio Ruggeri ha poi acconsentito alla pubblicazione della sua recensione al libro apparsa sull'Annuario di diritto comparato dell'anno 2014. A Lui mi sento di rivolgere un pensiero assai particolare, poiché senza i suoi straordinari scritti e i suoi incoraggiamenti questo libro non sarebbe mai venuto alla luce.

Quanto alle modifiche rispetto al testo della prima edizione, le stesse sono limitate ad una nuova suddivisione delle parti suggerita dall'editore e all'indicazione di alcune recenti pronunzie di merito, di legittimità e della Corte europea dei diritti dell'uomo ritenute significative.

Palermo, gennaio 2015

L'Autore

Prefazione

di ORESTE POLLICINO

Se oggi, in Italia, la speculazione accademica, da una parte, e l'applicazione concreta nelle Aule dei Tribunali, dall'altra, delle questioni relative ai rapporti tra ordinamento sovranazionale ed ordinamento interno sono sempre meno distanti rispetto ad un tempo, ed è sempre più visibile un ponte che collega le due sponde consentendo (per dirla con Antonio Ruggeri, che della speculazione accademica in tema è oggi l'esponente forse più autorevole) l'attivazione, tra le stesse, di un circuito virtuoso di mutua alimentazione¹, ebbene ciò si deve in gran parte, almeno per quanto riguarda la seconda sponda, quella che, per fortuna, van ben oltre lo *ius-dicere*, a Roberto Conti.

È da decenni che l'Autore, oggi Consigliere della Corte di Cassazione, lavora, con impegno ed entusiasmo fuori dal comune, alla costruzione prima ed alla manutenzione dopo di questo ponte. E, con la sua nuova monografia *I giudici ed il biodiritto. Un esame "concreto" dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Conti aggiunge un altro, prezioso, mattone alla piattaforma di collegamento tra riflessione scientifica ed esercizio della funzione giurisdizionale all'incrocio tra diritto nazionale e diritto europeo.

Attenzione: il titolo, avvincente, promette molto meno di quello che troverete nel Volume. Lungi dall'essere "esclusivamente" una disamina della giurisprudenza rilevante ed, in particolare, dei casi più difficili in tema di biodiritto che si sono presentati di fronte ai giudici di Strasburgo, di Lussemburgo e ai giudici italiani di merito e di legittimità, vi è molto di più nella monografia di Conti.

1. È almeno da dieci anni che ANTONIO RUGGERI fa riferimento al concetto di mutua alimentazione per descrivere il potenziale circuito di interazione virtuosa tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali. Tra i numerosi scritti sul tema si segnala A. Ruggeri, *Tradizioni costituzionali comuni* e "controlimiti", *tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2003, 102 ss.

La straordinaria conoscenza da parte dell'Autore della giurisprudenza "multilivello" (anche) in tema di questioni eticamente sensibili è solo, infatti, il punto di partenza da cui muove la riflessione, sul piano, in primo luogo, della teoria dell'argomentazione e della teoria dell'interpretazione, in merito alle differenti componenti di ordine morale, sociale e scientifico che caratterizzano il grande dilemma del Giudice quando si trova di fronte a *hard choices*², a volte tragiche, come direbbe, seppure in contesto (parzialmente) diverso, Guido Calabresi. Dilemma che spesso ha a che fare con la necessità di bilanciare, e quindi, in un certo senso, di scegliere, tra valori in astratto parimenti meritevoli di tutela.

Riflessione quella di Conti che non è però mai distaccata od asettica. Tutt'altro. È appassionata e consapevole come soltanto può esserlo l'analisi di chi ha vissuto sulla propria pelle l'esperienza di trovarsi a dover fare scelte così delicate, allorché, in particolare, l'Autore ha ricoperto il ruolo di giudice tutelare per circa tre anni presso il Tribunale di Palermo.

Quale la possibile via d'uscita che Conti sembra indicare al Giudice, nazionale ed europeo, in dilemmi interpretativi di questo tipo, quando la scelta è da fare tremare i polsi ed in cui etica, scienza e valori costituzionali costituiscono i parametri interpretativi indefettibili di un triangolo (ermeneutico) delle Bermuda?

Non poteva che trattarsi di una via d'uscita complessa così come lo è l'articolazione del labirinto, utilizzando la bella immagine dell'Autore, in cui si trova il Giudice alle prese con gli *hard cases* in tema di biodiritto.

Quattro sono le componenti che, combinate insieme, possono, mi pare, nell'indagine di Conti, costituire una rotta affidabile.

La prima componente è di natura sostanziale-assiologica: se si tratta di conflitto tra valori in gioco che hanno spesso una equivalente rilevanza costituzionale, unica stella cometa per il Giudice deve essere l'obiettivo di realizzare la maggiore protezione possibile, nel caso di specie, al meta-valore di livello super-costituzionale la cui tutela è presupposto indefettibile per il godimento di tutti i diritti fondamentali. E questo meta valore non può non essere la dignità dell'uomo la cui protezione viene identificata da Conti quale Alfa e Omega di qualsiasi operazione di bilanciamento nei casi più difficili tra scienza, etica e diritto.

2. G. CALABRESI, P. BOBBIT, *Tragic Choices*, New York, 1978.

La seconda componente è una valorizzazione del momento creativo nell'attività del giudice. Mai come in questi casi il giudice non può limitarsi ad essere *bouche* di una *loi* che spesso, peraltro, si cercherebbe invano, ma è "eticamente", prima ancora che giuridicamente, tenuto a "creare" la soluzione più adeguata al caso di specie. Siamo in presenza di uno snaturamento del ruolo del giudice che, passando dallo *ius-dicere* allo *ius-facere*, usurpa un ruolo non suo? Conti, giustamente, risponde negativamente a questa domanda. E per fortuna è in buona compagnia. Già, molti anni prima, rispettivamente nel 1899 e nel 1984, François Jeny³ e Mauro Cappelletti⁴, in un sistema giuridico assai meno complesso e ad irrilevante (nel primo caso) ed ad assai meno accentuata (nel secondo) trazione giurisprudenziale ed interordinamentale, si erano dati la stessa risposta.

La terza componente è una fondamentale sottolineatura dell'importanza che il Giudice sia disponibile ed attento ad integrare il parametro normativo rilevante, tanto a livello nazionale quanto a quello europeo, con riferimento all'elemento fattuale che caratterizza il singolo caso. Mai come in questi casi, infatti, emerge chiarissimamente come la specificità della dimensione del "fatto" possa illuminare le operazioni di bilanciamento tra valori in gioco.

Evidentemente, a questo proposito, struttura, ruolo ed attitudine dei diversi giudici che, a vari livelli, sono coinvolti in tali operazioni giocano un ruolo cruciale nella differente graduazione di tale disponibilità ad una integrazione, dal "basso", del parametro normativo. Da una parte, il giudice di merito, dall'altra giudice di Strasburgo, per antonomasia giudice del caso singolo, sembrano essere meglio equipaggiati, almeno in partenza, per valutare le specificità fattuali rispetto al giudice di legittimità.

Ma è davvero così? Conti ci dimostra come l'intreccio interordinamentale sia assai più complesso di quanto potrebbe apparire *prima facie*, e sarebbe assai rischioso provare a semplificarlo con applicazione *ex ante* di schemi concettuali che mal si atagliano alla fluidità delle dinamiche di interazione tra sistemi giuridici (e organi giurisdizionali) sì autonomi, ma ormai coinvolti in un processo irreversibile di crescente interconnessione.

3. F. JENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Parigi, 1899.

4. M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984.

La quarta componente è una chiamata ad una riscoperta prima, e ad un'alimentazione dopo, in merito a questioni così eticamente sensibili a cavallo tra scienza e diritto, di uno spirito cooperativo tra giudice comune e giudice europeo. E qui Conti esplora ambiti che fino ad oggi erano stati forse trascurati nel dibattito accademico, e i cui spunti di originalità non potevano che provenire da un Operatore "pratico" del diritto. Si fa in particolare riferimento alla nuova luce che, nell'analisi di Conti, acquisiscono forme e limiti del dialogo tra Corte di Strasburgo e giudice nazionale.

Si è parlato a lungo, da Federico Mancini⁵ in poi, di cooperazione e complicità tra il giudice nazionale e la Corte di Lussemburgo attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale, ma non altrettanta attenzione è stata data alle modalità della cooperazione (e, specialmente a come si potrebbe arrivare ad altrettanta complicità) tra lo stesso giudice e la Corte di Strasburgo, in assenza, com'è noto, di tale strumento istituzionale di dialogo (ma in attesa di capire se e come il potenziale esplosivo previsto dal Protocollo 16, esaminato con grande attenzione da Conti, produrrà frutti concreti).

Ecco, l'Autore, in questo Volume, mi sembra di poter dire ponga finalmente riparo a questa asimmetria, con attenzione specifica ai temi del biodiritto, ma con un respiro teorico che consente di generalizzare gli esiti dell'indagine, all'interno, peraltro, di una prospettiva di analisi assai originale in cui non emerge nessun contrasto tra l'accentuazione dell'impatto interordinamentale delle decisioni della corte di Strasburgo e la valorizzazione del ruolo del giudice comune.

Dopo il giudice nazionale quale giudice decentrato di diritto euro-unitario ecco apparire un nuovo, stimolante ruolo per lo stesso: giudice periferico, ma non per questo meno utile, del diritto CEDU.

Non resta che aspettare, trepidando. Non credo ci sia nulla di meglio da fare per ingannare l'attesa della lettura di questo prezioso Volume.

Oreste Pollicino

Professore associato di Diritto
e *It and Communication Law*
Università commerciale Luigi Bocconi

5. G.F. MANCINI, *The Making of a Constitution for a Europe*, 26 Common Market L. REV. 613 (1989).

RELAZIONI*

* Relazioni svolte il 6 maggio 2014 presso l'Aula Giallombardo della Corte Suprema di Cassazione in occasione della presentazione del volume.

Giorgio Santacroce*

La prima notazione che mi viene di fare presentando questa monografia del collega Roberto Conti è che il libro fa parte della collana “Quaderni di Biodiritto”, che studia e approfondisce l’insieme dei problemi giuridici posti dalle nuove frontiere biotecnologiche sulle orme di quanto è avvenuto nella filosofia pratica con la c.d. bioetica e affianca la pubblicazione della Rivista “Biodiritto” diretta da Giuseppe Cricenti, un giovane e valente giudice del Tribunale di Roma.

“Biodiritto” è una rivista di dottrina edita da Aracne, indiscutibilmente nuova per i contenuti e le tematiche che affronta e che, a onor del vero, mancava in un panorama giuridico letterario che pure non si fa mancare nulla. Le ragioni del mio riferimento sono da ricercarsi nel fatto che sono stato proprio io, lo scorso anno, nel febbraio 2013, nella Sala delle Lauree del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi “Roma Tre”, a presentare il primo numero della Rivista, nel corso di un seminario su “Bioetica e diritto privato” da me presieduto nell’allora veste di Presidente della Corte di appello di Roma e al quale presero parte alcuni autorevoli componenti del suo Comitato Scientifico, come Donato Carusi, Enrico Del Prato, Aurelio Gentili e Pietro Rescigno. Il coinvolgimento dell’amico professor Salvatore Patti nell’incontro odierno, anche lui membro prestigioso del Comitato Scientifico della Rivista “Biodiritto”, aggiunge, per così dire, un altro prezioso tassello a quel “triangolo (ermeneutico) delle Bermuda” come lo definisce Oreste Pollicino nella prefazione al libro di Conti, segnando l’aprirsi di un nuovo capitolo del discorso antico fra etica e diritto in una stagione, quella postpositivista introdotta dalle costituzioni del dopo Auschwitz, che si caratterizza per la istituzionalizzazione dei diritti umani e dei doveri di solidarietà.

Il Primo Presidente Lupo, oggi consigliere giuridico del Presidente della Repubblica, il Presidente Maria Gabriella Luccioli, titolare della Prima Sezione Civile di questa Corte, particolarmente esperta in

* Primo Presidente della Corte Suprema di Cassazione.

questo tipo di problematiche per la tipologia di materie trattate dalla Sezione, e l'avvocato Ruo, consulente dell'Autorità Garante dell'Infanzia e dell'Adolescenza, completano il cast di questo importante evento. A tutti rivolgo il più cordiale saluto di benvenuto e il più vivo ringraziamento per la loro partecipazione.

C'è un altro aspetto da non sottovalutare e dal quale il discorso sui contenuti del libro che presentiamo non può prescindere. Ed è che l'insieme delle tematiche biogiuridiche pongono problemi e angosce e dubbi umanamente inimmaginabili e dal diritto infatti non immaginati. Nel nostro ordinamento non esiste un quadro normativo organico in materia di biodiritto, essendo l'attuale panorama giuridico frammentato da una serie di interventi legislativi (anche comunitari) su singole materie, ai quali si affiancano di volta in volta decisioni su singoli casi sottoposti all'esame dei giudici. La legge, quale forma regolativa di certi ambiti, rischia, da un lato, di essere sempre in fisiologico ritardo, superata dalle trasformazioni rapidissime della società contemporanea e dal continuo avvento di nuove scoperte scientifiche e rischia, dall'altro, di imporre valori non condivisi, affermati solo tramite l'adozione di procedure maggioritarie.

Riflettere sulla funzione giudiziaria in territori in cui sono in gioco la vita e i valori che riguardano la centralità della persona e la dimensione della dignità umana (il suo carattere indefettibile, indissolubile, incomprimibile e inderogabile) è argomento da far tremare i polsi, come ammette lo stesso Autore della monografia che presentiamo, tale è la vastità delle implicazioni di ordine filosofico, sociale e giuridico che esso intercetta. Il diritto è oggi chiamato a confrontarsi, secondo prospettive assolutamente inedite, con i suoi "oggetti" principali: la vita, la salute, l'autodeterminazione dei soggetti, la stessa individualità biologica, e i dubbi investono persino i termini, iniziale e finale, della vita umana.

Si pensi alla vicenda che stanno vivendo proprio in questi giorni i protagonisti della sconcertante situazione di una coppia che ha subito l'impianto di embrioni altrui e di una donna che si trova a vivere, non avendola voluta né cercata, un'esperienza simile a quella della madre surrogata o, come si dice, dell'utero in affitto. Siamo in presenza di una coppia che vede una donna incinta di gemelli geneticamente figli di un'altra coppia: una situazione che ha evidenti e preponderanti aspetti umani, etici e psicologici, e che qualunque soluzione venga alla fine

trovata, rischia di portarsi dietro strascichi assai dolorosi. Vladimiro Zagrebelsky ha fatto richiamo in un articolo apparso su “La Stampa” di due settimane fa, alle conseguenze di questa incredibile vicenda, per la serenità dei gemelli che nasceranno, che potrà avere un’eventuale perdurante conflittualità che contrapponga le due coppie, e anche al diritto che essi avranno di conoscere le loro origini: un diritto che ha molti risvolti e sul quale ha avuto occasione di esprimersi nel 2011 lo stesso Comitato nazionale di bioetica.

Ad onta degli aspetti metagiuridici segnalati, a dover essere risolta è fondamentalmente la questione giuridica della filiazione: chi sono i genitori dei due nati, di chi essi sono figli? Si tratta di domande alle quali il silenzio del legislatore e il diritto civile contemporaneo non sono riusciti finora a dare risposta, indipendentemente dalla situazione di fatto che eventualmente potrà istaurarsi tra le due coppie. E pure, la necessità di una soluzione certa, giuridicamente certa, è indispensabile, perché sono troppe le conseguenze legate in questo caso allo stato di filiazione e perché è proprio degli istituti del diritto di famiglia e in particolare della disciplina della filiazione — se non si vogliono obliterare i profili peculiari di talune situazioni (come quella della fecondazione eterologa o quella del fine vita) — richiedere un puntello normativo, vuoi per un principio sostanziale di conformità a un ordine etico, vuoi per tutelare l’interesse della collettività. La legittimazione del diritto contemporaneo — come ha intuito Luigi Mengoni — « non è segnata dal solo principio formale di statuizione, ma anche dal principio sostanziale di conformità a un ordine etico », che le costituzioni individuano nei diritti fondamentali dell’uomo e nei suoi doveri di solidarietà sia come singolo sia nelle formazioni sociali dove l’uomo svolge la sua personalità.

Il punto di partenza resta in ogni caso il dettato costituzionale, che è intrinsecamente aperto a un continuo aggiornamento di senso e di contenuti e che vede nella persona umana un valore etico in sé, in qualunque momento della sua vita e nella sua integralità, in considerazione delle convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive, vietando ogni strumentalizzazione. L’art. 2 della nostra Costituzione lega in modo magistrale i diritti fondamentali dell’uomo ai doveri inderogabili di solidarietà e sottolinea il valore delle formazioni sociali dove il singolo svolge la sua personalità. L’art. 3 inoltre, dopo aver ripreso il principio di uguaglian-

za in senso formale, aggiunge l'importante innovazione che assegna alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli che impediscono di fatto il pieno sviluppo della persona umana.

Il fatto è quando la Costituzione, di fronte alle gravissime mortificazioni della dignità umana prodottesi nel primo Novecento, accoglie la concezione più estesa di essere umano come soggetto di diritti inviolabili, esprime una sorta di *opzione antropologica*: riconosce cioè una concezione dell'uomo che non lo fissa in una definizione statica ed esclusiva, ma lo considera come persona e perciò come soggettività aperta e suscettibile di sviluppo. La persona come soggetto che si 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, che prima era sano e poi è divenuto malato, la persona nello stato della veglia e la persona dormiente, la persona cosciente e la persona incosciente

Il bel libro del collega Conti si colloca proprio in questo labirinto di diritti fondamentali nella loro dimensione multilivello, dei quali non è facile tentare un inventario perché essi coprono l'intero arco dell'esistenza — la nascita, la vita, la morte — e si spingono al prima e al dopo.

Senza alcuna pretesa di stilare un catalogo completo, si parla di diritto di procreare e di diritto a un figlio; di diritto di nascere e di diritto di non nascere; di diritto di nascere sano e di diritto ad avere una famiglia composta da genitori di sesso diverso; di diritto all'unicità e di diritto a un patrimonio genetico non manipolato. Andando avanti ci si imbatte nel diritto a conoscere la propria origine biologica e nel diritto all'integrità fisica e psichica; nel diritto di sapere e nel diritto di non sapere; nel diritto alla salute e alla cura, e nel diritto alla malattia. E infine: si parla di diritto di rifiutare le cure, di diritto di morire, di diritto di morire con dignità, di diritto al suicidio assistito. Se poi si guarda alla fase che precede la nascita si incrociano i diritti sui gameti, i diritti dell'embrione, i diritti sul feto; mentre, dopo la morte, resta aperta la questione dei diritti sul corpo del defunto, soprattutto nella prospettiva dell'espianto degli organi.

Da qui il sorgere di controversie che toccano gli aspetti più intimi e a volte più drammatici della identità e dell'esistenza di ognuno di noi e il divaricarsi di punti di vista, che spesso si presentano terribilmente distanti e addirittura inconciliabili tra loro. Ci si interroga su come

morire, su come organizzare le relazioni affettive, su come procreare e su come abortire. Ci si interroga, insomma, su materie che interessano la vita e i diritti fondamentali della persona e che, proprio per questo, sono espressive — come ha sottolineato Pietro Rescigno in un interessante libricino a cura di Pietro Rossi edito da “Il Mulino” — di una diversa “misura” della libertà individuale di fronte alla legge e della funzione integrativa o suppletiva dell’autonomia negoziale che alla legge appartiene.

È interessante esaminare l’atteggiamento dei giudici in proposito. Sulle tematiche di fine vita, almeno al primo impatto, è sembrato che i giudici avessero scelto di chiamarsi fuori, di ritrarsi insomma dalle proprie responsabilità, lasciando alla politica il compito di affrontarle e di risolverle. Quasi un abbandono da parte della magistratura di quel ruolo di supplenza che essa ha invece tante altre volte svolto quando il legislatore si è mostrato assente o distratto e che ha fatto individuare per lungo tempo nelle aule giudiziarie il luogo istituzionale (e fisiologico) dove le nuove domande di diritti trovano risposta sulla base dei principi esistenti nell’ordinamento giuridico. Molte analisi hanno dimostrato come, nel tempo presente, siano proprio i giudici a intervenire là dove l’innovazione scientifica e tecnologica offre nuove possibilità d’azione e fa nascere nuovi problemi. Non è un caso che il diritto giurisprudenziale venga preferito in alcuni casi a una dettagliata regolamentazione legislativa, che, proprio per la sua rigidità, è destinata a essere superata e a entrare in conflitto con i dati della realtà, laddove l’azione del giudice segue la vita in tutte le sue pieghe ed è capace di adattare alle singole situazioni concrete i principi base rinvenibili nella Costituzione e nelle grandi leggi di principio. Ha scritto Stefano Rodotà che proprio nella materia della bioetica questa impostazione trova il suo terreno più fertile, tanto è vero che in molti paesi è grazie ai giudici che sono state affrontate e risolte questioni di difficile inquadramento legislativo.

Si considerino le vicende di Piergiorgio Welby e di Eluana Englaro. Nelle prime decisioni si è manifestato un atteggiamento rinunciatario, quasi pilatesco, dei giudici, i quali, pur ribadendo la centralità della persona umana e il suo diritto alla piena disponibilità del proprio corpo, hanno scelto di non decidere.

Per la verità questo atteggiamento ha o, per meglio dire, ha avuto una spiegazione: era come se i giudici, in preda a un’ingiustificata rea-

zione corporativa, provati dal lungo braccio di ferro con la politica che voleva mortificarne l'indipendenza e l'autonomia, avessero deciso di prendersi una rivincita, lasciando la politica nuda e sola, per indicarla all'opinione pubblica come unica responsabile della stasi determinatasi. Solo più tardi sono venute decisioni di segno diverso. È stata una sentenza della Cassazione, nell'ottobre 2007, a mettere dei punti fermi nella storia di Eluana Englaro, riconoscendo al padre il diritto a non tenerla in vita a tutti i costi, a interrompere l'alimentazione artificiale quando "la condizione dello stato vegetativo sia irreversibile e non vi sia la benché minima possibilità di un qualche recupero di coscienza". La sentenza, come è noto, è stata variamente commentata sulle principali riviste giuridiche italiane, e ha provocato addirittura un conflitto tra esecutivo e Quirinale, senza precedenti nella storia repubblicana. È noto che oggetto del conflitto era il diverso modo di considerare l'area dell'autonomia privata, tra chi ne auspicava una limitazione sia pure cauta e chi ne sollecitava invece un'applicazione a tutto tondo da parte della magistratura, in linea con i suoi compiti istituzionali e soprattutto con gli articoli della Costituzione sulla libertà personale e sulla tutela del diritto alla salute.

Commentando oggi la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, non si perde occasione di mettere in evidenza come spetti sempre più ai giudici « risolvere le più gravi e difficili questioni di diritto privato poste dal cambiamento dei costumi, dalla scienza e dalla tecnica ». E non per effetto di distrazioni o ritardi del legislatore, ma perché la vita propone ormai una molteplicità di situazioni sempre nuove e variabili, che nessuna legge può cogliere e disciplinare nella loro specificità e peculiarità, in un inseguimento continuo e impossibile. Alla legge spetta il compito di fissare i principi di base, che l'intervento del giudice è tenuto ad adattare ai casi concreti. Ha ragione ancora una volta Rodotà quando scrive che il legislatore di oggi deve avere la consapevolezza di maneggiare sempre più spesso una materia mobile, fluida, incandescente che varia nel tempo e nei contesti, e per ciò stesso difficile da affidare a norme che pretendano di chiudere definitivamente una questione. La parola "fine" appartiene sempre meno al linguaggio di chi fa le leggi.

C'è chi parla di *sunset rules*, cioè di leggi destinate a tramontare, di leggi a termine, di leggi sperimentali: soprattutto quando si affrontano problemi legati ad innovazioni scientifiche e tecnologiche che toccano

la vita delle persone. Valga per tutti un esempio: per le leggi francesi sulla bioetica del 1994 si prevede che, dopo cinque anni, sarebbe stato necessario riscriverle tenendo conto dell'esperienza maturata nel frattempo.

Il riferimento alla giurisprudenza della Corte Europea dimostra come sia sempre più importante considerare l'Unione Europea non soltanto dal punto di vista della logica economica, ma come un grande spazio di riconoscimento di un indiscusso primato dei diritti fondamentali della persona in chiave decisamente individualistica, che determina il progressivo passaggio dall'“Europa dei mercati” all'“Europa dei diritti”. Proprio la necessità di adeguarsi a queste nuove realtà che, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha trovato la sua più nitida espressione, si traduce oggi in un ulteriore rafforzamento dei diritti umani, spostando l'attenzione sul rispetto delle scelte individuali al riparo da imposizioni autoritarie di valori. A conferma che esistono posizioni filosofico-religiose diverse e orientamenti giuridici opposti su materie tanto delicate come quelle bioetiche e che la protezione di un bene piuttosto che di un altro non corrisponde sempre a un atteggiamento confessionista del legislatore.

Riconoscere o no il diritto di morire con dignità? Il diritto di rifiutare le cure? È opportuno o no contemperare la tutela del nascituro con il rispetto dei diritti dell'aspirante procreatore, conducendo alla limitazione dell'accesso alla procreazione assistita nei confronti di coloro che non possono garantire un ambiente familiare stabile per chi vuol venire al mondo? E come ci si deve regolare quando non si può fare affidamento sull'autodeterminazione, perché la scelta non può essere fatta dal nascituro o da un soggetto incapace di esprimere la sua volontà e, quindi, deve essere necessariamente fatta da altri al suo posto?

È intorno a questi diritti, in un contesto in continua trasformazione anche per effetto dell'innovazione scientifica e tecnologica che si manifestano oggi modi assai diversi di intendere la società, i suoi valori, la libertà individuale.

Rispetto alla vicende che ruotano attorno al biodiritto, dove si registrano orientamenti diversi e spesso contrapposti in modo tanto fiero quanto intransigente, è ovvio — avverte Conti — che si affidi al giudice la figura di *custode dei diritti umani*, il ruolo insostituibile di attore privilegiato capace di far dimenticare le debolezze, le incertezze

e le inadeguatezze della classe politica. Al dialogo fra più componenti che è connaturale al biodiritto resta assai spesso — come si è detto — estraneo il legislatore, essendo difficile ipotizzare su questioni di moralità pubblica una composizione attraverso la legge. (Anche se non mancano — ha cura di avvertire Conti — esempi virtuosi di buona legislazione, come si riscontra nella previsione dell'*amministrazione di sostegno*, che ha saputo istituire un filo diretto fra giudice e soggetto bisognoso di cura, accentrando in capo al giudice tutelare i poteri in ordine al governo dell'istituto, o nella disciplina dei *trapianti di rene tra persone viventi* e in tema di *trapianto di fegato*, dove il principio di solidarietà si affianca a quello personalistico).

I giudici, insomma, e le loro sentenze sono diventate, come ha scritto un editorialista del "Corriere della Sera" all'indomani della recente sentenza della Consulta sul divieto di fecondazione eterologa, il grimaldello per allinearsi ai tempi e attuare autentiche rivoluzioni nei tribunali: da custodi dell'ortodossia i giudici sono diventati i paladini di un nuovo diritto, gli alfiere di una cresciuta sensibilità.

Certo, nel campo del biodiritto, si richiede *qualcosa di più e in più* al giudice (a qualunque giudice, sia esso di merito o di legittimità, costituzionale o soprannazionale), e l'obiettivo del libro è proprio la ricerca di questo *quid pluris*, cioè la ricerca di un "metodo" che aiuti il giudice ad affrontare le questioni di cui qui si discute. Nel campo del biodiritto il giudice ha la capacità di trasformarsi in una sorta di semaforo, rosso o verde, che apre e chiude la porta alla vita o alla sua fine, modulando e componendo vicende familiari che incidono sulla dignità delle persone. *La fattualità dei nostri giorni* — avverte Conti nelle conclusioni, citando Bin — *indocile e recalcitrante ad ogni irretimento, tanto più a una gabbia legislativa, che è per sua natura tarda e lenta a formarsi*, tende a valorizzare al massimo la dimensione concreta del diritto e, per essa, l'attività del giudice.

Ernesto Lupo*

L'incontro tra la tematica affascinante del biodiritto e lo studioso Roberto Conti era prevedibile, direi predestinato. Nota e fruttuosa è l'attenzione di Conti verso la Corte di Strasburgo: è sufficiente ricordare due sue precedenti monografie: la prima dedicata in generale alla *Convenzione europea dei diritti dell'uomo* (nel 2011) e la seconda specificamente a *Diritto di proprietà e CEDU* (nel 2012), ambedue pubblicate con Aracne (attivo ed aperto editore a cui dobbiamo anche l'opera che oggi si presenta). E la Corte di Strasburgo ha assunto ed ha un ruolo fondamentale nelle questioni che si fanno comunemente rientrare nel biodiritto. Nella parte III, Cap. II del volume di Conti si esaminano le più recenti e significative sentenze della Corte in materia, e sono tutte di importanza relevantissima.

Caratteristica costante, e nello stesso tempo originale, è la prospettiva nella quale l'Autore affronta la tematica del suo studio: il ruolo del giudice. Qui il riferimento alla funzione del giudice e della giurisprudenza non è soltanto il sottotitolo della pubblicazione (come nelle precedenti due citate monografie), ma ne costituisce il titolo, assumendo quindi un ben maggiore risalto, ribadito ed esplicitato dal sottotitolo, in cui si distinguono i diversi tipi di giudice (al ruolo di ciascuno dei quali, non identico, è dedicata una diversa parte del volume).

Il sottotitolo contiene anche un altro riferimento significativo: la difficoltà della tematica studiata, perché spesso le questioni che si prospettano al giudice sono del tutto nuove. Non molti giorni fa Vladimiro Zagrebelsky, intervenendo su "La Stampa" (del 19 aprile 2014) sul noto caso dello scambio di embrioni (una coppia la cui donna è incinta di gemelli geneticamente figli di altra coppia), scriveva di *Un diritto da inventare*.

* Consigliere del Presidente della Repubblica per gli Affari dell'Amministrazione della giustizia, già Primo Presidente della Corte Suprema di Cassazione.

Per chi, come me, non si è mai confrontato con questioni di bio-diritto ed ha perciò letto con il massimo interesse la monografia di Conti (che, come di consueto, fornisce una ricchissima informazione sui problemi trattati), l'aspetto della tematica più coinvolgente è quello della evidenza — mostrata dal biodiritto — del superamento della concezione della decisione giudiziaria come sillogismo e della affermazione della funzione creativa della giurisprudenza.

Quando la norma da applicare nel caso concreto non esiste, né il caso può rientrare in un solo e indiscusso principio generale dell'ordinamento giuridico, si rende evidente quella che Paolo Grossi è solito indicare come "fattualità" del diritto (mi sembra significativo che nella breve conclusione del Conti vi siano due citazioni, sul complesso di cinque, di un'opera di Grossi). Cioè: in alcuni casi (quelli "difficili", per continuare a riferirci al sottotitolo del volume che si presenta), è il singolo caso concreto che consente di elaborare la norma da applicare. Come bene dice Oreste Pollicino nella densa prefazione alla monografia del Conti, è l'elemento fattuale caratterizzante il singolo caso che consente al giudice di "integrare il parametro normativo rilevante, tanto a livello nazionale quanto a quello europeo". Diviene allora incontestabile che, per il giudice, non si tratta di sussumere il fatto in una norma preindividuata in astratto ed a prescindere dal caso concreto, secondo la configurazione che tradizionalmente viene data all'attività giudiziaria.

Del ricco contenuto del volume scelgo di soffermarmi solo su un punto essenziale: la necessità di bilanciamento anche dei diritti fondamentali. Rileva condivisibilmente il Conti che il bilanciamento "vale anche per i diritti fondamentali, come la vita, la salute e l'autodeterminazione" della persona umana (p. 269) e che questo "punto fermo" non è sempre adeguatamente considerato quando si discute di tali diritti. Ma in tal senso si è chiaramente espressa la Corte costituzionale, soprattutto con la sentenza n. 85/2013 (sul "caso Ilva"), nel § 9, opportunamente trascritto nel libro. Compiere la difficile opera di bilanciamento anche tra diritti fondamentali, e cioè individuare il punto di equilibrio tra le tutele dei diversi diritti, punto che, come dice la Corte, è "dinamico e non prefissato in anticipo", spetta non solo alla Corte costituzionale, ma anche al giudice comune, quando è quest'ultimo che crea la norma.

Se, soprattutto nel biodiritto, non può essere contestato il ruolo creativo dell'attività del giudice, non ci si può esimere anche dall'au-

spicio di interventi legislativi che siano idonei a delimitare l'ambito dello spazio interpretativo, attraverso scelte di fondo essenzialmente politiche, che vanno perciò compiute al livello che le è proprio. Mi sembra opportuna la decisione di Conti di inserire nella monografia anche una parte dedicata a "due esempi di buona legislazione": l'amministrazione di sostegno (artt. 404-413 c.c.) e la legge sui trapianti di rene tra persone viventi (legge n. 458/1967). La "buona legislazione" è tale se lascia al giudice una sfera di discrezionalità che gli consenta di adeguare le norme poste in astratto alle peculiarità del caso concreto. In tale senso mi sembra un buon modello la disposizione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 411 c.c., secondo cui « il giudice tutelare, nel provvedimento con il quale nomina l'amministratore di sostegno, può disporre che determinati effetti, limitazioni o decadenze, previsti da disposizioni di legge per l'interdetto o l'inabilitato, si estendano al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, avuto riguardo all'interesse del medesimo ed a quello tutelato dalle predette disposizioni ». Con la trascritta disposizione il legislatore ha demandato al giudice un potere decisorio indubbiamente ampio, ma ha anche indicato gli interessi da tutelare nel suo esercizio, delimitando l'ambito entro il quale il giudice deve muoversi.

E qui veniamo al punto centrale di ogni discorso sul ruolo del giudice oggi. Il rilievo enorme del potere del giudice è particolarmente evidente nel biodiritto, ma è ravvisabile, anche se spesso in misura minore, pure negli altri settori della attività giudiziaria. Questa constatazione impone la ricerca dei "confini" di tale potere, perché è nel rispetto di essi che si sostanzia, nell'ordinamento costituzionale italiano, la sua legittimazione. La soggezione del giudice alla "legge", prevista dalla Costituzione, va intesa oggi come soggezione al "diritto" (nazionale ed europeo), ma non può essere cancellata nella prassi giudiziaria.

Ai confini dell'agire del giudice l'indagine dell'Autore dedica un ampio spazio con riflessioni che mi sembrano senz'altro interessanti e che non possono essere qui riprese.

Mi limito ad osservare che tra i confini reputo essenziale il rispetto delle norme processuali, che non è consentito superare nell'intento di perseguire obiettivi ritenuti dal giudice (a torto o a ragione) di giustizia c.d. sostanziale. Per andare al concreto, possiamo riferirci ai confini posti al giudice di legittimità, ai quali l'A. dedica due dei tre

capitoli che formano la Parte II, Cap. IV destinata alla Corte di cassazione. Un “confine” importante, ma non sempre osservato, è quello posto chiaramente dall’art. 374, comma terzo, c.p.c., con disposizione introdotta nel 2006: *Se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso*. Attenzione: “rimette” e non “può rimettere”, come dispone invece l’analoga disposizione dettata per il processo penale (art. 618 c.p.p.); il che significa doverosità della rimessione per la sezione semplice che intenda discostarsi da un orientamento affermato dalle sezioni unite.

Più in generale, mi piace riprendere una avvertenza che è espressa dal Conti alla chiusura del suo saggio (p. 324) e che vale per ogni giudice, di legittimità o di merito: la consapevolezza che egli deve avere degli effetti della propria decisione, o, per usare le parole dell’A., « una presa di coscienza delle rilevanti ricadute che l’operato giudiziario produce nel sistema, oltre che nella singola vicenda posta all’attenzione » del giudice. Credo che la vicenda “Stamina” possa essere additata ad esempio degli effetti di disordine normativo e di disorientamento dell’opinione pubblica che possono derivare da una applicazione giudiziaria del diritto fatta da giudici civili che ignorino tale regola prudenziale, pure se occorre riconoscere che alla produzione di tali effetti hanno concorso anche l’incertezza e le titubanze degli organi amministrativi.

In conclusione, un grazie va a Roberto Conti che ci ha fornito uno strumento utile per avvicinarci ai problemi così attuali del biodiritto e soprattutto per inserirli nelle categorie ordinamentali e di teoria della interpretazione abituali per noi operatori giudiziari.

Maria Gabriella Luccioli*

1. Il titolo che Roberto Conti ha scelto per il suo libro, con il sottotitolo esplicativo, rimanda ai grandi temi del nostro tempo e chiama in causa il ruolo del giudice nella soluzione di questioni che attengono al biodiritto.

Si può definire *biodiritto* il settore del diritto che si occupa delle implicazioni giuridiche di questioni bioetiche. L'intreccio tra il diritto e la vita diventa biodiritto, coinvolgendo l'insieme dei rapporti tra limiti e possibilità della vita, quando la vita diventa manipolabile da parte della tecnica (Resta). La vita e la morte irrompono nel mondo del diritto e lo fanno con una tale forza da mettere in discussione tutte le costruzioni giuridiche e le acquisizioni del passato.

In Italia le scienze giuridiche hanno cominciato ad occuparsi solo in anni recenti delle tematiche bioetiche, seguendo peraltro un approccio prevalentemente filosofico e speculativo, a differenza degli Stati Uniti, dove si dibatte intorno a questa materia fin dagli anni sessanta, seguendo prevalentemente una impostazione fondata sull'esame dei casi concreti, pienamente in linea con il sistema di *common law*.

Gli enormi interrogativi che pone il biodiritto sulla definizione di morte e di vita, sul principio di disponibilità delle cure, sul danno da nascita non desiderata, sulle dichiarazioni anticipate di trattamento, sollecitano a verificare la validità e l'utilità delle categorie giuridiche tradizionali.

In effetti la materia bioetica chiama in discussione le grandi questioni di civiltà sulle quali il tessuto sociale ed il legislatore stentano a trovare approdi sufficientemente condivisi, anche a causa degli enormi progressi della biologia e della medicina.

2. Di questi temi si occupa Roberto Conti nel suo bel volume, secondo una impostazione che riflette e fonde una molteplicità di esperien-

* Presidente titolare prima sezione civile Corte Suprema di Cassazione.

ze dell'Autore sul piano professionale, scientifico e più in generale culturale, oltre che umano.

Innanzitutto traspare da ogni pagina dell'opera una sensibilità ed un approccio ai problemi concreti chiaramente maturati nell'esercizio delle funzioni di giudice tutelare: tale sensibilità si esprime attraverso una forte attenzione alle esigenze dei soggetti deboli, in particolare dei minori e degli incapaci, ed una marcata aspirazione a garantire una particolare tutela dei loro diritti fondamentali. Ne forniscono significativa testimonianza le osservazioni svolte in materia di amministrazione di sostegno, considerata quale esempio di *buona legislazione*, in forza della elasticità del suo contenuto precettivo, e l'analisi delle peculiari funzioni del giudice tutelare nella gestione dell'istituto, cui Conti dedica un intero capitolo, tratteggiando la figura del giudice tutelare come giudice altamente specializzato, non burocrate e non rogante, che si fa scudo e garante dei diritti fondamentali dei soggetti deboli, ai quali è chiamato ad offrire tutela in termini di effettività e di efficacia, in una prospettiva di completa realizzazione della loro dignità e di riequilibrio della loro condizione rispetto ai soggetti pienamente capaci.

In secondo luogo emerge con immediatezza il profilo dello studioso delle fonti nazionali e sovranazionali, dei rapporti tra le Corti e del reciproco interferire delle loro decisioni — ai quali Conti ha dedicato molti suoi scritti —, della tutela multilivello assicurata da un sistema pluriorientamento ai diritti fondamentali. La profonda conoscenza della dottrina nazionale ed internazionale sul tema dei diritti, resa evidente dalle frequentissime e ricche citazioni in nota, l'aggiornatissimo e puntuale richiamo alle sentenze delle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo, delineano la figura di un giurista a tutto tondo, che traccia con chiarezza un percorso di scambio fecondo tra dottrina e giurisprudenza, tra giudici nazionali e giudici europei sulle questioni eticamente sensibili.

In terzo luogo, ma non da ultimo, l'approccio multidisciplinare adottato delinea una figura di giudice nuovo, moderno, al passo con i tempi, che da un lato si muove in una dimensione europea e si fa motore del diritto europeo, dall'altro lato si apre ad ogni nuova acquisizione scientifica ed è attento ai grandi cambiamenti di una società multiforme e globalizzata, del costume e del sentire collettivo.

Ed è la dimensione del giudice che prevale su quella dello studioso, atteso che ogni approfondimento teorico è destinato a confrontarsi con la peculiarità dei casi concreti.

In questa prospettiva va a mio avviso colto il senso del titolo del libro: *I giudici e il biodiritto*. L'endiadi pone in maniera plastica l'impegno del giudice nel dipanare questioni che chiamano in causa i grandi temi del vivere, del nascere e del morire, oltre che le incertezze e le inquietudini del nostro tempo.

In questo approccio ai problemi in termini di concretezza, ma utilizzando gli strumenti offerti da una profonda elaborazione teorica, Conti si confronta con temi delicatissimi, come quello del trattamento di fine vita, della fecondazione medicalmente assistita, della tutela dell'embrione, della funzione dell'amministratore di sostegno e dei diritti dei disabili, dei diritti delle coppie omosessuali, della disciplina sui trapianti.

La sua sensibilità alla materia dei diritti lo sollecita ad occuparsi anche di molte questioni che esulano dai confini della bioetica, ma che egli sente come essenziali in quanto strettamente legate al valore della persona e che animano il dibattito in questi anni, e non solo in Italia, da quella sul cognome dei figli nati nel matrimonio alla violenza contro le donne, da quella sulla protezione internazionale al diritto di conoscere le proprie origini. Temi che a volte tratta velocemente, altre volte in modo più diffuso, ma sempre dalla prospettiva di chi assume la protezione dei diritti fondamentali come una costante delle proprie elaborazioni.

3. Roberto Conti dedica uno dei primi capitoli della sua opera alla *dignità* umana, assunta come premessa ineludibile di ogni riflessione sui diritti fondamentali. Ed è questa a mio avviso la chiave di lettura dell'intero volume, che sviluppa il suo argomentare sui vari temi in discussione tenendo sempre come canone essenziale di riferimento la dignità della persona. Alla base delle riflessioni dell'Autore è il disposto dell'art. 1 della Carta di Nizza, secondo il quale *la dignità umana è inviolabile e deve essere rispettata e tutelata*, nonché il dettato dell'art. 3 della Costituzione, che nell'affermare la *pari dignità sociale* di tutti i cittadini rende manifesto che eguaglianza e dignità non possono essere separate e che la dignità sociale costituisce fondamentale principio regolatore dei rapporti tra le persone, così come è forte il richiamo alle tante decisioni della Corte europea che evocano il concetto di dignità, assunta come valore di principio immanente, immediatamente efficace ed inderogabile.

Ed è in ragione di tali acquisizioni che egli afferma che quando sorge un conflitto tra valori fondamentali il giudice deve operare un bilanciamento, nella specifica vicenda, tra tali valori, ma è in ogni caso tenuto a fare i conti con il supervalore della dignità umana, questo sì assolutamente ed indissolubilmente incoercibile ed insuscettibile di operazioni di bilanciamento con qualsiasi diritto.

4. La sacralità del valore della dignità della persona ispira le pagine del libro dedicate al *consenso informato* nei trattamenti sanitari, quale *massima proiezione del diritto fondamentale della persona*, così da assurgere esso stesso al rango di autonomo diritto fondamentale. Conti si avventura con cautela nel terreno impervio delle situazioni in cui il giudice non può valersi del consenso della persona che si trova nelle condizioni di non poter esprimere il suo volere, distinguendo l'ipotesi in cui l'interessato non abbia mai espresso alcuna volontà da quella in cui abbia reso in passato manifestazioni siffatte, invocando nel primo caso un particolare rigore nella acquisizione dei necessari elementi valutativi e richiamando in ogni caso il principio *in dubio pro reo*.

Altrettanto attento è l'esame dei casi in cui il soggetto che dovrebbe esprimere il consenso sia un minore o un disabile.

In difetto di una normativa interna che offra all'operatore del diritto specifiche indicazioni l'Autore richiama le fonti sovranazionali, ed in particolare la Convenzione di Oviedo (art. 6, par. 2), la Carta di Nizza (art. 24, par. 1), l'art. 12 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989, ricordando l'assunzione nel sistema italiano, anche a seguito di convenzioni internazionali, del principio dell'ascolto del minore in ogni procedimento che lo riguardi, sancito da ultimo nell'art. 315-bis c.c. e procedimentalizzato nel d.lgs. n. 154 del 2013, nonché l'*emersione imperiosa*, sia a livello nazionale che internazionale, del principio del *superiore interesse del minore*.

Ne deriva una piena valorizzazione della dignità anche dei minori, intesi come soggetti attivi delle tutele apprestate dall'ordinamento nel loro superiore interesse, che in quanto *superiore* può non coincidere con i desideri e le opzioni degli stessi minori, ma che non può comunque prescindere dalle opzioni e desideri da essi manifestati, e quindi dalla loro dignità di persone in divenire.

Ricordo che in altri scritti Roberto Conti ha dedicato particolare attenzione al nesso tra vulnerabilità e dignità, affermando che la

condizione di vulnerabilità postula una specificità di tutela, in nome di quella coppia di valori — libertà ed eguaglianza — che la Costituzione riconosce essere patrimonio inalienabile di ogni persona. In questa prospettiva l'esigenza di approntare sistemi di particolare protezione in favore di soggetti vulnerabili si iscrive nel dovere di tutela della dignità di ogni persona.

6. Nel definire il ruolo che in materia di biodiritto il giudice è chiamato a svolgere Conti distingue la posizione del giudice di merito da quella del giudice di legittimità.

Nella sua visione il ruolo del giudice del merito vede il massimo dispiegarsi delle acquisizioni officiose, nella consapevolezza che la peculiarità dell'oggetto del giudizio in materie che attengono al biodiritto e la messa in discussione di valori fondamentali pretendono interventi di ufficio che non possono mai dispiegarsi contro, ma a favore dei soggetti coinvolti (p. 91) e che esigono di essere adottati in base ad un apparato di conoscenze in fatto quanto più possibile completo.

Ne emerge una figura di giudice del merito fortemente attivo, consapevole che l'affastellarsi ed il sovrapporsi di sistemi normativi di protezione richiedono continue operazioni di disapplicazione o interpretazione eurounitariamente e convenzionalmente conforme.

Conti evidenzia che in questa ricerca di un approdo finale il giudice è tremendamente solo e tremendamente vulnerabile, potendo rinvenire la soluzione del caso affidato alla sua cognizione non già nei codici o in testi di dottrina, ma nel coordinamento tra la disciplina nazionale degli istituti, nel sistema delineato dalla Convenzione europea, nella analisi della giurisprudenza della CEDU, nei codici deontologici, in definitiva in una opera difficile di composizione e di armonizzazione di dati normativi eterogenei.

E tale lavoro di composizione appare all'Autore tanto più necessario, in quanto gli è ben noto che le questioni bioetiche tendono a far emergere la sensibilità personale ed i valori di riferimento dell'interprete e che pertanto occorre ricercare validi canoni ermeneutici che limitino il più possibile la dimensione soggettiva dell'operatore e l'opinabilità delle sue decisioni.

Ne risulta così adombrato una sorta di *statuto del giudice di merito*, che lo impegna alla rigorosa ricerca e selezione degli elementi fattuali

idonei a rendere più efficace la risposta di giustizia in materia di diritti fondamentali, in una prospettiva comparatistica e in stretta connessione con la giurisprudenza europea.

Insomma un giudice senza frontiere e senza bandiere, riprendendo il pensiero di Manes, consapevole di far parte di un sistema nel quale l'unico suo presidio e l'unica sua garanzia sono costituiti dall'essere ed apparire indipendente.

7. Nell'esame della posizione del giudice di legittimità, cui dedica una distinta analisi, la riflessione di Conti si svolge attraverso il richiamo alla costante interlocuzione tra le Corti, segnata dall'obbligatorio rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia e rafforzata ora dalla possibilità, introdotta con la recente approvazione del Protocollo n. 16 annesso alla CEDU, per i giudici di ultima istanza nazionale di rivolgersi direttamente alla Corte Europea per ottenere una opinione *non vincolante* su questioni che involgono l'interpretazione del diritto della CEDU, così fornendo al giudice nazionale uno strumento analogo al rinvio pregiudiziale *ex art. 267* del Trattato. Conti dedica ampie riflessioni a tale innovazione, definendola un *provvedimento epocale*, in quanto da un lato chiama le giurisdizioni superiori a sviluppare al massimo le proprie conoscenze in ordine alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, dall'altro lato esalta il ruolo e la portata dei diritti di matrice convenzionale.

E poiché le questioni in materia di biodiritto intercettano problemi destinati ad insorgere in ognuno dei Paesi contraenti, è evidente che l'adozione di questo nuovo strumento finirà per assumere un rilievo primario per tutti gli Stati, e non solo per quello che ha sollecitato l'opinione preventiva della Corte di Strasburgo, facendo emergere una sorta di *ius commune* in materia di diritti fondamentali.

Conti osserva acutamente che in tale quadro di riferimento la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione enunciata nell'art. 65 dell'ordinamento giudiziario viene ad essere in qualche modo modificata e per certi aspetti superata, in quanto l'avvento del diritto di matrice sovranazionale comporta un cambio di passo nell'attività giurisdizionale della Corte, ora giuridicamente obbligata a garantire l'uniforme interpretazione della legge come reinterpreta in base alla CEDU, ai trattati internazionali e al diritto di matrice euro unitaria.

Tale mutamento di prospettiva chiama inoltre fortemente in gioco la professionalità del giudice di legittimità, richiedendo la proposizione di una questione alla Corte europea una complessa opera di studio e di approfondimento.

Sotto altro profilo l'Autore mette in guardia dalla tendenza alla universalizzazione delle pronunzie di legittimità, ritenendo che una lettura moderna del ruolo della Cassazione induca a ravvisare nel principio di diritto da dette pronunzie enunciato l'esistenza della clausola implicita *rebus sic stantibus*. Senza negare la valenza tendenzialmente generalizzante dei principi espressi dalla Cassazione ed il valore fondamentale del precedente nel sistema, l'Autore ritiene che la riduzione del vincolo del precedente alle fattispecie aventi le medesime caratteristiche, soprattutto nelle materie attinenti al biodiritto, garantisca il naturale dinamismo della giurisprudenza di legittimità, che deve ispirarsi a standard sempre più elevati di tutela dei diritti fondamentali su base costituzionale e internazionale.

8. Le pagine forse più stimolanti del libro sono quelle in cui l'Autore delinea la figura del nuovo giudice europeo, in grado di gestire strumenti normativi complessi, articolati e spesso sovrapponibili, in quanto non ordinati in termini gerarchici, un giudice capace di individuare con precisione la linea di demarcazione dei diritti ed anche di superare quei confini. Un giudice che non può più definirsi *bocca della legge*, essendo egli chiamato ad individuare nell'ambito dell'ordinamento interno, dei principi costituzionali, del sistema europeo, della normativa convenzionale e internazionale, delle Carte dei diritti fondamentali ciò che è diritto, in tutti i casi in cui il legislatore abbia ommesso di disciplinare in positivo un settore che involge diritti fondamentali o abbia mantenuto testi legislativi non più adeguati alle innovazioni scientifiche o alle trasformazioni culturali verificatesi nella società.

Conti correttamente precisa che questa progressiva emancipazione del giudice dalla legge positiva nazionale sfugge ad ogni accusa di arbitrio giudiziario e di usurpazione di potere, essendo egli tenuto a dare pieno spazio al *circuito delle interpretazioni* prima descritto, ma che ogni giudice deve avere sempre ben chiaro il limite insito nella sua funzione, costituito dal legame processuale al caso concreto che ogni decisione deve manifestare, dipendendo dalla solidità di tale legame "la legittimazione del suo potere discrezionale".

Ciò vale a dire, riprendendo il pensiero di Romboli, che solo la correttezza e la completezza del percorso logico giuridico che ha condotto il giudice ad assumere la decisione data nella fattispecie al suo esame può consentirgli di andare esente da quell'accusa di onnipotenza talvolta rivoltagli dal mondo politico.

Ciò vale ancora a dire che la configurazione della giurisprudenza come fonte del diritto non la pone in termini di sovrapposizione alla legge, non potendo il diritto vivente perdere la sua essenziale vocazione di definizione della vicenda sostanziale posta all'esame del giudice.

9. Concludo. L'opera di Roberto Conti, nel delineare il difficile ruolo del giudice dinanzi alle questioni biogiuridiche, ci conferma che in nessun settore del diritto come quello legato ai temi della bioetica il giudice finisce con il porsi non più soltanto come risolutore di conflitti, ma come fattore e motore di produzione di un sistema giuridico complesso e mutevole, chiamato a fornire risposte adeguate alle istanze di riconoscimento e di tutela dei diritti fondamentali, ovviando anche alle colpevoli inerzie e agli ingiustificati ritardi del legislatore, spesso invitato di pietra in un dialogo serrato nel mondo del diritto e nella società.

Si tratta dunque per il giudice di inquadrare nei principi sui quali l'intero ordinamento si fonda fenomeni che richiedono di essere regolati con tempestività ed efficacia e che invece continuano a non figurare nelle agende della politica.

È tempo che il Parlamento si assuma le proprie responsabilità, come anche di recente ha ammonito il Capo dello Stato.

Maria Giovanna Ruo*

Il bel libro di Roberto Giovanni Conti è coinvolgente; trasporta il lettore affascinandolo del mondo valoriale di cui è intriso, la tutela dei diritti fondamentali dei soggetti vulnerabili nelle questioni di bio-diritto e cioè di quel diritto che ha a che fare con la vita, con il suo inizio, con la sua fine e con il suo snodarsi nei mille problemi che la stessa pone e ai quali non sempre (o quasi mai per quelli posti dalle moderne biotecnologie) vi è nella normativa una risposta adeguata alla domanda di giustizia. La prospettiva di lettura proposta nel presente contributo è quella di un avvocato che si occupa di soggetti vulnerabili e, in particolare, di persone di età minore; anche da questo particolare punto di vista il libro è ricco di spunti di riflessione ed approfondimento, su alcuni dei quali ci si sofferma qui di seguito.

Dignità

La centralità della persona umana si esplica nella sua dignità, che si declina in diversi passaggi, e diviene così criterio centrale, ma che non è definita. Ad essa fanno riferimento l'art. 3 della Costituzione (e implicitamente l'art. 2), la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, la Carta di Oviedo¹, e ad essa fa esplicito riferimento la Carta di Nizza² che la definisce principio inviolabile che deve essere rispettato e tutelato, valore interpretativo di tutti i diritti fondamentali afferenti la persona.

* Avvocato, docente di Diritto di famiglia e minorile, Presidente di Cammino-Camera Nazionale Avvocati per la Famiglia e i Minorenni.

1. Convenzione di Oviedo [Consiglio d'Europa, 1997]: Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina (Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina).

2. Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata il 7 dicembre 2000 a Nizza e poi, nella versione definitiva, a Strasburgo il 12 dicembre 2007.

Tuttavia, afferma sempre R. Conti, la concretizzazione di tale valore non è sempre appagante ed è complesso anche offrire uno stabile e sicuro approdo circa la soluzione della questione; il richiamo alla dignità umana rende comunque possibili risultati interpretativi e soluzioni concrete talvolta anche antitetici. L'una fondata sulla visione per la quale la stessa va garantita anche al di là o addirittura contro il soggetto titolare; l'altra che fa del concetto di autodeterminazione l'estrinsecazione della dignità stessa.

Anche le Linee guida del Consiglio d'Europa per la giustizia a misura di minore³ — *child friendly* — che costituiscono già attualmente uno strumento interpretativo importante anche in quanto sintesi di vari principi della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo — richiamano la dignità tra i principi fondamentali, insieme alla partecipazione, al criterio del *the best interest of the child*, alla protezione contro le discriminazioni e al ruolo del diritto. Richiamando espressamente il diritto alla dignità⁴, ne offrono anche una definizione come criterio qualificante la giustizia *child friendly*: “le persone di età minore debbono essere trattate con cura, sensibilità, *fairness* e rispetto in ogni procedura o caso, con attenzione speciale per la loro situazione personale, il loro benessere e le loro esigenze specifiche, con pieno rispetto della loro integrità fisica e psichica. Tale trattamento deve essere loro assicurato in ogni situazione in cui entrino in contatto con procedimenti giudiziari e non giudiziari o altri interventi con riferimento al loro stato giuridico e capacità in ogni procedimento o caso”⁵.

Per affermare che così non è nel nostro sistema di giustizia non servono particolari conoscenze e pratica del settore minorile, intendendosi ricompresi non solo i procedimenti di competenza del giudice specializzato minorile, ma tutte le situazioni giudiziarie nelle quali le persone di età minore siano coinvolte, dovendosi decidere — anche — dei loro diritti e in considerazione del loro interesse come criterio pre-

3. Linee Guida del Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa su una giustizia a misura di minore, adottata dal Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa il 17 novembre 2010 a Bruxelles.

4. LG, III, B. Principi fondamentali: “In assesting the best interest of the involved or affected children [...] b. all other rights of the child, such as the right of the dignity, liberty and equal treatment should be respected at all the times”

5. LG, III, Principi fondamentali, C. Dignità.

minente di giudizio, secondo la Convenzione di New York (art. 3)⁶ e la Carta di Nizza (art. 24), indipendentemente dall'organo giudicante⁷.

Basti pensare che, quando la Consulta nella sent. 1/2002⁸ affermò che la persona di età minore è parte sostanziale nei procedimenti che riguardano i suoi diritti relazionali con i genitori e la responsabilità genitoriale di questi, destò non poche critiche e perplessità. E basti pensare che sono occorsi altri 7 anni prima che le Sezioni Unite della Suprema Corte lo ribadissero per affermare la necessità, a pena di nullità, del suo ascolto per recepirne l'opinione nei procedimenti che riguardano i suoi diritti relazionali nella sentenza n. 22238/2009⁹.

E se l'audizione del minore nei procedimenti che lo riguardano ancora stenta a trovare sempre pratica attuazione, ancora più distanti dai principi del giusto processo siamo per quanto concerne il riconoscimento dell'esigenza di una sua autonoma rappresentanza e difesa quando si trovi in conflitto di interessi con i suoi genitori rappresentanti legali. La Suprema Corte ha offerto nel 2010 con una serie di sentenze un'interpretazione sistematica della non felice normativa in materia di adottabilità¹⁰ in tema di rappresentanza e difesa autonoma della persona di età minore¹¹.

6. Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge n. 176 del 24 maggio 1991.

7. La legge 10 dicembre 2012, n. 219 ha ridisegnato il riparto di competenze tra giudice specializzato minorile e giudice ordinario, con uno massiccio spostamento di competenze dall'uno all'altro, modificando l'art. 38 disp. att. cod. civ. Il nuovo riparto di competenze comporta problematiche varie in ragione del tenore letterale della normativa con particolare riferimento ai procedimenti sulla responsabilità genitoriale di cui agli artt. 330-336 c.c. che sono di competenza del Tribunale ordinario o Tribunale per i minorenni a seconda che siano in corso o meno procedimenti di separazione o divorzio o affidamento e mantenimento dei figli di genitori non coniugati.

8. Corte Cost., sent. 30 gennaio 2002, n. 1.

9. Corte Cass. SS.UU., sent. 21 ottobre 2009, n. 22238.

10. Cfr. DANOVÌ, *Il difensore del minore tra principi generali e tecniche del giusto processo*, in *Riv. Dir. Fam.*, 2010, 243 ss.; CARRATTA, *I procedimenti sullo stato di adottabilità e de potestate, dopo l'entrata in vigore della l. n. 149/2001: verso un giusto processo minorile*, in *ibid.*, 268 ss.; TOMMASEO, *Rappresentanza e difesa del minore nei giudizi di adottabilità*, in *Fam e dir.*, 2009, 3, 251; ID., *La disciplina processuale dell'adozione dei minori*, in *ibid.* 2008, 2, 197. V. anche RUO, *The long, long way to il giusto processo minorile*, in *Riv. Dir. Fam.* 2010. 119 e ss.; ID., *Il curatore del minore*, Bologna, 2014, 319-336.

11. Le sentenze della Suprema Corte cui ci si riferisce sono: Cass., 22 gennaio 2010, n. 1107; Cass., 17 febbraio 2010, n. 3804; Cass., 17 febbraio 2010, n. 3805; Cass., 26 marzo 2010, n. 7281; Cass., 26 aprile 2010, n. 9958; Cass., 19 maggio 2010, n. 12290; Cass., 11 giugno 2010, n. 14063; Cass., 14 giugno 2010, n. 14216; Cass., 14 luglio 2010, n. 16553; Cass., 19 luglio 2010, n. 16870.

Il procedimento di accertamento dello stato di abbandono dichiarativo dell'adottabilità di un minore è infatti di particolare rilievo per i diritti fondamentali in esso coinvolti in quanto riguarda il diritto costituzionalmente garantito della persona di età minore di essere educato, mantenuto ed istruito dai suoi genitori e che questi, se si trovano in situazioni di fragilità, siano sostenuti dallo Stato al fine di evitare che il legame con loro sia definitivamente rescisso. La Suprema Corte ha nel contempo disegnato nei suddetti provvedimenti un percorso paradigmatico interpretativo anche di altre situazioni di conflitto di interesse, pur meramente potenziale, tra rappresentanti legali e minorenni, nei procedimenti che riguardano questi ultimi.

In questa direzione è anche l'indicazione univoca della Convenzione per l'esercizio dei diritti dei minori fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996 e ratificata con l. 77 del 20 marzo 2003 (d'ora in poi denominata anche Convenzione di Strasburgo) e delle citate Linee guida del Consiglio d'Europa: la necessità di dare alla persona di età minore, nel processo, una rappresentanza (e quindi una difesa autonoma) quando in conflitto di interessi con i suoi genitori. Si tratta di un'esigenza che anche l'Autore sottolinea quando, commentando i provvedimenti del Giudice Tutelare di Parma¹² e del Tribunale per i Minorenni di Bologna¹³ poi, in tema di affido familiare di un minore a una coppia omosessuale, richiama l'interesse del minore come criterio fondante di ogni decisione relativa ai suoi diritti fondamentali e afferma che sarebbe stata "opportuna la nomina di una figura protettiva al minore che, sganciata dagli interessi dei soggetti appena indicati, rappresentasse al meglio l'interesse superiore del minore" (p. 130).

In questa prospettiva desta perplessità sul piano processuale la sentenza del Tribunale per i minorenni di Roma¹⁴ che ha dichiarato l'adozione ai sensi dell'art. 44 lett. d) di una bambina di pochi anni da parte della coniuge omosessuale (sposata in Spagna) della madre biologica e giuridica: anche in tale procedimento la minore è stata rappresentata dalla di lei madre, in potenziale conflitto di interesse con la figlia¹⁵.

12. Giudice Tutelare Parma, 3 luglio 2013.

13. Tribunale per i minorenni di Bologna, 31 ottobre 2013.

14. Tribunale per i minorenni di Roma, sent. 30 luglio 2014, n. 299. Per rendere necessaria la nomina di un curatore speciale del minore è sufficiente il conflitto di interessi potenziale come precisato da Cass., sent. 16 settembre 2002, n. 8803.

15. Da segnalare tra l'altro la sentenza n. 21651 del 19 ottobre 2011 della Suprema Corte

Quanto sopra evidenzia come si tratti di un percorso ancora *in fieri*, nel quale la dignità della persona di età minore come parte dei procedimenti che la riguardano è stata (quasi) totalmente pretermessa dal legislatore, che quando è intervenuto lo ha fatto con rilevante approssimazione e confusività. I giudici non sono stati re o legislatori (per usare la terminologia di R. Conti), che non lo debbono essere; ma certamente nella tutela anche processuale delle persone di età minore, la giurisprudenza interna è stata promotrice della sua dignità nel processo, accogliendo la spinta della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo che, nel condannare più volte l’Italia, ne ha espressamente anche censurato l’assenza di un “arsenale giuridico adeguato”¹⁶.

La consustanzialità dei requisiti di *fairness* del processo con il rispetto sostanziale dell’art. 8

D’altronde la stessa Corte EDU ha affermato più volte che il processo che riguarda il diritto alla vita privata e familiare tutelata dall’art. 8 della Convenzione di Roma¹⁷ *must be fair* e che il requisito dell’equo processo di cui all’art. 6 è consustanziale alla tutela dell’art. 8¹⁸. E R. Conti ricorda la particolare attenzione che va riservata agli aspetti procedurali dell’esercizio della giurisdizione. Nel riconoscere alla persona di età minore la qualità di parte, vi è implicita l’affermazione della terzietà del giudice e la ricollocazione dei procedimenti che la riguardano nell’alveo del giusto processo. Afferma R. Conti che quello dell’art. 8 è “un mondo in cui il rispetto delle regole del processo non

che non aveva escluso la nomina di un curatore speciale del figlio minorene nei procedimenti di adozione in casi particolari, rimandando alla considerazione del caso concreto nel quale emerga un conflitto di interessi diretto ed attuale tra il minorene e il genitore suo rappresentante legale. Come sembra a chi scrive sussistesse nel caso dell’adozione in casi particolari di cui alla citata sentenza n. 299/2014 del Tribunale per i minorenni di Roma.

16. Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *Lombardo c. Italia*, sentenza 29 gennaio 2013.

17. *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, redatta dal Consiglio d’Europa e firmata a Roma il 4 novembre 1950, e successivi protocolli modificativi e integrativi.

18. Rimando a Ruo, *Giusto processo civile minorile e spazio giuridico europeo: indicazioni della Corte Europea dei diritti dell’Uomo e linee guida del Consiglio d’Europa per una giustizia child friendly*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2013, p. 297.

è fine a se stesso, ma finisce con il diventare sempre più garanzia del pieno dispiegamento dei diritti sostanziali e, quindi, anche esso garanzia di sostanza dei diritti” (p. 65–66). Affermazione che mi trova del tutto consenziente.

Non si può tuttavia sottacere che il principio non trova sempre attuazione nelle prassi applicative: quando ciò succede la giustizia minorile diviene “un porto franco”, nel quale stentano a trovare attuazione principi sostanziali e processuali che in altre aree del diritto e della giurisdizione non sono messi in discussione. Esempio evidente è proprio quanto appena rilevato in materia di conflitto di interesse tra il figlio minore incapace di agire e i suoi genitori rappresentanti legali.

Ma se il minore è parte dei procedimenti che riguardano anche i cd. suoi diritti relazionali (quelli cui fanno riferimento l’art. 8 della Convenzione EDU e gli artt. 2, 3, 30, 31 e 32 della Costituzione), non può esservi rappresentato dai propri genitori rappresentanti legali quando sono in conflitto di interessi con lui: è un principio lapalissiano, che in tutte le altre aree del diritto non è posto in discussione, ma lo è in quella che riguarda le persone di età minore.

Sicché anche in questo caso l’applicabilità della Convenzione di Strasburgo per l’esercizio dei diritti dei minori del 25 gennaio 1996, che disciplina espressamente il conflitto di interessi tra figlio rappresentato e genitori (o tutore) suoi rappresentanti legali nei procedimenti che riguardano la loro responsabilità genitoriale, prevedendo che debba essere nominato un curatore al figlio, in un primo momento è stata confinata dal nostro legislatore a poche fattispecie dagli strumenti di ratifica depositati in immediata successione alla l. 77/2003¹⁹ e si è dovuto attendere che la Corte Costituzionale ne affermasse la precettività

19. La legge di ratifica n. 77 del 20 marzo 2003 sembrò infatti finalmente “portare a sistema” la rappresentanza processuale del figlio minore in caso di conflitto di interessi con i suoi genitori rappresentanti legali. L’entusiasmo suscitato tra gli addetti ai lavori fu di breve durata in quanto in immediata successione furono depositati gli strumenti di ratifica che sembrarono confinarne l’applicazione a pochi casi, nei quali era già per lo più prevista la nomina del curatore speciale. L’elenco dei procedimenti interessati fu pubblicato sulla G.U. 210 del 10 settembre 2003 nella dichiarazione contenuta nella lettera del rappresentante permanente dell’Italia presso il Consiglio d’Europa del 23 giugno 2003 consegnata al Segretario Generale del Consiglio d’Europa in data 4 luglio 2003: le fattispecie individuate sono infatti art. 145 c.c., 244 u.c., c.c.; art. 247 u.c., c.c.; art. 264, comma 2, c.c.; art. 274 c.c.; art. 322 c.c. e art. 323 c.c.

generale con le sentenze n. 179/2008 e n. 83/2011²⁰; tuttavia ancora il principio non riceve uniforme e piena attuazione.

Anche il legislatore della novella sulla filiazione ha ignorato il problema della rappresentanza autonoma del figlio rispetto ai suoi genitori in alcune fattispecie emblematiche: nel disporre che anche un minore infrasedicenne possa riconoscere il figlio se autorizzato, ha dimenticato di prevedere la nomina di un curatore speciale che proponga l'azione per il genitore infrasedicenne²¹. E così a Milano, ad esempio, la questione si è risolta con la lesione di diritti fondamentali di due soggetti vulnerabili, il neonato e la giovane madre. Poiché quest'ultima si trovava in situazione di conflitto con i propri genitori, la richiesta di autorizzazione al Tribunale ordinario per il riconoscimento del figlio neonato fu proposta dai Servizi Territoriali che la seguivano. Il giudice meneghino ha dichiarato inammissibile la domanda per carenza di legittimazione attiva dei servizi²²: non risulta l'invio degli atti al Pubblico Ministero perché richiedesse ai sensi dell'art. 79 c.p.c. la nomina di un curatore speciale della madre minorenni infrasedicenne e nemmeno il giudice ha ritenuto di poter procedere d'ufficio a tale nomina. Con un evidente *deficit* di tutela di due persone di età minore e dei loro diritti fondamentali.

Sempre il legislatore della filiazione, ignorando la citata sentenza della Consulta n. 83/2011, nel riformulare l'azione di cui al IV comma dell'art. 250 c.c. di autorizzazione al secondo riconoscimento, ha dimenticato di prevedere la nomina di un curatore speciale per il minorenni, che non può certo essere rappresentato in tale procedimento dal genitore che si oppone al secondo riconoscimento che si deve presumere nel di lui interesse, fino a prova contraria²³.

E così via: in questi e molti altri casi è vero che è il giudice (ma anche l'avvocato e di questo dirò dopo) che deve apportare il *quid pluris*, colmare le vistose lacune dell'ordinamento, conciliare le frequenti aporie che nascono dal contrapporsi di sistemi ispirati da filosofie di sistema divergenti e difficilmente conciliabili, nella prima delle quali — che permea il nostro sistema — per decenni si è avuta la “reificazione”,

20. Corte Cost., 12 giugno 2009, n. 179 e Corte Cost. 11 marzo 2011, n. 83.

21. L'art. 250 c.c., ultimo comma, è stato modificato dalla l. 10 dicembre 2012 n. 219.

22. Trib. Milano, 19 giugno 2013.

23. Corte App. Napoli, decr., 17 aprile 2013; sull'interesse del minorenni al secondo riconoscimento Cass., 16 novembre 2005, n. 23074

la “cosificazione” della persona di età minore nei procedimenti che riguardavano le sue relazioni familiari. Ora tale filosofia deve armonizzarsi con quella del sistema di origine convenzionale e sulla spinta dell'eurodiritto nel quale viene finalmente riconosciuta la dignità di persona al minore e deve essergli garantita una tutela rafforzata quale soggetto vulnerabile.

Ascolto del minore in ambito giudiziario

L'istituto dell'ascolto in ambito giudiziario si situa proprio nella valorizzazione della dignità della persona di età minore nei procedimenti che la riguardano: la sua opinione non può che essere un elemento fondamentale del decidere del giudice nel di lei interesse²⁴. Non certamente vincolante, ma elemento necessario la cui pretermissione comporterebbe uno squilibrio così rilevante nel decidere dall'inficiarlo nelle sue fondamenta. Ed è certamente vero che l'opinione da ascoltare, e quindi da prendere in considerazione in ragione della maturità della persona di età minore, deve essere un'opinione quanto più libera possibile da condizionamenti e che, quindi, le modalità procedurali dell'ascolto ancora una volta sono ‘sostanza’ dell'istituto. Perché il recepimento dell'opinione della persona di età minore sia effettivo, tale opinione deve essere infatti espressa ed accolta con modalità che ne salvaguardino la libertà di espressione.

Non condivido però l'entusiasmo di R. Conti per la disciplina dell'ascolto recentemente introdotta dal d. lgs. 154/2013 con l'introduzione degli artt. 336 bis c.c. e 38 bis disp. att. c.c.: è a mio avviso incostituzionale l'esclusione in via generale, anticipata ed astratta della difesa, posta peraltro sullo stesso piano delle parti private. Incomprensibile l'esclusione del curatore speciale del minore, che ha suoi propri compiti di ascolto del minore da lui rappresentato espressamente previsti dall'art. 10 della Convenzione di Strasburgo tanto che ne deve rappresentare l'opinione al giudice. Ingiustificabile la totale assenza di

24. Cass., sent. 26 marzo 2010, n. 7282, ha affermato che l'audizione del minore nel processo civile riflette una sua nuova considerazione quale portatore di bisogni e interessi che, se consapevolmente espressi, pur non vincolando il giudice, non possono essere da lui ignorati e che lo obbligano anzitutto ad ascoltarlo nella misura consentita dalla sua capacità di autodeterminarsi.

considerazione della figura del tutore. Suscita perplessità anche che la nuova normativa non abbia considerato quello che il Comitato ONU nell'interpretazione autentica dell'art. 12 della Convenzione di New York²⁵ e le già citate Linee Guida per una giustizia a misura di minore chiamano il meccanismo di *feed back* e cioè la restituzione della decisione al minorente ascoltato. Restituzione che, se non effettuata in una situazione in cui la decisione si sia discostata dall'opinione espressa dal minorente, può radicalmente comprometterne la crescita civica, erodendo nelle sue radici la fiducia nelle istituzioni. Come curatore, la restituzione della decisione ai minorenni da me rappresentati è stata per me un ineludibile passaggio di vero rispetto della sua 'dignità di persona' anche se si è trattato di situazioni difficili se non drammatiche, come ad es. spiegare a un adolescente *rom* che voleva tornare in famiglia — e che così aveva richiesto al giudice nell'ascolto — che era stato invece dichiarato adottabile (decisione peraltro da me condivisa) e che in famiglia non ci sarebbe tornato più. Ma tale meccanismo di restituzione non è stato contemplato dalla nuova normativa che riflette una concezione paternalistica dell'ascolto, di un evento tra giudice e minore (anche se questi ha 17 anni e mezzo) con buona pace dei principi dell'equo processo di cui all'art. 6 della Convenzione EDU, consustanziale, come si è detto, all'art. 8.

Genitorialità (omo ed etero sessuale, biologica e genetica) e tutela: nuove frontiere del biodiritto

Vi è anche da sottolineare che nei procedimenti che riguardano le persone di età minore non è poi così infrequente che i loro diritti si contrappongano ai diritti fondamentali dei loro genitori o dei soggetti adulti in genere: e qui le frontiere sono mobili. Nel libro si tratta con attenzione delle questioni che riguardano l'adozione di minorenni da parte di coppie omosessuali sia dalla prospettiva della giurisprudenza della Corte EDU sia di quella interna. È alle soglie (anzi è già entrata nella realtà della domanda di giustizia del nostro Paese) la richiesta di trascrizione dell'atto di nascita di figlio di due coniugi omosessuali,

25. Comitato sui diritti dell'infanzia, Commento generale n. 12. Il diritto del bambino e dell'adolescente di essere ascoltato, p. 17, p. 45.

che hanno contratto matrimonio e hanno avuto un figlio “nato nel matrimonio” in un paese nel quale ciò è giuridicamente possibile. La sentenza del Tribunale per i minorenni di Roma n. 299 del 30 luglio 2014, alla quale è già stato fatto riferimento, ha consentito l’adozione in casi particolari ai sensi dell’art. 44 lett. d) da parte della coniuge omosessuale della madre biologica e il Tribunale per i minorenni di Bologna ha sollevato eccezione di legittimità costituzionale del medesimo art. 44 lett. b) in un caso in cui la ricorrente, coniuge omosessuale della madre biologica, e già genitrice adottiva del figlio di questa giusta provvedimento adottivo emesso negli USA, ha chiesto il riconoscimento di tale adozione in Italia²⁶.

Quale è il principio cui fare riferimento? La nascita da una coppia omosessuale contrasta con il diritto alla bigenitorialità biologica o piuttosto contrasta con il diritto alla bigenitorialità relazionale il negare tale tipologia di filiazione, come affermano i Tribunali per i minorenni di Roma e di Bologna nei citati provvedimenti?

E ancora: la giurisprudenza ha (giustamente) coniato la figura del “danno da mancato riconoscimento”²⁷ per il *vulnus* all’identità della persona e quindi alla sua dignità che comporta avere una genitorialità dimidiata e non piena²⁸, come è suo diritto fondamentale. Il danno non patrimoniale è riconosciuto perché il mancato riconoscimento è lesivo di un bene costituzionalmente protetto, anche nella prospettiva dell’eurodiritto.

Cass. 26205/2013, citata dall’Autore (p. 176) rileva che la Carta di Nizza costituisce “fonte integratrice dello statuto dei diritti fondamentali di rango costituzionale delle persone” e trae dalla stessa conferma del principio che il diritto del figlio ad essere educato e mantenuto è etiologicamente connesso esclusivamente alla procreazione.

Ma allora identica lesione del proprio diritto fondamentale a una genitorialità piena e non dimidiata non si verifica quando una madre pervicacemente nega l’autorizzazione al secondo riconoscimento ritardando l’instaurazione di una relazione affettiva ed educativa con il padre, e rendendo per il figlio impossibile la precoce costruzione della propria identità? E, ancora: nel caso di genitori omosessuali, non

26. Trib. Min. Bologna, ord. 10 novembre 2014.

27. Cass., 10 aprile 2012, n. 5652.

28. Cass., 25 maggio 2008, n. 824.

vi è lesione dell'identico diritto del figlio di vedere riconosciuto il proprio padre biologico negatogli in ragione dell'orientamento sessuale dell'altro padre (o madre)? Il diritto alla conoscenza delle proprie origini è un diritto fondamentale della persona sempre da tutelare o prevalgono invece altri diritti dei genitori genetici e, in questo secondo caso, sempre o solo in alcuni casi e in quali?

La Corte Costituzionale con la sentenza 22 novembre 2013, n. 278 ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 28, comma 7, l. 184/1983 laddove non prevede, mediante un procedimento la possibilità per il giudice di interpellare la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata, su richiesta del figlio, ai fini di un'eventuale revoca di tale dichiarazione. Secondo la Consulta la declaratoria di incostituzionalità discende dal fatto che la scelta dell'anonimato della madre, che implica una rinuncia irreversibile alla c.d. "genitorialità giuridica", non deve necessariamente implicare una definitiva e irreversibile rinuncia alla genitorialità naturale. Del resto, diversamente opinando, si introdurrebbe nel sistema una sorta di divieto destinato a precludere in radice qualsiasi possibilità di reciproca relazione di fatto tra madre e figlio, con esiti difficilmente compatibili con gli artt. 2 e 3 Cost.

Oppure, nella prospettiva inversa, il figlio di genitori omosessuali non vede leso il proprio diritto fondamentale dallo Stato che gli nega la genitorialità giuridica di chi affettivamente, educativamente, relazionalmente espleta di fatto nei suoi confronti la responsabilità genitoriale sin dalla sua nascita perché ciò è consentito e legittimo in altri ordinamenti e attraverso il cui apporto il figlio minore costruisce in concreto la propria identità?

L'attenzione al caso concreto

Domande che hanno a che fare con la vita delle persone, con il loro destino, con "carne e sangue" di genitori e figli. E che necessitano di risposte frutto di una pacata e approfondita ricerca intellettualmente libera e non degli approcci ideologici degli interpreti, atteggiamenti che mi sembra l'Autore stigmatizzi perché in effetti l'ideologia corre il rischio di inficiare onestà intellettuale e rigore metodologico necessari nella ricerca della soluzione quantomeno più giusta nel caso concre-

to²⁹ ed in relazione al singolo istituto. Ho condiviso le considerazioni dell'Autore circa l'affidamento di minori a coppia omosessuale, sia per quanto riguarda il concetto di famiglia, considerato alla luce dell'art. 8 Conv. EDU, sia per quanto riguarda l'accento posto nella differenza tra affido e adozione, per la temporaneità del primo rispetto alla definitività della seconda, sia per quanto riguarda la considerazione dell'interesse del minore un po' troppo "di maniera" nei provvedimenti citati.

La concretezza del caso, nell'atteggiarsi esistenziale degli interessi contrapposti in gioco, della loro effettiva dinamica, il coglierne "senso" e "valore" è la risposta corretta per la valutazione in quella determinata fattispecie dell'interesse della persona di età minore che costituisce criterio preminente di giudizio, come indica anche la Corte EDU: il che richiede non solo nel giudice, ma in tutti gli operatori, "specializzazione nell'essere umano".

Specializzazione

E difatti, propri per quanto riguarda la giustizia a misura delle persone di età minore, proprio le già più volte citate Linee Guida richiedono espressamente la specializzazione multidisciplinare nei professionisti e nei giudici che di minorenni e dei loro diritti si occupano³⁰.

È necessario quindi interrogarsi su cosa si debba intendere per "specializzazione" del giudice e di tutti gli operatori del settore, che non può limitarsi ad essere un'etichetta, lasciando inalterato il contenuto di una professionalità generalista ancorché tecnicamente inappuntabile.

29. Comitato ONU, *General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interest taken as a primary consideration* (art. 3, para. 1), 29 maggio 2013, adottato dal Comitato nella sessione 14 gennaio–1 febbraio 2013 in www.cammino.org. Avverte il Comitato che il concetto di *Best interest of the child* richiede lo sviluppo di un approccio sistematico ai diritti del minorenne che coinvolga tutti gli attori ed assicuri l'integrità fisica, psicologica, morale e spirituale della persona di età minore, promuovendo la sua dignità umana (p. 3–4): "the concept of the child's best interest is flexible and adaptable. It should be adjusted and defined on an individual basis, according to the specific situation of the child or children concerned, taking into consideration their personal context, situation and needs".

30. LG, IV, *Una giustizia a misura di minore prima, durante e dopo il procedimento giudiziario*, 4. *Formazione di professionisti*.

Per comprendere cosa sia specializzazione nell'area della tutela dei diritti fondamentali della personadi età minore bisogna fare necessario riferimento al suo superiore interesse che è criterio centrale e preminente di giudizio, oramai costituzionalizzato come 'clausola generale' dell'ordinamento da plurimi interventi della Consulta³¹.

Sembra potersi affermare che ciò in buona sostanza implichi una gerarchia funzionale del decidere con preminenza sempre della tutela dei diritti fondamentali del soggetto vulnerabile, davanti ai quali la tutela anche di altri diritti fondamentali di soggetti adulti e persino dello Stato cede³² e, tra i diritti fondamentali della persona di età minore, accordando sempre priorità alla tutela ed attuazione delle sue migliori condizioni di sviluppo psico-fisico³³.

31. V. da ultimo Corte Cost., sent., 22 ottobre 2014, n. 239 che ha dichiarato 1) l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare speciale prevista dall'art. 47-*quinquies* della medesima legge; 2) in applicazione dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1, della legge n. 354 del 1975, nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare prevista dall'art. 47-*ter*, comma 1, lettere a) e b), della medesima legge, ferma restando la condizione dell'insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti. La Consulta ha affermato, tra l'altro: "È ben vero che nemmeno l'interesse del minore a fruire in modo continuativo dell'affetto e delle cure materne, malgrado il suo elevato rango, forma oggetto di protezione assoluta, tale da sottrarlo ad ogni possibile bilanciamento con esigenze contrapposte, pure di rilievo costituzionale, quali quelle di difesa sociale, sottese alla necessaria esecuzione della pena inflitta al genitore in seguito alla commissione di un reato. Come già rilevato da questa Corte (sentenza n. 177 del 2009), proprio ad una simile logica di bilanciamento risponde, in effetti, la disciplina delle condizioni di accesso alla detenzione domiciliare speciale stabilite dall'art. 47-*quinquies*, comma 1, della legge n. 354 del 1975: condizioni tra le quali figura anche quella, più volte ricordata, della insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti da parte della condannata. Ma affinché l'interesse del minore possa restare recessivo di fronte alle esigenze di protezione della società dal crimine occorre che la sussistenza e la consistenza di queste ultime venga verificata, per l'appunto, in concreto — così come richiede la citata disposizione — e non già collegata ad indici presuntivi — quali quelli prefigurati dalla norma censurata — che precludono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole situazioni".

32. Corte Cost., sent. 23 gennaio 2013, n. 7:

33. Cons. Stato, sent. 16 aprile 2014, n. 1899: "Gli istituti a tutela della maternità mirano a realizzare anche *l'interesse preminente del minore*, che va garantito non solo in relazione ai bisogni fisiologici, ma anche allo sviluppo della personalità. Tale principio vale soprattutto per l'affidamento preadottivo e l'adozione, poiché la più intensa presenza degli adottandi è tesa ad agevolare il processo di crescita del bambino e il suo ingresso nella nuova famiglia".

Ne deriva che l'applicazione del principio giuridico del superiore interesse del minorenne implichi la sua valutazione anche da prospettive ulteriori e metagiuridiche, saperi altri la cui conoscenza nei processi decisionali non è solo accessoria, ma necessaria. Il problema che si pone è duplice: come assicurare tale valutazione nelle forme e nei modi in cui sia funzionale alla chiarificazione del principio giuridico nel caso concreto in modo che la decisione che scaturisca, dopo l'equo bilanciamento degli interessi in gioco che deve veder prevalere quello del minorenne sempre, assicuri a questo le migliori condizioni di sviluppo psico-fisico; come evitare che tale valutazione snaturi la giurisdizione, finendo con il prevalere culturalmente e metodologicamente ed inquinandola con forme e modalità improprie se non talvolta antitetice ai principi costituzionali in materia³⁴.

Non mi convincono alcune tesi riformiste del settore³⁵ che tendono ad omologare la giustizia a tutela delle persone di età minore e dei soggetti vulnerabili alla giustizia civile *tout court*: non basta avere un *pool* di esperti psicologi cui il giudice possa eventualmente rivolgersi "con le modalità della CTU" rimanendo poi le logiche di decisione quelle del tribunale ordinario, che deve decidere sulla contrapposizione di diritti, mentre invece la giurisdizione che riguarda le persone di età minore mira invece alla (ri)costituzione di nuovi assetti relazionali nel loro interesse, per consentire loro le migliori condizioni di sviluppo psico-fisico.

V. anche Cons. di Stato, sent. 14 maggio 2014, n. 2472 che, nel consentire l'accesso del coniuge all'archivio finanziario relativamente ai movimenti dell'altro coniuge, nonché all'agenzia delle entrate per avere conoscenza della documentazione fiscale di quest'ultimo, ha così motivato: "Nel caso di specie la cura e la tutela degli interessi economici e della serenità dell'assetto familiare, soprattutto nei riguardi dei figli minori delle parti in causa, prevale o quantomeno deve essere temperata con il diritto alla riservatezza previsto dalla normativa vigente in materia di accesso a tali documenti «sensibili» del coniuge". Va considerato dirimente, al riguardo, il fatto che nella specie la richiesta di accesso sia provenuta dal marito della controinteressata, e non da un *quisque de populo* e che l'interesse dello stesso, attuale e concreto, alla cura dei propri interessi in giudizio, si presentasse certamente qualificato: donde la condivisibilità, in via di principio, delle conclusioni del primo giudice laddove ha ritenuto meritevole di accoglimento l'istanza di accesso anche con riferimento alle comunicazioni suindicate.

34. Si tratta delle cd. "prassi distorsive" troppo ancora frequenti nei procedimenti minorili soprattutto davanti ai Tribunali per i minorenni dove è invalso l'uso di delegare funzioni istruttorie ai componenti privati con mortificazioni frequenti del principio del contraddittorio e dei diritti di difesa delle parti.

35. Rinvio a RUO, *Quella riforma indifferibile della giustizia minorile per dare tutela effettiva ai soggetti più vulnerabili*, Editoriale Guida al Diritto – Il Sole 24 Ore n. 33, 9 agosto 2014.

Il modello non può essere quello di una giurisdizione ordinaria “corretta”; non funziona più nemmeno il modello del Tribunale per i minorenni; si deve trovare una terza via, di sintesi, che non disperda il patrimonio minorile, ma lo integri con il necessario rigoroso rispetto dei principi del giusto processo (contraddittorio, diritto di difesa e terzietà del giudice) evitando derive inquisitorie e irrispettose delle persone che appaiono co-strutturali ad alcune modalità di giurisdizione. D'altronde, si è già ricordato, le regole processuali sono parte integrante della giurisdizione della persona e delle relazioni familiari.

La via di sintesi può essere rappresentata da un organo giudicante quindi che integri il collegio nel momento decisionale con la presenza di altri saperi, ma che non deleghi mai funzioni istruttorie agli esperti la cui funzione può essere tutt'al più quella di affiancare il giudice togato nell'ascolto del minore.

Teoria del consenso, questioni che riguardano persone di età minore e formazione del consenso

La Corte EDU, per la cui giurisprudenza — fonte interposta dell'ordinamento e parametro di costituzionalità — condivido l'entusiasmo dell'Autore, si basa nelle questioni “eticamente sensibili” anche sulla cd. “teoria del consenso”, che sottolinea il ruolo giocato dal consenso manifestato all'interno dei Paesi contraenti circa il dimensionamento dei diritti individuati dalle questioni biogiuridiche (p. 214). Tale teoria ha l'obiettivo di salvaguardare le tradizioni logico-giuridiche dei Paesi aderenti alla CEDU ai quali viene riconosciuto il potere di adottare misure limitative di diritti fondamentali “Al crescere del consenso rispetto a una questione, corrisponde un sindacato estremamente incisivo della Corte EDU per valutare la compatibilità dell'interferenza introdotta dallo Stato in difformità dalla regolamentazione uniforme raggiunta a livello europeo” (p. 245). Insomma il *common ground* si collega intimamente alla possibilità di dare alla CEDU una lettura evolutiva: più cresce il consenso, più è ristretto il margine di apprezzamento dello Stato.

Ma ciò che preoccupa il “giusminorilista” è che il consenso è frutto della cultura adulta, che ancora una volta diviene condizionante anche per i diritti dei minorenni. Da qui una delle più importanti

funzioni dell’Autorità Garante per l’Infanzia e l’Adolescenza, quella di costruire il consenso intorno alla prospettiva della persona di età minore, che non necessariamente coincide, anche per quel che riguarda l’interpretazione dei diritti fondamentali, con quella della maggioranza del mondo adulto che tende all’affermazione dei propri diritti fondamentali.

Il 23 settembre 2014, a Ginevra, i 18 esperti delle Nazioni Unite hanno sottolineato come sia necessario coinvolgere maggiormente le persone di età minore nelle decisioni che riguardano i loro diritti e nella ricerca delle relative soluzioni. Il richiamo è avvenuto in preparazione al XXV anniversario della Convenzione Onu sui diritti del fanciullo che è stata celebrata in tutto il mondo il 20 novembre di questo anno 2014.

Giudici e avvocati

Un’ultima riflessione su un aspetto che suscita riflessioni nel bel libro di Roberto Conti: l’assenza di interlocuzione con l’avvocatura. Il giudice, in tutto il libro, appare solo con i suoi dilemmi etici e giuridici, la molteplicità delle fonti, la necessità di tutela adeguata dei soggetti vulnerabili: l’interlocuzione con l’altra faccia del “pianeta giustizia”, l’avvocatura, non si rinviene.

In realtà però dubbi consimili a quelli del giudice chiamato a decidere in questioni di “biodiritto” e situazioni esistenziali analoghe ci sono anche per l’avvocato, quando questioni di biodiritto bussano alla porta del suo studio, quando intuisce che facendo leva su un’interpretazione costituzionalmente, convenzionalmente, eurogiuridicamente orientata si potrebbero trovare soluzioni anche a quelle domande di giustizia alle quali un ordinamento un po’ *retro* e decisamente lacunoso non consente una risposta chiara e immediata di tutela di soggetti vulnerabili. Quando si deve fermare per ragioni di tempi, costi, e timore di non trovare sulla propria strada il “giudice Ercole”, evocato da R. Conti, ma il giudice “burocrate” che poi condanni anche il soggetto vulnerabile alle spese rigettando una domanda forse troppo arditamente costruita su fonti sovranazionali. Tuttavia invece la corretta interlocuzione — ovviamente nel più rigoroso rispetto dei diversi ruoli e funzioni — nelle opportune sedi di scambio e di formazione,

con chi deve dare voce alla domanda di giustizia delle persone e, per vocazione costituzionale, costituisce l'anello di congiunzione tra la vita e il diritto, comporta *ex se* arricchimento di prospettive da cui potrà più facilmente discendere un avanzamento nella tutela dei diritti delle persone vulnerabili.

RECENSIONE

Recensione (Ann. dir. comp., 2014, 853 ss.)

Antonio Ruggeri*

Anche ne *I giudici e il biodiritto*, così come già ne *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice* (Aracne, Roma 2010), R. Conti s'interroga sul ruolo dei giudici nella risoluzione di alcune delle più spinose questioni coinvolgenti i diritti fondamentali. Qualcuno potrebbe affacciare l'ipotesi che si tratti di una sorta di *leit motiv* ricorrente della riflessione di C., di certo ricollegabile al suo impegno istituzionale, dapprima come giudice del merito ed ora della legittimità, un impegno al quale infaticabilmente affianca quello di studioso operoso, fortemente attratto da tutto ciò che ha riguardo alla tutela dei diritti fondamentali, specie per il modo con cui essa prende forma ed incessantemente si rinnova attraverso il "dialogo" — come usa chiamarlo — tra le Corti europee e i giudici nazionali. Credo, però, che questa sia una delle spiegazioni possibili ma non la sola. In realtà, C. va da anni tessendo una tela a maglie sempre più fitte e che si distende sopra ambiti materiali via via più vasti, ragionando specificamente sul contributo, di prima grandezza, offerto dai giudici alla salvaguardia dei diritti. Attorno a questo "nucleo duro" e da esso partendo, C. erige, mattone sopra mattone, una costruzione teorica di considerevole spessore e pari stabilità, coinvolgente generali questioni ad oggi incertamente risolte dalla teoria costituzionale. Quello di oggi, il c.d. "biodiritto" (nozione che pure, a mio modo di vedere, attende ancora la propria chiarificazione interna), è nondimeno, con ogni probabilità, l'ambito che più di altri sollecita quanti ad esso si accostano (e, tra questi, in prima fila C.) a dar fondo a tutte le risorse culturali ed argomentative di cui dispongono nello sforzo di dare una risposta in qualche modo appagante a quesiti di estremo impegno teorico e dalle formidabili implicazioni di ordine pratico.

* Professore di diritto costituzionale, Università di Messina.

Scrivevo, nella prefazione de *La Convenzione*, sopra cit., che si trattava di un libro di arrivo ma anche di partenza, in cui si dava veste organica e compiuta a numerose riflessioni precedenti sparse in note e non di rado prestigiose sedi editoriali e fatte quindi oggetto di ulteriore riconsiderazione, allo stesso tempo ponendosi le basi per nuove indagini, tracciandosi cioè percorsi di ricerca suscettibili di promettenti, interessanti esiti teorico–ricostruttivi: insomma, concludevo, una sorta di *work in progress*. Sono stato buon profeta (è cosa che, per la verità, non mi capita di frequente e dunque mi si perdonerà questa compiaciuta confessione). *I giudici e il biodiritto* è, infatti, la naturale prosecuzione di un discorso sui diritti e il ruolo del giudice che C. va svolgendo con encomiabile lena e senza sosta (anche dopo la pubblicazione del libro che ora si presenta, C. ci ha consegnato i risultati di altre, approfondite ricerche, rendendo così tangibile testimonianza del fatto di non ritenere ancora compiutamente assolto il compito che s'è dato). Il cantiere, insomma, è ancora a cielo scoperto: si vedono le mura portanti e parte degli interni dell'edificio, ma non appunto il tetto; altre parti, poi, sono ancora da fare e, soprattutto, non si vede quale "altezza" riuscirà a raggiungere la casa una volta finita.

Ma, siamo sicuri che la costruzione avrà fine? Sono convinto di no; e, dicendo questo, so di non fare un torto al "costruttore", tutt'altro!

Le questioni riguardanti i diritti, specie quelli — come si è soliti chiamarli — di nuova generazione, non possono mai dirsi una volta per tutte definite; possono, come devono, essere *decise* (specie, appunto, dai giudici) ma non appieno *risolte*, nel senso di trovare finalmente quiete e ricetto, rinvenire un loro *ubi consistam* dotato di solide basi teoriche, con buona pace per tutti i protagonisti di vicende giudiziarie che, non di rado, non soltanto vedono i soggetti stessi stare su posizioni frontalmente contrapposte ma che — di più — lasciano un segno profondo, una ferita che non si rimargina, nella coscienza di uno stesso individuo che, pur laddove ottenga dal giudice giuridica ragione, sa di uscire comunque moralmente sconfitto dalla prova giudiziaria. Ci sono vicende, come quella, cui è stata di recente data larga risonanza dai grandi mezzi di comunicazione, riguardante lo scambio delle provette in occasione di un trattamento di fecondazione medicalmente assistita, nelle quali — come che finirà col chiudersi il caso — non ci saranno i vincitori da una parte e gli sconfitti dall'altra ma tutti saranno comunque perdenti (e più di ogni altro — ahimè —, forse, proprio i minori coinvolti).

Con casi “forti”, al pari di quello ora accennato, C. ha scelto di misurarsi; e, pur non trattenendosi dal prendere partito in un senso o nell’altro (qui, è chiara l’impronta del mestiere che fa...), non trascura di rappresentare con certissima pazienza e specchiata onestà d’intelletto anche le ragioni dell’“altro” (e qui viene a galla la qualità dello studioso, il suo essere per vocazione aperto a plurimi esiti teorico–ricostruttivi...). Raramente ci dice: “è così, e non può che essere così”; la conclusione il più delle volte è problematica (“potrebbe essere così”), comunque sofferta, mai (o quasi mai) interamente paga.

Emblematica di questa che considero una felice opzione metodica, allo stesso tempo rivelatrice dell’*animus* che sta a base delle analisi svolte, è la riflessione, posta (non casualmente) all’inizio della trattazione, riguardante la dignità della persona umana. Anche di questo che molti di noi considerano un valore assoluto, non bilanciabile (la “bilancia”, secondo una felice ed ispirata immagine di G. Silvestri, sopra la quale si dispongono i beni della vita bisognosi di ponderazione), C. mostra i molti volti, il suo mobile situarsi ed appuntarsi, a seconda delle circostanze, in capo ai protagonisti delle vicende giudiziarie, alle volte congiuntamente in capo ai soggetti litiganti. E ciò, proprio perché — ci dice C. — i casi della vita sono *sempre* diversi, mai davvero e fino in fondo ripetitivi. Una conclusione sulla quale le nostre posizioni teoriche non sono coincidenti, non potendosi a mia opinione escludere che uno stesso caso della vita possa tornare col tempo a riproporsi identico a sé nei suoi termini oggettivi (fattuali e normativi), nell’intreccio inscindibile degli elementi di cui il caso si compone. Il nostro confronto sul punto, di cruciale rilievo, sempre franco ed alimentato da un profondo, reciproco rispetto ed affetto, è ad oggi in via di svolgimento e — credo di poter dire — maturazione, le divergenze tuttavia risultando (perlomeno ai miei occhi appearing essere), man mano che andiamo mettendo meglio a fuoco i rispettivi punti di vista, forse più di rappresentazione verbale che di sostanza.

Il riferimento alla dignità ed alle sue sofferte e varie vicende mostra *per tabulas* la giustezza del giudizio espresso da O. Pollicino nella sua densa ma efficace prefazione de *I giudici e il biodiritto*, vale a dire che il titolo dato da C. alla sua opera non ne rispecchia in tutto e per tutto il contenuto: non già, ovviamente, che sia infedele ma che risulti appunto riduttivo. Perché il vero è che, partendo dalle questioni “biogiuridiche” — se così vogliamo chiamarle, sulla scia di una tradi-

zione che va sempre di più affermandosi, per quanto non ne condivide appieno gli strumenti linguistici di cui si avvale ed anche l'estensione dell'area materiale che si reputa da essi "coperta" —, C. va via via allargando il campo delle sue riflessioni, allo stesso tempo scavando a fondo nei campi materiali dalle stesse coltivati. Come l'onda smossa da un sasso lanciato sull'acqua si propaga fino a raggiungere punti molto lontani da quello originariamente toccato, anche l'esame svolto da C. finisce col riguardare micidiali questioni della teoria giuridica (e non), quali quelle relative ai rapporti tra fatti e valori, scienza e valori, scienza e fatti.

Quale — s'interroga C. — il ruolo del giudice in un contesto segnato da un'integrazione sovranazionale viepiù avanzata, anche (e soprattutto) grazie ai (e sul terreno dei) diritti, per effetto del "dialogo" tra le Corti?

Che il ruolo in parola sia col tempo enormemente cresciuto è divenuto ormai un luogo comune. Il punto è però — a me pare — che, per quanto non vi sia nessuno che contesti quest'affermazione, la stessa è poi caricata di sensi anche non poco diversi e persino contrapposti.

C. ed io abbiamo poche certezze ma tra queste ve n'è una incrollabile, che ci accomuna, nella quale *toto corde* ci riconosciamo, facendoci forza a vicenda nel confutare chi la pensa diversamente, ed è che *i giudici non sono, non possono e non devono essere i padroni del diritto (in senso oggettivo) e dei diritti soggettivi, specie di quelli fondamentali, ma i servitori dell'uno e degli altri*. Il punto è però stabilire come ciò possa e debba essere in modo acconcio fatto.

Qui, è dunque il cuore della riflessione di C., il filo, sottile ma resistantissimo, che tiene unita l'opera cui si riferisce questo succinto commento a quelle che l'hanno preceduta e — azzardo una nuova "profezia" — a quelle che la seguiranno, tutte componendo un'unica catena fatta di molti anelli e che attraversa i campi materiali più varî dell'esperienza giuridica riguardante i diritti.

Certo, le carenze ormai croniche e strutturali della legislazione (in larga accezione) hanno — come si sa — sollecitato ed alimentato (e seguitano senza sosta ad alimentare) quel ruolo di "supplenza" dei giudici su cui — come pure è noto — è stato riversato un fiume d'inchiostro. Parimenti vero è che, a mia opinione anche *secondo modello* (dunque, fisiologicamente, non già patologicamente), la distanza tra il diritto giurisprudenziale e quello che molti chiamano il diritto

“politico” (e che io, a scanso di possibili equivoci, preferirei si dicesse, semplicemente, “legislativo”) va sempre di più accorciandosi, come tra l’altro testimoniato da alcune importanti pronunzie del nostro giudice delle leggi, da C. fatte oggetto di puntuale ed attento esame: tra queste, l’ord. n. 150 del 2012, con cui la Corte lascia ad intendere di assegnare alle decisioni della Corte EDU la stessa capacità di produzione di effetti che è propria dello *ius superveniens* (restituiti, infatti, nella circostanza gli atti ai giudici *a quibus*, a seguito del sopravvenire di una decisione della Grande Camera, in materia di fecondazione eterologa), e la sent. n. 230 del 2012, nella quale stancamente si ripropone la tesi secondo cui i precedenti giurisprudenziali sarebbero privi dell’attitudine a produrre in ogni caso un vincolo a carico della giurisprudenza a venire (specifica attenzione alla capacità di vincolo espressa dalle decisioni in genere della Corte di Strasburgo, specie dalle sentenze-pilota, è da C. prestata in molti punti della trattazione, in particolar modo nella parte II, Cap. IV, nonché in numerosi altri scritti, sia precedenti che successivi a questo).

Tutto ciò posto, C. non ha esitazione alcuna a rimarcare il diverso tratto distintivo degli organi, essenzialmente riconducibile all’essere il giudice, diversamente dal legislatore, *sempre e soltanto* un decisore del caso concreto (spec. 102 ss.); e i casi — come si rammentava poc’anzi — appaiono a C. essere tutti diversi tra di loro. Ciononostante, C. è ben consapevole del rilievo che va assegnato alla singola decisione, per il solo fatto di investire beni della vita la cui lesione è denunciata da una umanità spesso dolente e sfiduciata e che, ad ogni buon conto, dal giudice si aspetta giustizia, una *giustizia giusta* appunto. Il compito gravante sulle spalle del giudice — per dirla con R. Dworkin — è sempre “erculeo”: non solo per la mole dei materiali normativi e giurisprudenziali (di origine esterna ed interna all’ordinamento) dei quali va fatto attento e scrupoloso esame, quanto per la natura stessa dei beni della vita evocati in campo dal caso, bisognosi di essere fatti oggetto di sommamente delicate operazioni di ponderazione. È la posta in palio, insomma, a rendere estremamente disagiata e il più delle volte sofferto lo svolgimento del compito: a pesare, cioè, sulla coscienza, prima ancora che ad impegnare la scienza, del decisore.

Come, allora, avere un po’ di sollievo, di conforto, in questa improba fatica?

Qui, soccorre il “dialogo” tra le Corti. La solitudine — credo di poter dire — è (o, meglio, *dovrebbe* essere) dei giudici *nel loro insieme*, ma non del giudice *uti singulus*. Certo, so bene che ciascun operatore di giustizia non può, in alcun caso o modo, sgravarsi, ogni qual volta è chiamato a somministrare giustizia, delle responsabilità di cui ha consapevolmente accettato di farsi carico nel momento in cui ha scelto di fare il mestiere che fa; ma il giudice che voglia esercitare al meglio il *munus* di cui è investito, nei limiti delle sue forze ed alle difficili e quasi proibitive condizioni nelle quali opera, può trarre incoraggiamento e sostegno dal confronto con altri giudici, segnatamente — ci dice C. — con quelli europei.

Non si tratta — anche qui, C. ed io la pensiamo allo stesso modo — di una libera opzione del singolo giudice; è, di contro, un vero e proprio *obbligo*, giuridico e morale a un tempo, un obbligo che, se adempiuto come si conviene, tra l’altro offre il vantaggio di ridurre, se non proprio di azzerare, il rischio, sempre incombente, dell’arbitrio giudiziario o, come che sia, della pur se involontaria deviazione dal solco entro cui sono tenute a svolgersi le operazioni che portano alla decisione.

Delle responsabilità non ci si sgrava e neppure può dirsi che siano *quodammodo* condivise; e, tuttavia, il “dialogo” intergiurisprudenziale può valere a far vedere sotto una luce complessivamente diversa da quella usuale il caso, offrendo un sostegno al decisore di cui sarebbe altrimenti privo.

Il “dialogo” presenta, poi, un ulteriore vantaggio, che C. non solo non nasconde ma deliberatamente ostenta; ed è di alimentare una sorta di competizione al rialzo — come mi è venuto di dire in altri luoghi — tra le Corti, sollecitate a ricercare soluzioni sempre più adeguate e, per quanto possibile, ottimali in ragione del contesto in cui la ricerca stessa è condotta, in vista del complessivo appagamento dei diritti ed anzi, ad essere ancora più precisi, dell’affermazione della *Costituzione come sistema*, vale a dire del raggiungimento di una sintesi assiologica apprezzabile tra *tutti* gli interessi meritevoli di tutela, unitamente ai diritti dovendosi non di rado prestare cura ed attenzione ad interessi della collettività (quale, ad es., la sicurezza).

Certo, i punti di vista delle Corti possono essere, così come non di rado sono, differenti, perché differente è la cornice ordinamentale

entro la quale ciascuna di esse è tenuta a stare, diverse le competenze proprie di ciascuna, diversi gli effetti prodotti dagli atti che ne sono esercizio. Il reciproco confronto, nondimeno, resta una risorsa preziosa, imperdibile, non importa se le divergenze rimangono quindi talora non sanate.

Il “dialogo” poi — sembra a me di poter dire — riesce a dare il meglio di sé ad una duplice condizione, sulla quale ho ripetutamente insistito proprio a motivo del rilievo che, a mia opinione, vi si deve assegnare e che profitto dell’opportunità oggi offertami per mettere ancora una volta in chiaro.

Per un verso, si impone la *duttilità strutturale* delle decisioni, specie di quelle adottate dalle Corti europee, naturalmente portate ad aprire (non già a chiudere) gli spazi rimessi ai decisori nazionali, siano essi i legislatori o i giudici.

L’esempio delle sentenze-pilota, sopra già richiamato, è al riguardo davvero emblematico. Nel momento, infatti, in cui la voce dei giudici europei si esprime a mezzo di verdetti *per principia*, è fatta salva la possibile, varia implementazione interna di questi ultimi che danno una mera indicazione di scopo, disponendosi a forme plurime di svolgimento in ambito nazionale.

Molti sono gli esempi che potrebbero addursi di diritti, specie in materia “etico-sociale”, ai quali si offre riconoscimento e tutela da parte delle Corti europee, senza nondimeno che ne risultino perciò contratti gli spazi per plurime articolazioni della disciplina normativa e della salvaguardia giurisprudenziale, ad opera dei decisori nazionali; e basti solo, al riguardo, por mente, tra gli altri, agli indirizzi giurisprudenziali delineati a riguardo del matrimonio tra persone dello stesso sesso, non imposto ma neppure vietato, alla luce della CEDU, o alla fecondazione eterologa, essa pure suscettibile di vario trattamento giuridico, e via discorrendo. D’altro canto, lo stesso giudice delle leggi dà vita, non di rado, a decisioni “aperte”, di principio, che rimandano alle opportune loro specificazioni ed attuazioni da parte del legislatore, in prima battuta, e, quindi, degli stessi giudici comuni, chiamati a delicate operazioni di bilanciamento in concreto (si pensi, solo per fare i primi esempi che vengono in mente, alla sent. n. 278 del 2013, in fatto di salvaguardia del diritto del figlio a conoscere le proprie origini, o, più di recente, alla sent. n. 170 del 2014, a riguardo della condizione della coppia composta da un transessuale e dal suo

ex coniuge, bisognosa di ricevere una regolazione peculiare e congrua rispetto alla inusuale vicenda che l'ha vista protagonista).

In circostanze siffatte, anche la giurisdizione, al pari della normazione e dell'amministrazione, si presenta — a me pare — quale una sorta di *work in progress*, una *giurisdizione per risultati* insomma, più che (o prima ancora che) *per atti* (maggiori ragguagli sul punto, che considero di cruciale rilievo, possono, volendo, aversi dal mio *Famiglie, genitori e figli, attraverso il "dialogo" tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?*, in Consulta OnLine, 30 maggio 2014, spec. al § 6).

A questa stessa regola, d'altronde, dovrebbero conformarsi anche i rapporti tra legislatore e giudici, una volta che il primo dovesse finalmente decidersi a farsi carico delle responsabilità di cui è istituzionalmente gravato, attivandosi per la disciplina di alcuni diritti, specie di quelli maggiormente riguardati dallo sviluppo scientifico e tecnologico, ad oggi privi (perlomeno, da noi) di una pur minima regolazione. La quale ultima — come qui pure si viene dicendo, riprendendo un'indicazione teorica altrove data (ancora di recente, nel mio *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema di sistemi" come problema*, in www.rivistaaic.it, 2/2014, e già in altri scritti) — dovrebbe connotarsi per essenzialità di disposti, per la loro apertura a plurimi svolgimenti attuativi, specie in sede giudiziale, laddove soltanto può farsi luogo alle opportune, finali ponderazioni tra i beni della vita evocati in campo dal caso [su ciò, v., inoltre, utilmente, quanto ne dice S. Agosta, nella sua presentazione del libro di C., dal titolo *Tra dimensione fattuale e suggestioni sopranazionali: il giudice al cospetto del biodiritto (spunti di riflessione a margine di un recente libro)*, in www.diritticomparati.it, 20 marzo 2014, spec. al § 4].

Per un altro verso, affinché il "dialogo" porti frutti non effimeri e succosi si richiede la previa accettazione da parte di *tutte* le Corti materialmente costituzionali (tali in misura crescente venendosi ogni giorno che passa a connotare le stesse Corti europee) della regola fondamentale del gioco che tra di esse si intrattiene e svolge: quella della loro parità. Una Corte che dovesse insensatamente aspirare a proporsi quale una sorta di "Supercorte", assumendo di poter dire la parola definitiva sulle questioni di diritto costituzionale e di diritti costituzionali, fatalmente verrebbe a snaturarsi, convertendosi — mi è parso di poter dire in altri luoghi — in un mostruoso "*potere*

costituente permanente". Non ci può essere vero "dialogo" quando un parlante non ha diritto di replica: a quel punto, infatti, il "dialogo" è ormai divenuto un "monologo" e il giudice che vi faccia luogo — piaccia o no — si è trasformato nel massimo dei decisori politici, in un potere costituente appunto, che tutti può controllare senza essere da alcuno controllato, riproponendosi imperiosamente l'inquietante, attualissimo interrogativo di Giovenale: *quis custodiet ipsos custodes?*

Ora, della bontà del "dialogo", nella sua propria accezione, C. è profondamente, visceralmente convinto, così come ammette, giudicandola fisiologica, l'eventualità del reciproco scostamento degli indirizzi delle Corti.

A C., così come a me, ciò che importa è che i protagonisti della partita si riconoscano tutti nella bontà delle regole del gioco e che scrupolosamente le osservino; la partita, poi, può concludersi in vario modo, e C. ce lo mostra trattando, con limpida ed accurata descrizione, le più varie questioni "biogiuridiche". Ciò che importa è, insomma, il *camminare assieme*, più ancora del fatto del raggiungimento della stessa meta.

Sta qui la ragione dell'attenzione da C. prestata (spec. 205 ss.) agli strumenti del "dialogo", in ispecie al rinvio pregiudiziale (sul versante dei rapporti con la Corte dell'Unione) e, in prospettiva (quanto ai rapporti con la Corte di Strasburgo), al parere introdotto dal prot. 16 allegato alla CEDU, che si spera possa a breve entrare in vigore.

C. fa luogo ad un monitoraggio costante, pressoché quotidiano, degli sviluppi della giurisprudenza, tanto "eurounitaria" — come a me piace chiamarla — quanto "convenzionale"; e, pur profondamente convinto dei servizi che dal suo ascolto possono aversi, non si nasconde neppure alcuni inconvenienti che possono da essa discendere (ancora una testimonianza della onestà d'intelletto dello studioso. . .).

Così, non trascura di evidenziare i rischi che fa correre la dottrina del consenso, come si sa messa a punto dal giudice di Strasburgo e fatta oggetto di larghi e, nondimeno, non di rado discontinui, non lineari, utilizzi, specie laddove a conti fatti dovesse tradursi in una regressione della tutela (269 ss.).

Il “dialogo” — si diceva — è un *metodo*, un *mezzo* e però, allo stesso tempo, un *fine* (volendo, potrebbe anche dirsi che è un *valore*): un mezzo che, a sua volta, si avvale di un altro mezzo, senza il quale non avrebbe senso alcuno: quello della comparazione, sulla cui rilevanza C. si intrattiene con pertinenti rilievi (216 ss.).

Tutto ciò non è casuale. La comparazione, infatti, tra gli altri vantaggi che presenta, ha quello di consentire la costruzione di un ponte lungo il quale le tradizioni costituzionali nazionali hanno modo di transitare verso l’alto, convertendosi in “comuni” (sia pure nella peculiare accezione datavi, in modo francamente forzoso della lettera, dalla Corte dell’Unione, che — come si sa — insindacabilmente seleziona e, in modo altrettanto insindacabile, originalmente interpreta e rielabora talune tradizioni nazionali, specie quelle dei Paesi più “forti”, e non solo culturalmente. . .). Dallo stesso ponte, poi, si ha anche il passaggio nel verso discendente, grazie al quale alcuni materiali giurisprudenziali (e, perciò, essi pure culturali) sono portati in ambito interno, laddove possono farsene, così come invero se ne fanno, molti usi, non di rado “liberi”, frutto cioè di originali (e, in qualche caso, persino eccentriche) letture.

La comparazione, quale parte maggiormente espressiva del “dialogo”, si offre, nel presente contesto fortemente segnato da una sovranità statale dimidiata e da ordinamenti costituzionali aperti gli uni verso gli altri e vistosamente, reciprocamente integrati o in via di progressiva, marcata integrazione, quale una delle più rilevanti risorse (forse, proprio la più rilevante) di cui studiosi ed operatori (e, segnatamente, giudici) dispongono al fine di offrire buoni servizi all’uomo, ai suoi più diffusi ed intensamente avvertiti bisogni, alla sua dignità.

Si torna così alla partenza del discorso svolto da C., che compie nel suo libro — se ci si pensa — un percorso “circolare”, in seno al quale si rinviene una miniera di materiali e di suggestioni: suggestioni che si offrono a tutti, vorrei dire anche allo stesso autore dell’opera che di sicuro ne trarrà giovamento ed alimento per ulteriori, prossime riflessioni. Un libro che delinea, sì, il ruolo del giudice, lo *describe* e però, allo stesso tempo, lo *prescrive*, traccia cioè i lineamenti di un “modello”, portandosi così fino al cuore della struttura dello Stato di diritto costituzionale. Per ciò stesso, ancora di più e più a fondo, dà al giudice modo di farsi — come si diceva — non già uomo di potere, *dominus* dei diritti, bensì *servo* degli stessi e della società in cui vive ed opera: costruttore, assieme

agli altri operatori, gli studiosi, i cittadini tutti, di un futuro che si spera possa essere maggiormente clemente rispetto ad un presente che tutti vorremmo almeno in parte diverso, migliore.

PARTE I

LA DIGNITÀ UMANA: CONCETTO
PLURALE MA INSOSTITUIBILE

Una doverosa premessa

L'argomento che intendiamo affrontare rientra a buon titolo fra quelli capaci di fare tremare i polsi a qualunque operatore di media preparazione e sensibilità, tale è la vastità delle implicazioni di ordine filosofico, sociale e giuridico che esso intercetta.

Avendo tuttavia rinunciato, in piena coscienza, a un *non liquet*, sento di rappresentare, fin dall'inizio, il senso delle successive riflessioni, prevalentemente condizionate dall'esperienza professionale e personale maturata, per quel che qui interessa, nell'ambito dell'Ufficio del Giudice tutelare svolto per circa tre anni al Tribunale di Palermo e, per altri aspetti, attraverso l'approfondimento dedicato da qualche tempo alla conoscenza delle dinamiche esistenti fra diritto interno e fonti sovranazionali.

Fondendo le esperienze appena descritte mi sono, così, accorto che riflettere sulla funzione giudiziaria nei territori in cui sono in gioco la vita ed i valori che riguardano l'essenza della persona, in definitiva, pur non negandosi affatto la peculiarità della materia, dimostrata del resto dalla notevole presenza di *hard cases*¹ come anche dal conio di formule *ad hoc* quali biodiritto, biogiuridico, ecc.², non può non indurre ad un ragionamento più generale sul contrastato ruolo del giudice nella società moderna e sui rapporti che questi ha con il potere legislativo³, essendo nel campo emerse tensioni e contrasti che riguardano, in

1. R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva "quantistica"*, Milano, 2013, 22 e 23.

2. Sulle quali v. L. BUFFONI, *Le fonti nazionali del biodiritto: alcuni appunti per una teoria della "sovranità" dell'individuo nella produzione giuridica*, in Osservatoriosullefonti.it, 2010, fasc. 2, 47 ss.

3. Nota ELISABETTA LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012, p. 105, come «è ormai accettato che ogni giudice, sia esso costituzionale o comune, eserciti un ampio margine nell'applicare le norme, e quindi gestisca un potere autonomo destinato a confrontarsi e a bilanciarsi con quello politico».

generale, l'esercizio della giurisdizione per come essa opera nelle società democratiche di questi tempi e che hanno, ormai, valicato il recinto degli addetti ai lavori, per diventare oggetto di elucubrazioni di vario genere e tenore⁴.

4. V. P. OSTELLINO, *Salvate il soldato Montesquieu*, in "Corriere della Sera", 31 agosto 2013, 59.

Quale peso ha (e cos'è?) la dignità umana nella concreta decisione delle controversie eticamente sensibili

Gli studiosi che si sono occupati di biodiritto pongono spesso al centro delle loro analisi la dignità umana considerandola, nel campo dell'etica, della bioetica ed anche del biodiritto, come elemento indefettibile per la soluzione dei casi più spinosi.

Essa si declina attraverso diversi passaggi che muovono, ormai unanimemente, dalla centralità della persona umana, riconosciuta dalla Costituzione e dalle Carte dei diritti fondamentali di matrice sovranazionale, concordandosi, in definitiva, sul carattere indefettibile, indissolubile, incomprimibile e inderogabile della dignità.

Ma questa dimensione della dignità umana, allorché si passa da una — assolutamente condivisa — prospettiva astratta ad un'altra più concreta, è capace realmente di indirizzare l'interprete — *recte*, il giudice — nella soluzione delle vicende ogni qualvolta che il tessuto normativo non disciplina espressamente una fattispecie?

Facciamo qualche esempio tratto dalla pratica¹.

Un uomo, in condizione di non intendere e di volere, intrattiene una relazione sentimentale con un'altra persona, anch'essa nelle medesime condizioni di salute. I due hanno già avuto un figlio che è stato loro tolto, non essendo gli stessi in grado di gestirlo ed accudirlo, tanto meno di educarlo. I due continuano ad avere una vita sentimentale

1. Il caso è stato di recente deciso da una Corte inglese (Court of Protection) di primo grado — Court of protection 16 agosto 2013. Il provvedimento, reperibile collegandosi all'indirizzo <http://www.biodiritto.org/index.php/item/359-sterilizzazione-uk>, ha valorizzato il concetto di interesse superiore della persona che trova specifico riferimento nel Mental Capacity Act 2005, sez. I, (5): « An act done, or decision made, under this Act for or on behalf of a person who lacks capacity must be done, or made, in his best interests ».

e sessuale normale e sono a rischio di una nuova gravidanza che, tuttavia, non desiderano. Gli specialisti accertano che questa nuova gravidanza sarebbe dannosa per la vita stessa dell'uno o dell'altro. I due non hanno dimestichezza alcuna con l'uso di mezzi di contraccezione. L'intervento eterodosso — del giudice — rispetto ad una decisione capace di delimitare il rischio riproduttivo (vasectomia), può agganciarsi al concetto di dignità?

Altro esempio che si è pure posto all'attenzione del giudice interno e del quale si dirà nella parte dedicata all'amministrazione di sostegno — v., *infra*, Parte III, Cap. I, par. 1.1.

Una donna malata di mente rimane incinta. La gravidanza impedisce la somministrazione dei necessari farmaci per la cura della gestante e la signora sta rapidamente peggiorando; pare che lo stesso squilibrio ormonale provocato dalla gravidanza abbia scompensato la signora. Può ipotizzarsi un intervento eterodosso del giudice di interruzione della gravidanza nei confronti della donna che non è in condizione di esprimere un valido consenso? — v., *infra*, Parte III, Cap. I, par. 1.1.

Ancora una volta, di quale dignità parliamo ed in che termini ne parliamo?

Si pensi, infine, al caso, recentemente ripresentatosi, di una donna incinta vittima di un tremendo episodio di violenza che ne ha cagionato la morte cerebrale. Si è così ritornati a discutere sulla doverosità–liceità dell'interruzione della somministrazione di quelle cure che consentono di mantenere in vita la donna per poi eseguire un parto cesareo. Con tale questione si sono riproposti i dubbi già emersi in altre analoghe circostanze, allorché la decisione dei sanitari di prolungare artificialmente la vita al fine di rendere possibile la procreazione è stata talvolta posta in discussione proprio dichiarando che la donna, ridotte a mera incubatrice, perderebbe la propria dignità se lasciata in vita ed utilizzata come mero *contenitore*², diversamente da altri, ipotizzando che proprio

2. Sulla vicenda accaduta il 26 agosto 2013 in Campania v. http://www.corriere.it/cronache/13_agosto_25/lite-exvigilante-spara-morto_5a4db1b2-0dc5-11e3-a0ce-befba0269146.shtml. Va detto che il 19 dicembre scorso i medici presso i quali è in cura la donna hanno portato a compimento la nascita, dichiarando che si trattava del primo caso al mondo di una donna che arrivava a partorire in coma con pochissime settimane di gestazione, v. FASANO G., *La bimba nata dal coma: Maria ha resistito 4 mesi nella pancia della madre*, in "Corriere della Sera", 21 dicembre 2013.

la dignità della persona rendeva obbligata la scelta *pro-life* in favore del nascituro³.

Individuati i casi, occorre passare all'esame sul concetto di "dignità" all'interno della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948 e dei due Patti delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali, pur rinvenendosi, nei rispettivi preamboli, il riconoscimento del valore insito in ogni essere umano quale fondamento dei diritti dell'uomo, la dignità umana non è indicata quale autonomo diritto.

Anche nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti umani la dignità umana non trova alcuna espressa menzione⁴, malgrado la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo abbia riconosciuto che il rispetto della dignità e libertà umana è fondamento e motivo

3. La questione è stata (ri)esaminata di recente in dottrina da A. RUGGERI, *Dignità versus vita*, in www.astrid.it nei seguenti termini: «[...] Ammettiamo (senza tuttavia concedere) che vivere in un certo modo (ad es., senza poter muovere un solo muscolo del proprio corpo, aver bisogno di ventilazione assistita, ecc.) sia un vivere non "dignitoso" o — come pure impropriamente sovente si dice — un [...] *non vivere*. Ebbene, è da chiedersi se la donna gestante, di cui si è non molto tempo addietro avuta notizia esser stata tenuta in vita allo scopo di darle modo di portare a termine la gravidanza, nella speranza di poterne salvare il figlio, avesse perso la propria dignità. Qualcuno l'ha paragonata ad una sorta di "contenitore", di "cosa" inanimata; a me pare, piuttosto, che forse in nessun'altra circostanza più di questa la madre veda messa in luce la sua umanissima, caduca natura e, *per ciò stesso*, esaltata al massimo grado, sublimata, la sua dignità. Pronta è l'obiezione mossa dai sostenitori dell'autodeterminazione ad oltranza secondo cui la scelta fatta da coloro (familiari e medici) che hanno deciso di tenere in vita la donna incinta potrebbe non aver tenuto conto dell'autodeterminazione stessa, quanto meno con riguardo al caso che, pur desiderando la donna di diventare madre, non abbia manifestato alcun intendimento in relazione al caso drammatico che la nascita del figlio si accompagnasse alla propria morte. Siamo insomma certi che la donna avrebbe ugualmente accettato di diventare madre sapendo di lasciare subito orfano il figlio? Ammettiamo pure lo stato d'ignoranza, non superabile in alcun modo. Ebbene, nel dubbio, *pro* o *contra* la vita, non può aversi — a me pare — esitazione alcuna nell'optare per quest'ultima, piuttosto che per spegnerla e, con essa, spegnere quella di un innocente che sta per venire alla luce».

4. Nel preambolo del protocollo 13 della CEDU gli Stati contraenti affermano che «*everyone's right to life is a basic value in a democratic society and that abolition of the death penalty is essential for the protection of this right and for the full recognition of the inherent dignity of all human beings*».

conduttore della Convenzione⁵, richiamandosi spesso tale concetto⁶.

Il notevole flusso di decisioni della Corte europea che evocano il concetto di dignità⁷ parrebbe correlato all'esistenza del quadro normativo sovranazionale preso in considerazione dalla Corte, indiscutibilmente proiettato — soprattutto all'interno del divieto di tortura e di trattamento inumani e degradanti (art. 3 CEDU)⁸ — a riconoscere alla dignità umana il valore di principio immediatamente efficace ed inderogabile, non soggetto ad alcuna operazione di bilanciamento con altri diritti.

Peraltro, è stata la presenza di numerosi documenti internazionali che nel corso degli anni, ha contribuito a “concretizzare” le condizioni minime di esistenza dei detenuti:

5. Corte EDU, 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito*, par. 65. V. anche, a proposito dei trattamenti riservati ai detenuti, Corte EDU, 26 ottobre 2000, *Kudla c. Polonia*, in *Riv. inter. dir. uomo*, 2001, p. 263, par. 94 e Corte EDU, 4 dicembre 1995, *Ribitsch c. Austria*, ibidem, 1996, p. 199, par. 38. V. ancora, recentemente, Corte EDU, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito* — ricorsi nn. 66069/09, 130/10 and 3896/10 — in www.penalecontemporaneo.it, con nota di VIGANÒ F., in relazione alla previsione, contenuta nell'ordinamento britannico, della pena dell'ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale, ritenuta contraria all'art. 3 CEDU p. 113: «[...] he Convention system, the very essence of which, as the Court has often stated, is respect for human dignity».

6. V., di recente, con riferimento al tema del sovraffollamento carcerario Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torregiani c. Italia*, ric. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, p. 65: «[...] l'articolo 3 pone a carico delle autorità un obbligo positivo che consiste nell'assicurare che ogni prigioniero sia detenuto in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana, che le modalità di esecuzione della misura non sottopongano l'interessato ad uno stato di sconforto né ad una prova d'intensità che ecceda l'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione e che, tenuto conto delle esigenze pratiche della reclusione, la salute e il benessere del detenuto siano assicurati adeguatamente; Id., p. 93: «[...] La Corte è consapevole della necessità di sforzi conseguenti e sostenuti sul lungo periodo per risolvere il problema strutturale del sovraffollamento carcerario. Tuttavia, essa rammenta che, stante l'inviolabilità del diritto tutelato dall'articolo 3 della Convenzione, lo Stato è tenuto ad organizzare il suo sistema penitenziario in modo tale che la dignità dei detenuti sia rispettata»; Id., p. 96: «[...] Inoltre, chiunque abbia subito una detenzione lesiva della propria dignità deve potere ottenere una riparazione per la violazione subita».

7. Corte EDU, 27 marzo 2008, *Sukhovoy c. Russia*; Corte EDU, 21 febbraio 2011, *Aleksandr Makarov c. Russia*, ric. n. 15217/07, § 93.

8. Secondo quanto affermato dalla Corte dei diritti umani – Corte EDU 18 gennaio 1978, *Irlanda c. Regno Unito* — la tortura si verifica quando vi è un'intenzionale trattamento inumano che causa serie e gravi conseguenze al fine di ottenere informazioni e/o confessioni. Il trattamento inumano, invece, consiste nell'inflizione di una forte sofferenza morale e fisica realizzata senza uno scopo particolare. Ciò che appunto distingue la tortura dal trattamento inumano. Quanto al trattamento degradante, esso si ha quando lo stesso ha lo scopo di provare una sentimento di sofferenza, timore, inadeguatezza nella vittima al fine di provocare umiliazione e vergogna in modo da demolire la resistenza fisica e morale della stessa.

- a) Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (art. 5);
- b) Patto internazionale dei diritti civili e politici del 1966 (art. 10);
- c) Convenzione europea per la prevenzione della tortura e dei trattamenti o delle pene inumani o degradanti adottata nel 1987, istitutiva del CPT⁹;
- d) Regole penitenziarie europee (art. 64 e art. 18) con riferimento alle condizioni minime da assicurare nei locali di detenzione;
- e) Raccomandazione Rec (2006) 2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle regole penitenziarie europee (adottata l'11 gennaio 2006, nella 952^a riunione dei Delegati dei Ministri).

Proprio di recente il Tribunale di Venezia, all'indomani della nota sentenza *Torregiani c. Italia* della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di sovraffollamento carcerario, ha prospettato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 147 c.p. — in tema di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena — non solo per contrasto con gli artt. 27 c.p. v. II Cost. e 117 co. 1 Cost., ritenendo altresì «[...] la violazione dell'art. 2 Cost. nella misura in cui la dignità umana, la cui primazia tra i valori costituzionali pare indiscutibile (art. 3: "tutti i cittadini hanno pari dignità sociale") — tanto da essere addirittura anteposta, nella stessa norma, all'eguaglianza ed alla libertà — è da intendersi diritto inviolabile, presupposto dello stesso articolo 27 Cost.¹⁰».

È sempre la dignità ad occupare un posto centrale nella Convenzione di Oviedo per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti dell'applicazione della biologia e della medicina del 4 aprile 1997 resa esecutiva con la legge 28 marzo 2001, n. 145¹¹.

9. Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti.

10. In <http://static.ilsole24ore.com/content/AltraDocumentazione/body/13800001-13900000/13824745.pdf>. La questione è stata, di recente, rigettata da Corte cost. n. 279/2013, sulla quale v. A. RUGGERI, *Ancora una decisione d'incostituzionalità accertata ma non dichiarata (nota minima a Corte cost. n. 279 del 2013, in tema di sovraffollamento carcerario)*, in www.diritticomparati.it

11. La Convenzione è priva di efficacia giuridica vincolante in ragione del mancato deposito dello strumento di ratifica ma dotata, nondimeno, di «una funzione ausiliaria sul piano interpretativo» dovendo «[...] essere utilizzato nell'interpretazione di norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile ad esso conforme» (cfr. Cass. 16 ottobre 2007 n. 21748).

La dignità umana nel diritto eurounitario¹², pur non trovando inizialmente espressa considerazione¹³, aveva trovato pieno riconoscimento nella giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁴ e nelle conclusioni degli Avvocati generali¹⁵, facendosi riferimento di volta in volta al principio di uguaglianza o di non discriminazione (in questo senso si parla di diritto alla dignità–uguaglianza o *égale dignité*)¹⁶.

12. Si utilizza qui l'espressione *eurounitario* coniata da Antonio Ruggeri al posto del termine *comunitario*, andato "in soffitta" per effetto dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Sul punto v. Cass. n. 23035/2013 che, nel sollevare una questione pregiudiziale innanzi alla Corte di Giustizia in tema di inversione contabile, ha fatto cenno a tale terminologia.

13. È l'Avvocato Generale STIX a ricordare che in taluni atti giuridici di diritto derivato — considerando del regolamento (CEE) n. 1612/68 — *Considerando che il diritto di libera circolazione richiede, perché esso possa essere esercitato in condizioni obiettive di libertà e di dignità* [...]. — e art. 12 della direttiva 89/552/CEE — *la pubblicità televisiva non deve: a) vilipendere la dignità umana* — si fa riferimento alla dignità umana, e in relazione a ciò essa è confluita altresì nella giurisprudenza — Corte giust. 9 luglio 1997, cause riunite C-34/95, C-35/95 e C-36/95, *De Agostini e a.*, in Raccolta, I, 3843, punto 31, e Corte giust. 17 settembre 2002, causa C-413/99, *Baumbast e R.*, in Raccolta, I, 7091, p. 59.

14. Corte giust. 30 aprile 1996, causa C-13/94, *P. c. S.*, in Raccolta, I, 2143, punto 22, ha statuito, con riguardo ad una discriminazione (fondata sul sesso) nei confronti di un transessuale, che tollerare una discriminazione del genere equivarrebbe a porre in non cale, nei confronti di siffatta persona, il rispetto della dignità e della libertà al quale essa ha diritto e che la Corte deve tutelare. V. anche Corte giust. 13 luglio 1983, causa C-152/82, *Forchieri c. Belgio*, in Raccolta, 1983, 2323 e Corte giust. 13 novembre 1990, causa C-308/89, *Di Leo c. Land Berlin*, in Raccolta, 1990, I, 4185 ove si è fatto riferimento alla dignità umana quale preconditione per l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato.

15. V. con riferimento alla sentenza di cui alla precedente nota le conclusioni dall'avvocato generale RUIZ-JARABO COLOMER del 10 luglio 2003, nella causa C-117/01, *K.B.*, p. 77. In relazione al diritto alla parità delle retribuzioni tra lavoratori di sesso maschile e femminile, v. Concl. Avv. generale COSMAS dell'8 ottobre 1998, cause riunite C-50/96 e a., *Lilli Schröder e a.* — p. 80 — ove si precisa che « in una comunità di diritto, che rispetti e tuteli i diritti umani, la rivendicazione di pari retribuzioni fra lavoratori dei due sessi trova il suo principale fondamento nei principi della dignità dell'individuo e della parità, fra uomo e donna, nonché nella necessità di migliorare le condizioni di lavoro, e non nel perseguimento di finalità strettamente economiche ».

16. Nella sentenza 9 ottobre 2001, causa C-377/98, *Paesi Bassi/Parlamento e Consiglio*, in Raccolta, I, 7079, la Corte ha avuto modo di precisare il valore della dignità umana e la tutela a questa accordata nell'ambito del diritto comunitario. Il contesto di quella causa è costituito da un ricorso di annullamento avverso la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 6 luglio 1998, 98/44/CE, sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche. Il ricorrente faceva valere tra l'altro — proprio nel senso della già menzionata formula dell'oggetto relativa alla dignità umana — che la brevettabilità di singole parti del corpo umano derivante dall'art. 5, n. 2, della direttiva equivaleva ad una strumentalizzazione del materiale umano vivente, lesiva della dignità dell'essere umano. Sul punto la Corte ha statuito che spetta alla Corte, in sede di verifica della conformità degli atti delle istituzioni

Il *gap* formale è stato, d'altra parte, pienamente colmato dal Titolo I della Carta di Nizza–Strasburgo dedicato alla dignità, ove si trova riproposto il principio che la « dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata¹⁷ ».

Spesso la nostra Corte costituzionale ha fatto riferimento al concetto di dignità che compare negli artt. 3, 36 e 41 Cost. ed implicitamente nell'art. 2 Cost.¹⁸

ai principi generali del diritto comunitario — ora dell'UE —, di vigilare sul rispetto del diritto fondamentale alla dignità umana ed all'integrità della persona.

17. Sono poi le spiegazioni alla Carta a chiarire che la dignità della persona umana non è soltanto un diritto fondamentale in sé, ma costituisce la base stessa dei diritti fondamentali. La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 consacra la dignità umana nel preambolo: « Considerato che il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana, e dei loro diritti, uguali ed inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo... ». Ne consegue, in particolare, che nessuno dei diritti sanciti nella presente Carta può essere usato per recare pregiudizio alla dignità altrui e che la dignità della persona umana fa parte della sostanza stessa dei diritti sanciti nella Carta. Non può pertanto subire pregiudizio neanche in caso di limitazione di un diritto. Sul valore di tale richiamo v., diffusamente, S. RODOTÀ, da ultimo in *Il valore della Carta a tutela della dignità*, in <http://www.unita.it/culture/rodota-il-valore-della-carta-br-a-tutela-della-dignita-1.511205?page=1>; ID., *Il diritto di avere diritti*, Roma–Bari, 2012, 179 ss. ed in particolare 185.

18. Corte cost. 11 febbraio 1999, n. 26, a proposito della disciplina carceraria interna, ha ritenuto che « [...] La restrizione della libertà personale secondo la Costituzione vigente non comporta dunque affatto una *capitis deminutio* di fronte alla discrezionalità dell'autorità preposta alla sua esecuzione (sentenza n. 114 del 1979). L'art. 27, terzo comma, della Costituzione stabilisce che le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato », poi aggiungendo che « [...] La dignità della persona (art. 3, primo comma, della Costituzione) anche in questo caso — anzi: soprattutto in questo caso, il cui dato distintivo è la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà, in condizioni di ambiente per loro natura destinate a separare dalla società civile — è dalla Costituzione protetta attraverso il bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale, conformemente, del resto, all'impronta generale che l'art. 1, primo comma, della legge n. 354 del 1975 ha inteso dare all'intera disciplina dell'ordinamento penitenziario ». In precedenza, Corte cost. n. 388/99, scrutinando l'art. 696 c.p. c., ha osservato che i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 32 Cost. sono « sempre più avvertiti dalla coscienza contemporanea come coesenziali alla dignità della persona ». In generale, sull'uso del termine nella giurisprudenza costituzionale ed in alcune pronunzie della Casazione (s.u. n. 26972/2008. Ma v. anche Cass. n. 2352/2010 sul chirurgo “demansionato”) v. G. MONACO, *La tutela della dignità umana. Sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol.dir.*, 2011, I, 45 ss. V., da ultimo, A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in www.federalismi.it; ID., *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento « intercostituzionale »*, Comunicazione alle Giornate italo–spagnolo–brasiliene su *La protección de los derechos en un ordenamiento plural*, Barcellona 17–18 ottobre 2013, cit., www.diritticomparati.it; ID., *Dignità versus vita?*, Testo rielaborato di una relazione svolta al

Nei Paesi occidentali, la dignità si atteggia generalmente come principio di ordine generale, anche se non sempre espressamente codificato, e solo raramente trova una sua precisa collocazione, come invece avviene, appunto, nell'ordinamento tedesco che, oltre ad avere esplicitamente codificato all'interno della Costituzione la dignità umana come autonomo diritto immediatamente azionabile¹⁹, ne fa un principio costituzionale fondante dei diritti umani²⁰.

Ne consegue la duplice valenza del principio della dignità, non solo tutelata in sé, ma costituente anche canone interpretativo di tutti i diritti fondamentali afferenti la persona.

Ora, se non v'è sostanzialmente nessuno più che ormai dubita del rilievo assunto dalla dignità nelle questioni etiche, non può non fare riflettere il fatto che la concretizzazione di tale valore offre risultati meno appaganti²¹.

A parte la divisione esistente fra chi patteggiava per una dimensione meramente soggettiva della dignità, contrapponendosi ai fautori della dimensione oggettiva, è in fondo insito nel concetto di dignità e, anzi, ne rappresenta la forza vivificante il suo carattere composito, al cui interno convivono la dignità come valore intrinseco di ciascun essere umano (che impedisce ogni attentato alla libertà, identità ed integrità della persona), ma anche la dignità come merito sociale e, ancora, la dignità come diritto all'autodeterminazione, come statura morale di una persona rispetto a determinati comportamenti di rilievo morale oppure come auto percezione del proprio valore.

D'altra parte, l'analisi di recente compiuta dall'Unità di ricerca

Convegno su *Del diritto alla vita*, organizzato da G. MOSCHELLA e svoltosi a Messina il 24 e 25 marzo 2011.

19. V. art. 1 Legge fondamentale tedesca (Grundgesetz).

20. In Germania, la Corte costituzionale federale, stabilendo il principio della superiorità della dignità umana rispetto alle esigenze di esecuzione della pena (*Sentenza 1BvR 409/09, del 22 febbraio 2011*), ha creato un meccanismo di lista d'attesa, per il quale l'accesso al carcere si realizza appena viene lasciato un posto libero che presenti condizioni dignitose.

21. P. G. CAROZZA, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights: A Reply*, in <http://www.ejil.org/pdfs/19/5/1704.pdf>, 933: «[...] On the other hand, the global ius commune of human rights is very far from merely an expression of the universality of human dignity. Crucially, it has what I have previously described as a 'symbiotic' relationship with the ius proprium of different jurisdictions. The universal value of human dignity remains in a complex and concrete relationship with the particular positive law of any given, specific legal context, such that 'it remains informal, flexible and pluralistic in its relationship to local law and culture' ».

appositamente costituita presso l'Università di Trento sul tema del biodiritto²² contribuisce a confermare come la prospettiva universale dei diritti fondamentali, fra i quali certamente vanno ascritti tutti quelli connessi alle scelte etiche — e prima fra tutti la dignità — costituisca il principio base dal quale non può prescindersi, ove si intenda esaminare il fenomeno.

Tale ricerca rappresenta, al contempo, riprova dell'ineludibilità di un'indagine di tal tipo, ma anche dimostrazione della difficoltà, spesso inestricabile, di offrire, attraverso una tale indagine, uno stabile e sicuro approdo — prima al giudice e in seguito alla collettività — circa la soluzione della questione²³.

Se, infatti, tale ricerca converge nel senso di riscontrare delle linee comuni fra le giurisdizioni che superano i dati ordinamentali e giuridici, costituzionali e non, dei Paesi occidentali, essa offre risposte solo in parte appaganti, nella misura in cui traccia delle linee comuni che trovano la loro radice in dati principi generali che, tuttavia, cessano di essere di ausilio all'interprete allorché si accerta che «[...] In tutti i settori, in ogni caso, si assiste all'individuazione di un concetto perlomeno *plurale* [corsivo non originale] di dignità umana, la cui natura, il cui contenuto e destinatari differiscono [...] a seconda di variabili giuridiche e culturali difficilmente riconducibili alle categorie e famiglie giuridiche tradizionali»²⁴.

22. V. C. CASONATO, L. BUSATTA, S. PENASA, C. PICIOCCHI, M. TOMASI, G. VACCARI, *Circolazione dei modelli e dialogo fra sistemi: le peculiarità del biodiritto*, in <http://www.jus.unitn.it/biodiritto/pubblicazioni/docs/PRIN%202006%20def.pdf>

23. V. la ricerca citata alla nota precedente: «[...] Essa tuttavia si presenta nel biodiritto come un concetto falsamente chiaro. in quanto, nonostante il consenso sull'importanza di tale concetto, risulta problematico determinarne un contenuto preciso, univoco o quantomeno condiviso. Ciò reca come conseguenza il fatto che l'impiego del principio di dignità umana porta a soluzioni del tutto differenti nei vari ambiti in cui essa è impiegata (si pensi ad esempio ai temi della fine e dell'inizio della vita, nei quali il medesimo principio è invocato a fondamento di concezioni opposte) [...]. Negli ordinamenti che hanno preso posizione sul ruolo da attribuire alla dignità nelle scelte di fine vita, si possono enucleare due possibili tipi di orientamenti: il primo vede la concretizzazione della dignità nella garanzia della più ampia libertà di autodeterminazione per il singolo (ne sono esempi gli ordinamenti giuridici di Olanda, Belgio, Lussemburgo, Colombia, Svizzera); il secondo tutela la dignità umana in termini di sopravvivenza biologica anche contro la volontà stessa del soggetto coinvolto (in forme espresse le Corti federali di Stati Uniti e Canada)». V., sul punto, anche AGOSTA S., *Bioetica e Costituzione, Le scelte esistenziali di inizio-vita*, vol. 2, 2012, 151 ss.

24. V., anche G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a*

Queste considerazioni, peraltro confermate anche da recenti vicende giudiziarie²⁵, escludono, da un lato, di poter utilizzare la dignità come una sorta di *totem*, di *concetto tampone* o, ancora, di *deus ex machina*²⁶ (pur senza porre in dubbio che il nostro ordinamento, sulla base del principio personalistico, sia fondato esso stesso sul concetto di dignità umana dal quale non può prescindere, costituendo il “confine” delle libertà fondamentali²⁷), perdendo quei caratteri di nitidezza che sembrano evidenti quando si cerca di inquadrarlo giuridicamente nei canoni oggettivi e standardizzati e, dall’altro lato, denotano l’estrema accortezza con cui, nella soluzione delle vicende poste al cospetto del giudice, possa utilizzarsi il canone della “dignità” come risolutivo rispetto all’autorizzazione e al compimento di un atto eticamente sensibile.

Accortezza che, d’altra parte, appare speculare all’atteggiamento mantenuto dalla Corte costituzionale che, secondo gli studiosi, non si è fin qui impegnata in una definizione del concetto di dignità, utilizzando talvolta come limite di diritti costituzionalmente tutelati, come argine alla discrezionalità del legislatore²⁸ e criterio di bilanciamento fra i diritti²⁹, come rafforzativo o esplicativo di altri diritti fondamentali, come diritto autonomo o fonte di nuovi diritti³⁰, o come del divieto di trattamenti inumani e degradanti, dal quale deriva il diritto a condizioni di vita dignitose per il detenuto³¹.

marginale della carta dei diritti), in *Riv. dir. civ.*, 2002, 823 ss.

25. G. MONACO, *La tutela della dignità umana. Sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, cit., 71 e 73, il quale ricorda il diverso richiamo operato, nella vicenda Englaro, alla dignità dalla Corte di appello di Milano nella sentenza dell’anno 2006 e da Cass. n. 21748/2007 che la riformò.

26. Così, testualmente, A. SPADARO A. RUGGERI, *Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, cit.

27. V. A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, pag. 2: «[...] Per un certo verso, la dignità appare essere essa stessa un diritto inviolabile; per un altro verso, essa risulta piuttosto essere un «metadiritto fondamentale», siccome il *fine* ed il *confine* a un tempo dei diritti fondamentali restanti, la radice da cui essi senza sosta si alimentano e per il tramite della quale si inverano nell’esperienza».

28. M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, cit., 3159.

29. G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, §2; ID., *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, n. 1, pp. 3 ss.

30. G. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, cit., 3163.

31. G. MONACO, *La tutela della dignità umana. Sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, cit., 60 ss. M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, cit., 3157.

Il che, peraltro, come si avrà modo di specificare a breve, non significa affatto recedere dall'idea che il giudice non debba considerare la dignità (insieme agli altri attributi fondamentali della persona che sono scolpiti dalle Carte dei diritti) come norma parametro (anzi, più degli altri diritti, nei quali è sostanziale in quanto incompressibile), piuttosto, dimostrando che le *concretizzazioni* che di tale principio fondante verranno offerte potranno (e dovranno) risentire di diverse variabili oggettive (culturali, sociali e, probabilmente, anche economiche) e soggettive, direttamente collegate all'autorità giudiziaria chiamata a pronunziarsi e, ancora prima e di più, connesse ai destinatari della tutela reclamata.

Questo vale quanto dire che in nome della dignità potrebbero essere ben possibili risultati interpretativi e soluzioni concrete anche tra loro antitetiche³².

In definitiva « la circostanza che la dignità sia in grado di “contenere” in sé posizioni tra loro antitetiche, delle quali nessuna più *degn*a di prevalere sull'altra, poiché entrambe meritevoli di ottenere lo stesso spazio e lo stesso peso, senza soccombere l'una all'altra conferma che, sotto “l'ombrello” della dignità umana, vengono ricomprese sia la visione secondo cui essa va garantita anche al di là o addirittura contro la volontà del soggetto titolare, sia la posizione che legge la dignità in termini di autodeterminazione, garantendo la libertà di scelta dell'individuo nelle decisioni di fine vita » (ricerca Univ. Trento, cit.)³³.

32. Ciò sembra possibile anche per il fatto che la dignità umana, accanto ad un nucleo duro non modificabile da alcuno, si compone di una struttura molle, destinata a concretizzarsi in relazione all'ambiente sociale, culturale e politico nel quale la stessa viene ad operare. V., ancora, sul punto, RUGGERI A., *Il principio personalistico*, cit., 6, ove accenna al « [...] “nucleo duro” della dignità stessa, nel quale si racchiude ed emblematicamente esprime l'*humanitas* di ciascun soggetto, si rende apprezzabile nella sua genuina essenza come di ciò che è proprio di ogni uomo in quanto uomo ». In questa prospettiva, questo tronco di dignità assume « [...] tratti assolutamente irriducibili, invarianti da luogo a luogo e nel tempo e, perciò, autenticamente universali: quelli che si riportano all'uomo in quanto uomo, che danno senso al suo essere un soggetto, una persona », RUGGERI A., *Dignità versus vita*, 12, in <http://www.rivistaaic.it/articolorivista/dignita-versus-vita>.

33. A conferma di un uso non sempre lineare del concetto di dignità v., ancora, A. RUGGERI, *Il principio personalista*, in www.federalismi.it, che parla di “dignità a scomparsa” per indicare alcuni orientamenti della Corte costituzionale che vedrebbe, talvolta, la dignità spiegare integralmente i propri effetti, altre, invece — per es. in tema di diritto alla salute nei confronti degli stranieri irregolari —, soccombere di fronte ad interessi ritenuti impellenti e pressanti.

Già queste preliminari conclusioni dimostrano quanto sia delicata la ricostruzione di regole generali fisse, in materia di biodiritto, per quegli operatori che vogliono lasciare fuori i condizionamenti di natura ideologica, mettendosi sul cammino, impervio, della ricerca di una linea comune e di tracce da percorrere per evitare che la soluzione espressa dal giudice possa dirsi frutto di mero arbitrio. Tale atteggiamento di prudenza, in definitiva, muove dal convincimento che l'abuso del riferimento alla dignità finirebbe con lo svilire il ruolo centrale, invero, che esso invece rappresenta all'interno dei Paesi democratici.

Ritornano, allora, imperiosi, alcuni interrogativi di fondo.

In definitiva, il giudice, in relazione al grado di cultura che egli possiede, è in condizioni di offrire una risposta capace di essere accettata senza che questa appaia personale o di parte?

La generalità / astrattezza del concetto di dignità può essere governata, nel caso concreto, in modo da resistere alle accuse che, ormai, fuori e dentro la bioetica, si rivolgono al giudice?

Egli è dotato di quella "competenza" ed "autorevolezza" che, certamente non richiesta ad un burocrate del diritto, gli consenta di districarsi nel terreno "aperto" dei valori fondamentali, soprattutto quando la dimensione è sovranazionale?

E in questa prospettiva, il richiamo alla comparazione, che pure viene spesso enfatizzato in campo etico, è realmente fruttuoso?

Se è vero che la dignità è una, come si può tollerare che di uno stesso concetto diverse esperienze nazionali offrano lettura dissonanti se non apertamente discordanti?

A tutti questi interrogativi sono dedicate le pagine che seguono.

PARTE II

I GIUDICI NEL BIODIRITTO

Re giudice o re legislatore?

Il compito delle successive riflessioni è quello, improbo, di provare non a dare risposte ai quesiti sopra esposti, ma soltanto a tratteggiare alcune coordinate capaci, almeno, di delineare un quadro altamente complesso attorno alle questioni eticamente sensibili, al cui interno ulteriori micidiali fattori contribuiscono ad alzare la tensione sul ruolo del giudice.

Per fare ciò è necessario individuare tre elementi fondamentali dai quali partire.

Quanto al primo, può essere utile ricordare quanto ha scritto Antoine Garapon¹, secondo il quale il giudice diviene sempre più un riferimento per l'individuo smarrito, isolato, sradicato, che ricerca nel confronto con la legge l'ultimo punto di riferimento.

Rispetto ad alcuni lustri fa tali problemi si pongono oggi con maggiore intensità proprio perché la scienza li ha progressivamente determinati operando, in termini generali, per il benessere della società.

Da ciò deriva il ruolo fondamentale svolto dal giudice nella "vita morale" proprio in campo bioetico, al quale si contrappone un progressivo imbarbarimento del sistema politico che si ripercuote, inevitabilmente, sulla qualità della legislazione.

È questo, in definitiva, l'*humus* nel quale opera il giudice, il quale tende ad essere individuato come « l'ultimo rifugio di un ideale democratico disincantato ».

Di fronte alla decomposizione della politica, è ormai al giudice che si richiede la salvezza (ancora Garapon, 16). I giudici sono rimasti gli ultimi a svolgere una funzione d'autorità — clericale, addirittura parentale — non più svolta dagli antichi titolari. Questa situazione

1. A. GARAPON, *I custodi dei diritti*, Milano, 1997, trad. a cura di A. CREMAGNANI.

rischia, alla fine, di delegittimare i giudici stessi, facendone una nuova casta, detestabile al pari della vecchia burocrazia.

Tuttavia, quella di Garapon rimane pur sempre un'analisi che individua nel giudice un attore privilegiato capace di far dimenticare le debolezze, incertezze e incapacità del potere politico.

A questo primo elemento si affianca il fenomeno della crisi della legificazione², percepibile sia con riguardo al numero elefantico di leggi, che in relazione al proliferare di testi non chiari, imprecisi ed equivoci.

Ma è ben chiaro che la crisi della legislazione assume, in materia biogiuridica, ulteriori giustificazioni correlate, per un verso, al progresso scientifico al quale il legislatore stenta a stare dietro³, e per altro

2. A. RUGGERI, *Il principio personalistico*, 13: «[...] non ci si può nondimeno trattenere dal denunciare, ancora una volta, il carattere complessivamente squilibrato del rapporto suddetto, essendo il legislatore venuto largamente meno al compito al quale è invece chiamato, specie nei campi dai quali emergono in modo prepotente nuovi, intensamente e diffusamente avvertiti, bisogni elementari dell'uomo, campi che dunque si trovano ad essere coltivati in modo prevalente ed alle volte esclusivo dagli operatori di giustizia, che peraltro non di rado in essi procedono a tentoni, privi come sono di un chiaro indirizzo normativo che dovrebbe invece essere loro urgentemente apprestato. Uno squilibrio che poi, andando ancora più a fondo alla ricerca delle radici da cui esso trae alimento e giustificazione, si riscontra, ancora prima che al piano dei rapporti tra legislazione e giurisdizione, a quello dei rapporti tra normazione costituzionale e normazione ordinaria [...] fermo restando, ad ogni buon conto, il bisogno di connotare come largamente aperta e flessibile la struttura nomologica degli enunciati positivi, sì da dare poi un congruo spazio (una "delega" di bilanciamento in concreto, com'è usualmente chiamata) a beneficio degli operatori di giustizia, in vista della ottimale composizione degli interessi di volta in volta in gioco. I bilanciamenti secondo i casi sono — è ormai provato — una preziosa risorsa da salvaguardare e trasmettere anche alle future esperienze di ordine istituzionale; essi nondimeno sono chiamati a svolgersi e mantenersi entro gli argini invalicabili segnati da una cornice normativa previamente e chiaramente fissata. D'altro canto, il legislatore può porre mano alla definizione di siffatta cornice solo a condizione che siano previamente formate e saldamente radicate nel corpo sociale quelle consuetudini culturali di riconoscimento dei diritti fondamentali, cui si faceva poc'anzi riferimento, fatte quindi oggetto di positiva, congrua razionalizzazione (sarebbe, d'altronde, ben strano che su questioni diffusamente ed intensamente avvertite, quali quelle — per fare solo i primi esempi che vengono in mente — riguardanti le vicende d'inizio e fine-vita, la maggioranza politica di turno rappresentata in Parlamento possa, insensatamente, pensare d'imporre per il tramite di atti comuni di formazione la propria visione del mondo, per poi magari, subito appresso, mutare idea, sotto la pressione di interessi contingenti, e dare pertanto luogo al rifacimento della disciplina appena varata.

3. G. FERRANDO, *Diritto alla salute e autodeterminazione tra diritto europeo e Costituzione*, in *Pol. dir.*, 2012, I, 4. Cfr., in modo estremamente chiaro C. CASONATO, *Biodiritto e pluralismo nello stato costituzionale*, in C. CASONATO, C. PICCOCCHI (a cura di), *Biodiritto in dialogo*, Pado-

verso alle complessità correlate alla difficile condivisione, all'interno del corpo sociale, di principi comuni di base⁴.

L'ulteriore fenomeno che ha ingrossato in modo ragguardevole i tratti del *giudiziario* è correlato all'avvento delle Costituzioni ed alla denazionalizzazione del diritto, al quale è seguito un progressivo ampliamento dell'attività di *normazione concreta* da parte dei giudici attraverso operazioni che, sotto l'usbergo del canone ermeneutico, avrebbero di fatto capovolto i capisaldi stessi della democrazia, svuotando di significato e di rilevanza i compiti del legislatore nazionale.

Questo meccanismo contribuisce certamente a depotenziare il valore del potere legislativo e politico — per non dire dell'amministrazione — fermo troppo spesso su posizioni e visioni intrise di “nazionalismi”.

Da qui il grave conflitto che, quanto all'Italia, viene a prodursi fra giudici e legislatore, essendo i primi ormai quasi naturalmente orientati, anche per il decisivo impulso del principale custode della Costituzione⁵, ad un'attività di *screening* della legislazione interna

va, 2006, 7: «[...] particolarmente nelle tematiche bioetiche manca a monte della decisione da adottare quel substrato culturale, politico, giuridico, etico e scientifico sufficientemente coeso e condiviso, tale da poter esprimere e fondare la legittimazione di regole giuridiche con le caratteristiche di cui si è detto e di cui si avverte la necessità. La fisiologica lentezza della riflessione giuridica, del confronto politico e della produzione legislativa, inoltre, contribuisce a rendere irraggiungibili i ritmi e la velocità della ricerca scientifica e tecnologica e della conseguente individuazione di sempre nuove ipotesi da disciplinare. Il risultato della situazione pare quindi paradossale: quanto più si avverte l'esigenza di una disciplina tanto più paiono configurarsi le condizioni per un suo progressivo allontanamento».

4. È di qualche tempo fa la notizia della creazione, mediante cellule staminali umane, di un “mini cervello”, attraverso il quale sarà possibile sviluppare la ricerca su malattie neurologiche — v. <http://www.ilfattoquotidiano.it/2013/08/28/cellule-staminali-nature-creato-mini-cervello-in-3d/694210/>. V., ancora, I. MARINO, in C.M. MARTINI, I. MARINO, *Crescere e conoscere*, Torino 2012, 19: «[...] Probabilmente verrà il giorno in cui alcuni settori della medicina, come per esempio la chirurgia dei trapianti, così cruenta e meccanica nel sostituire organi irrimediabilmente malati, saranno ricordati con un sorriso, come facciamo oggi quando pensiamo che solo trent'anni fa per curare una semplice ulcera gastrica si toglieva lo stomaco o per una colica biliare si faceva una lunga incisione sull'addome per portare via la colecisti. Oggi nessuna ulcera benigna richiede l'intervento del chirurgo e la colecisti di asporta in laparoscopia». Ibidem, C.M. MARTINI, 20: «[...] I progressi in campo scientifico nella nostra epoca sono sorprendenti e davvero molto rapidi se paragonati alle grandi scoperte della storia dell'uomo e proprio la velocità con cui si va avanti ci obbliga a confrontarci con questioni etiche sempre nuove che certamente non possono essere ignorate».

5. Il punto è trattato con estrema chiarezza da E. LAMARQUE nel Suo *Corte costituzionali e giudici nell'Italia repubblicana*, cit., che pure descrive i due principali episodi che hanno dimostrato la piena coesione fra Corte costituzionale e giudici nel processo di cui si è detto,

(quando è presente) alla stregua dei testi non solo costituzionali (interni), ma anche all'utilizzazione di principi enucleati dalle Carte dei diritti, pur sempre capaci di offrire risposte — ancorché controverse — alla reclamata tutela.

Questi *bill of rights*, nota Garapon, sarebbero ormai divenuti la base di un nuovo patto fra le nazioni e diventano la fonte ispiratrice dei giudici per le loro decisioni, al di là dello Stato che li ha posti.

Le corti internazionali — per quel che qui più interessa la Corte di giustizia e la Corte europea dei diritti dell'uomo — getterebbero le basi comuni che permettono alle varie culture di comunicare tra loro e ancor meglio di emanciparsi da un'eccessiva influenza dello Stato (Garapon). Ciò fa del giudice un soggetto che « dipende in definitiva sia da uno statuto europeo disciplinato dal diritto della Comunità sia dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo — Canivet — ».

È, dunque, quasi inevitabile che tale condizione — in verità assolutamente ed indiscutibilmente voluta *non dal Giudice* ma dal legislatore nazionale (costituzionale e non) e dai Trattati Internazionali ai quali il nostro Paese ha aderito — abbia determinato l'accusa che più o meno apertamente viene sempre di più rivolta al giudice delle società moderne, cioè di essere, all'atto del decidere, portatore non del diritto, ma di una particolare lettura dei testi che, attraverso l'uso di formule vaghe, si confonde con l'orientamento personale del giudice o di quel particolare settore ideologico al quale esso stesso appartiene, pressoché apertamente⁶.

Il *leading case* individuato per descrivere l'atteggiamento più generale del giudice interno è quello che ruota attorno alla vicenda Englaro⁷.

pag. 106 ss.

6. Cfr. F. GAZZONI, *Continua la crociata parametafisica dei giudici-missionari della c.d. «morte dignitosa»*, in *Dir. fam.*, 2009, 288, commentando Tribunale di Modena 5 novembre 2008, in tema di ads e poteri dell'amministratore di sostegno, riteneva che « [...] più che di un sereno e umile esercizio della funzione giurisdizionale, di una vera e propria crociata condotta in nome, appunto, di una sorta di religione laica. Il giudice si è così trasformato nel missionario di una causa, basata su un valore, contro altri valori [...], chi pone i valori si è in tal modo già contrapposto a quelli che considera non-valori o valori secondari e "deboli", destinati quindi a soccombere nella lotta per l'attuazione [...], perché ogni valore ha la tendenza ad ergersi a tiranno esclusivo dell'intero *ethos* umano. ». Il passo è ricordato da S. PERON, *Orientamenti in tema di biodiritto*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 4, 777.

7. Cass., Sez. I, civile, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro it.*, 2008, I, 125. Su tale decisione v. F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio di divisione dei poteri)*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 1/2008, 107 ss.; G.

Difatti, la sentenza n. 21748/2007 resa dalla Cassazione è stata aditata, da una parte dalla dottrina — ed in verità non solo da essa — probabilmente per le implicazioni umane vissute con sofferenza come esempio di travalicamento, attraverso il canone dell'interpretazione costituzionalmente orientata dei compiti del giudice interno e dell'obbligo sullo stesso ricadente di applicare e non “creare” la legge. Essa consente, dunque, di focalizzare le critiche, aspre, che vengono mosse ad un uso che si assume “disinvolto” del canone ermeneutico dell'interpretazione costituzionalmente orientata.

Il giudice comune, secondo tale prospettiva⁸, verrebbe a realizzare, attraverso il caso concreto, una vera e propria manipolazione, con l'arma dell'interpretazione, dei valori e dell'ordine di priorità in cui sono disposti, saccheggiando orientamenti giurisprudenziali “altri” che poco o nulla avrebbero rilievo nell'ordinamento interno e giungendo a risultati frutto di preferenze soggettive e di intuizioni emozionali capaci di aggirare addirittura il comando legislativo e il vincolo di soggezione alla legge, fino al punto di mortificare il significato proprio del controllo incidentale di legittimità costituzionale⁹.

Anzi, e più specificatamente, il valore (nel caso concreto, quello della dignità umana del quale si è già accennato) sarebbe diventato « allora il canone / guida per un'interpretazione evolutiva della legge, il fine che giustifica l'aggiramento della formalità giuridica, il fondamento su cui poggia la pretesa a una prestazione nei confronti della pubblica amministrazione o l'imposizione di un limite all'attività conformativa di questa, la ragione giustificativa dell'apposizione di vincoli non positivamente previsti a diritti di libertà »¹⁰.

ANZINI, *Consenso ai trattamenti medici e « scelte di fine vita »*, in *Danno resp.*, 10/2008, 957 ss.; F. VIGANÒ, *Riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1039 ss.; A. PROTO PISANI, *Il caso E.: brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile*, in *Foro it.*, 2009, I, 987 ss.; F. MAZZARELLA, *Appunti storico-giuridici in margine a due recenti pronunce sul diritto alla vita*, in *Foro it.*, I, 786 ss.; P. BECCHI, *L'imperialismo giudiziario. Note controcorrente sul caso Englaro*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 2009, 379 ss.; L. NIVARRA, *Autonomia (bio)giuridica e tutela della persona*, in *Europa dir. priv.*, n. 3/2009, 719 ss.; C. BOLOGNA, *Sentenza in forma di legge? Il caso Englaro e la lezione americana della vicenda Terri Schiavo*, in www.forumcostituzionale.it

8. Il punto è stato trattato anche da F. VIGANÒ, *Decisioni mediche di fine vita e “attivismo giudiziale”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, specif. 1594 e 1595.

9. G. SCACCIA, *Valori e diritto giurisprudenziale*, Relazione al convegno Valori e Costituzione: a cinquant'anni dall'incontro di Ebrach Roma, Luiss-Guido Carli, Facoltà di Giurisprudenza 26 ottobre 2009, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

10. G. SCACCIA, *op. ult. cit.*, II.

In definitiva, la dottrina appena citata, ricordando ulteriori pronunce che muovono dalla “valorizzazione ermeneutica” del “valore” dignità umana, ha osservato che il suddetto canone « sembrerebbe rivestire la funzione di un criterio interpretativo residuale, correttivo, in qualche misura assimilabile all’argomento fondato sull’equità, mostra chiaramente come l’applicazione diretta di valori costituzionali possa spingere il giudice ad accreditare interpretazioni chiaramente esterne al perimetro dei significati astrattamente riconducibili alla lettera delle previsioni normative, con un aggiramento del vincolo di soggezione alla legge e una mortificazione del significato proprio del controllo incidentale di legittimità costituzionale »¹¹.

Né è mancato chi si è fatto portavoce delle preoccupazioni espresse sul « fatto che la decisione sulla vita di una persona provenga da un tribunale sulla base di una discutibile ricostruzione della volontà »¹².

Le critiche, talvolta non compiutamente espresse, ma lasciate intendere, si sono in questo modo rivolte al fatto che in assenza di una posizione espressa dal legislatore in ordine alla possibilità di intervento sulla vita altrui da parte di soggetti pur legati da vincoli di parentela oltre che sulla natura stessa dello stato vegetativo permanente e dell’alimentazione forzata, la decisione dei giudici (di legittimità e di merito in sede di rinvio) aveva determinato un vero e proprio (grave) straripamento del (potere) giudiziario, mistificando le regole della “scienza”, proiettate nel senso di riconoscere una pur limitata attività cerebrale anche nei soggetti che si trovano in tale sventurata condizione.

Le decisioni del giudice sarebbero state, in definitiva, il frutto di un’indebita operazione di *forzatura* dei principi, ottenuta attraverso una altrettanto indebita lettura “aperta” della Costituzione e di altri strumenti internazionali, per di più compiuta facendo — irrituale — ricorso a precedenti giurisprudenziali di Corti straniere.

Ciò renderebbe l’attuale sistema antidemocratico, ogni qualvolta il giudice priva i cittadini e i loro rappresentanti del potere di decidere ciò che è giusto e ciò che non è *giusto* o *degn*o per un essere umano.

E, ancora, è stata la vicenda Englaro a dare la misura delle tensioni

11. G. SCACCIA, *op. ult. cit.*, 13.

12. I. ANRÒ, *Il caso Englaro di fronte alla Corte europea dei diritti dell’uomo: un confronto con la Corte di giustizia delle Comunità europee circa la legittimazione ad agire delle associazioni a difesa dei diritti dell’uomo*, in www.forumcostituzionale.it.

esistenti fra “l’ordine” e il “potere”¹³, sfociati in atti — decreto legge, conflitto di attribuzione delle Camere — sui quali si tornerà nel prosieguo a riflettere¹⁴.

1.1. Il ruolo del giudice nel labirinto, tra fatto, scienza e valori

Discorrendo, in punta di piedi, di dignità, ci si è accorti di quanto i temi che ruotano attorno al biodiritto suscitano grandi passioni¹⁵, alle quali fanno da preludio prese di posizione e proclami talvolta manichei, in buona parte dimostrativi non solo dell’assenza di una *communis opinio*, ma anche dell’estrema pericolosità che i temi etici rappresentano per un sereno equilibrio della società.

In nome di un forte sentimento di condivisione di alcuni “principi fondamentali”, spesso non si disdegna, ma anzi si fomenta, la contrapposizione con toni aspri ed altisonanti¹⁶ arrivando, in taluni

13. Sul punto v., peraltro, V. ONIDA, *Costituzione, garanzia dei diritti, separazione dei poteri*, in *Quaderni giustizia*, 2005, 4, che ha posto le basi per chiudere definitivamente la polemica che continua tuttora ad infuocare il mondo politico circa la natura di “Potere” del *giudiziario*.

14. Cfr. ancora E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell’era repubblicana*, cit., 108: «[...] Si tratta di una questione cruciale del costituzionalismo che trova l’occasione — più unica che rara — di uscire dalla contesa politica ed emergere in sede giurisdizionale. La Corte costituzionale non se la lascia sfuggire, e anzi la coglie appieno, utilizzandola per costruire un solido muro a difesa delle attribuzioni dei giudici contro gli attacchi della politica. Lo strumento utilizzato dalla Corte per rispondere ai ricorsi delle Camere è indice inequivocabile della sua volontà di tagliar corto e far piazza pulita delle accuse rivolte all’autorità giudiziaria: un’ordinanza assunta in camera di consiglio e senza contraddittorio nella fase di ammissibilità del conflitto».

15. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 103: «[...] le tematiche bioetiche hanno la capacità di evocare la struttura morale di fondo di ognuno e di coinvolgerne la coscienza individuale. I processi del vivere e del morire con i rispettivi limiti (tecnici e normativi), le possibilità di intervenire sulla struttura più elementare del corpo e della materia, gli enormi vantaggi ed i rischi dei futuri scenari della biomedicina e della genetica attirano sempre più l’interesse di larghi strati della popolazione, anche grazie all’attenzione, pur essa crescente, dei mezzi di comunicazione di massa. Sulla disciplina da riservare a tali materie, quindi, si scontrano strutture di pensiero (queste sì) consolidate e spesso contrapposte, le quali impediscono l’agevole raggiungimento di una qualche disciplina condivisa».

16. Ripetutamente si assiste, scorrendo i quotidiani di informazione ed i networks, a prese di posizioni verbali particolarmente “forti” su temi che riguardano i diritti degli omosessuali. V., sul tema I. MARINO, *Credere e conoscere*, in C.M. MARTINI, I. MARINO, cit., 51.

casi (fortunatamente isolati), a gesti estremi¹⁷, peraltro colorandosi, il dibattito, di connotazioni religiose¹⁸.

In questa prospettiva si inseriscono anche le dichiarazioni di esponenti pubblici — politici e non — che, inserendosi nel dibattito sulle questioni etiche e bioetiche relative alla legittimità di condotte volte ad interrompere la sopravvivenza di soggetti ancora non nati o che versano in situazione di incoscienza, non esitano ad usare espressioni forti e crude, quale fu quella, più di ogni altra rimasta nell'immaginario collettivo, che Eluana Englaro era stata *uccisa per sentenza*.

Anticipando il senso dell'analisi che si tenterà di svolgere, si può affermare che l'assunto per cui il giudice, di fronte al "silenzio" del legislatore, possa rimanere inerte rispetto alla richiesta di una domanda di giustizia, benché giustificata e tutelata dal quadro dei principi scolpiti all'interno del sistema — integrato nel senso appena descritto — non sembra trovare alcun fondamento giuridico nell'ordinamento stesso e, anzi, si traduce in un non consentito *non liquet*¹⁹.

Rispetto all'assenza di un *humus* comune e condiviso, il giudice non deve né può, ad avviso di chi scrive, indietreggiare o deflettere dal ruolo e dalla funzione che questi svolge, ogni qualvolta emergano, in termini sufficientemente chiari e prevedibili, dei principi di base che trovano la loro naturale collocazione all'interno delle Carte dei diritti fondamentali, per come vivificate dalle rispettive giurisdizioni.

Il giudice è, oggi più che mai, "soggetto alla legge" «[...] secondo

17. Recente è stato il caso dello storico francese DOMINIQUE VENER che, dopo avere combattuto aspramente l'ideologia che ha di recente protato al riconoscimento dei matrimoni fra persone dello stesso sesso in Francia, si è suicidato sull'altare della cattedrale di Notre Dame, invocando, poco prima di morire, sul suo blog il compimento di «gesti spettacolari e simbolici per scuotere i sonnolenti, le coscienze anestetizzate e risvegliare la memoria delle nostre origini», fino al punto di invitare all'azione contro la «probabilità che la Francia cada nelle mani degli islamisti». Nemmeno infrequenti risultano i gesti suicidari compiuti da omosessuali compiuti come atto di protesta estrema contro le discriminazioni patite.

18. Ripetutamente, anche nei consessi scientifici e giuridici, si discorre di bioetica cattolica e bioetica laica. Sul tema v. P. BORSELLINO, *Esiste davvero la bioetica laica, ed esiste ancora la bioetica cattolica?*, in *Bioetica*, 2007, I, 32; M. REICHLIN M., *Cattolico e laico: i limiti d una dicotomia abusata*, ibidem, 2007, I, 83 ss.

19. Fu probabilmente questo il convincimento di base che indusse il Tribunale di Roma a disattendere in primo grado la richiesta di Piergiorgio Welby — sul quale v. AZZOLINI, *Il rifiuto di cure. Riflessioni a margine del caso Welby*, in *Nuova giur.civ.comm.*, II, 23, 2007, 313; ID., *Trattamenti life-saving e consenso del paziente: i doveri del medico dinanzi al rifiuto di cure*, ibidem, I, 24, 2008, 73 ss. Sul punto v. R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva "quantistica"*, Milano, 2013, 58.

la lapidaria, particolarmente espressiva, formula della nostra Carta costituzionale [art. 101, N.d.R.], nondimeno bisognosa di essere riletta in considerazione del presente contesto nel quale la legge non è ormai più la fonte delle fonti né — come si è venuti dicendo — tale è, invero, la stessa Costituzione, con la quale fanno sistema le Carte dei diritti e le altre fonti di origine esterna che, in modo sempre più consistente ed incisivo, si immettono in ambito interno ed ivi spiegano i loro effetti al servizio dei più pressanti bisogni dell'uomo». ²⁰

Gaetano Silvestri ha osservato come « concetti fondamentali quali quelli di vita e persona sono suscettibili di opzioni giuridico/morali così contrastanti, da portare a conseguenze giuridico/pratiche molto diverse, fonti di grave imbarazzo sia per il legislatore che per il giudice » ²¹.

Principi che, infatti, la Corte di Cassazione non mancò di enucleare in tema di procreazione medicalmente assistita già prima dell'adozione della l. n. 40/2004 ²².

Non per questo il giudice sembra potersi sottrarre dal trovare « vie di uscita da un *labirinto* [corsivo aggiunto], nel quale l'orientamento è quello dei valori di fondo da cui il giudice parte; o meglio, dal peso specifico che il giudice assegna ai valori di fondo nell'esercizio di quell'*ars combinatoria* di elementi differenziati ed in perenne potenziale conflitto cui è costretto il giudice (ma prima di lui il legislatore e l'amministratore) in un ordinamento pluralistico » ²³.

Potrà, certo, trovare in taluni casi sollievo e sostegno dalla scienza che potrebbe anche offrirgli approdi obiettivi, ma pur sempre destinati a essere eventualmente rivalutati ²⁴ ove il giudice, riscontrandoli all'in-

20. A. RUGGERI, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, Comunicazione alle Giornate italo-spagnolo-brasiliane su *La protección de los derechos en un ordenamiento plural*, Barcellona 17-18 ottobre 2013, in www.associazionedeicostituzionalisti.it. V., ancora, l'interessante contributo di D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al diritto*, Napoli, 2008, spec. 71 ss.

21. G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Riv. dir. pubbl.*, 2004, 2, 17.

22. Cass., 16 marzo 1999, n. 2315, in *Fam. e dir.*, 1999, 237, con nota di M. SESTA, *Fecondazione assistita: la Cassazione anticipa il legislatore*.

23. G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 430.

24. V., di recente, sul rapporto fra giudice e consulenza tecnica che faccia proprie determinate conoscenze di carattere scientifico risultanti non conformi alla scienza ufficiale v. Cass. 20 marzo 2013 n. 7041: « [...] Il rilievo secondo cui in materia psicologica, anche a

terno di un comando legislativo e, tuttavia, ponendone in discussione il fondamento, investa la Corte costituzionale per verificare l'esistenza di un eccesso di potere legislativo²⁵.

Potrebbe, d'altro canto, quello stesso giudice avere la fortuna di trovare una legge al cui interno può essere agevolmente sussunto il caso posto al suo vaglio. E in verità, il legislatore non è stato totalmente assente su diversi e variegati settori, approntando interventi segnati, magari, da ondivaghe linee di base, comunque capaci di offrire un terreno di base sul quale il giudice è — *recte*, dovrebbe — essere chiamato ad intervenire — v., *infra*, Parte II, Cap. III, par. 3.4 —.

Ma non sembra potersi dubitare che, nell'affrontare le questioni di cui si discute, il giudice non potrà arrestarsi di fronte all'apparente vaghezza dei principi ispiratori dell'ordine costituzionale e di quello internazionale espressi nelle Carte dei diritti né di fronte alle incertezze del legislatore²⁶, non potendo egli tralasciare né il patrimonio giuridico rappresentato dal diritto — *in law* ed *in action* per come si andrà di seguito tratteggiando — né il patrimonio culturale al quale partecipa vivendo nella società²⁷, né la propria coscienza²⁸.

causa della variabilità dei casi e della natura indutti va delle ipotesi diagnostiche, il processo di validazione delle teorie, in senso popperiano, può non risultare agevole, non deve indurre a una rassegnata rinuncia, potendosi ben ricorrere alla comparazione statistica dei casi clinici. Di certo non può ritenersi che, soprattutto in ambito giudiziario, possano adottarsi delle soluzioni prive del necessario conforto scientifico, come tali potenzialmente produttive di danni ancor più gravi di quelli che le teorie ad esse sottese, non prudentemente e rigorosamente verificate, pretendono di scongiurare ».

25. G. SILVESTRI, *op. ult. cit.*, 434.

26. R. LIVATINO, *Il ruolo del giudice nella società che cambia*, in I. ABATE, *Il piccolo giudice*, Palermo, 1992, 62, riportato all'inizio del testo della relazione.

27. R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva "quantistica"*, cit., 25 e 30. V. anche, in prospettiva particolare, R. LIVATINO, *Fede e diritto*, in I. ABATE, *Il piccolo giudice*, cit., 86: «[...] Ed è proprio in questo scegliere per decidere, decidere per ordinare, che il magistrato credente può trovare un rapporto con Dio. Un rapporto diretto, perché il rendere giustizia è realizzazione di sé, è preghiera, è dedizione di sé a Dio. Un rapporto indiretto per il tramite dell'amore verso la persona giudicata. Il magistrato non credente sostituirà il riferimento al trascendente con quello al corpo sociale, con un diverso senso ma con uguale impegno spirituale [...] ».

28. Nella stessa direzione, del resto PIERO CALAMANDREI andava scrivendo, in un suo saggio intitolato *Giustizia e politica: sentenza e sentimento* che «[...] La verità è che il giudice non è un meccanismo: non è una macchina calcolatrice. È un uomo vivo: e quella funzione di specificare la legge e di applicarla nel caso concreto, che *in vitro* si può rappresentare come un sillogismo, è in realtà un'operazione di sintesi, che si compie a caldo, misteriosamente, nel crogiuolo sigillato dello spirito, ove la mediazione e la saldatura tra la legge astratta

La circostanza che i principi di riferimento — di matrice costituzionale e convenzionale, per come si avrà modo di precisare in seguito — non siano specificamente determinati non incrina l'opera di emersione delle regole da parte del giudice, anzi dovendosi considerare che l'elasticità dei detti canoni consente di adeguarne il significato alla coscienza sociale e di renderlo pertanto coerente con le trasformazioni sociali verificate²⁹.

Le preoccupazioni fondate sul pericolo di arbitrio si vincono considerando il (poderoso, forse anche eccessivo) sistema di garanzie ordinariamente previsto, capace di correggere errori o abusi.

Sono, dunque, il sistema delle impugnazioni³⁰, la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione, l'integrazione fra Costituzione e sistema normativo assicurata dalla Corte costituzionale (Silvestri, *op. ult. cit.*) e dalle Carte dei diritti fondamentali (nell'ambito delle rispettive competenze) il controllo stesso da parte della dottrina e dell'opinione pubblica³¹ a costituire, insieme alla funzione di garanzia generale della giustizia disciplinare, le condizioni di contesto perché la combinazione soggettiva tra scienza e coscienza non si trasformi in arbitrio individuale³². Per di più, è la stessa "processualità" dell'agire del

e il fatto concreto ha bisogno, per compiersi, della intuizione e del sentimento acceso in una coscienza operosa [...] ridurre la funzione del giudice ad un puro sillogismo vuol dire impoverirla [...], inaridirla [...], disseccarla [...]. La giustizia è qualcosa di meglio: è creazione che sgorga da una coscienza viva, sensibile, vigilante, umana ».

29. V. sul punto, R. ROMBOLI, *La 'relatività' dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del corpo*, in *Pol. dir.*, 1991, 567, il quale già nel 1991 notava come, a proposito di inseminazione artificiale, in alcuni progetti di legge presentati nel 1958 e nel 1963 era prevista l'inseminazione eterologa ed addirittura quella omologa (con seme del marito) come ipotesi di reato.

30. V. sul punto, M.R. MORELLI, *Contributo sul ruolo del giudice come garante dei diritti fondamentali della persona nello Stato costituzionale*, Intervento svolto in occasione del convegno organizzato dal CSM ad Agrigento in occasione del ventennale della morte di ROSARIO LIVATINO nei giorni 20–21 settembre 2011, su *L'interpretazione giudiziale fra certezza del diritto ed effettività delle tutele*, in www.csm.it: «[...] La decisione che il giudice adottasse in applicazione di una norma sostanzialmente da lui creata attraverso un uso surrettizio della interpretazione adeguatrice (non rispettoso dell'indicato « limite di tolleranza del dato testuale) costituirebbe infatti un provvedimento *abnorme*, già come tale rimovibile con gli strumenti processuali ».

31. A. CERRI, *Prolegomeni ad un discorso sull'indipendenza della magistratura*, in AA.VV., *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Scritti in onore di LORENZA CARLASSARE, a cura di G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, 2009, 1270.

32. G. SILVESTRI, *op. ult. cit.* 438.

giudice che ne distingue nettamente i connotati rispetto all'azione del legislatore³³ e che trova nella motivazione un "fidato servitore" della legalità del giudizio, per come si avrà modo di precisare in seguito — v., su tali due punti, *infra*, Parte II, Cap. III, I —.

All'esaurimento di tutti i rimedi appena descritti la società deve accontentarsi anche di una decisione che può essere percepita come ingiusta e che può anche essere intrinsecamente sbagliata ma che è, in quanto tale, decisione da rispettare, a pena di rompere il patto sociale tra tutti i cittadini.

Quanto all'insostituibilità del ruolo del giudice, quale garante sia "dei diritti fondamentali" che « della complessità strutturale del diritto nello Stato costituzionale »³⁴, può qui ribadirsi che, rispetto al perenne dissidio fra legalità (della legge) e giustizia (del giudice), occorre rassegnarsi a considerare la certezza del diritto (legislativo)³⁵ come una verità perduta nel passaggio dalla dimensione monocentrica dell'universo giuridico ottocentesco alla dimensione policentrica di quella che viene definita l'età della decodificazione³⁶, ulteriormente caratterizzata dall'avvento delle Carte dei diritti fondamentali e dalle Corti europee che tali diritti applicano "insieme" ai giudici nazionali.

Il modello giudiziario non intende, per sua scelta, prevalere sugli altri modelli. Né la responsabilità dell'attuale sistema può dirsi causata dall'agire dei giudici³⁷ che, anzi, secondo la dottrina, « non temono

33. R. ROMBOLI, *Modelli di giudice e complessità sociale: bocca della legge, interprete, mediatore dei conflitti o difensore dei diritti?*, Intervento svolto in occasione del convegno organizzato dal CSM ad Agrigento in occasione del ventennale della morte di ROSARIO LIVATINO, cit., in www.csm.it: « [...] Intendo riferirmi al principio per cui il giudice deve agire solo dietro richiesta degli interessati (*ne procedat iudex ex officio*), al rispetto delle garanzie di imparzialità, alla tutela del contraddittorio, alla necessaria motivazione delle proprie decisioni. In tutto questo può ritenersi che si sostanzia oggi il significato del principio della soggezione del giudice alla legge (*rectius* al diritto) ».

34. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 213.

35. V., sul punto R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 471.

36. G. MARINI, *Crisi della legge e interpretazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, 172.

37. Cfr. A. RUGGERI, *Salvaguardia*, cit., che pure non manca di ricordare l'esistenza di talune storture (giurisprudenziali): « [...] La estrema varietà dei casi, unitamente alla strutturale complessità degli interessi emergenti in taluni campi di esperienza (e penso ora soprattutto agli sviluppi del biodiritto, anche alla luce degli avanzamenti della ricerca scientifica e tecnologica), ha reso ancora più evidente lo scarto tra le carenze (per talune fattispecie, la vera e propria latitanza) della regolazione legislativa e l'impellente bisogno di appagamento di taluni bisogni elementari dell'uomo. A fronte di questo stato di cose, che è quello che è, i giudici hanno fatto quanto era (ed è) in loro potere (e, forse, però,

di perdere voti con decisioni magari sgradite ad una parte del loro elettorato»³⁸.

Essi, piuttosto, giocano il proprio ruolo, in un'era nella quale, come ha scritto Maria Rosaria Ferrarese, *ogni istituzione è destinata a perdere tratti erculei*, a favore di strutture multipolari di tipo orizzontale che emarginano quelle piramidali di tipo verticale³⁹.

Si può, fin d'ora e con riserva di ulteriori approfondimenti, osservare che l'attività di enucleazione dei valori fondamentali riservata ai giudici (nazionali e non) è una prospettiva individuata dal complesso dei sistemi che, a diverso livello, si occupano dei diritti fondamentali⁴⁰. Non altro.

E tale sistema, in definitiva, porta il giudice a partecipare a scelte della democrazia da un osservatorio assai particolare e in posizione privilegiata, proprio perché autonomo ed indipendente rispetto alla vicenda che si pone al suo vaglio⁴¹.

La figura del giudice *custode* dei diritti umani è il frutto di un processo di costituzionalizzazione del diritto reso concreto dalla Corte costituzionale⁴² e culminato, per quel che riguarda la giurisdizione

anche di più...) per porvi rimedio, senza tacere che alcuni loro orientamenti appaiono essere alquanto improvvisati e forzati, come tali problematicamente riconducibili al quadro costituzionale ed alle stesse indicazioni delle Carte dei diritti (e, segnatamente, della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo)».

38. F. VIGANÒ, *Decisioni mediche di fine vita e "attivismo giudiziale"*, cit., 1601.

39. M. R. FERRARESE, *Il diritto al presente*, Bologna, 2002, 198 e 199. V. sul punto, proprio con specifico riferimento alle questioni di fine vita A. MORELLI, *Tra Babele e il nulla. Questioni etiche di fine vita, "nichilismo istituzionale" e concezioni della giustizia*, in AA.VV., *Thanatos e nomos. Questioni bioetiche e giuridiche di fine vita*, Napoli, 2009, 160 ss.

40. V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio personalista*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, I, 150 «[...] l'ermeneutica dei diritti fondamentali mette in evidenza che il processo di identificazione delle singole situazioni soggettive esistenziali e delle correlative tutele non può basarsi soltanto sullo *ius positum*, ma presenta anche in questo settore carattere essenzialmente dialogico, nel senso che norme e principi sono chiamati a misurarsi costantemente e a tener conto dei nuovi bisogni, interessi, esigenze, quali emergenti dalla realtà storico-sociale in costante divenire e ciò non soltanto in funzione di adeguamento e rimodellamento del contenuto delle situazioni soggettive esistenti, ma anche e soprattutto in funzione della costruzione e della messa in campo di nuovi diritti e nuove tutele».

41. Sul ruolo cardine dei principi costituzionali dell'autonomia e dell'indipendenza per l'esercizio dell'attività giurisdizionale e di interpretazione della legge v. M. FRESA, *Abnormità dell'interpretazione e responsabilità del magistrato*, Relazione svolta all'incontro di studio organizzato dal CSM in Roma nei 26-28 ottobre 2011 sul tema *L'interpretazione delle leggi*, in www.csm.it.

42. R. PINARDI, *L'interpretazione adeguatrice tra Corte e giudici comuni: le stagioni di un*

ordinaria, nel convegno ANM tenutosi a Gardone nel 1965⁴³, in cui si sistematizzarono le istanze volte a creare un rapporto diretto fra giudice comune e Costituzione, già emerse in modo saltuario nella giurisprudenza della Cassazione (sent. 1 giugno 1949, n. 1398)⁴⁴. Esso legittima pienamente l'opera del *giudiziario* tanto nel caso in cui la stessa sia direttamente chiamata — in assenza di una legislazione di settore — ad operare sulla base dei principi e valori, dotati di carattere di precettività, sanciti dalle Carte dei diritti nazionali e sovranazionali che nell'ipotesi in cui si richieda un controllo di costituzionalità o convenzionalità sulle leggi che il legislatore ha già approntato.

Ciò non significa affatto, però, espropriare la funzione legislativa delle sue prerogative, anzi. Proprio la (tendenziale) assenza del vincolo del precedente — sul quale è tornata di recente la Corte costituzionale con la sentenza n. 230/2012 — sulla quale v., *infra*, Parte II, Cap. IV, par. 4.1 — impone alla normazione di fare la propria parte, tracciando il solco o la cornice entro cui gli indirizzi giurisprudenziali hanno quindi modo di affermarsi e svolgersi »⁴⁵.

Quando, però, il legislatore omette di provvedere tempestivamente od offre “solchi” indecifrabili, non chiari, non precisi, l'operato giudiziale, *mai attivato senza l'impulso della parte*, non può non farsi carico di offrire la protezione dei diritti fondamentali che le Carte dei diritti, per lo più in modo precettivo, impongono attraverso la specificazione offerta dai giudici delle Carte stesse. Il che vale, an-

rapporto complesso e tuttora assai problematico, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, IV, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, a cura di G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO — P. VERONESI, Napoli, 2009, 1523 ss.

43. S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, 163 ss. Sul punto, v. volendo, R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, cit., 267 ss. V., anche le lucide considerazioni espresse a più riprese da ELISABETTA LAMARQUE sul punto e, da ultimo, in *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Bari-Roma, 2012 ed in *L'interpretazione conforme alla CEDU da parte dei giudici comuni*, Relazione svolta l'11 gennaio 2013 al convegno organizzato dalla Formazione decentrata del CSM del Distretto della Corte di appello di Milano sul tema *La Corte europea dei diritti dell'uomo: il meccanismo di decisione della CEDU e i criteri d'interpretazione conforme*, in http://www.ca.milano.giustizia.it/allegato_corsi.aspx?File_id_allegato=844.

44. S. BARTOLE, *Giudici ed attuazione dei valori costituzionali*, Relazione preparata per il Convegno *Giurisprudenza e giudici nella Costituzione* tenutosi presso la Corte di Cassazione in occasione del LX Anniversario della Costituzione il 18 giugno 2008, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

45. A. RUGGERI, *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento « intercostituzionale »*, cit., 277.

cor di più, in materia di biodiritto per le peculiarità legate ai casi che coinvolgono, in maniera solitamente cangiante, i valori fondamentali correlati all'esistenza — o alla venuta ad esistenza — delle persone coinvolte.

Il punto è, allora, che questo lavoro del *giudiziario* si alimenta incessantemente di pronunzie e decisioni di Corti nazionali e sovranazionali, tanto che oggi è obiettivamente difficile individuare un "confine" fra ciò che è riservato al giudice nazionale e ciò che spetta ai giudici stranieri e/o sovranazionali — ma v., infra, sul tema dei *confini*, Parte II, Cap. IV, par. 4.5 e 4.6.

La giurisprudenza come “fonte del diritto”

Non si intende qui affrontare il tema delle caratteristiche e dei limiti¹ che gli interventi normativi dovrebbero possedere per offrire il proprio contributo di chiarezza ed oggettività in materia, né soffermarsi sul progressivo avvicinamento delle due “fonti” — diritto scritto e diritto vivente — che non arriva mai, però, ad una piena sovrapposizione².

1. Secondo A. RUGGERI, *Il principio personalista*, cit., 13, vi sarebbe uno «[...] squilibrato rapporto fin qui avutosi per ciò che concerne il concorso dato, rispettivamente, dalla legislazione e dalla giurisprudenza al riconoscimento ed alla salvaguardia dei diritti fondamentali, segnatamente di quelli “nuovi”, per i quali, peraltro, l’A. auspica l’adozione di procedure di normazione costituzionale. Cfr., in particolare, nello stesso contributo, pag. 14: «[...] I bilanciamenti secondo i casi sono — è ormai provato — una preziosa risorsa da salvaguardare e trasmettere anche alle future esperienze di ordine istituzionale; essi nondimeno sono chiamati a svolgersi e mantenersi entro gli argini invalicabili segnati da una cornice normativa previamente e chiaramente fissata. D’altro canto, il legislatore può porre mano alla definizione di siffatta cornice solo a condizione che siano previamente formate e saldamente radicate nel corpo sociale quelle consuetudini culturali di riconoscimento dei diritti fondamentali, cui si faceva poc’anzi riferimento, fatte quindi oggetto di positiva, congrua razionalizzazione (sarebbe, d’altronde, ben strano che su questioni diffusamente ed intensamente avvertite, quali quelle — per fare solo i primi esempi che vengono in mente — riguardanti le vicende d’inizio e fine-vita, la maggioranza politica di turno rappresentata in Parlamento possa, insensatamente, pensare d’imporre per il tramite di atti comuni di formazione la propria visione del mondo, per poi magari, subito appresso, mutare idea, sotto la pressione di interessi contingenti, e dare pertanto luogo al rifacimento della disciplina appena varata. Nasce proprio da qui — se ci si pensa — il bisogno, che sento in questo mio scritto di dover ulteriormente, vigorosamente ribadire, di una prima ed essenziale disciplina di forma costituzionale dei “nuovi” diritti, la procedura aggravata al riguardo prescritta offrendo (perlomeno sulla carta. . .) la migliore garanzia che, in occasione della messa a punto della disciplina stessa, potrà (e dovrà) raggiungersi quell’incontro necessario tra le forze politiche di opposto schieramento che, a sua volta, costituisce la più efficace risorsa di cui si dispone (imperfetta, se si vuole, ma, appunto, la più adeguata) perché possa per il tramite delle leggi costituzionali dar voce a quelle consuetudini culturali di riconoscimento dei diritti, sulla cui importanza qui particolarmente s’insiste». Insiste sulla necessità di una revisione costituzionale in materia di nuovi diritti anche AGOSTA S., *Bioetica e Costituzione, Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Milano, 2012, vol. 2, 202 ss.

2. R. ROMBOLI, *Modelli di giudice e complessità sociale: bocca della legge, interprete, mediatore dei conflitti o difensore dei diritti?*, cit.: «la produzione del diritto ad opera del legislatore

Ci si limiterà, piuttosto, a fare in seguito — v. Parte III, Cap. I, par. 1.1 — qualche considerazione fulminea sul tema, soprattutto quando si parlerà dell'istituto dell'amministrazione di sostegno come esempio di « buona legislazione »³, rimanendo comunque dell'avviso che tra una cattiva legislazione e l'assenza di legge, il cittadino può ambire ad una tutela peggiore da parte del giudice, secondo i canoni del diritto giurisprudenziale⁴.

Sembra semmai utile dare atto che proprio il contesto che si è appena finito di descrivere evoca, anche per la giurisprudenza, il concetto di *fonte del diritto*, senza che questo voglia rappresentare usurpazione di potere ma, ancora una volta, mera osservazione dell'attuale contesto storico-politico delle società moderne, capace di superare progressivamente le differenze fra sistemi di *common law* e di *civil law*. Contesto che quasi quotidianamente sperimenta la difficoltà di individuazione di plurime fonti “normative” soprattutto nel campo delle scienze che attengono alla persona, ormai uscite dal recinto nazionale e per ciò quasi naturalmente destinate a vivere attraverso l'intreccio di strumenti che si formano in diversi contesti territoriali e spaziali⁵.

e del giudice avviene certamente con forme e modalità diverse ed entrambi i soggetti operano nell'ordinamento secondo differenti forme di responsabilità e di legittimazione democratica. L'atto legislativo, [...] è rivolto direttamente a produrre diritto ed impone una regola per il futuro, mentre l'atto giurisdizionale è rivolto a risolvere una controversia sulla base di norme previgenti, con l'effetto solo indiretto di produzione normativa e, mentre il primo è fondato sulla volontà politica, il secondo trova il suo fondamento nella forza della ragione ed è qualificabile come fonte culturale. La legittimazione dell'attività di produzione del diritto da parte del legislatore si ricollega al rapporto di rappresentanza diretta del corpo elettorale, al quale esso risponderà delle proprie scelte e pertanto le modalità dell'intervento sono tali che spetterà solo ad esso stabilire se farlo, quando farlo e con quale specifico contenuto [...]. Diversa è invece da ritenere la fonte di legittimazione dell'attività normativa, nel senso detto, del giudice, il quale incontra innanzi tutto una serie di vincoli e di limiti, a partire ovviamente dalla lettera della legge, dalle regole dell'interpretazione comunemente accettate, nonché, con la dovuta cautela, da quella che Ross chiama la “tradizione culturale”, vale a dire i fattori morali, economici, politici e culturali propri di un paese, nel momento in cui il giudice è chiamato a giudicare ».

3. Problematiche affrontate in modo approfondito, da ultimo, in A. RUGGERI, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento “intercostituzionale”*, cit., segnatamente parr. 7 e 8.

4. G. FERRANDO, *Diritto alla salute e autodeterminazione tra diritto europeo e Costituzione*, cit., 29.

5. A. SANTOSUOSSO-S. AZZINI, *Scienza, tecnologia e gli attuali flussi giuridici transnazionali*, in *Trattato di biodiritto, Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. RODOTÀ e M. TALLACCHINI, cit., 731.

Tale prospettiva è stata perfettamente scolpita tanto nella giurisprudenza civile che in quella penale della Corte di Cassazione⁶.

Viene così progressivamente delineandosi il ruolo della giurisprudenza come « fonte del diritto »⁷, non potendosi qui nemmeno approfondire gli effetti che simile inquadramento potrà produrre nel sistema, soprattutto dopo la recente presa di posizione della Corte costituzionale a proposito della rilevanza, quale *ius superveniens*, della

6. Cass., s.u. penali, n. 18288/2010, *Beschi* ha affermato che la giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo parifica ai fini dell'art. 7 CEDU il diritto scritto a quello giurisprudenziale, aggiungendo che la norma nasce da « relazione di “tipo concorrenziale” tra potere legislativo e potere giudiziario, nel senso che il reale significato della norma, in un determinato contesto socio — culturale, non emerge unicamente dalla mera analisi del dato positivo, ma da un più complesso *unicum*, che coniughi tale dato con l'atteggiarsi della relativa prassi applicativa ». Sicché, la « struttura necessariamente generica della norma è integrata e riempita di contenuti dall'attività “concretizzatrice” della giurisprudenza », dotata di una componente limitativamente creativa. In precedenza, Cass. II maggio 2009 n. 10741, in *Foro it.*, 2010, I, 141, con nota di A.L. BITETTO, *Fecondazione assistita, malformazione fetali e ristoro del « bebè prejudice »* e di F. DI CIOMMO, « *Giurisprudenza–normativa* » e ruolo del giudice nell'ordinamento italiano, anche in *Dir.fam.pers.*, 2009, 3, 1159, con nota di G. BALLARINI, *La Cassazione riconosce la soggettività giuridica del concepito: indagine sui precedenti dottrinali per una lettura “integrata” dell'art. 1 c.c. ed in Corr.giur.*, 2010, 365, con nota di A. LISERRE, *In tema di responsabilità del medico per il danno al nascituro*, ha ritenuto, nel riconoscere al nascituro una soggettività giuridica, che tale asserzione « [...] comporta lo sviluppo di due ineludibili premesse argomentative: l'attuale modo di essere e di strutturarsi del nostro ordinamento, in particolare civilistico, quale basato su una pluralità di fonti, con conseguente attuazione di ed. principi di decodificazione e depatrimonializzazione e la funzione interpretativa del giudice in ordine alla formazione della ed. giurisprudenza — normativa, quale autonoma fonte di diritto ».

7. R. CAPONI, *Overruling in materia processuale e garanzie costituzionali (in margine a Cass. n. 19246 del 2010)*, in <http://unifi.academia.edu/documents/0176/1870/2010CaponiDecrIngiunTerminiOpposizioneAcademiaJudicium.pdf>, pag. 5: « [...] l'impostazione più lineare, che intendo seguire, discende dall'idea che il precedente giudiziario — anche quello destinato ad esplicare una efficacia meramente persuasiva — sia fonte di norme giuridiche che integrano l'ordinamento giuridico di riferimento, poiché il diritto si caratterizza per il fatto di « consistere nella creazione di un complesso di ‘norme’ destinate ad operare nell'ambito della struttura sociale di una comunità e nel conferire ai precetti che esse esprimono una particolare ‘efficacia’, la quale le rende più o meno strettamente ‘vincolanti’ (quando il vincolo è più tenue, si parla di efficacia ‘persuasiva’ delle norme) ». L'A. ricorda poi, sui medesimi concetti, A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna–Roma, 1977, 532 ss., 533 e G. GORLA, voce *Giurisprudenza*, in *Enc. del Dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 489 ss. V., anche R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 91 e ss.; G. ALPA, *L'arte di giudicare*, Roma–Bari, 1996, cap. I; G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte di diritto. Un'evoluzione storica e teorica*, Napoli, 2007.

giurisprudenza della Grande Camera della Corte dei diritti umani⁸. A ben considerare, Corte cost. n. 150/2012, che ha rimesso ai giudici remittenti la valutazione degli effetti prodotti da Corte EDU 3 novembre 2011 Grande Camera — ric. n. 57813/00 — *S.H. e altri c. Austria* in tema di fecondazione eterologa dopo che quegli stessi giudici, nel sollevare varie questioni, connesse *anche* ma non solo all'art. 117 r¹ comma Cost., avevano fatto perno sulla pronunzia della Corte europea poi modificata dalla Grande Camera, segna probabilmente un ulteriore passo verso la parificazione del diritto scritto a quello vivente delle Corti, aprendo scenari non ancora ben definiti e definibili⁹. Infatti, l'aver evocato, a giustificazione di tale scelta di restituzione¹⁰, la propria

8. Cfr. Corte cost. 22 maggio 2012 n. 150, sulla quale v. A. CIERVO, *Il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.federalismi.it; E. MALFATTI, *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino "convenzionale" della Corte*, in www.forumcostituzionale.it; F. MANNELLA, *La difficile elaborazione del "diritto ad avere un figlio" La questione di legittimità costituzionale è stata successivamente riproposta da Tribunale di Milano 13 dicembre 2012*, in <http://www.diritto24.ilsole24ore.com/content/dam/law24/Gad/Documenti/2013/Febraio/Ordinanza%20Tribunale%20di%20Milano.pdf>; A. MORRONE, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell'ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it; G. REPETTO, *Ancora sull'ordinanza n. 150 del 2012 della Corte costituzionale: alcune ragioni per fare di necessità virtù*, in www.diritticomparati.it; A. RUGGERI, *La Corte costituzionale, i parametri "conseguenziali" e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)*, in www.giurcost.it. R. ROMBOLI, *Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte Edu come ius superveniens e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa*, in <http://www.giurcost.org>, e pure ivi, S. AGOSTA, *La Consulta nel gioco di specchi riflessi tra Corti soprannazionali e giudici comuni (in tema di protezione giuridica della vita nascente)*, 23 luglio 2012.

9. Su tali questioni v., part., G. REPETTO, *Corte costituzionale, fecondazione eterologa e precedente CEDU "superveniens": i rischi dell'iperconcretezza della questione di legittimità costituzionale*, in *Giur.cost.*, fasc. 3, 2012, pag. 2069 ss.

10. Corte cost. n. 152/2012 cit.: «[...] siffatta conclusione si impone: in primo luogo, perché costituisce l'ineludibile corollario logico-giuridico della configurazione offerta da questa Corte in ordine al valore ed all'efficacia delle sentenze del giudice europeo nell'interpretazione delle norme della CEDU che, come sopra precisato, i remittenti hanno correttamente considerato, al fine di formulare le censure in esame; in secondo luogo, in quanto una valutazione dell'incidenza sulle questioni di legittimità costituzionale del *novum* costituito dalla sentenza della Grande Camera (la cui rilevanza è, peraltro, resa palese anche dall'approfondita lettura, significativamente divergente, offertane dalle parti nelle memorie depositate in prossimità dell'udienza pubblica) svolta per la prima volta da questa Corte, senza che su di essa abbiano potuto interloquire i giudici

giurisprudenza in ordine al “valore” della giurisprudenza CEDU, più volte affermato dalla Corte costituzionale a partire dalle sentenze gemelle del 2007¹¹ accanto a quella in tema di *ius superveniens*¹², rende oltremodo evidente come il piano prescelto dal giudice delle

a quibus, comporterebbe un’alterazione dello schema dell’incidentalità del giudizio di costituzionalità, spettando anzitutto ai rimettenti accertare, alla luce della nuova esegesi fornita dalla Corte di Strasburgo, se ed entro quali termini permanga il denunciato contrasto ».

11. « [...] la sopravvenienza della sentenza della Grande Camera impone di ricordare che la giurisprudenza di questa Corte è costante nell’affermare che la questione dell’eventuale contrasto della disposizione interna con la norme della CEDU va risolta, per quanto qui interessa, in base al principio in virtù del quale il giudice comune, al fine di verificarne la sussistenza, deve avere riguardo alle « norme della CEDU, come interpretate dalla Corte di Strasburgo » (tra le molte, sentenza n. 236 del 2011, richiamando le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 e tutte le successive pronunce che hanno ribadito detto orientamento), « specificamente istituita per dare ad esse interpretazione e applicazione » (da ultimo, sentenza n. 78 del 2012), poiché il « contenuto della Convenzione (e degli obblighi che da essa derivano) è essenzialmente quello che si trae dalla giurisprudenza che nel corso degli anni essa ha elaborato » (per tutte, sentenze n. 311 del 2009 e n. 236 del 2011), occorrendo rispettare “la sostanza” di tale giurisprudenza, « con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell’ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi » (*ex plurimis*, sentenze n. 236 del 2011 e n. 317 del 2009), ferma la verifica, spettante a questa Corte, della « compatibilità della norma CEDU, nell’interpretazione del giudice cui tale compito è stato espressamente attribuito dagli Stati membri, con le pertinenti norme della Costituzione » (sentenza n. 349 del 2007; analogamente, tra le più recenti, sentenze n. 113 e n. 303 del 2011) ».

12. « [...] deve essere ordinata la restituzione degli atti al giudice *a quo*, affinché questi proceda ad un rinnovato esame dei termini della questione, qualora all’ordinanza di rimessione sopravvenga una modificazione della norma costituzionale invocata come parametro di giudizio (tra le tante, ordinanze n. 14, n. 76, n. 96, n. 117, n. 165, n. 230 e n. 386 del 2002), ovvero della disposizione che integra il parametro costituzionale (per tutte, ordinanze n. 516 del 2002 e n. 216 del 2003), oppure qualora il quadro normativo subisca considerevoli modifiche, pur restando immutata la disposizione censurata (tra le tante, ordinanza n. 378 del 2008); che, alla luce di siffatti principi, la diversa pronuncia della Grande Camera in ordine all’interpretazione accolta dalla sentenza della Prima Sezione, espressamente richiamata dai rimettenti — operata all’interno dello stesso giudizio nel quale è stata resa quest’ultima pronuncia — incide sul significato delle norme convenzionali considerate dai giudici *a quibus* e costituisce un *novum* che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale così come proposta; ». Giova ricordare che i giudici che avevano sollevato la questione hanno deciso di riproporla — Tribunale di Firenze, ord. 28 marzo 2013, Tribunale di Milano, ord. 29 marzo 2013, Tribunale di Catania, ord. 29 marzo 2013. Sul punto v. B. LIBERALI, *L’adozione dei single e delle coppie omosessuali*, intervento svolto al Convegno annuale dell’Associazione “Gruppo di Pisa” Catania 7–8 giugno 2013 « La famiglia davanti ai suoi giudici », in <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2013/05/LIBERALI.pdf>

leggi sia estremamente delicato, né consente di identificare tutta la portata delle conseguenze che tale scelta potrà determinare.

D'altra parte, che la giurisprudenza della CEDU costituisca una fonte dotata di caratteri peculiari sembra innegabile¹³.

E che tutto ciò non mini affatto la certezza del diritto nella dimensione che essa assume nei tempi moderni, ma anzi si ponga con caratteri di assoluta necessità per gli ordinamenti dei Paesi contraenti, sembra autorevolmente giustificato dalla posizione assunta negli anni dalla Corte costituzionale e, più recentemente, dalle parole stesse della Corte dei diritti umani¹⁴.

Affermare, allora, come fa la Corte dei diritti umani che «[...] è solidamente stabilito nella tradizione giuridica degli Stati parte alla Convenzione che la giurisprudenza, in quanto *fonte di diritto*, contribuisce

13. R. ROMBOLI, *Modelli di giudice e complessità sociale: bocca della legge, interprete, mediatore dei conflitti o difensore dei diritti?*, cit.: «[...] La produzione del diritto ad opera del legislatore e del giudice avviene certamente con forme e modalità diverse ed entrambi i soggetti operano nell'ordinamento secondo differenti forme di responsabilità e di legittimazione democratica. L'atto legislativo, [...] è rivolto direttamente a produrre diritto ed impone una regola per il futuro, mentre l'atto giurisdizionale è rivolto a risolvere una controversia sulla base di norme previgenti, con l'effetto solo indiretto di produzione normativa e, mentre il primo è fondato sulla volontà politica, il secondo trova il suo fondamento nella forza della ragione ed è qualificabile come fonte culturale. La legittimazione dell'attività di produzione del diritto da parte del legislatore si ricollega al rapporto di rappresentanza diretta del corpo elettorale, al quale esso risponderà delle proprie scelte e pertanto le modalità dell'intervento sono tali che spetterà solo ad esso stabilire se farlo, quando farlo e con quale specifico contenuto [...]. Diversa è invece da ritenere la fonte di legittimazione dell'attività normativa, nel senso detto, del giudice, il quale incontra innanzi tutto una serie di vincoli e di limiti, a partire ovviamente dalla lettera della legge, dalle regole dell'interpretazione comunemente accettate, nonché, con la dovuta cautela, da quella che Ross chiama la "tradizione culturale", vale a dire i fattori morali, economici, politici e culturali propri di un paese, nel momento in cui il giudice è chiamato a giudicare».

14. Nel caso *Scoppola c. Italia* del 17 settembre 2009, cit., la Corte, nel fornire un'interpretazione dell'art. 7 CEDU decisamente diversa da quella offerta in altri precedenti, afferma che il suo ruolo contempla anche quello di garantire effettività di tutela, confinandolo l'esigenza di certezza del diritto. Si legge, infatti, ai punti 100 e 101 della motivazione, che «[...] in qualsiasi ordinamento giuridico, per quanto chiaro possa essere il testo di una disposizione di legge, ivi compresa una disposizione di diritto penale, esiste inevitabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria. Bisognerà sempre chiarire i punti oscuri e adattarsi ai cambiamenti di situazione. Inoltre, la certezza, benché fortemente auspicabile, è spesso accompagnata da un'eccessiva rigidità; il diritto deve invece sapersi adattare ai cambiamenti di situazione» ed aggiunge che «La funzione decisionale affidata alle giurisdizioni serve precisamente a dissipare i dubbi che potrebbero sussistere per quanto riguarda l'interpretazione delle norme».

necessariamente all’evoluzione progressiva del diritto. . .¹⁵ » non è solo verità banale, come scriveva Cappelletti¹⁶, ma significa, a sommosso giudizio di chi scrive, delineare lo statuto del potere giurisdizionale del terzo millennio in modo assolutamente conforme a quanto si è andato dicendo in ordine ai rapporti del giudiziario con il legislativo¹⁷.

Resta solo da chiarire, semmai, che se si accede alla tesi di inquadrare la giurisprudenza tra le fonti del diritto, questa non si attegga con caratteri sovrapponibili a quelli della legge, non potendo in ogni caso il diritto vivente perdere la sua principale vocazione, costituita dalla decisione del caso concreto. Il che, del resto, è consustanziale alle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo, ancorché essa rimanga un giudice che lavora in base ai suoi precedenti.

Ed in questa direzione, ancorché il punto sia parecchio controverso in dottrina¹⁸ e possa giustificare soluzioni parzialmente diverse per quanto riguarda le sentenze della Corte di Giustizia, sembra rivolgersi Corte cost. n. 230/2012.

15. Aggiunge ancora la Corte che «[...] Non si può interpretare l’articolo 7 della Convenzione nel senso che esso vieta la graduale chiarificazione delle norme in materia di responsabilità penale mediante l’interpretazione giudiziaria da una causa all’altra, a condizione che il risultato sia coerente con la sostanza del reato e ragionevolmente prevedibile (Streletz, Kessler e Krenz c. Germania [GC], n. 34044/96, 35532/97 e 44801/98, § 50, CEDU 2001 II). La portata della nozione di prevedibilità dipende in larga misura dal contenuto del testo in questione, dall’ambito che esso ricopre e dalla qualità dei suoi destinatari. La prevedibilità di una legge non si oppone a che la persona interessata sia portata a ricorrere a consigli illuminati per valutare, a un livello ragionevole nelle circostanze della causa, le conseguenze che possono derivare da un atto determinato ».

16. M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Studio dedicato alla memoria di Tullio Ascarelli e di Alessandro Pekelis, Milano, 1984.

17. M. BINI, *L’Interpretazione giurisprudenziale in Italia come fonte del diritto: il caso dei contratti collettivi di diritto comune*, in <http://www.giuri.unige.it/corsistudio/dottdiritto/documents/Bini.pdf>: «[...] il mito del giudice bocca della legge non può coesistere con la società moderna. Partendo dal presupposto rilevato da alcuni autori che oggi al legislatore non spetta più una posizione di assoluto monopolio, ma soltanto di preminenza nella formazione del diritto, non si può negare che anche il giudice oggi, nelle società moderne partecipa strutturalmente al processo formativo del diritto, nella continua ricerca tra esigenze di giustizia, di colmare le lacune normative, di adeguare la disciplina alla realtà che muta più veloce dei processi legislativi e il rispetto della ripartizione classica dei poteri dello stato e l’ossequio al principio della certezza del diritto e di legalità ».

18. A. RUGGERI, *L’“intensità” del vincolo espresso dai precedenti giurisprudenziali, con specifico riguardo al piano dei rapporti tra CEDU e diritto interno e in vista dell’affermazione della Costituzione come “sistema”*, in <http://www.giurcost.org/studi/ruggeri24.pdf>; R. CONTI, *Pensieri sparsi dopo il post scriptum di Antonio Ruggeri su Corte. Cost. n. 230/2012*, in www.diritticomparati.it

Giudice di merito e biodiritto

Il tentativo di dare qualche risposta alle domande

3.1. Un progetto, in nuce, di protocollo operativo per il giudice delle questioni biogiuridiche

Sono, dunque, le considerazioni espresse nei precedenti paragrafi idonee a rispondere al *caos* ipotizzato più sopra fra giudici e legislatore in campo biogiuridico?

Esse possono costituire la base di partenza, ma non l'approdo finale.

Anzi, non si ha timore di affermare che quanto detto "non basta" per mandare assolto il giudice, le quante volte egli offra di sé un'immagine di professionista "non adeguato" al tempo, né alla complessità del sistema pluricentrico di tutele, né alla delicatezza degli interessi coinvolti né, infine, alle ricadute che le sue decisioni sono in grado di determinare.

Peso che in materia, lo si è detto, ha la capacità di trasformare il giudice in una sorta di semaforo, rosso o verde, che apre e chiude la porta alla vita o alla sua fine modulando e componendo vicende familiari incidenti sulla dignità delle persone.

Infatti, è vero che, rispetto alle vicende che ruotano attorno al biodiritto, probabilmente si richieda qualcosa di e in più al giudice, proprio quando alla base di un determinato ordine costituito si riscontra l'esistenza di orientamenti diversi, contrapposti in modo tanto fiero quanto intransigente.

È la ricerca di questo *quid pluris* che, dunque, deve impegnare gli operatori, tutti gli operatori del diritto.

Occorre qui soffermare l'analisi sull'esistente e sull'operato del giudice per come questi, oggi, è chiamato ad esaminare questioni

di ordine biogiuridico, proprio per ricercare un “metodo” che aiuti nell’affrontare le questioni di cui si discute.

Anzitutto, sembra necessario insistere sulla dimensione fattuale della vicenda che viene all’esame del giudice, per poi passare alla dimensione più strettamente “giuridica” dell’agire del giudice e all’individuazione delle regole di sostanza applicabili al caso di specie, al fine di scandagliarne la ritualità e conformità a legge ed eventualmente contestare i tratti arbitrari che pure sono stati prospettati.

Per cominciare a tracciare un simile percorso, sembra si debba affermare che il ruolo del giudice nelle scelte che toccano il biodiritto va esaminato considerando due diversi fattori, peraltro spesso destinati ad intrecciarsi fra loro: *a*) quello funzionale, dovendosi distinguere il ruolo del giudice di merito da quello del giudice di legittimità e, ancora, del giudice costituzionale come anche dei giudici sovranazionali chiamati ad interpretare il diritto di matrice eurounitaria e i diritti fondamentali su base convenzionale; *b*) quello contenutistico, apparendo ben diverso il ruolo giudiziario a seconda che la domanda riguardi: *b*₁) la rimozione di un limite che il richiedente stesso individua rispetto alla realizzazione di un atto che ritiene rientrare all’interno del proprio patrimonio personale (autorizzazione a cessare la propria esistenza, compimento di un atto in nome della propria *dignità* che non gli è consentito dalle proprie condizioni fisiche o che gli è impedito da un’autorità o da parenti) e che rimane circoscritto o comunque destinato ad operare all’interno della sfera giuridica del soggetto agente, quando gli effetti del provvedimento sono richiesti nell’interesse di quello stesso soggetto da parte di chi è legittimato a rappresentarlo; *b*₂) la rimozione — almeno *de jure condito* profilabile — di tale limite richiesta *nell’interesse del medesimo soggetto* che si trova, però, nell’impossibilità di esternare coscientemente la propria volontà; *b*₃) la realizzazione di un diritto personalissimo che collide, totalmente o solo in parte, con altri diritti parimenti vitali, non tutti sempre espressamente dotati di soggettività manifesta, ovvero di entità che possono adeguatamente tutelarli, comprimendoli o espandendoli — si pensi a tutte le scelte che riguardano gli atti di inizio e fine vita nei quali sono coinvolti interessi riconducibili a embrioni, feto, concepito, ma anche quelle che vedono contrapposti diritti fondamentali (diritto all’anonimato del genitore biologico e diritto alla conoscenza delle

proprie origini da parte dell'adottato¹, diritto di una coppia dello stesso sesso ad accedere all'istituto del matrimonio o all'affidamento di un minore).

Si tratta di ipotesi decisamente diverse che, tuttavia, trovano la loro matrice comune nella necessità che i relativi procedimenti offrano a tutti gli interessi in gioco, spesso non adeguatamente rappresentati all'interno del giudizio, adeguata tutela.

3.2. La rilevanza del *fatto* nelle controversie in tema di biodiritto

Una particolare attenzione va pertanto assicurata agli aspetti per così dire “procedurali” dell'esercizio della giurisdizione, ove tale termine, apparentemente legato alle “forme”, in effetti non intende affatto nascondere che il rispetto delle suddette forme costituisce ineludibilmente, soprattutto in queste materie, elemento indispensabile per una corretta definizione della vicenda sostanziale posta all'attenzione del giudice, ma, anche, il limite intrinseco dell'operato del giudice.

Il giudice di merito, mi si consenta l'apparente ovvietà dell'affermazione, è prima di tutto giudice del fatto.

È infatti quel giudice a dovere esaminare gli accadimenti posti al suo cospetto, utilizzando tutti i meccanismi processuali — *recte*, interpretando la normativa interna — in modo tale da garantire l'acquisizione del maggior numero di elementi idonei a consentirgli una scelta “giusta” secondo il paradigma degli artt. III Cost., 6 e 8 CEDU².

Si tratta evidentemente di un'esigenza imposta, per un verso, dalle caratteristiche stesse dei diritti che vengono in gioco, bisognosa di una protezione effettiva e concreta e non illusoria ed ipotetica e, per altro verso, dalla posizione assunta dalla Corte europea in tema di tutela apprestata dall'art. 8 CEDU.

1. Sulla necessità di distinguere nettamente la tipologia degli atti incidenti sulla persona a seconda degli interessi coinvolti già R. ROMBOLI, *La 'relatività' dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del corpo*, cit., 566.

2. È questo, in definitiva, l'antidoto rispetto ai rilievi, che pure non sono mancati, all'attuazione dei principi espressi dalla Cassazione nella vicenda Englaro da parte del giudice di appello — App. Milano, 9 luglio 2008, in *Giur. merito*, 2008, 2504 — che è stato chiamato ad applicarla e per i quali v., in modo puntiglioso, A. STEFANI, *Il caso Englaro: le due Corti a confronto*, in *Quad. cost.*, 2009, 95 e, specif. 97 e 98.

Un mondo, quell'art. 8 CEDU, nel quale il rispetto delle regole del processo non è fine a se stesso, ma finisce con il diventare sempre più garanzia del pieno dispiegamento dei diritti sostanziali e, dunque, anch'esso garanzia *di sostanza* dei diritti.

Quando la Corte europea, a proposito della tutela garantita dall'art. 8 CEDU, si auto-riconosce il compito di « garantire che il processo decisionale che ha condotto all'adozione da parte del tribunale delle misure impugnate sia stato equo e abbia consentito agli interessati di presentare il loro caso in modo completo »³ non perde di vista in alcun modo gli aspetti di natura procedurale⁴, dimostrando in concreto, ancora una volta, che il valore sostanziale rappresentato dalla tutela apprestata dalla Convenzione non può essere pienamente realizzato al di fuori di un quadro processuale “giusto” ed “equo”.

Ciò che segna, a mio giudizio, in modo ancora più evidente, il carattere composito delle “tutele” apprestate dall'art. 8 CEDU alla galassia della persona e la necessità che i diversi interessi raggiungano un equilibrio giusto attraverso la loro piena ed integrale considerazione *all'interno del processo*.

In definitiva, il corretto svolgimento del piano processuale e il massimo dispiegarsi delle tutele al suo interno rappresentano, per “tutti” gli interessi coinvolti, il piano procedurale della tutela di valori fondamentali⁵ che assume valore non inferiore rispetto a

3. V., ad es., Corte EDU, 12 luglio 2011–Ric. n. 14737/09 — *Sneersone e Kampanella c. Italia*.

4. Sulla limitata rilevanza di una tutela procedurale in ambito biogiuridico, peraltro vista come momento funzionale a rendere possibile, in futuro, l'emersione di meccanismo di tutela sostanziale delle posizioni giuridiche che gravitano in materia quando esse non si rinvergono in un dato momento storico v. C. CASONATO, *Bioetica e pluralismo nello Stato costituzionale*, cit., par. 5: « [...] Ed in mancanza di un accordo che possa fondare e sostenere una soluzione giuridica nel merito, anche l'elemento procedurale può assumere una forte valenza garantista. Il principio precauzionale, ad esempio, può intendersi in termini di « pre-principio di carattere procedurale », imponendo in settori a forte incertezza scientifica, dinamiche di onere della prova e di assunzione di responsabilità a tutela della vita umana o dell'ecosistema nei confronti di effetti potenzialmente, ma massicciamente, distruttivi. Altri principi di carattere procedurale hanno valenza per così dire istruttoria, consentendo di preparare il terreno culturale per la futura decisione politica. I principi di informazione, di partecipazione, di collaborazione, già fatti propri da alcuni ordinamenti interni, dal diritto internazionale e da quello comunitario, sono rivolti alla costituzione delle sedi e delle condizioni di legittimazione in cui si possa, nel momento opportuno, adottare una scelta di merito ragionevole e motivata ».

5. L'espressione che si è qui scelto di utilizzare, pur evocando concezioni del diritto di stampo nordamericano, non intende in alcun modo inserirsi in quel solco, qui sempli-

quello che il giudice offre quando definisce il contenuto sostanziale del diritto.

Si tratta di aspetti non secondari che toccano il diritto di accesso all'autorità giudiziaria e al ricorso impugnatorio dei soggetti coinvolti (tema che, per le considerazioni che si faranno a proposito delle peculiari ipotesi di procedimenti, potrebbe presentare profili non del tutto ancora esplorati), alla rappresentanza in giudizio di tutti i soggetti coinvolti⁶ e anche alla chiarezza delle disposizioni che incidono sul proprio diritto, sui quali la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha ormai una consolidata giurisprudenza anche per quel che riguarda la tutela offerta dall'art. 8 CEDU che spesso viene in considerazione nelle questioni biogiuridiche⁷.

La complessità dei temi evoca, così, la figura di un giudice sempre più dinamicamente aperto — come si è già detto — al confronto: a) con discipline non solo *altre* rispetto al diritto, ma in perenne ed incessante evoluzione; b) ancora, con interessi personali ed affettivi rappresentativi, anch'essi, di fasci di interessi, aspettative, valori che lo pongono di fronte ad interrogativi quali *ma se fosse capitato a me cosa avrei fatto, come mi sarei comportato, avrei agito diversamente* [...] ; c) con l'esigenza di informare le discipline normative esistenti ai

cemente sottolineandosi che solo un svolgimento dei processi in cui si controverte su questioni biogiuridiche improntato a logiche di piena ed integrale acquisizione di tutti i dati fattuali consente al giudice di esercitare al meglio le delicate funzioni che gli sono imposte dalla legge.

6. Si pensi alla necessità di nominare un curatore speciale *ex art.* 78 c.p. c. al minore nei casi di contrasto insorto fra lo stesso ed i genitori rispetto ad un atto di cura o, anche solo fra i di lui genitori. V., sul punto, *infra*, il paragrafo dedicato all'affido di minore a coppia dello stesso sesso.

7. V., sul punto, in modo molto preciso ed inequivoco Corte EDU, 20 marzo 2007, *Tysiąc c. Poland*, — ric. n. 5410/03 —, §113 ss.: «[...] Finally, the Court reiterates that in the assessment of the present case it should be borne in mind that the Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective (see *Airey c. Ireland*, 9 Ottobre 1979, § 24, Series A no. 32). Whilst Article 8 contains no explicit procedural requirements, it is important for the effective enjoyment of the rights guaranteed by this provision that the relevant decision-making process is fair and such as to afford due respect to the interests safeguarded by it. What has to be determined is whether, having regard to the particular circumstances of the case and notably the nature of the decisions to be taken, an individual has been involved in the decision-making process, seen as a whole, to a degree sufficient to provide her or him with the requisite protection of their interests (see, *mutatis mutandis*, *Hatton and Others c. Regno Unito* [GC], — ric. n. 36022/97 —, § 99 ».

valori fondamentali sanciti dalle Carte dei diritti. Fattori che, esaminati complessivamente, mettono a rischio il ruolo e l'efficacia della decisione ma, in diversa prospettiva, esaltano la funzione giurisdizionale ogni qualvolta quel giudice riuscirà a scandagliare ogni aspetto — fattuale e giuridico — della vicenda, utilizzando correttamente tutte le conoscenze dallo stesso ritualmente acquisite — anche attraverso il coinvolgimento di sanitari e professionalità non giuridiche in qualità di ausiliari⁸ — e tutti gli schemi logico, culturali e giuridici capaci di giustificare razionalmente la decisione adottata.

In quest'attività concreta il giudice, quando non vi sono contraddittori perché il richiedente prospetta richieste destinate ad incidere esclusivamente sulla propria sfera personale, potrebbe trovarsi in una condizione che lo chiama a circoscritte operazioni di bilanciamento, alcune delle quali, tuttavia, intrinseche alla tipologia delle questioni — conflitto autodeterminazione — vita, benessere della salute della donna e del feto, per esempio.

Quando, però, l'interesse in gioco viene “mediato” da un terzo che si fa — *recte*, assume o prospetta di farsi — portatore della volontà del soggetto destinatario del provvedimento, l'attività giudiziaria non potrà non colorarsi di particolare cautela assumendo, in relazione alle singole vicende che potranno prospettarsi, i tratti di vera e propria “condotta di custodia” della persona, dei suoi valori e delle sue determinazioni più intime.

Per queste ragioni Gilda Ferrando ha sapientemente sottolineato, occupandosi del ruolo dei genitori e del tutore — ma direi anche, a pieno titolo, dell'amministratore di sostegno (sul quale v., *infra*) — nelle decisioni relative alla cura dei soggetti minori o incapaci o

8. Non può infatti porsi in discussione che rispetto ai temi etici la professionalità giudiziaria non è sempre capace, *ex se*, di ottenere l'acquisizione di un elemento nel modo più corretto e ponderato possibile. In tale prospettiva, il confronto del giudice con le persone minori e con quelle portatrici di disabilità psichica è reso estremamente complesso, tanto che il ricorso alle figure degli “esperti” appare, spesso, ineludibile. È vero, infatti, come ha notato FRANCESCO VITRANO, neuropsichiatra infantile e psicoterapeuta operante presso l'ASP di Trapani, in un messaggio recentemente inviato alla *mailing list* famiglia e persone, che « ascoltare un disabile psichico per cogliere il suo volere e la sua capacità di autodeterminazione è un processo che deve andare oltre la raccolta delle parole, fino a raggiungere la possibilità di comprendere il significato di ciò che “ha detto” anche alla luce della sua modalità di funzionamento psichico. Ciò necessita una persona esperta nell'ascolto, ma anche una perfetta conoscenza della storia di quella persona e della condizione in cui la stessa si trova attualmente a vivere ».

alle scelte che incidono sulla salute dei medesimi, che tali soggetti non entrano in gioco perché dotati in senso tecnico dei poteri di rappresentanza, quanto come portatori di interessi che li rendono soggetti obbligati a partecipare al processo decisionale, mancando i quali la decisione giudiziale non potrà dirsi, oltre che giusta, realmente realizzata nel “miglior interesse del destinatario”⁹.

Ed è proprio nelle questioni in cui il giudice è chiamato ad operare, senza che il destinatario della tutela — unitamente agli altri soggetti a vario titolo interessati — abbia esposto in passato o sia in atto in grado di esporre ciò che costituisce manifestazione del principio di autodeterminazione, che l'opera giudiziale si fa più difficile e si tinge di connotati necessariamente destinati ad essere a loro volta esaminati, giudicati, condivisi o fortemente criticati¹⁰.

9. G. FERRANDO, *La volontà oltre la perdita di coscienza*, in AA.VV., *Le questioni bioetiche davanti alle Corti: le regole sono poste dai giudici*, a cura di A. SANTOSUOSSO e G. GENNARI, in *Politeia*, 2002, n. 65, 212. Analogamente, P. ZATTI, *Decisioni legali e valutazioni scientifiche*, in *Politeia*, *Le questioni bioetiche davanti alle Corti*, cit., 145: «[...] Sono convinto che lo schema stesso della rappresentanza non sia praticabile per decisioni che attengono alla sopravvivenza. Il problema non si può risolvere con criteri derivati dal modello dell'atto giuridico; è in campo una decisione in cui si deve riuscire a creare una costellazione di responsabilità — medici, familiari, appresentanti legali — sullo sfondo della premessa per cui un trattamento medico si giustifica esclusivamente in funzione dell'interesse del paziente».

10. Si comprende, allora, quanto sia forte la tentazione, forse proprio umana, a tirarsi indietro rispetto alla delicatezza della vicenda ed a cercare nell'ordinamento la giustificazione di un *non liquet* che, secondo questa prospettiva, potrebbe giustificare l'idea che non è il giudice a doversi fare giudice della vita e/o della morte. Fu, probabilmente questo il convincimento di base che indusse il tribunale di Roma a disattendere, in sede cautelare, la richiesta di Piergiorgio Welby, ritenendo che il diritto all'autodeterminazione nella scelta della terapia, pur esistente, non poteva essere concretamente tutelato «[...] a causa della mancata definizione, in sede normativa, delle sue modalità attuative, in particolare con riferimento all'esatta individuazione del c.d. divieto di accanimento terapeutico». Infatti, il diritto del paziente ad “esigere” ed a “pretendere” che sia cessata una determinata attività medica di mantenimento in vita lascerebbe il «[...] posto all'interpretazione soggettiva ed alla discrezionalità nella definizione di concetti si di altissimo contenuto morale e di civiltà e di intensa forza evocativa (primo fra tutti “la dignità della persona”), ma che sono indeterminati e appartengono ad un campo non ancora regolato dal diritto e non suscettibile di essere riempito dall'intervento del giudice, nemmeno utilizzando i criteri interpretativi che consentono il ricorso all'analogia o ai principi generali dell'ordinamento» — v. Tribunale di Roma, ord., 16 dicembre 2006, in *Foro it.*, 2007, I, 571, con nota di D. MALTESE; cfr. anche S. PERON, *Vita, nuda vita ed il diritto al rifiuto delle cure*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, II, 2391 ss. Se si muove dai postulati brevemente accennati nel testo, non poteva non convenirsi con il giudice romano circa la mancanza di un testo scritto capace di dare risposta alla domanda di giustizia “gridata” dal povero Welby. Se, tutto al contrario, si muove dal postulato che il

Inutile negarlo, si tratta di un'attività delicata, alla quale occorre avvicinarsi coniugando, ancora una volta, ragione e sentimento, cultura e sensibilità¹¹, senza nemmeno temere l'impopolarità¹².

In sostanza, il giudice, che non è — né deve essere —, in Italia e nei paesi occidentali, né confessionale, né ateo, né agnostico, né musulmano, né cristiano, né cattolico, né buddista, né anglicano ma è soltanto giudice, non è neutro, ma è e deve essere neutrale. I suoi provvedimenti hanno un contenuto ed un corpo, la motivazione, sulla quale si devono appuntare le critiche di chi non la condivide e le ragioni di chi, invece, trae soddisfazione dalla decisione.

3.3. Il ruolo del consenso nella dimensione giudiziale

Se sono vere le considerazioni appena svolte, non può qui mancare una riflessione sul ruolo del consenso nei procedimenti biogiuridici, vivendo esso in concreto attraverso l'attività del giudice chiamato ad occuparsi delle vicende nelle quali l'ordinamento positivo ne impone l'acquisizione.

È ormai assodata la rilevanza centrale del consenso¹³, massima proiezione del diritto fondamentale all'auto-determinazione della persona.

diritto si compone oltre che dei testi scritti anche dei principi e dei valori fondamentali di un popolo, la prospettiva del giudicante è, come già si è detto, destinata a mutare radicalmente. E ciò senza che l'assenza di una condivisione da parte della maggioranza di un popolo o l'esistenza di diversi orientamenti giurisprudenziali possa dare la stura ad atteggiamenti giudiziari di *self restraint*.

11. V., a proposito del caso Serena Cruz, App. Min. Torino, decreti 15 marzo e 21 aprile 1989, entrambi in *Giur.it.*, 1989, I, 2, ss. con nota di LENTI L., *Il caso Serena. I bambini non si usucapiscono*: «[...] [Il giudice] Sa di non avere il monopolio della verità e vive drammaticamente le sue decisioni, specialmente in un caso come questo, che è un caso difficile perché coinvolge una bimba di tre anni, indifesa e incolpevole [...]. I giudici sono profondamente consapevoli di questo, e sentono di avere sulle spalle una grossa responsabilità. Si rendono ben conto dei risvolti umani del caso; ma non ritengono, in coscienza, di poter decidere doverosamente. Non pretendono di avere il monopolio della verità. Hanno ponderato a lungo, perché il caso è delicato, difficile lacerante... ».

12. App. Minorenne Torino, 21 aprile 1989, cit.: «[...] Le sentenze e i provvedimenti giudiziali non possono essere frutto di emozione popolare, né tanto meno di pressioni o minacce. E proprio per questo che la Costituzione si preoccupa di garantire i giudici contro pressioni e ricatti: proprio perché possano essere davvero indipendenti nelle loro decisioni ».

13. V. Cass. n. 16543/2011: «[...] In virtù del "diritto vivente", in altri termini, così come costituito dalle statuizioni costituzionali e da questa Corte, nonché dall'osmosi tra

Esso è, usando le espressioni della Corte costituzionale, assurto al rango di autonomo diritto fondamentale per effetto della sintesi fra diritto alla salute e diritto all'autodeterminazione che, su impulso di numerosi strumenti internazionali che hanno trovato fertile terreno nella Costituzione — artt. 2, 13 e 32 Cost. —, è andato nel tempo garantendo la piena disponibilità del proprio corpo¹⁴.

attività interpretativa, da un lato, e norme interne ed internazionali, dall'altro, per gli interventi sanitari sul paziente emerge l'obbligo dello Stato e delle sue istituzioni, tra cui il giudice, a mantenere al centro la dimensione della persona umana nella sua concreta esistenza, in quanto connotata da dignità, che presiede ai diritti fondamentali, senza la quale tali diritti potrebbero essere suscettibili di essere soggetti a limiti da svincolare ogni loro incisività e che costituisce valore assiologico che informa l'ordinamento giuridico nella sua totalità e, quindi, a maggior ragione ogni norma ordinaria. « Se, quindi, l'*homo juridicus* è ormai *homo dignus*, come, condividendo autorevole dottrina e prendendo spunto dalle varie disposizioni sui diritti umani, ha ritenuto questa Corte con sentenza n. 7237/11 (in motivazione) la giurisprudenza di cui alle sent. n. 3847/11; n. 9315/10; n. 21748/07 riceve un ulteriore rafforzamento per ipotesi del genere ».

14. G. MARINI, in *Trattato di biodiritto*, a cura di P. ZATTI e S. RODOTÀ, Milano, 2010, 361 ss. Per quel che riguarda le fonti interne, è noto che nel nostro ordinamento campeggia il principio dell'autodeterminazione. Trova conferma, a livello di normativa ordinaria, nell'art. 33 l. n. 833/1978, a tenore del quale le cure sono di norma volontarie e nessuno può essere obbligato ad un trattamento sanitario se ciò non è previsto da una legge e nell'art. 6 della l. n. 40/2004, oltre che nell'art. 3 della legge 21 ottobre 2005 n. 219. La sintesi migliore circa i contenuti del principio dell'autodeterminazione è contenuta in Corte cost. n. 438/2008, ove si è chiarito che « [...] se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione ». Quest'ultimo principio è stato ribadito dal Tar Lombardia — sez. Milano — 26 gennaio 2009 n. 214, secondo il quale « [...] Il diritto costituzionale di rifiutare le cure, come descritto dalla Suprema Corte, è un diritto di libertà assoluto, il cui dovere di rispetto si impone *erga omnes*, nei confronti di chiunque intrattenga con l'ammalato il rapporto di cura, non importa se operante all'interno di una struttura sanitaria pubblica o privata. La manifestazione di tale consapevole rifiuto rende quindi doverosa la sospensione di mezzi terapeutici il cui impiego non dia alcuna speranza di uscita dallo stato vegetativo in cui versa la paziente e non corrisponda con il metodo dei valori e la visione di vita dignitosa che è propria del soggetto. Qualora l'ammalato decida di rifiutare le cure (ove incapace, tramite rappresentante legale debitamente autorizzato dal Giudice Tutelare), tale ultima manifestazione di rifiuto farebbe immediatamente venire meno il titolo giuridico di legittimazione del trattamento sanitario (ovvero il consenso informato), costituente imprescindibile presupposto di liceità del trattamento sanitario medesimo, venendo a sorgere l'obbligo giuridico (prima ancora che professionale o deontologico) del medico di interrompere la somministrazione di messi terapeutici indesiderati ». V. anche Cass. n. 21748/2007, cit., secondo il quale il consenso informato ha come correlato la facoltà non

In diversi settori — in generale v. art. 33 della l. 23 dicembre 1978, n. 833 — il legislatore è, in realtà, intervenuto per disciplinare atti che, incidendo sul divieto di atti di disposizione del proprio corpo — art. 5 c.c. — presentano evidenti problemi bioetici e biogiuridici, considerando espressamente in essi il ruolo, la funzione e le modalità concrete di esplicazione del consenso.

Si pensi alle regolazioni in materia di trapianti del rene tra persone viventi¹⁵ — di attività trasfusionali del sangue umano¹⁶, di trapianti parziali di fegato¹⁷, di trapianti di organi e tessuti¹⁸, di donazione

solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma — atteso il principio personalistico che anima la nostra Costituzione (la quale vede nella persona umana un valore etico in sé e guarda al limite del “rispetto della persona umana” in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell’integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive) e la nuova dimensione che ha assunto la salute (non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza) — altresì di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale ».

15. L. n. 458/1967 — sulla quale si tornerà specificamente nella Parte III, Cap. I, par. 1.2. Il Ministero della salute ha quindi emanato il d.m. 16 aprile 2010 n. 116. Successivamente il legislatore ha regolato anche i trapianti di polmone, pancreas e intestino (l. n. 167/2012, che rinvia alla l. n. 458/67 ed al ricordato d.m. Meritano pure menzione le Linee guida per il trapianto renale da donatore vivente e da cadavere, approvate dalla conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano con provvedimento del 31 gennaio 2002.

16. L. n. 107 del 1990, abrogata, ad eccezione dell’art. 23, dall’art. 27, l. n. 219 del 2005. È interessante notare come il legislatore abbia considerato, nell’ambito del medesimo art. 3, come la donazione di sangue da parte di minorenni può essere effettuata soltanto con il « [...] consenso è espresso dagli esercenti la potestà dei genitori, o dal tutore o dal giudice tutelare [...] », mentre per quel che riguarda le cellule staminali emopoietiche da cordone ombelicale è sufficiente il consenso della partoriente minorenne. L’art. 3, co. 2 l. 22-10-2005 n. 219 (Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati) stabilisce, infatti, che « La partoriente di minore età può donare cellule staminali emopoietiche da cordone ombelicale previa espressione del consenso informato ». Per la donazione di sangue, a scopo di infusione per allotrapianto (e per autotrapianto), v. art. 3, l. n. 219/2005.

17. L. n. 483 del 1999, che rinvia alla l. n. 458 del 1967.

18. Legge n. 91 del 1999 e d.m. 8 aprile 2000, recante « Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti, attuativo delle prescrizioni relative alla dichiarazione di volontà dei cittadini sulla donazione di organi a scopo di trapianto ». L’art. 3 della legge cit. prevede che « [...] Il prelievo di organi e di tessuti è consentito secondo le modalità previste dalla presente legge ed è effettuato previo accertamento della morte ai sensi della legge 29 dicembre 1993, n. 578, e del decreto del Ministro della sanità 22 agosto 1994, n. 582 ».

di midollo osseo¹⁹, di sperimentazioni cliniche su esseri umani²⁰ — oltre che, come è a tutti noto, di procreazione medicalmente assistita (l. n. 40/2004) — di interruzione volontaria della gravidanza — l. n. 194/78²¹ — di rettificazione dei caratteri del proprio sesso²² — di cure c.d. palliative²³ e, di recente, di cure compassionevoli²⁴.

Il comma 2 dello stesso articolo aggiunge, fra l'altro, che «[...] i medici delle strutture di cui all'articolo 13 forniscono informazioni sulle opportunità terapeutiche per le persone in attesa di trapianto nonché *sulla natura e sulle circostanze del prelievo al coniuge non separato o al convivente more uxorio o, in mancanza, ai figli maggiori di età o, in mancanza di questi ultimi, ai genitori ovvero al rappresentante legale*». È invece il comma 3 a vietare il prelievo delle gonadi e dell'encefalo, aggiungendo poi il comma 4 che «La manipolazione genetica degli embrioni è vietata anche ai fini del trapianto di organo». È poi l'art. 4 a precisare che i cittadini sono tenuti a dichiarare la propria libera volontà in ordine alla donazione di organi e di tessuti del proprio corpo successivamente alla morte, e sono informati che la mancata dichiarazione di volontà è considerata quale assenso alla donazione.

19. L. n. 52 del 2001.

20. D.lgs.n. 211/2003. Gli artt. 2, co. 1 lett l) e 3, co. 1 lett. b) e d) contengono disposizioni sul contenuto, sul momento in cui deve essere reso e sulla forma del consenso informato. Su tale ultimo punto viene chiarito che chi partecipa alla sperimentazione o il suo rappresentante legale deve aver avuto la possibilità di essere coinvolto «in un colloquio preliminare con uno degli sperimentatori, di comprendere gli obiettivi, i rischi e gli inconvenienti della sperimentazione, le condizioni in cui sarà realizzata». Viene precisato che il paziente deve essere informato «del suo diritto di ritirarsi dalla sperimentazione in qualsiasi momento». Per quel che invece riguarda lo specifico tema della capacità di esprimere il consenso di persone incapaci l'art. 4 del d.lgs. 24 giugno 2003, n. 211 chiarisce che la sperimentazione clinica degli adulti incapaci che non hanno dato o non hanno rifiutato il loro consenso informato prima che insorgesse l'incapacità è possibile a condizione, tra l'altro, che «sia stato ottenuto il consenso informato del legale rappresentante». Per quel che riguarda il minore e le sperimentazioni, l'art. 4 lett. b) l. 211/2003 dispone che allo stesso siano fornite «informazioni commisurate alla sua capacità di comprensione sulla sperimentazione, i rischi e i benefici» [...] “da personale esperto a trattare” con lo stesso. L'art. 4 lett. c) l. 211/2003 aggiunge poi che «lo sperimentatore o lo sperimentatore principale *tenga in considerazione* la volontà esplicita del minore di rifiutare la partecipazione alla sperimentazione o di ritirarsene in qualsiasi momento, se il minore stesso è capace di formarsi un'opinione propria e di valutare le informazioni di cui alla lett. b)».

21. L'art. 13 della l. 194/1978 stabilisce che la richiesta di interruzione volontaria della gravidanza possa provenire anche dall'interdetta e che comunque detta richiesta, pur formulata dal marito o dal tutore, deve essere confermata dalla stessa interdetta (co. 2). In caso di contrasto decide il giudice entro cinque giorni dal ricevimento della relazione del medico, sentiti gli interessati se lo ritenga opportuno.

22. L. n. 164 del 1982, artt. 2, 3, 4 e 6.

23. Legge n. 38 del 2010.

24. D.l. n. 536/1996, conv. nella l. 23 dicembre 1996 n. 648, — art. 4 —: «qualora non esista valida alternativa terapeutica, sono erogabili a totale carico del Servizio sanitario nazionale, a partire dall' 1 gennaio 1997, i medicinali innovativi la cui commercializzazione è autorizzata in altri Stati ma non sul territorio nazionale, i medicinali non ancora autorizzati

È proprio l'esame di tali discipline, alcune delle quali apertamente rivolte a limitare, normativamente, l'assolutezza del principio di autodeterminazione e del relativo consenso — che non può, ad esempio, mai ritenersi sufficiente per il compimento di atti di disposizione a titolo oneroso del proprio corpo o che recede di fronte alle situazioni di urgenza²⁵ — dimostra come la “relatività” del principio costituzionale porta alla realizzazione di bilanciamenti tra valori che il legislatore compie seguendo percorsi difficilmente omologabili all'interno del

ma sottoposti a sperimentazione clinica, i medicinali da impiegare per un'indicazione terapeutica diversa da quella autorizzata inseriti in apposito elenco predisposto e periodicamente aggiornato dalla Commissione unica del farmaco conformemente alle procedure ed ai criteri adottati dalla stessa»; d.l. 17 febbraio 1998 n. 23 e l. 8 aprile 1998 n. 94 (c.d. “legge Di Bella”), recante « Disposizioni urgenti in materia di sperimentazioni cliniche in campo oncologico e altre misure in materia sanitaria », — art. 3, comma 2 — « In singoli casi il medico può, sotto la sua diretta responsabilità e previa informazione del paziente e acquisizione del consenso dello stesso, impiegare un materiale prodotto industrialmente per un'indicazione o una via di somministrazione o una modalità di somministrazione o di utilizzazione diversa da quella autorizzata, ovvero riconosciuta agli effetti dell'applicazione dell'art. 1, comma 4, del d.l. 21 ottobre 1996 n. 536 convertito dalla l. 23 dicembre 1996 n. 648, qualora il medico stesso ritenga, in base a dati documentabili, che il paziente non possa essere utilmente trattato con medicinali per i quali sia già approvata quella indicazione terapeutica o quella via o modalità di somministrazione e purché tale impiego sia noto e conforme a lavori apparsi su pubblicazioni scientifiche accreditate in campo internazionale »; decreto 5 dicembre del 2006 (« Utilizzazione di medicinali per terapia genica e per terapia cellulare somatica al di fuori di sperimentazioni cliniche e norme transitorie per la produzione di detti medicinali ») c.d. « decreto Turco-Fazio; Reg. CE n. 726/2004 ove si stabilisce — art. 83, par. 2 — che « Per uso compassionevole si intende la messa a disposizione, per motivi umanitari, di un medicinale appartenente alle categorie di cui all'articolo 3, paragrafi 1 e 2, ad un gruppo di pazienti affetti da una malattia cronica o gravemente invalidante o la cui malattia è considerata potenzialmente letale, e che non possono essere curati in modo soddisfacente con un medicinale autorizzato. Il medicinale in questione deve essere oggetto di una domanda di autorizzazione all'immissione in commercio a norma dell'articolo 6 del presente regolamento o essere sottoposto a sperimentazione clinica ». La stessa disposizione attribuisce agli Stati membri la possibilità di mettere a disposizione — per uso compassionevole — un medicinale avente come indicazione terapeutica il trattamento di una delle seguenti malattie: sindrome da immunodeficienza acquisita; cancro; disordini neurodegenerativi; diabete e, con effetto dal 20 maggio 2008, malattie autoimmuni e altre disfunzioni immunitarie; malattie virali.

25. Per quanto riguarda la Convenzione di Oviedo l'art. 8, sotto la rubrica « Situazioni d'urgenza », dispone che « Allorquando in ragione di una situazione d'urgenza, il consenso appropriato non può essere ottenuto, si potrà procedere immediatamente a qualsiasi intervento medico indispensabile per il beneficio della salute della persona interessata ». V., sul tema Ladecola G., *Il trattamento medico chirurgico su persona non consenziente: profili di responsabilità penale e civile*, in www.csm.it; Resta G., *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della carta dei diritti)*, cit., 801 ss.

principio della “supremazia” assoluta dell’autodeterminazione — come di altri diritti pur fondamentali — ma v., *infra*, Parte III, Cap. III.

D’altra parte, anche nelle singole discipline, il peso attribuito al consenso non può dirsi omogeneo.

Si è detto, infatti, che l’intervento del giudice può atteggiarsi in un triplice modo, distinguendo i casi in cui lo stesso ha funzione decisoria autonoma²⁶, da quelli in cui il medesimo interviene in funzione meramente integrativa della volontà dei soggetti deboli o di garanzia dei meccanismi di formazione del consenso, interruzione gravidanza con nulla osta nei confronti di minore²⁷.

Altre volte lo stesso giudice si trova a dovere *semplicemente* “raccolgere” il consenso, questo costituendo un elemento indefettibile per la definizione del procedimento.

In generale, muovendosi dagli ormai solidi principi giurisprudenziali espressi in materia di trattamenti medico/sanitari, può dirsi che la procedura sottesa al consenso informato presuppone necessariamente che il soggetto: *a*) riceva informazioni riguardanti il trattamento o la sperimentazione (finalità, rischi, benefici, possibili alternative); *b*)

26. Così L. BUFFONI, *op. cit.*, 34 che vi inserisce i casi di autorizzazione alla donazione del rene e di rettificazione dell’attribuzione di sesso. In tali casi, la funzione giurisdizionale «[...] garantisce (e, quindi, limita) l’estrinsecazione della libertà, mediante il sindacato sulla ricorrenza dei presupposti di fatto normativamente prescritti. Seppur nell’oscurità del dato normativo, che attribuisce al giudice la facoltà di autorizzare il trapianto o la rettificazione di sesso, pare, però, difficile non limitare la funzione sindacatoria del giudice ad un controllo esterno, debole e vincolato alla ricorrenza dei requisiti *ex lege* e non escludere un sindacato di merito sull’opportunità dell’atto».

27. Rispetto a tale intervento del Giudice tutelare, anche di recente la Corte costituzionale è tornata ad affermare la natura non decisoria di tale autorizzazione, ribadendo che il provvedimento « ancorché *sui generis* sia perché fatto salvo da reclamo, così come di regola previsto, invece, per effetto dell’art. 739 c.p. c., sia perché non decisivo bensì meramente attributivo della facoltà di decidere, rientra pur sempre nell’ambito degli schemi autorizzatori *adversus volentem*: unicamente di integrazione, cioè, della volontà della minorenne, per i vincoli gravanti sulla sua capacità d’agire », rimanendo esso « esterno alla procedura di riscontro, nel concreto, dei parametri previsti dal legislatore per potersi procedere all’interruzione gravidica »; sicché « una volta che i disposti accertamenti siano identificati quale antifatto specifico e presupposto di carattere tecnico, al magistrato non sarebbe possibile discostarsene; intervenendo egli, come si è chiarito, nella sola generica sfera della capacità (o incapacità) del soggetto, tal quale viene a verificarsi per altre consimili fattispecie (per gli interdicendi, ad es., a sensi dell’art. 414 cod. civ.) », rispondendo ad una funzione di verifica in ordine alla esistenza delle condizioni nelle quali la decisione della minore possa essere presa in piena libertà morale », Corte cost. n. 514/2002 e Corte cost. n. 196/2012.

abbia la possibilità di rivolgere domande e ricevere informazioni; *c*) abbia, ove lo ritenga necessario, un lasso di tempo per discutere (se possibile e/o necessario) la proposta con familiari, medici, persone di fiducia; *d*) utilizzi le informazioni per maturare una decisione²⁸.

Orbene, questa sorta di schema protocollare del consenso in materia sanitaria potrebbe/dovrebbe esportarsi anche in ambito giudiziario, con lo stesso rigore e con lo stesso spirito che anima le questioni in genere coinvolgenti la responsabilità civile e penale del sanitario. Ciò sembra doversi pretendere proprio in relazione al valore supremo dei beni in gioco in ambito biogiuridico.

Se si segue questa prospettiva risulterà decisamente più complesso il procedimento in cui il giudice non può valersi della collaborazione della persona, perché questi si trova in una condizione (fisica) che non gli consente in alcun modo di esprimere la propria volontà²⁹, o perché il destinatario, pur potendo astrattamente

28. Cfr. sul punto art. 5 Conv. Oviedo: «Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso»; art. 6, par. 4 Conv. cit.: «[...] Il rappresentante, l'autorità, la persona o l'organo menzionati ai paragrafi 2 e 3 ricevono, alle stesse condizioni, l'informazione menzionata all'articolo 5». Peraltro, il consenso richiede la capacità della persona di esprimere il consenso, l'idoneità della persona che chiede e riceve il consenso e l'assenza di coercizioni. In definitiva, detto consenso è fondato sull'adeguatezza dell'informazione, che generalmente presuppone la previsione di un tempo adeguato concesso alla persona per valutare se partecipare, la messa a disposizione di informazioni scritte e di spiegazioni orali che abbiano le caratteristiche della completezza, fornendo all'interessato la descrizione dei benefici che si possono ragionevolmente attendere dall'intervento, delle possibili alternative e nel caso di rischi superiori al minimo, la descrizione della probabilità e dell'entità del rischio. Tali requisiti del consenso sono stati scolpiti da Cass. n. 23676/08, in *Foro it.*, 2009, I, 36 ss., ove si è chiarito che «la volontà di un consenso preventivo ad un trattamento sanitario non appare in alcun modo legittimamente predicabile in assenza di doverosa, completa, analitica informazione sul trattamento stesso». Più di recente, v. Cass. n. 20984/12, in <http://www.biodiritto.org/index.php/item/206-cass-consenso-medico-paziente>.

29. È questo il caso esaminato dalla Corte di Cassazione nella vicenda Englaro, per il quale la regola di giudizio proposta, sulla scia di alcuni precedenti nordamericani, è stata orientata a consentire la ricostruzione in via presuntiva della volontà della persona in stato di incoscienza, al fine di «dare sostanza e coerenza all'identità complessiva del paziente e al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona». Ciò avviene attraverso la figura del tutore che, agendo per la «cura della persona» (art. 357 e 424 r. comma c.c.), sempreché il soggetto versi in situazione di stato vegetativo irreversibile, opera «con» l'incapace e non «al posto» o «per» il medesimo.

esprimere una volontà, versi in condizioni di incapacità giuridica o di fatto.

Ed è proprio con riferimento a tali vicende che la legislazione attuale, considerata tanto nella sua dimensione nazionale che sovranazionale sembra orientata, per un verso, a riconoscere a qualunque soggetto, anche se incapace di fatto, la facoltà di esprimere una propria valutazione sull'atto che lo riguarda, alla quale si affianca quella del soggetto che si prende cura dello stesso, salvo poi determinare l'efficacia di tale espressione di volontà. Per altro verso, la stessa legislazione sembra volere garantire al soggetto che non sia più in condizioni di esprimere il consenso l'eventuale ultrattività di dichiarazioni precedentemente rese senza che queste assumano, tuttavia, valore cogente per la persona stessa.

Occorrerà peraltro distinguere le ipotesi in cui l'interessato non risulti mai avere espresso alcuna volontà da quelle in cui esistono delle manifestazioni espresse offerte nel passato.

Il carattere "sostitutivo" dell'intervento delle persone e la ricostruzione "ora per allora" della volontà realmente espressa in passato o ipotetica rispetto alle condizioni attuali in cui versa la stessa sembrano indurre, ancora una volta, ad un particolare rigore nell'acquisizione degli elementi, valendo comunque il principio « in dubio pro vita » che sembra essere il dato di partenza dei valori della nostra società³⁰.

30. Oltre a A. RUGGERI, che sul punto ha più volte espresso il proprio avviso — e, specificamente, anche in *Rinuncia alle cure e testamento biologico*, cit., 312 ed in *Dichiarazioni di fine vita*, cit., v., di recente A. NICOLUSSI, *Testamento biologico e problemi del fine-vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?* in *Europa e Diritto Privato*, fasc. 2, 2013, pag. 457, in una prospettiva di confronto con alcuni casi statunitensi: « [...] in ogni caso, tradotta la questione nelle categorie del diritto italiano, sia che si faccia ricorso ai poteri del rappresentante dell'incapace sia che ci si riferisca al diritto di famiglia e alla *privacy* di essa, l'importazione degli orientamenti giurisprudenziali americani in Italia non può non lasciare perplessi. Quanto alla rappresentanza legale, il nostro ordinamento non offre alcun appiglio alla inopinata attribuzione di poteri inerenti a un diritto personalissimo come la scelta se mantenere o non mantenere un trattamento salvavita. Riguardo alla *privacy* familiare, la giurisprudenza americana sembra rifarsi a un concetto di famiglia che non può dirsi corrispondere a quello della nostra Costituzione, nella quale la famiglia è bensì una istituzione, ma le persone non sono subordinate alla famiglia stessa. Piuttosto la famiglia è un'istituzione fondata sulla parità giuridico-morale dei suoi membri e sul principio di solidarietà, onde la tutela che la nostra Costituzione le garantisce implica non l'abbandono, ma un sostegno pubblico delle forme di accompagnamento nelle quali si concretizza il dovere di assistenza morale e materiale verso i familiari. In fondo, sono la solitudine e un teomorfismo senza umiltà, dei quali è figlia una certa retorica dell'autodeterminazione

La conclusione appena raggiunta non vuole, d'altra parte, dimostrare adesione piena ed assoluta al principio di precauzione, ma soltanto rendere tangibile il principio che, in caso di incertezza, l'operato giudiziario si impronti alla tutela del principio personalistico salvaguardando, appunto, la persona.

Ragioni che, d'altra parte, sembrano imposte dalla stessa prospettiva, assai cara alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo proprio con riguardo all'art. 8, volta a prevedere a carico dello Stato non solo un dovere di protezione dei diritti, ma anche un *obbligo positivo di protezione*³¹.

3.4. Consenso, autoderminazione e ascolto di minori e disabili

Il tema qui in esame merita particolare attenzione per quel che riguarda i minori e i soggetti disabili.

che impone soglie alla dignità del vivere, a favorire la cultura dell'abbandono nella *privacy* familista o individuale e così le soluzioni sbrigative ai problemi delle persone bisognose d'aiuto nelle loro singolarità irriducibili. Inoltre, l'affermazione del principio *in dubio pro vita*, che si legge nelle sentenze americane e che è ripresa anche nel caso Englaro, sembra in qualche modo contraddetta dalla facilità con cui questo dubbio viene superato e trasformato in una ragionevole certezza. Del resto, né il processo né un ospedale sono luoghi nei quali l'identità di una persona — a cui formalmente ci si richiama — possa "squadarsi da ogni lato", tanto meno per risolvere simili formidabili questioni. La facilità con cui tale dubbio può essere superato può spiegarsi soltanto sul riflesso del fatto che nella cultura contemporanea l'idea della dignità di certe condizioni di vita è messa in discussione ».

31. Anche con specifico riferimento all'art. 8 CEDU, Corte EDU, 8 luglio 2003, *Hatton c. Regno Unito*, p. 98, ha pure analiticamente specificato che il margine di apprezzamento spettante agli Stati nell'attuare la tutela del rispetto alla vita privata si restringe progressivamente quando vengono in considerazione aspetti intimi della persona cfr. p. 102 sent. Hatton, cit.: « the Court has recognised that, where government policy in the form of criminal laws interferes with a particularly intimate aspect of an individual's private life, the margin of appreciation left to the State will be reduced in scope (see *Dudgeon v. the United Kingdom*, judgment of 22 October 1981, Series A no. 45, p. 21, § 52) 103. The Court is thus faced with conflicting views as to the margin of appreciation to be applied: on the one hand, the Government claim a wide margin on the ground that the case concerns matters of general policy, and, on the other hand, the applicants' claim that where the ability to sleep is affected, the margin is narrow because of the "intimate" nature of the right protected. This conflict of views on the margin of appreciation can be resolved only by reference to the context of a particular case ».

Quanto alle persone prive di capacità, rilevano alcune disposizioni della Convenzione di Oviedo — artt. 6, 9 e 17³² — e della Convenzione sui diritti del disabile adottata dall'ONU il 13 dicembre 2006 e ratificata con l. 3 marzo 2009, n. 18³³, anch'essa tutta orientata a “salvaguardare”

32. Art. 6, par. 1: Sotto riserva degli articoli 17 e 20, un intervento non può essere effettuato su una persona che non ha capacità di dare consenso, se non per un diretto beneficio della stessa. Art. 7: La persona che soffre di un disturbo mentale grave non può essere sottoposta, senza il proprio consenso, a un intervento avente per oggetto il trattamento di questo disturbo se non quando l'assenza di un tale trattamento rischia di essere gravemente pregiudizievole alla sua salute e sotto riserva delle condizioni di protezione previste dalla legge comprendenti le procedure di sorveglianza e di controllo e le vie di ricorso. Art. 9: I desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione. Art. 17: Una ricerca non può essere intrapresa su una persona che non ha, conformemente all'articolo 5, la capacità di consentirvi a meno che le condizioni seguenti siano riunite: i. le condizioni enunciate all'articolo 16, dall'alinea (1) al (4) sono soddisfatte; ii. i risultati attesi dalla ricerca comportano un beneficio reale e diretto per la sua salute; iii. la ricerca non può effettuarsi con una efficacia paragonabile su dei soggetti capaci di consentirvi; iv. l'autorizzazione prevista all'articolo 6 è stata data specificamente e per iscritto, e v. la persona non vi oppone rifiuto. 2. A titolo eccezionale e nelle condizioni di tutela previste dalla legge, una ricerca di cui i risultati attesi non comportino dei benefici diretti per la salute della persona può essere autorizzata se le condizioni enunciate agli alinea (1), (3), (4) e (5) del paragrafo 1 qui sopra riportato, e le condizioni supplementari seguenti sono riunite: i. la ricerca ha per oggetto di contribuire, con un miglioramento significativo della conoscenza scientifica dello stato della persona, della sua malattia o del suo disturbo, all'ottenimento, a termine, di risultati che permettano un beneficio per la persona interessata o per altre persone della stessa fascia d'età o che soffrano della medesima malattia o disturbo o che presentino le stesse caratteristiche, ii. la ricerca non presenta per la persona che un rischio minimo e una costrizione minima.

33. La Convenzione di New York si apre, all'art. 1, con l'affermazione per cui «[...] Scopo della presente Convenzione è promuovere, proteggere e garantire il pieno ed uguale godimento di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali da parte delle persone con disabilità, e promuovere il rispetto per la loro intrinseca dignità». Ad esso fa seguito l'art. 3 nel quale sono fissati i principi della Convenzione e, segnatamente, il rispetto per la dignità intrinseca, l'autonomia individuale, compresa la libertà di compiere le proprie scelte, e l'indipendenza delle persone e la non discriminazione. L'art. 13 prevede poi che Gli Stati Parti garantiscono l'accesso effettivo alla giustizia per le persone con disabilità, su base di uguaglianza con gli altri, anche attraverso la previsione di idonei accomodamenti procedurali e accomodamenti in funzione dell'età, allo scopo di facilitare la loro partecipazione effettiva, diretta e indiretta, anche in qualità di testimoni, in tutte le fasi del procedimento giudiziario, inclusa la fase investigativa e le altre fasi preliminari. Allo scopo di aiutare a garantire l'effettivo accesso delle persone con disabilità alla giustizia, gli Stati Parti promuovono una formazione adeguata per coloro che operano nel campo dell'amministrazione della giustizia, comprese le forze di polizia ed il personale penitenziario. L'art. 15, par. 2 prevede poi che «In particolare, nessuno può essere sottoposto, senza il proprio libero consenso, a sperimentazioni mediche o scientifiche». L'art. 23 aggiunge che «Gli Stati Parti

l'esercizio della volontà dei soggetti portatori di disabilità, pur coniugandola coerentemente con la protezione offerta dai soggetti che si prendono cura del disabile.

Ora, appare qui necessario svolgere un particolare approfondimento in ordine al consenso dei minori in ambito sanitario.

Sul punto, la normativa interna non sembra offrire elementi precisi di valutazione, probabilmente per il fatto che, ad eccezione dell'istituto (di nuovo conio) dell'amministrazione di sostegno — sul quale v., *infra*, — pur non disconoscendosi la titolarità in capo al minore dei diritti

adottano misure efficaci ed adeguate ad eliminare le discriminazioni nei confronti delle persone con disabilità in tutto ciò che attiene al matrimonio, alla famiglia, alla paternità e alle relazioni personali, su base di uguaglianza con gli altri, in modo da garantire che: (a) sia riconosciuto il diritto di ogni persona con disabilità, che sia in età per contrarre matrimonio, di sposarsi e fondare una famiglia sulla base del pieno e libero consenso dei contraenti; (b) sia riconosciuto il diritto delle persone con disabilità di decidere liberamente e responsabilmente riguardo al numero dei figli e all'intervallo tra le nascite e di avere accesso in modo appropriato secondo l'età, alle informazioni in materia di procreazione e pianificazione familiare, e siano forniti i mezzi necessari ad esercitare tali diritti; (c) le persone con disabilità, inclusi i minori, conservino la loro fertilità su base di uguaglianza con gli altri. Gli Stati Parti devono garantire i diritti e le responsabilità delle persone con disabilità in materia di tutela, di curatela, di custodia e di adozione di minori o di simili istituti, ove tali istituti siano previsti dalla legislazione nazionale; in ogni caso l'interesse superiore del minore resta la considerazione preminente. Gli Stati Parti forniscono un aiuto appropriato alle persone con disabilità nell'esercizio delle loro responsabilità di genitori. Gli Stati Parti devono garantire che i minori con disabilità abbiano pari diritti per quanto riguarda la vita in famiglia. Ai fini della realizzazione di tali diritti e per prevenire l'occultamento, l'abbandono, la mancanza di cure e la segregazione di minori con disabilità, gli Stati Parti si impegnano a fornire informazioni, servizi e sostegni tempestivi e completi ai minori con disabilità e alle loro famiglie. Gli Stati Parti devono garantire che un minore non sia separato dai propri genitori contro la sua volontà, a meno che le autorità competenti, soggette a verifica giurisdizionale, non decidano, conformemente alla legge e alle procedure applicabili, che tale separazione è necessaria nel superiore interesse del minore. In nessun caso un minore deve essere separato dai suoi genitori in ragione della propria disabilità o di quella di uno o di entrambi i genitori. Gli Stati Parti si impegnano, qualora i familiari più stretti non siano in condizioni di prendersi cura di un minore con disabilità, a non tralasciare alcuno sforzo per assicurare una sistemazione alternativa all'interno della famiglia allargata e, ove ciò non sia possibile, all'interno della comunità in un contesto familiare ». Con specifico riguardo al diritto alla salute l'art. 25, dopo avere chiarito che il disabile ha diritto di godere del migliore stato di salute possibile, ha previsto che gli Stati devono richiedere agli specialisti sanitari di prestare alle persone con disabilità cure della medesima qualità di quelle fornite agli altri, *in particolare ottenendo il consenso libero e informato della persona con disabilità* coinvolta, accrescendo, tra l'altro, la conoscenza dei diritti umani, della dignità, dell'autonomia, e dei bisogni delle persone con disabilità attraverso la formazione e l'adozione di regole deontologiche nel campo della sanità pubblica e privata.

personalissimi³⁴, si è sempre ritenuto che nell'interesse e per conto di tali soggetti potessero esprimere il consenso coloro che erano dotati della "potestà" genitoriale e della tutela. Senza considerare che gli istituti appena ricordati sembrano muoversi in un'ottica di tutela del patrimonio dei soggetti deboli, più che della cura della persona.

D'altra parte, l'alternativa capacità/incapacità posta come tratto comune del sistema codicistico si è andata restringendo, a fronte di una sempre progressiva accentuazione dei profili di concreta verifica delle condizioni dei soggetti rispetto ai singoli diritti.

Proprio in campo minorile, la tematica degli interventi sanitari rispetto all'autodeterminazione del minore — sulla quale ci s'interroga³⁵ — assume tratti assai peculiari, per i quali i dubbi non riguardano,

34. Cass. n. 22080/2009: «[...] a fronte di un ordinamento precostituzionale ricco di riferimenti alla peculiarità, alla specificità della questione minorile [...] è scelta ben condivisibile quella della Costituzione[...] di porre il minore sul medesimo piano di ogni altro cittadino. Tale prospettiva è rettammente evidenziata dall'analisi degli artt. 2 e 3 Cost., che costituiscono veramente il fondamento di tutto l'edificio costituzionale. Da un lato, è il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, come singolo e nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità, dall'altro l'impegno pubblico a rimuovere gli ostacoli che — limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini — impediscono il pieno sviluppo della persona umana. Significativamente, nell'una e nell'altra norma è presente il riferimento alla personalità e al suo sviluppo: un'indicazione siffatta, se appare diretta a tutti i cittadini o, ancor di più, a tutti gli individui, pure, come si è detto, si ataglia particolarmente al fanciullo, per il quale lo sviluppo della personalità costituisce un dato fisiologico. Dunque, tutela dei diritti fondamentali del minore (come di ogni individuo...)».

35. In dottrina cfr. G.C. TURRI, *Autodeterminazione, trattamenti sanitari e minorenni*, in *Questione Giustizia*, 2000, 3, Id., *I giudici, i medici e i minorenni in Europa, U.S. e U.K.*, in *Politeia, Le questioni bioetiche davanti alle Corti*, cit., 93 ss.; M. LO GIUDICE, *L'intervento del sanitario ed il rapporto con il paziente disabile/incapace/minore e con il soggetto che lo assiste o rappresenta*, Relazione svolta all'incontro di studio organizzato dal CSM in Roma nei 9-11 maggio 2011 sul tema *Il consenso ai trattamenti sanitari dei soggetti deboli*, in www.csm.it; A.A., *Prima dei 18 anni: l'autonomia decisionale del minore in ambito sanitario*, a cura di S. BENZONI, G.O. CESARO, P. LOVATI, P. VIZIELLO, Milano, 2010. Per la giurisprudenza v. Tribunale per i minorenni di Brescia, 28 dicembre 1998, App. Brescia, 13 febbraio 1999 e Tribunale per i minorenni di Brescia, decr. 22 maggio 1999, tutti in *Nuova giur. civ. commentata*, 2000, I, 204; App. Ancona, 26 marzo 1999, in *Nuova giur. civ. commentata*, 2000, I, 218; Tribunale per i minorenni di Brescia, 25 ottobre 2000, in *Minorigiustizia*, 2001, 197; Procura della Repubblica presso il Tribunale di Venezia, 2 giugno 1998 e Trib per i minorenni di Venezia, 7 ottobre 1998, in *Dir. fam. e pers.*, 1999, 689 e, più di recente, Tribunale per i minorenni di Milano, 30 marzo 2010, in http://www.edscuola.it/archivio/norme/varie/sentribminmi579_10.pdf, (che pure richiama in motivazione una sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo-18 luglio 2002, n. 154 — resa in un caso di un minorenne che rifiutava le trasfusioni di sangue in una maniera così ferma da avere convinto i medici a non eseguire sul proprio corpo

soltanto l'esistenza, in capo al predetto, di un diritto all'autodeterminazione, ma a monte, le modalità stesse che occorre seguire per rendere partecipato e concreto l'intento volitivo del minore³⁶.

È, del resto, l'avvento degli strumenti internazionali³⁷ a dare nuova linfa ad una corrente di pensiero che già in Italia aveva da tempo posto in discussione la possibilità stessa che, su questioni relative a diritti personalissimi, potesse essere pretermesso il minore, essendo lo stesso al contempo titolare assoluto delle medesime prerogative³⁸.

Assume particolare rilievo la disciplina contenuta nella già ricordata Convenzione di Oviedo, a cui tenore « [...] Quando, secondo la legge, un minore non ha la capacità di dare consenso a un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge » — art. 6, par. 2. Ma a tale previsione si aggiunge, al par. 3, che « Il parere di un minore è preso in considerazione come un fattore sempre più determinante, in funzione della sua età e del suo grado di maturità ». E tale previsione non può certo dirsi isolata, anzi trovando ulteriori conferme a livello sovranazionale³⁹.

coercitivamente l'intervento vissuto con terrore, arrivando poi alla morte) aveva ritenuto che « [...] al di là delle ragioni religiose [...] riveste particolare interesse il fatto che il minore, opponendosi ad un'ingerenza estranea sul proprio corpo, stava esercitando un diritto di autodeterminazione che ha per oggetto il proprio corpo ».

36. Con riguardo alla volontà dei soggetti disabili nelle sperimentazioni cliniche v. E. SERRAO, *Il consenso informato al trattamento dei soggetti affetti da demenza nella sperimentazione*, Relazione svolta all'incontro di studio organizzato dal CSM in Roma dal 24 al 26 giugno sul tema "La tutela sostanziale e processuale dell'incapace", in www.csm.it

37. G. O. CESARO, *Norme e principi sull'autodeterminazione del minore nel diritto nazionale e internazionale*, in AA.VV., *Prima dei 18 anni. L'autonomia decisionale del minore in ambito sanitario*, cit., 15.

38. G. MARINI, *op. cit.*, 389: « [...] D'altra parte è parso paradossale che, man mano che si affievoliscono le capacità di manifestare il proprio intendimento a causa della malattia, la possibilità di vedere rispettati « il proprio stile di vita e i valori di riferimento » debba venire meno, rendendo irrilevante il progetto di vita che ha accompagnato il soggetto per tutta la sua esistenza ». Questo è il prodotto di una teoria secondo la quale non si può fare questione della capacità per quel che concerne i diritti di libertà e i diritti della personalità. V. S.P. PANUNZIO, *Il cittadino handicappato psichico nel quadro costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, 2, 362 e id, *Premesse per uno studio sui diritti costituzionali e la capacità dei minori*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, Padova, Cedam, 1985, 633; Id., *Premesse per uno studio sui diritti costituzionali e la capacità dei minori*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, 633; F. BUSNELLI, *Capacità, Capacità ed incapacità del minore*, Milano, 1982, 59 ss.

39. Quanto agli altri strumenti internazionali con specifico riguardo ai minori, l'art. 24, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE prevede che « I minori hanno diritto alla

Si avverte, in definitiva, che il ruolo del minore e della volontà da questi espressa sono presi in considerazione, peraltro⁴⁰, con accenti

protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione. Questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità. « Analogamente, l'art. 12 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989, ratificata in Italia con l. n. 1767/91, prevede che « Gli Stati parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità. A tal fine, si darà in particolare al fanciullo 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. » Anche la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori adottata il 25 gennaio 1996 e ratificata con la l. 20 marzo 2003 n. 77, ha previsto, all'art. 6, che « Nei procedimenti che riguardano un minore, l'autorità giudiziaria, prima di giungere a qualunque decisione, deve: a) esaminare se dispone di informazioni sufficienti ad fine di prendere una decisione nell'interesse superiore del minore e, se necessario, ottenere informazioni supplementari, in particolare da parte dei detentori delle responsabilità genitoriali; b) quando il diritto interno ritiene che il minore abbia una capacità di discernimento sufficiente: assicurarsi che il minore abbia ricevuto tutte le informazioni pertinenti, — nei casi che lo richiedono, consultare il minore personalmente, se necessario in privato, direttamente o tramite altre persone od organi, con una forma adeguata alla sua maturità, a meno che ciò non sia manifestamente contrario agli interessi superiori del minore, permettere al minore di esprimere la propria opinione; c) tenere in debito conto l'opinione da lui espressa ». Sul crescente ruolo dell'ascolto del minore v. gli atti degli incontri di studio organizzati dal CSM nel corso dell'anno 2011 ed il volume *L'Ascolto del minore in ambito giudiziario*, edito dall'UNICEF — partner dell'iniziativa formativa —, che ha raccolto le relazioni di sintesi dei coordinatori delle giornate di studio, in http://www.unicef.it/Allegati/Ascolto_minori_ambito_giudiziario_2012_1.pdf. L'art. 7 della Convenzione ONU sui diritti dei disabili, cit., ha poi previsto specificamente, in favore dei minori disabili, che « Gli Stati Parti adottano ogni misura necessaria a garantire il pieno godimento di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali da parte dei minori con disabilità, su base di uguaglianza con gli altri minori. In tutte le azioni concernenti i minori con disabilità, il superiore interesse del minore costituisce la considerazione preminente. Gli Stati Parti garantiscono ai minori con disabilità, su base di uguaglianza con gli altri minori, il diritto di esprimere liberamente le proprie opinioni su tutte le questioni che li riguardano e le loro opinioni sono debitamente prese in considerazione, tenendo conto della loro età e grado di maturità, assicurando che sia fornita adeguata assistenza in relazione alla disabilità e all'età, allo scopo di realizzare tale diritto ».

40. L'art. 3, l. n. 219/2005, contenente Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati, prevede che « Sono consentiti la donazione di sangue o di emocomponenti, nonché' il prelievo di cellule staminali emopoietiche periferiche, a scopo di infusione per allotrapianto e per autotrapianto, e di cellule staminali emopoietiche da cordone ombelicale, all'interno delle strutture trasfusionali autorizzate dalle regioni. Le attività di cui al comma 1 possono essere effettuate in persone di almeno diciotto anni di età, previa espressione del consenso informato e verifica della loro idoneità fisica. Per le persone di età inferiore ai diciotto anni il consenso è espresso dagli esercenti

variegati come fattori sempre più determinanti, in funzione dell'età e del grado di maturità del titolare del diritto⁴¹. Del resto, si moltiplicano in Europa iniziative legislative che giungono persino a valorizzare

la potestà dei genitori, o dal tutore o dal giudice tutelare. La partoriente di minore età può donare cellule staminali emopoietiche da cordone ombelicale previa espressione del consenso informato ». V. anche art. 120 d.P.R. n. 309/90, a cui tenore « Chiunque fa uso di sostanze stupefacenti e di sostanze psicotrope può chiedere al servizio pubblico per le tossicodipendenze o ad una struttura privata autorizzata ai sensi dell'articolo 116 e specificamente per l'attività di diagnosi, di cui al comma 2, lettera d), del medesimo articolo di essere sottoposto ad accertamenti diagnostici e di eseguire un programma terapeutico e socio-riabilitativo ». L'art. 2 ult. comma l. n. 194/78 prevede che « La somministrazione su prescrizione medica, nelle strutture sanitarie e nei consultori, dei mezzi necessari per conseguire le finalità liberamente scelte in ordine alla procreazione responsabile è consentita anche ai minori. Qualora si tratti di persona minore di età o incapace di intendere e di volere la richiesta d'intervento può essere fatta, oltre che personalmente dall'interessato, da coloro che esercitano su di lui la potestà parentale o la tutela ». L'art. 3 della l. n. 107/1990 ha considerato come la donazione di sangue da parte di minorenni può essere effettuata soltanto con il « [...] consenso è espresso dagli esercenti la potestà dei genitori, o dal tutore o dal giudice tutelare », mentre per quel che riguarda le cellule staminali emopoietiche da cordone ombelicale è sufficiente il consenso della partoriente minorenni. L'art. 3, co. 2 l. 22 ottobre 2005 n. 219 (Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati) stabilisce, infatti, che « La partoriente di minore età può donare cellule staminali emopoietiche da cordone ombelicale previa espressione del consenso informato ». In tema di trattamenti di dati personali sullo stato di salute del minore il comma 1 — quater dell'art. 23 della l. 31 dicembre 1996 n. 675, come modificato dal d.lgs. 30 luglio 1999, n. 282 dispone che « in caso d'incapacità d'agire, ovvero d'impossibilità fisica o di incapacità d'intendere o di volere, il consenso del trattamento dei dati idonei a rivelare lo stato di salute è validamente manifestato nei confronti esercenti le professioni sanitarie e di organismi sanitari, rispettivamente, da che esercita legalmente la potestà ovvero da un familiare, da un prossimo congiunto, da un convivente, in loro assenza, dal responsabile della struttura presso cui dimora ».

41. V. Tribunale per i minorenni di Milano, ult. cit.: « [...] non è possibile sostenere che i genitori rappresentino i figli minori anche relativamente alle scelte mediche e ciò, per rimanere al caso concreto ed in disparte di ogni considerazione circa diverse soluzioni astrattamente possibili per soggetti di tenera età, specialmente quando il minore abbia raggiunto una età prossima al raggiungimento della piena capacità di agire, poiché diversamente opinando si giungerebbe alla privazione di diritti personalissimi mercé la sola considerazione del dato formale rappresentato dall'incapacità legale, giungendo al paradosso che il soggetto legalmente incapace ma naturalisticamente capace non possa decidere della propria salute, mentre il soggetto legalmente capace ma naturalisticamente *minus*, per il tramite dell'istituto dell'amministratore di sostegno, potrebbe esercitare una maggiore autodeterminazione ». In quel caso il giudice ritenne di dichiarare il non luogo a provvedere sull'istanza dei genitori che avevano chiesto l'adozione al giudice minorile di provvedimenti assimilabili a quelli del t.s.o. per il loro figlio affetto da patologie psichiatriche, ritenendo applicabile la disciplina generale in tema di t.s.o. e, dunque, la competenza del Giudice Tutelare.

la volontà del minore infrasedicenne rispetto ai casi di eutanasia per malattie incurabili⁴². Né può sottacersi il passaggio, epocale, dal concetto di potestà al quale sopra ci si è riferito a quello di responsabilità genitoriale, approvato in ambito interno per effetto della l. n. 219/2012 e del decreto legislativo n. 154/2013, che ne ha attuato la delega secondo lo schema approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 12 dicembre 2013.

Ed in questa prospettiva non può dimenticarsi l'acuta critica "di sostanza" svolta in dottrina a Corte cost. n. 438/2008 che, nel dichiarare l'illegittimità della legge della Regione Piemonte n. 21 del 6 novembre 2007 — il cui primo comma prevedeva che « il trattamento con sostanze psicotrope, e nello specifico farmaci psicostimolanti, antipsicotici, psicoanalettici, antidepressivi e ipnotici su bambini e adolescenti fino a 18 anni può essere praticato solo quando i genitori o tutori nominati esprimono un consenso scritto, libero, consapevole, attuale e manifesto, al cui interno in tema di somministrazioni di farmaci » — aveva sì valorizzato i tratti del diritto all'autodeterminazione, tuttavia omettendo di sanzionare la legge nella parte in cui aveva totalmente tralasciato di considerare la volontà del minore al trattamento sanitario⁴³.

Il quadro testé descritto non può non avere delle evidenti ricadute sul piano processuale e extraprocessuale⁴⁴, apparendo evidente la necessità che nelle attività propedeutiche al compimento di atti incidenti sulla sfera personale del minore, quest'ultimo dovrà essere necessariamente e formalmente associato alla procedura⁴⁵.

42. I. CAZZI, *Eutanasia per i bambini incurabili. Il Belgio dice il primo sì alla legge*, in "Corriere della Sera", 28 novembre 2013, 29.

43. C. CASONATO, *Il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari fra livello statale e livello regionale*, in http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2008/0036_nota_438_2008_casonato.pdf, pag. 5: « [...] E si sarebbero potuti richiamare principi e documenti che si rivolgono specificamente alla posizione del minore. [...] È altresì ormai emersa una tendenza molto chiara a tenere in considerazione la volontà del minore cui, in ogni caso, vanno date informazioni adeguate. [...] Su queste basi, le affermazioni della Corte in riferimento all'esigenza di « garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale » si sarebbero potute precisare in riferimento al minore, la cui posizione anche in ambito medico non è assimilabile a quella del maggiorenne capace ».

44. Sul punto L. VILLA, *L'esperienza del Tribunale per i Minori di Milano per la tutela dell'autonomia decisionale del bambino in ambito sanitario*, in *Prima dei 18 anni. L'autonomia decisionale del minore in ambito sanitario*, cit., 98 ss., il quale sottolinea l'importanza della sentenza Englaro nel processo di comprensione del rilievo dell'autodeterminazione.

45. V. le interessanti indicazioni fornite dall'USL 2 Toscana all'interno delle *Linee di*

Ed è proprio la flessibilità e gradualità con le quali gli strumenti internazionali considerano il consenso a dimostrare, ancora una volta, l'indispensabile presenza attiva del minore nel processo al fine di realizzare la migliore soluzione possibile, la quale si produrrà appunto considerando età, condizione sociale, cultura, prospettive del minore, come anche l'avviso espresso dai di lui genitori o dal suo rappresentante.

D'altra parte, l'ulteriore peculiarità di procedimenti nei quali potrà essere coinvolto il minore — si pensi anche al caso dell'adozione o dei procedimenti nei quali esiste un dissenso fra i genitori in ordine a cure da eseguire nei confronti del minore — si coglie per effetto dell'emersione, imperiosa e costante a livello tanto nazionale che sovranazionale, del concetto di "superiore interesse del minore"⁴⁶.

Ancora una volta, al giudice sarà richiesta una delicata opera di bilanciamento fra valori *caso per caso*, nella quale l'acquisizione adeguata della volontà del minore è dato imprescindibile.

Non meno complesso si mostra il caso in cui siano coinvolti interessi dell'"ex minore" (si pensi ai casi nei quali si pone il problema del diritto del minore adottato alla conoscenza delle proprie origini rispet-

Indirizzo per l'acquisizione del consenso informato nei trattamenti sanitari, in http://www.usl2.toscana.it/documenti/consenso_informato_casi_particolari_allegato_rev_0_11_2_2010.pdf: «[...] In presenza di un dissenso del minorenni rispetto alla proposta diagnostico/terapeutica, malgrado il consenso degli esercenti la potestà, dopo reiterati momenti di informazione e ricerca del dialogo, bisogna: valutare la necessità/differibilità del trattamento proposto; prendere in considerazione l'opinione del minorenni come un fattore sempre più determinante, in funzione della sua età e del suo grado di maturità (art. 6 Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina di Oviedo del 1997); considerare il dissenso del minore come ostativo al trattamento sanitario quando esso sia ragionevole sotto il profilo delle beneficià o della possibilità di altri interventi alternativi e quando il minorenni ha una certa età per cui non si può provvedere con la forza, caso sempre da ritenere eccezionale; nell'ipotesi che per la gravità della situazione sanitaria il trattamento proposto sia necessario e indifferibile ovvero si versi in stato di necessità, il medico può agire con una cura adeguata, indipendentemente da qualunque volontà, altrimenti si procede alla segnalazione alla Procura della Repubblica per i minorenni per l'eventuale iniziativa di provvedimenti del Tribunale per i minorenni».

46. V., volendo, con precipuo riferimento alla giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo, R. CONTI, *Alla ricerca del ruolo dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Pol. dir.*, 2013, I. Per la giurisprudenza della Corte di Giustizia v. Corte giust. 5 ottobre 2010, n. C-400/10 PPU, J. McB; Corte giust. 6 dicembre 2012, nn. C-356/11 e C-357/11, *Maahanmuuttovirasto* e, di recente, Corte di giustizia, 6 giugno 2013 causa C-648/11 MA, BT, DA c. Secretary of State for the Home Department, nn. 1-2, 130 ss. — in corso di pubblicazione.

to all'anonimato del genitore biologico⁴⁷) per il cui esame il giudice è chiamato ad attrezzarsi per il compimento di attività che richiedono il coinvolgimento immediato di tutti i possibili soggetti portatori degli interessi contrapposti — madre biologica, adottato maggiorenne che reclama il diritto alla conoscenza delle proprie origini.

3.5. Dal consenso all'ascolto

Al "consenso" si affianca l'ascolto dei soggetti, anch'esso elemento sicuramente decisivo per il corretto sviluppo delle controversie in materia biogiuridica.

La valorizzazione del tema dell'ascolto all'interno dei procedimenti nei quali sono coinvolti minori si è realizzata nell'ordinamento interno attuando le previsioni contenute nella Convenzione di Strasburgo del 1996 e nella Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989 — oltre che dall'art. 24 della Carta di Nizza/Strasburgo — gradualmente recepite dalla legislazione interna — v. l.n. 77/2003 e l.n. 176/91, — e dalla giurisprudenza — v. s.u. n. 22238/2009 —.

L'apice di questo processo di progressiva accentuazione del ruolo dell'ascolto nell'ambito dei procedimenti giudiziari si è avuto con la l.n. 219/2012 che ha delegato il Governo per l'adozione di norme di revisione delle disposizioni in materia di filiazione. L'introduzione dell'art. 315-bis cod.civ., con la specifica previsione che « Il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano », segna un cambio di prospettiva epocale, nel quale l'ascolto del minore passa da una dimensione di obbligo e dovere da parte del giudice, qual era disegnata dall'art. 155-sexies cod.civ., ad una prospettiva di diritto — fondamentale — del minore⁴⁸.

Nel decreto legislativo n. 154/2013, varato dal Governo nella seduta del 12 dicembre 2013, un'attenzione particolare è stata per l'appunto dedicata all'ascolto del minore, attraverso la sostituzione dell'art. 316

47. Su tale questione v. Corte EDU 25 settembre 2012, Godelli c. Italia, esaminata infra, Parte III, Cap. II, par. 2.8.

48. Il punto è evidenziato bene da Tribunale di Varese, 24 gennaio 2013, in www.altalex.it.

c.c., del secondo comma dell'art. 336 c.c.⁴⁹ e del n. 1 dell'art. 371 c.c. Particolarmente rilevante risulta, altresì, l'introduzione dell'art. 336-bis c.c. — dal quale deriva il diritto di ascolto del minore in tutti i procedimenti in cui debbano essere adottati provvedimenti che lo riguardano, salvo che il giudice ritenga l'ascolto in contrasto con l'interesse del minore o manifestamente superfluo⁵⁰ — e dell'art. 38-bis al r.d. n. 318/1942.

La disciplina appena varata si è, peraltro, distinta per la particolare cura e attenzione riservata alle modalità di ascolto del minore.

La riforma ha infatti introdotto, nelle disposizioni di attuazione del codice civile, l'art. 38-bis in base al quale, se 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 egli si trova, senza chiedere l'autorizzazione del giudice.

Si assiste, in questo modo, ad un passaggio dal piano formale dell'ascolto ad una dimensione sostanziale, attenta alle modalità concrete ed ai soggetti che devono veicolare nel processo la volontà del minore⁵¹.

49. La legge n. 219/2012 ha previsto, all'art. 2, co. 1, lett. i) che la delega riguardasse, fra l'altro, la disciplina delle modalità di esercizio del diritto all'ascolto del minore che abbia adeguata capacità di discernimento precisando che, ove l'ascolto sia previsto nell'ambito di procedimenti giurisdizionali, ad esso provvede il presidente del tribunale o il giudice delegato. Il secondo comma dell'art. 336 c.c., modificato dall'art. 52 del d.lgs., ha quindi previsto che per i procedimenti regolati dagli artt. 317-bis, 330, 332, 333, 334 e 335 il tribunale dispone l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento.

50. L'art. 336-bis c.c. attribuisce al presidente del tribunale o al giudice delegato il potere di ascoltare il minore che ha compiuto 12 anni (o anche l'infradodicesimo, se capace di discernimento) prima di adottare provvedimenti che lo riguardano. Il giudice può sottrarsi a tale compito solo con provvedimento motivato e se ritiene l'ascolto in contrasto con l'interesse del minore o superfluo; prevede che, per procedere all'ascolto, il giudice può avvalersi di esperti o di altri ausiliari ma il colloquio dovrà essere condotto dal giudice; stabilisce che tutti gli altri soggetti coinvolti nel procedimento, ivi compresi i genitori ed il PM, possono partecipare all'ascolto solo se autorizzati dal giudice; potranno preventivamente fornire al giudice argomenti e temi di approfondimento. Dalla formulazione della disposizione si ricava come l'ascolto sia un dialogo tra minore e giudice, dovendo le altre parti restare spettatrici. Si prevede che il giudice debba informare il minore, prima dell'ascolto, sulla natura del procedimento e sugli effetti del colloquio prevedendo altresì che dell'ascolto possa essere effettuata videoregistrazione ovvero possa essere redatto processo verbale; in quest'ultimo caso nel verbale dovrà essere descritto il contegno del minore.

51. V., sul punto, Cass., 26 marzo 2010, n. 7282, Cass. 26 gennaio 2011 n. 1838, Cass. 10

L'attenzione, in altri termini, si sposta dall'*an* dell'ascolto al *come* ascoltare i soggetti a vario titolo coinvolti — soggetti non capaci, per impedimento fisico, di esprimere la volontà con espressioni linguistiche ma sicuramente dotati di piene facoltà mentali⁵², soggetti incapaci di esprimere la volontà per disordine mentale, soggetti minori di età⁵³.

Non sarà, dunque, soltanto necessario procedere all'ascolto dei soggetti, ma occorrerà che tale ascolto venga realizzato con modalità adeguate a garantire, in relazione alla concreta fattispecie, che la volontà dei soggetti ascoltati emerga in modo chiaro e risulti preceduta da tutte quelle attività informative senza le quali il consenso o, più in generale, la manifestazione di volontà del soggetto, anche se prestato, dovranno dirsi viziati⁵⁴.

Ad imporre tale modalità procedimentale sarà, pertanto, l'interpretazione delle discipline di settore alla luce dei canoni costituzionali e convenzionali sopra indicati.

giugno 2011 n. 12739, Cass. 27 luglio 2007 n. 16753, Cass. 16 aprile 1997 n. 9094 e, di recente, Cass. 11687/2013 che, occupandosi nuovamente del tema dell'audizione diretta o a mezzo di esperti, ha sottolineato la necessità che l'ascolto venga svolto in maniera attenta ed adeguata alle circostanze del capo, precisando così che « non è sufficiente, quindi, che [...] il minore sia stato in qualche modo interpellato o esaminato da soggetti [...] le cui relazioni siano state successivamente acquisite al fascicolo processuale, essendo necessario che il soggetto che procede all'audizione sia investito di una specifica delega da parte del giudice competente, inerente al dovere di informarlo di tutte le istanze o scelte che lo riguardano, al fine di acquisire la sua volontà ». V. anche Cass. n. 17992/2013 ove si ribadisce — v., già Cass. n. 8481/2007 — che le modalità di ascolto sono determinate dal giudice, il quale può valutare al meglio quale la sia la sede più idonea per svolgere l'audizione.

52. Tribunale di Sassari 16 luglio 2007, in *Foro it.*, 2007, I-2, 3026 s., ha ammesso in un caso di sclerosi laterale amiotrofica (Sla) l'uso del sintetizzatore vocale MyTobii, il quale ha consentito al malato di esprimere la propria volontà contraria alla permanenza in vita.

53. S. CASATI, *Tu mi interroghi, tu mi trasformi. Partecipazione e complessità in età evolutiva* e G. MASERA, *La competenza decisionale dei minori affetti da patologie oncologiche*, in *Prima dei 18 anni. L'autonomia decisionale del minore in ambito sanitario*, cit., rispett. 29 e 51.

54. Quando, allo stesso modo, l'intervento giudiziale è destinato ad incidere su interessi e valori che non appartengono direttamente alla persona richiedente o sono comunque capaci di produrre ricadute dirette su altri diritti, parimenti fondamentali — si pensi a tutte le questioni che ruotano attorno all'autorizzazione all'aborto di minorenni o di persona incapace, alla procreazione medicalmente assistita (su cui v. di recente, Trib. Bologna, 14 agosto 2014, che ha fatto applicazione diretta dei principi espressi da Corte cost. n. 162/2014), all'affido di minori — il bilanciamento che sarà chiamato a svolgere il decisore riguarderà direttamente interessi facenti capo (anche) entità/oggetti (concepito, nascituro) diversi dalla persona che agisce giudizialmente o nei cui confronti viene sollecitato un provvedimento giudiziale. I concetti di dignità, autodeterminazione, vita, miglior interesse si moltiplicano, così, tante volte quanti sono i centri di interesse coinvolti.

Tanto più partecipato sarà il ruolo che questi “attori” riusciranno ad esprimere in contesti complessi, quali quelli relativi al fine vita, al loro affidamento a soggetti che devono prendersi cura (in caso di minori o di persone che non sono in condizioni di provvedere ai propri interessi) quanto più “giusta” riuscirà ad essere la decisione del giudice, al quale spetterà il ruolo, affatto secondario, di mettere insieme i diversi interessi, farli confrontare e talvolta anche convergere verso la soluzione che, nel singolo caso, appare essere quella maggiormente rispettosa della dignità della persona⁵⁵ e della stessa vita che viene in gioco.

È, in definitiva, l’elemento conoscitivo e partecipativo, che si declina normativamente in vario modo (ascolto, consultazione di tecnici, acquisizione di relazioni e di opinioni da parte di *amici curiae*) a costituire l’elemento indefettibile di una controversia in materia di biodiritto gestita in modo “corretto”⁵⁶.

Il che varrà ancora di più quando il giudice si troverà di fronte ad evenienze fattuali da qualificare attraverso saperi “non giuridici” sui quali potrebbe esistere — come hanno tragicamente dimostrato i casi concreti venuti all’esame del giudice — una poliedricità di indirizzi di pensiero⁵⁷.

55. Il tema si delinea in tutta la sua complessità allorché si prova a verificare quanto testè riferito con riguardo alle scelte provenienti da persona capace di esprimere liberamente e pienamente la propria volontà — sia o meno in precarie condizioni di salute fisica — ovvero ai casi in cui ciò non è possibile, in quanto sono in gioco diritti ed aspettative di persone che non si trovano in tali condizioni di piena capacità.

56. Certo, si potrà obiettare che rispetto a questioni biogiuridiche il giudice potrebbe avere difficoltà ad individuare il “giusto” ausiliario e cioè colui che riesce ad introdurre nel processo gli elementi della scienza attendibili, credibili, riconosciuti come certi dalla comunità scientifica. Ma si tratta di un’obiezione a sommessimo giudizio di chi scrive sterile, nella misura in cui essa omette di considerare che è proprio il terreno processuale del contraddittorio a consentire il confronto delle opinioni fra organo giudiziario, consulenti d’ufficio e di parte o altri ausiliari. Ed è all’interno di questi “confini” che il giudice sarà chiamato a svolgere il proprio ruolo di *peritus peritorum*, comparando le diverse opinioni, verificandole attraverso gli elementi giustificativi richiamati, identificando la logicità, completezza e razionalità delle diverse posizioni. Il che val quanto dire che non può identificarsi “a priori” ciò che, invece, è destinato a risultare *a posteriori*, all’esito del giudizio valutativo riservato al giudice. Quel che rileva, allora, è che alla fase finale si giunga acquisendo il maggior numero di elementi capaci di orientare la decisione.

57. Cfr., L. BUFFONI, *Le fonti nazionali del biodiritto: alcuni appunti per una teoria della “sovrànità” dell’individuo nella produzione giuridica*, cit., che parla apertamente di crisi dell’immagine neopositivistica della scienza e della tecnica e del dogma della loro avalutatività, oggettività e neutralità, nonché di cedimento del fondamento metafisico della certezza della scienza rivelatasi, al pari delle scienze sociali, fallibilista e graduale. V. con riguardo

Ragion per cui l'assenza o anche solo la parziale acquisizione di uno degli elementi sopra evocati sarà in grado di incidere negativamente, minando la decisione assunta⁵⁸.

È per queste ragioni che parimenti indeclinabile per le controversie in materia di biodiritto sembra essere il massimo dispiegarsi delle acquisizioni officiose da parte del giudice.

Quest'acquisizione d'imperio si dimostra fondamentale nella misura in cui la peculiarità dell'oggetto del giudizio, in tema di biodiritto, non può affidarsi in via esclusiva all'impulso "di parte". Sono, appunto, gli stessi valori fondamentali che entrano in gioco, spesso associati a condizioni di peculiare debolezza e vulnerabilità dei soggetti coinvolti, a pretendere un intervento officioso che non può mai andare "contro" l'interesse dei soggetti, piuttosto dirigendosi sempre e comunque "a loro favore".

Ciò non sembra, peraltro, essere frutto di una concezione paternalistica della persona umana e della vita, quanto della necessità che il giudizio conclusivo si fondi su un apparato di conoscenza quanto più

alle questioni postesi negli Stati Uniti sul tema le interessanti riflessioni di G. D'AMICO, *Tecniche argomentative e questioni scientifiche controverse in materia di biodiritto: U.S. Supreme Court e Corte costituzionale a confronto*, in *Forum Biodiritto 2008, Percorsi a confronto*, a cura di CASONATO, PICIOCCHI, VERONESI, Padova, 2009, 10. V. anche Trib. Bologna, 14 agosto 2014 che, nel dare attuazione ai principi espressi in materia di procreazione medicalmente assistita da Corte cost. n. 162/2014 — con la quale è stata pronunciata la declaratoria di incostituzionalità della legge 40/04, nella parte in cui vietava l'accesso alle tecniche di PMA eterologa — ha affermato "il diritto dei ricorrenti a ricorrere alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo secondo le migliori e accertate pratiche mediche", autorizzando la società convenuta ad applicare la tecnica richiesta dalla coppia ricorrente "nel rispetto delle disposizioni richiamate in motivazione e delle più aggiornate ed accreditate conoscenze tecnico-scientifiche in materia di PMA con donazione di gameti" (corsivi aggiunti).

58. Cfr. sul punto M. SCLAVI, *Relazione tenuta all'incontro di studio svolto a Roma ed organizzato dal CSM sul tema, L'Ascolto del minore*, 20 — 24 giugno 2011: « Il modello decisionale democratico, affermatosi in Occidente a metà del 19mo secolo, si basa su tre principi: 1. il diritto di ogni partecipante ad esprimere le proprie idee, interessi e proposte; 2. Il diritto al contraddittorio, per cui chiunque altro partecipante al processo decisionale può e deve valutare i pro e contro di queste idee dal suo punto di vista; [...] L'approccio del Confronto Creativo si prefigge di ampliare la strumentazione per le decisioni democratiche in modo da garantire un senso di comune appartenenza basato sulla comune capacità di prendere decisioni che siano polifoniche, efficaci, nel rispetto e nel potenziamento delle identità multiple dei soggetti in causa. Per poter connotare un processo come "confronto creativo" sono necessarie una serie di condizioni, così riassumibili: 1. inclusione di una cerchia più ampia e completa possibile di tutti i portatori di interessi, di preoccupazioni e di punti di vista relativi al tema in discussione [...] »

completo, ampio, soddisfacente, del quale lo stesso giudice fornisca adeguato riscontro nella motivazione c.d. in fatto, ove andranno analiticamente individuati tutti i fatti oggetto di esame ritenuti rilevanti ai fini della decisione⁵⁹.

È, dunque, la corretta e puntuale acquisizione degli elementi, per come si è detto, che consentirà l'adeguata selezione dei fatti che il giudicante sarà chiamato a considerare ai fini del giudizio e che, in definitiva, condiziona il buon esito del giudizio, sul quale le valutazioni del giudice di legittimità appaiono ridotte in relazione al ridotto sindacato sulla logicità della motivazione.

Ciò sarà determinante non solo per il buon esito della lite, ma anche per la verifica postuma che gli altri *controllori* dovranno/potranno essere chiamati a svolgere (si pensi, soprattutto, al controllo di convenzionalità al quale potrà essere chiamata la Corte europea dei diritti dell'uomo al termine della "fase nazionale" del giudizio)⁶⁰.

Sostanzialmente, il buon giudice di merito, in materia di biodiritto, sarà quello che tende progressivamente ad allontanarsi dalla figura di giudice *burocrate* e *rogante* e tende, invece, alla più rigorosa acquisizione degli elementi, sfruttando all'interno del processo tutte le opportunità che l'ordinamento gli offre per dare voce, in termini di *effettività* ed *efficacia* e non solo in modo *formale*, agli interessi e alle istanze coinvolte.

3.6. Il giudice di merito nel labirinto, alla ricerca dei valori

Ma il giudice di merito è anche, prima di ogni altro, interprete della "legge", senza che sul punto possa individuarsi una scala gerarchica rispetto al giudice di legittimità.

59. Il punto è di estremo rilievo ed è stato, di recente, puntualmente sottolineato da A. GIUSTI, *Cosa si aspetta la Cassazione dai giudici di merito*, Relazione tenuta al corso laboratorio sui rapporti fra giurisprudenza di merito e di legittimità organizzato dal CSM in Roma nei 3-4 maggio 2012, in www.csm.it, pag. 11 ss.

60. È vero, infatti, che pur non essendo la Corte di Strasburgo un quarto grado di giudizio, essa tende a considerare, ai fini della verifica del prospettato contrasto della decisione interna con i diritti di matrice convenzionale, in modo puntiglioso, quasi pedante, tutti gli atti riferibili allo Stato, al cui interno spiccano, nella vicenda che riguarda le scelte etiche della persona, quelli che il giudice ha posto in essere per giungere ad una data decisione. V. Sul punto, volendo, le personali riflessioni esposte in *Il diritto alla vita nella giurisprudenza delle Alte Corti*, in *Politica del diritto*, 2012, 1-2, 555 ss.

Se, come si diceva, nel processo di concretizzazione dei principi fondamentali di un dato ordine sociale hanno assunto portata sempre crescente i *dicta* delle Corti supreme nazionali e sovranazionali, egli avrà dunque il “dovere” di fare corretta applicazione delle “regole” che governano i diversi sistemi di tutela dei diritti fondamentali, di procedere in modo ortodosso e, dunque, secondo le *regole* proprie dei sistemi volta per volta considerati, evitando di fare indiscriminata applicazione di tali regole e di importare sistemi che riguardano piani magari paralleli, ma pur sempre distinti⁶¹.

Anzi, è proprio il giudice di merito a essere chiamato a compiere delicate operazioni di adeguamento del sistema interno ai principi fissati dalle Corti sovranazionali.

La delicatezza di tali compiti emerge a tutta prima dall’esame di due recentissime vicende che hanno visto coinvolti i giudici di merito, dopo che la Corte europea aveva accertato la violazione di parametri convenzionali nei confronti di soggetti che, ottenuta la pronuncia del giudice europeo, hanno sollecitato il giudice nazionale a dare attuazione alle decisioni di Strasburgo.

La diversità di approccio e di soluzioni alle quali sono pervenuti il Tribunale di Roma (nella vicenda *Costa e Pavan c. Italia* in tema di diagnosi preimpianto e procreazione medicalmente assistita) ed il Tribunale per i minorenni di Trieste (nella vicenda *Godelli c. Italia*, relativa al diritto alla conoscenza delle proprie origini da parte di soggetto maggiorenne adottato) danno dimostrazione palese di quanto si è detto.

Partendo dall’esame del provvedimento reso dal Tribunale di Roma — ord. 23 settembre 2013⁶² — che ha riguardato gli effetti della

61. Questa analisi, occorre subito chiarire, non intende affatto favorire la logica gerarchica tra i sistemi né assecondare una prospettiva non orientata all’osmosi fra i sistemi, ma semmai soltanto prevenire l’accusa di pressapochismo e di superficialità che viene mossa allorché la risposta giudiziaria non mostra di cogliere le differenze di sistema tra i diversi piani di tutela. Accuse, peraltro, che potrebbero riguardare non solo il giudice comune, ma anche il giudice costituzionale tutte le volte in cui si compiono delle operazioni che tendono a far dire all’un sistema ciò che si vorrebbe dicesse, guardando da una prospettiva diversa da quella propria del sistema che viene in considerazione. Offrire di un diritto fondamentale di matrice eurounitaria una lettura non agganciata alle regole che governano quel sistema vuol dire confondere pericolosamente i piani d’indagine, discostandosi dai percorsi legali ai quali l’interprete, sia esso giudice comune o costituzionale, deve attenersi. V., sul punto, *infra*, Parte II, Cap. IV, par. 4.5 e 4.6.

62. su tale decisione v. A. RUGGERI, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pro-*

sentenza resa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Costa e Pavan c. Italia*, della quale si tornerà a parlare in seguito — v., *infra*, Parte III, cap. II, par. 2.3 — il giudice capitolino di primo grado⁶³ si è trovato a dovere “misurare” gli effetti della sentenza sovracitata non già rispetto a casi simili od omogenei, ma proprio nei confronti dei medesimi soggetti che avevano sollecitato alla Corte europea l'accertamento della violazione del diritto sancito dall'art. 8 CEDU a carico dell'Italia che non aveva consentito alla coppia di accedere alla diagnosi preimpianto.

In tale occasione il tribunale, sottolineando la peculiarità della vicenda rispetto al prisma dei principi fissati dalla Corte costituzionale in tema di rapporti fra ordinamento interno e CEDU⁶⁴, ha ritenuto essersi costituito un “giudicato formale” favorevole alla coppia che non rendeva, pertanto, necessario ricorrere alla Corte costituzionale per fare dichiarare la normativa interna contrastante con la CEDU alla stregua dell'art. 117 r¹ comma Cost., come più volte affermato dalla Corte costituzionale⁶⁵.

nunzia del Tribunale di Roma, I Sez. Civ., che dà “seguito” a Corte EDU Costa e Pavan), in <http://www.diritticomparati.it/2013/10/spunti-di-riflessione-in-tema-di-applicazione-diretta-della-cedu-e-di-efficacia-delle-decisioni-dell.html>.

63. Il giudice monocratico è stato chiamato ad esaminare il ricorso *ex art. 700 c.p.c.* presentato dai coniugi Costa e Pavan nei confronti l'ASL di Roma A e del centro di Tutela della Salute della Donna e del Bambino S. Anna che avevano rifiutato l'accesso al trattamento di procreazione assistita con diagnosi genetica pre-impianto, a motivo del fatto che la coppia non risultava affetta da sterilità e ricadeva pertanto nel divieto al riguardo stabilito dalla legge n. 40 del 2004.

64. V. Tribunale di Roma, cit. nel testo: «[...] In altri termini è necessario stabilire se l'efficacia immediata e diretta della sentenza della Corte di Strasburgo sia limitata, attesa la sua natura dichiarativa, alla valenza della condanna risarcitoria posta a carico dello Stato per l'accertata violazione del diritto protetto dalla Convenzione nei confronti della vittima della violazione stessa, ovvero se l'accertamento della violazione sia destinato a ripercuotersi sul diritto interno».

65. V. sent. cit.: «[...] la decisione definitiva della Corte EDU abbia «nell'ambito interno, e in relazione al procedimento, valore assimilabile al giudicato formale, ovvero valevole per il solo procedimento in corso ed, in quanto tale, con ovvia ricaduta sulla situazione che è chiamato ad affrontare, in quanto presupposto logico-giuridico delle relative problematiche che è chiamato a risolvere». Decisione questa pienamente in linea con l'interpretazione già adottata nel 2005 dalle Sezioni Unite della stessa Cassazione secondo cui, come ancor più esplicitamente affermato «la natura immediatamente precettiva delle norme convenzionali a seguito della ratifica dello strumento di diritto internazionale comporta la natura sovraordinata delle norme della Convenzione sancendo l'obbligo per il giudice di disapplicare la norma interna con la norma pattizia, dotata di immediata precettività nel caso concreto (Cass. s.u. 23 dicembre 2005 n. 28507)».

Nel far ciò, il giudice ha non solo citato Cass. n. 19985/2011 e le stesse Sezioni Unite civili (sent. n. 28507/2005⁶⁶), ma ha anche chiarito che il sindacato di costituzionalità per contrasto fra ordinamento interno e CEDU sarebbe limitato «[...] alle sole questioni che pur in presenza di una regola CEDU autoapplicativa, evidenzino un possibile contrasto tra quest'ultima e i principi supremi dell'ordinamento costituzionale. Il che vale *a fortiori* nel procedimento in esame in cui, trattandosi delle stesse parti che hanno adito la Corte EDU ottenendo l'accoglimento del ricorso, le statuizioni della Corte di Strasburgo, proprio perché direttamente efficaci nell'ordinamento nazionale, rivestono valore di giudicato formale per il processo interno».

Di tutt'altro avviso è stato il Tribunale per i minorenni di Trieste — decreto 9 ottobre 2013 — chiamato a rendere nei confronti di Anita Godelli l'autorizzazione ad accedere alle informazioni che riguardano la sua origine e l'identità della propria madre biologica dopo che la Corte europea dei diritti dell'uomo, con sentenza del 25 settembre 2012 — v., *infra*, Parte III, Cap. II, par. 2.8 —, aveva ritenuto la violazione dell'art. 8 CEDU a carico dell'Italia per non avere riconosciuto l'esistenza di tale diritto, negato dalla Corte di appello di Trieste in relazione al diritto all'anonimato esercitato dalla madre — poi accolta da Corte cost. n. 278/2013.

A fronte della reiterazione di tale domanda all'esito della decisione della Corte europea, nel frattempo divenuta definitiva a causa del rigetto della richiesta di riesame formulata dal Governo italiano, il giudice triestino ha sospeso la decisione, prendendo atto della proposizione da parte di altro giudice minorile — Tribunale di Catanzaro — della questione di costituzionalità in ordine all'art. 28 c. 7 l. n. 184/83 escludendo, per altro verso, ogni efficacia nel caso concreto alla decisione europea.

Facendo ciò il giudice minorile ha evocato i principi espressi dalle sentenze *gemelle* — n. 348 e 349 del 2007 — della Corte costituzionale, peraltro circoscrivendo la portata delle decisioni di Strasburgo forse ad un ambito ancora più ridotto⁶⁷, soprattutto quando afferma che la

66. Su tale ultima decisione v., volendo, R. CONTI, *Le Sezioni Unite ancora sulla legge Pinto: una sentenza storica sulla via della piena attuazione della CEDU*, in *Corr.giur.*, 2006, 835 ss.

67. Cfr., in particolare, il seguente passo della motivazione: «[...] Né la eventuale incompatibilità della norma interna con la norma della CEDU può trovare rimedio nella semplice non applicazione da parte del giudice comune, in quanto, allo stato, nessun

sentenza europea è di mero accertamento e non aveva fatto esplicito riferimento all'art. 46 CEDU⁶⁸.

Orbene, tralasciando ogni dissertazione sul merito della due vicende appena esposte, rimane la circostanza che il giudice capitolino è partito dalla netta assimilazione della portata precettiva del "giudicato formale" che si produrrebbero nel diritto interno ove venisse iniziato o riassunto il procedimento che vedeva come attrice la coppia che aspirava alla diagnosi preimpianto.

Per altro verso, il giudice triestino ha totalmente escluso ogni valenza della stessa, ritenendo che l'omesso riferimento all'art. 46 CEDU all'interno della sentenza della Corte la rendesse, di fatto "inutile" per i ricorrenti vittoriosi.

Ma è certo, almeno agli occhi di chi scrive e senza entrare nel merito delle soluzioni, che la prima soluzione realizza una totale assimilazione fra il concetto di giudicato formale e quello dei soggetti destinatari degli obblighi ricadenti sullo Stato affinché questi si conformi ai canoni fissati dalla Corte europea, realizzando un'armonizzazione fra due piani in realtà autonomi, disciplinati da regole di diversa matrice, soprattutto se si pensa al ruolo svolto dal Comitato dei Ministri in sede di verifica della corretta esecuzione della sentenza resa dalla CEDU. Operazione che sembra andare oltre il tema degli effetti della sentenza europea nei confronti delle parti originarie del ricorso innanzi a Strasburgo, accarezzando apertamente il convincimento di una possibile disapplicazione della norma interna incompatibile con quella sovranazionale, secondo un approccio caro (anche) a chi

elemento relativo alla struttura e agli obiettivi della CEDU ovvero ai caratteri di determinate norme consente di ritenere che la posizione giuridica dei singoli possa esserne direttamente e immediatamente tributaria, indipendentemente dal diaframma normativo dei rispettivi Stati di appartenenza, fino al punto da consentire al giudice la non applicazione della norma interna confliggente, dovendosi anzi rilevare che le stesse sentenze della Corte di Strasburgo, anche quando è il singolo ad attivare il controllo giurisdizionale nei confronti del proprio Stato di appartenenza, si rivolgono allo Stato membro legislatore e da questo pretendono un determinato comportamento (sentt. nn. 393 del 2006)».

68. Cfr., ancora, Tribunale per i minorenni di Trieste, cit.: «[...] la pronuncia di Strasburgo, divenuta definitiva, è di mero accertamento ai sensi dell'art. 41 e riconosce che il diritto interno italiano non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze della violazione dell'art. 8 Convenzione, concedendo all'interessata la somma di 5.000 € per il pregiudizio morale, oltre alle spese, ma non fa alcun riferimento al successivo art. 46, in forza del quale lo Stato si impegna in maniera vincolante a conformarsi alle sentenze definitive della Corte nella controversia nella quale è stato parte».

scrive⁶⁹. Nel far ciò, il giudice di merito confeziona un principio nuovo rispetto a quelli fissati dal giudice costituzionale sul presupposto che il “comando” della Corte europea non può essere disatteso dalle autorità nazionali. In questa prospettiva, si chiarisce che «[...] la rimessione alla Corte Costituzionale dovrà essere limitata alle sole questioni che pur in presenza di una regola CEDU autoapplicativa, evidenzino un possibile contrasto tra quest’ultima e i principi supremi dell’ordinamento costituzionale [...]».

In prospettiva totalmente diversa, il giudice minorile triestino non ritiene di intravedere alcun “comando” nella decisione della Corte di Strasburgo, trincerandosi dietro i criteri e le ragioni espresse dalla Corte costituzionale per escludere la giustiziabilità del diritto reclamato dall’adottata e senza nemmeno tentare di verificare se le statuizioni espresse dalla Corte di Strasburgo potessero consentire qualche margine di successo all’iniziativa giudiziaria del ricorrente.

Questa diversità di approccio fra le due decisioni colpisce se si considera che, in entrambe le sentenze, la Corte si era limitata a premettere che «[...] Ai sensi dell’articolo 41 della Convenzione, Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell’Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un’equa soddisfazione alla parte lesa».

Si vuol dire, cioè, che in nessuno dei due casi il giudice europeo aveva fatto menzione della possibilità di un’adozione di misure specifiche in favore dei ricorrenti. Riferimento che, invece, proprio nel caso *Somogy*, richiamato dal Tribunale di Roma, era stato compiuto dalla Corte europea e che aveva condotto la Cassazione penale italiana a dare immediato effetto alla sentenza europea — Cass. pen. 12 luglio 2006 n. 32678. Anche se, poi, è lo stesso tribunale capitolino a fare riferimento a Corte cost. n. 210/13 per giustificare il proprio approccio⁷⁰.

69. V., volendo, R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Il ruolo del giudice*, cit., 56 ss.

70. Nel punto e continuando va via ove al punto 8 di Corte.cost. della sent. n. 210/13, ove la Corte costituzionale chiariva che «[...] Nei confronti di Scoppola si è data, da parte della Corte di Cassazione, direttamente esecuzione alla sentenza della Corte europea con la procedura del ricorso straordinario ex art. 625-bis cod. proc. pen., ma nel caso in

Resta il fatto che l'approccio dei due tribunali è distonico quanto meno negli effetti.

Il tribunale triestino, in effetti, sembra arroccarsi su un aspetto formalistico che però, a ben considerare, ha un suo fondamento se almeno ci si pone nell'ottica propugnata dalla Corte costituzionale. Ma è pure vero che la posizione triestina sembra essere quella di un giudice che vorrebbe fornire tutela, ma che non riesce ad intravedere degli spazi che ciò consentano al di fuori del rinvio alla Corte costituzionale.

Ad ogni modo, non preme qui, lo si ribadisce, scandagliare né i fatti che hanno originato le vicende testè descritte né il merito delle soluzioni espresse dai giudici, ma piuttosto constatare che per la soluzione dei "dilemmi" né il giudice romano né quello triestino si sono trovati a potere consultare manuali o codici commentati o "classici" della dottrina, potendo soltanto contare su pochi e non sempre condivisi scritti specialistici⁷¹ e, soprattutto, sull'esame della giurisprudenza sovranazionale ed interna.

Ancora una volta, il giudice di merito ha mostrato di essere « tremendamente vulnerabile, tremendamente solo, tremendamente nudo »⁷², dovendo misurare, senza precedenti alle spalle: *a*) il peso degli istituti interni; *b*) la reazione di tali istituti allorché entrano in contatto con il quadro fissato dalla Convenzione europea; *c*) il ruolo delle sentenze della Corte dei diritti umani. Il tutto al fine di trovare un punto di equilibrio fra tali principi e quelli fissati dalla Corte costituzionale, nemmeno tralasciando di considerare che ogni istituto ha regole sue proprie, per lo più attinte dal sistema giuridico al quale appartiene. Ragion per cui non è difficile che quello stesso giudice si scontri con regole fra loro incompatibili.

esame, in cui rispetto al ricorrente manca una pronuncia specifica della Corte EDU, è da ritenere che occorra sollevare una questione di legittimità costituzionale della norma convenzionalmente illegittima, come appunto hanno fatto le sezioni unite della Corte di Cassazione ». V., sul punto, Cass. pen. 11 febbraio — 28 aprile 2010 n. 16507, su cui v. R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 418 ss. Ma v. anche Cass. pen. , 21 giugno 2010, n. 23761, Presidenza del Consiglio dei Ministri e Sud Fondi s.r.l. In entrambe le occasioni il giudice di legittimità ha valorizzato la portata dell'art. 46 CEDU.

71. Particolare menzione merita il lavoro di P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2004.

72. sia consentito il rinvio a R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 499.

Né è difficile prevedere che la stessa individuazione delle “regole” del sistema non nazionale sia particolarmente laboriosa⁷³.

73. Restando al tema degli effetti delle sentenze della Corte europea rispetto alla vicenda direttamente esaminata può ricordarsi, a titolo meramente esemplificativo, la risposta al problema offerta dalla stessa Corte nella vicenda *Business Support Centre c. Bulgaria* — sent. 18 ottobre 2010 (ric.n. 6689/03): «[...] The Court considers it necessary to point out that a judgment in which it finds a violation of the Convention or its Protocols imposes on the respondent State a legal obligation not just to pay those concerned the sums awarded by way of just satisfaction, but also to choose, subject to supervision by the Committee of Ministers, the general and/or, if appropriate, individual measures to be adopted in its domestic legal order to put an end to the violation found by the Court and make all feasible reparation for its consequences in such a way as to restore as far as possible the situation existing before the breach. In the case of a violation of Article 6 of the Convention, the applicant should as far as possible be put in the position he would have been in had the requirements of this provision not been disregarded (see *Lungoci v. Romania*, no. 62710/00, § 55, 26 January 2006; *Yanakiev v. Bulgaria*, no. 40476/98, § 89, 10 August 2006; and *Kostadin Mihaylov v. Bulgaria*, no. 17868/07, § 59, 27 March 2008). The Court has therefore held on certain occasions that the most appropriate form of redress in cases where it finds a breach of Article 6 § 1 of the Convention would, as a rule, be to reopen the proceedings in due course and re-examine the case in keeping with all the requirements of a fair trial (see *Lungoci*, § 56; *Yanakiev*, § 90; and *Kostadin Mihaylov*, § 60, all cited above). 31. In the present case, while the Court considers the possibility of reopening the proceedings at the domestic level an appropriate and a preferred form of redress in cases where it also finds a breach of Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention, it considers that in the special circumstances of the present case that would not be possible. In particular, given the already excessive length of the domestic proceedings and the practice of the domestic courts to apply and interpret strictly the legislation in question, the Court finds that a reopening of the proceedings and a re-examination the case would not be a sufficient and adequate redress for the particular violation found in the present case ». Ma la lettura stessa del “precedente” dimostra come esso non contenga una “regula juris” universalizzabile ma, anzi, dimostri quanto la scelta della Corte sia affidata ad una valutazione tutta spostata sul singolo caso. Di ciò, del resto, vi è conferma autentica se si guarda ad un altro caso nel quale la Corte sembra muovere dal presupposto che la riapertura del processo — in quella vicenda collegata ad una violazione dell’art. 6 CEDU — poteva prospettarsi in quanto la Corte avesse individuato essa stessa delle misure aggiuntive oltre a quelle compensatorie per eliminare gli effetti della violazione accertata — v., Corte EDU, 11 febbraio 2013, *Askon c. Bulgaria*, (ric.n. 9970/05), §39: «[...] At the same time, the Court points out that a judgment in which it finds a violation of the Convention imposes on the respondent State a legal obligation not just to pay those concerned the sums awarded by way of just satisfaction, but also to choose, subject to supervision by the Committee of Ministers, the general and/or, if appropriate, individual measures to be adopted in its domestic legal order to put an end to the violation found by the Court and make all feasible reparation for its consequences in such a way as to restore as far as possible the situation existing before the breach (see, among other authorities, *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* [GC], no. 48787/99, § 487, ECHR 2004–VII) ». Sembra così confermato, attraverso l’analisi della giurisprudenza, come i concetti di giudicato di tradizione interna riescano con difficoltà a descrivere la situazione che si viene a creare per effetto della sentenza della Corte europea, dovendo l’interprete

3.7. Il giudice di merito fra *soft law* e *hard law*

Né quello stesso giudice potrà tralasciare di considerare la rilevanza, crescente, che in materia hanno acquistato i codici di deontologia⁷⁴ e le linee guida⁷⁵ elaborate nell'ambito della professione medica e delle società scientifiche di riferimento⁷⁶.

Infatti, la crisi del potere legislativo nazionale ha finito per potenziare strumenti che non hanno diretta vocazione normativa, ma che

“entrare” nel sistema convenzionale spogliandosi dell'armatura interna ed indossando, per quanto diversa, quella propria della Convenzione, al cui interno un ruolo rilevante gioca il Comitato dei Ministri.

74. Il tema si è posto e continuerà a riproporsi con riguardo alla configurazione di condotte di sanitari che ricadano astrattamente in ipotesi delittuose poste a tutela della vita e dell'integrità personale. Di recente, del resto, l'art. 3 d.l. 158/2012 esclude la responsabilità penale per colpa lieve dei medici che si attengono alle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. In giur., v. Cass. pen., n. 66/2010 quanto ai rapporti fra legale ed imputato latitante ed anche Cass. pen. n. 8254/2010 in tema di condotta del sanitario. In dottrina v. R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva “quantistica”*, cit., 38 ss.

75. M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato*, 2006, Bari-Roma, 32 ss; Bin R., *Soft law, no law*, in <http://www.robertobin.it/ARTICOLI/Softlaw.pdf>.; C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal c.d. decreto Balduzzi*, in http://www.penalecontemporaneo.it/tipologia/o/-/-/2495-linee_guida__protocolli_e_regole_deontologiche__le_modifiche_introdotte_dal_c_d_decreto_balduzzi/. In materia non sembra possibile individuare un orientamento univoco nella giurisprudenza di legittimità, la quale tende a distinguere in relazione ai diversi settori. Si è talvolta ritenuto che le regole deontologiche si riferiscono « a precetti extragiuridici ovvero a regole interne alle categorie e non già ad atti normativi » (Cass. II ottobre 2006 n. 21732; Cass. s.u. n. 15873/2013). Ma v. Cass. n. 5116/2011 che riconosce la capacità integrativa del codice deontologico degli architetti rispetto al dettato normativo. Analogamente, Cass. S. U. n. 26810/2007 ha ritenuto che le norme del codice disciplinare forense costituiscono fonti normative integrative del precetto legislativo che attribuisce al Consiglio nazionale forense il potere disciplinare, con funzione di giurisdizione speciale appartenente all'ordinamento generale dello Stato, e come tali sono interpretabili direttamente dalla Corte di legittimità. Per la configurazione delle norme del codice medico in termini di “precetti extragiuridici”, interni alla categoria, cfr. Cass., s.u. n. 1951/2003. Cass. s.u. n. 5576/2004 ha inquadrate come violazione di legge la inosservanza delle norme di codici deontologici degli ordini professionali trattandosi di norme giuridiche obbligatorie valevoli per gli iscritti all'albo ma che integrano il diritto soggettivo ai fini della configurazione dell'illecito disciplinare.

76. V., ad es., Corte cost. n. 7/2013 che ha espressamente evocato, nel dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 569 c.p. in tema di (automatica *ex lege*) pena accessoria della perdita della potestà in caso di commissione del reato di soppressione di stato, oltre alla Convenzione Onu sui diritti del fanciullo, anche le linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa su una “giustizia a misura di minore”, adottate il 17 novembre 2010, nella 1098^a riunione dei delegati dei ministri.

contribuiscono, non poco — e particolarmente nelle controversie in cui sono in gioco questioni bioetiche — a determinare in concreto⁷⁷ il perimetro delle decisioni giudiziali, incidendo a livello interpretativo sul diritto.

Insomma, compiti ardui, complessi, per nulla governabili con formule matematiche e per questo bisognosi di approfondimento e di conoscenze.

Non sono, dunque, tutte rose e fiori e anche qui il giudice è portato ad entrare nel labirinto.

Ed è proprio l'attività di attuazione concreta dei "principi" provenienti dalle Corti supreme interne e sovranazionali che, oltre ad ulteriormente valorizzare il ruolo del giudice comune nazionale nel processo di attuazione ed implementazione dei diritti fondamentali, lo carica di responsabilità non meno onerose, ingabbiandolo all'interno di un labirinto dal quale, usando le parole di Vittorio Manes, è arduo trovare l'uscita⁷⁸.

77. Cfr., sul tema, G. FERRANDO, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale*, Relazione tenuta all'incontro di studio organizzato dal CSM in Roma — 16-18 settembre 2009 — sul tema *Il giudice e le decisioni di inizio e fine vita*, in www.csm.it, part. pag. 12 ss. In generale, sul valore della deontologia e dei codici di condotta in biodiritto v., ancora, C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 201 ss. Cass. n. 23707/12 ha espressamente evocato, fra le fonti del diritto all'autodeterminazione, l'art. 38 del codice dentologico nella versione dell'anno 2006.

78. V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012. L'opera dell'Autore, estremamente interessante, sembra volere indurre l'operatore a fermarsi, a non correre "dentro" il labirinto dei diritti nella loro dimensione multilivello, ma anzi a fermarsi un attimo, a riflettere, poiché per il tramite della riflessione è possibile trovare l'orientamento e, quindi, l'uscita. Il percorso seguito per giungere all'approdo finale non risulta arido, anzi offrendo al giudice-passante diversi frutti — fra i quali quello dell'interpretazione ha un posto privilegiato — capaci, in astratto, non solo di ottenere l'obiettivo immediato e di realizzare la mappa del labirinto, come la chiama Manes, ma anche di cambiare pelle senza tuttavia abbandonare o spogliarsi di ciò che si era prima di entrare. Si tratta, agli occhi di chi scrive, di un invito perentorio ad entrare nel labirinto, a non cercare percorsi alternativi apparentemente più sicuri ma, in effetti, incapaci di offrire quelle risposte che la collettività si attende sempre più progredite, aperte ed apertamente capaci di dialogare con i diritti, fondamentali o meno, che trovano la loro *sedes* in ambiti non più solo nazionali. Manes indica, nel suo indice, i percorsi che consentono all'interprete di districarsi, lasciando trasparire le difficoltà assai profonde che questo cammino para davanti al giudice. Assai felice pare, così, l'intuizione del labirinto, se pure essa si correla all'accezione del termine propria dell'anatomia medica, ove l'apparato che governa il sistema acustico, appunto il labirinto, evoca il luogo in cui tutto sta in equilibrio fin quando non sopravviene una malattia capace di incrinare la stabilità e l'equilibrio. Ecco che il viaggio del giudice del labirinto si fa al tempo stesso eccitante e rischioso. L'invito che rivolge MANES ai giudici

A quel giudice (di merito) sarà, di certo, consentita l'utilizzazione dei meccanismi dialogici che lo portano a rapportarsi — anche — con la Corte costituzionale e la Corte di giustizia, attraverso i ben noti meccanismi dell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale e del rinvio pregiudiziale (facoltativo).

Ma la materia della quale quel giudice di merito è investito mal digerisce sospensioni ed altri passaggi che, generalmente, offrono ausili rilevanti al giudice di merito.

Il che non vuole certo dire che il giudice di merito non debba avvalersi di quei presidi ed anzi ricorrervi quando ritiene di non potere in alcun modo prescindere dagli stessi — come si vedrà di seguito —, ma semmai che le decisioni sollecitategli richiedono, generalmente, una prontezza di decisione che non si addice ad essere “sospesa” o posta “in attesa”.

Ed anche di questo il giudice di merito deve essere avvertito, atteggiandosi la materia a scelte giudiziarie che, anche nel caso di devoluzione della decisione della questione pregiudiziale o di costituzionalità, richiederanno al giudice remittente l'adozione di provvedimenti interinali, generalmente destinati a produrre effetti indelebili ed immutabili *prima* che il giudice investito della questione di costituzionalità o del rinvio pregiudiziale decida⁷⁹.

mi pare essere quello di nutrirsi di questi frutti con sapienza e misura, evitando il rischio di perdere la lucidità che l'interprete deve mantenere soprattutto quando è chiamato a verificare il risultato finale che va a concretizzarsi nella decisione finale. In questa prospettiva, i *dialoghi* che intraprende il giudice con le fonti e con le giurisdizioni risultano utili tanto sul piano informativo che, soprattutto, su quello formativo, aprendosi le riflessioni di MANES al giurista, non necessariamente penalista. Uno spaccato, quello tratteggiato da MANES, che induce per un verso al rispetto delle alte funzioni che i giudici sono, loro malgrado, chiamati a svolgere, ma anche alla riflessione sulla complessità e difficoltà aggiuntive che l'apertura alle fonti sovranazionali ha prodotto sul diritto giurisprudenziale, facendone al contempo ago della bilancia dei diritti e punto di arrivo di critiche, a volte persuasive, altre meno, rispetto ad un uso “allegro”, partigiano, poco accorto delle fonti sovranazionali. Un giudice, quello al quale si rivolge Manes, senza frontiere, ma anche senza bandiere, che si aggrappa ai sistemi normativi nella consapevolezza di essere parte di un sistema nel quale l'unica vera ed autentica ancora alla quale tenersi, è costituita dall'essere ed apparire giudice autonomo ed indipendente, interprete di un sistema che è esso stesso in movimento e che il giudice contribuisce a muovere, in modo incessante, magari attraverso strade inizialmente tortuose che, non per questo, non vale la pena di percorrere se necessarie per fare maturare il progressivo e lento vivere dei diritti.

79. V. sul punto, R. CONTI, *CEDU, Costituzione e diritti fondamentali*, cit., 247 ss.

Resta allora da dire che la migliore garanzia che il giudice di merito può offrire per elidere i dubbi circa il proprio arbitrio rimane la motivazione della decisione, anche in diritto, sulla quale si tornerà nei successivi paragrafi.

3.8. Il giudice non è legislatore ma *decisore* del caso concreto

Cercando di tirare delle conclusioni rispetto a quanto si è andato dicendo, sembra di poter dire che il risultato finale del giudizio che definisce questioni che involgono il biodiritto non potrà che avere esiti estremamente variegati e cangianti, indiscutibilmente correlati alle peculiarità degli interessi coinvolti, « all'infinita varietà del reale » — Corte cost. n. 121/1957 —⁸⁰, all'*incontenibile varietà dei casi*⁸¹ e all'atteggiarsi generalmente "unico" e "irripetibile" dei concreti interessi che vengono in gioco, per l'appunto correlati alla persona umana ed ai suoi valori più interiori⁸².

80. R. BIN, *A discrezione del giudice*, cit., 23.

81. Espressione, quest'ultima, cara ad ANTONIO RUGGERI il quale, nei suoi scritti, privilegia una prospettiva meno favorevole a valorizzare, in materia, la dimensione casistica del dato giurisprudenziale, tendendo a marcare i confini fra attività legislativa — imprevedibile quanto ai tempi, ai modi ed ai contenuti dei loro atti — ed attività giurisdizionale — rivolta ad offrire indirizzi tendenzialmente prevedibili, ancorché modificabili in relazione al mutamento di "situazione normativa", quale risultante da elementi fattuali e di contesto e materiali normativi nel *mix* cui essi danno, in rapporto ai casi della vita, luogo — per cui v. A. SPADARO-RUGGERI, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2009, 86 ss. — così auspicando soluzioni che, attraverso la determinazione di elementi minimali, possano evitare, in un clima di leale cooperazione, gli eccessi giurisprudenziali, correlati alla decisione difforme rispetto a due casi assolutamente identici—v., per tutte, le riflessioni esposte in *L'“intensità” del vincolo espresso dai precedenti giurisprudenziali, con specifico riguardo al piano dei rapporti tra CEDU e diritto interno e in vista dell'affermazione della Costituzione come « sistema »* ed in *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento « intercostituzionale »*, cit.

82. V., in questo senso, F. VIGANÒ, *Esiste un « diritto a essere lasciati morire in pace »?*, in *Diritto penale e processo* 2007, 8: « [...] Il caso di Eluana Englaro, e gli altri mille casi di "aiuto a morire" o di "aiuto nel morire" che verosimilmente si presenteranno ai giudici italiani nel prossimo futuro, dovranno essere pazientemente ridiscussi, sulla base delle situazioni cliniche di volta in volta coinvolte, le quali necessariamente implicheranno il riferimento a principi giuridici diversi e "su misura" rispetto a tali specificità ».

Il che, peraltro, non intende affatto enfatizzare le specificità fino al punto da cadere verso una deriva soggettivistica del caso⁸³, ma soltanto prendere coscienza e consapevolezza che i fatti storici non sono quasi mai identici ad altri verificatisi precedentemente, potendo semmai presentarsi come simili, affini, convergenti⁸⁴. In definitiva, è

83. Questa sembra essere la preoccupazione maggiore di ANTONIO RUGGERI, puntualmente esposta, da ultimo, in *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronunzia del Tribunale di Roma, I Sez. Civ., che dà “seguito” a Corte EDU Costa e Pavan)*, cit., p. 7 del dattiloscritto: «[...] Perché, al tirar delle somme, è il caso stesso, nella sua oggettiva conformazione, ad esprimere una irresistibile vocazione in tal senso, ad «universalizzarsi» appunto, dal momento che è insita nell'idea stessa di giustizia, per il modo con cui è venuta a maturazione a seguito di una sofferta e lunga vicenda storica di carattere istituzionale, la sua aspirazione ad essere somministrata in modo eguale a quanti versano in situazioni parimenti eguali, così come in modo diverso per situazioni diverse».

84. È, del resto, questa prospettiva ad avere alimentato la giurisprudenza della Corte di Cassazione in tema di nesso di causalità nel passaggio dal modello della “probabilità scientifica” a quello della “probabilità logica” — Cass. s.u. penali n. 30328/2002, sent. *Franzese* — fino a giungere alla regola c.d. del “più probabile che non”. È stata, infatti, proprio l'unicità di ogni singola vicenda fattuale a suscitare il bisogno di individuare una regola causale capace di cogliere “la specificità del caso concreto”. Cfr. Cass. n. 15991/2011: «[...] Questa corte regolatrice ha difatti avuto modo di affermare (Cass. 21619/07; Cass. s.u. 576/2008 nonché, nella sostanza, Cass. 4400/04) come la disomogenea morfologia e la disarmonica funzione del torto civile rispetto al reato consenta — e addirittura imponga — l'adozione di un diverso criterio di analisi della causalità materiale, quello, cioè, della probabilità relativa, criterio altrimenti definito del “più probabile che non”, rettamente inteso come analisi specifica e puntuale di tutte le risultanze probatorie del singolo processo — nella sua dimensione di “unicità” non ripetibile), della singola vicenda di danno, della singola condotta causalmente efficiente alla produzione dell'evento, tutte a loro volta permeate di una non ripetibile unicità (di talché la conseguente svalutazione della regola statistica e sovente di quella scientifica non appare un metagiuridico cedimento ad ideali aneliti riparatori cui dar respiro *tout court* in seno al processo, quanto piuttosto una attenta valorizzazione e valutazione della specificità del caso concreto, onde la concorrenza di cause di diversa incidenza probabilistica non conduca ipso facto alla aberrante regola del 50% plus unum, bensì alla compiuta valutazione dell'evidenza del probabile (così, esemplificando, se, in tema di danni da trasfusione di sangue infetto, le possibili concause appaiono plurime e quantificabili in misura di dieci, ciascuna con un'incidenza probabilistica pari al 3%, mentre la trasfusione attinge al grado di probabilità pari al 40%, non per questo la domanda risarcitoria sarà per ciò solo rigettata — o geneticamente trasmutata in risarcimento da chance perduta —, dovendo viceversa il giudice, secondo il suo prudente apprezzamento che trova la sua fonte nella disposizione di legge di cui all'art. 116 c.p. c., valutare la complessiva evidenza probatoria del caso concreto e addivenire, all'esito di tale giudizio comparativo, alla più corretta delle soluzioni possibili, pur nella non confortante consapevolezza della natura di malinconico ossimoro del sintagma “accertamento del nesso causale”, la cui “incertezza” trova una assai felice rappresentazione nel verso virgiliano *felix qui potuit rerum cognoscere causa...*»). Ed è sempre questa esigenza di specifica considerazione e

proprio la peculiarità della materia e rendere poco auspicabile l'utilizzazione di parametri normativi generali e astratti, abbisognando i casi di una disciplina che si ritaglia dall'osservazione ed esame dei multiformi profili che caratterizzano la singola vicenda, saltando i quali la decisione del caso, pur apparentemente corretta dal punto di vista giuridico, rischia di non esserlo "nel caso". Non può, certo, escludersi che in date materie ed in dati *casi* i fatti siano assolutamente identici ed allora, *nulla quaestio*. Occorrerà, in simili evenienze, avere di mira un'armonizzazione che, tuttavia, non è scontata né obbligata proprio in relazione al moto perpetuo che il diritto (soprattutto quello delle Corti) subisce ed alimenta, al contempo.

Se si segue tale prospettiva, è difficile affidare al — e pretendere dal — giudice di merito una decisione capace di costituire "precedente" destinato, cioè, ad operare oltre il caso posto al vaglio del giudicante. Anzi, chi scrive ritiene che vada in qualche modo smitizzata l'efficacia universalizzante dei precedenti di merito che, a ben considerare, essi possiedono solo talvolta e comunque non necessariamente, ponendosi generalmente come regole del caso specifico per come è stato segmentato e valorizzato all'interno del singolo procedimento⁸⁵.

Né queste conclusioni sembrano aprire le porte al rischio micidiale di una deriva della funzione giurisdizionale (e del suo stesso snaturamento), tale da portare il medesimo caso in senso oggettivo a soluzioni diverse e persino opposte solo perchè cambiano i nomi

valutazione del pregiudizio ad avere particolarmente determinato un'attenzione sempre maggiore ai fenomeni di personalizzazione del pregiudizio non patrimoniale. V. Cass., s.u. n. 26973/2008 e, da ultimo, Cass. n. 22909/12, secondo la quale l'integrale riparazione del torto subito impone un criterio di personalizzazione del danno, che, escluso ogni semplicistico meccanismo di liquidazione di tipo automatico tenga conto, pur nell'ambito di criteri predeterminati, delle condizioni personali e soggettive del danneggiato, della gravità delle conseguenze pregiudizievoli e delle particolarità del caso concreto, al fine di valutare in termini il più possibile equilibrati e realistici, l'effettiva entità del danno.

85. Diversamente, commentando Corte cost. n. 230/12, v. A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta: tesse e sfila la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale* ("a prima lettura" di Corte cost. n. 230 del 2012), in www.diritticomparati.it, 15 ottobre 2012, e www.giurcost.org, 16 ottobre 2012; Id., *Ancora a margine di Corte cost. n. 230 del 2012, post scriptum*, in www.diritticomparati.it. V., volendo, sul punto, anche R. CONTI, *Pensieri sparsi dopo il post scriptum di Antonio Ruggeri su Corte. Cost. n. 230/2012*, in www.diritticomparati.it

delle parti⁸⁶. Qui non sembra essere in discussione il tema — ed il rischio — di uno scivolamento della giurisdizione nel campo delle decisioni *stricto sensu* politiche ma, semmai, la necessità che le soluzioni giudiziarie appaiano, volta per volta, caso per caso, quanto più adeguate, attagliate, congruenti rispetto al *caso* per come esso si delinea innanzi al giudice. Ed è proprio nella pratica quotidiana che il giudice si accorge di quanto l'attività di selezione dei casi posti al suo cospetto sia inesauroibilmente varia. Certo. Se ci si ferma alla schematizzazione astratta di un caso, apparirà semplice individuare la sua capacità di riprodursi in diversi contesti ed in diversi ambiti allo stesso modo. Ma se ci si sforza di analizzare nel profondo ogni questione per le peculiarità che essa presenta, allora la ricerca dei tratti comuni diventa progressivamente sempre più difficile, sempre più ardua. E proprio i temi biogiuridici dimostrano quanto questo approfondimento verso il nucleo non comune ma centrale di una vicenda merita una risposta particolare.

Non può allora stupire che Corte cost. 23 febbraio 2012 n. 31 abbia recentemente dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 569 c.p. « nella parte in cui stabilisce che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di alterazione di stato, previsto dall'articolo 567, secondo comma, del codice penale, consegua di diritto la perdita della potestà genitoriale, così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto »⁸⁷. Anche

86. Le riflessioni esposte dal testo traggono origine da uno scambio epistolare franco e fecondo avuto in tempi recenti con ANTONIO RUGGERI, il quale ha più volte trasfuso nei propri scritti — da ultimo anche in *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronuncia del Tribunale di Roma, I Sez. Civ., che dà "seguito" a Corte EDU Costa e Pavan)*, anche in <http://www.diritticomparati.it/2013/10/spunti-di-riflessione-in-tema-di-applicazione-diretta-della-cedu-e-di-efficacia-delle-decisioni.html#sthash.CvE1f9mK.dpuf> — argomentazioni di diverso tenore, alle quali mi sento comunque di rinviare, pur non condividendole *in toto*, nella convinzione che la distanza apparentemente siderale fra l'idea esposta nel testo e le tesi espresse da Ruggeri sia, *a conti fatti*, come a Lui piace dire, molto più sottile ed anzi, quasi marginale rispetto a quella che può sembrare mantenendosi su un piano astratto.

87. Corte cost. 23 febbraio 2012 n. 31 ha testualmente affermato che « [...] proprio perché la pronuncia di decadenza va ad incidere sull'interesse del minore sopra indicato, non è conforme al principio di ragionevolezza, e contrasta quindi con il dettato dell'art. 3 Cost., il disposto della norma censurata che, ignorando il detto interesse, statuisce la perdita della potestà sulla base di un mero automatismo, che preclude al giudice ogni possibilità di valutazione e di bilanciamento, *nel caso concreto*, tra l'interesse stesso e la necessità di applicare

in questo caso, i giudici costituzionali hanno centrato il problema dei “limiti” della legislazione e dei rapporti con la giurisdizione assecondando, in modo virtuoso secondo chi scrive, quell’attività di concretizzazione del diritto che non può fare a meno del contributo del giudice e che, sempre di più, delinea la capacità del giudiziario di offrire risposte sempre più appaganti ai bisogni delle persone.

Non può, così, stupire che ad analogo risultato sia giunta, a pochi mesi di distanza dalla decisione della nostra Corte, la Corte europea dei diritti dell’uomo, la quale ha ritenuto che l’applicazione automatica e perpetua della decadenza della potestà genitoriale in casi di condanna dei genitori per violenza sui bambini, viola l’articolo 8 nella misura in cui le giurisdizioni interne non pesano i diversi interessi in gioco, in particolare l’interesse dei minori – Corte EDU, 12 luglio 2012, K e T. c. M.D. e altri c. Malta, (ric.no 64791/10)⁸⁸. Questa occasionale concordanza di vedute fra le due Corti sintetizza in modo straordinario le coordinate dell’attuale sistema, sempre di più naturalmente orientate a sorreggere le iniziative giudiziarie che meglio e più si attagliano alla situazione concreta, proprio in vista del migliore appagamento possibile del complesso degli interessi coinvolti.

Si tratta di un tracciato che la stessa Corte costituzionale aveva in passato percorso quando, in tema di adozione, aveva dichiarato l’incostituzionalità della disposizione che impediva “sempre” l’adozione di minorenni per il caso di differenza di età fra adottante ed adottato inferiore a diciotto anni.

Corte cost. n. 44/1990, scrutinando la legittimità dell’art. 44 ult. comma lett. b) l. n. 183/1984, ha infatti ritenuto che rispetto alla rigidità del

comunque la pena accessoria in ragione della natura e delle caratteristiche dell’episodio criminoso, tali da giustificare la detta applicazione appunto a tutela di quell’interesse. La violazione del principio di ragionevolezza, che consegue all’automatismo previsto dalla norma censurata, deve essere affermata anche alla luce dei caratteri propri del delitto di cui all’art. 567, secondo comma, cod.pen. Infatti, quest’ultimo, diversamente da altre ipotesi criminose in danno di minori, non reca in sé una presunzione assoluta di pregiudizio per i loro interessi morali e materiali, tale da indurre a ravvisare sempre l’inidoneità del genitore all’esercizio della potestà genitoriale. È ragionevole, pertanto, affermare che il giudice possa valutare, *nel caso concreto*, la sussistenza di detta idoneità in funzione della tutela dell’interesse del minore. »

88. V. § 70 della decisione ricordata nel testo: «[...] Regard must be had to the fair balance which has to be struck between the competing interests of the individual and the community, including other concerned third parties, and the State’s margin of appreciation ».

sistema voluto dal legislatore « [...] il giudice competente, previo attento e severo esame delle circostanze del caso, al fine di corrispondere all'indicato preminente valore etico–sociale inscritto in Costituzione, può accordare una ragionevole riduzione del termine diciottennale ».

È, in altri termini, l'attività stessa dell'individuazione di un diritto che richiama in sé la necessità di un previo bilanciamento di quel valore, senza il quale il diritto non potrà essere individuato nella sua corretta consistenza⁸⁹. Bilanciamento fra valori che sarà governato, ancora una volta, dal principio della massima espansione possibile dei diritti fondamentali.

Se si rimane su tale binario, pare assai difficile fondare in maniera assennata l'accusa che il giudice tende a sostituirsi al legislatore, essendo semmai vero il contrario.

È questo, in definitiva, il terreno sul quale giustificare, quando la legge non c'è nel *singolo caso*, la congruità della decisione assunta ed il suo pieno rispetto del paradigma della dignità umana. Sicché questo giudice è tutt'altro che *onnipotente*, usando qui l'espressione riportata da Alessandro Morelli. È semmai, tutto al contrario, *impotente* rispetto ai *rivoli infiniti delle vicende umane* ai quali deve accostarsi, per funzione e non per scelta, senza perderne di vista nemmeno uno. Ché proprio la sottovalutazione o omessa ponderazione di anche solo un dato di fatto rischia di produrre soluzioni violative dei diritti fondamentali in gioco.

È per tali ragioni che la soluzione di portare o meno a conoscenza di un malato la propria sventurata condizione può dipendere dai più disparati fattori, che possono orientare verso la scelta comunicativa o, diversamente, verso quella "omissiva"⁹⁰.

89. A. RUGGERI, *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento « intercostituzionale »*, Relazione al Seminario su *La sfida della transnazionalizzazione tra teoria delle fonti e dottrine della Costituzione*, Enna 16 maggio 2009, pag. 18 del dattiloscritto: « [...] una speciale sottolineatura va fatta ai bilanciamenti tra beni o interessi di rilievo costituzionale operati dalle Corti sovranazionali e dalla Corte costituzionale, per il modo con cui in essi può darsi tutela ai diritti. Sono bilanciamenti che stanno, in qualche modo, a mezza via tra quelli fatti dal legislatore e gli altri fatti dai giudici comuni. Gli uni, fatti dal legislatore, a qualunque livello istituzionale, grado e forma, presentano infatti carattere inevitabilmente astratto, siccome fissati in disposizioni; gli altri, ad opera dei giudici comuni, sono concreti e particolari, con effetti circoscritti al caso ed alle parti; infine, i bilanciamenti fatti dai giudici costituzionali e sovranazionali (essi pure ormai "costituzionali" in senso materiale) sono, allo stesso tempo, concreti e generali, manifestando la congenita vocazione a proiettarsi oltre il caso, ad "universalizzarsi" insomma ».

90. C. VIAFORA, *Argomentare con la dignità umana nell'ambito della bioetica clinica*, in *Bioetica e dignità umana*, cit., 269: « [...] Come interpretare il criterio della proporzionalità delle cure

Se così è, in linea di principio potrà dirsi conforme al rispetto della dignità della persona la scelta di informarla circa la malattia oncologica insorta, proprio perché in tal modo il paziente potrà decidere responsabilmente della propria esistenza. Potrebbe accadere che nel *caso*, tuttavia, in cui si diano valide ragioni per pensare che la verità risulti insopportabile, un orrore di fronte a cui *questo* paziente rischia di rimanere schiacciato, dire la verità può non essere la decisione effettivamente corretta, quella cioè che effettivamente promuove la dignità umana di questo paziente». ⁹¹

Allo stesso modo «[...] *in linea di principio*, è giusto e del tutto coerente con la buona pratica clinica fare tutto il possibile perché un paziente con una patologia degenerativa, come la sclerosi laterale amiotrofica o la distrofia facioscapolomuscolare, venga supportato fino alla fine ricorrendo alla ventilazione assistita e aiutato al contempo a trovare un senso anche in una situazione di così grave menomazione; e tuttavia nel *caso* in cui *questo* paziente ritenga i costi che il trattamento comporta sproporzionati rispetto ai benefici che produce, il rispetto per la dignità umana di questo paziente richiede che gli si riconosca il diritto di rifiutare il trattamento in questione» ⁹². Ed ancora, «In linea di principio, è giusto attivare e continuare l'alimentazione e l'idratazione artificiale in un paziente in stato vegetativo persistente, in forza del fatto che è con la "nuda vita" che l'altro chiede di essere incluso nella comunità morale, titolare cioè di un'intrinseca dignità che non può essere perduta; nel *caso*, tuttavia che ci siano valide ragioni che supportino la diagnosi di persistenza dello stato vegetativo e che vi siano sufficienti prove (ad esempio, una direttiva anticipata di trattamento), della sua volontà di non essere mantenuto in vita in queste

nel caso di pazienti non in grado di decidere, se la valutazione di proporzionalità è affidata alla soggettività del paziente? La regola del "miglior interesse del paziente", prima dell'interesse dei familiari, prima di quello dall'istituzione sanitaria, prima degli interessi della scienza, è la diretta conseguenza del riconoscimento della sua *intrinseca dignità* come persona».

91. C. VIAFORA, *Argomentare con la dignità umana nell'ambito della bioetica clinica*, cit., 272. Ed è ben chiaro che rispetto al tema indicato nel testo la legificazione non potrebbe ad oggi trarre alimento "certo" dalla scienza, proprio in ragione dei limiti della scienza biologica e degli spazi della discrezionalità politica nei casi di non definitività del livello di conoscenza raggiunto dalla biologia, come nella definizione di embrione—così L. BUFFONI, *Le fonti nazionali del biodiritto: alcuni appunti per una teoria della "sovranità" dell'individuo nella produzione giuridica*, cit., 14, sub nota 61.

92. V., ancora C. VIAFORA, *op. ult. cit.*

condizioni, perché ritenute incompatibili con il suo senso della dignità umana, l'interruzione anche di trattamenti medici di sostegno vita di base, come alimentazione ed idratazione, si configura come moralmente obbligatoria. Onorare le direttive anticipate di questo paziente, facendone il criterio decisivo per determinare la proporzionalità o meno dei trattamenti possibili, è il segno più coerente del rispetto per la sua dignità di persona »⁹³.

È, allora, l'aderenza ai fatti di causa, come ha ben evidenziato Roberto Bin, a costituire la piena legittimazione del giudice a "parlare"⁹⁴.

Certo, non può tacersi che di fronte a talune questioni irresolubili in quanto correlate a controversi temi di rilevanza scientifica sui quali il legislatore non ha espresso alcun avviso (si pensi al concetto di inizio vita⁹⁵ o, forse, di fine vita⁹⁶, ovvero alle delicate questioni che coinvolgono le cellule staminali estratte da embrioni in stato di crioconservazione) non si può ipotizzare una risposta giudiziale in assenza dell'intervento del legislatore, anche se il mondo scientifico l'abbia a gran voce richiesta, sul punto ricordandosi il nemmeno recente intervento della scienza a favore della ricerca sulle staminali embrionali⁹⁷.

Né può tacersi che in via astratta è possibile verificare l'esistenza di situazioni fattuali tra loro assolutamente identiche, tali per cui l'esisten-

93. V. sempre C. VIAFORA, *op. ult. cit.*

94. R. BIN, *A discrezione del giudice, op. cit.*, 105.

95. V. S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione, Le scelte esistenziali di inizio-vita*, vol. I, cit. 49 ss. Sul tema v. l'intero volume che la Rivista Politeia ha dedicato a *La legge 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita: quali prospettive?*, a cura di E. D'ORAZIO e M. MORI, 2005, 77.

96. Inizialmente, l'art. 1, comma 1, della legge n. 644 /1975, all'interno della disciplina dei trapianti, regolava le modalità di accertamento della morte "per cessazione del battito cardiaco", mentre l'art. 2 della legge n. 301/1993, rispetto al prelievo di cornea, faceva riferimento alla nozione scientifica di "arresto cardiaco". La l. n. 578/1993 ha quindi collegato la morte con il criterio scientifico della "cessazione" irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo, rinviando ad un d.m. per la definizione delle modalità clinico-strumentali di accertamento della morte e delle condizioni di verifica dell'evento. V. anche la legge n. 91/1999 in materia di prelievi e di trapianti di organi e tessuti. Sul valore delle dichiarazioni anticipate di trattamento v., *infra*.

97. Cfr. E. CATTANEO, *La ricerca sulle saminali embrionali e la prospettiva di una ricercatrice*, in *Politeia*, 2007. n. 88, pag. 25 ss. V., anche, con riguardo al contenuto della libertà (costituzionale) di ricerca scientifica v. R. BIN, *Libertà della ricerca scientifica in campo genetico*, in *Alle frontiere del diritto. Scritti in onore di V. Onida*, a cura di M. D'AMICO e B. RANDAZZO, Milano, 2011, 216 ss.

za di un precedente giudiziario — anche di merito — può costituire la spia di una risposta data già in passato dall'ordinamento, capace di indirizzare i soggetti che si trovano nella medesima condizione.

Ma, a parte tali ipotesi sembra valere quanto esposto da Paolo Zatti, secondo il quale «[...] anche in ordinamenti di stampo civilistico fondati sul diritto scritto diviene sempre più evidente che la capacità del diritto di posa efficacemente il suo sguardo sulla velocissima evoluzione delle cose deve affidarmi non solo, e qualche volta non tanto, all'inserimento legislativo, ma alla capacità del giudice di fare uso appunto dei 'principi', cioè dei simboli ideali e valoriali presenti nelle norme o anche infiltrati nell'ordinamento attraverso il costante ed osmotico legame con il linguaggio»⁹⁸.

Tale considerazione non elide l'ulteriore precisazione, più che mai valevole per la materia qui esaminata, per cui è estremamente complesso il tentativo di ricavare dalle singole pronunzie precisi schemi argomentativi adattabili in ogni circostanza e suscettibili, pertanto, di essere generalizzati, proprio per la multiformità delle vicende fattuali che più e meglio si acconciano ad essere regolate sulla base dell'applicazione di canoni generali che si fanno concreti nell'attività di bilanciamento compiuta volta per volta dal giudice⁹⁹.

Questa prospettiva trova una vigorosa conferma nella sentenza *Pavan e Costa c. Italia*, decisa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo il 28 agosto 2012 — ric. 54270/10 — e ormai divenuta definitiva — v., *infra*, Parte III, Cap. II, par. 2.3.

Quando infatti, la Corte fu chiamata ad esaminare l'eccezione di irricevibilità del ricorso, proposta dal Governo italiano sul presupposto che i ricorrenti non avevano sperimentato ed esaurito le vie di ricorso interne per sperimentare l'esistenza del diritto alla diagnosi pre-impianto (peraltro già ammessa da un'ordinanza del Tribunale di

98. P. ZATTI, *Note sulla "semantica della dignità"*, in *Bioetica e dignità umana*, cit., 96.

99. G. D'AMICO, *Tecniche argomentative e questioni scientifiche controverse in materia di biodiritto: U.S. Supreme Court e Corte costituzionale a confronto*, cit. Vale, ancor di più, in materia l'idea che le decisioni giudiziarie e le schematizzazioni che le stesse compiono sono utili pur ricordando che «[...] si tratta di schematizzazioni *a posteriori* di pronunce giurisprudenziali ciascuna ispirata dall'esigenza di risolvere al meglio *quel* caso alla luce dei principi costituzionali» — così G. SILVESTRI G., *Uguaglianza, ragionevolezza e giustizia costituzionale*, in *Rassegna parlamentare*, 2008, 581.

Salerno¹⁰⁰ in caso omologo¹⁰¹), il giudice di Strasburgo ha disatteso le difese erariali che avevano prospettato il mancato esaurimento delle vie di ricorso interno per non avere i ricorrenti sperimentato il ricorso all'autorità giudiziaria, per l'appunto sottolineando l'irrelevanza di un precedente di un giudice di merito, inidoneo ad esprimere, da solo, l'esistenza di un rimedio interno¹⁰².

Ciò, peraltro, non sminuisce ma valorizza la funzione del giudice di merito che è, anzi, l'autentico *cuore pulsante* dei diritti fondamentali e che, meglio e più di ogni altra autorità giudiziaria interna, è messo in condizione di conoscere *i fatti* posti al suo cospetto, di vagliarne i singoli elementi, di coglierne le sfumature e, alla fine, di sussumerli nel corretto quadro normativo, riletto alla luce del pertinente *diritto vivente* nazionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo. Istituzione, quest'ultima, alla quale il giudice comune è legato da un *filo rosso d'acciaio* che sembra porsi al di sopra dei nessi di collegamento che pure ovviamente esistono fra giudice di legittimità e giudice di Strasburgo e del quale si dirà in seguito, fino al punto di ridisegnare i tratti caratterizzanti dei rapporti fra legittimità e merito¹⁰³.

In questa prospettiva si è mosso, di recente, Trib.Roma, 8 agosto 2014¹⁰⁴.

100. Tribunale Salerno, 9 gennaio 2010, n. 191, in *Foro it.*, 2010, 3, I, 1018, con nota di L. D'AVACK. Sul tema v. anche P.I. D'ANDREA, *La procreazione medicalmente assistita al confine con l'eugenetica*, in <http://www.biodiritto.org/index.php/item/335-la-procreazione-medicalmente-assistita-al-confine-con-l'eugenetica>.

101. Avevano, in realtà, già ammesso la diagnosi preimpianto Tribunale di Cagliari, 24 settembre 2007, in *Foro it.*, 2007, II, I, 3245; Tribunale di Firenze, 18 dicembre 2007, in *Foro it.*, 2008, 2, I, 627; Tribunale di Bologna, Sez. I, 29 giugno 2009, in *Dir. Famiglia*, 2009, 4, 1854. *Contra*: Tribunale di Catania, 3 maggio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, 3498.

102. V. § 37 sent. cit. nel testo: «[...] La Corte ricorda che, in mancanza di uno specifico rimedio interno, spetta al Governo dimostrare, appoggiandosi sulla giurisprudenza interna, lo sviluppo, la disponibilità, la portata e l'applicazione della via di ricorso da esso invocata (si vedano, mutatis mutandis, Meln c. Lettonia, n. 30779/05, § 50, 28 febbraio 2012 e McFarlane c. Irlanda [GC], n. 31333/06, §§ 115-127, 10 settembre 2010). Inoltre, il Governo non può invocare l'esistenza di un mezzo d'impugnazione interno in assenza di una giurisprudenza interna che dimostri l'effettività di quest'ultimo nella pratica e nel diritto, tanto meno quando tale giurisprudenza promani da un organo giudiziario di primo grado (Lutz c. Francia (n. 1) (n. 48215/99, § 20, 26 marzo 2002). 38. Nel caso di specie, la Corte rileva che l'ordinanza del tribunale di Salerno è stata pronunciata da un giudice di primo grado, non è stata confermata da un organo di grado superiore ed è solo una decisione isolata... ».

103. Cfr. R. CONTI, *CEDU, Costituzione e diritti fondamentali*, cit., 274 ss.

104. A. RUGGERI, *Fecondazione involontariamente eterologa per scambio di provette: di chi il figlio?*, in

Adito in sede cautelare da una coppia che si era sottoposta alle pratiche di fecondazione omologa il giudicante ha affrontato la spinosa questione dello “scambio” di embrioni fra due coppie che si erano rivolte ad una struttura sanitaria pubblica per procedere alle pratiche di procreazione medicalmente assistita.

In quella circostanza, esaminando la richiesta formulata dalla coppia che aveva generato gli embrioni impiantati per errore nell’utero di un’altra donna, il giudice capitolino ha premesso che “[...] La peculiarità della vicenda, oltre che per le drammatiche implicazioni umane di tutti i soggetti coinvolti, discende dal fatto che il diritto non contempla e non disciplina in modo esplicito la fattispecie in esame”. Si è trattato di una precisazione di estremo rilievo, essa denotando nel giudicante la chiara consapevolezza dei propri limiti, ma anche l’impossibilità di individuare profili di danno in relazione alla riscontrata lacuna normativa.

Si è infatti ritenuto che “[...] i ricorrenti non possono proporre l’azione di merito invocata (azione di dichiarazione giudiziale di maternità e paternità naturale), ostandovi il possesso di stato attuale dei nati e non essendovi i presupposti per la contestazione dello stato di figlio o la legittimazione a proporre l’azione di disconoscimento di paternità”.

Tali affermazioni si coniugano con quelle relative alla conformità dell’attuale sistema ai canoni costituzionali. Secondo il giudicante, infatti, “[...] Non si rinvergono motivi nel caso di specie per sollevare questione di costituzionalità delle norme sulla filiazione che hanno portato al riconoscimento dei resistenti quali genitori legittimi dei nati in quanto si ritiene che esse rispondano pienamente, nel caso concreto, agli interessi dei minori coinvolti, non rinvenendosi una contrarietà”.

Argomentazioni, quelle esposte, che hanno indotto il Tribunale a disattendere la richiesta cautelare.

Ora, potrà certo discutersi se nel caso di specie si fosse in presenza di un vuoto normativo ovvero se chi assume l’esistenza della lacuna

si faceva, invece, portatore di un'istanza che intendeva modificare l'assetto degli interessi in atto regolato dalle disposizioni del codice civile¹⁰⁵. Quel che tuttavia appare certo, almeno nella prospettiva del giudice cautelare, è la necessità di salvaguardare il preminente interesse del minore, riconoscendo piena efficacia alla disciplina normativa che attribuisce alla madre biologica — e non a quella genetica — la maternità.

Colpisce, d'altra parte, nel provvedimento romano l'accento sulle modifiche degli assetti familiari prodottesi per effetto dei mutamenti socio-scientifici e, in particolare, sull'emersione di diverse figure genitoriali: madre genetica" (intesa come donna cui risale l'ovocita fecondato); madre biologica (colei che ha condotto la gestazione); madre sociale (colei che esprime la volontà di assumere in proprio la responsabilità genitoriale); padre genetico-padre sociale.

Emersione che torna all'attenzione del Tribunale per i minorenni di Bologna il quale, con ordinanza resa il 10 novembre 2014, ha sollevato questione di legittimità costituzionale della disciplina nazionale — art. 41 l. n. 218/95 che richiama la legge speciale gli artt. 35 e 36 l. n. 184/83 — nella parte in cui impedisce il riconoscimento della sentenza statunitense che ha disposto l'adozione piena di una minore, figlia biologica della partner della richiedente.

Sembra confermato come la dimensione sempre più prepotentemente casistica e fattuale del diritto dimostri quanto la corretta e precisa dimensione della vicenda posta al vaglio del giudice porta a plasmare il diritto scritto verso soluzioni che *nel caso* riescono a fornire la migliore tutela possibile del diritto coinvolti. Forza e, al contempo, limite, del valore del precedente.

Valore *costituzionale* hanno le riflessioni fatte all'interno della *mailing list* "minori e famiglia" dal Presidente del Tribunale per i minorenni di Catanzaro che ha presieduto il collegio che ha sollevato la

105. V. sul punto, V. ZAGREBELSKY, *La legge mette comunque i bambini al primo posto*, in *La Stampa*, 9 agosto 2014: «La regola secondo la quale in ogni caso, ciò che conta, la composizione genetica dell'embrione da cui il nato deriva [...] assimilerebbe l'embrione (erroneamente) impiantato nella donna che non ne era destinataria, al pacco che il postino consegna all'indirizzo sbagliato e che il proprietario, vero destinatario, rivendica davanti al giudice dicendo "mio", con il rischio di considerare la donna gestante come un mero involucro priva di qualsiasi diritto sul proprio corpo, e sul feto che porta in grembo».

questione di costituzionalità, poi accolta da Corte cost.n. 278/2013¹⁰⁶.

Esse mi appaiono di straordinaria portata non solo rispetto alla questione, delicatissima, dell'anonimato della madre rispetto al desiderio di conoscere le proprie origini dell'adottato ma, soprattutto, per lo spaccato che offrono del giudice di merito, delle sue ansie, delle sue aspettative, delle spinte che ne animano quotidianamente l'operato. Espressive, quelle stesse parole, come ha avuto modo di dire Antonio

106. Riporto testualmente, nei suoi bravi più significativi, il testo del messaggio di L. TROVATO, con il consenso dell'Autore: «[...] Sono stato il relatore dell'ordinanza di rimessione (luglio 2004) della questione non accolta nel 2005 (che poi in effetti era la seconda in quanto la prima, risalente al febbraio 2003, era stata restituita per le modifiche intervenute con la l. 196/2003 sulla *privacy*) e ricordo la passione che ho condiviso con i colleghi fiorentini e con un gruppo di uditori che facevano tirocinio nelle settimane in cui fu sollevata la prima volta. Ricordo soprattutto l'esperienza toccante delle audizioni di coloro che avevano presentato istanza di accesso, la percezione nettissima di trovarsi di fronte ad una persona che portava una ferita non rimarginata, la difficoltà di spiegare l'impossibilità di procedere nei casi del VII comma ed il timore di sbagliare [...] organizzando la conoscenza nei casi in cui era possibile. In questi ultimi l'udienza era iperpreparata, con affiancamento di un bravo g.o. psicologo, tenuta dopo una prima comparizione di preparazione in cui avevamo consigliato all'interessato di farsi sostenere da un proprio terapeuta a cui, con il consenso dell'istante, progettavamo di consegnare le informazioni. Dopo la Corte Cost. del 2005, nei casi di madre anonima, cominciammo ad autorizzare, nei decreti che respingevano l'istanza, la conoscenza dei dati non identificativi (un decreto è riportato nel n. 2/2008 di Minori Giustizia). Nel 2007 la nostra collega Luisa Romagnoli scrisse un bell'articolo pubblicato in una raccolta di scritti sulla famiglia, curata da Mariani-Passagnoli [...] che dava ulteriore dignità al nostro operato. Nel 2012 la sentenza Godelli della CEDU ha reso ulteriormente indifendibile la normativa italiana che regola il parto in anonimato. Poco dopo la Godelli, dunque un anno fa, ho avuto la fortuna di partecipare ad un seminario di tre giorni sul diritto alla conoscenza delle origini organizzato a Firenze dalla CAI [...]: oltre all'arricchimento personale ho dovuto osservare come per l'intera comunità (sottolineo l'unanimità) degli psicologi l'affermazione di questo diritto è fondamentale per la costruzione della personalità dell'individuo. A dicembre, da Catanzaro, ulteriormente motivati dalla condanna subita in sede europea, abbiamo nuovamente sollevato la questione (nel mio Tribunale qualcuno sostiene che la Corte ha accolto per stanchezza!). Perdonatemi queste note personali che si giustificano unicamente per spiegare la mia maturazione personale sul tema specifico. Sulle tematiche sollevate finora vorrei invitare soprattutto a non avere fretta nell'individuare soluzioni corrette né ansia per il timore di sbagliare [...] I riferimenti alla letteratura, alla dottrina ed alla giurisprudenza sono ampi e documentati: tra l'altro guardando al panorama internazionale, dovremo riconoscere che siamo un fanalino di coda, ma che c'è tutt'altro che uniformità nella legislazione comparata, dalla timidezza della Francia, alla estrema trasparenza della Svezia, al coraggio della cattolicissima Spagna, alla articolazione del Regno Unito, al pragmatismo degli Stati Uniti ecc. Da parte di noi giuristi impegnati nella materia, sostenuti dalla competenza dei nostri gg oo, mi piacerebbe che arrivassimo compatti nel formulare al legislatore un articolato adeguato ai tempi e al variegato contesto italiano (in questo, come al solito, Piercarlo Pazè è già di una misura avanti) [...].»

Ruggeri, di rara sensibilità, a conferma di quanto in magistratura operino, anche, « degli autentici servitori della Costituzione e dello Stato, capaci di beneficamente “contagiare”, con le testimonianze quotidianamente rese della loro scienza e coscienza, anche chi sta loro accanto, risvegliando alcuni dal loro torpore o — mi viene da dire — pigrizia spirituale ».

E sono, ancora, i dubbi e le incertezze sul domani, sul *cosa* e *come* fare dopo Corte cost. n. 278/13¹⁰⁷ a dare una risposta, a me pare appagante, al dubbio che il giudice non abbia ben chiaro il confine fra giudizio e legge e tenda, invece, a valicarlo.

Erra, infatti, che vorrebbe intravedere in questo “attivismo giudiziario” un fuor d’opera del giudice, anzi dimostrandosi una piena e sicura sinergia fra giudice costituzionale e giudice “comune” sul percorso della salvaguardia dei diritti fondamentali. A fronte dell’estrema rigidità del precedente dato normativo e della lacuna venutasi a creare

107. L. TROVATO, cit.: «[...] In particolare come giudici minorili, per il rispetto dell’esperienza maturata nei singoli casi, non dovremmo accettare silenziosamente soluzioni al ribasso. Anche io non mi sento incline a timidezze interpretative: ho sempre pensato che le spalle larghe concesse dal nostro ordinamento al giudice impongano l’onere di promuovere la concreta affermazione dei diritti scegliendo tra le varie opzioni quella più conforme alla Costituzione. Condivido anche io l’auspicio che la materia venga regolata in modo dettagliato con legge ordinaria (tra l’altro sono tre i disegni di legge in discussione) ma mi chiedo quanto sarà legittimo attendere? Tre, sei, dodici mesi? E se il Parlamento, impegnato in altre incombenze, non si muovesse, il diritto riconosciuto (vorrei dire dichiarato, perché mi sembra un diritto naturale) dalla Corte Costituzionale dovrebbe restare sulla carta? Dico subito che non mi sembrerebbe la soluzione giusta. Ripeto, è bene attendere per un tempo congruo una normativa uniforme ma non sottovalutiamoci. Abbiamo già le risorse e abbiamo imparato come fare a dare corpo ad una ricerca rispettosa di tutte le posizioni coinvolte (madre di nascita, famiglia adottiva e figlio adottato). Noi siamo gli operatori del diritto chiamati ad esercitare una giurisdizione mite, mi capita a volte di dire *compassionevole*, nei confronti di tutti i nostri utenti. La necessità di particolare diligenza è più che chiara e la paura di sconvolgere una vita o l’idea che una donna si butti da un ponte non può impedire l’esercizio di un diritto altrui. Piuttosto sarà nostra cura predisporre accurate modalità che garantiscano riservatezza e rispetto nei confronti delle parti coinvolte, professionalità degli operatori incaricati delle procedure fin dal momento della notifica, sensibilità nella trattazione della procedura. Quanto è successo e Cittadella ci invita a riflettere sull’importanza della formazione permanente degli operatori: penso che non dobbiamo mai ritenerci sicuri in tal senso [...]. Da questo punto di vista, dobbiamo dire chiaramente che non ci sarà mai un articolato normativo idoneo, da sé solo, ad evitare abusi, o uso prepotente ed illegittimo, o anche semplicemente irragionevole delle proprie funzioni, ma che sarà la crescita culturale nostra, degli operatori che incarichiamo e formiamo, e contemporaneamente della società in generale che potrà scongiurare davvero pericoli come quelli evidenziati da Giuliana ».

per effetto della declaratoria di incostituzionalità, sembra voler dire Trovato, i diritti dei soggetti coinvolti sono tutti lì, in attesa di trovare una composizione che realizzi al massimo livello la tutela agli stessi riservata dall'ordinamento¹⁰⁸.

Nell'attesa che il legislatore intervenga in una materia così delicata, sapere che un giudice possa offrire composizione agli interessi "in conflitto" è, a me pare, la maggiore sicurezza che un sistema democratico possa fornire alle persone che vi risiedono, essa innestandosi in modo perfetto nei cunei che la sentenza *Godelli* aveva ritenuto non potere essere riempiti da una disciplina normativa troppo rigida, come appunto riconoscono, oggi, i giudici della Corte costituzionale.

3.9. Il giudice ed i limiti degli atti *contra legem*

Ma anche a questo ruolo del giudiziario va, probabilmente, posto un limite invalicabile — nei termini di seguito specificati —, rappresentato dal tentativo di realizzare, per intenti ritenuti giusti, risultati concreti che, per contro, si scontrano con la precettività di disposizioni esistenti nell'ordinamento, soprattutto se di natura penale.

Carlo Casonato ha, sul punto, esaminato la tendenza delle Corti — di merito —, emersa tanto nei Paesi di *common law* che in quelli di *civil law*, ad adottare soluzioni di favore per soggetti che, per motivi compassionevoli, avevano dato luogo a condotte d'interruzione dell'esistenza di propri cari in nome di un'esigenza, più o meno espressa, di *equity* — e, dunque, di *bio equity* — o, comunque, di riconduzione a razionalità complessiva del sistema¹⁰⁹.

108. V., sempre sul ruolo proattivo del giudice minorile, MICELA F., *Magistrati minorili: nel dubbio sulle competenze si consuma l'attesa del tribunale per la famiglia*, in *Guida al diritto*, 30 novembre 2013, n. 48, 10.

109. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit. 189 ss., il quale esamina le tecniche utilizzate sul punto dalle Corti — la teoria del doppio effetto (c.d. dottrina del *double effect*) correlata al ricorso a nozioni di carattere scientifico ed all'intento di alleviare le sofferenze del paziente (c.d. *jury nullification*). V., ancora *op. ult. cit.*, 197: «[...] emerge un quadro complessivo in cui ordinamenti tanto di *civil law* quanto di *common law* appartenenti al modello a tendenza impositiva sono accomunati dall'esigenza di superare fonti del diritto che paiono ai giudici, alle giurie, alla stessa pubblica accusa troppo rigide ed incapaci di trattare con equità le caratteristiche specifiche di una serie di casi che sempre più frequentemente emergono nella fase finale della vita [...]» Essi si affidano, in particolare,

Deve infatti ritenersi che, soprattutto nella materia penale nella quale si avverte maggiormente l'esigenza di prevedibilità, laddove il giudice operi *contra legem*, al fine di ricondurre la soluzione di un caso concreto ad un percepito senso di equità non corrispondente all'inquadramento legislativo va "oltre" il ruolo che gli è attribuito dall'ordinamento.

Si tratta, a ben considerare, di soluzioni *extra ordinem* che dipendono dalla piena discrezionalità dei soggetti incaricati della decisione e che, pur apparentemente rivolgendosi verso la salvaguardia dell'autodeterminazione della persona, involgono direttamente le scelte discrezionali di un ordinamento.

Per converso, è all'interno del sistema positivo che il giudice potrà — e dovrà — trovare gli strumenti per, eventualmente, porre in discussione la validità delle disposizioni precettive ritenute contrarie ai principi generali individuati nel sistema stesso. Opinando diversamente, si finirebbe con il consentire che il sistema tolleri la compresenza di un diritto scritto apertamente e irrimediabilmente inconciliabile con i suoi stessi principi.

È noto che, nell'ordinamento interno, il caso di Piergiorgio Welby presenta qualche assonanza con la questione di ordine generale sopra prospettata. Ora, date per note le ragioni che hanno condotto il GUP del Tribunale di Roma a mandare assolto l'anestesista che decise di staccare il respiratore, non pare potersi revocare in dubbio che la presenza, nell'ordinamento positivo, di una norma incriminatrice (art. 579 c.p.) che muoveva dal presupposto della totale irrilevanza, ai fini della non configurabilità del reato, del diritto all'autodeterminazione del soggetto che aveva deciso di porre fine alla propria esistenza si ponesse in stridente contrasto con i parametri costituzionali ai quali si fa usualmente risalire il diritto all'autodeterminazione¹¹⁰. Ma non

ad una forzatura degli elementi scientifici e di quelli giuridico-processuali oppure ad un *self-restraint* che pare formalmente legittimo solo in presenza di un principio di non obbligatorietà dell'azione penale o di una *prosecutorial discretion*. Il tema è stato sviluppato, ed aggiornato, in chiave comparatistica, nella ricerca del Gruppo di Trento di cui si è detto.

110. Il punto, d'altra parte, è colto dalla dottrina più avvertita che, all'indomani della decisione del giudice civile del Tribunale di Roma, pur propendendo per la liceità penale dell'eventuale condotta del soggetto medico che avesse dato attuazione alla volontà dell'inerme Welby, aveva manifestato una situazione di grave incertezza — cfr. F. VIGANÒ, *Esiste un « diritto a essere lasciati morire in pace »?*, cit. — poi in astratto ammettendo la possibilità — ma non l'obbligo — che il giudice penale rimettesse gli atti alla Corte costituzionale per

è così scontato che il risultato raggiunto dal giudice comune potesse essere risolto senza ricorrere al giudice costituzionale.

3.10. Qualche punto fermo sul ruolo del giudice di merito e sull'esigenza di specializzazione in funzione della dignità umana

In conclusione, se è — e a condizione che sia — vero quanto si è detto, sembra possibile “mandare assolto” il giudice dall'accusa di essere — o potere essere — *ex ante* ideologicamente orientato verso decisioni *pro choice* o *pro life* e, ancora, di volere assumere le vesti del legislatore, dovendosi piuttosto ritenere che questi, volta per volta, dovrà orientarsi a dare il massimo rilievo alla persona umana e al patrimonio irripetibile che ciascuna conserva, avvalendosi di tutte le regole che il processo e il diritto sostanziale gli offre.

In definitiva, non sembra che il giudice di merito, per svolgere in modo accorto e giusto il proprio ruolo nelle controversie in materia di biodiritto sia tenuto alla formulazione di principi (di diritto) destinati ad operare *oltre* la fattispecie, pur trovandosi egli al centro del dialogo fra le Corti e le Corti allo stesso modo delle Corti supreme.

Luigi Ferrajoli non ha mancato di sottolineare che, ferma l'opportunità di un ricorso al diritto quanto più sobrio possibile, i dilemmi morali, quando emergono e rendono inevitabile il diritto, rendono appropriata la forma del giudizio, anziché quella della legge.

Ciò perché « il tratto comune di queste situazioni dilemmatiche è infatti l'assoluta *singularità e irripetibilità del caso* [corsivo aggiunto], non assimilabile ad altri. Sicché mentre sarebbe comunque inopportuna la presenza di una regola generale ed astratta, ben può essere adeguata una decisione giudiziaria, preceduta ovviamente da tentativi di composizione e di mediazione del conflitto. Ma è anche evidente che in tali materie questa stessa opzione in favore del giudizio anziché

vagliare la compatibilità dell'art. 579 cit. con la Costituzione — v. F. VIGANÒ, *Decisioni mediche di fine vita e « attivismo giudiziale »*, cit., 1603 — ritenendolo “non necessario”, potendosi fare ricorso agli ordinari strumenti interpretativi, tanto da giudicare la soluzione espressa dal giudicante romano l'*unica* compatibile con il diritto (in *primis* costituzionale) vigente. È, però, ancora VIGANÒ a sottolineare come l'intervento del legislatore sarebbe preferibile rispetto alla situazione attuale, in quanto garantirebbe la *conoscibilità* per i consociati delle norme di condotta e la conseguente *prevedibilità* delle sanzioni ricollegate alla loro inosservanza » — p. 1610.

della legge vale solo tendenzialmente, non potendo essere operata in via generale, ma solo con riferimento alle singole, diverse questioni bioetiche»^{III}.

Ciò consente ancora una volta di circoscrivere il valore ed il significato della decisione giudiziale destinata, qui più che mai, ad operare nel caso concreto esaminato, cogliendone “il senso” e il “valore”, come ha scritto sapientemente G. Zagrebelsky^{II2}.

D'altra parte, all'accresciuto ruolo del giudiziario e all'indubbia valorizzazione — di matrice normativa — del ruolo del giudice non può non corrispondere un'altrettanta specializzazione delle figure

III. L. FERRAJOLI, *La questione dell'embrione tra diritto e morale*, in *Politeia, Le questioni bioetiche davanti alle Corti: le regole sono poste dai giudici?*, a cura di A. SANTOSUOSSO E G. GENNARI, 2002, n. 65, 165.

II2. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 187: «[...] Il caso, per il giudice e per la scienza giuridica, è essenzialmente un accadimento problematico che solleva la questione di come reagire ad esso, di come risolverlo nei termini del diritto. Per il diritto, quindi, il caso non è qualcosa che debba semplicemente essere registrato ma è qualcosa che deve essere risolto. La risoluzione è richiesta dall'esistenza del problema. Come in tutti i problemi, anche i problemi giuridici devono essere “compresi”. Ma la comprensione di un problema matematico, ad esempio, non è la stessa cosa della comprensione di un problema di “dover essere”. Ai fini dell'applicazione (e, ancor prima, dell'individuazione tramite l'interpretazione) della regola di diritto, la comprensione del caso presuppone che se ne intenda il “senso” e gli si dia un “valore” attraverso categorie, appunto, di senso e di valore di cui disponga l'interprete. La categorizzazione del caso alla luce di esse indicherà così in quali direzioni in vista di quali risultati dovrà cercarsi nell'ordinamento la regola adatta a essere applicata. Per “senso” si deve intendere qui la connessione tra un'azione e il suo “prodotto” sociale. La comprensione del senso di un'azione, cioè della sua “logica sociale” si ha sempre solo mettendola in connessione con le conseguenze che essa si considera idonea a determinare». L'A. non manca poi di riscontrare che in taluni casi tali categorizzazioni, di natura oggettiva, sono impossibili quando un contesto culturale oggettivo manca «[...] poiché l'azione è di tipo nuovo e non c'è accor(d)io sul suo senso, o perché esistono divisioni di valori. In tali casi, prosegue l'A., «colui che applica il diritto si trova senza parametri diversi da quelli che deve egli stesso darsi. Rispetto ai casi «critici, nei quali [...] non vi è comunanza ma una divisione tra gli interpreti, in ordine al senso e al valore da attribuire ad essi». In tali casi, al cui interno Zagrebelsky individua le questioni che toccano argomenti come la vita (il concepimento, la gestazione, l'aborto), la morte (l'eutanasia) e la salute (i trapianti, l'ingegneria genetica) la bioetica in genere o lo stato delle persone, l'esistenza di opposti intendimenti o comprensioni sono tali da “determinare opposte soluzioni giuridiche”. Così, ancora, testualmente, «[...] L'“Angelo della morte” che aiuta i malati terminali a porre fine al tempo della loro vita può essere considerato un pericolosissimo criminale o un benefattore degno della riconoscenza dei suoi simili [...]. L'annidamento dell'embrione nel grembo di donna diversa dalla madre (con i conseguenti gravissimi problemi morali e giuridici, relativi alla posizione dei soggetti coinvolti) può essere visto come il più nobile tentativo di soddisfare il naturale desiderio alla maternità e alla paternità o, al contrario, come la violazione della più sacra legge naturale della trasmissione della vita» (p. 192).

professionali chiamate a svolgere funzioni che riguardano la materia del biodiritto.

Tanto, del resto, ci viene chiesto non solo dalle parti che pongono all'esame del giudice le vicende più intime della loro esistenza, ma anche dall'Europa.

In questo senso, non è superfluo rammentare le linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa su una giustizia a misura di minore (adottate il 17 novembre 2010 dal Comitato dei ministri in occasione della 1098^a riunione dei delegati ministeriali), che hanno espressamente ricordato come «[...] Nelle cause in materia di diritto di famiglia (per esempio, filiazione, affidamento, sottrazione di minore da parte di un genitore), i giudici dovrebbero dimostrare una diligenza eccezionale al fine di evitare ogni rischio di conseguenze dannose sui rapporti familiari» — p. 51.

Con riserva di tornare sul punto quando si discuterà dell'istituto dell'amministrazione di sostegno — per il quale v., *infra*, Parte III, Cap. I, par. 1.2 —, non pare potersi fin d'ora revocare in dubbio che la notevole difficoltà sottesa al contenzioso di cui si è qui detto non può consentire che esso venga trattato da magistrati non adeguatamente “formati” rispetto alle questioni o non singolarmente dotati di attitudini spiccate verso il confronto con le questioni che involgono la persona ed i suoi diritti fondamentali.

A ben considerare, non si tratta di mere questioni organizzative–burocratiche–formali ma, tutto al contrario, di temi nodali che si ripercuotono sulla tutela delle persone, del loro desiderio di essere considerate e tutelate, in ragione della peculiare condizione nella quale le stesse si trovano, non in funzione del profitto e del guadagno, ma in relazione alla loro dignità, alla gratuità intrinseca che governa ogni atto incidente sulla sfera del corpo, alla loro condizione volta a volta particolare, di minore, di disabile, di malato o, a volte, di semplice “essere umano”.

3.11. Sull'affidamento di minore ad una coppia dello stesso sesso. Le decisioni di due giudici di merito — G.T. Parma, 3 luglio 2013 e Tribunale per i minorenni di Bologna, 31 ottobre 2013

Ha creato particolare clamore la decisione adottata dal Giudice tutelare di Parma, poi confermata dal Tribunale per i minorenni di Bologna¹¹³, di affidare un minore ad una coppia dello stesso sesso.

Accennare a tale questione sembra qui utile proprio per testare quanto si è andato dicendo a proposito del ruolo del giudice di merito nelle questioni biogiuridiche ma, anche, per misurare *sul campo* quell'esigenza di procedimentalizzazione del ruolo del giudice e del ruolo dell'ascolto, al fine di realizzare al meglio gli interessi coinvolti, della quale si è discusso in Parte II, Cap. III.

Il G.T. ha ritenuto che il concetto di famiglia espresso all'interno dell'art. 2 della legge 4 maggio 1983, n. 84 — che consente di disporre l'affidamento del minore « ad una famiglia, preferibilmente con figli minori, o ad una persona singola in grado di assicurargli il mantenimento, l'educazione, l'istruzione e le relazioni affettive di cui egli ha bisogno » — potesse interpretarsi nel senso di comprendere anche le coppie di persone dello stesso sesso.

Se, infatti, la stessa legge esclude in maniera chiara la possibilità di adozione in capo a soggetti adulti non costituenti una famiglia in senso giuridico in materia di affido, per contro, nota il Tribunale per i minorenni di Bologna nella successiva fase di reclamo, «[...] non possono, invece, essere esclusi dal novero dei potenziali affidatari i singoli individui e quindi, in base ad un necessario passaggio logico-giuridico, anche le coppie di fatto (cioè composte da due singoli individui alla cui unione il Legislatore non connette la produttività di effetti giuridici) come quelle di consanguinei ovvero dello stesso sesso, legate da qualunque tipo di rapporto, purché, qualora entrambi siano incaricati dell'affido, stabili e con caratteristiche tali da apparire idonee ad assicurare al minore il mantenimento, l'educazione, l'istruzione e le relazioni affettive di cui ha bisogno; a riprova di ciò vale l'argomento per cui, formalmente, la legge non vieterebbe l'affido ad un singolo

¹¹³. V. Tribunale di Parma, Giud. tut., 3 luglio 2013, in <http://www.articolo29.it/7252-2/>; Tribunale per i minorenni di Bologna, 31 ottobre 2013, in <http://www.articolo29.it/2013/7290/>. Sulla tematica in generale v., di recente, il ricchissimo volume curato da R. TORINO, *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione*, Roma, 2013.

individuo che fosse componente di una coppia non riconoscibile come famiglia, non rilevando in tale caso la sussistenza e le caratteristiche di tale unione ».

Ora, a parte qualche concessione di troppo che il giudice tutelare, per giustificare la sua decisione, ha dedicato alla legislazione regionale emiliana e pure tralasciando qualche percettibile diversità di impostazione fra i due provvedimenti in rassegna, non sembra che il cuore del ragionamento esposto dai due giudici intervenuti nella vicenda possa ascrivere tra quelli capaci di snaturare il concetto di famiglia o, ancor di più, di bypassare le indicazioni espresse dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 138/2010¹¹⁴ e nella successiva Corte cost. n. 170/2014.

114. V. Corte cost.n. 138/2010, in *Foro it.*, 2010, 5, I, 1361, con note di con nota di R.ROMBOLI e DAL CANTO. Sulla sentenza n. 138/2010 v., altresì, R. CONTE, *Profili costituzionali del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali alla luce di una pronuncia della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Corr. giur.*, 2011, 573 ss.; ibidem, R. CONTI, *Profili costituzionali del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali alla luce di una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Corr.giur.*, 579 ss. Si ricorderà che in quell'occasione alcuni giudici comuni avevano posto lo spinosa questione della legittimità della disciplina interna che impedisce il matrimonio fra coppie omosessuali, evocando non solo la violazione di parametri costituzionali interni ma, anche, la violazione di disposizioni sovranazionali, per il tramite dell'art. 117 1° comma Cost. — art. 12 CEDU e artt. 7 e 9 Carta di Nizza–Strasburgo. Secondo uno dei giudici remittenti (Tribunale di Venezia) il chiaro tenore delle disposizioni interne non consentiva di estenderlo anche a persone dello stesso sesso; anzi, affermare il contrario avrebbe provocato « una forzatura non consentita ai giudici (diversi da quello costituzionale), a fronte di una consolidata e ultramillenaria nozione di matrimonio come unione di un uomo e di una donna ». Ciò, peraltro, non elideva le rapide trasformazioni della società e dei costumi, il superamento del monopolio detenuto dal modello di famiglia tradizionale, la nascita spontanea di forme diverse (seppur minoritarie) di convivenza, che chiedono protezione e mirano ad essere considerate e disciplinate. In definitiva, i nuovi bisogni, legati anche all'evoluzione della cultura e della civiltà, richiedendo tutela, imponevano un'attenta meditazione e giustificavano i dubbi di costituzionalità della normativa. Il giudice remittente, d'altro canto, aggiungeva alle osservazioni del Tribunale il possibile *vulnus* con alcuni articoli della CEDU — artt. 8, 12 e 14 — e della Carta di Nizza — artt. 7, 9 e 21. Orbene, Corte cost. n. 138/2010 ha disatteso i profili di costituzionalità collegati all'art. 2 Cost. in ragione del fatto che nell'ambito applicativo di tale ultima disposizione spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette. Se era vero « che i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere "cristallizzati" con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi », non era men vero che « detta interpretazione [...] non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata ». La circostanza che in occasione dei Lavori dell'Assemblea costituente si era presa unicamente

Il passaggio che compiono i giudici comuni, prima il Giudice Tutelare e poi il Tribunale per i minorenni in fase di reclamo, è stato quello di interpretare la legge nazionale che disciplina, fra l'altro, l'affidamento familiare.

Ben lungi dal confrontarsi con un tessuto normativo che — a differenza della vicenda relativa alla possibilità di una coppia omosessuale di contrarre matrimonio — rendeva improponibile una soluzione interpretativa favorevole all'affido a coppia omosessuale e trovandosi, per contro, di fronte ad un dato normativo che rinviava *tout court* alla nozione di famiglia, il giudice tutelare inserisce la coppia omosessuale nel concetto di famiglia affidataria.

Difficile, d'altra parte, era ipotizzare il ricorso alla nozione di comunità di tipo familiare, alla quale pure possono essere affidati i minori proprio alla stregua dell'art. 2 comma 2 della l. n. 184/1983 per ivi sussumere la coppia omosessuale. Ed invero, dette comunità, alle quali fa esplicito riferimento il comma 4 dello stesso articolo 2 l. ult. cit., devono essere « caratterizzate da organizzazione e da rapporti interpersonali analoghi a quelli di una famiglia » e sono definite dal d.m. 21 maggio 2001 n. 308, art. 3¹¹⁵.

in considerazione la nozione di matrimonio come fra persone di sesso diverso faceva dire ai giudici della Consulta che « questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa. » Quanto ai parametri sovranazionali evocati da uno dei remittenti, la Corte non vi intravedeva alcun rilevante contrasto con la disciplina interna. Riteneva, in particolare, non pertinente il richiamo a Corte EDU, 11 luglio 2002, *Goodwin c. Regno Unito* — e con specifico riferimento agli artt. 12 CEDU e 9 della Carta di Nizza — uniche disposizioni che apparivano rilevanti nella fattispecie — assumeva che entrambe, nell'affermare il diritto di sposarsi, rinviavano alle leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio. Peraltro, le spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, elaborate sotto l'autorità del Praesidium della Convenzione che l'aveva redatta (e che, pur non avendo status di legge, rappresentano secondo la Corte costituzionale un indubbio strumento di interpretazione), con riferimento al detto art. 9 chiarivano che « L'articolo non vieta né impone la concessione dello status matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso ». Quel che agli occhi di Corte cost. n. 183/2010 appare decisivo, a parte il riferimento esplicito agli uomini ed alle donne, è che anche la citata normativa sovranazionale non impone la piena equiparazione alle unioni omosessuali delle regole previste per le unioni matrimoniali tra uomo e donna. Sicché, con il rinvio alle leggi nazionali, si ha conferma ulteriore che la materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento.

115. V. art. 3 d.m. cit. nel testo, contenente il Regolamento concernente « Requisiti minimi strutturali e organizzativi per l'autorizzazione all'esercizio dei servizi e delle strutture a ciclo residenziale e semiresidenziale, a norma dell'articolo 11 della legge 8 novembre 2000,

La sussunzione — operata dal giudice tutelare — della coppia omosessuale nel concetto di famiglia sancito dall'art. 2 cit. non appare in contrasto con la giurisprudenza della Corte costituzionale sopra ricordata che si occupò del riconoscimento di un diritto (al matrimonio) della coppia omosessuale in un'ipotesi in cui il diritto reclamato era espressamente escluso dalla legge ordinaria¹¹⁶. Ciò perché la diversità di sesso dei nubendi costituiva, anche secondo la costante giurisprudenza della Cassazione, requisito minimo indispensabile per la stessa "esistenza" del matrimonio civile come atto giuridicamente rilevante.

Ora, per giungere al riconoscimento dell'affido a coppia omosessuale, ha giocato un ruolo decisivo sia la netta diversità fra l'istituto dell'affidamento familiare — peraltro ben diverso per finalità e presupposti da quello preadottivo disciplinato dall'art. 22 l. cit. — e quello dell'adozione che l'espressa possibilità che il primo, destinato ad operare solo temporaneamente in favore del minore privo di un ambiente familiare idoneo, è consentito anche nei confronti di *una persona singola* che sia partecipe di una coppia diversa da quella che forma in generale una famiglia in senso tradizionale o di una coppia di consanguinei.

n. 328 », ove si chiarisce che « Le comunità di tipo familiare e i gruppi appartamento con funzioni di accoglienza e bassa intensità assistenziale, che accolgono, fino ad un massimo di sei utenti, anziani, disabili, minori o adolescenti, adulti in difficoltà per i quali la permanenza nel nucleo familiare sia temporaneamente o permanentemente impossibile o contrastante con il progetto individuale, devono possedere i requisiti strutturali previsti per gli alloggi destinati a civile abitazione. Per le comunità che accolgono minori, gli specifici requisiti organizzativi, adeguati alle necessità educativo-assistenziali dei bambini e degli adolescenti, sono stabiliti dalle regioni ».

116. V. Cass. n. 4184/2012, in *Foro it.*, 2012, I, 2727, con commento di R. ROMBOLI, *Il matrimonio fra persone dello stesso sesso: gli effetti nel nostro ordinamento dei "dicta" della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo, nell'interpretazione della Corte di Cassazione*; v. anche M. DI BARI, *Considerazioni a margine della sentenza 4184/2012 della Corte di Cassazione: la Cassazione prende atto di un trend europeo consolidato nel contesto delle coppie same-sex anche alla luce della sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Riv. telematica giuridica dell'Associazione italiana costituzionalisti*, n. 1, 2012, <http://www.rivistaaic.it/articolorivista/considerazioni-margine-della-sentenza-41842012-della-corte-di-cassazione-la>, per la quale la diversità di sesso dei nubendi è, quanto meno: « [...] postulato » implicito, a fondamento di tale istituto, come emerge inequivocabilmente da molteplici disposizioni di tali fonti e, in primo luogo, dall'art. 107, primo comma, c.c. che, nel disciplinare la forma della celebrazione del matrimonio, prevede tra l'altro che l'ufficiale dello stato civile celebrante « riceve da ciascuna delle parti personalmente, l'una dopo l'altra, la dichiarazione che esse si vogliono prendere rispettivamente in marito e in moglie ».

Ha poi trovato spazio argomentativo, nella decisione del giudice tutelare, il riferimento alla giurisprudenza di legittimità (Cass. n. 601/2013¹¹⁷) che, di recente, non ha mancato di sottolineare come l'eventuale rapporto di fatto del genitore con persona dello stesso sesso non può essere considerato di per sé fattore ostativo al regime dell'affidamento del minore¹¹⁸.

Orbene, nel seguire tale percorso il giudice di merito non sembra avere usurpato le prerogative riservate al legislatore¹¹⁹.

Se la legge si deve interpretare sulla base di diversi parametri, quello costituzionale quello sovranazionale e quello eurounitario — quando quest'ultimo rilevi — ciò val quanto dire che il concetto di “famiglia” espresso dalla legge (ordinaria) sull'affido non è né deve essere necessariamente quello costituzionale, potendo la prima estendere la portata della seconda sempre che essa si muova nel perimetro di quei valori fondamentali scolpiti dalle Carte sovranazionali che la stessa Costituzione richiama.

Si intende cioè dire che è certo necessario che la legge sia compatibile con la Costituzione, ma nulla impedisce di ritenere che il legislatore approfondisca la tutela minimale offerta alla famiglia, intesa nel significato chiarito dalla Corte costituzionale, ampliandola al fine di garantire una tutela maggiore di un valore fondamentale — quello dell'unità familiare tra persone non necessariamente di sesso diverso — rispetto a quella costituzionale,

117. In *Fam. e dir.*, 2012, 570, con nota di F. RUSCELLO. Sull'affidamento omogenitoriale v., utilmente, D.AMRAM, *Omogenitorialità: le questioni rilevanti e quelle irrilevanti (nota a Tribunale di Genova, 30 ottobre 2013)*, in <http://www.articolo29.it/2013/commento-tribunale-di-genova-30-ottobre-2013-omogenitorialita-le-questioni-rilevanti-e-quelle-irrilevanti/#more-7418>.

118. Né appare di scarso significato la circostanza che il risultato al quale è approdata la Cassazione nel precedente ricordato nel testo è in sintonia con quanto affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha riconosciuto la responsabilità del Portogallo per il mancato affidamento del figlio al padre omosessuale stabilmente convivente con altro uomo, ritenendolo espressione di una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale — Corte EDU, 21 dicembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo* — ric. 33290/96. V. anche sul punto F.BILOTTA, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in *Dir. Fam.pers.*, 2011, II, 2, 899 ss., spec. § 3.1.

119. I due provvedimenti in esame non sono esattamente sovrapponibili quanto alla qualificazione riservata alle coppie di fatto. Ciò malgrado, le motivazioni espresse in ordine al rilievo che la coppia non coniugata aveva ai fini dell'affido sembrano tutte orientate ad assimilare le coppie omosessuali al concetto di famiglia, attraverso una serie di passaggi che, questi sì, ripercorrono le linee argomentative espresse dal Giudice tutelare parmense.

purché esso trovi spazio in parametri che lo tutelano anche “di più” della Costituzione.

Ed allora, una legge ordinaria ben può attuare valori fondamentali in modo anche più pieno della stessa Costituzione, quando essi siano comunque rintracciabili anche attraverso i richiami che la stessa Carta fa ad altri strumenti internazionali che con la stessa convivono.

In questa direzione le riflessioni più volte espresse da Antonio Ruggeri appaiono insuperabili ed estremamente persuasive¹²⁰.

È questo, in definitiva, il senso del “più elevato livello di tutela” che esprime la Corte costituzionale, in un contesto di rapporti fra ordinamento interno e CEDU in realtà generalizzabile, a partire da Corte cost. n. 317/2009.

La legge ordinaria — alla quale anche la Corte dei diritti dell’uomo riconosce un rilievo assolutamente centrale rispetto alle tematiche che ruotano intorno alla questione eticamente sensibile dei diritti delle coppie omosessuali all’interno dei singoli Paesi contraenti — che approda a tale risultato sembra ben compatibile con il dato costituzionale, offrendo una tutela più efficace e piena ad un valore fondamentale che, in Costituzione, parrebbe non trovare diretto rilievo nell’art. 30 Cost. ma che pure si colloca all’interno dell’art. 2 Cost. e che è, comunque, riconosciuto con minore spazio rispetto a quello attribuito nelle altre Carte dei diritti fondamentali.

120. V., tra i tanti scritti e da ultimo, A. RUGGERI, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento «intercostituzionale*, in <http://www.diritticomparati.it/2013/10/salvaguardia-dei-diritti-fondamentali-ed-equilibri-istituzionali-in-un-ordinamento-intercostituzionale.html#sthash.OLVtkczT.dpuf>: «[...] La prima è che la ricerca della fonte nella quale è da rinvenire la più “intensa” tutela, svolgendosi al piano suo proprio delle norme e secondo i valori, non può essere condotta né i suoi esiti possono essere apprezzati se non in prospettiva appunto assiologico-sostanziale, non già da una formale-astratta, che guardi alle fonti ut sic, per la forma di cui sono dotate, l’ordinamento di origine o il rango astrattamente detenuto. La seconda è che tutte le fonti possono giocarsi la partita ad armi pari, sollecitate — come sono — a dar vita ad una sana competizione a chi è in grado di offrire di più e di meglio a salvaguardia dei diritti e, in genere, dei beni costituzionalmente protetti nel loro fare “sistema”. Non c’è più fonte “subcostituzionale” o costituzionale o ordinaria; ci sono solo norme che da se medesime si assegnano questo o quel “posto” nel sistema, per il modo con cui dimostrano di saper dare appagamento ai beni della vita costituzionalmente protetti e, in ultima istanza, a libertà, eguaglianza, dignità. *Le stesse leggi comuni — come si è fatto poc’anzi notare — potrebbero portare ancora più in alto della Costituzione la salvaguardia di diritti pure in questa nominativamente indicati, dislocandosi in tal modo ad un’ancora più corta distanza — se così può dirsi — rispetto alla luce abbagliante della coppia assiologica fondamentale, di cui agli artt. 2 e 3 della Carta costituzionale. . . ».*

In questo senso è davvero agevole ricordare non solo come la Carta di Nizza–Strasburgo impedisce le discriminazioni fondate sul sesso e sull’orientamento sessuale — art. 21¹²¹ — ma, soprattutto, e in modo più pertinente, che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, prodiga da sempre nel considerare in modo ampio il concetto di legame familiare — v. Corte EDU 26 maggio 1994, *Keegan c. Irlanda* (ric.n. 16969/90) — vi ha esplicitamente inserito, di recente, anche le coppie omosessuali — v. Corte EDU, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria* — ¹²².

Risultato che, d’altra parte, proprio la nostra Corte costituzionale (sent. 138/2010 e sent. n. 170/2014, cit.) ha parimenti raggiunto riconoscendo che nella “formazione sociale”, di cui all’art. 2 Cost. «[...] è da annoverare anche l’unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone — nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge — il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri».

Orbene, la particolare sottolineatura dedicata dalla Corte di Cassazione al principio espresso dalla Corte europea dei diritti dell’uomo nel caso *Schalk e Kopf c. Austria*¹²³ costituisce l’ambito

121. Ma v., in precedenza, art. 12 Tr.UE e 119 Tr.CE, nei quali si parlava di “tendenze sessuali”.

122. Cfr. Corte EDU, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria* (ric. n. 30141/04), § 94: «[...] In view of this evolution the Court considers it artificial to maintain the view that, in contrast to a different–sex couple, a same–sex couple cannot enjoy “family life” for the purposes of Article 8. Consequently the relationship of the applicants, a cohabiting same–sex couple living in a stable de facto partnership, falls within the notion of “family life”, just as the relationship of a different–sex couple in the same situation would». Su tale sentenza v.G. REPETTO, *La Corte di Strasburgo si confronta per la prima volta con il matrimonio omosessuale*, in https://diritticedu.unipg.it/index.php?option=com_content&view=article&id=112%3Ala-corte-di-strasburgo-si-confronta-per-la-prima-volta-con-il-matrimonio-omosessuale&catid=258%3Amatrimonio-e-famiglia&Itemid=178&lang=it; G. WINKLER, *Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della Corte di Strasburgo*, in *Nuova giur.civ.comm.*, 2010, I, 1148; Ruggieri, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso. e la loro (innaturale...) pretesa. a connotarsi come “famiglie”*, in http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0189_ruggieri.pdf. V. anche SABATO R., *I diritti delle persone di orientamento omosessuale alla luce della giurisprudenza delle Corti europee, dopo l’intervento della Corte costituzionale italiana*, in *Amore che vieni, amore che vai... unioni omosessuali e giurisprudenza costituzionale*, a cura di SALVATORE PRISCO, Napoli, 2012, 99.

123. Cfr. Cass. n. 4784/2012, cit.: «[...] Questa estensione alla coppia omosessuale stabilmente convivente del diritto alla “vita familiare” costituisce coerente conseguenza del riconoscimento

nel quale i provvedimenti qui esaminati possono trovare adeguata copertura.

E ciò senza che possa ipotizzarsi alcuna “rottura costituzionale”, se è vero che è la Costituzione stessa ad offrire copertura alle unioni omosessuali.

Ragion per cui, una legge che si iscriva in questo contesto e consente l’affido anche ad una famiglia formata da una coppia omosessuale, sempreché dotata di stabilità, non sembra porsi contro la Costituzione ma appare, anzi, vivificarne ed aggiornarne il contenuto all’interno della cornice che essa stessa fissa.

Né sembra potersi opinare diversamente se si considera che la CEDU avrebbe delegato *in toto* ai singoli Stati la materia delle unioni omosessuali attraverso il ben noto riferimento al margine di affidamento. Già altra volta ci siamo intrattenuti sul tema e sul valore della c.d. dottrina del consenso¹²⁴ e per brevità possiamo a tali riflessioni rinviare, con la sola aggiunta che proprio le ragioni espresse dai giudici di merito sembrano, sia pur implicitamente, porsi in linea di continuità con le tutele delle famiglie anche se di uguale sesso che, univocamente, giungono dalle Corti sovranazionali.

Si potrebbe certo sostenere che il riferimento all’affido in favore del singolo non può automaticamente giustificare l’affidamento di minore alla coppia omosessuale. Ma per contestare tale postulato potrebbe anche rilevarsi che se il legislatore ha espressamente consentito l’affidamento ad un singolo ed alla famiglia tradizionale, la mancata previsione che a tale affido si possa pervenire per il solo fatto che il singolo sia parte di una coppia composta da persone omosessuali potrebbe determinare un effetto discriminatorio.

Ma il vero è che la previsione ampia dell’affido voluta dal legislatore, declinata attraverso il riferimento alla famiglia tradizionale, al singolo ed alle comunità familiari, non sembra contenere elementi testuali che consentono di escludere la conclusione espressa dai giudici di merito.

ai singoli componenti tale coppia, da parte della Corte Europea, del diritto al matrimonio e del diritto di fondare una famiglia ed attesta ancora una volta la necessità di distinguere tra riconoscimento del diritto al matrimonio omosessuale, altre forme di riconoscimento giuridico della stabile convivenza della coppia omosessuale e riconoscimento ai singoli componenti tale unione di altri diritti fondamentali.

124. R.CONTI, *Convergenze (inconsapevoli o . . . naturali) e contaminazioni tra giudici nazionali e Corte EDU: a proposito del matrimonio di coppie omosessuali*, cit.

In conclusione, se a livello sovranazionale¹²⁵ la famiglia comprende un ambito maggiore e se, ancora, la legge nazionale (qui l. n. 184/83 come modificata dalla l. n. 149/2001) si iscrive in questo contesto, l'operazione interpretativa compiuta dai giudici di merito sembra muoversi nell'ambito dell'ortodossia giuridica e non sia, dunque, « *contra Constitutionem* »¹²⁶.

Peraltro, la particolare sottolineatura circa la diversità di ambiti fra adozione ed affido costituisce un punto di forza non indifferente delle decisioni qui ricordate.

I giudici, infatti, evitano di assimilare istituti con finalità tra loro radicalmente diverse ed in tal modo procedono in modo lineare rispetto ai principi fissati dalla Corte europea, sempre attenta ad evitare discriminazioni che possano trovare causa nelle regolamentazione diversa di fenomeni fra loro omogenei, come le recenti decisioni in tema di adozione di coppia omosessuale consentita alle coppie eterologhe non unite in matrimonio e di unioni civili negate alle coppie omosessuali¹²⁷.

Una cosa è, dunque, il provvedimento di affido temporaneo, che l'art. 2 l.cit. ammette su impulso dei Servizi sociali, altra è l'adozione, capace di incidere in modo radicale e definitivo sui diritti del minore, instaurando relazioni giuridiche nuove fra adottante ed adottato.

In questa prospettiva i giudici minorili hanno ritenuto che « [...] nel caso concreto, in virtù delle considerazioni compiute, si deve ritenere

125. Il punto non ha trovato alcun rilievo nei due provvedimenti di cui si qui si discorre. Basta qui accennare alla giurisprudenza sull'adozione di minore da parte di coppia dello stesso sesso – Corte EDU, 13 gennaio 2013, *X. e altri c. Austria* — sulla quale si dirà *infra*, Parte VI, Cap. I, par. 1.5.

126. A me pare — ma la prudenza è ovvia — che la posizione espressa da Ruggeri nello scritto sopra ricordato non sia ostile alla ricostruzione alla quale sono pervenuti i giudici di merito, proprio perché qui non si discute di matrimonio — istituto che si addice alla nozione di famiglia presente quando i costituenti, ma di affido a coppia di omosessuali sulla base di una legge ordinaria che alla luce dell'interpretazione fornita dal giudice non si pone affatto dovuto la Costituzione, semmai limitandosi a riconoscere alla coppia dello stesso sesso una peculiare legittimazione rispetto all'affido familiare. Non altro. In realtà, il commento reso di recente da Ruggeri ai due provvedimenti qui ricordati — Noterelle in tema di affido di minori a coppie di omosessuali, in www.giurcost.org — ha smentito le previsioni di chi scrive, ponendosi tale Autore in una linea non favorevole alla soluzione patrocinata dai giudici emiliani, pur mostrando apertura alla possibilità che il legislatore ampli espressamente e formalmente la schiera dei soggetti legittimati all'affido, comprendendovi, in via scalare, anche le coppie omosessuali.

127. Vicende sulle quali v., *infra*, Parte III, Cap. II, par. 2.8.

che la circostanza per cui i due componenti della coppia affidataria abbiano lo stesso sesso non possa considerarsi ostativo all'affidamento della minore ».

Per questo il giudice minorile, sviluppando gli approfondimenti già compiuti dal G.T., precisa che « [...] nel caso concreto, il Servizio Sociale ha motivato la scelta di una coppia senza figli ritenendola funzionale ad un progetto volto ad evitare l'insorgere nella minore di una confusione di ruoli (paventata anche tra i motivi del reclamo), evidenziando che la bambina proviene da un nucleo monogenitoriale ove già esiste una sorella, ed ha chiari i suoi riferimenti parentali, i quali, stanti i lunghi periodi di assenza della figura paterna, avrebbero potuto essere compromessi con il suo inserimento in una famiglia di tipo tradizionale formata da una nuova coppia di genitori e da altri bambini loro figli; inoltre, in base alle osservazioni compiute, gli Operatori hanno rilevato che [omissis] si è sempre relazionata a figure familiari femminili sia in comunità sia nel nucleo originario, così da apparire opportuno un suo inserimento in un contesto esclusivamente maschile del tutto dedicato a lei seppur a tempo determinato ». In definitiva, proseguono i giudici emiliani, « [...] la bontà di tale scelta risulta comprovata dagli ottimi risultati già palesati dall'affidamento (ricavabili dalle audizioni della madre nonché degli operatori del Servizio Sociale) nel pur breve tempo dalla sua attivazione ».

È, dunque, nella "fattispecie" che, per i giudici, risulta comprovata « [...] la congruità dell'affidamento così come la sua funzionalità al miglior interesse della minore... ».

Se, allora, le premesse che muovono i giudici di merito a ritenere che, nel caso concreto, l'affido ad una coppia omosessuale sono persuasive ed il punto di arrivo appare plausibile, è tuttavia doveroso verificare se, nel caso di specie, i giudici di merito abbiano proceduto *fino in fondo* a quell'attività di concretizzazione che loro stessi indicano come necessaria per realizzare il concreto appagamento dei "diversi" interessi in gioco.

Ed in effetti, l'interesse primario e superiore che l'affido intendeva realizzare era proprio quello della minore che non poteva godere, temporaneamente, delle cure dei genitori.

Ci si deve, allora, interrogare sul se l'interesse della minore potesse essere adeguatamente considerato senza che alla stessa fosse stata data la possibilità di essere ascoltata e se, in definitiva, la peculiarità del caso

sia stata innanzi al giudice espressa compiutamente ed al suo massimo livello, come tale questione “biogiuridica” meritava.

Il tema è preso in considerazione, esplicitamente, dall’art. 4 comma 1 l. ult. cit., laddove prevede che l’affidamento familiare disposto dai Servizi sociali presuppone « il consenso manifestato dai genitori o dal genitore esercente la potestà, ovvero dal tutore, sentito il minore che ha compiuto gli anni dodici e anche il minore di età inferiore, in considerazione della sua capacità di discernimento ».

Orbene, la peculiarità della vicenda, ben evidenziata dal Giudice tutelare che rese esecutivo il provvedimento dei Servizi — ... *La peculiarità del caso concreto — a quanto consta a questo Giudice connotato da assoluta novità...* — e l’impossibilità di “ascoltare” la minore in relazione alla sua tenerissima età non imponevano al giudice di nominare un curatore che potesse esprimere al meglio l’interesse (superiore) anche rispetto a quella peculiare e nuova modalità di affidamento concordata fra genitori di origine, coppia affidataria e Servizi?

Lo stesso reclamo del P.M. minorile e le motivazioni ivi esposte rendevano opportuna la nomina di una figura protettiva al minore che, sganciata dagli interessi legittimamente espressi dai soggetti appena indicati, rappresentasse al meglio l’interesse superiore del minore, magari ponendo in evidenza una prospettiva non direttamente legata al semplice periodo di affidamento, ma invece proiettata verso l’esame dello sviluppo del minore, delle sue relazioni familiari e personali?

Dare spazio a quegli (eventuali) ulteriori elementi che una figura specificamente ed esclusivamente destinata ad operare nel procedimento nell’interesse del minore avrebbe potuto aggiungere era in grado di modificare gli esiti ai quali sono pervenuti i giudici di merito?

Ai quesiti posti è difficile fornire risposta¹²⁸.

128. È infatti evidente che l’eventuale nomina di un curatore al minore e l’eventuale suo diniego all’affidamento avrebbe giustificato il passaggio della decisione al Tribunale per i minorenni, alla stregua del combinato disposto degli artt. 4² comma 1. cit. e 330 c.c. Ma a parte tale ipotesi estrema, si vuol dire che il compimento di attività istruttorie ulteriori rispetto a quelle che pure il giudice tutelare ed il Tribunale in fase di reclamo hanno svolto avrebbe reso più persuasive le ragioni esposte dai decisori. Non è superfluo rammentare, giusto per evitare che tale questione possa sembrare marginale, che proprio nel caso esaminato da Corte EDU, 19 gennaio 2013, X e altri c. Austria, del quale si riferirà specificamente in Parte III, Cap. II, par. 2.5, il tema del possibile conflitto di interessi fra madre e minore in caso di adozione da parte di terzo è stato specificamente prospettato anche innanzi al giudice europeo.

E però, il solo fatto di non avere dato spazio, all'interno del procedimento, ad una figura che avrebbe potuto rappresentare in modo forse più neutrale il miglior interesse del minore rendendo concreto, per il suo tramite, l'ascolto della minore ha, probabilmente, reso meno persuasiva la decisione proprio perché essa sembra non compiutamente perseguire le stesse premesse dalle quali entrambi i giudici erano partiti per ritenere legittima nel "caso concreto" la misura disposta. In questa direzione, d'altra parte, non è inutile rammentare come le già ricordate linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa su una giustizia a misura di minore hanno espressamente ricordato che «[...] Nel caso di conflitto di interessi tra i genitori e i minori, l'autorità competente dovrebbe designare un tutore *ad litem* o altra figura indipendente atta a rappresentare i punti di vista e gli interessi del minore».

Ed infatti, approfondire attraverso il curatore più di quanto i giudici stessi hanno fatto gli aspetti collegati all'impossibilità, causa l'età tenerissima e dunque la delicatissima condizione della minore, di esprimere il proprio avviso e, per altro verso ed ancora, alla salvaguardia del ruolo di bigenitorialità dei genitori, alla ricadute che in un corpo sociale ancora purtroppo radicalmente diviso fra "favorevoli e contrari" una situazione di affidamento a coppia omosessuale avrebbe determinato sullo sviluppo psico-fisico della minore non avrebbe avuto il senso di perorare le ragioni di chi si oppone a tale forma di affidamento o di guardare con sfavore alla situazione delle coppie di omosessuali ma, tutto al contrario, di realizzare forme di tutela degli interessi contrapposti che solo attraverso un confronto, serrato e pieno, poteva consentire un corretto bilanciamento.

Peraltro, il bilanciamento, nel caso concreto, doveva fare i conti con l'*interesse superiore del minore*. Concetto-valore, quest'ultimo, che pur essendo ben presente nel provvedimento del tribunale per i minorenni, non sembra essere stato "valorizzato" per come esso merita se si seguono gli insegnamenti che pure provengono dalle Corti internazionali. E non pare superfluo rammentare che proprio la valorizzazione del superiore interesse del minore è stata sottolineata dalla Corte europea nel caso *X. e altri c. Austria* esaminato dalla Grande Camera della Corte dei diritti umani in tema di adozione di minore all'interno di una coppia dello stesso sesso — su cui v., comunque, *infra*, Parte III, Cap. II, par. 2.5 e Parte III, Cap. IV, par. 1.

In buona sostanza, se si sceglie di percorrere, come qui si è proposto, la strada dell'integrazione fra le Carte, i valori e le giurisprudenze che ne vivificano la portata, non può tralasciarsi di considerare, per le medesime ragioni, la valenza "fondamentale" e "prioritaria" del concetto di interesse superiore del minore, sul quale altre volte¹²⁹ abbiamo cercato di focalizzare l'indagine, proprio attraverso un composito esame delle diverse fonti che lo prendono in considerazione e per il quale a ragione, di recente, Antonio Ruggeri ha evocato la piena e diretta copertura costituzionale¹³⁰

E poiché sul "valore" dell'interesse preminente del minore i piani — costituzionale, convenzionale ed eurounitario — sembrano convergere in modo assolutamente lineare ed uniforme, non sembra potersi dubitare che nella vicenda esaminata dai giudici emiliani tale interesse, pur formalmente evocato, rimane forse sullo sfondo e poco ponderato, considerato, valutato rispetto al peso ed al valore che la legge — nell'accezione lata alla quale occorre rinviare sul punto — gli attribuisce.

Ed è ben chiaro che la valorizzazione di tale concetto avrebbe potuto consentire una più accentuata considerazione del fattore tempo, se solo si consideri che il carattere temporaneo dell'affido — che pure può perdurare per 24 mesi ed essere eventualmente prorogato — è da mettere in relazione alla età tenerissima della minore ed alla fase di sviluppo della stessa.

In questa stessa prospettiva, probabilmente, poteva essere opportuno considerare la scelta, non sperimentata dai Servizi, di inserimento della minore in un nucleo familiare tradizionale con figli minori. La circostanza che la legge non prevede un rigido ordine di affidamento rispetto alle ipotesi di affido a pena di nullità si dimostra ineccepibile dal punto di vista formale, ma, forse, non finisce di soddisfare compiutamente se rapportata al "valore" dell'interesse superiore della minore nel caso concreto.

Anche l'acquisizione della disponibilità all'affido dell'altro genitore "per iscritto" che i giudici hanno verificato essere esistente, anch'essa

129. V., volendo, R. CONTI, *Alla ricerca del ruolo dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Pol.diritto*, 2013, 1-2, 127 ss.

130. V. A. RUGGERI, "Strane" idee sulla famiglia, loro ascendenze teoriche ed implicazioni di ordine istituzionale, in www.gruppodipisa.it.

formalmente ineccepibile, potrebbe prestare il fianco ad osservazioni critiche proprio in relazione alla peculiare situazione nella quale versa una bimba in tenerissima età, della quale è in gioco il futuro per un lasso temporale non indefinito, ma comunque nemmeno brevissimo. Circostanza, quest'ultima, che mal si attaglia ad una visione burocratica o "formale" — come la definiscono i giudici emiliani — del consenso manifestata dal padre.

Del resto, in termini generali può dirsi che la necessità di marginalizzare, quanto all'esame delle vicende che coinvolgono minori, un uso non *notarile* dei poteri giurisprudenziali sembra confermato da quanto affermato nelle già ricordate linee guida fissate dal Consiglio d'Europa, ove si è significativamente chiarito, al punto 51, come « nelle cause in materia di diritto di famiglia (per esempio, filiazione, affidamento, sottrazione di minore da parte di un genitore), i giudici dovrebbero dimostrare una *diligenza eccezionale* al fine di evitare ogni rischio di conseguenze dannose sui rapporti familiari ». Raccomandazioni, queste ultime, che, in definitiva, sembrano ulteriormente confermare la assai peculiare rilevanza fattuale di procedimenti che coinvolgono interessi delicati quali sono quelli di cui qui si è detto.

In conclusione, i provvedimenti qui ricordati appaiono coerenti con il quadro normativo di riferimento vigente, ancorché la maggiore accentuazione degli aspetti collegati all'audizione della minore ed al superiore interesse della stessa avrebbe, probabilmente, consentito di realizzare "nel caso concreto" al meglio ed in modo più convincente ed appagante un pieno bilanciamento dei diversi interessi in gioco, proprio in relazione alla loro particolare delicatezza ed al carattere preminente dell'interesse del minore.

3.12. Il Tribunale per i minorenni di Palermo sul caso di affido temporaneo eterofamiliare di minore ultrasedicenne a coppia *same sex* — Trib. min. Palermo, 4 dicembre 2013

A breve distanza delle vicende emiliane, un'altra decisione di un tribunale per i minorenni siciliano è stata oggetto di particolare attenzione massmediatica.

Trib. Min. Palermo 4 dicembre 2013¹³¹, chiamato a intervenire in un contesto familiare caratterizzato dalla decadenza della potestà a carico del padre di tre minori e dal collocamento — iniziale — degli stessi in comunità a causa delle disagiate condizioni abitative e delle difficoltà organizzative della madre (poi revocato), ha disposto l'affidamento temporaneo di uno dei minori — prossimo al raggiungimento della maggiore età — ad una coppia omosessuale, iscritta nel registro delle coppie di fatto istituite nel comune di Palermo.

Il percorso argomentativo della decisione anzidetta si è snodato su alcuni passaggi che, agli occhi di chi scrive, risultano particolarmente lineari.

Il progetto predisposto dai servizi e il monitoraggio messo in atto per la verifica della modalità individuata aveva evidenziato l'esistenza delle migliori condizioni per consentire al minore di rimanere in seno a tale nucleo.

I giudici si sono quindi dati carico di verificare se nel nostro ordinamento vi sia spazio per attribuire la veste giuridica dell'affido eterofamiliare, a norma dell'art. 4 c. 2° l. 184 del 1983 come sostituito dalla l. 149 del 2001, al chiesto inserimento del minore presso una coppia che non sia unita dal vincolo del matrimonio, e peraltro sia formata da persone dello stesso sesso.

Nell'affrontare tale questione il tribunale muove dalla preliminare considerazione che “[...] quello di “famiglia” non è un concetto cristallizzato, ma va adeguato all'evoluzione della società e dei costumi, e che, sul piano strettamente normativo, esso va rapportato a diversi parametri, quali quello costituzionale e quello sovranazionale, oltre che alle leggi nazionali”.

La soluzione favorevole all'affido si snoda, quindi sulla scia delle motivazioni espresse dal tribunale per i minorenni emiliano, ricordando che “[...] è decisiva la constatazione che — diversamente da quanto avviene nell'adozione, che esclude dal novero degli aspiranti i soggetti non costituenti una famiglia in senso giuridico — l'istituto dell'affido eterofamiliare, che non presuppone uno stato di abbandono del minore, bensì un transitorio momento di difficoltà dei genitori

131. La decisione citata nel testo si trova pubblicata in *Fam.dir.*, 4,2014, con nota di G. MASTRANGELO, *L'affidamento, anche eterofamiliare, di minori ad omosessuali. Spunti per una riflessione a più voci.*

(o, come nel caso di specie, dell'unico genitore esercente la potestà) non contiene un esplicito richiamo al matrimonio quale vincolo che unisca gli affidatari, coerentemente con la possibilità, espressamente contemplata, di affidare il minore anche ad una persona singola, purché idonea". Ragion per cui "[...] potenziali affidatari possono anche essere due adulti non uniti in matrimonio, sempre che si apprezzi la presenza di una situazione di fatto paragonabile al contesto familiare, sotto il profilo accuditivo e di tutela del minore".

Del resto, il legame fondato su persone dello stesso sesso non costituisce elemento ostativo all'affidamento eterofamiliare "[...] tenuto conto, per un verso, dell'assenza nella normativa nazionale di una precisa disposizione al riguardo specificamente riferibile all'affido del minore che non versi in stato di abbandono, e, per altro verso, dell'ampio concetto di legame familiare quale elaborato — con esplicito richiamo alle unioni omosessuali — anche dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo (24 giugno 2010, Schalk e Kopf c/ Austria), in aderenza ai dettami della Carta di Nizza, che impedisce le discriminazioni fondate sul sesso e sull'orientamento sessuale".

La valorizzazione del quadro sovranazionale in ordine al concetto di relazione familiare conduce, così, il giudice a ritenere che la legislazione di settore — l. n. 184/83 — si iscrive nel quadro della nozione di famiglia generalmente espressa dalla legislazione interna e, conseguentemente, a non ravvisare alcun ostacolo "[...] in linea di principio" all'affidamento di un minore ad una stabile coppia costituita da persone dello stesso sesso.

Ma questa affermazione viene declinata con altre non meno rilevanti precisazioni circa la necessità di un approfondito esame dell'aspetto attinente alla piena rispondenza di simile forma di affido "[...] *ad ogni singolo caso concreto*, giacché, per scongiurare l'insorgere nel minore di un serio danno psicologico scaturente proprio dalla misura di protezione di che trattasi, è imprescindibile che la stessa sia modulata ed organizzata in modo quanto più *appropriato al singolo caso*".

In questa prospettiva il tribunale palermitano sembra nettamente distaccarsi dalla soluzione in concreto resa dai colleghi emiliani, rilevando che "[...] l'inserimento di un minore in tenera età all'interno di una coppia di persone dello stesso sesso potrebbe attivare dinamiche ben diverse rispetto all'inserimento di un giovane con una personalità strutturata e con orientamenti sessuali già ben definiti".

Ciò impone di considerare che le argomentazioni astratte in ordine alla possibilità di un affidamento temporaneo a coppia omosessuale vanno confrontate con la peculiarità del caso concreto. Per tale ragioni occorre prestare particolare attenzione “[...] alle conoscenze acquisite sulla condizione psicologica, sulle risorse personali e sulla qualità delle relazioni intrafamiliari [...], nonché alle informazioni esistenti in merito alla coppia presso cui egli dovrebbe proseguire il percorso di accoglienza già intrapreso”.

Il giudizio in concreto offerto dal tribunale isolano circa l’idoneità della coppia *same sex* all’affido temporaneo si fonda dunque sui dati esaminati, fra i quali assume particolare rilievo la “[...] entusiastica adesione del ragazzo, alla quale per l’età e maturità va dato il massimo rilievo”. È l’atteggiamento responsabile del giovane a dimostrare che egli “[...] possiede gli strumenti necessari per distinguere nettamente il ruolo dei componenti della famiglia di sangue da quello degli aspiranti affidatari, il cui orientamento sessuale gli è noto da sempre e risulta non svolgere alcuna significativa incidenza sul legame instaurato con gli stessi”.

La particolare attenzione mostrata dal tribunale rispetto a tutti i soggetti coinvolti nella scelta si palesa anche nell’esame dei due soggetti affidatari, i quali “[...] denotano una sensibile capacità di apertura e di accoglimento consapevole della specifica storia personale del giovane, e si sono mostrati in grado di garantirlo nelle sue esigenze di sviluppo, offrendogli una base sicura e consentendogli di fruire al momento di una adeguata funzione genitoriale” [corsivi aggiunti].

3.13. I punti virtuosi del provvedimento siciliano

Quali i punti qualificanti della decisione appena passata in rassegna.

Essi si possono così sintetizzare: *a)* impossibilità di cristallizzare il concetto di famiglia e “obbligo” di conformarlo al quadro dei principi costituzionali e sovranazionali; *b)* interpretazione della legislazione interna, laddove non esplicita il nesso “famiglia matrimonio”, alla luce del punto *a)* e, quindi, delle Carte internazionali dei diritti fondamentali; *c)* individuazione dei soggetti destinatari dell’affido in modo da comprendere anche coppie eterosessuali non unite in matrimonio e addirittura soggetti singoli; con la conseguenza che l’esclusione delle coppie omosessuali dall’affido

determinerebbe un effetto discriminatorio fondato sull'orientamento sessuale; *d*) estrema rilevanza degli aspetti collegati al caso sottoposto al vaglio del giudice, di guisa che ogni generalizzazione in ordine all'affido di minore a coppia dello stesso sesso è pernicioso, dovendosi valutare con particolare ponderazione l'età del minore, le conoscenze acquisite sulla condizione psicologica, le qualità delle relazioni infrafamiliari e ogni altro elemento utile e verificare le forme e la modulazione del provvedimento in relazione al caso; *e*) rilevanza del consenso dei soggetti interessati e, quindi, dell'ascolto dei medesimi.

I punti *a*), *b*) e *c*), tra loro avvinti da una matrice comune, sono certamente i più delicati, proprio perché destinati a mettere in discussione non solo e tanto il primato costituzionale dell'art. 29 Cost., ma la possibilità stessa che sia possibile forgiare l'interpretazione di una norma positiva in modo da ampliare il raggio della nozione di famiglia a territori non contemplati dalla disposizione costituzionale. A differenza delle pronunzie emiliane, infatti, il giudice minorile di Palermo prende partito sul tema della nozione di famiglia e apertamente dimostra che il silenzio della legge circa il nesso matrimonio–famiglia gli impone di considerare una nozione aperta di famiglia che supera quella sancita dall'art. 29 Cost.

L'operazione compiuta non sembra essere “eversiva”.

Non è infatti superfluo rammentare che l'art. 2 l. n. 183/1984 come novellato dalla l. n. 149/2001 si limita a individuare nell'affido temporaneo un criterio preferenziale fra famiglia e singolo, ponendo in via sussidiaria il ricovero in comunità familiare. Il carattere preferenziale circa l'esistenza di figli minori previsto con esplicito riferimento alla nozione di famiglia rende palese che all'affido può giungersi anche se non vi sono figli all'interno di una coppia.

Il *punctum crucis* è, allora, quello di verificare se la nozione di famiglia alla quale fa riferimento l'art. 2 l. cit. è quella scolpita dall'art. 29 Cost. e se un'interpretazione del dato letterale in linea con i principi espressi dalla Corte dei diritti umani in tema di relazioni familiari vulneri la lettera dell'art. 29, dell'intera Costituzione o, ancora, i principi scolpiti da Corte cost. n. 138/2010 — ribaditi da Corte cost. n. 170/2014.

Orbene, sembra che l'opzione patrocinata dal giudice di merito sia non soltanto conforme a CEDU ed alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo a proposito della inclusione all'interno

delle relazioni familiari riconosciute dall'art. 8 CEDU delle unioni omosessuali, ma anche "non incompatibile" con il quadro costituzionale. Né essa sembra porsi in aperta frizione con Corte cost. n. 138/2010 il cui ambito operativo, come abbiamo già cercato di esporre sopra, non può dirsi ampio al punto da potere condizionare ogni questione che ruoti attorno alla coppia "famiglia-matrimonio". Lo stesso riferimento — nettamente distinto — operato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 138/2010 da un lato agli artt. 8 e 14 della CEDU e agli artt. 7 e 21 della Carta di Nizza-Strasburgo, in quanto disposizioni a carattere generale in ordine al diritto al rispetto della vita privata e familiare e al divieto di discriminazione e, dall'altro, agli articoli 12 della CEDU e 9 della Carta di Nizza-Strasburgo, relativi al diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, consente vieppiù di dimostrare il limite che la stessa Corte ha avuto ben presente allorché è stata chiamata a verificare la rilevanza del quadro sovranazionale rispetto al tema ad esso demandato¹³².

In definitiva, la previsione di un affido a soggetti che non sono sovrapponibili alla coppia "famiglia matrimonio" costituisce la migliore conferma del fatto che la legislazione di settore ha avuto come parametro di riferimento la nozione di "relazioni familiari", al cui interno gravitano senza ombra di dubbio le unioni di persone dello stesso sesso, per come insegna la Corte dei diritti umani. Opinare diversamente avrebbe dato luogo, *apertis verbis*, a una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, se si è bene intesa la giurisprudenza europea. Ciò ha detto la corte palermitana in modo espresso e convincente, offrendo della disposizione un'interpretazione informata al rispetto dei valori fondamentali.

Si potrebbe certo sostenere che il percorso argomentativo non era l'unico possibile, potendo orientarsi la motivazione anche senza scomodare la nozione di famiglia e facendo leva sulla possibilità di un affido al singolo, dalla quale sarebbe derivata la liceità di un

132. D'altra parte, è la stessa Corte costituzionale ad avere sollecitato il legislatore a approntare validi rimedi normativi al gap rappresentato dalla carente tutela a in favore delle coppie omosessuali. Sarebbe allora assai peculiare un'interpretazione opposta a quella professata dal giudice minorile siciliano — e per buona parte da quelli emiliani — di una disposizione di rango ordinario che si muove, anzi, nel pieno rispetto del monito della Corte, confezionando una disciplina positiva in linea con i principi fissati dalla Corte delle leggi.

affidamento anche a una “non famiglia”.

Tale prospettiva, tuttavia, pur assolutamente rispettabile, non sembra pienamente in linea con i principi espressi dalla Corte europea che tendono ad una sostanziale assimilazione fra unioni di soggetti eterosessuali e omosessuali.

Ma ad ogni buon conto, quel che pare di assoluto rilievo è la circostanza che il giudice palermitano abbia direttamente attribuito alla coppia omosessuale quella natura di “unione familiare” che consente a buon titolo di inscrivere nell’ambito delle unioni alle quali la stessa Corte costituzionale appresta una tutela riconducibile, nell’ottica della Corte delle leggi, all’art. 2 Cost. — come ora ribadisce Corte cost. n. 170/2014.

Di certo non sembra potersi sostenere che il provvedimento del giudice minorile siciliano pecchi sul versante motivazionale, avendo dato conto delle ragioni poste a base della sua decisione, tanto con l’esplicito richiamo alla giurisprudenza della CEDU e al precedente reso dal tribunale per i minorenni emiliano, quanto attraverso lo specifico accertamento compiuto sull’impossibilità di provvedere all’affido a famiglie intese in senso tradizionale. Dietro all’inciso “[...] è intuibile come l’età del ragazzo, ormai prossimo al raggiungimento della maggiore età, abbia comportato maggiori difficoltà nel reperire soggetti atti e disposti a prendersene cura” sta, purtroppo, per chi si occupa del settore, l’amara rappresentazione di una situazione per lo più generalizzata di coppie tradizionali che non “gradiscono” l’affido di minori ormai strutturati.

In definitiva, un provvedimento che risponde al duplice obbligo del giudice di informare il proprio operato al rispetto dei canoni costituzionali e *convenzionali*.

Non resta, infine, che plaudire all’attenzione riservata dal giudice minorile agli aspetti relativi al caso concreto.

La concettualizzazione dell’attività giudiziaria attraverso l’immagine del sarto che costruisce un vestito *a misura del caso* è solo in parte idonea a rappresentare l’esigenza di un’attività di attenta valutazione degli interessi in gioco che può realizzarsi dando il giusto peso e la giusta rilevanza al fascio di tutti gli interessi coinvolti, al loro particolare atteggiarsi in relazione alla singola vicenda. Puntuale risulta, così, il riferimento operato dal giudice siciliano alla diversità che occorre evidenziare fra affidamento di minore in tenera età rispetto a quello

dell'infrasedicenne, in ordine al quale la quasi piena maturità potrà giocare un ruolo decisivo per verificare l'accettazione o meno del progetto che i servizi hanno inteso realizzare per il coinvolgimento del minore nel nucleo pronto all'affidamento.

E non par dubbio che proprio l'eventualità di affidamenti temporanei di minori in tenera età chiama il giudicante a particolare cura e attenzione, proprio perché il minore non è in condizioni, spesso, di esprimere un convincimento chiaro in ordine alla situazione che gli si prospetta. Il che determina l'impossibilità di "tenere in considerazione" i desideri del minore e le sue aspirazioni, proprio perché il consenso di quella persona non potrebbe essere realmente informato, a cagione della particolare e peculiare maturità del minore. Sicché rispetto a tali peculiari situazioni non sembra peregrino ipotizzare l'introduzione in fase processuale di una figura — curatore — che possa rappresentare al meglio gli interessi del minore stesso.

La particolare vulnerabilità¹³³ del soggetto destinatario della tutela impone, pertanto, altrettanta peculiare cura nell'utilizzo degli strumenti giudiziari che tendono a porsi come misure di protezione del minore, dovendosi tali misure atteggiare comunque in modo da risultare debitamente rispettose della loro dignità personale.

3.14. Superiore interesse del minore e adozione di minore da parte della convivente della madre naturale

È stato proprio il riferimento al *preminente interesse del minore* a giustificare talune aperture della giurisprudenza minorile in tema di adozioni di minori da parte di coppie omosessuali.

Questo è il caso, recente, esaminato dal Tribunale per i minorenni di Roma — 30 luglio 2014 n. 299 —, nel quale la possibilità di riconoscere l'adozione di minore in favore del convivente di una persona

133. V., volendo, per un approfondimento sulla nozione di persona vulnerabile, R. CONTI, *Diritti fondamentali, soggetti vulnerabili: tappe e obiettivi di un articolato "cammino" interno*, Testo rielaborato di un intervento al Convegno organizzato da CamMiNo in occasione del 15° anniversario della costituzione di tale Associazione, sul tema *Persone vulnerabili e diritti fondamentali esigenze di tutela, nodi critici, lacune legislative*, Roma, 24 gennaio 2014, Biblioteca del Senato della Repubblica, in *Questione giustiziaonline*, <http://www.nuovarea.it/mdem/qg/articolo.php?id=330>.

dello stesso sesso che era genitore naturale del minore è stata ammessa attraverso una rinnovata lettura delle ipotesi di adozione non legittimante contemplate dall'art. 44 c. 1 lett. d) l. n.184/1983 che ha consentito di smarcare la adottabilità dalla condizione di abbandono del minore, invece agganciandola a quella dell'impossibilità di procedere all'affidamento preadottivo del minore anche di diritto — e non solo di fatto.

Sulla base di un'innovativa interpretazione del quadro normativo, pienamente ammissibile posto che “nella lettera e nella *ratio* della stessa [...]” nulla vi è “[...] che imponga tale interpretazione che, di per sé, parrebbe poi non corrispondere all'interesse superiore del minore. Una diversa interpretazione”, proseguono i giudici minorili romani, “[...] non consentirebbe il perseguimento dell'interesse preminente del minore in situazioni, come quella di cui trattasi, in cui il figlio di soggetto convivente con l'adottante abbia con quest'ultimo un rapporto del tutto equivalente a quello che si instaura normalmente con un genitore, al quale però l'ordinamento negherebbe qualsiasi riconoscimento e tutela”. È per tale motivo che, prosegue il tribunale minorile laziale, la necessità di tutelare rapporti di fatto instaurati col tempo è necessario “[...] al fine di realizzare l'interesse del minore”. In tale contesto si ricorda Corte cost. n. 198/1986 che è riconosciuto il potere del giudice di valutare “[...] il superiore interesse del minore: in vista del quale la legge, in determinate situazioni, abbandona le soluzioni rigide, prevedendo che la valutazione [...] sia effettuata in concreto dal giudice nell'esclusivo interesse del minore”.

Giudice di legittimità e biodiritto

Il ruolo della Corte di Cassazione

Il giudice — quello di legittimità — è istituzionalmente chiamato ad affermare ed esprimere, in ragione dei compiti affidatigli dall'art. 65 ord. giud.¹, la massima destinata a operare per il futuro che si può trarre dal caso esaminato dal giudice di merito² e, dunque, anche nelle vicende relative al biodiritto, la tutela della legalità della decisione nel singolo caso concreto³.

Si impone, così, l'indagine circa il ruolo del giudice di legittimità nelle questioni biogiuridiche che si atteggia, in parte, con profili non completamente sovrapponibili a quelli già esaminati a proposito del giudice di merito, trovandosi la Corte in posizione privilegiata per: a) compiere operazioni di vera e propria emersione dei principi fonda-

1. E. CARBONE, *Quattro tesi sulla nomofilachia*, in *Pol.dir.*, 2004, 599 ss.

2. Se si condivide questo postulato si persegue una strada, non sempre percorsa in modo coerente, che consente a ciascun giudice di svolgere in modo appropriato il proprio lavoro ed anche di non enfatizzare in modo inappropriato l'operato giudiziale. Il che val quanto dire che non appaiono utili — pur denotando la profusione di impegno encomiabile — i mini trattati dei giudici di merito sullo stato dell'arte rispetto al tema (qui biogiuridico), risultando decisamente più rilevanti gli aspetti collegati alla sussunzione del fatto esaminato al microscopio nella fattispecie astratta ricostruita sulla base delle regole di ermeneutica esplicitate nel provvedimento, tenuto per l'appunto conto che gli accertamenti di fatto compiuti da quel giudice non potranno essere più compiuti dal giudice di legittimità e saranno sottoposti a revisione in ambiti che vanno progressivamente riducendosi, dopo la riforme processuali susseguitesesi nel tempo.

3. M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991, 13; G. SILVESTRI, *Le Corti supreme negli ordinamenti costituzionali contemporanei*, in AA.Vv., *Le Corti supreme*, Atti conv. Perugia 5-6 maggio 2000, Milano, 2001, 36 ss. ed in particolare, 39: «[...] Le tradizionali Corti supreme si sono spostate sempre più a ridosso degli organi giudiziari diffusi sul territorio e svolgono funzioni sempre più lontane dalla nomofilachia proiettata al futuro, per assumere le sembianze di controllori specifici della giusta definizione del caso, garanti in ultima istanza della legalità che serve all'immediata tutela dei diritti del cittadino».

mentali previsti dalla Carta costituzionale e dalle Carte dei diritti; *b*) interloquire con le giurisdizioni sovranazionali per effetto dell'obbligo del rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* e — nel breve periodo, dopo il varo del protocollo n. 16 annesso alla CEDU — per il quale *v., infra* —, con la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo; *c*) esercitare, per come già accennato, la funzione nomofilattica ad essa riservata.

Certo, la triplice caratterizzazione di cui si è appena detto costituisce, all'apparenza, un dato che sembra, questo sì, orientare verso l'*universalizzazione* delle pronunzie del giudice di legittimità. Ciò che finirebbe, forse, per assecondare il pensiero critico di chi, ancora una volta, intravede un'improvvida confusione di ruoli fra legislatore e giudici⁴.

Sembra tuttavia di poter dire che una lettura moderna del ruolo della Cassazione fa propendere per l'idea che tutte le decisioni espressive di un principio di diritto contengono, sia pure per implicito, la clausola *rebus sic stantibus*⁵.

E allora, la funzione di precedente varrà per quei casi che dovessero avere le medesime, identiche caratteristiche; ipotesi che, nella materia di cui si discute, non solo appaiono poco frequenti, ma soprattutto si misurano continuamente e dinamicamente con il caso concreto attuale e controverso⁶.

Se, dunque, si condivide l'assunto che l'unità dell'ordinamento da perseguire «[...] è quella fondata sulla garanzia dell'eguaglianza, attuata empiricamente da un'opera di uniformizzazione nomofilattica aperta al dinamismo di un sistema costituzionale perennemente proteso all'attuazione di principi fondamentali muniti di una carica

4. Se a ciò si affianca la capacità quasi naturale delle Corti a farsi espressione più che autorevole del contenuto preciso di principi e valori fondamentali che nasce dal sistema testè descritto, si delinea in modo chiaro il ruolo centrale del giudice di ultima istanza nel processo di concretizzazione e, questa volta sì, tendenziale universalizzazione dei diritti fondamentali, sia pur nella loro dimensione concreta.

5. R. BIN, *A discrezione del giudice*, cit., 106.

6. Ancora R. BIN, *A discrezione del giudice*, cit., 107: «[...] *In quanto sentenze*, cioè decisioni pronunciate da un giudice con riferimento a un caso concreto attuale e controverso, esse accreditano una norma generale in cui si generalizzano le specificità del caso di quei tratti del caso che appaiono rilevanti per delimitare la fattispecie astratta della norma che si va elaborando. Questa specificità, questi tratti riassumono i particolari fattuali che il giudice di merito ha indicato per giustificare e circoscrivere la rilevanza della domanda posta alla Corte: entro quel perimetro vale il principio enunciato e oltre non può espandersi; entro quel perimetro è fissato il precedente ».

assiologica inesauribile ed attento all'accurata rilevazione delle differenze»⁷ si riescono, forse, a garantire tanto il naturale dinamismo della giurisprudenza di legittimità, protesa anch'essa a rigenerarsi progressivamente e continuamente in ragione di un sempre più elevato standard di tutela dei diritti fondamentali su base costituzionale ed internazionale, che la valenza generalizzante del dato normativo, capace di regolare *pro futuro* la materia e di integrarsi attraverso l'interpretazione, con i principi costituzionali.

Conferme a quanto si è andato dicendo sembrano emergere anche dagli svolgimenti successivi alla (seconda) sentenza della Cassazione resa nella vicenda Englaro, nella quale sono emerse a più alto livello le tensioni fra Governo e potere legislativo da un lato e *giudiziario*, dall'altro.

È noto, infatti, che la Camera dei Deputati e il Senato della Repubblica avevano sollevato conflitto di attribuzione innanzi alla Corte costituzionale all'indomani della sentenza n. 21748/2007 della Corte di Cassazione⁸.

7. G. SILVESTRI, *Le Corti supreme negli ordinamenti costituzionali contemporanei*, cit., 45.

8. Nel ricorso della Camera si contestava lo "straripamento di potere" messo in atto dagli organi giurisdizionali che erano intervenuti. Ci si doleva, per quel che più qui interessa, dell'uso che i giudici avevano fatto degli artt. 13 e 32 Cost., poiché dette norme non potevano sorreggere le conclusioni cui era giunta l'Autorità giudiziaria, posto che «anche a considerare l'ipotesi che i principi costituzionali siano suscettibili di applicazione diretta in sede giudiziaria, detta eventualità non può che risultare circoscritta al caso in cui il loro contenuto precettivo sia univoco ed auto sufficiente, come tale in grado di assolvere *ex se* alla funzione di criterio esauriente di qualificazione della fattispecie». Nel ricorso del Senato si precisava, ancora, che «il proposito del ricorso è unicamente quello di dimostrare che la sentenza ha fissato un principio di diritto debordando verso le attribuzioni del Legislativo e superando, quindi, i limiti che l'ordinamento pone al Potere Giudiziario, e non quello di un invito al riesame del processo logico seguito dalla Cassazione per giungere alla sua pronuncia»: non si tratterebbe perciò di rilevare un *error in iudicando*, ma l'esorbitanza dai "confini stessi della giurisdizione"; in tale ottica, la censura rivolta agli «errori interpretativi dell'organo giudiziario» costituirebbe «passaggio essenziale al fine di mettere in evidenza il momento e il modo in cui il giudice» avrebbe ecceduto dalla funzione sua propria. Sul sito www.senato.it sono reperibili i resoconti stenografici della discussione che ha condotto al promovimento del conflitto e, in particolare, la Relazione della 1ª Commissione permanente ove si assumeva, tra l'altro che «il potere giudiziario si sia materialmente sostituito al potere legislativo, al quale solo spetta la funzione "nomogenetica" a fronte di quella "nomofilattica" attribuita al primo», poi aggiungendosi che «[...] La sentenza della Corte di Cassazione [...] sembra configurarsi, insomma, come atto sostanzialmente legislativo, innovativo dell'ordinamento normativo vigente». V. anche intervento sen. Pardi (pag. 12 resoc.): «[...] Lo Stato costituzionale in cui viviamo e vorremmo vivere ha al vertice dell'ordinamento, non la legge, ma la Costituzione e il patrimonio di diritti che

Sulla vicenda, dopo il comunicato dell'allora Primo Presidente della Corte di Cassazione del 18 luglio 2008⁹, interveniva la Corte costituzionale, con ordinanza n. 334/2008, la quale dichiarava inammissibili i due conflitti di attribuzione¹⁰, mentre la Corte di Cassazione — s.u. sent. 13 novembre 2008 n. 27145 — riteneva inammissibile il ricorso del P.M. di Milano contro la decisione resa in sede di rinvio della Corte di appello del 25 giugno 2008 per difetto di legittimazione dello stesso P.M. a ricorrere.

Seguì, poi, l'iniziativa governativa volta a elidere gli effetti delle pronunzie giurisdizionali e il rifiuto opposto dal Presidente della Repubblica¹¹ all'emanazione del decreto-legge approvato dal Consiglio dei Ministri il 6 febbraio 2009 che vietava lo stop all'alimentazione e all'idratazione dei pazienti in stato vegetativo persistente¹².

Quel che qui più importa esaminare è la decisione di irricevibilità resa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo del ricorso presentato

essa garantisce ai singoli: una dotazione di diritti originaria, indipendente e protetta nei confronti della legge. Nello Stato costituzionale il ruolo del giudice, che lo si voglia o no, non è quello del mero applicatore della legge, la bocca della legge: egli è chiamato a valutarne la costituzionalità e a dettare la regola del caso concreto attraverso le tecniche del bilanciamento e l'applicazione diretta dei principi costituzionali ».

9. V. il comunicato intitolato *La Cassazione precisa sul caso Englaro*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

10. V. sul punto, S. SPINELLI, *Re giudice o re legislatore? Sul conflitto di attribuzioni tra potere legislativo e giurisdizionale a margine dell'ordinanza 334 del 2008 della Corte costituzionale*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 3/2009, 1488 ss. V. anche G. SORRENTI, *La decisione e la regola. Prime note su alcune tendenze in atto nel sistema politico (a margine del caso Englaro)* e C. SALAZAR, *Riflessioni sul caso Englaro*, entrambi in www.forumcostituzionale.it; R. ROMBOLI, *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; A. PACE, *L'inutilità pratica della legge "per" Eluana*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; A. CERRI, *Osservazioni in margine al caso Englaro*, in www.astrid-online.it; A. SANTOSUOSSO, *La volontà oltre la coscienza: la Cassazione e lo stato vegetativo*, in *Nuova giur.civ.comm.*, II, 24, 2008, I ss.

11. A. SPADARO, *Può il Presidente della Repubblica rifiutarsi di emanare un decreto-legge?*, in www.forumcostituzionale.it; A. RUGGERI, *Il caso Englaro e il controllo contestato*, in www.astrid-online.it.

12. Tale rifiuto venne motivato in forza del « fondamentale principio della distinzione e del reciproco rispetto tra poteri ed organi dello Stato non consente di disattendere la soluzione che per esso è stata individuata da una decisione giudiziaria definitiva sulla base dei principi, anche costituzionali, desumibili dall'ordinamento giuridico vigente ». Cfr. C. BOLOGNA, *Sentenze in forma di legge? Il caso Englaro e la lezione americana della vicenda di Terri Schiavo*, in www.forumcostituzionale.it; A. GHIRIBELLI, *Il potere del Presidente della Repubblica in sede di emanazione dei decreti-legge: il « Caso Englaro »*, in <http://www.giurcost.org/studi/ghiribelli.htm>.

contro l'Italia da alcuni soggetti che dichiaravano di avere subito un pregiudizio diretto dalla decisione resa dalla Corte di appello di Milano del giugno 2008 nella vicenda Englaro – Corte EDU, 16 dicembre 2008, *Ada Rossi e altri c. Italia* (ric. n. 55185/08)¹³.

Secondo detti ricorrenti, «[...] I provvedimenti giurisdizionali rischierebbero, a loro avviso, di costituire dei precedenti giurisprudenziali costitutivi di un pericolo reale ed estremamente grave per le persone giuridicamente incapaci».¹⁴

La Corte è stata così chiamata a verificare, in via preliminare, se i ricorrenti avessero o meno la qualità di vittima come indicata nell'art. 34 CEDU¹⁵.

Ma quel che più rileva è l'affermazione per cui «[...] la decisione della corte di appello di Milano del 25 giugno 2008 è un atto giudiziario

13. I ricorrenti nel procedimento innanzi al giudice di Strasburgo — tutori di persone in stato vegetativo, associazioni composte da parenti e amici di persone gravemente disabili e medici, psicologi e avvocati che assistono queste persone, associazione di tutela dei diritti dell'uomo, ACMID–Donna Onlus — avevano sostenuto che la decisione della Corte d'Appello di Milano che autorizzava il padre di Eluana Englaro ad interrompere l'alimentazione e l'idratazione artificiale di quest'ultima, avrebbe colpito «eticamente, psicologicamente, socialmente e giuridicamente le persone affette da gravi lesioni cerebrali, provocando loro dei danni gravi e ingiusti. Tali danni che non potrebbero essere calcolati, determinano una discriminazione gravissima per le persone gravemente disabili, che sarebbero danneggiate e soprattutto prive di tutela alla mercé di terzi che possono liberamente decidere della loro vita». Le associazioni ricorrenti, inoltre si erano fatte portatrici di «un interesse collettivo fondamentale delle persone in stato vegetativo» e «[...] avrebbero pienamente diritto di adire la Corte perché venga riconosciuta la dignità umana delle persone in stato vegetativo o colpite da disabilità gravi, oltre che degli individui totalmente incapaci». In virtù dello stretto legame tra le loro situazioni e quelle della Englaro gli interessati si reputavano quindi «vittime dirette e indirette delle violazioni degli articoli 2 e 3 della Convenzione commesse dallo Stato italiano».

14. I ricorrenti denunciarono altresì la violazione dell'articolo 6 § 1 della Convenzione poiché il procedimento nazionale avviato dal padre di Eluana non sarebbe stato equo nella misura in cui le autorità adite non avevano proceduto a una nuova indagine sull'attualità e l'irreversibilità dello stato vegetativo della giovane donna. Infine, i ricorrenti lamentano la violazione degli articoli 5, 6 e 7 della Convenzione di Oviedo e dell'articolo 25 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone disabili.

15. Ed in questo contesto, dopo avere ricordato che la tutela innanzi al giudice di Strasburgo può generalmente essere sollecitata sulla base di una situazione di già accertata violazione di un diritto di matrice convenzionale e non in caso di rischio di una violazione futura della CEDU, la Corte ha sostenuto che «dal fascicolo di tutti i ricorsi emerge che i ricorrenti non hanno alcun legame diretto con E.E. Essi non hanno vincoli familiari con la giovane donna e non agiscono dinanzi alla Corte per perseguire o sostenere, ad esempio, un ricorso introdotto da E.E. in merito alle associazioni, né quest'ultima né suo padre — e tutore — ne sono membri. Inoltre, la procedura giudiziaria interna, di cui i ricorrenti criticano il risultato e temono le conseguenze, non li coinvolge direttamente».

che per sua natura riguarda solo le parti costituite in giudizio e i fatti costituenti oggetto di questo. . . »¹⁶.

Inoltre, la Corte, dopo avere premesso che gli artt. 2 e 3 CEDU impongono agli Stati contraenti l'obbligo "positivo" di tutelare il diritto alla vita e di impedire trattamenti disumani e degradanti, ha tenuto a chiarire che « L'imposizione di un trattamento medico senza il consenso del paziente se adulto e sano di spirito o di colui che ne è tutore se incapace giuridicamente è ricondotta ad un'offesa all'integrità fisica dell'interessato che può compromettere in particolare i diritti protetti dalle disposizioni invocate dai ricorrenti ».

Se dunque non si poteva dubitare che i ricorrenti erano tutti rappresentati dai loro rispettivi tutori che avevano chiaramente espresso, attraverso le argomentazioni contenute nei ricorsi, la loro opposizione a ogni procedura atta a interrompere l'alimentazione e l'idratazione artificiale dei loro congiunti gravemente disabili, non poteva parimenti disconoscersi che « [...] la Corte d'Appello di Milano non ha affatto imposto, con la sua decisione del 25 giugno 2008, un qualsivoglia ordine di interrompere l'alimentazione e l'idratazione artificiale di E.E., ma ha dichiarato legittima la richiesta di autorizzazione del padre della giovane donna. Per giungere a tale conclusione, la Corte d'Appello ha constatato il carattere irreversibile dello stato vegetativo e ha ritenuto che la richiesta fosse l'espressione reale, fondata su prove chiare, concordanti e convincenti, della volontà della persona rappresentata come risultante dall'indagine sul suo stile di vita, sulle sue convinzioni e sul suo modo di concepire la dignità della persona, prima di cadere in uno stato di incoscienza ». Per la Corte, le decisioni giurisdizionali di cui i ricorrenti temevano gli effetti erano state adottate dalla Corte di Cassazione e dalla Corte d'Appello di Milano « con riguardo a circostanze concrete e particolari, relative ad una terza persona ».

Doveva pertanto ritenersi che « [...] se le autorità giudiziarie nazionali competenti fossero state chiamate a pronunciarsi sulla questione del mantenimento del trattamento medico dei ricorrenti, esse non avrebbero potuto non considerare né la volontà dei malati espressa

16. Escluso, così il carattere di vittima diretta nei ricorrenti, la Corte europea è passata ad esaminare l'eventuale sussistenza, in capo agli stessi ricorrenti, della qualità di "vittime potenziali", anch'essa coniata dal giudice di Strasburgo. Anche tale possibilità è stata disconosciuta dalla Corte europea, tanto con riferimento alle persone fisiche che alle associazioni ricorrenti.

tramite i loro tutori — che hanno chiaramente preso posizione in difesa del diritto a vivere dei loro congiunti —, né i pareri dei medici specialisti. Proprio come la corte di appello di Milano nel caso di E.E., le autorità giudiziarie sarebbero vincolate, nell'analisi dei fatti, dai criteri fissati dalla Corte di Cassazione nella sua decisione del 4 ottobre 2007 ».

In definitiva, « I giudici europei escludono che gli effetti delle decisioni sul caso Englaro possano essere lesivi dei diritti di cui alla CEDU perché il criterio adottato non è uniforme per tutti ed è, anzi, calibrato sulla soggettività dei diretti interessati »¹⁷.

In definitiva, viene confermato il carattere “casistico” della giurisdizione già messo in evidenza da Corte cost. n. 334/2008, ma anche il valore della pronunzia giurisdizionale, l'*unicum* che ad essa è sotteso, senza tuttavia perderne i principi che pure essa riconosce.

Il che, in conclusione, senza che venga messa in discussione la valenza generalizzante dei principi espressi dalla Cassazione, dimostra le differenze ben marcate esistenti, tuttora, fra legislazione e giurisdizione ed esclude il ventilato superamento degli argini da parte del giudiziario.

4.1. La distinzione fra diritto giurisprudenziale e diritto scritto scolpita dalla Corte costituzionale – sent.n. 230/12

Occorre a questo punto spendere qualche breve riflessione sulla questione, assai delicata, del valore del precedente.

Chiamata a scrutinare la legittimità costituzionale di una normativa processuale nella parte in cui non consentiva di elidere gli effetti del giudicato di condanna in caso di mutamento giurisprudenziale prodotto per effetto di una decisione delle s.u. penali¹⁸, Corte cost. n. 230/12 ha dato atto del fermo divieto, espresso dal giudice di legittimi-

17. G. FERRANDO, *Diritto alla salute e autodeterminazione tra diritto europeo e Costituzione*, *Pol.dir.*, 2012, n. 1., 13.

18. Nel caso concreto si trattava della contravvenzione di omessa esibizione dei documenti di identificazione e di soggiorno, prevista dall'art. 6, comma 3, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero). Nel vigore del testo originario della norma, le s.u. della Cassazione (Cass., sez. un., 29 ottobre 2003–27 novembre 2003, n. 45801) — componendo il contrasto di giurisprudenza insorto sul punto — avevano ritenuto che

tà, ad inglobare nel perimetro applicativo dell'art. 673 cod. proc. pen. fenomeni attinenti alle semplici dinamiche interpretative della norma incriminatrice, quali il mutamento di giurisprudenza e la risoluzione di contrasti giurisprudenziali, ancorché conseguenti a decisioni delle Sezioni unite della Corte di Cassazione.

Ciò perché un orientamento giurisprudenziale, per quanto autorevole, non ha la stessa efficacia delle ipotesi previste dalla norma censurata, stante il difetto di vincolatività della decisione rispetto a quelle dei giudici chiamati a occuparsi di fattispecie analoghe: circostanza che impedisce di considerare i fenomeni dianzi indicati alla stregua di uno *ius novum*.

Tale discorso viene ulteriormente approfondito quando la Corte è chiamata a verificare i prospettati *vulnera* agli art. 5 e 6 CEDU in relazione alla tendenziale esigenza, proveniente dalla giurisprudenza della Corte europea, a imporre, a salvaguardia del diritto di difesa, l'esistenza di meccanismi di composizione che evitino soluzioni disomogenee nella giurisprudenza di una corte suprema nazionale circa l'interpretazione di una determinata norma legislativa.

Il giudice costituzionale ha escluso che tale prospettiva potesse efficacemente valere nel caso posto al suo vaglio, guardando peraltro la prospettiva della Corte europea agli ipotetici contrasti "sincronici" di giurisprudenza, che rendano incerta la valenza della norma incriminatrice nel momento in cui si svolge il processo, per la compresenza di più linee interpretative tra loro confliggenti e non ai contrasti "diacronici", quale quello avuto di mira dal rimettente, legati alla successione di un orientamento interpretativo ad un altro, a processo concluso.

del reato potessero rispondere anche gli stranieri illegalmente presenti nel territorio dello Stato. In esito alla modifica del quadro normativo per effetto della legge 15 luglio 2009, n. 94 il remittente ha riproposto i dubbi in ordine alla configurabilità del reato in capo ai soggetti stranieri residenti irregolarmente in Italia. Cass., sez. un., 24 febbraio 2011–27 aprile 2011, n. 16453 ha quindi ritenuto che la novella legislativa del 2009 avrebbe, di conseguenza, comportato l'abolizione, ai sensi dell'art. 2, secondo comma, del codice penale, della fattispecie criminosa preesistente, per la parte in cui si indirizzava agli stranieri in posizione irregolare. Nel caso concreto, il giudice dell'esecuzione si era trovato di fronte ad una pronuncia affermativa della responsabilità penale dello straniero irregolare pronunciata nel vigore della legge del 2009, ciò impedendo il ricorso al meccanismo della c.d. *abolitio criminis*. In definitiva, innanzi al giudice dell'esecuzione era emersa in termini evidenti una *successione nel tempo di diverse interpretazioni giurisprudenziali della medesima "fonte formale"*, in esito alla quale il pubblico ministero aveva sollecitato la revoca parziale della sentenza a fronte non già ad un intervento legislativo, ma da un mutamento di giurisprudenza.

Particolarmente importanti, ai fini della presente analisi, sono i passaggi interpretativi utilizzati dalla Corte delle leggi per giungere all'esclusione dell'ipotizzato contrasto dell'art. 673 c.p. p. con il principio di eguaglianza, anche sotto il profilo della ragionevolezza (art. 3 Cost.), che toccano alla radice il "ruolo" e la "funzione" della giurisdizione di ultima istanza.

Secondo la Corte, infatti, l'orientamento espresso dalla decisione delle Sezioni unite della Corte di Cassazione « "aspira" indubbiamente ad acquisire stabilità e generale seguito: ma si tratta di connotati solo "tendenziali", in quanto basati su una efficacia non cogente, ma di tipo essenzialmente "persuasivo". Con la conseguenza che, a differenza della legge abrogativa e della declaratoria di illegittimità costituzionale, la nuova decisione dell'organo della nomofilachia resta potenzialmente suscettibile di essere disattesa in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione; mentre le stesse Sezioni unite possono trovarsi a dover rivedere le loro posizioni, anche su impulso delle sezioni singole, come in più occasioni è in fatto accaduto ». L'*overruling* giurisprudenziale favorevole non ha, dunque, la capacità di travolgere il principio di intangibilità della *res iudicata*, « espressivo dell'esigenza di certezza dei rapporti giuridici esauriti: esigenza il cui fondamentale rilievo è ampiamente riconosciuto anche nell'ambito dell'Unione europea (Corte di giustizia, sentenze 22 dicembre 2010, C-507/08, Commissione contro Repubblica slovacca; 3 settembre 2009, C-2/08, Fallimento Olimpiclub s.r.l.; 16 marzo 2006, C-234/04, Kapferer). Al fine di porre nel nulla ciò che, di per sé, dovrebbe rimanere intangibile — il giudicato, appunto — il legislatore esige, non irragionevolmente, una vicenda modificativa che determini la caduta della rilevanza penale di una determinata condotta con connotati di generale vincolatività e di intrinseca stabilità (salvo, nel caso di legge abrogatrice, un eventuale nuovo intervento legislativo di segno ripristinatorio): connotati che la vicenda considerata dal giudice *a quo*, di contro, non possiede ».

La Corte ha infine escluso che si potesse giungere a diversa soluzione, evocando le pronunce della giurisprudenza di legittimità che hanno ritenuto rilevanti i mutamenti di giurisprudenza al fine del superamento del cosiddetto "giudicato esecutivo" e del cosiddetto "giudicato cautelare" (rispettivamente, Sezioni unite n. 18288 del 2010 e Cass. pen. 6 maggio 2010-25 maggio 2010, n. 19716). Tali decisioni non

hanno mancato, infatti, di porre adeguatamente in risalto il netto iato che separa i predetti istituti dal giudicato vero e proprio: discutendosi, in quelle ipotesi, di semplici preclusioni processuali inerenti a decisioni rese *rebus sic stantibus*, volte a prevenire la defatigante reiterazione di istanze con il medesimo oggetto al giudice dell'esecuzione o della cautela, rispetto alle quali si tratta solo di stabilire se il riferimento al mutato orientamento della giurisprudenza possa configurare o meno un nuovo argomento di diritto.

Analogamente, la Corte ha escluso di potere estendere il principio di retroattività della legge penale più favorevole di matrice convenzionale alle ipotesi di mutamento giurisprudenziale favorevole al condannato.

La Corte ha ritenuto assorbente la considerazione che il principio in questione attiene — anche in base alla relativa disciplina codicistica (art. 2, secondo, terzo e quarto comma, cod. pen.) — alla sola successione di “leggi”. Per poterlo estendere anche ai mutamenti giurisprudenziali bisognerebbe, dunque, poter dimostrare che la *consecutio* tra due contrastanti linee interpretative giurisprudenziali equivalga ad un atto di produzione normativa. Ad opporsi ad una simile equazione non è, peraltro, solo la considerazione attinente al difetto di vincolatività di un semplice orientamento giurisprudenziale, ancorché avallato da una pronuncia delle Sezioni unite. Vi si oppone anche, e prima ancora il principio di separazione dei poteri, specificamente riflesso nel precetto (art. 101, secondo comma, Cost.) che vuole il giudice soggetto (soltanto) alla legge. Né la conclusione perde di validità per il solo fatto che la nuova decisione dell'organo della nomofilachia sia nel segno della configurabilità di una *abolitio criminis*. Al pari della creazione delle norme, e delle norme penali in specie, anche la loro abrogazione — totale o parziale — non può, infatti, dipendere, nel disegno costituzionale, da regole giurisprudenziali, ma soltanto da un atto di volontà del legislatore (*eius est abrogare cuius est condere*) ».

Rispetto a questi contrasti il principio del giudicato continua a rappresentare la pietra angolare¹⁹, affatto scalfita dal richiamo, operato dal giudice remittente, alla teoria del c.d. *diritto vivente* coniata dalla stessa Corte costituzionale²⁰.

19. Cfr. A. RUGGERI, *op. ult. cit.*

20. M.R. MORELLI, *Il “diritto vivente” nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in

E con ciò, a ben considerare, la Consulta si uniforma non solo alla giurisprudenza della Corte di Giustizia che pure richiama²¹, ma anche a quella della Corte europea dei diritti dell'uomo²².

D'altra parte, è ancora una volta la soluzione finale propiziata in tema di mutamento giurisprudenziale da Corte cost. n. 230/2012 a trovare una sponda vigorosa nella giurisprudenza di Strasburgo, non espressamente menzionata dalla Corte costituzionale, ma non per questo meno rilevante al fine di dimostrare la "convergenza" fra le Corti internazionali e nazionali in ordine ai principi cardine dei sistemi. Il richiamo è a quell'indirizzo che ha escluso qualunque *vulnus* al principio di certezza del diritto nel caso di mutamento giurisprudenziale sopravvenuto nel corso di altro giudizio iniziato quando una parte riteneva la fondatezza del proprio diritto sulla base di un diverso indirizzo.

Ci si riferisce, qui, a Corte EDU, 18 dicembre 2008, *Unedic c. Francia* (ric. 20153/04).

Tale pronuncia ha escluso che il mutamento di un orientamento giurisprudenziale adottato da un giudice di ultima istanza possa vulnerare il principio della certezza del diritto anche se è destinato a incidere retroattivamente sulle posizioni giuridiche soggettive. Il

Giust. civ., 1995, 169 ss.

21. per un commento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia sul tema degli effetti del giudicato contrastante con il diritto UE, v. R. CONTI, *C'era una volta il giudicato*, in *Corr. Giur.*, 2010, 2, 173 ss.

22. Corte cost. n. 230/2012 evoca Corte EDU, 28 giugno 2007, *Perez Arias c. Spagna*. V. anche Corte EDU 28 ottobre 1999, *Brumarescu c. Romania*, ric. n. 28342/95, pp. 61 — 62: « the right to a fair hearing before a tribunal as guaranteed by Article 6 § 1 of the Convention must be interpreted in the light of the Preamble to the Convention, which declares, among other things, the rule of law to be part of the common heritage of the Contracting States. One of the fundamental aspects of the rule of law is the principle of legal certainty, which requires, inter alia, that where the courts have finally determined an issue, their ruling should not be called into question. In the present case the Court notes that at the material time the Procurator — General of Romania — who was not a party to the proceedings — had a power under Article 330 of the Code of Civil Procedure to apply for a final judgment to be quashed. The Court notes that the exercise of that power by the Procurator — General was not subject to any time — limit, so that judgments were liable to challenge indefinitely. The Court observes that, by allowing the application lodged under that power, the Supreme Court of Justice set at naught an entire judicial process which had ended in — to use the Supreme Court of Justice's words — a judicial decision that was "irreversible" and thus *res judicata* — and which had, moreover, been executed. In applying the provisions of Article 330 in that manner, the Supreme Court of Justice infringed the principle of legal certainty of the Convention ».

giudice di Strasburgo ha, anzitutto, avuto modo di porre l'accento sul divieto, a carico del legislatore nazionale, di introdurre retroattivamente restrizioni a diritti precedentemente riconosciuti nell'ordinamento, al solo scopo di impedire all'organo giurisdizionale investito di una controversia l'emanazione di un provvedimento ricognitivo del diritto²³.

La Corte dei diritti dell'uomo si è quindi chiesta se la modifica retroattiva di un indirizzo giurisprudenziale, capace di incidere retroattivamente sulle posizioni giuridiche dei soggetti scolpite in diverso modo dalla giurisprudenza al momento della proposizione della domanda giudiziale, potesse determinare un *vulnus* all'art. 6 CEDU in tema di giusto processo.

Il giudice europeo ha così escluso di potere rinvenire alcuna violazione dell'art. 6 CEDU. La Corte ha tenuto a precisare l'ininfluenza rispetto al tema sottoposte dei precedenti evocati dalle parti — sent. *Raffineries grecques Stran et StratisAndreadis*, sent. *Sovtransavto Holding c. Ukraine*, sent. *Brumarescu c. Roumanie* — come anche della sentenza *Marckx I*. In quest'ultima decisione il giudice di Strasburgo aveva sostenuto che proprio il principio della certezza del diritto che inerte al sistema di tutela offerto dalla Convenzione europea dei diritti

23. In particolare, la Corte europea ha ritenuto che il divieto per il legislatore di disciplinare retroattivamente la materia civile — in ossequio a quanto previsto dal principio dell'equo processo garantito dall'art. 6 CEDU — deve affermarsi quando esso si risolva in un'ingerenza nell'amministrazione della giustizia ed abbia il solo fine di influenzare la risoluzione della lite. Sicché, malgrado la CEDU non vieti l'adozione di disposizioni ad effetto retroattivo, « il principio della preminenza del diritto e la nozione di equo processo consacrati dall'art. 6 CEDU si oppongono, salvi imperiosi motivi d'interesse generale, all'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia con lo scopo di influenzare la risoluzione giudiziaria della lite — Corte EDU 29 marzo 2006 S.C. Italia ». Ed infatti, il rispetto del principio di legalità come espresso dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo ed individuato nei suoi precisi confini dal giudice di Strasburgo — sia consentito il rinvio a R. CONTI, *Espropriazione legittima ed illegittima: il giudice nazionale "multilivello" alla ricerca dell'arca*, in *Corr.giur.*, 2006, 7, 948 — fa sì che le ingerenze nell'esercizio dei diritti e delle libertà tutelate dalla CEDU siano autorizzate purché queste siano *chiare, accessibili* — V. tra le tante, Corte EDU, 2 agosto 1984, *Ma Hentrich c. Francia*, in www.echr.coe.int; Corte dir. uomo, 8 luglio 1986, *Lithgow*. Corte EDU, 30 maggio 2000, *Belvedere Alberghiera c. Italia e Carbonara e Ventura c. Italia*, pp. 57. Il corollario di quanto si è detto è dunque che l'esistenza di precedenti giurisprudenziali contraddittori in ordine alle limitazioni di un diritto fondamentale non possono che condurre a risultati imprevedibili o arbitrari e dunque privare gli interessati da una protezione efficace ed effettiva dei loro diritti — cfr. Corte EDU 30 maggio 2000, *Belvedere Alberghiera c. Italia e Carbonara e Ventura c. Italia*.

dell'uomo esonerava lo Stato dal riconsiderare l'esito di vicende già definitivamente esaminate prima di una pronunzia resa dalla Corte belga²⁴. In definitiva, il principio della certezza del diritto non impone alla giurisprudenza nazionale, secondo Strasburgo, il divieto di modificare i propri indirizzi e di seguire un orientamento costante, essendo peraltro il *revirement* giurisprudenziale della Cassazione perfettamente conosciuto dalle parti già prima del giudizio.

Corte cost. n. 230/2012, in conclusione, sfiorando questioni estremamente complesse e delicate, incidenti sull'intero sistema ordinamentale, sembra offrire un punto di equilibrio non solo plausibile, ma anche rinforzato della conformità della soluzione prospettata con quella emersa nelle giurisdizioni Altre che garantiscono protezione ai diritti fondamentali²⁵.

Forse la pronunzia si pone in senso di marcia opposto ad un movimento che tende ad attenuare, piuttosto che ad approfondire le distanze fra *civil law* e *common law* e, alla fin fine, fra diritto interno e CEDU che dal metodo di *common law* trarrebbe, secondo alcuni, vitale alimento²⁶ ancorché l'andamento della giurisprudenza di Strasburgo sembra assai difficile da definire.

Ma non pare esservi dubbio che la prospettiva prescelta dalla Corte costituzionale sembra idonea a rafforzare la persistente diversità fra l'operato del *giudiziario* rispetto all'attività del legislatore se solo si considera, per l'un verso, l'insussistenza di un principio di vincolatività assoluta del precedente ed anzi la natura essenzialmente *dialettica* della

24. In tale occasione il giudice di Strasburgo aveva richiamato, in particolare, una pronunzia della Corte di Giustizia nella quale si era messa in evidenza la particolare cautela necessaria nel valutare gli effetti e le conseguenze di una pronunzia giudiziaria, rilevando in particolare l'impossibilità di incidere retroattivamente su situazioni ormai definite—Corte giust. 8 Aprile 1976, *Defrenne*. Secondo la decisione qui ricordata, quello contenuto nella sentenza Marckz era stato un mero *obiter dictum*, destinato ad operare esclusivamente all'interno della vicenda allora esaminata dalla Corte dei diritti umani.

25. V., in una prospettiva più ampia e con un occhio alle dinamiche correlate all'impatto dei principi convenzionali ed eurounitari sul diritto penale le dense osservazioni di V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, *Riv. Dir. pen. Proc. pen.*, 2012, 3.

26. Cfr. sulla questione A. GUAZZAROTTI, *Usò e valore del precedente CEDU nella giurisprudenza costituzionale e comune posteriore alla svolta del 2007*, in <https://diritti-cedu.unipg.it/>

funzione nomofilattica²⁷, ormai sfrondata da connotati gerarchici²⁸, ben potendo qualunque giudice di merito discostarsi dall'indirizzo fissato dalla Cassazione, purché esponga in modo compiuto le ragioni che lo conducono a dissentire dall'orientamento fissato dal giudice di legittimità e, per altro verso, la persistente riconducibilità dei principi espressi dal giudice di legittimità al caso esaminato.

Né tali principi sembrano in atto incrinati dalla recente decisione della Grande Camera resa nel caso *Del Rio Prada* – Corte EDU 21 ottobre 2013 ric. 42750/09.

La circostanza che, secondo la CEDU, il concetto di “legge” contempli tanto il diritto scritto quanto “il diritto giurisprudenziale”, non significa affatto che il secondo possa essere integralmente equiparato al primo.

Semmai, si deve escludere che quando una pronuncia giurisprudenziale, ponendosi in netta contrapposizione rispetto ad un costante indirizzo previamente sedimentato, abbia determinato un risultato negativo per il condannato perché in linea di continuità con uno statuto penale repressivo più rigoroso rispetto al passato ed entrato in vigore in epoca successiva alla condanna pronunciata, non può ammettersi che la decisione più rigorosa possa applicarsi al condannato, il quale non poteva prevedere, in alcun modo, il successivo indirizzo giurisprudenziale al momento della commissione del fatto, proprio in ragione dell'assoluta novità dello stesso²⁹.

27. M. FRANCESCHELLI, *Nomofilachia e Corte di Cassazione*, in *Giur. cost.*, 1986, 39.

28. G. SILVESTRI, *Le Corti supreme negli ordinamenti costituzionali contemporanei*, cit., 42.

29. Cfr. p. 89 sent. cit. nel testo: « In the light of the foregoing, the Court does not rule out the possibility that measures taken by the legislature, the administrative authorities or the courts after the final sentence has been imposed or while the sentence is being served may result in the redefinition or modification of the scope of the “penalty” imposed by the trial court. When that happens, the Court considers that the measures concerned should fall within the scope of the prohibition of the retroactive application of penalties enshrined in Article 7§ 1 *in fine* of the Convention. Otherwise, States would be free — by amending the law or reinterpreting the established regulations, for example — to adopt measures which retroactively redefined the scope of the penalty imposed, to the convicted person's detriment, when the latter could not have imagined such a development at the time when the offence was committed or the sentence was imposed. In such conditions Article 7§ 1 would be deprived of any useful effect for convicted persons the scope of whose sentences was changed *ex post facto* to their disadvantage. The Court points out that such changes must be distinguished from changes made to the manner of execution of the sentence, which do not fall within the scope of Article 7 § 1 *in fine* ».

Ed è proprio in questa prospettiva che il giudice di Strasburgo chiarisce il “ruolo” della giurisdizione ammettendone, al contempo, l’indispensabilità e i limiti³⁰.

4.2. La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU si affianca al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE

Un ulteriore tratto caratterizzante del ruolo delle Corti supreme nazionali sembra derivare dalla recentissima approvazione del Protocollo n. 16 annesso alla CEDU, adottato dal Comitato dei Ministri nella seduta del 10 luglio 2013 — aperto alla firma degli Stati contraenti dal 2 ottobre 2013 —, che ha introdotto la possibilità dei giudici di ultima istanza nazionale³¹ di rivolgersi direttamente alla Corte anzidetta prima della decisione finale, che gli stessi andranno ad adottare per chiedere un’opinione “non vincolante” in ordine all’interpretazione del diritto della CEDU che viene in rilievo.

In passato ci era capitato di evidenziare come il dialogo fra la Corte EDU e il giudice nazionale risentiva inevitabilmente del meccanismo operativo che individua un ruolo di istanza ultima della Corte di Stra-

30. Cfr. p. 93 sent. cit.: « The role of adjudication vested in the courts is precisely to dissipate such interpretational doubts as remain (*ibid.*). The progressive development of the criminal law through judicial law-making is a well-entrenched and necessary part of legal tradition in the Convention States (see *Kruslin v. France*, 24 April 1990, § 29, Series A no. 176-A). Article 7 of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen (see *S.W. and C.R. v. the United Kingdom*, cited above, § 36 and § 34 respectively; *Streletz, Kessler and Krenz*, cited above, §50; *K.-H.W. v. Germany* [GC], no. 37201/97, § 85, ECHR 2001-II (extracts); *Korbely v. Hungary* [GC], no. 9174/02, § 71, ECHR 2008; and *Kononov v. Latvia* [GC], no. 36376/04, § 185, ECHR 2010). The lack of an accessible and reasonably foreseeable judicial interpretation can even lead to a finding of a violation of the accused’s Article 7 rights (see, concerning the constituent elements of the offence, *Pessino v. France*, no. 40403/02, §§ 35–36, 10 October 2006, and *Dragotoniu and Militaru-Pidhorni v. Romania*, nos. 77193/01 and 77196/01, §§ 43–44, 24 May 2007; as regards the penalty, see *Alimuçaj v. Albania*, no. 20134/05, §§ 154–162, 7 February 2012). Were that not the case, the object and the purpose of this provision — namely that no one should be subjected to arbitrary prosecution, conviction or punishment — would be defeated ».

31. In effetti, occorrerà verificare in sede di ratifica come i Paesi contraenti decideranno di interpretare la formula usata dal Protocollo n. 16 per indicare i soggetti legittimati ad avanzare richiesta di parere consultivo da parte della Corte dei Diritti umani.

sburgo, chiamata a intervenire quando non è possibile sperimentare nessun altro rimedio interno a tutela di un diritto fondamentale.

Il punto è, allora, che secondo la giurisprudenza CEDU i giudici nazionali devono conformarsi, nell'applicare il diritto interno, alla CEDU e alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Agli stessi è, sì, riservato in via prioritaria il sindacato ermeneutico sul diritto nazionale, purché questo si compia in consonanza con i dettami della CEDU.

In definitiva era questo il senso finale del principio di sussidiarietà che anima i rapporti fra giudice nazionale e Corte europea.

Il nodo problematico era dato, tuttavia, dalla posizione asimmetrica del giudice nazionale rispetto a quello della Corte EDU, non essendo egli munito di quel fondamentale strumento rappresentato dal rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* che costituisce il paradigma fondamentale dei rapporti fra giudice nazionale e Corte di Giustizia.

Il tema è stato così oggetto di nuovi approfondimenti proprio a livello europeo fin dal 2005.

In particolare, la commissione di Saggi nominata dai capi di Stato e di Governo dei Paesi membri del Consiglio d'Europa in occasione della riunione tenuta il 15/16 maggio 2005 a Varsavia, chiamata fra l'altro a proporre eventuali modifiche che potessero accelerare il processo perseguito dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, nel rapporto finale depositato il 15 novembre 2006³², aveva esaminato le forme di cooperazione tra la Corte di Strasburgo e i giudici nazionali, ricordando che ricade sulle autorità giurisdizionali interne la responsabilità di attuare una protezione effettiva dei diritti garantiti dalla Convenzione, in linea con il canone di sussidiarietà che disciplina i rapporti fra Corte di Strasburgo e autorità dei singoli Paesi aderenti.

Nel raccomandare al Consiglio d'Europa l'incremento delle attività rivolte ai giudici nazionali per espandere la conoscenza nei giudici nazionali dei diritti umani, il gruppo di saggi sottolineava ulteriormente il ruolo pilota della Corte di Strasburgo nell'applicazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, pure

32. V. Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers in <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1063779&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75>.

riconoscendo l'essenzialità di stabili rapporti fra giudici nazionali e Corte europea.

In questo contesto nacque la proposta di recepire un meccanismo che potesse, in qualche modo, avvicinarsi a quello del rinvio pregiudiziale esistente nell'ambito dei rapporti fra giudici nazionali e Corte di Giustizia.

Tale soluzione, tuttavia, era stata prospettata in termini problematici, ritenendola non automaticamente esportabile nell'ambito dei rapporti fra autorità giudiziarie nazionali e Corte di Strasburgo, proprio considerando la diversa *filosofia* sottesa al sistema di tutela voluto dalla Convenzione dei diritti dell'uomo che, com'è noto — art. 35 —, presuppone l'esaurimento delle vie di ricorso interno prima di prevedere l'intervento della corte europea e non si fonda, dunque, su un intervento preventivo del giudice sovranazionale.

In tale prospettiva, l'introduzione *tout court* del sistema del rinvio pregiudiziale avrebbe potuto, secondo i saggi, creare problemi di coordinamento che richiedevano ulteriori approfondimenti.

D'altra parte, secondo il rapporto finale dei Saggi, l'introduzione di un meccanismo che consente alle Corti di ultima istanza ed alle Corti costituzionali di rivolgersi alla Corte dei diritti dell'uomo per ottenere dei pareri consultivi su questioni che involgono l'interpretazione della Convenzione, poteva rappresentare un'innovazione intesa a favorire il dialogo fra le corti e a sviluppare il ruolo di "Corte costituzionale" del giudice di Strasburgo.

Il valore del parere espresso dalla Corte di Strasburgo non doveva avere, secondo tale proposta, la stessa efficacia della decisione resa dalla Corte di giustizia che costituisce diritto cogente non solo nei confronti della causa che ha originato il rinvio, ma anche per tutti gli altri giudici ed amministratori chiamati ad applicare la stessa disciplina eurounitaria autenticamente interpretata dal giudice di Lussemburgo.

Secondo i saggi, infatti, non vi sarebbe alcun obbligo di sollecitare il parere della Corte di Strasburgo né tale parere, ove eventualmente reso, avrebbe dovuto essere vincolante per il giudice *a quo*. Tuttavia, proprio in ragione delle ricadute che un simile meccanismo avrebbe potuto comportare sul lavoro della corte dei diritti umani, furono indicate talune condizioni particolarmente rigorose per attivarlo. In particolare, oltre alle limitazioni in ordine alla legittimazione attiva — proponibilità solo da parte delle Corti di ultima istanza e delle Corti

costituzionali — tale meccanismo poteva operare solo per le questioni di principio o per quelle di ordine generale in merito all'interpretazione della Convenzione e dei suoi protocolli. Peraltro, il giudice di Strasburgo avrebbe potuto comunque rifiutare di esprimere l'opinione, ritenendo già esistente nella giurisprudenza della Corte la risposta al quesito proposto, ovvero evidenziando che la stessa era in grado di influenzare la decisione di altra causa già pendente innanzi alla Corte.

Ci si è attardati sulla proposta dei Saggi poiché la stessa, dopo le prese di posizione formali assunte nelle Dichiarazioni espresse in occasione delle conferenze di Izmir³³ e di Brighton³⁴ è stata, anche per effetto del documento di riflessione adottato dalla Corte dei diritti dell'uomo,³⁵ in massima parte recepita dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU, destinato ad entrare in vigore alla scadenza del termine di tre mesi successivo alla ratifica ed approvazione da parte di dieci Paesi contraenti — art. 8 par. 1.

Si tratta di un provvedimento epocale che, muovendosi sul crinale della cooperazione fra giudici nazionali ed europei, chiama le giurisdizioni superiori allo svolgimento di un ruolo che, nell'ottica europea, dovrebbe avere un duplice effetto.

Per un verso, infatti, verrebbe implementato il ruolo e la funzione dei diritti di matrice convenzionale, resi più concretamente efficaci ed effettivi attraverso un meccanismo che, in modo equilibrato, induce

33. V. Dichiarazione finale della Conferenza sul futuro della Corte tenutasi ad Izmir nei 26/27 aprile 2011, conclusasi con l'auspicio che «[...] the Committee of Ministers to reflect on the advisability of introducing a procedure allowing the highest national courts to request advisory opinions from the Court concerning the interpretation and application of the Convention that would help clarify the provisions of the Convention and the Court's case-law, thus providing further guidance in order to assist States Parties in avoiding future violations ».

34. «[...] [Noted] that the interaction between the Court and national authorities could be strengthened by the introduction into the Convention of a further power of the Court, which States Parties could optionally accept, to deliver advisory opinions upon request on the interpretation of the Convention in the context of a specific case at domestic level, without prejudice to the non-binding character of the opinions for the other States Parties; invites the Committee of Ministers to draft the text of an optional protocol to the Convention with this effect by the end of 2013; and further invites the Committee of Ministers thereafter to decide whether to adopt it ». V. V. ZAGREBELSKY, *Note sulle conclusioni della conferenza di Brighton « per assicurare l'avvenire della Corte europea dei diritti dell'uomo »*, in www.associazioneideicostituzionalisti.it.

35. *Reflection Paper on the proposal to extend the Court's advisory jurisdiction*, in www.echr.coe.int.

le istanze nazionali a sviluppare al massimo le dirette conoscenze in ordine alla giurisprudenza della Corte europea e, in definitiva, ad evitare l'intervento della Corte europea al momento dell'esaurimento delle vie di ricorso interne.

Non sembra infatti revocabile in dubbio che il solo fatto di mettere in collegamento le Corti — che dovrebbero essere quelle poste agli ultimi gradini della protezione nazionale dei diritti a livello interno — in effetti, occorre attendere le leggi di ratifica per verificare come i paesi che in tale direzione si muoveranno rispetto all'individuazione delle corti superiori³⁶ — indurrà l'autorità giudiziaria che si avvale di tale strumento a compiere una ricognizione completa — e perciò assai laboriosa, per il numero delle decisioni e per la lingua nella quale esse possono reperirsi.

Ciò che, d'altra parte, sembra capace di “vincere” quel clima di diffidenza che, nemmeno sottotraccia, continua a persistere nell'ambito giudiziario quando si fa cenno ai diritti di matrice convenzionale.

La giurisprudenza nazionale ha, per vero,³⁷ vissuto con angoscia e preoccupazione i numerosi pronunciamenti provenienti da Strasburgo, ogni volta capaci di fomentare un clima di “scontro” che finiva col coinvolgere non solo e tanto le legislazioni ed i sistemi “astratti”, quanto i gangli *viventi* che quei sistemi animavano.

Questo clima, solo in parte comprensibile, era poi il riflesso inevitabile del particolare meccanismo sotteso alla protezione dei diritti fondamentali di matrice CEDU, fondato sul *principio di sussidiarietà* e, dunque, necessariamente, sulla verifica dell'operato nazionale da parte del giudice di Strasburgo.

Da qui la scomoda condizione di “condannato” dello Stato autore della violazione rispetto ad un singolo soggetto, con tutta la carica di negatività e discredito che una condanna comporta verso gli artefici della violazione medesima.

36. Sul punto v. Infatti, *Explanatory memorandum by Cristopher Chope, rapporteur, in Committee on legal affairs and human rights, Draft protocol No. to the Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms*, p. 5. Sarà parimenti interessante verificare come il Governo italiano si comporterà rispetto all'inclusione o meno, fra le Alte Corti, della Corte costituzionale. Il problema, lo si comprende, assume un'importanza nodale andando ad incidere sull'architettura costituzionale benché il parere sia indicato come “non vincolante” per il giudice *a quo*.

37. Si pensi alle ripetute violazioni dell'art. 1 Prot.n. 1 alla CEDU ritenute dalla Corte europea nell'ambito del contenzioso relativo alle c.d. occupazioni acquisitive.

A rimanere coinvolta da tale clima di discredito è stata, dunque, in primo luogo la giurisdizione nazionale, proprio per il meccanismo della sussidiarietà e proprio perché nell'ottica della CEDU e del suo "diritto vivente" il momento giudiziario della verifica della violazione a livello interno dovrebbe rappresentare il principale filtro alla commissione di condotte di aggressione contrastanti con un diritto umano.

Quando tale filtro non ha funzionato, l'accertamento della violazione da parte della Corte di Strasburgo ha suonato, così, come una sconfitta dello Stato nel suo complesso, coinvolgendo anche e soprattutto le Istituzioni giudiziarie alle quali, in definitiva, si attribuisce la responsabilità di non avere posto in essere quei meccanismi capaci di porre nel nulla gli effetti perniciosi che possono derivare non solo dall'agire stesso delle giurisdizioni ma anche, e soprattutto, dalla legislazione nazionale.

Appare allora evidente il cambio di passo che il Protocollo n. 16 intende favorire, tutto proteso verso un'ottica di leale collaborazione fra Istituzioni che si vogliono tutte partecipi, ciascuna nel proprio ruolo, di un processo di progressiva e reale attuazione dei diritti fondamentali.

Ciò detto, non pare infatti potersi dubitare che le questioni in materia biogiuridica intercettano problemi destinati a proporsi, in misura più o meno larga, in ognuno dei paesi contraenti ed assumono, per ciò stesso, lo stigma di questioni di massima rilevanza, per le quali un intervento "in prevenzione" della Corte europea può costituire elemento di rilievo non solo per lo Stato al cui interno si colloca la giurisdizione che ha sollecitato l'opinione preventiva.

Il carattere non vincolante del parere, d'altra parte, non incide in alcun modo sul *valore legale* della posizione espressa dalla Grande Camera, al cui interno viene composto il collegio formato da cinque giudici³⁸.

Anzi, proprio l'assenza del carattere della vincolatività carica l'istituto di cui si discute e gli "attori" che ne entrano a far parte di significati anch'essi rilevanti.

38. Sul punto v. infatti, p. 11 del *draft* già ricordato e nota 7, ove si richiama un importante precedente della Corte interamericana dei diritti dell'uomo che già conosce analogo istituto, sulla cui portata si è appunto espresso quel giudice.

Quel che sembra caratterizzare in modo pregnante il rapporto di complementarità fra giudice interno e giudice di Strasburgo è correlato all'atteggiarsi del rinvio in esame come strumento preventivo che "parte" dal giudice nazionale e che non intende né eliderne le prerogative, né travolgere l'operato della Corte europea, esulando realmente da un meccanismo di tipo gerarchico, in questo certamente avvicinandosi al "fratello maggiore" rappresentato dal rinvio pregiudiziale alla Corte UE.

In questo senso non è superfluo sottolineare, anzitutto, la "centralità" del giudice nazionale, essendo questi non soltanto l'unico ad avere piena conoscenza dei fatti di causa, ma anche trovandosi nella situazione più idonea per valutare la pertinenza delle questioni di diritto sollevate e la necessità di una pronuncia interlocutoria rispetto al procedimento pendente.

Se, infatti, la pronuncia della Corte in sede di richiesta di parere non vincolante entra nel circuito decisorio che verrà definito, a livello interno, dalla sentenza del giudice nazionale di ultima istanza, è più che ovvio come l'intervento del giudice interno finirà con l'assumere importanza notevole tanto nella fase di promovimento del ricorso che, in quella successiva, di recepimento del parere, come detto non vincolante, della Corte europea.

In entrambi i casi il giudice domestico avrà la possibilità di svolgere, questa volta in maniera equiordinata con la Corte europea³⁹ — o, addirittura, per effetto di una sorte di capovolgimento, da posizione privilegiata — il proprio ruolo di interprete del diritto interno e di quello di matrice convenzionale.

Una differenza particolarmente evidente emerge, poi, rispetto al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE che si atteggia in termini di *obbligatorietà e doverosità* quanto al giudice di ultima istanza⁴⁰,

39. Sulle coordinate del dialogo fra Corte dei diritti umani e giudice nazionale v. R. CONTI, *Il "dialogo" fra giudice nazionale e Corte di Strasburgo sull'istanza di prelievo nel giudizio amministrativo*, in *Corr. Giur.*, 2009, II, 1484 ss.

40. La *ratio* principale dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, ora disciplinato dall'art. 267 3° par. TFUE, è quella di impedire il formarsi o il consolidarsi di una giurisprudenza nazionale che rechi errori di interpretazione o un'erronea applicazione del diritto comunitario. Tale obbligo è commisurato alla posizione strategica di cui godono le corti supreme negli ordinamenti giuridici nazionali. Infatti, nel rispetto del loro tradizionale ruolo di unificazione del diritto, dette corti sono tenute ad assicurare il rispetto, da parte degli altri giudici nazionali, della corretta ed effettiva applicazione del diritto comunitario. Inoltre,

secondo le rime ora nuovamente tracciate dalla Corte di Giustizia — Corte Giust. 18 luglio 2013, causa C-136/12, *Consiglio nazionale dei geologi*, dopo un'assai discutibile ordinanza del Consiglio di Stato — 5 marzo 2012, n. 1244⁴¹.

Proprio l'assenza di obbligatorietà del rinvio impedisce di ritenere applicabile, per il meccanismo di cui qui si discute, dell'*acte claire* scolpito dalla sentenza *Cilfit* della Corte di Giustizia.

Il che significa che anche in caso di indirizzo consolidato — e magari datato — della Corte europea, il giudice nazionale potrebbe alla stessa rivolgersi per suscitare un *revirement* in relazione al diverso quadro normativo formatosi a livello dei Paesi contraenti.

Questa prospettiva rende evidente come l'artefice primo di eventuali modifiche di orientamenti diventerebbe non già la Corte dei diritti dell'uomo, ma il giudice nazionale, dimostrando in tal modo la fecondità dei meccanismi di dialogo fra le Corti.

Del resto, questo meccanismo di muoto scambio è già alla base dei rapporti tra le Corti, se è vero che le opinioni dei giudici europei risentono, già a prescindere dal Protocollo n. 16, delle decisioni delle Corti supreme nazionali⁴².

esse si occupano degli ultimi ricorsi destinati a garantire la tutela dei diritti che il diritto comunitario conferisce ai singoli. Secondo la Corte eurounitaria — sentenza 6 ottobre 1982, *Cilfit* e a. — i giudici nazionali le cui decisioni non possono costituire oggetto di ricorso giurisdizionale di diritto interno « sono tenuti, qualora una questione di diritto comunitario si ponga dinanzi ad essi, ad adempiere il loro obbligo di rinvio, salvo che non abbiano constatato che la questione non è pertinente, o che la disposizione comunitaria di cui è causa ha già costituito oggetto di interpretazione da parte della Corte, ovvero che la corretta applicazione del diritto comunitario si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi ». Cfr. R. CONTI, *Il "dialogo" tra giudice nazionale e Corte UE*, cit., 1053 ss.

41. Il riferimento è a Cons. Stato 5 marzo 2012 n. 4584, in *Foro it.*, 2012, III, 350 ss. con nota di n. PIGNATELLI; P.M. CHITI, *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed Europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*, in *Dir.un. eur.*, 2012, 5, 745, anche in http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/Chiti-rinvio_sesta_sezione.htm. V., volendo R. CONTI, *Rinvio pregiudiziale alla Corte ue del giudice di ultima istanza. Ma è davvero tutto così poco "chiaro"?* (Note su Cons. Stato 5 marzo 2012 n. 4584), in *Pol. dir.*, 2012, I, 83 ss.; A. RUGGERI, *Il Consiglio di Stato e il "metarinvio" pregiudiziale (a margine di Cons. St. n. 4584 del 2012)*, ib. La Corte di Giustizia ha medio tempore deciso il rinvio con la sentenza 18 luglio 2013, causa C-136/12, *Consiglio nazionale dei geologi*.

42. Cfr. N. LETTIERI, *L'abuso del diritto in ambito internazionale e comunitario (il dialogo delle Corti di Lussemburgo e Strasburgo)*, in *L'abuso del diritto nel dialogo tra corti nazionali ed internazionali*, a cura di G. MERONE, Napoli, 2014, 72, sub nota 22, il quale ricorda il pensiero

D'altra parte, tale strumento si appalesa utile per i casi nei quali un indirizzo su un diritto di matrice convenzionale della Corte europea si sia formato con riferimento a decisioni nelle quali non era parte lo Stato al quale appartiene il giudice nazionale chiamato ora a fare applicazione di quello stesso principio.

Il parere, ovviamente, presuppone l'esistenza di una lite pendente e la rappresentazione del contesto fattuale e giuridico da parte del giudice richiedente, nel quale si innesta il problema interpretativo rivolto al giudice europeo.

Se, come risulta dai documenti preparatori, la Corte suprema nazionale può spingersi a fornire essa stessa l'interpretazione del diritto di matrice convenzionale, in modo che ne sia vagliata la correttezza ad opera della Corte EDU, ancora una volta in funzione di ausilio alla stessa Corte dei diritti umani, si vede bene che tale strumento è destinato a realizzare una sorta di rivoluzione copernicana negli ordinamenti — e nelle giurisdizioni — che hanno sempre vissuto con un notevole grado di ansia “la prova Strasburgo”.

Sarà, questo, un meccanismo di verifica preventiva di quello stesso modello che la Corte costituzionale ha proposto, con diversi gradi ed accenti, nel corso degli anni a partire dalle “prime” sentenze gemelle, culminato — per ora⁴³ — nell'affermazione per cui l'obbligo di interpretazione convenzionalmente orientata impone un rispetto della “sostanza” della giurisprudenza di Strasburgo⁴⁴.

di THOMAS HAMMARBERG, *Dialogue entre juges, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe*, 2012, pag. 34 : « Les reproches d'“activisme judiciaire” ou d'arbitraire qui lui [à la Cour] sont adressés sont parfaitement injustes. La méthode utilisée est sérieuse. Loin de se contenter de défendre des idées personnelles, les juges de la Cour recherchent si un consensus se dégage sur telle ou telle question au sein des juridictions suprêmes des Etats membres, analysent les décisions des autres juridictions internationales, et, le cas échéant, tiennent compte de l'évolution des traités onusiens ».

43. Chi scrive ha più volte prospettato una lettura dei rapporti fra ordinamento interno e CEDU che non collide con quella in atto delineata dalla Corte costituzionale sulla quale, v., volendo, quanto esposto fin da *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice.*, cit., 105 ss. e, successivamente, in *CEDU, Costituzione e diritti fondamentali*, cit., 231 ss.

44. Sul tema abbiamo cercato di riflettere in passato in R. CONTI, *CEDU e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?*, in www.federalismi.it. V., anche A. RUGGERI, *L'“intensità” del vincolo espresso dai precedenti giurisprudenziali, con specifico riguardo al piano dei rapporti tra CEDU e diritto interno e in vista dell'affermazione della Costituzione come “sistema”*, cit., 9, il quale attribuisce al termine il valore di una « [...] formula magica che, a mo' del *deus ex machina* delle antiche tragedie, si offre, con la sua strutturale duttilità

Modello che, tuttavia, viene in qualche modo trasfigurato se si pensa che, seguendo i principi espressi dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 150/2012, cit., il sindacato di convenzionalità preesiste al giudizio della Corte sull'ipotetico contrasto del parametro interno con l'art. 117 1° comma Cost.

Per altro verso, il rischio, astrattamente prospettabile, che il giudice comune, avvalendosi delle prerogative che si è visto gli competono e dunque procedendo ad un'interpretazione convenzionalmente orientata solo *nella sostanza*, tenga comportamenti solo formalmente improntati al rispetto degli obblighi fissati dalla Corte costituzionale, utilizzando magari percorsi assai impervi, si riduce enormemente proprio attraverso il meccanismo introdotto dal Protocollo di cui si è qui detto.

Verrà, così, a crearsi un "archivio parallelo" all'interno della giurisprudenza della Corte europea⁴⁵, nel quale transiteranno i pareri — e le opinioni dissidenti di uno o più giudici del Collegio di cinque giudici — resi nei confronti degli Stati, indirizzati al richiedente ma anche destinati alla pubblicazione e, dunque, a diventare anch'esso *case law* a beneficio di tutti gli Stati e i cittadini europei.

E che il giudizio suscitato dalla richiesta di parere abbia rilevanza oggettiva e non "soggettiva" — in quanto proposto dal singolo giudice nazionale — è viepiù dimostrato dalla possibilità che allo stesso partecipino il Commissario europeo per i diritti umani presso il Consiglio d'Europa o anche altri Stati secondo un meccanismo simile a quello previsto dall'art. 36 CEDU.

Resta solo da dire che la proposizione della richiesta di parere non priverà la parte privata di adire a sua volta la Corte europea all'esito del giudizio finale da parte del giudice nazionale, la suddetta godendo delle medesime prerogative riservatele dalla CEDU⁴⁶. E se, nel breve periodo, l'eventuale "fortuna" di tale strumento potrà portare ad un appesantimento del lavoro dei giudici della Corte europea, sembra

(e, diciamo pure, ambiguità...), allo scopo di mettere ogni cosa al posto giusto, specie con riguardo ai casi maggiormente ingarbugliati e spinosi, nei quali possono aversi laceranti conflitti tra diritto convenzionale e diritto interno, tali persino da coinvolgere la stessa Costituzione ».

45. V. p. 27 del rapporto esplicativo.

46. V. su tale questione il punto 26 del rapporto esplicativo, ove si prevede l'irricevibilità dei soli ricorsi nei casi in cui l'autorità nazionale si sia conformata al parere.

evidente che, nel medio periodo, tale meccanismo dovrebbe ridurre il carico della Corte europea per effetto delle decisioni del giudice nazionale, ogni qualvolta queste dovessero uniformarsi ai pareri di Strasburgo.

In questa prospettiva, il ruolo nomofilattico del giudice di ultima istanza muta radicalmente, dimostrando quanto sia antiquata e fuori tempo massimo la formula scolpita nell'art. 65 o.g., a cui tenore « La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, e adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge. La corte suprema di cassazione ha sede in Roma ed ha giurisdizione su tutto il territorio del regno, dell'impero e su ogni altro territorio soggetto alla sovranità dello Stato ».

Vale la pena, infatti, di ricordare che l'aggettivo "nomofilattico" deriva etimologicamente dal greco νόμος, che significa "norma", unito al verbo φυλάσσω, che indica l'azione del "proteggere con lo sguardo".

Ora, è ben chiaro che tale funzione, allorché la norma venne introdotta (r.d. 30 gennaio 1941 n. 12) aveva riguardo, in modo esclusivo, alla legge nazionale, intendendo appunto garantire l'unità del "diritto oggettivo nazionale".

Il cambio di coordinate rappresentato dall'avvento del diritto di matrice sovranazionale — diritto eurounitario, CEDU, trattati internazionali, in relazione a quanto previsto dall'art. 117 1° comma Cost. — rende evidente il cambio di prospettiva della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione, ormai "giuridicamente obbligata" a garantire — anche — l'uniforme interpretazione della legge come reinterpretata alla luce della CEDU, dei trattati internazionali e del diritto di matrice eurounitaria.

Non può sfuggire, in definitiva, che il ruolo unificante attribuito alla Cassazione, rivisto alla luce dell'evoluzione dei rapporti delle fonti, sembra avere un'efficacia devastante per il tradizionale ruolo del diritto. Basti per un momento pensare alla disapplicazione del diritto interno contrastante con il diritto eurounitario, ma anche a tutte quelle forme di interpretazione euro comunitariamente e convenzionalmente conformi che, in buona sostanza, piegano il dato normativo

interno verso significati totalmente diversi da quelli che il legislatore interno aveva prefigurato. Se, dunque, si conviene che la Cassazione debba comunque svolgere il proprio ruolo anche rispetto al mutamento delle fonti e del loro ruolo si percepisce in termini netti la metamorfosi della funzione nomofilattica. E la si percepisce in termini ancor più devastanti se si guarda al ruolo attribuito alle Alte Corti dal Protocollo n. 16.

Ciò, d'altra parte, consentirà ancora di più quello che Elisabetta Lamarque prospettava come "auspicio" per la nostra giurisprudenza « prima dell'approvazione del medesimo Protocollo n. 16 » quando affermava che « [...] la possibilità per i giudici italiani, [...] di fare valere, in un modo o nell'altro, il proprio margine di apprezzamento pone finalmente l'ordinamento italiano nelle condizioni di partecipare alla fondamentale opera condotta dalla giurisprudenza di Strasburgo di fare vivere il testo della Convenzione europea alla luce delle condizioni attuali, perché mette a disposizione, a tale scopo, tutto il prezioso patrimonio della tradizione costituzionale italiana »⁴⁷.

Esce così fortemente rimodulato (e, forse, rivitalizzato) il concetto di sussidiarietà, nel senso che esso *investe*, ancora una volta e in modo deciso, sul giudice nazionale, offrendogli uno strumento di portata cruciale sulla strada della sempre maggiore e più efficace tutela dei diritti fondamentali.

Ma l'inquietudine rispetto a tale strumento non può dirsi meno intensa del gaudio che la notizia dell'approvazione determina.

È, ancora una volta, la complessità del sistema e la conoscenza approfondita della giurisprudenza europea che occorrerà possedere, anche solo per proporre una questione alla Corte europea che chiamerà la Cassazione — e gli altri giudici *Alti* — a sforzi non consueti di ricerca, di studio e approfondimento. Per altro verso, il ricorso in prevenzione responsabilizza enormemente il richiedente.

È, infatti, la stessa proposizione del ricorso preventivo a rendersi per un verso *impellente*, al fine di evitare condanne nella fase successiva alla

47. Cfr. E. LAMARQUE, *I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità? Ragionando intorno al libro di Victor Ferreres Comella Constitutional Courts and Democratic Values*, cit., 299. Sul ruolo della comparazione nella protezione dei diritti fondamentali v., diffusamente, G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa*, Napoli, 2011.

definizione interna del giudizio e a costringere, così, il giudice nazionale a rappresentare all'esterno — e non più solo nei confini nazionali — il proprio grado di europeizzazione e di convenzionalizzazione.

Saranno, in questo modo, i provvedimenti di rinvio a mostrare l'immagine del Paese Italia e la dimensione che questo è in grado di svolgere a livello giudiziario in Europa.

4.3. La Cassazione e la rilevanza della comparazione

Un'ultima riflessione merita, però, di essere fatta proprio in relazione al ruolo fondamentale svolto dal giudice di legittimità nel ricordato processo di concretizzazione dei principi fondamentali anche in campo biogiuridico.

Nella vicenda Englaro la Corte di Cassazione è stata accusata di avere fatto indebito uso del metodo comparatistico⁴⁸, richiamando, a sostegno della decisione, legislazioni e precedenti di paesi stranieri, asseritamente privi di valore “giuridico”⁴⁹.

L'analisi, approfondita e completa, svolta da Markesinis e Fedtke⁵⁰ sul valore e sul rilievo del diritto straniero per i giudici, pur dimostrando la tradizionale ritrosia del — *recte*, di una parte del — sistema statunitense a confrontarsi con le giurisprudenze di altri Paesi⁵¹, ha compiutamente confutato tale critica in modo autorevole e fuori da logiche nazional-patriottiche, dimostrando non soltanto l'efficacia e la

48. per un approccio al tema v. G. SMORTO, *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, I. A. GAMBARO, *Il diritto comparato nelle aule di giustizia*, in AA.Vv., *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, in *Quaderni della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 2004, p. 3 ss.; E. PETRONE, *Il valore del precedente straniero nella giurisprudenza italiana dagli anni '50 ad oggi*, in *Contr. impr. Europa*, I, 2010, 184 — 216.

49. Cfr. P. BECCHI, *op. cit.*

50. B. MARKESINIS E J. FEDTKE, *Giudici e diritto straniero*, Bologna, 2009, trad. a cura di A. TARUFFO

51. V., ora, l'analisi di G. SMORTO, *La comparazione giuridica negli Stati Uniti d'America. Spunti per una riflessione*, in *Le nuove frontiere della comparazione*. Atti del I Convegno Nazionale della SIRD, Milano, 5-6-7 maggio 2011, 335 ss., il quale parla apertamente di “crisi” della comparazione nel mondo statunitense e di “complesso di Cenerentola” che affligge il comparatista — p. 336. Tutta diverso, per contro, è lo stato della comparazione in Europa ove, secondo l'Autore, «[...] l'attuale condizione della comparazione in Europa, rileva come «[...] La scienza comparatistica assiste il pratico, suggerisce al legislatore modelli di riforma, fornisce al giudice indicazioni preziose per l'elaborazione delle soluzioni giurisprudenziali — p. 344.

rilevanza⁵², soprattutto laddove si discuta di diritti fondamentali, ma anche la concreta pratica da parte delle Corti supreme di molti Paesi occidentali⁵³, capace di produrre un moto circolare fecondo quando lo stesso traccia quasi inconsapevolmente una strada di comunanza di tutela dei diritti fondamentali⁵⁴. Deve allora convenirsi che il ricorso al metodo comparatistico⁵⁵, (vuoi in funzione vuoi di conoscenza, vuoi

52. V., del resto, G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010; AA.VV., *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, a cura di G. MARTINICO — O. POLLICINO, Groningen 2010.

53. A. BARAK, *La comparazione nel diritto pubblico*, in B. MARKESINIS E J. FEDTKE, *Giudici e diritto straniero*, cit., 391: «[...] Le democrazie hanno valori fondamentali comuni. La democrazia deve garantire alcuni valori fondamentali per poterne tutelare altri. Per i giudici è importante sapere come il diritto straniero tratta questo problema e quali tecniche utilizza: una tecnica di bilanciamento o di categorizzazione? E perché una tecnica viene favorita ad un'altra? Ogni sistema giuridico affronta il problema dei limiti costituzionali dei diritti umani: quali sono questi limiti e quali tecniche sono state usate per stabilirli? [...] Ovviamente, la soluzione di questi problemi è intrinsecamente locale; tuttavia in sistemi giuridici diversi vi è un nucleo comune, nel quale si riflettono i problemi della democrazia e la complessità delle relazioni umane. Di nuovo, non sostengo che vada adottata la soluzione straniera: non è mai vincolante. Io auspico solo un approccio aperto, che riconosca che nonostante la nostra individualità, non siamo soli». V. ancora, ibidem, G. CANIVET, *La pratica del diritto comparato nelle corti supreme*, 413 ss. e, specificamente, 416: «[...] Avvenendo in un contesto giuridico competitivo, tali esperimenti mirano all'efficienza e al miglioramento, e ogni sistema tende, tramite incorporazione o limitazione, ad ispirarsi al meglio degli altri, per diventare il migliore. In questo modo si mette da parte una concezione statica del diritto a favore di una visione decisamente evolutiva [...]. La comparazione allarga l'orizzonte del giudice al fine di migliorare il suo diritto».

54. G. ZAGREBELSKY, *La virtù del dubbio*, Bari, 2007, 148: «[...] Sono importanti le corti costituzionali e le corti supreme statali, quando interpretano in modo convergente i cataloghi dei diritti contenuti nelle rispettive costituzioni nazionali e nelle convenzioni internazionali, così cooperando spontaneamente alla creazione, allo sviluppo e alla difesa di un patrimonio giuridico comune, di portata ultranazionale».

55. V. A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it: «[...] il termine "diritto transnazionale" si fonda sull'intuizione secondo la quale la comparazione giuridica può essere utilizzata come uno strumento di interpretazione in vista dell'elaborazione di soluzioni che, ove utilizzate nell'ambito della formazione dottrinale o giurisprudenziale del diritto, potrebbero influenzare, in misura più o meno netta, l'attività di applicazione del diritto vigente nel paese in cui la ricerca comparatistica viene svolta, in virtù della conoscenza che viene acquisita o diffusa del diritto vigente in altri paesi, e quindi determinare un'evoluzione del diritto nazionale. In tal caso, il diritto straniero opera come una forma di *soft law*, se i formanti di tipo dottrinale o giurisprudenziale non siano riconosciuti da esso come fonti, oppure anche di *hard law*, ove lo siano, ovvero ove si abbia una recezione del tipo di quelle di cui si è parlato a proposito della circolazione dei modelli [...]»; v. anche, diffusamente ed in modo estremamente approfondito G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa*, cit., spec. 319 ss.

persuasiva, vuoi rafforzativa e di sostegno, vuoi, ancora, di ispirazione, per applicare, interpretare, adattare o completare il diritto nazionale, specialmente quando quel diritto è obsoleto, poco chiaro, contraddittorio⁵⁶ o addirittura carente⁵⁷ rappresenta, nei fatti, un elemento indefettibile che soprattutto le Corti supreme devono utilizzare⁵⁸, al pari dell'utilizzo che di siffatto metodo, con tutte le cautele del caso, viene fatto dalle Corti sovranazionali⁵⁹.

Anzi, proprio il confronto fra diversi formanti favorisce la creazione di quelle "consuetudini interpretative" convergenti capaci di produrre una non comune forza persuasiva⁶⁰.

E ciò vale anche — e, forse, di più — quando il giudice nazionale si pronuncia su questioni che coinvolgono i diritti fondamentali della persona e che riguardano il biodiritto⁶¹.

56. G. CANIVET, *La pratica del diritto comparato nelle corti supreme*, in B. MARKESINIS E J. FEDTKE, *Giudici e diritto straniero*, cit., 418.

57. V., di recente, C. SARRA, *Dialogo tra corti e circolazione delle giurisprudenze. ancora sull'uso "dialettico" del precedente giudiziario*, in [...], 477 ss. ove l'A. muove dal presupposto che una delle condizioni per l'uso della comparazione deve essere quella della difettività del sistema nazionale che giustifichi l'utilizzo del diritto straniero — p. 490.

58. B. MARKESINIS E J. FEDTKE, *Giudici e diritto straniero*, cit., 221: «[...] non ci si aspetta certo che una ricerca giuridica originale e comparatistica si svolga nelle corti inferiori e su tutti i numerosi casi giudicati. Le aspettative che abbiamo, tuttavia, sono diverse quando si tratta delle corti di più alto grado, dove il numero di casi da decidere è inferiore ed il tempo per riflettere più ampiamente rende la comparazione non solo possibile ma, talvolta, anche desiderabile, considerato come i giudici delle corti più alte del mondo sono chiamati sempre più spesso a decidere problemi che sono comuni a tutti noi, tutto ciò contribuisce a dimostrare che benché questo "argomento", relativo alla mancanza di tempo, abbia qualche fondamento, raramente è la ragione reale e determinante per l'assenza di qualunque uso effettivo del diritto straniero».

59. V. i due saggi di C.L. ROZAKIS, *Il giudice europeo come comparatista* e di K. SCHIEMAN, *Il giudice come comparatista*, a proposito del rilievo della comparazione rispettivamente presso la Corte di Giustizia e presso la Corte europea dei diritti dell'uomo, entrambi in B. MARKESINIS E J. FEDTKE, *Giudici e diritto straniero*, cit., pag. 445 ss. e 467 ss.

60. A. RUGGERI, *L'"intensità" del vincolo espresso dai precedenti giurisprudenziali*, cit., II.

61. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 3: «[...] La convenienza nel condurre un'indagine di natura comparata, in secondo luogo, emerge dalla scarsissima efficacia di uno studio che si limiti alla dimensione nazionale. Il diritto costituzionale, ed in particolar modo la giurisprudenza costituzionale, trovano ormai nella conoscenza e nel confronto con esperienze straniere un elemento imprescindibile ai fini dell'adeguatezza e dell'efficacia del proprio operare [...]. Se l'attitudine alla comparazione varia certamente a seconda della materia trattata, del contesto culturale o dell'orientamento ideologico del singolo operatore, la circolazione dei modelli appare ormai una costante in materia di diritti; e a maggior ragione, vista la natura transnazionale della rivoluzione biomedica e biotecnologica, in materia — ci si perdoni l'ossessione — di "biodiritto"».

Per un verso, è proprio la ricerca comparativa che contribuisce all'emersione, sia pur difficoltosa, di uno *ius commune* in materia di diritti fondamentali. Ma anche a volere tralasciare tale aspetto, non pare potersi revocare in dubbio che le soluzioni dei principali sistemi stranieri su questioni delicate «[...] sono un prezioso punto di riferimento per corti nazionali che affrontano problemi che preoccupano profondamente un'opinione pubblica (interna) divisa»⁶².

4.4. L'equilibrio fra giudice e legislatore. Il valore della motivazione come elemento di recupero della certezza del diritto (giurisprudenziale e non)

Il sistema, infine, rimane in equilibrio se il giudice offre all'interno del suo prodotto un'analisi argomentativa capace di supportare in maniera adeguata l'*iter* decisionale adottato.

In modo straordinariamente efficace Roberto Romboli ha osservato che «il successo dell'interpretazione conforme suggerita dalla Corte può nascere pertanto solo dalla capacità di consenso che questa riesce a guadagnarsi con argomentazioni razionali e persuasive»⁶³.

È, dunque, essenziale il connubio, quasi inscindibile, fra motivazione e interpretazione, valendo la prima come “perno” dell'attività interpretativa — al cui interno il giudice può (*rectius* deve) tessere la propria tela, esprimendo le argomentazioni meglio in grado di apparire convincenti — e al contempo come “limite” della stessa attività⁶⁴.

Si è già detto della preoccupazione, esternata in dottrina, di imbattersi non in un giudice razionale e ragionevole, qual è il giudice “Ercole” di Dworkin, ma nel giudice ottuso o ideologico⁶⁵, deciso a

62. Cfr., ancora, G. CANIVET, *La pratica del diritto comparato nelle Corti supreme*, cit., 426, che pure si sofferma su specifici casi, decisi dalla *Cour de Cassation* su temi eticamente sensibili, per i quali è risultato decisivo il confronto con casi simili prospettati in altri ordinamenti.

63. R. ROMBOLI, *Modelli di giudice e complessità sociale: bocca della legge e interprete, mediatore dei conflitti o difensore dei diritti?*, cit.

64. V., ancora, volendo R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 480.

65. Particolarmente sferzanti sono le parole usate da F. GAZZONI, *Continua la crociata parametafisica dei giudici missionari della c.d. “morte dignitosa”*, in *Dir. fam.*, 2009, 288, a commento di Tribunale di Modena, 5 novembre 2008 in tema di DAT.

far valere come evidenza del diritto, giustizia materiale insita nelle cose in sé, quella versione che è a lui più consona⁶⁶. È, in definitiva, la motivazione che allontana il giudice dell'onnipotenza⁶⁷ e lo avvicina, invece, al servitore *fedele* dello Stato ed ai valori repubblicani — sul punto v., *infra*, Parte II, Cap. IV, par. 4.6.

Ai (pur legittimi) suddetti timori sembra doversi contrapporre la necessità (ed il valore) di un apparato motivazionale che renda chiaro, evidente, il processo seguito nella soluzione del caso giudiziario e che oltre a sorreggere la decisione, contribuisca a manifestare le ragioni per le quali il giudice ha ritenuto giusta la decisione assunta.

4.5. Qualche riflessione sul ruolo del giudice rispetto ai “confini” interni ed esterni del suo agire

4.5.1. Il giudice ed i confini

Sono, dunque, le considerazioni appena espresse a rendere opportuna qualche fulminea riflessione sui “pericoli” che l'attività del giudice, per come si è andata descrivendo, serba intrinsecamente, soprattutto se ci si pone in un'ottica volta a individuare i “confini” fra legislatore e giudici ovvero, in modo altrettanto evidente, si guardi al tema del confronto del giudice con altri sistemi e a quello dei rapporti fra ordinamento interno e diritto UE e fra ordinamento interno e CEDU.

Le considerazioni sopra espresse tendono a valutare con favore un sistema nel quale l'operato del giudice, in relazione all'assai peculiare materiale umano che viene posto al suo cospetto in ambito biogiuridico, possa esercitare le funzioni decisorie sulla base di modelli normativi minimi, quanto più elastici, in modo che il prodotto del suo agire sia capace di offrire la miglior tutela possibile alla persona, in relazione al complesso di interessi, valori e principi che vengono al suo esame e che appaiono “nelle loro singolarità irriducibili”, non potendo comunque il giudice rimanere paralizzato dall'assenza di normazione, le quante volte trovi al suo fianco i principi e i valori di

66. A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto*, Bari, 2008, 93.

67. Parla, invece, di giudice *onnipotente* A. MORELLI, *Tra Babele e il nulla. Questioni etiche di fine vita, “nichilismo istituzionale” e concezioni della giustizia*, cit., 203.

matrice costituzionale e convenzionale capaci di offrire risposte a quella domanda di giustizia che in materia ha caratteri spesso incessante, sofferta, lacerante⁶⁸.

Ciò vuol dire che i giudici, nel pieno e rigoroso rispetto della Costituzione e delle Carte dei diritti internazionali, ben potranno — *recte* dovranno — trovare, all'interno di tali strumenti, attraverso la laboriosa e complessa attività di cui si è detto e sulla quale ancora in seguito si tornerà a parlare, i principi fondamentali capaci di governare il caso concreto.

Certo, il pericolo che questa attività di “estrazione” dei principi tracimi, nel concreto, fino a diventare attività creativa esiste e sarebbe bene che il legislatore intervenisse in modo da ridurre tali rischi.

Ma laddove ciò non dovesse accadere, è probabilmente lo stesso giudice a dovere ricercare i limiti al proprio agire.

Il rispetto di tali limiti si richiede proprio per il peculiare ruolo che l'autorità giudiziaria ricopre nell'assetto costituzionale e repubblicano, che è poi quello di “garante” degli altri poteri⁶⁹. Ciò che, per l'appunto, impone a chi è tenuto a garantire il rispetto delle attribuzioni degli altri Poteri, di essere a sua volta rispettoso dei confini altrui. Limiti che, peraltro, non possono definirsi in termini assoluti e statici ma che, necessariamente, appaiono caratterizzati da una certa elasticità.

4.5.2. *Il giudice fra le Carte dei diritti*

Volendo cominciare a concretizzare il perimetro entro il quale il giudice deve muoversi, può dirsi che tra i limiti che egli stesso non può oltrepassare vi è anche quello di attenersi fedelmente, fin quando ciò sia possibile, al sistema di “competenze” che regola i rapporti fra diritto interno, diritto dell'Unione europea e CEDU⁷⁰.

68. A. NICOLUSSI, *Testamento biologico e problemi del fine-vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?*, cit.

69. V. ONIDA, *op. cit.*

70. V. R. CONTI, *Gerarchia fra Corte di Giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei “confini” fra le Carte dei diritti dopo la sentenza Åklagaren (Corte Giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10)*, in <http://www.diritticomparati.it/2013/03/gerarchia-fra-corte-di-giustizia-e-carta-di-nizza-strasburgo-il-giudice-nazionale-doganiere-e-ariete.html#sthash.ObjwnUQZ.dpuf>.

Il tema può essere semplificato partendo dall'affermazione della *Grande Chambre* della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che, nella sentenza del 18 ottobre 2011 relativa al proc. C-34/10 (*Brüstle* contro *Greenpeace eV*), affermava in termini inequivocabili che « sin dalla fase della sua fecondazione qualsiasi ovulo umano deve essere considerato come *un embrione umano* [...] , dal momento che la fecondazione è tale da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano » (punto 35).

Orbene, non è mancato chi ha sottolineato l'esportabilità generalizzata di tali principi al piano interno — con una serie di ricadute destinate a operare, in ragione del carattere assoluto della tutela embrionale, sul tema della sperimentazione a fini medico-clinici sugli embrioni — ipotizzando, in tal modo, un contrasto insanabile con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Costa e Pavan c. Italia* in tema di diagnosi preimpianto che, tutta al contrario, sarebbe partita da presupposti opposti in punto di tutela dell'embrione, consentendone e ammettendone la “perdita” in relazione all'indifferenziata apertura ai casi di praticabilità di tale diagnosi.

Orbene, solo la marcata sottolineatura dell'ambito delle due decisioni e dei rispettivi “confini” rispetto alle fonti può evitare di incorrere in errori di diritto particolarmente gravi sui quali, peraltro, talvolta la dottrina ha speculato per mostrare il lato, a suo dire, meno virtuoso dell'atteggiamento delle Corti nazionali sul tema della tutela multilivello⁷¹.

È per questo, allora, che l'interprete — e prima di tutti il giudice di legittimità — si dovrebbe fare carico di rispondere a questa critica, mostrando di fare corretta applicazione delle “regole” che governano i diversi sistemi, evitando di dare luogo a indirizzi che possano, a loro

71. Si pensa, così, che questo sistema di tutela composito fondato su livelli plurimi incrinerebbe il piano dei rapporti fra giudice e legge, marginalizzando la Costituzione in favore di Trattati internazionali, ancorché questi ultimi dovrebbero comunque porsi su un piano inferiore rispetto a quello costituzionale interno, favorendo così pericolosamente un'Europa ed un *Governo dei giudici*. Questa Europa sarebbe dunque priva di legittimazione democratica e finirebbe col dimostrarsi antitetica rispetto all'Europa dei Parlamenti eletti dai cittadini, confusamente pure favorendo operazioni di *tutela al rialzo* ben lontane dal rappresentare appaganti risposte alle domande di giustizia. V., invece, per una sottolineatura del ruolo positivamente svolto dal “potere giudiziario” inteso come potere di garanzia, nell'era della tutela multilivello V. ONIDA, *Costituzione, garanzia dei diritti, separazione dei poteri*, cit., pag. 7.

volta, essere interpretati come favorevoli a indiscriminate applicazioni di tali regole, pur di giungere al risultato che si intende perseguire, spacciandolo come “dovuto”⁷².

Ciò vale dunque per il sistema UE, rispetto al quale occorre attingere alle regole proprie dello stesso ordinamento, evitando così di esportare regole che riguardano piani magari paralleli⁷³, anche se,

72. Affermare, così, l'immediata precettività ed efficacia all'interno di una vicenda interna non direttamente regolata dal diritto dell'Unione europea di un diritto riconosciuto dalla Carta di Nizza–Strasburgo o ritenuto principio generale dalla Corte di Giustizia costituisce operazione culturalmente apprezzabile, ma giuridicamente poco persuasiva. Tali concetti si è cercato di sviluppare, anche per evitare che gli stessi vengano fraintesi nella loro essenza, in R. CONTI, *CEDU, Costituzione e diritti fondamentali*, cit., 233 ss. V., di recente, T. GUARNIER, *I giudici italiani e l'applicazione diretta della Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, in *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?*, cit. 1337 ss.

73. Si pensi alla opinabile — a sommosso avviso di chi scrive — iniziativa del Tribunale di Spoleto che, sulla base di una pronuncia della Corte di Giustizia — resa in causa C-34/10 *Oliver Brüstle/Greenpeace eV*, in *Dir.fam.pers.*, 2012, I, 20 con nota di F.G. CARAPEZZA, *Tutela dell'embrione e divieto di brevettabilità: un caso di assiologia dirimente nell'ermeneutica della corte di giustizia*. — ha sollecitato la Corte costituzionale a pronunciarsi su un prospettato contrasto della disciplina in tema di interruzione della gravidanza con la legislazione di matrice UE — direttiva 98/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 luglio 1998 relativa alla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche (p. 40 sent.) — ancorché fosse *ex ante* assolutamente evidente che la materia dal medesimo esaminata trascendeva dal diritto di matrice eurounitaria. La medesima Corte di Giustizia aveva, infatti, precisato che tale direttiva non si prefigge di regolamentare l'uso di embrioni umani nell'ambito di ricerche scientifiche, limitando invece il suo oggetto alla brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche — v., S. ROSSI, *Se il diritto è una terra straniera: note sull'ordinanza spoletana in tema di aborto*, CARRER M., *Shut up and calculate? Il giudice tutelare, la Corte costituzionale e l'interruzione di gravidanza*, in www.forumcostituzionale.it. Tentativo naufragato, visto che Corte cost. n. 192/2012, in modo ineccepibile, ha dichiarato inammissibile la questione — su tale pronuncia v. F. CEMBRANI e G. CEMBRANI, *Ancora una volta il Giudice costituzionale salva l'impianto della legge 22 maggio 1978, n. 194* e B. LIBERALI, *Una nuova censura (nuovamente respinta) nei confronti della l. n. 194 del 1978*, entrambi in <http://www.biodiritto.org/index.php/item/162-call-for-papers-le-corti-e-linizio-della-vita>, che ha raccolto gli scritti selezionati nell'ambito di una *call for papers* sul tema « Le Corti e l'inizio della vita » proposta dall'Università di Trento. Cfr. sul punto quanto chiarito dalla Corte di Giustizia — Corte giust., 17 gennaio 2013, causa C-23/12, *Mohamad Zakaria*, p. 40 —, in ordine ai “confini” fra diritti fondamentali di matrice eurounitaria e diritti fondamentali tutelati dalla CEDU: « [...] È compito del giudice del rinvio stabilire, sulla base delle circostanze del procedimento principale, se la situazione del ricorrente in detto procedimento rientri nel diritto dell'Unione e, in tal caso, se un diniego di riconoscere a detto ricorrente il diritto di proporre ricorso dinanzi ad un organo giurisdizionale violi l'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali di Nizza–Strasburgo ».[corsivo aggiunto]. La Corte ha poi aggiunto che « [...] È compito degli Stati membri prevedere nel loro ordinamento interno i mezzi di ricorso adeguati per assicurare, nel rispetto dell'articolo 47

nella pratica, la delimitazione dell'ambito del diritto dell'UE può dirsi caratterizzata da un "confine mobile"⁷⁴.

della Carta, la protezione delle persone che fanno valere i diritti loro attribuiti dall'articolo 6 del regolamento n. 562/2006. Per contro, se tale giudice ritiene, alla luce della risposta fornita dalla Corte alla prima questione, che tale situazione non rientri nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, dovrà procedere ad un esame di quest'ultima alla luce del diritto nazionale, considerando altresì la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, di cui tutti gli Stati membri sono parti contraenti (v., in tal senso, sentenza del 15 novembre 2011, *Dereci ea.*, C-256/11, non ancora pubblicata nella Raccolta, punti 72 e 73). V., ancora di recente, Corte giust. 18 dicembre 2014, C-364/13, *International Stem Cell Corporation*, con la quale è stato ritenuto che per poter essere qualificato come «embrione umano», un ovulo umano non fecondato deve necessariamente avere la capacità intrinseca di svilupparsi in essere umano. Pertanto, il solo fatto che un ovulo umano attivato per partenogenesi inizi un processo di sviluppo non è sufficiente per considerarlo un «embrione umano». Solo nell'ipotesi in cui un ovulo siffatto avesse la capacità intrinseca di svilupparsi in essere umano, lo stesso andrebbe trattato allo stesso modo di un ovulo umano fecondato, in tutte le fasi del suo sviluppo. È stato ancora chiarito che spetta al giudice nazionale verificare se, alla luce delle conoscenze sufficientemente comprovate e convalidate dalla scienza medica internazionale, gli organismi che sono oggetto delle domande di registrazione presentate dalla società abbiano o meno la capacità intrinseca di svilupparsi in essere umano.

74. Riprendendo il tema accennato nella nota precedente va precisato che secondo taluni la Corte di Giustizia, in una recente occasione — Corte Giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åklagaren* —, avrebbe "aperto" alla tutela della Carta di Nizza-Strasburgo anche fuori delle competenze dell'UE. La vicenda, in effetti, presenta dei tratti talmente peculiari da non consentirne, in modo agevole, un'automatica generalizzazione. Anzi, un'attenta lettura della decisione non sembra affatto confermare tale prospettiva. Essa consente di approfondire il pensiero della Corte di Giustizia su un tema centrale, qual è quello della portata della Carta dei diritti fondamentali varata a Nizza e modificata a Strasburgo rispetto a questioni che esulano dalle competenze dell'UE. A tale quesito la Corte di Giustizia ha dato risposta negativa univoca — Corte giust. 17 marzo 2009, causa C-217/08, *Mariano*. Conf. Corte giust. 26 marzo 2009, causa C-535/08, *Pignataro*; Corte Giust., 3 ottobre 2008, causa C-287/08, *Crocefissa Savia*; Corte Giust., 23 settembre 2008, causa C-427/06, *Birgit Bartsch*; Corte Giust., 5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU, J. McB, p. 51; Corte Giust., 12 novembre 2010, causa C-339/10, *Asparuhov Estov e a.*, p. 12 e ss; Corte Giust. 1° marzo 2011, causa C-457/09, *Chartry*, p. 25; Corte Giust. 15 novembre 2011, causa C-256/11, *Dereci e a.*, p. 71 ss. — evidenziando che la Carta non trova applicazione quando il diritto UE non *entra in gioco*. Si tratta di una posizione che costituisce naturale prosecuzione di quell'indirizzo, pure patrocinato dai giudici di Lussemburgo, rivolto a "confinare" l'incidenza del diritto comunitario rispetto alla controversia posta al vaglio del giudice nazionale, escludendone la rilevanza al di fuori delle competenze riservate al diritto UE — Corte giust., 13 giugno 1996, n. C-144/95 *Jean-Louis Maurin*; Corte giust., 29 maggio 1997, n. C-299/95 *Kremzow*; Corte giust., 24 giugno 2004, n. C-328/04 *Attila Vajnai*; Corte giust., 18 dicembre 1997, n. C-309/96, *Daniele Annibaldi c sindaco del Comune di Guidonia e Presidente Regione Lazio*. Sulla base di questo indirizzo si è quindi ritenuto che riconoscere, per la regolamentazione di una vicenda interna non direttamente regolata dal diritto dell'Unione europea, l'efficacia precettiva di un diritto fondamentale garantito dalla

Carta di Nizza–Strasburgo (o ritenuto principio generale dalla Corte di Giustizia) potrebbe costituire operazione culturalmente commendevole, ma giuridicamente poco persuasiva — ancorché ventilata autorevolmente in dottrina — F. Sorrentino, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (Considerazioni preliminari)*, in *Corr.giur.*, 2010, 2, 148; V. anche G. Bronzini, *I diritti fondamentali nell'ordinamento integrato. Il ruolo della Corte di Giustizia*, Relazione svolta all'incontro di studio organizzato dal CSM in Roma nei 1–3 febbraio 2010 su *I diritti fondamentali nell'ordinamento*, in www.csm.it, pag. 10 del *paper*; Id., ancor più di recente ed in modo ampio, *Il plusvalore giuridico della Carta di Nizza*, in *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, a cura di R. Cosio e R. Foglia, Milano, 2013, III ss., ove pure si trova una completa indicazione della dottrina favorevole alla estensione del valore della Carta di Nizza. In effetti, la Carta di Nizza non sembra essere in grado di modificare i *confini* del diritto dell'Unione, avuto anche riguardo al contenuto dell'art. 5, par. 2 del TUE come modificato per effetto dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona — *In virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti* — e ancor di più all'art. 6, par. 1 TUE. *Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati* — e par. 2 — *L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati*. Ora, la sentenza *Åklagaren* della Grande Camera si inserisce pienamente nel solco del precedente orientamento. Nel caso concreto, un pescatore svedese aveva ommesso di dichiarare il proprio reddito e le autorità nazionali avevano dapprima applicato le sanzioni fiscali per l'omesso versamento dell'IVA sottoponendo, successivamente, lo stesso contribuente a procedimento penale per frode fiscale. La Corte di Giustizia era stata chiamata dal giudice nazionale a chiarire se ed in che misura rispetto al diritto interno la duplice sottoposizione del contribuente a sanzioni amministrative e penali fosse compatibile con il principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 50 della Carta di Nizza–Strasburgo. Benché l'Avvocato Generale Villalón, nelle conclusioni depositate il 12 giugno 2012, avesse prospettato l'incompetenza della Corte di Giustizia a rispondere ai quesiti pregiudiziali in relazione alla ritenuta non inerenza della questione al diritto dell'Unione, la Corte ha ritenuto di potere rispondere nel merito ai quesiti pregiudiziali. Il ragionamento muove dalla riconosciuta rilevanza della condotta del contribuente rispetto alla disciplina dell'IVA che trova espressa regolamentazione all'interno dell'UE. La Corte, tuttavia, proprio in relazione all'articolata opinione espressa dall'Avvocato Generale in via subordinata in ordine alle singole questioni pregiudiziali, approfondisce il proprio ragionamento. Se, infatti, non poteva disconoscersi che l'apparato sanzionatorio regolato dallo Stato per impedire comportamenti violativi della disciplina in tema di IVA rientrava nella competenza degli Stati nazionali, lo stesso si inseriva comunque nell'ambito della necessità di reprimere le frodi in danno degli interessi dell'Unione stessa, destinataria del gettito di tale tributo. Per tale ragione, secondo la Corte, la previsione di sovrattasse e procedimenti penali per frode fiscale costituiscono un'attuazione della disciplina in tema di IVA. La circostanza che le normative nazionali che fungono da base a tali sovrattasse e procedimenti penali non siano state adottate per trasporre la direttiva 2006/112, non incide sulla "inerenza" della questione all'ambito del diritto UE dal momento che la loro applicazione mira a sanzionare una violazione delle disposizioni della direttiva summenzionata e pertanto ad attuare l'obbligo, imposto dal Trattato agli Stati membri, di sanzionare in modo effettivo i comportamenti lesivi degli interessi finanziari dell'Unione — p. 28 sent.cit. I superiori argomenti, pure rilevanti in quanto l'Avvocato Generale aveva sostenuto che la disciplina europea in materia di IVA non aveva affatto espropriato i singoli Stati dal potere di sanzionare, vuoi a livello

Non pare potersi, del resto, dubitare che l'uso della Carta di Nizza al di fuori dei "confini" del diritto dell'Unione europea, se per un verso evidenzia, talvolta, l'eccentricità dei riferimenti⁷⁵, per altro verso sembra direttamente correlato « alla sfera della cultura sociale diffusa e quindi ai valori generalmente sentiti e non alla sfera delle fonti in senso formale »⁷⁶.

In definitiva, può riconoscersi che il valore della Carta di Nizza può essere triplice — vincolante, interpretativo e "argomentativo".

Ogni qualvolta la Carta di Nizza, fuori dal campo di operatività suo proprio — che si parametra in funzione dell'estensione del diritto dell'Unione europea o, se si vuole, della "inerenza" a questo della materia esaminata — viene evocata con forza giuridicamente vincolante o addirittura come parametro che il giudice deve tenere in considerazione, correndo concretamente il rischio di fornire agli euroscettici delle frecce pericolose da usare per depotenziare la portata, sicuramente elevata, — della Carta negli ambiti che sicuramente ad essa pertengono.

amministrativo, vuoi a livello penale, i comportamenti violativi delle regole in materia fiscale, non sembrano fare propendere per la tesi "espansiva" della Carta di Nizza. Il fatto che « [...] quando un giudice di uno Stato membro sia chiamato a verificare la conformità ai diritti fondamentali di una disposizione o di un provvedimento nazionale che, in una situazione in cui l'operato degli Stati membri non è del tutto determinato dal diritto dell'Unione, *attu*a tale diritto ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione » non sembra segnare l'apertura della Corte ad una portata della Carta diversa da quella tradizionalmente espressa dal giudice di Lussemburgo, semmai confermando che il concetto di diritto eurounitario va sempre di più aprendosi verso territori che venivano considerati tradizionalmente come di pertinenza statale. L'aver, così, considerato che le misure repressive di condotte evasive degli obblighi fiscali sanciti a livello UE non potessero sottrarsi alla disciplina dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta di Nizza–Strasburgo non mi appare capace di determinare un'apertura significativa della Carta ad ambiti non UE, semmai dimostrando la capacità espansiva degli ambiti UE.

75. L. SALVATO, *I diritti fondamentali nelle fonti interne ed "esterne": tutela e compiti del giudice comune*, Relazione tenuta all'incontro di studio organizzato dal CSM in Roma, 22 — 24 novembre 2010, "Sulle fonti normative e giurisprudenziali del diritto dell'Unione europea", in www.csm.it, p. 25 del dattiloscritto.

76. A. GAMBARO, *La circolazione degli argomenti legali: uso del metodo comparativo e riferimento ai modelli interpretativi stranieri nelle sentenze dei giudici nazionali*, Relazione svolta all'incontro di studio organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura in Roma sul tema "I giudici e la globalizzazione: il dialogo tra le corti nazionali e sopranazionali", in www.csm.it, p. 16 del dattiloscritto.

La prudenza, allora, diventa sinonimo di lungimiranza e di rigore tecnico/scientifico, capace di resistere, alla lunga, a certe accuse striscianti⁷⁷.

Ciò consente, in definitiva, di scindere il piano dell'efficacia diretta della Carta dal "ruolo" della Carta come strumento attivo di protezione dei diritti, rispetto al quale la stessa non può operare in posizione di "primato" come invece la Corte di Giustizia riconosce nelle ipotesi di efficacia diretta, ma esercita — *recte*, può e deve esercitare — una "forza propulsiva" che gioca alla pari con quella delle altre Carte dei diritti fondamentali.

Certo, sembra oltremodo difficile individuare in astratto la "stella polare" da seguire nell'ambito dei rapporti fra le Carte dei diritti fondamentali. In questa direzione può ricordarsi Cass. n. 26205/13 che, chiamata ad affrontare il tema della risarcibilità del danno non patrimoniale prodotto sul figlio dal genitore che non lo ha riconosciuto, ha ritenuto che la Carta costituisce « fonte integratrice dello statuto dei diritti fondamentali di rango costituzionale delle persone », dalla stessa traendo conferma del principio che il diritto del figlio ad essere educato e mantenuto è eziologicamente connesso esclusivamente alla procreazione. Così facendo, a ben vedere, la Corte di legittimità, pur esprimendo un principio apparentemente impegnativo, non ha, *nella sostanza*, attribuito alcuna valenza precettiva ed innovativa al detto strumento, invece, trovando in essa conferma circa l'esistenza di un principio desunto dall'ordinamento interno.

Ma c'è, forse, da chiedersi se mai le Corti potranno individuare con matematica certezza dei meccanismi di prevalenza, equivalenza o subordinazione fra le Carte, ovvero se l'epoca che già si affaccia sarà quella della costruzione, caso per caso, di un sistema policentrico nel quale l'unica granitica certezza sembra rappresentata dal ruolo affidato al giudiziario.

77. Sembra, allora, ineccepibile l'iter argomentativo di Cass. pen. , 4 gennaio 2011 n. 7 che, nel richiamare in materia di fonoregistrazioni, il principio del rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 7 della Carta di Nizza, ha cura di chiarire che la stessa, ancorché non applicabile, *ex art. 51* della stessa Carta, al caso in esame in quanto non si controverte di una norma dell'Unione o di una disposizione nazionale che abbia con la prima una qualche connessione, « attesta sul piano generale che ci troviamo in presenza di valori e principi considerati comuni agli stati membri, certamente rilevanti sul piano argomentativo ed orientativo ».

In conclusione, non può che ribadirsi che la Costituzione, la Carta di Nizza e la CEDU, senza differenza alcuna, offrono al giudice nazionale strumenti di straordinaria forza ed efficacia che si intersecano sempre di più, a dimostrazione del duplice processo di costituzionalizzazione del diritto internazionale e di internazionalizzazione dei diritti costituzionali (Ruggeri).

Quel che sembra allora necessario ed ineludibile è che il giudice sappia che tali strumenti sono complessi ed articolati, spesso pienamente sovrapponibili quanto ad ambito di operatività.

Ma sembra altrettanto chiaro che la conoscenza dei confini, lungi dal costituire il capolinea dei diritti, rappresenta piuttosto il punto di partenza per un'analisi ancora più raffinata e non meno rilevante ai fini del raggiungimento di un più alto grado di tutela dei diritti fondamentali.

Il nuovo ordine giuridico si alimenta, così, incessantemente e in moto quasi perpetuo, di pronunzie e decisioni di Corti nazionali e sovranazionali, tanto che è oggi obiettivamente difficile individuare un "confine" fra ciò che è riservato al giudice nazionale e ciò che spetta ai giudici stranieri e/o sovranazionali.

Su questo confine (come sugli altri) emerge la figura del giudice che, come già ci è capitato di affermare, appare contemporaneamente incarnare quella di *integerrimo doganiere* e di *indomito ariete*, volta a volta capace di (*recte*, tenuto ad) individuare con precisione la linea di demarcazione dei diritti, ma, anche, di superare, grazie alla vantaggiosa posizione di "custode", quei medesimi confini.

Così, questo ordine giuridico risulta, così, volta per volta fissato dai Giudici, interni e sovranazionali, attraverso un'opera di complessa ricostruzione, caso per caso, delle vicende concrete. Il che costituisce riprova evidente della crisi del concetto tradizionale di "certezza del diritto", a tutto favore del canone delle « certezze — *alias* effettività — dei diritti » (ancora Ruggeri).

Questo consente, forse, di fornire qualche embrionale risposta a chi ha rappresentato in modo netto l'esigenza di "ripristinare i confini" tradizionali per evitare il caos⁷⁸.

Sono, infatti, i « circuiti delle Corti costituzionali »⁷⁹, il "dialogo" fra i giudici nazionali e non, fra questi e le Corti sovranazionali, unito

78. U. VINCENTI, *Diritti senza identità*, Bari-Roma, 2007, 145 ss.

79. R. CAPONI, *Democrazia, integrazione europea, circuiti delle Corti Costituzionali dopo (dopo il Lissabon-urteil)*, cit., 404; M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato*, cit., 121 ss.

a una prospettiva non gerarchica fra le fonti, ed invece assiologico-sostanziale (per dirla con Ruggeri) e ancora, l'incontro della decisione giudiziaria con la società che la accoglie e con gli studiosi che vi si accostano, a costituire una valvola di sicurezza affinché l'agire giudiziario non trasmodi nell'arbitrio.

In questa prospettiva Ernesto Lupo ha colto in maniera fine «[...] L'impossibilità di continuare a configurare i rapporti tra ordinamenti in termini gerarchici» e, per converso, la necessità di creare «[...] strumenti di cooperazione, che consentano il dialogo, la circolazione di strumenti, la condivisione delle soluzioni». E dunque, «[...] Le Corti ed i Giudici, e fra essi, per l'Italia, non solo la Corte Costituzionale ma anche i giudici di merito e, soprattutto, la Corte di Cassazione, hanno rappresentato e rappresentano un fattore decisivo di incontro e di dialogo, di condivisione, di integrazione e di cooperazione». La piena consapevolezza che «[...] I giudici interni non solo rappresentano l'anello centrale della catena interpretativa nella tutela dei diritti, ma sono sempre più al centro dello scenario giuridico europeo» spinge Lupo a ritenere che «[...] è sul fronte dell'adeguata applicazione del diritto dell'Unione e del diritto CEDU che bisognerà continuare a impegnarsi, perché l'integrazione che passa attraverso la tutela giurisdizionale prosegua il proprio inarrestabile cammino»⁸⁰.

Peraltro, non va sottaciuto come la metamorfosi del *giudiziario*⁸¹ trova nei diritti fondamentali il punto di emersione di una riflessione

80. E. LUPO, Relazione tenuta all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2011 presso la Corte di Cassazione. Si tratta, a ben considerare di affermazioni di particolare rilevanza se si considera che provengono dal già Primo Presidente della Corte di Cassazione e che seguono un indirizzo sul punto già tracciato in passato dal Primo Presidente della Corte VINCENZO CARBONE, come attestato dalle relazioni degli anni 2009 e 2010.

81. G.M. FLICK, *Eutanasia: dovere di vivere, diritto di morire, oppure...*?, in <http://www.dillinger.it/eutanasia-59914.html>: «[...] Sempre più spesso, nella realtà, i diritti non nascono da una affermazione legislativa, in termini di mediazione generale, perché il legislatore è sempre meno in grado di affrontare questi temi. Essi nascono invece da affermazioni giurisprudenziali; mi riferisco non tanto al giudice costituzionale, quanto anche al giudice ordinario (si pensi alle pronunce dei giudici ordinari in tema di testamento biologico e di danno esistenziale) e al giudice sovranazionale nel cosiddetto multilevel. Il caso di Eluana Englaro, così come sempre più numerose pronunce della Corte di giustizia o della Corte EDU, sono esempi evidenti di questa evoluzione. Anche la Corte Costituzionale si è indirizzata su questa via: prima con le sentenze interpretative; poi, con quelle additive e di principio; infine, con l'invito ai giudici di interpretare la legge in modo conforme alla Costituzione; qualche volta, addirittura, invitando i giudici a decidere il caso concreto attraverso l'applicazione diretta della Costituzione».

che vede, allo stato, accapigliarsi non poco i costituzionali (e non solo loro), alcuni dei quali fermi nel riconoscere il primato » della *Carta* sulle altre *carte* dei diritti fondamentali⁸². Altri — e sopra tutti, ancora una volta, Antonio Ruggeri — indirizzati a rilevare con argomenti assai persuasivi la vocazione *internazionale* della nostra Carta fondamentale, la sua capacità straordinaria — grazie agli artt. 2, 3, 10, 11 e 117 — di aprirsi all’apporto che giunge dalle altre *Carte*, le quali giocano *alla pari*, in un moto perpetuo che si colora di operazioni di bilanciamento fra valori *caso per caso*, con la prima. Ciò perché è la Costituzione stessa a volere che quelle Carte contribuiscano all’attuazione dei diritti, fino al punto di considerare che proprio l’espansione massima della Carta costituzionale può realizzarsi se e quando le altre Carte, ove capaci di offrire nicchie di tutela più estese, vengano concretamente attuata *in nome* della Costituzione e non *contro* la Costituzione, per ampliare le soglie di tutela di un diritto fondamentale⁸³.

Questa situazione indubbiamente supera il concetto di *giudice burocrate bocca della legge*, le quante volte è il giudice ad individuare egli, senza che prima del suo intervento la soluzione sia agevolmente individuabile, ciò che “è diritto”. Il che pone un’evidente situazione di conflitto permanente — della quale qui, appunto, si discute — fra potere politico democraticamente eletto e giustizia, la quale tende a emanciparsi dal diritto positivo nazionale — che pure la abilita ad agire in tal modo — proprio per rispondere alle domande “di giustizia”.

82. Si badi, il minuscolo non è refuso ma voluta materializzazione dell’idea della Costituzione che sovrasta ogni altro strumento che si occupa dei diritti fondamentali.

83. È assai oneroso citare computamente i numerosi scritti in cui A. RUGGERI ha esposto il suo pensiero. V., comunque, solo a titolo esemplificativo, A. RUGGERI — A. SPADARO, *Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss; v. anche il suo *La Corte costituzionale “equilibrata”, tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte EDU*: «[...] pur non potendosi fare, in alcun caso o modo, una “graduatoria” tra principi ugualmente fondamentali, si deve tuttavia convenire a riguardo del fatto che il principio dell’apertura al diritto internazionale e sovranazionale, risultante dagli artt. 10 ed 11, è, sì, un *principio-fine*, gli obiettivi della pace e della giustizia tra le nazioni ponendosi quali indeclinabili e caratterizzanti in modo stabile l’azione politica dello Stato, ma è anche, strutturalmente, un *principio-mezzo*, siccome servente nei riguardi della coppia assiologica costituita da libertà ed eguaglianza, nella quale poi si specchia e mirabilmente esprime quello che ai miei occhi appare essere un valore autenticamente “superconstituzionale”, la dignità della persona umana ». V., volendo, anche R. Conti, *CEDU Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*, in *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, a cura di Cosio R. e Foglia R., Milano, 2013, 273 ss.

Anche un osservatore poco avvertito non può fare a meno di notare che « mettendo su una bilancia giudici e legge l'orologio della storia » sembra, in atto, fare propendere piuttosto che a favore della *legislatio* verso la parte dinamica del diritto — *iusdictio*⁸⁴.

84. Poche battute possono qui essere riservate al ruolo svolto dal giudice costituzionale che, come osservato in dottrina, si è poco occupato di tematiche attinenti al biodiritto. Malgrado non siano mancate le ordinanze di rinvio da parte dei giudici (di merito) la Corte, fatte salve le sentenze n. 282/2002 e 338/2003 — che hanno fissato i limiti tra pratica medica, scienza e legislazione — n. 151/2009 in tema di procreazione assistita — ove la Corte ritenne che la tutela che la legge n. 40 assicura all'embrione non è « assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione », giustificando un affievolimento della tutela dell'embrione al fine di assicurare concrete aspettative di gravidanza in conformità alla finalità proclamata dalla legge, ribadendo, « [...] l'accento sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica: sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali » — n. 138/2010, in tema di matrimonio tra persone dello stesso sesso — ha mantenuto un atteggiamento generalmente rivolto ad assecondare le scelte legislative in ragione della discrezionalità allo stesso riconosciuta in materia (G. D'AMICO, *op. cit.*; R. ROMBOLI, *La 'relatività' dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del corpo*, cit., 581). Questa posizione ha trovato indiretta conferma nella recente Corte cost. n. 150/2012, con la quale il giudice costituzionale ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevata da diversi giudici di merito in ordine alla legittimità del divieto di fecondazione *in vitro* eterologa, valorizzando la sentenza resa dalla Grande Camera della Corte dei diritti umani nel caso *S.H. e altri c. Austria* del 2011. Anche in tale circostanza sembra avere prevalso l'atteggiamento di *self-restraint* della Corte delle leggi, sul quale la dottrina più avvertita si è lungamente soffermata. V., specificamente, sul ruolo del giudice costituzionale rispetto al tema dei rapporti fra giudice e legislatore, ancora, A. RUGGERI, *Salvaguardia*, cit. « [...] La giurisprudenza costituzionale costituisce al riguardo un indice altamente attendibile: si pensi solo alle numerose occasioni in cui il giudice delle leggi confessa la propria impotenza a dare soddisfacente, effettiva tutela ad interessi costituzionalmente protetti, non potendo invadere il campo riservato alle opzioni c.d. "discrezionali" del legislatore. Ancora una volta, tuttavia, non spetta ai soli giudici costituzionali bensì a tutti gli operatori (in primo luogo, dunque, ai giudici comuni), con la sensibilità che è loro propria, sollecitare il legislatore ad onorare l'impegno cui è istituzionalmente chiamato, così come, peraltro, a quest'ultimo compete — come s'è veduto — predisporre le più adeguate discipline normative, sì da agevolare l'assolvimento del compito gravante sui giudici a beneficio dei diritti e degli interessi in genere meritevoli di tutela. Ed è fin troppo evidente, perché vi sia qui il bisogno di evidenziarlo ulteriormente, che il "dialogo" intergiurisprudenziale, sia in ambito interno (dei giudici comuni *inter se* e col giudice costituzionale) che al piano interordinamentale, non può che trarre profitto da un'accorta ed incisiva disciplina legislativa, da cui possono venire feconde suggestioni per la crescita e la diffusione di una cultura dei diritti, vecchi o nuovi che siano, al servizio dei più intensamente avvertiti bisogni elementari dell'uomo ». Cfr. anche G. SORRENTI, *La Costituzione "sottintesa"*, Relazione svolta al Seminario dal titolo *Corte costituzionale, giudici*

Il che, a ben considerare, non trasforma il giudice in legislatore egli pur sempre restando, secondo l'incisiva espressione di Elisabetta Lamarque, « Arlecchino⁸⁵ servitore », *di più padroni* [parole in corsivo aggiunte] — legge, Costituzione, ordinamento UE, diritti di matrice convenzionale ed internazionale.

La prospettiva che si va descrivendo, fondata sulla *lettura* delle norme interne alla luce dei canoni fondamentali scolpiti nelle *Carte dei diritti fondamentali* e sulla necessaria opera di concretizzazione dei valori costituzionali, le quante volte il legislatore abbia ommesso di disciplinare “in positivo” un settore che involge comunque i diritti fondamentali della persona o abbia mantenuto testi legislativi che non sono più al passo con i tempi della società tanto da *sclerotizzarsi*⁸⁶, rende così sempre più marcato il convincimento che il diritto è anche quello che viene dichiarato nelle aule giudiziarie e che nello Stato costituzionale l'asse giurisdizionale si è caratterizzato per un significativo rafforzamento⁸⁷.

comuni e interpretazioni adeguatrici, Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009, in www.cortecostituzionale.it, pag. 42 del *paper*.

85. V.E. LAMARQUE, *I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?* (a cura di Lamarque e Cappuccio), Napoli, 2013, 244. In tale espressione va, credo, marcato il significato estensivo del termine, che indica colui che con abnegazione e devozione si dedica ad un ideale. Ed infatti, v. G. ZAGRELESKY, *Il diritto mite*, cit., 213: « [...] Il diritto non è oggetto in proprietà di uno ma deve essere oggetto delle cure di tanti e, come non si cosono “padroni”, così simetricamente non ci sono “servi” del diritto ». V., ancora, in modo estremamente incisivo, App. Min. Torino, 15 marzo 21 aprile 1989, in *Giur.it.*, 1989, I, 2: « [...] L'indipendenza dei giudici è un valore importantissimo per tutta la collettività. Ciò non significa che il giudice sia autorizzato ad arroccarsi in uno sprezzante isolamento. Anzi, siccome egli ha il compito, difficile e tremendo, di applicare la legge dello Stato, voluta dal Parlamento in funzione del bene collettivo, il giudice deve essere un “servitore” del bene collettivo ».

86. R. LIVATINO, *Il ruolo del giudice nella società che cambia*, cit., 58.

87. A. RUGGERI, *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento « intercostituzionale »*, in *Itinerari di una ricerca su l sistema delle fonti*, XIII, Studi dell'anno 2009, Torino, 267: « [...] Se [...] il cuore pulsante dell'ordinamento, in ambito nazionale come pure in ambiti a questo trascendenti, è dato dal riconoscimento dei diitti fondamentali [...], non si vede come possa considerarsi ammissibile una ricostruzione dell'ordine delle fonti che faccia a meno del costante riporto delle fonti stesse (*rectius*, [...] delle *norme*) ai diritti e, in genere, ai principi fondamentali dell'ordinamento. uesta operazione, tuttavia, non può farsi *in vitro*, ma solo *in vivo*, ragionando appunto non già delle fonti (e dei loro rapporti) bensì delle *norme*. È chiaro che tutto ciò va verificato, e chi solo può farlo nel migliore dei modi, in considerazione dei casi, son i giudici. Sta tutta qui la ragione per cui l'essenza della teoria

Se, come si è visto, vi è un'esigenza diffusa di fornire al destinatario della protezione dei diritti delle risposte sufficientemente precise alle proprie istanze di giustizia e se queste risposte non possono giungere (solo) dalla legge, l'esigenza di procedere — obbligatoriamente⁸⁸ — a un'interpretazione che chiarisce il senso della disposizione in relazione alle diverse fonti che devono trovare applicazione o che completi il significato delle disposizioni stesse, irradiandole del valore unificante offerto dai diritti fondamentali, finisce con il diventare *consustanziale* all'operato del giudice.

In definitiva, l'assenza di consenso generalizzato che impedisce al legislatore di provvedere non sembra, a ben vedere, potere elidere la tutela di posizioni giuridiche ove queste trovino, comunque, giustificazione e fondamento nei valori fondamentali scolpiti dalle Carte dei diritti⁸⁹.

4.6. Le inquietudini del Giudice: alla ricerca dei confini, dell'etica repubblicana e di quella giudiziaria

4.6.1. L'obbligo di fedeltà del giudice e del legislatore ai valori costituzionali

Nessuna conclusione precisa è, dunque, possibile trarre in ordine all'individuazione di un "confine" netto fra legislazione e giurisdizione in materia di biodiritto.

costituzionale può, [...] cogliersi unicamente nel *diritto costituzionale vivente*, attraverso dunque la necessaria conversione della teoria delle fonti nella teoria dell'interpretazione ».

88. Su tale obbligatorietà ci siamo già soffermati in passato in R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 470.

89. Il problema è ben delineato da A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, cit., pag. 13: « [...] D'altro canto, il legislatore può porre mano alla definizione di siffatta cornice solo a condizione che siano previamente formate e saldamente radicate nel corpo sociale quelle consuetudini culturali di riconoscimento dei diritti fondamentali, cui si faceva poc'anzi riferimento, fatte quindi oggetto di positiva, congrua razionalizzazione (sarebbe, d'altronde, ben strano che su questioni diffusamente ed intensamente avvertite, quali quelle — per fare solo i primi esempi che vengono in mente — riguardanti le vicende d'inizio e fine-vita, la maggioranza politica di turno rappresentata in Parlamento possa, insensatamente, pensare d'imporre per il tramite di atti comuni di formazione la propria visione del mondo, per poi magari, subito appresso, mutare idea, sotto la pressione di interessi contingenti, e dare pertanto luogo al rifacimento della disciplina appena varata ». Ma non è dato pensare che tale condizione possa costituire un freno al pieno dispiegarsi della tutela giurisdizionale di quelle situazioni che trovano matrice nei valori fondamentali.

Il che, a dire il vero, non sembra potere stupire più di tanto, in un'era in cui il concetto stesso di *confine* appare progressivamente sgretolarsi in favore di logiche e dinamiche non di separazione, ma semmai di dialogo, di confronto continuo, di leale collaborazione.⁹⁰

E allora, quanto al rapporto fra giudice e legge e, più in generale, agli ambiti dell'interpretazione delle norme interne e sovranazionali che, proprio in relazione alla tutela multilivello, disegnano questioni nuove, tutt'altro che agevoli da dipanare, non sembra potersi sottacere che proprio l'assoluta peculiarità della materia biogiuridica pretende tanto dall'ordine giudiziario, quanto dal potere legislativo il rispetto dell'obbligo di fedeltà alla Repubblica sancito dall'art. 54 Cost.⁹¹.

Il riferimento alla fedeltà impone al legislatore ed al giudice un reciproco rispetto dei valori repubblicani consacrati nella Costituzione⁹².

E non par dubbio che solo se i rapporti fra i poteri saranno improntati a correttezza e lealtà, nel senso dell'effettivo rispetto delle

90. Quando si discute di “confini” il pensiero corre al tema dell'estensione dell'efficacia del diritto comunitario rispetto al diritto interno e della stessa Carta di Nizza–Strasburgo. Ma non solo. Si pensi alla ricerca di una linea di demarcazione fra sindacato accentrato — di costituzionalità e convenzionalità — e sindacato diffuso del giudice comune — su cui v., di recente, M. RUOTOLO, *La Cassazione penale e l'interpretazione delle disposizioni sulla custodia cautelare in carcere alla luce del principio del minore sacrificio della libertà personale, in Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?*, cit., 3 ss. — e, ancora, al fenomeno, del quale pure si è detto, della caduta dei confini territoriali per spiegare il fenomeno della globalizzazione del diritto, sui quali tanto ha scritto SABINO CASSESE—v., in particolare, *Ordine giuridico europeo e ordine nazionale*, in *Gior. dir. amm.*, 2010, n. 4, pp. 319 — 422; ID., *La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 622; ID., *Lo spazio giuridico globale*, Bari, 2003; ID., *I tribunali di Babele*, Roma, 2009. Si pensi, ancora, al fascio di questioni che si agitano attorno al tema dei “confini” dei — e fra i — giudicati nazionali e sovranazionali che continuano ad agitare le acque delle Corti supreme tanto sul versante penalistico che su quello civilistico. Talaltra, si è marcato il concetto dei confini rispetto alla delimitazione dei diritti fondamentali ed alle limitazioni che pure gli strumenti internazionali prevedono, senza i quali è praticamente impossibile determinare il contenuto del bene protetto. Ed è sempre guardando ai confini che si è discusso del rapporto fra enunciato normativo — che riconosce i diritti fondamentali — scarno, statico — ed attività di interpretazione — dinamica, del giudice. Né si è mancato di osservare il *work in progress* sui “confini” fra le Corti di Lussemburgo e di Strasburgo, i quali pure saranno segnati in occasione della concreta adesione dell'UE alla CEDU già prevista dall'art. 6 TUE.

91. V. G. LOMBARDI, *Fedeltà (dir. cost.)*, *Enc.dir.*, XVII, 1968, 165 ss. Su tale articolo v. le considerazioni espresse sull'art. 54 Cost. da G. ZAGREBELSKY, in <http://www.youtube.com/watch?v=oP4EoM9N7ww>.

92. L. VENTURA, sub Art. 54, *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA E A. PIZZORUSSO, II, *Rapporti politici*, Bologna–Roma, 1994, 58.

attribuzioni a ciascuno spettanti (Corte cost. n. 110/98)⁹³ può essere possibile superare l'atavico conflitto fra politica e potere giudiziario⁹⁴.

Il giudice come il legislatore, in definitiva, ha l'obbligo di contribuire in modo solidale, nei contesti normativi e fattuali storicamente dati, alla salvaguardia dell'ordinamento nell'identità dei suoi principi fondamentali⁹⁵, vicendevolmente riconoscendosi i tratti di azione per come si è cercato di descrivere. Ciò che può costituire la base per la creazione di virtuosi e concentrici meccanismi di *eticizzazione* della pratica giudiziaria, come anche di *giuridizzazione* dell'etica, attraverso la tendenziale stabilizzazione di regole, frutto dell'opera, lineare e discreta, del legislatore e della concretizzazione che il *giudiziario* riuscirà a realizzare nel caso concreto.

Ma non sembra neanche vero che, in assenza dell'intervento del legislatore, il giudice si dimostri infedele alla Repubblica allorché si metta al servizio delle domande di giustizia poste al suo vaglio, applicando al caso concreto il diritto, per come esso si sedimenta attraverso i principi cardine della Costituzione e delle Carte dei diritti⁹⁶.

Quest'obbligo di fedeltà, d'altra parte non può non considerare la particolarità del ruolo attribuito al giudice comune nel nostro sistema e, come si è detto — v. parte II cap. I, par. I.I — il proces-

93. A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, 2013. ID., *Il dovere di fedeltà alla Repubblica*, Relazione al Convegno annuale del Gruppo di Pisa su I doveri costituzionali nella giurisprudenza della Corte, Acqui Terme (Alessandria), 9-10 giugno 2006, in AA.VV., *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, a cura di R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER, Torino 2007, 198.

94. A. MORELLI, *op. ult. cit.*, 203.

95. A. MORELLI, *op. cit.*, 204.

96. ROSARIO LIVATINO aveva colto questa "soggezione alla fedeltà" del giudice, descrivendola in modo estremamente chiaro «[...] La magistratura, per restare ancora fedele al dovere costituzionale di fedeltà alla legge, altro non cerca, anche per evitare ondeggiamenti, incertezze ed ulteriori ingiusti rimproveri, che di poter disporre di dettati normativi coerenti, chiari, sicuramente intelligibili, nonché di testi negoziali nei quali la posizione di diritto e di obbligo delle parti non sia offuscata da una trama tormentata di sottili e complicate espressioni verbali, che nascondono premesse politiche tutt'altro che chiare anziché una precisa volontà che sostenga il precetto. Fin quando tutto questo non sarà assicurato dal nostro legislatore e dalle parti sociali in sede di contrattazione, sarà ineliminabile che il giudice di Pordenone ed il giudice di Ragusa, con gli abissi di cultura e dei substrati territoriali, sociali ed economici nei quali si trovano ad operare, cerchino di districarsi nella perigliosa giungla di queste regolamentazioni adoperando dei machete interpretativi tra loro dissimili o addirittura contraddittori» — R. LIVATINO, *Il ruolo del giudice nella società che cambia*, 1984.

so di progressiva emancipazione del giudice dalla legge positiva nazionale.

Tale emancipazione, ben lungi dall'essere frutto di *arbitrio giudiziario* ha, all'evidenza, tratti diversi, ma univoci: a) la disapplicazione — senza mediazione alcuna con la Corte costituzionale — della legge interna contrastante con il diritto eurounitario; b) l'interpretazione *costituzionalmente, eurounitariamente e convenzionalmente conforme* — essa stessa originata dalla giurisprudenza costituzionale⁹⁷, ormai capace di forgiare la figura del *giudice (comune) dei tre cappelli*, come a me piace dire⁹⁸; c) la possibilità di attivare il sindacato costituzionale ipotizzando la non manifesta infondatezza del contrasto con la Costituzione o con le norme convenzionali internazionali.

Si comprende bene ora come le accuse di *usurpazione di potere* spesso rivolte al giudiziario peccano, talvolta, di parzialità, in realtà nascondendo l'insoddisfazione verso le soluzioni *di sostanza* adottate dal giudice. Viene, talvolta, da dubitare che le stesse accuse sarebbero mosse se l'esito del caso esaminato dal giudice avesse avuto diversa composizione.

Ma a parte ogni altra considerazione, non pare potersi negare che il ruolo del giudiziario non risulti in alcun modo scalfito anche nell'ipotesi in cui il legislatore abbia, commendevolmente, deciso di disciplinare una materia eticamente sensibile, proprio perché il ruolo riservato *dalla Costituzione* al giudice è, per l'appunto, quello di perenne controllore della costituzionalità e convenzionalità delle leggi, oltre che del loro

97. Cfr., per l'attività di interpretazione costituzionalmente orientata, per tutti, R. ROMBOLI, *Modelli di giudice e complessità sociale: bocca della legge, interprete, mediatore dei conflitti o difensore dei diritti?*, cit.: «[...] La giurisprudenza costituzionale in diverse occasioni ha invitato in queste circostanze il giudice a ricercare lui stesso la soluzione ed a garantire la tutela dei diritti fondamentali rifacendosi direttamente ai principi costituzionali. Si legge infatti in queste pronunce che «spetta al giudice, attraverso l'esercizio pieno dei poteri di interpretazione della legge e del diritto, risolvere, conformemente alla Costituzione, il problema che la *rilevata lacuna normativa* in ipotesi determina» oppure che «nell'*attuale situazione di carenza legislativa*, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali» (corsivi aggiunti)». Il punto è stato sviluppato, in modo molto articolato proprio con riguardo all'obbligo di fedeltà, da A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, già cit., spec. 195: «[...] dall'art. 54 sembra doversi ricavare il fondamento positivo dell'interpretazione conforme a Costituzione[...]». Quanto all'interpretazione convenzionalmente orientata, la stessa trova esplicita e formale matrice in numerose pronunce della stessa Corte costituzionale che, con le sentenze gemelle del 207 — nn. 348 e 349 — ha formalizzato tale principio, poi con vari accenti ribaditi fino alla più recente sent. n. 210/2013.

98. R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, cit., 189 ss.

pieno conformarsi, rispetto alle materie che vedono una competenza ripartita o esclusiva dell'UE, al diritto dell'Unione europea.

Si intende così dire che le critiche rivolte al *giudiziario* per avere superato i limiti allo stesso riservati in assenza di una legislazione si riproporrebbero tutte intere anche nel caso in cui esistesse una legge e il giudice fosse chiamato ad operare il proprio sindacato di controllo sulla compatibilità delle disposizioni ai principi, di natura nazionale e sovranazionale, ancora una volta potendosi affermare che, nell'esercizio di tale controllo, il giudice mette a repentaglio i valori democratici. Il che, per le considerazioni sopra svolte, non sembra corrispondere a verità, proprio perché il giudice, per essere fedele alla Costituzione, è tenuto egli stesso a dare spazio pieno al "circuito delle interpretazioni" delle quali si è detto, proprio a pena di tradire quel medesimo vincolo di fedeltà alla Repubblica⁹⁹.

Si potrà certo dire che la tesi che si è andata qui sostenendo favorisce la frantumazione del valore del precedente — anch'esso un valore fondamentale del sistema — e fa da "anticamera" all'incertezza del diritto alla quale, tuttavia, la stessa dottrina ha opportunamente affiancato il valore, parimenti essenziale per l'attuale contesto sociale, rappresentato dalla certezza "dei diritti"¹⁰⁰.

99. V., sul punto, in modo assai significativo, A. MORELLI, *I paradossi*, cit., 253: «[...] Il riferimento del vincolo di fedeltà ai principi supremi che connotano l'identità dell'ordinamento repubblicano conduce, infine, a qualificare gli obblighi d'interpretare le fonti nazionali in senso conforme al diritto dell'Unione europea e al diritto internazionale come coerenti sviluppi dello stesso dovere d'interpretazione della legge fedele ai principi repubblicani. Sembra doversi concludere, al riguardo, che anche per tali vincoli, riconosciuti sia dalle Corti europee che dal giudice nazionale delle leggi, il fondamento non possa farsi risiedere nel rapporto tra fonti interne ed esterne dell'ordinamento, ma nell'esigenza, che ovviamente non può che riscontrarsi caso per caso, della più intensa tutela dei principi e dei diritti fondamentali».

100. A. RUGGERI, *Sistema di fonti o sistema di norme? Le altalenanti risposte della giurisprudenza costituzionale*, in «Itinerari» di una ricerca sul sistema delle fonti, XVI, *Studi dell'anno 2012*, Torino, 2013, 518: «[...] Ci si avvede così che nulla può dirsi a priori circa il modo con cui una fonte si pone davanti ad altre fonti e viene pertanto a trovare ricetta nel sistema; tutto, piuttosto, può dirsi solo a posteriori, per il modo con cui le norme dalle fonti prodotte si riportano le une alle altre e tutte assieme a "fatti" e valori. La gerarchia, insomma, in ultima istanza si fa e senza sosta rinnova, fissandosi per le esigenze di un'esperienza data, davanti al giudice (e, segnatamente, avuto riguardo alle vicende delle fonti di primo grado, davanti al giudice costituzionale), la certezza del diritto convertendosi ed interamente risolvendosi in certezza dei diritti, vale a dire, a conti fatti, nella effettività della loro tutela, la massima possibile alle condizioni oggettive di contesto».

È, semmai, la delicatezza dei compiti che sono descritti a suscitare qualche altra riflessione sull'etica del giudice.

D'altra parte, passando dal piano teorico a quello pratico dell'esercizio delle funzioni giurisdizionali, non deve sottostimarsi il disagio talvolta avvertito da chi, svolgendo tali funzioni giudiziarie comprende, per il fantomatico "fattore tempo", di non (potere) offrire un prodotto adeguato alla nozione di *iuris prudentia* che pure incarna e di non svolgere, quindi, in modo adeguato alla difficoltà delle vicende il proprio ruolo.

Ruolo che proprio la dimensione internazionale del diritto ormai innescatasi pretende di essere svolto coniugando all'evidente professionalità anche tempi di studio e di sedimentazione adeguati.

Umberto Vincenti, nel suo quadro della giustizia, non certo confortante, di recente offerto in *Diritto e menzogna*¹⁰¹, sottolinea che « se i giudici sono impegnati a sbrigare un numero di pratiche superiore alla loro capacità, è probabile che il prodotto-sentenza possa non essere il migliore possibile, che qualche dettaglio, magari determinante, sfugga o non sia apprezzato adeguatamente ».

Ecco che il discorso si sposta dall'etica della materia di cui qui discutiamo *all'etica del giudice*, del buon giudice, di quel giudice che talvolta preferirebbe, piuttosto che andar per massime, offrire risposte più appaganti, più consapevoli e, in definitiva, meglio capaci di essere comprese.

E ciò non tanto e solo per un non certo deprecabile appagamento individualistico personale del singolo giudice di legittimità, ma soprattutto per la funzione che lo stesso è chiamato a svolgere e che, quanto al giudice — soprattutto — di ultima istanza, lo pone al centro di un dibattito "senza confini" fra giurisdizioni.

Non è forse lontano dal vero Vincenti laddove riconosce che il giurista dei tempi nostri — e soprattutto quello che si trova a svolgere il ruolo di giudice della Corte di Cassazione — sia spesso costretto, per un'inusitata (almeno rispetto alle altre Corti supreme) quantità di ricorsi da decidere, a rinunciare alla missione che gli compete, quella di dire la verità che tale in coscienza gli appare, preferendo imboccare la strada del giudice burocrate, per come la traccia, ancora una volta, Vincenti.

101. U. VINCENTI, *Diritto e menzogna*, Roma, 2013.

Ciò, a dire il vero, non sembra accettabile, né in generale né tanto meno quando l'attività giudiziaria intercetta questioni di natura biogiuridiche, appunto queste coinvolgendo il ceppo fondamentale dei diritti della persona, destinati a rimanere configurati, in via inemendabile, dalla decisione giudiziaria adottata.

In questa prospettiva, l'idea di affiancare ai giudici di ultima istanza altri magistrati destinati al compito di assistenti di studio, inizialmente proposta dall'attuale Governo, sembrava costituire un buon punto di partenza. Il successivo incremento, disposto in sede di conversione, dell'Ufficio del Massimario¹⁰² è stato peraltro di recente interpretato in modo perspicuo dal CSM, sottolineando la necessità che tali figure vengano stabilmente destinate anche allo svolgimento di « ricerche sulle questioni che devono essere discusse in camera di co contenente il materiale — normativo, giurisprudenziale e dottrinario — necessario per la decisione, quale indispensabile supporto tecnico » — Del. 10 dicembre 2013 prot. P21812/2013.

102. La successiva modifica, operata in sede di conversione dalla l. n. 93/2013, dell'articolo 74 del d.l. 69/13 realizzata attraverso l'incremento del numero dei giudici addetti all'ufficio del Massimario e la previsione della partecipazione alle udienze da parte dei magistrati più anziani addetti a tale ufficio sembra, in parte, risentire della logica aziendalista che pare avere preso il sopravvento in tema di giustizia, apparendo necessaria la creazione di punti di contatto stabili fra Sezioni ed Ufficio anzidetto, attraverso i quali consentire il sinergico ed adeguato sfruttamento delle preziose risorse esistenti proprio per definire i casi complessi con le modalità che si è cercato di tratteggiare nel testo.

PARTE III

LEGISLAZIONE, CORTE EUROPEA DEI
DIRITTI DELL'UOMO E BIODIRITTO

Due esempi di buona legislazione in tema di biodiritto

Quando legislatore e giudici vanno d'accordo

1.1. L'amministrazione di sostegno e la figura del Giudice tutelare come garante della persona che ha bisogno di "cure". Un pugno di indicazioni essenziali al giudice del caso concreto

Sembra utile valorizzare, fra gli esempi concreti di "buona legislazione" nel campo, delicatissimo, della cura — *personae e patrimonii* — di persone che non sono in condizioni di provvedere autonomamente alla cura dei propri interessi con la l. n. 6/2004 (che pure ha novellato parzialmente le disposizioni del codice civile), dell'istituto dell'amministrazione di sostegno.

Rinviano ad approfondimenti compiuti in materia sul punto¹, può qui osservarsi che l'adozione di precetti di portata generale², uniti all'autonomia decisionale, assai significativa, che il legislatore ha riconosciuto al Giudice Tutelare, ha reso palese la necessità di una disciplina precettiva *soft*, consapevole che solo l'esame concreto — appunto demandato al G.T. — della singola vicenda che ruota attorno alla protezione di un soggetto bisognoso di cura può e deve costituire il baricentro della tipologia di protezione da offrire al beneficiario.

È, in definitiva, questo filo diretto fra giudice e amministrato (per il tramite dell'amministratore di sostegno) che spiega la centralità dell'autorità giudiziaria all'interno di tale istituto più che negli altri limitrofi territori di protezione dei deboli già esistenti prima della novella del 2004.

1. V. volendo, R. CONTI, *Norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, in AA.VV., *Amministrazione di sostegno*, diretta da G. FERRANDO, Bologna, 2012, 269 ss.

2. V. artt. 405, 409, 411 e 413 c.c.

L'accentramento in capo al giudice tutelare dei poteri in ordine al governo dell'amministrazione di sostegno si giustifica con la necessità di adeguare costantemente la misura di protezione alle esigenze nel concreto³ da proteggere e risulta direttamente correlato alla stretta prossimità che il legislatore ha inteso creare tra amministrato, amministratore e giudice⁴. Legame, quest'ultimo, che non sembra avere eguali se si guarda il rapporto esistente fra giudice e interdetto e, ancor di più, fra giudice e inabilitato.

In questa prospettiva, la possibilità di integrare, modulare diversamente o ridurre "successivamente" il provvedimento di amministrazione di sostegno, che il Giudice Tutelare può anche d'ufficio sperimentare, offre all'interprete la dimostrazione che tali rilevanti poteri, sui quali la dottrina si è opportunamente soffermata⁵, si giustificano in relazione all'immediata percezione dei bisogni da parte del beneficiario che il giudice tutelare può conoscere direttamente dal predetto o più generalmente per il tramite dell'amministratore di sostegno⁶.

Ciò che è la cifra di quanto il ruolo del giudice tutelare disegnato dal legislatore si distacchi profondamente da quello di un "giudice burocrata-

3. Nel senso che l'ambito dei poteri dell'amministratore debba puntualmente correlarsi alle caratteristiche del caso concreto, v. Corte cost. n. 440/2007.

4. G. FERRANDO, *L'amministrazione di sostegno nelle sue recenti applicazioni*, in *Fam. Pers. Succ.*, 12/2010, 847; P. CENDON, R. ROSSI, *Amministrazione di sostegno: motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, Torino, 2009; A. COCCIA, M.R. MARELLA, *I beneficiari dell'amministrazione di sostegno*, in G. FERRANDO, L. LENTI (a cura di), *Soggetti deboli e misure di protezione. Amministrazione di sostegno e interdizione*, Torino, 2006, 109 ss.

5. G. BONILINI, *Le norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, in G. BONILINI, A. CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno*, Padova, 2007, 248.

6. La centralità del G.T. di cui si è detto è confermata, ancora, dalla disamina delle disposizioni relative alla nomina dell'amministratore di sostegno, alla scelta del quale provvede il giudice tutelare « con esclusivo riguardo alla cura ed agli interessi della persona del beneficiario » — art. 409 c.c. — ancora una volta ammettendosi che la individuazione della persona più adatta a svolgere la figura di amministratore di sostegno, pur dovendo tenere conto della volontà espressa dal beneficiario nel corso del procedimento, può da essa discostarsi nella ricorrenza di gravi motivi (anche nell'ipotesi di designazione antecedente alla proposizione del ricorso). Resta solo da ricordare l'art. 44 delle disposizioni di attuazione al codice civile, secondo il quale « Il giudice tutelare può convocare in qualunque momento il tutore, il protutore, il curatore e l'amministratore di sostegno allo scopo di chiedere informazioni, chiarimenti e notizie sulla gestione della tutela, della curatela o dell'amministrazione di sostegno, e di dare istruzioni inerenti agli interessi morali e patrimoniali del minore o del beneficiario ».

te”⁷, in esso, anzi, individuando profili di complessità e responsabilità indiscutibilmente elevati.

In definitiva, la stella polare che governa l’attività del Giudice tutelare nel procedimento di amministrazione di sostegno è costantemente rappresentata dalla necessità di offrire una protezione efficace, concreta ed effettiva ai bisogni e alle necessità che l’amministrato nella vicenda reale mostra di avere.

Se tale conclusione è vera, l’accusa mossa al legislatore di avere attribuito all’interprete — e in particolare al giudice tutelare — uno spazio interpretativo foriero di “divergenze di vedute”⁸ non sembra condivisibile, perdendo di vista come sia proprio nella vicenda concreta che il giudice — qui il giudice tutelare — riesce a delineare la migliore regola possibile delle questioni in discussione⁹.

Tutto al contrario, la scelta legislativa e il *pugno di indicazioni essenziali*¹⁰ offerte dal legislatore al giudice tutelare anticipa, in modo davvero virtuoso, quella flessibilità che proprio gli strumenti internazionali avevano suggerito per la protezione delle persone bisognose di cura — Convenzione sui diritti delle persone con disabilità¹¹, varata

7. Cfr. M.C. FAILLA, *I poteri del giudice tutelare*, in *L’amministrazione di sostegno*, a cura di G. FERRANDO, Milano, 2005, 249 ss. R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, cit., 445 ss.

8. G. BONILINI, *L’amministratore di sostegno*, in G. BONILINI, A. CHIZZINI, *L’amministrazione di sostegno*, cit., 170.

9. Riemerge, così, a parti invertite, visto che questa volta sarebbe stato lo stesso legislatore ad arretrare erroneamente il proprio baricentro di azione a tutto favore del giudice, l’ormai secolare dissidio fra certezza del diritto ed effettività delle tutele che può trovare rimedio e composizione nella prospettiva che intende salvaguardare la certezza “dei diritti”, sulla quale v., ancora, A. RUGGERI, *La cedevolezza della cosa giudicata all’impatto con la convenzione europea dei diritti umani... ovverosia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in <http://www.astrid-online.it/Giustizia-1/Studi-ric/Canzio-Kostoris-Ruggeri.pdf>.

10. A. RUGGERI, *Il caso Englaro e il controllo contestato*, cit., 6, che sul ruolo del legislatore in tema di fine vita ritiene «[...] assolutamente necessario che, in merito ai c.d. “nuovi diritti”, si dia con legge costituzionale un pugno di indicazioni essenziali, bisognose di essere quindi svolte ed attuate ad opera della legge comune (e, ove opportuno, di altri atti ancora, comunque posti al servizio della legge stessa): una legge costituzionale auspicabilmente varata coi più larghi consensi e, comunque, ove così non dovesse essere, ulteriormente sorretta dal verdetto popolare ».

11. È la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, varata a New York il 13 dicembre 2006 a riconoscere espressamente (lett. n del preambolo) « l’importanza per le persone con disabilità della loro autonomia ed indipendenza individuale, compresa la libertà di compiere le proprie scelte », pure precisando (art. 12) che « Gli Stati devono assicurare

a New York il 13 dicembre 2006¹² e Convenzione di Oviedo¹³.

che le misure relative all'esercizio della capacità giuridica rispettino i diritti, la volontà e le preferenze della persona, che siano scevre da ogni conflitto di interesse e da ogni influenza indebita, che siano proporzionate e adatte alle condizioni della persona, che siano applicate per il più breve tempo possibile e siano soggette a periodica revisione da parte di una autorità competente, indipendente ed imparziale o di un organo giudiziario». Anche secondo tale strumento normativo sovranazionale, pienamente vincolante per l'Italia, viene offerta particolare protezione alla volontà dell'incapace, ad ulteriore conferma del quadro normativo espresso dalla ricordata Convenzione di Oviedo, ove la possibilità di eseguire interventi terapeutici sul paziente incapace viene sì riconosciuta attraverso l'intervento del legale rappresentante, ma pur sempre prevedendo che l'incapace venga inserito nella procedura di autorizzazione. Per persone con disabilità s'intendono (art. 1, comma II,) coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con gli altri.

12. Corte cost. 6 novembre 2009 n. 285, la quale, proprio con riferimento alla Convenzione delle Nazioni Unite approvata a New York in favore delle persone disabili, ha riconosciuto come la stessa contenga principi e disposizioni di tale pregnanza che «[...] indubbiamente si riflettono, quanto meno sul piano ermeneutico e di sistema» sulle disposizioni normative interne. In modo ancor più incisivo la Corte costituzionale ha di recente chiarito che tale strumento internazionale, al quale ha aderito anche l'Unione europea (Decisione del Consiglio n. 2010/48/CE, del 26 novembre 2009, relativa alla conclusione, da parte della Comunità europea, della convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità), «[...] vincola l'ordinamento italiano con le caratteristiche proprie del diritto dell'Unione europea, limitatamente agli ambiti di competenza dell'Unione medesima, mentre al di fuori di tali competenze costituisce un obbligo internazionale, ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost» — cfr. Corte cost. 26 ottobre 2012 n. 236. Sulla piena compatibilità dell'istituto dell'amministrazione di sostegno con tale Convenzione v., di recente, Cass. n. 18329/12: «[...] Il provvedimento che ha dichiarato aperta la procedura è sempre suscettibile di adeguamento e modifiche, stante il dovere dell'amministratrice di sostegno, richiamato nel decreto del giudice tutelare, di riferire periodicamente in ordine alle attività svolte con riguardo alla gestione del suo patrimonio nonché in ordine ad ogni mutamento delle condizioni di salute e delle condizioni di vita personale e sociale del sig. P., ciò costituendo un ulteriore segnale della flessibilità e idoneità dello strumento ad adeguarsi alle esigenze del beneficiario. Si dimostra in tal modo che non è ravvisabile alcuna violazione della Convenzione di New York nella parte che concerne l'obbligo degli Stati aderenti di assicurare che le misure relative all'esercizio della capacità giuridica siano proporzionate al grado in cui esse incidono sui diritti e sugli interessi delle persone con disabilità, che siano applicate per il più breve tempo possibile e siano soggette a periodica revisione da parte di una autorità indipendente ed imparziale (artt. 1 e 12)».

13. Rileva in particolare l'art. 6 della Convenzione di Oviedo — trattato internazionale reso esecutivo con la legge 28 marzo 2001, n. 145, privo di efficacia giuridica vincolante in ragione del mancato deposito dello strumento di ratifica ma dotato, nondimeno, di «una funzione ausiliaria sul piano interpretativo» dovendo «[...] essere utilizzato nell'interpretazione di norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile ad esso conforme» (cfr. Cass. 16 ottobre 2007 n. 21748; v. anche Corte cost. 311/2009) — che, all'art. 6, sotto la rubrica «protezione delle persone che non hanno la capacità di dare consenso»,

Ecco che la lettura sistematica dell'art. 411 c.c. e delle altre disposizioni codicistiche con i principi espressi dalla Convenzione ONU sui diritti dei disabili, non soltanto giustifica pienamente l'elasticità voluta dal legislatore rispetto alla regolamentazione dei poteri dell'amministratore di sostegno e all'applicabilità mai automatica delle disposizioni in tema di incapaci, ma legittima ancor di più la centralità del Giudice tutelare nel sistema di protezione dei disabili, al quale gli ampi margini di apprezzamento attribuiti risultano funzionali alla garanzia di condizioni di accomodamento procedurale volute dalla Convenzione.

prevede specifiche disposizioni di seguito riportate: «1. Sotto riserva degli articoli 17 e 20, un intervento non può essere effettuato su una persona che non ha capacità di dare consenso, se non per un diretto beneficio della stessa. [...] 3. Allorquando, secondo la legge, un maggiorenne, a causa di un handicap mentale, di una malattia o per un motivo simile, non ha la capacità di dare consenso ad un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge. La persona interessata deve nei limiti del possibile essere associata alla procedura di autorizzazione». Assume parimenti valore il rapporto esplicativo alla Convenzione, rilevante ai fini dell'individuazione degli scopi della Convenzione medesima — in <http://conventions.coe.int/treaty/EN/Reports/Html/164.htm> — v., sub art. 6, p. 41/46. La relazione esplicativa dà così conto del fatto che il consenso al trattamento sanitario da parte di chi non è capace di prestare una manifestazione di volontà va espresso in relazione alla singola legislazione nazionale e spiega le ragioni che giustificano l'intervento di un terzo in favore del soggetto individuandole, appunto, nell'esigenza di proteggere da effetti discriminatori quello stesso oggetto che non potrebbe prestare un valido consenso — However, in order to protect the fundamental rights of the human being, and in particular to avoid the application of discriminatory criteria, paragraph 3 lists the reasons why an adult may be considered incapable of consenting under domestic law, namely a mental disability, a disease or similar reasons — Viene messo in evidenza che anche l'incapace, se tornato in condizioni di comprendere la rilevanza dell'intervento, deve potere essere messo in condizione di prestare il proprio consenso ai sensi dell'art. 5 della stessa Convenzione. La disposizione appena evocata va messa in relazione a quella contenuta nell'art. 8 della stessa Convenzione — Situazioni d'urgenza » — secondo il quale « [...] Allorquando in ragione di una situazione d'urgenza, il consenso appropriato non può essere ottenuto, si potrà procedere immediatamente a qualsiasi intervento medico indispensabile per il beneficio della salute della persona interessata ». Particolarmente utile, anche in questa occasione, appare il rapporto esplicativo (p. 56, 57, 58 e 59) che rende chiaro come l'impossibilità di ottenere il consenso da una persona in situazioni di emergenza non impedisce al sanitario di porre in essere interventi terapeutici, ancora una volta delineando i paletti entro i quali ciò può essere praticato — a) situazione di emergenza; b) interventi salva-vita o comunque indirizzati in via esclusiva al miglioramento delle condizioni di salute; c) improcrastinabilità dell'intervento; d) individuazione, nei limiti del possibile, di quale sarebbe stata la volontà del paziente.

In questa prospettiva, il *potere* riconosciuto al giudice tutelare altro non è se non la conferma di ciò che si fa nelle aule dei tribunali in occasione dello svolgimento di operazioni di bilanciamento su basi di valore, che possono determinare persino il momentaneo accantonamento di un principio per far posto ad un altro, in ragione delle peculiari esigenze del caso¹⁴.

Non è dunque un caso che il giudice, prima di procedere, debba provvedere, « assunte le necessarie informazioni e sentiti i soggetti di cui all'art. 406 », come sancisce l'art. 407 2 comma c.c. Si tratta, appunto, della formalizzazione di quel protocollo operativo che, pare, qualunque giudice debba adottare quando intercetta questioni che sono capaci di incidere sugli interessi personalissimi della persona.

Basta dunque sfiorare il cuore dei problemi che ruotano attorno ai confini dell'istituto dell'amministrazione di sostegno — e per quel che qui primariamente interessa agli atti di cura — per avvedersi che su questa ibrida figura di “Giudice” vanno a concentrarsi i “destini” di un numero significativo di “persone” indiscutibilmente bisognose di protezione ma, per tal motivo, estremamente vulnerabili anche rispetto alla figura del Giudice chiamato a offrire loro protezione e tutela.

D'altra parte, la possibilità che nell'ambito dell'amministrazione di sostegno vengano attribuiti all'amministratore poteri incidenti sulla cura del beneficiario, ivi compresi quelli di natura terapeutica, pur ancora dividendo i giudici tutelari in due categorie che continuano a confrontarsi senza possibilità di trovare soluzioni concordi¹⁵, dimostra

14. V. sul punto, R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, cit., 168.

15. V., in modo completo, analitico e dettagliato, E. SERRAO, *I nodi sostanziali sciolti (e quelli irrisolti) in tema di amministrazione di sostegno*, Relazione svolta all'incontro di studio organizzato dal CSM in Roma dal 16 al 18 gennaio 2012 sul tema *Il punto sull'amministrazione di sostegno a otto anni dall'entrata in vigore della legge 6/2004*, in www.csm.it. Tra le tante pronunzie, sulla rilevanza del consenso del beneficiario di amministrazione di sostegno rispetto ad attività sanitaria, v. Tribunale di Palermo, 9 dicembre 2009, in *Fam. dir.*, 2010, 5, con commento di S. ANDALORO, *L'amministrazione di sostegno come strumento di tutela del consenso informato*. V., anche Tribunale di Parma, 7 giugno 2011, in *Fam. e dir.*, 2011, 8-9, 791, con nota di A. SCALERA, *I trattamenti sanitari dell'interdetto: poteri del tutore e ruolo del giudice*; Tribunale di Roma, 6 dicembre 2010, in www.personaedanno.it; Tribunale di Roma, 24 marzo 2010, in *Fam. e dir.*, 2010, II, 1021 s., con nota di E. FALLETTI, *Amministrazione di sostegno e consenso informato a terapia sperimentale del beneficiario sofferente di Alzheimer*; Tribunale di Roma, 19 marzo 2004, in *Notariato*, 2004, 3, 249 s., con nota di E. CALÒ, *L'amministrazione di sostegno al debutto fra istanze nazionali e adeguamenti pratici*.

come il legislatore, quando vuole, riesce a offrire risposte adeguate e calibrate ai problemi che involgono anche laceranti problemi di natura bioetica, esso stesso demandando al giudice il ruolo di “concreto attuatore” dei diritti.

Ciò ha confermato, in tempi recenti, un’importante pronunzia della Corte di Cassazione che, sia pure attraverso un *obiter* suscitato (come risulta dalla motivazione di Cass. 23707/12), dalle difese della parte ricorrente e dalla memoria del Procuratore Generale d’udienza, ha ripercorso in maniera lineare gli aspetti più salienti dell’istituto cercando di fissare dei punti fermi circa il ruolo delle dichiarazioni anticipate con le quali una persona in piena salute dà indicazioni a un soggetto da lui designato su come comportarsi in caso di insorgenza di una futura malattia.¹⁶

16. Ed è stato proprio all’interno dell’amministrazione di sostegno che si sono poste le questioni relative all’efficacia delle dichiarazioni anticipate di trattamento, sulle quali è di recente intervenuta Cass. 23707/2012. Si è ivi chiarito che l’art. 408 cod. civ., ammettendo la designazione preventiva dell’amministratore di sostegno da parte dello stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata, è espressione del principio di autodeterminazione della persona, in cui si realizza il valore fondamentale della dignità umana, ed attribuisce quindi rilievo al rapporto di fiducia interno fra il designante e la persona prescelta, che sarà chiamata ad esprimerne le intenzioni in modo vincolato. La pronunzia da ultimo ricordata, nel ribadire l’indirizzo, prevalente fra i giudici tutelari, per il quale l’inesistenza attuale di una condizione patologica non può giustificare l’apertura di un procedimento di amministrazione di sostegno, in quanto l’intervento giudiziario non può essere che contestuale al manifestarsi dell’esigenza di protezione del soggetto, ha però precisato, in via di *obiter*, che «[...] esplicitazione del principio dell’autodeterminazione della persona, in cui a sua volta si esplica e si realizza il rispetto della dignità umana, la designazione preventiva di cui si discute mira a valorizzare, come testualmente recita l’art. 408 c.c., in «previsione della propria eventuale futura incapacità», il rapporto di fiducia interno al designante ed alla persona scelta che sarà tenuta ad esprimerne le intenzioni, se risultano esternate ad integrazione dell’atto, circa gli interventi di natura patrimoniale e personale che si rendessero necessari all’avverarsi di quella condizione. In tal caso sul designato, non quale fiduciario perché non esclusivamente incaricato d’ esternare la volontà del designante, non quale rappresentante legale al pari del tutore, né infine quale mero sostituto del beneficiario, graverà il compito di agire non solo nell’interesse di quest’ultimo, esercitando la funzione di protezione e garanzia tipica della sua investitura, ma con esso, per attuarne il proposito dichiarato. Ed il giudice tutelare, che in presenza di gravi motivi può motivatamente discostarsi dalla designazione, per logico corollario, analogamente, potrà discostarsi dalle scelte integrative espresse nell’atto di designazione, laddove se ne renda necessario l’intervento, soltanto se apprezza la sussistenza di gravi motivi. Premessa l’estraneità al *thema decidendum* e quindi l’irrelevanza ai fini della presente decisione della problematica attinente alla natura ed agli effetti delle direttive anticipate di trattamento sanitario — c.d. D.A.T. —, sulle quali il nostro legislatore, diversamente da quello di altri Stati Europei — Francia, Germania, Austria

Cass. n. 23707/12, quando prevede che tale dichiarazione, pur generalmente vincolante quanto al suo contenuto, potrà essere superata dalla decisione del Giudice tutelare in ragione dell'esistenza di gravi motivi che dovrà deliberarne il contenuto, avendo cura di verificare comunque, fin quando non vi è più coscienza del beneficiario, l'eventuale volontà di revoca, riesce a coniugare in maniera felice i principi espressi dalla sentenza Englaro con quelli, solo in apparenza distonici, che pure la Corte ebbe a esprimere con riguardo alla vicenda del testimone di Geova rispetto alle trasfusioni di sangue — Cass. n. 23676/2008. Ancora una volta, tale decisione sembra confermare quanto la flessibilità dell'istituto, realizzata attraverso un ampio margine di poteri/doveri affidati al Giudice tutelare, rende imperiosa l'adozione di misure normative che offrano al giudice, quando si discute dei temi biogiuridici, un ampio margine di deliberazione, al cui inter-

e Spagna — non è ancora intervenuto, deve affermarsi che nel caso in considerazione l'intervento dell'amministratore di sostegno designato, pur con i limiti operanti in materia di diritti personalissimi, è vincolato alle indicazioni manifestate nella condizione di capacità dal soggetto, occorre aggiungere sempre revocabili, ed ha il potere ed il dovere di esternarle, senza che si ponga la necessità di ricostruire la volontà attraverso atti e/o fatti compiuti in stato di capacità». Si è nella medesima occasione aggiunto che l'istituto in esame «[...] disvela l'attenzione sempre più avvertita alla tutela della persona *tout court* ed al rispetto della sua volontà, il valore della dignità riferito sia al soggetto capace sia all'incapace si esprime nella autodeterminazione, che a sua volta rappresenta l'asse portante del rapporto che si estrinseca nella "alleanza terapeutica" e che esplicita l'impostazione che ad essa la persona capace intende dare attraverso l'atto di designazione. A corollario, può sostenersi che siffatto atto: 1. — vincolerà l'amministratore di sostegno, seppur i suoi poteri non sono prestabiliti ma sono fissati dal giudice tutelare nell'esercizio del suo potere decisionale, nel perseguire la finalità della "cura" necessaria a garantire la protezione del beneficiario e nell'attuare le "aspirazioni", laddove ne venga in rilievo il diritto alla salute, prestando il consenso o il dissenso; informato agli atti di cura che impongono trattamenti sanitari; 2. — orienterà l'intervento del sanitario; 3. — né imporrà la delibazione da parte del giudice nell'esercizio dei suoi poteri, segnatamente nell'attribuzione di quelli da affidare all'amministratore di sostegno, ovvero in sede d'autorizzazione agli interventi che incidono sulla salvaguardia della salute del beneficiario in caso di sua incapacità. Nel solco della sentenza n. 21748/2007, questo scrutinio non potrà però prescindere dalla verifica circa l'attualità della volontà del soggetto in stato d'incapacità che, sino al momento della perdita della coscienza, ha il potere di revocare quella scelta, nonché, secondo quanto si è affermato nei precedenti nn. 4211/2007 e 23676/2008 in ordine al dissenso alla sottoposizione alle cure mediche trasfusionali da parte di un testimone di Geova, della sua univocità e specificità, in modo da fugare incertezze ricostruttive o interpretative». V., con particolare riferimento alle vicende in tema di emotrasfusione rifiutata per motivi di ordine religioso, M. DI MASI, *Testimoni di Geova e amministrazione di sostegno: nuovi orizzonti del fine-vita*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 145 ss.

no quel giudice dovrà riuscire a realizzare per intero la dignità del beneficiario.

Sul punto, non posso che attestare la straordinaria esperienza professionale e umana maturata, nelle vesti di Giudice tutelare, quando mi sono trovato a decidere questioni “di vita” nell’ambito di procedimenti di amministrazione di sostegno essendomi confrontato, all’interno di diversi procedimenti, con atteggiamenti e volontà — o parvenze di volontà — dei beneficiari e, al contempo, con l’efficacia dei già ricordati strumenti internazionali.

Proprio attraverso l’applicazione di tali ultimi strumenti il Giudice tutelare ha la possibilità di accompagnare le persone bisognose di cura nel corso del procedimento, in modo da realizzare appieno la loro personalità¹⁷, riempiendo di contenuto espressioni astratte quali quelle di “consenso” e di volontà e compiendo, volta per volta, operazioni di bilanciamento che non possono *a priori* etichettarsi come a favore o contro il principio di autodeterminazione ma che, piuttosto, tendono a garantire al beneficiario il massimo rispetto della sua dignità¹⁸

17. V., lo scritto molto chiaro ed approfondito di A. GORGONI, *Amministrazione di sostegno e trattamenti sanitari*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc. 2, 2012, pag. 547 ss.«[...] L’ampia casistica della giurisprudenza di merito dimostra come l’amministrazione di sostegno sia uno strumento efficace e versatile per salvaguardare la salute di chi non può manifestare un consenso o un dissenso libero e consapevole agli accertamenti e ai trattamenti prospettati dal medico. Naturalmente l’intervento del giudice è assai delicato: egli dovrà valutare la concreta capacità di intendere e di volere, verificando se vi sia un impedimento psichico ad assumere decisioni consapevoli. Capacità in concreto, dunque, e non piena capacità di autodeterminarsi; quel tanto che basta per poter compiere una libera scelta. In questa prospettiva, lontana da ogni astrattezza, si cerca di salvaguardare l’autonomia individuale del disabile, principio, questo, espressamente affermato dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (art. 3 lett. a)».

18. Intendo fare riferimento preciso a tre decreti adottati in funzione di G.T. presso il Tribunale di Palermo, rispettivamente in data 9 dicembre 2009 nel proc.n. 3853/09, 30 aprile 2010 nel proc. n. 1333/2010, in www.inmovimento.it, e 18 gennaio 2011 nel proc. n. 62/2011 — in cui sono venuti alla mia attenzione tre casi di soggetti che, a dire dei sanitari, avevano necessità di interventi chirurgici salva vita e non potevano però validamente esprimere il consenso in quanto considerati privi di capacità, ancorché avessero tutti espresso, in vario modo, la volontà di non sottoporsi alle cure suggerite dai sanitari. Sarebbe troppo lungo esporre qui le peculiarità dei tre casi ed il contesto sociale nel quale si sono realizzati. Mi sembra invece utile ricordare gli esiti dei colloqui avuti con i tre beneficiandi, il primo dei quali — in condizioni fisiche estremamente precarie ed in stato di profonda prostrazione, seppur con notevolissime difficoltà di esposizione a fronte delle domande da me proposte per il tramite di persona a lui cara per aver convissuto per parecchi anni e che lo assisteva durante l’ospedalizzazione, si era trincerato dietro un’unica espressione dialettale — *mi*

[...]». In tutti i casi gli accertamenti medico sanitari disposti avevano acclarato che i tre beneficiandi non erano in condizione di esprimere consapevolmente il proprio avviso sull'intervento prospettato, — in particolare, per la docente con neoplasia cerebrale il ctu aveva reso diagnosi di *delirium dovuto a condizione medica generale*, secondaria rispetto alla patologia tumorale al cervello, correlato alla presenza di un'alterazione della coscienza con riduzione della lucidità della percezione dell'ambiente; nel caso del paziente cardiopatico si era riscontrato « ritardo mentale di grado elevato con deficit della capacità di intendere e di volere », tale che egli non era in grado di prendere valide decisioni e di provvedere autonomamente e proficuamente ai propri interessi. Nelle tre audizioni era dunque emersa una volontà dei tre soggetti che, ai miei occhi, non poteva essere in alcun modo tralasciata od omessa né automaticamente assecondata, ancorché gli accertamenti eseguiti in ordine alla capacità di intendere e volere erano tutti convergenti nel senso di escluderla. In tutti i provvedimenti l'ads fu autorizzato ad esprimere nell'interesse dei beneficiari la volontà dei predetti in relazione al trattamento clinico operatorio prospettato, previa documentazione al G.T. delle attività di informazione circa le caratteristiche, le modalità, la degenza e la convalescenza ed i rischi dell'intervento operatorio compiute dai sanitari, delle valutazioni espresse dall'ausiliario che in un caso era stato nominato, fermo restando il dovere di tenere in considerazione, ai fini del consenso, la volontà dei beneficiari di non eseguire l'intervento anzidetto per come dagli

scantu [...] — ripetuta più volte, con la quale il soggetto intendeva, verosimilmente, esprimere la paura verso l'intervento "a cuore aperto" che i sanitari avrebbero voluto praticare in ragione della patologia cardiaca che l'avrebbe portato, secondo i medici, a morte. Nel secondo la beneficianda, professoressa in pensione, ricoverata per una neoplasia cerebrale in fase terminale e metastatizzata, sentita per esprimere le proprie valutazioni sul prospettato intervento chirurgico, dichiarava di non volersi sottoporre all'intervento chirurgico prospettato dai sanitari, anzi chiedendo di potere uscire dall'ospedale e di *volere scendere dal letto* — *Non so quali problemi ho per essere in Ospedale. Io vorrei andare a casa. I medici mi hanno detto che mi devo operare ma io non voglio operarmi* [...]. La donna, ripetutamente richiesta di spiegare le ragioni della volontà manifestata, dichiarava di non saperlo — [...] *non so cosa risponderle* [...]. Nell'ultimo caso, una giovane donna con patologia schizofrenica cronicizzata, affetta da tumore al seno evidenziatosi nel corso delle terapie praticate durante un TSO, alla quale era morta pochi mesi prima la madre per la medesima patologia riferiva, dal canto suo, di stare bene in salute. Soggiungeva di avere recentemente appreso in ospedale di avere un osso al seno, precisando di non voler eseguire l'intervento in quanto non lo riteneva in alcun modo necessario. E poi aggiungeva: « da questo osso ingrossato non può succedere niente

stessi manifestato. Le vicende hanno avuto epiloghi diversi, in quanto il malato di patologia cardiaca è deceduto dopo pochi giorni dalla nomina dell'amministratore di sostegno. La donna affetta da tumore al seno, per la quale l'amministratore di sostegno — padre della stessa — si orientò a prestare il consenso all'intervento, è stata felicemente operata, mentre la donna affetta da neoplasia cerebrale, per la quale l'amministratore di sostegno non prestò il consenso all'intervento considerando le condizioni gravissime nelle quali versava attestata dal parere dell'ausiliario, fu accompagnata presso l'Hospis del nosocomio palermitano, ove cessò di vivere dopo circa un mese. Ripensando a quelle vicende e al particolare coinvolgimento che esse provocarono sul *decisore*, mi sono convinto — *recte*, ho provato a convincermi — che, al di là della correttezza giuridica di quelle decisioni, si era cercato di realizzare, in ciascun caso, il miglior interesse dei tre soggetti al fine di salvaguardare, forse, la loro dignità, senza travalicare — ma senza nemmeno rimanere avvinti dai — i confini pur blandi rappresentanti da quegli atti volitivi che, pure mi apparvero tutti, nessuno escluso, meritevoli di essere compresi e comparati..

Elementi che sembrano pienamente confermare che, in tanto l'intervento terapeutico può essere eseguito, in quanto lo stesso sia fatto nell'esclusivo interesse del soggetto che quel trattamento ha necessità di eseguire, come del resto l'art. 6 della Convenzione di Oviedo precisa in termini inequivocabili — «[...] un intervento non può essere effettuato su una persona che non ha capacità di dare consenso, se non per un diretto beneficio della stessa».

Ed è stato proprio nell'ambito dell'istituto dell'amministrazione di sostegno che il Tribunale di Ancona ha definito la vicenda riportata nella Parte I, Cap. II, par. 1. relativa alla gravidanza della persona schizofrenica potenzialmente lesiva per la salute della donna con una decisione di notevole interesse¹⁹.

19. Si riporta di seguito il decreto depositato il 28 agosto 2013 dal Giudice tutelare di Ancona: «[...] verificato che la signora X ha manifestato sin dal 2008, in coincidenza con periodi caratterizzati da particolare stress, gravi alterazioni comportamentali tali da renderne necessario il ricovero nel dicembre 2008 e nell'ottobre 2010; preso atto che in tali occasioni è stato diagnosticato "bouffé delirante" ed alla dimissioni è stata prescritta alla paziente un'adeguata terapia farmacologica; verificato che nel corrente mese tali problematiche si sono riproposte, tanto che la signora è stata sottoposta a trattamento sanitario obbligatorio, presentando « stato di agitazione psicomotoria, con disturbi del contenuto e della forma del pensiero, eccitamento maniacale, logorrea, fuga delle idee, assenza di critica e coscienza

di malattia» (cfr. proposta in data 12 agosto 2013); ritenuto che la gravità dell'attuale situazione sia stata confermata dall'esito dell'esame svolto, durante il quale la signora ha reso dichiarazioni assolutamente non aderenti alla realtà dei fatti, sia per quanto riguarda la propria attuale collocazione (ritenendo ad esempio di essere ricoverata in una clinica a Tropea), sia per ciò che attiene alla propria bambina (dichiarando che è stata affidata al proprio fratello, mentre in realtà tale congiunto è da tempo lontano per motivi di lavoro e la minore viene attualmente seguita dai genitori della X) e facendo soprattutto riferimento a soggetti assolutamente irreali (ad esempio due gemelli omozigoti, che «sono veloci, fanno capriole» e l'aiuterebbero nella gestione della bambina); preso atto che l'interessata non è evidentemente in condizione di provvedere ai propri interessi e che si rende pertanto necessaria una misura di tutela; ritenuto che tale misura, tenuto conto dell'urgenza di provvedere e dell'eventualità che il quadro clinico possa migliorare in considerazione delle terapie in corso, possa allo stato essere individuata nell'amministrazione di sostegno, attribuendo in particolar modo all'amministratore il compito di esprimere il consenso in ordine alla sottoposizione della Vaccarini a tutte le cure, i trattamenti e gli interventi che si rendano necessari; evidenziato infatti che lo scrivente giudice condivide l'orientamento di quanti, proprio al fine di consentire "la cura della persona interessata" ai sensi dell'art. 405 c.c., ritengono di poter attribuire all'amministratore anche l'autorizzazione a prestare il consenso in ordine alle terapie ed agli interventi che si rendano necessari per la salute psico-fisica dell'amministrato, qualora quest'ultimo non sia in grado di prestare alcun valido consenso (situazione ampiamente ricorrente nel caso di specie); rammentato del resto che la stessa Convenzione di Oviedo non preclude che il consenso necessario a sottoporre a trattamenti sanitari una persona incapace di esprimerlo in modo valido venga espresso da un suo rappresentante o da un soggetto indicato dalla legge (nel caso di specie, dall'amministratore di sostegno), purché il proposto trattamento determini un diretto beneficio all'interessato, il quale dovrà essere «nei limiti del possibile associato alla procedura» (cfr. art. 6 della Convenzione); ritenuto che, in tale contesto, possa attribuirsi all'amministratore anche l'autorizzazione ad esprimere il consenso in ordine ad un'eventuale interruzione da parte dell'amministrata della gravidanza in corso, essendo inapplicabile il procedimento previsto dall'art. 13 della l. 194/78 ove non vi sia stata una pronuncia d'interdizione; preso atto che, per quanto riguarda tale specifico aspetto, il dirigente del servizio psichiatrico è stato sentito all'udienza ed ha dichiarato che «la signora sa di essere incinta, ma non sempre ne sembra consapevole»; ritenuto che l'esame svolto abbia confermato tale valutazione, tenuto conto che la signora ha appena accennato al proprio stato di gravidanza (ipotizzando anche una gravidanza gemellare, inesistente), senza tuttavia parlarne ulteriormente e senza quindi mostrare consapevolezza in ordine ai problemi che potrebbero derivarne, ad esempio in considerazione della tossicità di alcuni farmaci che sarebbe opportuno somministrarle (ed anzi dichiarandosi favorevole all'assunzione di farmaci più efficaci, ma che sarebbero anche più pericolosi per il feto); preso atto che nel caso di specie la protrazione della gravidanza pare determinare un «serio pericolo per la sua salute fisica o psichica» ai sensi dell'art. 4 della citata legge, ove non si ritengano addirittura sussistenti i presupposti dell'art. 6, tenuto conto che le sperimentazioni svolte non parrebbero comunque aver totalmente escluso la tossicità dei farmaci sino ad oggi somministrati (come chiarito in udienza dallo psichiatra); ritenuto pertanto di poter attribuire al nominato amministratore anche l'autorizzazione a decidere in ordine all'eventuale interruzione della gravidanza, tenendo conto per quanto possibile delle aspirazioni dell'amministrata e decidendo comunque in considerazione del miglior interesse di quest'ultima [...].»

1.2. Giudice tutelare e specializzazione

All'indubbia valorizzazione — di matrice normativa — del ruolo del giudice tutelare non può, peraltro, non corrispondere un'altrettanta specializzazione delle figure professionali chiamate a ricoprire tale incarico, tradizionalmente considerata la “cenerentola” del settore civile.

A tale conclusione si giunge non solo se si considera l'apporto generalmente offerto dall'Ufficio del Pubblico Ministero nelle questioni che ruotano attorno ai soggetti bisognosi di cura, ma anche l'evidente volontà, ancora una volta rappresentata a livello legislativo, di offrire ai destinatari delle tutele (attraverso l'istituto dell'amministrazione di sostegno) uno strumento agile, efficace, effettivo nel quale il sistema delle “tradizionali” garanzie processuali trova un'evidente riduzione.

È dunque chiaro che *l'attivismo* richiesto al Giudice tutelare si scontra nella pratica con la scarsa considerazione di siffatte funzioni all'interno degli uffici giudiziari, spesso considerate, per tradizione, di scarso rilievo e quasi secondarie rispetto ad altri più nobili settori del civile ritenuti di più rilevante peso.

Anzi, sia pure nella prospettiva di favore verso il sistema giudiziario inteso nel suo complesso, recenti riforme in tema di organizzazione degli Uffici giudiziari e di utilizzazione di giudici non togati anche nel settore dedicato al giudice tutelare rendono ineludibile un'applicazione accorta di tale meccanismi, capace di bilanciare esigenze di razionalizzazione delle risorse umane con i “diritti” fondamentali che sono in gioco²⁰.

20. Ci si riferisce alla circolare emanata dal Plenum del Consiglio Superiore della Magistratura in data 21 luglio 2011 sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudicanti per il triennio 2012–2014, in www.csm.it. Con tale provvedimento è stata profondamente innovata la disciplina secondaria in tema di impiego dei giudici onorari di tribunale, prevedendo che questi ultimi possano essere destinati, in supplenza, anche a comporre i collegi, sia civili sia penali ed ampliando, in applicazione del disposto normativo di cui all'art. 43-bis r.d. 12/1941, il novero delle materie che possono essere devolute ai g.o.t. che non potranno trattare i procedimenti cautelari e possessori, fatta eccezione per le domande proposte nel corso della causa di merito o del giudizio petitorio, nonché gli appelli avverso le sentenze del giudice di pace. Si tratta di un provvedimento per certi aspetti meritorio e che va nella direzione auspicata da diverse sedi giudiziarie, ma che, eliminando in modo tranciante alcune esclusioni generalizzate previste nella precedente circolare in tema di attività dei G.O.T., fra le quali era compresa integralmente la materia riservata al giudice tutelare rischiano, se non correttamente modulate in ragione dei settori

È, dunque, il rilevante peso sociale oggi rappresentato dal mondo della disabilità, ineludibilmente correlato alla crescita di aspettativa di vita da parte della popolazione a richiedere una riconsiderazione stessa del concetto di giurisdizione non contenziosa che, tradizionalmente, viene individuata come “luogo” nel quale non si decide di diritti soggettivi, ma si discute di gestioni di patrimoni di taluni soggetti, solo “occasionalmente” attribuita al giudice senza che tale scelta possa dirsi costituzionalmente obbligata, alla stregua di quanto previsto dagli artt. 24 e III Cost.

Si tratta, ancora una volta, di una lettura del dato costituzionale che merita, probabilmente, una nuova ponderazione proprio alla stregua dell'impatto prodotto sulla Costituzione dalle Carte dei diritti sovranazionali, fra le quali assume un peso significativo, per quanto si è andato dicendo, anche la Convenzione ONU sui diritti dei disabili.

Appare, infatti, nella realtà sociale odierna quanto meno opinabile la considerazione che il primo comma dell'art. 24 Cost. non debba oggi essere interpretato “convenzionalmente”, imponendo di ritenere coperti dall'ombrello costituzionale anche i procedimenti nei quali sono in gioco i diritti delle fasce deboli — minori, disabili²¹.

In conclusione, rimane la consapevolezza che uno scarso impiego di mezzi e personale specializzato e mezzi nell'ambito degli Uffici del Giudice tutelare costituiti all'interno dei tribunali — di grandi dimensioni come anche nei piccoli tribunali — finisce col mortificare le aspettative dei soggetti bisognosi di protezione, ai quali *deve* essere garantita la piena soddisfazione dei rispettivi interessi.

Se, in conclusione, il ruolo del Giudice tutelare assume i tratti rilevanti che si è qui cercato di sintetizzare ed è sempre più avvertito dalla collettività come fondamentale ed ineludibile proprio nelle materie che toccano i diritti dei più deboli, in quanto capace di offrire un contributo sociale di rilievo, è *doveroso* che tale compito venga

dei quali si occupa il giudice tutelare, di produrre nel lungo periodo effetti devastanti proprio sui soggetti deboli.

21. Si pensi, in questa prospettiva, al diritto dei soggetti da ultimo ricordati ad essere “ascoltati” nei procedimenti che li riguardano e, con specifico riferimento all'amministrazione di sostegno, al contenuto precettivo di cui all'art. 407 comma 2 cod. civ. Appare difficilmente sostenibile che la soddisfazione piena di tali diritti, in uno a quelli già sopra ricordati, sia tale da ammettere che la tutela degli stessi venga garantita da autorità “non giurisdizionali”.

attribuito a magistrati selezionati attraverso la valutazione di specifiche e documentate attitudini culturali, professionali e personali che, sole, possono garantire una risposta giudiziaria efficace, effettiva, chiara e di prossimità.

In conclusione, può dirsi che la legislazione appena ricordata e l'elasticità del suo contenuto precettivo, al cui interno i singoli giudici non hanno mancato di fornire risposte estremamente importanti su temi per i quali ancor'oggi il legislatore non ha positivizzato alcun-ché²², dimostra come la discordia tra legislatore e giudici può trovare composizione solo grazie ad interventi accorti del legislatore, al cui interno si sommino le virtù che ciascun potere-ordine è in se dotato.

1.3. Segue. La legge sui trapianti di rene

Anche la legge 6 giugno 1967 n. 458 sui trapianti di rene tra persone viventi — alla quale rinvia anche la disciplina in tema di trapianto di fegato — l. n. 483/1999 — costituisce un esempio virtuoso di buona legislazione, peraltro dimostrando come le operazioni di bilanciamento poste in essere dal legislatore, oltre a confermare il valore del consenso del donante e dell'altro soggetto coinvolto, non ha in alcun modo perso di vista il *principio di solidarietà* che si affianca a quello personalistico.

In particolare, dopo avere chiarito che l'atto di disposizione e destinazione del rene in favore di un determinato paziente è ricevuto dal pretore del luogo in cui risiede il donatore o ha sede l'Istituto autorizzato al trapianto, l'art. 2 comma 2 *l. cit.*, prevede che « La donazione di un rene può essere autorizzata, a condizione che il donatore abbia raggiunto la maggiore età, sia in possesso della capacità di intendere e di volere, sia a conoscenza dei limiti della terapia del trapianto del

22. Il pensiero corre al tema delle dichiarazioni anticipate di trattamento — sul quale v. lo scritto di G. FERRANDO, *Diritto alla salute e autodeterminazione tra diritto europeo e Costituzione*, cit., 22 ss. e — ed al valore — assoluto o relativo — che ad esse può essere riconosciuto, sulle quali sono reperibili diverse decisioni adottate dai Giudici tutelari. Anche in questo caso, la valorizzazione del significato che a tali dichiarazioni dà la Convenzione di Oviedo, imponendo che nella scelta di un atto operatorio tali dichiarazioni vengano “prese in considerazione” dimostra, ancora una volta, il senso ed il significato del principio fondamentale dell'autodeterminazione, aperto a trovare composizione in relazione al caso concreto posto al vaglio del Giudice.

rene tra viventi e sia consapevole delle conseguenze personali che il suo sacrificio comporta²³ ». Si aggiunge che « Il Pretore [ora Tribunale in funzione di Giudice tutelare, N.d.R.], accertata l'esistenza delle condizioni di cui al precedente comma e accertato altresì che il donatore si è determinato all'atto della donazione di un rene liberamente e spontaneamente, cura la redazione per iscritto delle relative dichiarazioni. L'atto, che è a titolo gratuito e non tollera l'apposizione di condizioni o di altre determinazioni accessorie di volontà, è sempre revocabile sino al momento dell'intervento chirurgico e non fa sorgere diritti di sorta del donatore nei confronti del ricevente. Il Giudice, accertata l'esistenza del giudizio tecnico favorevole al prelievo e al trapianto del rene contenuto nel referto medico collegiale di cui all'articolo seguente, può concedere, con decreto da emettersi entro tre giorni, il nulla osta all'esecuzione del trapianto. L'art. 4 della stessa legge prevede, poi, che il trapianto del rene legittimamente prelevato e destinato a un determinato paziente non può aver luogo senza il consenso di questo o in assenza di uno stato di necessità. È poi l'art. 6 a chiarire che qualsiasi pattuizione privata che preveda un compenso in denaro o altra utilità in favore del donatore, per indurlo all'atto di disposizione e destinazione, è nulla e di nessun effetto ».

Orbene, la Corte di Cassazione ha avuto modo di soffermarsi non soltanto sul ruolo autorizzatorio svolto dal giudice in simile materia ma, anche, sul particolare bilanciamento operato dal legislatore fra diversi interessi fondamentali, nel quale i principi di libertà e solidarietà si coniugano in modo fecondo, disegnando la rilevanza “non burocratica” del ruolo del giudice²⁴.

23. L'art. 3 prevede che il prelievo e il trapianto del rene possono essere effettuati in Centri per i trapianti di organi, in Istituti universitari, ed in Ospedali ritenuti idonei anche per la ricerca scientifica e che il direttore dell'Istituto che intende eseguire un trapianto del rene, esperite e controllate tutte le indagini necessarie, riunisce in collegio medico i suoi collaboratori con la partecipazione di un medico di fiducia del donatore e provvede a redigere apposito verbale attestante l'idoneità del donatore anche sotto l'aspetto della istocompatibilità, nonché l'esistenza della indicazione clinica al trapianto nel paziente, trasmettendo poi il verbale al medico provinciale che a sua volta lo trasmette al giudice per il rilascio del nulla osta all'esecuzione del trapianto di cui all'art. 2. L'art. 5 riconosce poi al donatore taluni benefici previdenziali e, specificamente, l'assicurazione contro i rischi immediati e futuri inerenti all'intervento operatorio e alla menomazione subita.

24. Da pochissimo giunto presso l'Ufficio del Giudice Tutelare di Palermo, ricordo che un giorno fui chiamato ad occuparmi di tale materia, a me fino ad allora totalmente sconosciuta. Il fascioletto si componeva della richiesta avanzata da un Centro trapianti, di

Cass. n. 1874/13²⁵, indagando sulla natura del rapporto tra “donatore” e struttura sanitaria specialistica²⁶, ha chiarito che:

[...] L'intervento del Pretore [...], stanti la finalità della legge, la sua ratio ispiratrice, come si desume dai lavori preparatori, non può considerarsi un mero intervento burocratico e ampiamente discrezionale, come pure stigmatizza parte della dottrina. Esso è stato previsto dal legislatore perché si tratta nel caso di trapianto tra viventi di atto che incide sul diritto all'integrità della persona, come diritto della personalità, con effetti eventuali, ma possibili, di natura psicologica, sul “donatore”, che si sottopone a rigorosi

alcuni verbali e delle dichiarazioni prestampate di consenso. Quando mi venne consegnato dalla cancelleria mi fu detto che era procedimento “di facile spedizione” e che, come in altri casi precedenti, mi avrebbe portato via poco tempo, essendo presenti tutti i soggetti e risultando già agli atti gli stampati necessari per definirlo. In effetti, quel procedimento fu definito con decreto di rigetto del 10 luglio 2009 in proc. 2729/09. Ciò perché dall'esame degli atti, pur formalmente completo, non emergeva che il consenso del donante fosse stato inserito nel contesto della relazione fra medico e paziente e fosse caratterizzato dall'adeguatezza dell'informazione, ricorrente allorché risulti garantita la specifica descrizione della tipologia dell'attività che si intende compiere e delle modalità operative necessarie per il compimento di tale attività, richiedendo la stessa legge che il donatore sia consapevole delle conseguenze personali che il suo sacrificio comporta.

25. Cass. 28 gennaio 2013 n. 1874, in *Foro it.*, 2013, I, 826.

26. La Cassazione non manca nemmeno di chiarire che tale contratto «[...] offre una sua peculiarità nel senso che concreta una deroga alla norma imperativa, di ordine pubblico interno, qual è l'art. 5 c.c.», poi aggiugendosi che il perfezionamento dello stesso presuppone che siano stati «[...] osservati scrupolosamente la l. n. 458 del 1967, artt. 2, 3, 4 e 5». La stessa legge, secondo la Corte, «[...] richiede per essere valido ed efficace una protezione del donatore per i rischi e un'assoluta gratuità (v. l. n. 458 del 1967, artt. 6 e 7). Infatti, l'art. 5 della legge, che di per sé mostra una cauta apertura alla indisponibilità del proprio corpo (art. 5 c.c.), si giustifica in forza della tutela primaria della persona, che in virtù degli artt. 2, 3 e 32 Cost., si concreta come carattere fondamentale qualificante l'intera architettura dello Stato. Quindi, in questo caso, l'espianto, dopo l'accertamento di tutti gli elementi prodromici alla autorizzazione della sua effettuazione, deve anche presentare una soglia di copertura, a garanzia dell'indubbio favor donantis». Da ciò si è fatta derivare l'essenzialità, ai fini della validità del contratto, della garanzia assicurativa da parte della struttura sanitaria — prevista dall'art. 5 della legge. La Corte ha così ritenuto l'irrelevanza, ai fini della precettività della disposizione, della mancata attuazione del Regolamento che pure la legge prevedeva, in quanto la garanzia assicurativa costituiva «[...] un diritto soggettivo perfetto a tutela del donatore e che, specularmente, si concreta in un obbligo giuridico a carico della struttura sanitaria: obbligo che è componente essenziale del rapporto contrattuale tra struttura sanitaria e “donatore”». Si è pure aggiunto che «[...] il rinvio alla emanazione del Regolamento trovava la sua giustificazione in ragione di carattere solidaristico e sociale, ossia evitare che solo gli abbienti potessero sottoporsi ai trapianti e non già i malati di rene meno abbienti ed in tale recupero di solidarietà si giustificava il previsto concerto ai fini dell'emanazione del Regolamento di competenza dell'allora Ministero della Sanità con il Ministero del Lavoro».

accertamenti di varia natura al punto che: a) il Pretore può rifiutare il nulla osta anche in presenza di parere favorevole; b) il Pretore deve accertare che la procedura seguita sia stata rigorosa e non sbrigativa; c) il consenso del "donatore" può essere revocato fino a poco prima dell'intervento. Quindi, il provvedimento giudiziale è un provvedimento non di mera delibazione, ma penetrante nella regolarità, non solo formale, di una procedura sanitaria complessa e completa e che fa ragionevolmente presumere, essendo autorizzatorio, che tutti gli ostacoli prevedibili e possibili siano stati esclusi "allo stato", ossia che tutto si sia svolto nel pieno rispetto del "protocollo" previsto, con l'effetto che il giudice avrà fatto presente al donatore le caratteristiche del suo atto e delle conseguenze che gliene possono derivare sulla base del giudizio formato dal collegio medico. In altri termini, la presenza del giudice in questa vicenda non è una presenza rogante, ma una presenza di assunzione di responsabilità dell'atto da parte dell'organo giudiziario a fronte di una realtà che, comunque motivata, non è indifferente alla collettività, che non può tollerare arbitri, leggerezze, ragioni di ogni genere che possano arrecare danni alla persona umana, che, anche se eroica, ha comunque il diritto, non disponibile, a viver in modo integro dal punto di vista psicofisico. Nel bilanciamento tra spinta di alta solidarietà sociale (artt. 2 e 3 Cost.) e diritto alla salute (art. 32 Cost.), quest'ultimo inteso come diritto all'integrità fisica del proprio corpo, in quanto facente parte dei diritti della personalità, la prudentia legislatoris propende per la seconda, senza disdegnare di favorire la prima, affidando al giudice, che, per sua natura, è il garante dei diritti, così come dell'adempimento dei doveri, non una mera attività rogante bensì coinvolgendolo nella sua funzione istituzionale, per cui il suo provvedimento, se favorevole, non è reclamabile²⁷, per la presunzione *juris et de jure* della sua conformità ai rigidi parametri legislativamente previsti, ma non per questo può essere ignorato dal "donatore" fino a poco prima dell'intervento, diversamente da quanto avviene in caso di rifiuto del nulla osta. In tal senso, il diritto del "donatore" a revocare il suo consenso alla donazione esercitabile anche poco prima dell'intervento, e legislativamente previsto, è emblematico della sovranità attribuita dalla legge alla sua autodeterminazione libera e consapevole circa l'esercizio del diritto all'integrità psicofisica del disporre del suo corpo.

La motivazione che si è riportata in stralcio appare talmente chiara e precisa da non richiedere altro a suo commento, se non che l'esistenza di una disciplina che riesca a regolare in modo accorto ed equilibrato materia estremamente delicata qual è quella dei trapianti di organo dimostra come non bisogna desistere dall'idea che è sempre e comunque il potere legislativo a dovere affrontare, in termini gene-

27. V. infatti, art. 1 c. 7, l. cit.

rali, alcuni nodi spinosi, demandando al Giudice un potere decisorio ampio, che riesca a contemperare le peculiarità di casi che allo stesso si pongono.

Il bilanciamento operato dal legislatore in materia, a ben considerare, esalta l'autodeterminazione del donatore, tuttavia ponendo dei limiti insuperabili rappresentati non soltanto dal carattere necessariamente gratuito della donazione, ma anche dalla possibilità che il giudice rifiuti comunque il nulla osta ritenendo che, nel caso di specie, la volontà del donante potrebbe non essere sufficiente a giustificare l'accoglimento della richiesta, ad esempio perché la stessa non è stata raccolta in modo informato ed adeguato.

È comunque indiscutibile che il potere conferito al giudice "deve" essere esercitato in modo pregnante, non burocratico, proprio in relazione alla straordinaria rilevanza dei beni in gioco, con ciò confermandosi, pare, quell'esigenza "procedurale" di cui si è detto sopra come volano per l'effettiva e piena espressione dell'autodeterminazione.

Il ruolo della Corte europea dei diritti dell'uomo nelle questioni eticamente sensibili

Si ha motivo di credere che sia ormai chiara la rilevanza, nei sistemi di protezione dei diritti europei, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Né questa può essere la sede per affrontare, anche solo sinteticamente, il tema dei rapporti fra tale strumento normativo, la Carta costituzionale e gli altri trattati internazionali — ivi compresa la Carta dei diritti fondamentali di Nizza–Strasburgo¹.

È invece, assai importante cercare di tratteggiare il ruolo che tale Corte ha giocato e gioca rispetto alle questioni che ruotano attorno ai temi eticamente sensibili.

Ciò si tenterà di fare seguendo una triplice chiave di lettura.

La prima, correlata al tema della c.d. dottrina del consenso, sulla quale la Corte ha costruito il proprio atteggiamento di generale (ma non sempre costante) *self-restraint* rispetto ai temi eticamente sensibili.

L'indagine, secondariamente, s'indirizzerà, sia pure per soli *flash*, sull'esame concreto di alcune sentenze della Corte europea che hanno espressamente esaminato i temi di cui qui si discute e che si cercherà di sintetizzare al solo fine di consentire lo sviluppo di ulteriori riflessioni finali, questa volta collegate alla rilevanza ed al peso che tali precedenti hanno rispetto al giudice nazionale.

Si tratta di un fascio di suggestioni che, nel suo complesso, vorrebbe consentire un corretto dimensionamento della portata della

1. Su tali questioni la letteratura è ormai sterminata e, per comodità del lettore, sia consentito rinviare solo in chiave informativa, a R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice* cit., 211 e, più di recente in *Corte costituzionale e CEDU: una partita da giocare alla pari*, in AA.VV., *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, a cura di R. COSIO e R. FOGLIA, Milano, 2013.

giurisprudenza europea, capace di superare gli estremi e cioè tanto il rischio di perenne infatuazione che pure indubbiamente rischia di avvolgere l'interprete nazionale laddove con essa si confronta quanto, per altro verso, la tendenza a polverizzare, fino a prosciugarlo, il significato delle sentenze europee, proprio nelle materie che toccano le questioni biogiuridiche fino a renderlo nullo, in nome di un progressivo accrescimento del c.d. margine di apprezzamento riservato alle legislazioni nazionali.

2.1. Scomposizione dei problemi: a) Il ruolo della c.d. dottrina del consenso

Qui interessa, per il momento, sottolineare il ruolo giocato nelle pronunzie della Corte europea dei diritti dell'uomo dal "consenso" manifestato all'interno dei Paesi contraenti circa il dimensionamento dei diritti individuati nelle diverse questioni biogiuridiche².

L'assenza di tale approccio comune rispetto a talune materie pure ricadenti nel perimetro dei diritti fondamentali garantiti dalla CEDU ha spesso determinato nella Corte europea dei diritti dell'uomo un atteggiamento di *self-restraint*, lasciando dunque spazio a un potere (*recte*, margine) di apprezzamento da parte dei singoli Paesi sulle stesse questioni che ancora di recente la Corte europea ha mostrato di tenere presente in tema di aborto³.

2. Sul tema v., sopra tutti, G. RAIMONDI, *La controversa nozione di consensus e le recenti tendenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in riferimento agli articoli 8 e 11 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Relazione tenuta all'incontro di studio organizzato dalla Formazione decentrata europea del Distretto della Corte di appello di Milano sul tema, *La Corte europea dei diritti dell'uomo, il meccanismo di decisione della Cedua ed i criteri dell'interpretazione conforme alla Convenzione*, Milano, 11 gennaio 2013; P. GORI, *La rilevanza del diritto comparato nelle decisioni della CEDU*, — le relazioni sono entrambe reperibili all'indirizzo http://www.corteappello.milano.it/Formazione_de_mag_ref.aspx; v., volendo, anche R. CONTI, *Convergenze (inconsapevoli o... naturali) e contaminazioni tra giudici nazionali e Corte EDU: a proposito del matrimonio di coppie omosessuali*, in *Corr.giur.*, 2012, 579 ss.

3. Cfr. Corte EDU, 30 ottobre 2012, *P.S. c. Polonia*, p. 97, cit.: «[...] The Court has already found that there is indeed a *consensus* amongst a substantial majority of the Contracting States of the Council of Europe towards allowing abortion and that most Contracting Parties have in their legislation resolved the conflicting rights of the foetus and the mother in favour of greater access to abortion (see (A, B and C v. Ireland [GC], cited above, §§ 235

Orbene, la tematica del “consenso” e del “margine di apprezzamento”⁴ riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo ai Paesi contraenti in caso di mancanza di “consenso” incide profondamente sulle modalità da seguire per interpretare la CEDU.

Chiarito, *in limine*, che sulla questione il terreno diventa assai scivoloso, non foss'altro che per la difficoltà di individuare con precisione le modalità di acquisizione degli elementi conoscitivi da parte della Corte europea⁵, le caratteristiche che questo *consenso* deve presentare, l'estensione dello stesso e le sue ricadute⁶ può dirsi, in prima approssimazione, che la dottrina del *consenso* ha l'obiettivo di salvaguardare le

and 237). In the absence of such a common approach regarding the beginning of life, the examination of national legal solutions as applied to the circumstances of individual cases is of particular importance for the assessment of whether a fair balance between individual rights and the public interest has been maintained»—n. b.corsivo di chi scrive.

4. Per uno studio sistematico attento sull'uso degli argomenti comparativi nella giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo v., di recente, G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa*, cit., 115 ss. Il concetto di margine di apprezzamento si trova esposto in maniera chiara in Corte EDU, *Evans c. Regno Unito* [GC], ric. n. 6339/05, 10 Aprile 2007, §81 ss.: «[...] In conclusion, therefore, since the use of IVF treatment gives rise to sensitive moral and ethical issues against a background of fast-moving medical and scientific developments, and since the questions raised by the case touch on areas where there is no clear common ground amongst the Member States, the Court considers that the margin of appreciation to be afforded to the respondent State must be a wide one (see *X., Y. and Z., ...*, § 44) 82. The Grand Chamber, like the Chamber, considers that the above margin must in principle extend both to the State's decision whether or not to enact legislation governing the use of IVF treatment and, once having. As regards the balance struck between the conflicting Article 8 rights of the parties to the IVF treatment, the Grand Chamber, in common with every other court which has examined this case, has great sympathy for the applicant, who clearly desires a genetically related child above all else. However, given the above considerations, including the lack of any European consensus on this point [...], it does not consider that the applicant's right to respect for the decision to become a parent in the genetic sense should be accorded greater weight than J's right to respect for his decision not to have a genetically-related child with her».

5. Per tale motivo un'apposita Divisione costituita all'interno della Corte europea è istituzionalmente tenuta a compilare, in taluni casi, dei rapporti informativi sulla regolamentazione di una materia all'interno dei singoli Paesi aderenti che viene prima trasmessa al giudice dello Stato contraente che siede alla Corte europea per la valutazione finale di conformità e poi offerta ai giudici che devono decidere il caso presso la singola Camera o presso la Grande Camera. Un ruolo rilevante viene anche attribuito dalle ricerche svolta da ONG che possono in taluni casi intervenire nel procedimento innanzi a Strasburgo — art. 40 dello Statuto della Corte dei diritti umani.

6. V., di recente, K. DZEHTSIAROU, *Consensus from within the Palace Walls*, in *UCD Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies Research Paper*, 17 settembre 2010, n. 40/2010.

tradizioni storico — giuridico — sociali di un Paese aderente alla CEDU al quale viene riconosciuto, anzitutto, il potere di adottare misure limitative di diritti fondamentali, stimandosi che le autorità nazionali si trovino in una posizione migliore rispetto al giudice europeo per individuare i limiti correlati alla sicurezza nazionale ed alla salute — v. caso *Irlanda c. Regno Unito*, 18 gennaio 1978.

Una seconda categoria riguarda, invece, le questioni di carattere etico, morale o religioso, per le quali non è possibile riscontrare nella legislazione domestica dei vari Paesi contraenti concezioni uniformi — si pensi ai casi in tema di moralità⁷, di inizio vita⁸, di aborto⁹, di rilevanza del consenso alla distruzione di embrione da parte del partner della donna¹⁰, di fine vita, di transessuali¹¹, di voto ai prigionieri¹², di adozione sulla base di kafala vietata dalla legge di provenienza del minore¹³ e di adozione da parte di omosessuale¹⁴,

7. Caso *Dudgeon c. Regno Unito* — ric. n. 7525/76.

8. Caso *Vo. c. Francia* — ric. n. 53924/00.

9. V., da ultimo, Corte EDU 30 ottobre 2012, *P. e S. c. Polonia*: «[...] While the Court has held that Article 8 cannot be interpreted as conferring a right to abortion, it has found that the prohibition of abortion when sought for reasons of health and/or well-being falls within the scope of the right to respect for one's private life and accordingly of Article 8 (see *A, B and C v. Ireland* [GC], no. 25579/05, § 245, 16 December 2010, § 214). In particular, the Court held in this context that the State's obligations include both the provision of a regulatory framework of adjudicatory and enforcement machinery protecting individuals' rights, and the implementation, where appropriate, of specific measures».

10. In Corte EDU *Evans c. Regno Unito* — ric. n. 6339/05 —, a proposito della distruzione di embrioni congelati sulla base del consenso di uno solo dei partners, la CEDU ebbe a chiarire che «[...] given the lack of European consensus [...], the fact that the domestic rules were clear and brought to the attention of the applicant and that they struck a fair balance between the competing interests, there had been no violation of Article 8 of the Convention. » Su tale decisione v. PENASA S., *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria di gravidanza*, cit., par. 2.I.

11. Caso *Christine Goodwin c. Regno Unito* — ric. n. 28957/95.

12. Caso *Hirst c. Regno Unito* — ric. n. 74025/01.

13. Corte EDU, 4 ottobre 2012, *Harroudj c. Francia*, ric. 43631/09, p. 44: «[...] La marge d'appréciation dont disposent les Etats contractants est de façon générale ample lorsque les autorités publiques doivent ménager un équilibre entre les intérêts privés et publics concurrents ou différents droits protégés par la Convention. Cela est d'autant plus vrai lorsqu'il n'existe pas de consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger».

14. In *Fretté c. France* — ric. n. 36515/97 — § 41, la CEDU ebbe a precisare che «*It is*

per i quali non si riscontra un terreno comune e condiviso nei singoli Paesi.

Sembra allora utile un veloce esame delle sentenze che hanno toccato questioni bioetiche per vagliare, in concreto, il ruolo giocato dal “consenso” nel significato di cui si è detto, anche per confermare quanto la prospettiva comparatistica, della quale si è detto a proposito del ruolo del giudice nazionale, gioca un ruolo parimenti fondamentale nella giurisprudenza della Corte dei diritti umani¹⁵.

2.2. Corte EDU, Camera, 1 aprile 2010, S. H. e altri c. Austria e Corte EDU, Grande Camera, 3 novembre 2011, S. H. e altri c. Austria, in tema di PMA – fecondazione eterologa

Il tema della procreazione medicalmente assistita è stato più volte affrontato dalla Corte di Strasburgo, a partire dalle vicende collegate al

indisputable that there is no common ground on the question. Although most of the Contracting States do not expressly prohibit homosexuals from adopting where single persons may adopt, it is not possible to find in the legal and social orders of the Contracting States uniform principles on these social issues on which opinions within a democratic society may reasonably differ widely. The Court considers it quite natural that the national authorities, whose duty it is in a democratic society also to consider, within the limits of their jurisdiction, the interests of society as a whole, should enjoy a wide margin of appreciation when they are asked to make rulings on such matters. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, the national authorities are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions. Since the delicate issues raised in the case therefore touch on areas where there is little common ground amongst the member States of the Council of Europe and, generally speaking, the law appears to be in a transitional stage, a wide margin of appreciation must be left to the authorities of each State [...] This margin of appreciation should not, however, be interpreted as granting the State arbitrary power, and the authorities' decision remains subject to review by the Court for conformity with the requirements of Article 14 of the Convention ». Sulla questione è intervenuta, di recente, Corte EDU, GC, 19 gennaio 2013, X e altri c. Austria, sulla quale, v., infra, volendo, R. CONTI, *Pensieri sparsi, a prim(issima) lettura, su una sentenza della Corte dei diritti umani in tema di adozione di coppie dello stesso sesso* — GC, 19 gennaio 2013, X e altri c. Austria — in www.magistraturademocratica.it.

15. V. su tale punto, in modo estremamente chiaro e persuasivo, O. POLLICINO, AA.Vv., *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, a cura di G. MARTINICO—O. POLLICINO, Groningen 2010; G. MARTINICO — O. POLLICINO, *The Impact of the Protection of Human Rights by the European Courts on the Italian Constitutional Court*, in AA.Vv., *Human Rights Protection in the European Legal Order: the Interaction between the European and the National Courts*, a cura di P. POPELIER—C. VAN DE HEYNING—P. VAN NUFFEL, Cambridge, 2011, 65 ss.

diritto dei detenuti di accedere a tale pratica procreativa¹⁶. La vicenda sulla quale diremo costituisce un caso eclatante circa il diverso “peso” che il consenso può giocare nella soluzione di ricorsi proposti innanzi alla CEDU.

Il giudice europeo era stato chiamato a decidere due ricorsi presentati da due coppie che non avevano potuto fare ricorso, in Austria, a pratiche di fecondazione eterologa¹⁷.

16. Corte EDU, 4 dicembre 2007, Grande Camera, *Dickson c. Regno Unito* (ric.n. 44362/04). La Grande Camera della Corte, modificando la decisione assunta dalla Camera — sulla quale v.A. CIERVO, *Che fine ha fatto la signora Dickson? La Corte di Strasburgo e “the forgotten person”*, in http://archivio.rivistaaic.it/cronache/giurisprudenza_comunitaria/dickinson/index.html — muovendo dal contenuto ampio dell'art. 8 CEDU, ritenne in tale occasione che « *the refusal of artificial insemination facilities concerned their private and family lives, which notions incorporate the right to respect for their decision to become genetic parents* ». Lo Stato convenuto che aveva ommesso di regolamentare la questione a livello legislativo in modo da consentire un bilanciamento fra interesse alla sicurezza pubblica e diritto del detenuto è stato quindi ritenuto responsabile della violazione. In tale occasione, la Corte non ha mancato di sottolineare che in materia non esisteva un ampio consenso fra i Paesi contraenti in ordine alla questione — § 77: « [...] Since the national authorities make the initial assessment as to where the fair balance lies in a case before a final evaluation by this Court, a certain margin of appreciation is, in principle, accorded by this Court to those authorities as regards that assessment. The breadth of this margin varies and depends on a number of factors, including the nature of the activities restricted and the aims pursued by the restrictions [...]. 78. Accordingly, where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake (such as the choice to become a genetic parent), the margin of appreciation accorded to a State will in general be restricted. Where, however, there is no consensus within the member States of the Council of Europe either as to the relative importance of the interest at stake or as to how best to protect it, the margin will be wider. This is particularly so where the case raises complex issues and choices of social strategy: the authorities' direct knowledge of their society and its needs means that they are in principle better placed than the international judge to appreciate what is in the public interest. In such a case, the Court would generally respect the legislature's policy choice unless it is “manifestly without reasonable foundation”. There will also usually be a wide margin accorded if the State is required to strike a balance between competing private and public interests or Convention rights (see *Evans*, cited above, § 77) ». Ma ciò non le ha impedito di riconoscere la violazione dell'art. 8 CEDU, V, per i detenuti soggetti al regime dell'art. 41 bis ord.pen. nel sistema interno, v. Cass. pen., sez. I, sentenza 20 febbraio 2008 n. 779I, *Madonia*. Cass. pen. 18 ottobre 2011, n. 46728 ha però ritenuto che non può essere ammesso alla procedura per la procreazione assistita il detenuto in regime di cui all'art. 41-bis ord. pen. allorché non venga medicalmente accertata una patologia giustificativa del trattamento invocato.

17. In particolare, nella prima coppia la donna soffriva di sterilità tubarica ed il marito era pure infertile—rendendo necessaria la fecondazione *in vitro* con ricorso alla donazione di spermatozoi —, mentre nella seconda il marito non aveva problema di fertilità ma la moglie era totalmente infertile (non producendo ovuli) — pur avendo un normale

I quattro ricorrenti avevano peraltro lamentato innanzi alla Corte costituzionale che il divieto previsto dalla legislazione nazionale incideva sul loro diritto a procreare. Infatti, nel primo caso era contemplato uno specifico divieto di fecondazione *in vitro* mediante l'uso di sperma del donatore (ammesso dalla legislazione interna nel caso di fecondazione *in vivo*), mentre nel secondo la tecnica dell'embrione trasferito attraverso l'impianto in utero di un ovocita di una donatrice fecondata dallo spermatozoo del marito incontrava analogo divieto nella legge anzidetta.

La Corte costituzionale austriaca aveva però disatteso le doglianze dei ricorrenti — fondate sulla violazione degli artt. 8 e 12 CEDU e sull'art. 7 della Costituzione.

È in questo contesto che si inseriva la decisione della Corte europea dell'1 aprile 2010 (ric. 57813/00¹⁸).

Come già accennato, i parametri richiamati dai ricorrenti erano gli artt. 8 e 14 CEDU.

Il tracciato motivazionale seguito dalla Corte nell'esaminare la conformità della legislazione austriaca agli artt. 8 e 4 CEDU merita di essere attentamente valutato.

Il giudice di Strasburgo muove, infatti, da un approccio comparatistico — nel quale è pure compreso il documento « La procreazione medicalmente assistita e la tutela dello studio dell'embrione umano in 39 Stati membri » — osservando che il trattamento IVF è regolato dalla legislazione primaria o secondaria in diversi Paesi contraenti. Aggiungeva che la donazione di sperma era vietata in Italia, Lituania e Turchia che pure non consentivano la fecondazione assistita eterologa. La donazione di ovuli risultava vietata in Croazia, Germania, Norvegia e Svizzera, oltre ai tre paesi già ricordati¹⁹.

sviluppo uterino —, sicché l'unica possibilità di procreazione della coppia era legata alla fecondazione *in vitro* con ricorso alla donazione di ovuli di una donatrice. Il desiderio delle due coppie di procreare si scontrò, però, con il divieto di fecondazione eterologa sancito dalla legge austriaca sulla procreazione artificiale.

18. Sulla *v. S. AGOSTA, op. ult. cit.*, 222 ss.

19. La Corte ha ritenuto di dovere esaminare autonomamente i ricorsi proposti dalle due coppie riconoscendo, in termini generali, la rilevanza dell'art. 8 CEDU che comprende nella nozione di "vita privata" il diritto di stabilire e sviluppare relazioni con altri esseri umani, il diritto di autodeterminazione, il diritto al nome, all'identificazione di genere, il diritto all'orientamento sessuale ed alla vita sessuale. In questa prospettiva, il giudice europeo ha ritenuto che il diritto di una coppia di concepire un figlio e di fare uso di pro-

Si trattava, a questo punto, di verificare se i divieti introdotti nella legislazione austriaca che impedivano alle due coppie ricorrenti di soddisfare il loro desiderio di avere un figlio potessero reggere al vaglio di razionalità imposto dal rispetto del principio di non discriminazione ed in particolare di capire se la diversità di trattamento perseguiva obiettivi legittimi ed era proporzionata e giustificata, tenendo in considerazione non solo la giurisprudenza CEDU, ma soprattutto la circostanza che la Convenzione è uno strumento vivo, da interpretare alla luce delle condizioni attuali.

Nel compiere tale indagine la Corte è partita dalla considerazione che gli Stati contraenti godono di un margine di apprezzamento per valutare se e in quale misura le differenze in situazioni altrimenti simili possano giustificare un trattamento diverso.

Fin qui la Corte esclude la correttezza dell'assunto dei ricorrenti, favorevole a ritenere che a causa della particolare importanza del diritto di fondare una famiglia e del diritto alla procreazione, gli Stati contraenti non godevano di alcun margine di apprezzamento nella disciplina di tali questioni.

Anzi, è la Corte a riconoscere che il legislatore austriaco, nel definire il quadro della procreazione artificiale e le tecniche ammesse, aveva a disposizione un margine di apprezzamento particolarmente ampio per valutare se una disparità di trattamento in situazioni altrimenti simili perseguisse uno scopo legittimo — p. 67 — proprio per l'assenza di un *common ground* in materia all'interno delle legislazioni dei Paesi contraenti e anzi per l'esistenza, all'interno di 39 fra gli Stati aderenti, di una grande varietà di tecniche ammesse o proibite (già sopra ricordate) e la rilevanza, in materia, di delicate questioni morali ed etiche in un contesto di rapida evoluzione, sviluppi medici e scientifici.

In definitiva, la Corte riconosceva un ampio margine di manovra dello Stato in ordine all'*an* ed al *quomodo* delle scelte, al fine di realizzare un equilibrio tra gli interessi in competizione, propri per l'assenza di consenso all'interno dei Paesi contraenti.

Tale margine di apprezzamento non ha impedito alla Corte di valutare se la soluzione adottata fosse conforme alla CEDU e se gli argomenti utilizzati nel corso dell'iter legislativo per giustificare la

disparità di trattamento in questione fossero pertinenti e sufficienti e di riconoscere un *vulnus* alla Convenzione²⁰.

Tale decisione è stata capovolta dalla Grande Camera della Corte europea — Corte EDU, GC, 3 novembre 2011 — che, intervenendo su impulso del Governo austriaco, ha escluso la violazione reclamata dai ricorrenti.

La Corte europea, dopo avere riconosciuto che « il diritto di una coppia di concepire un bambino e di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita per tale scopo rientri nell'ambito di applicazione dell'articolo 8, in quanto tale scelta è chiaramente un'espressione della vita privata e familiare », richiama espressamente l'assenza di consenso ed il notevole margine di discrezionalità degli Stati su temi etici per escludere il contrasto della legge austriaca con l'art. 8 CEDU²¹.

20. La Corte ha quindi ritenuto che il governo austriaco non aveva offerto una giustificazione ragionevole ed obiettiva per la disparità di trattamento tra il terzo e quarto ricorrente, ai quali, a causa del divieto di donazione di ovuli per la procreazione artificiale, ai sensi del punto 3 della legge sulla procreazione artificiale, era stato impedito di soddisfare il desiderio di un bambino. Da qui la violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 per quanto riguarda il terzo e quarto ricorrente. Ad analoghe conclusioni la Corte giungeva esaminando il ricorso dell'altra coppia (donna infertile e marito sterile); in tale situazione fu considerata incongrua — ed inadeguati gli argomenti esposti dal governo austriaco — la disparità di trattamento correlata alla legge austriaca che escludeva la possibilità di donazione per la fecondazione *in vitro*, consentendo solo la donazione di sperma per la fecondazione *in vivo*.

21. Cfr. p. 94 sent. ult. cit.: « [...] La Corte ricorda che nel determinare l'ampiezza del margine di discrezionalità di cui godono gli Stati nel decidere le cause ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione è necessario prendere in considerazione diversi fattori. Laddove un importante aspetto dell'esistenza o dell'identità di un individuo sia in gioco, il margine consentito allo Stato è di norma limitato (si veda *Evans*, sopra citato, § 77 e le cause ivi citate). Laddove, tuttavia, non esiste alcun consenso tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa, sia per ciò che riguarda l'importanza relativa degli interessi in gioco o il mezzo migliore per salvaguardarli, in particolare laddove la causa sollevi questioni di sensibilità morale o etica, il margine è più ampio (si veda la causa *Evans*, sopra citato, § 77; la causa *X. Y. e Z. c. Regno Unito*, sopra citato, § 44; la causa *Frette c. Francia*, n. 36515/97, § 41, CEDU 2002-I; la causa *Christine Goodwin c. Regno Unito* [GC], n. 28957/95, § 85, CEDU 2002 VI; e la causa *A. B. e C. c. Irlanda*, sopra citata, § 232). Grazie al loro diretto e continuo contatto con le forze vitali dei loro Paesi, le autorità dello Stato sono, in linea di massima, in una posizione migliore rispetto al giudice internazionale per pronunciarsi non solo « sull'esatto contenuto dei requisiti della morale » nel loro paese, ma anche sulla necessità di una limitazione destinata a dar loro una risposta (si veda la causa *A. B. e C. c. Irlanda*, *ibidem*, con ulteriori riferimenti). Di norma vi è un ampio margine di discrezionalità se allo Stato è richiesto di stabilire un armonioso equilibrio tra opposti interessi privati e pubblici o tra diritti tutelati dalla Convenzione (si veda la causa *Evans*, sopra citata, § 77, e la causa *Dickson*, sopra citata,

Per fare ciò i giudici di Strasburgo hanno proceduto a un esame comparatistico delle legislazioni europee²² ed hanno dato atto di un progressivo allargamento in Europa del fronte favorevole alla fecondazione in vitro²³.

Tuttavia, questa evoluzione non abilita a ritenere il contrasto delle scelte adottate dal legislatore austriaco con il quadro dei valori tutelati a livello convenzionale²⁴.

La Corte ha quindi riconosciuto che

il campo della procreazione artificiale conosce una evoluzione particolarmente rapida sia dal punto di vista scientifico sia nella regolamentazione delle sue applicazioni mediche. È per questa ragione che è particolarmente difficile stabilire una solida base per valutare la necessità e adeguatezza di misure legislative, le cui conseguenze potrebbero divenire ovvie solamente dopo un considerevole lasso di tempo. È quindi comprensibile che

§ 78) ».

22. Cfr. p. 95 sent. ult. cit.: «[...] A tal riguardo, la Corte osserva che, secondo la «Procreazione medicalmente assistita e lo Studio Comparato sulla Protezione dell'Embrione Umano relativamente alla situazione in 39 Stati» compilato dal Consiglio d'Europa nel 1998 sulla base delle risposte degli Stati Membri del Consiglio d'Europa al Comitato Direttivo sulla Bioetica, la donazione di ovuli era espressamente vietata in Austria, Germania, Irlanda, Norvegia, Slovacchia, Slovenia, Svezia e Svizzera e la donazione di sperma in Austria, Germania, Irlanda, Norvegia, e Svezia. Attualmente, la donazione di sperma è vietata, oltre che in Austria, solamente in tre Paesi: Italia, Lituania e Turchia, mentre la donazione di ovuli è vietata in tali Paesi e in Croazia, Germania, Norvegia e Svizzera. Tuttavia, la legislazione in questo campo, qualora ne esistesse una, varia considerevolmente. Mentre la procreazione medicalmente assistita è regolata in modo dettagliato in alcuni Paesi, essa lo è solo in una certa misura in altri Paesi ed in altri ancora non lo è affatto ».

23. Cfr. p. 96 sent. ult. cit.: «[...] La Corte concluderebbe che vi è ora una chiara tendenza nella legislazione degli Stati contraenti verso l'approvazione della donazione di gameti per la fecondazione in vitro, tendenza che rispecchia un emergente consenso europeo ».

24. «[...] Tale emergente consenso non è, tuttavia, basato su principi consolidati stabiliti nel diritto degli Stati membri ma riflette piuttosto una fase di sviluppo all'interno di un campo del diritto particolarmente dinamico, e non limita in modo decisivo il margine di discrezionalità dello Stato. 97. Poiché l'utilizzo della fecondazione in vitro ha sollevato e continua a sollevare questioni delicate di ordine etico e morale che rientrano in un contesto di progressi rapidissimi in campo medico e scientifico, e poiché le questioni sollevate dalla presente causa vertono su aree in cui non vi è ancora una omogeneità tra gli Stati membri, la Corte ritiene che il margine di discrezionalità di cui deve disporre lo Stato convenuto sia ampio (si veda la causa *X Y e Z c. Regno Unito*, sopra citata, § 44). In linea di massima, il margine dello Stato si estende sia alle sue decisioni di legiferare in materia che, eventualmente, alle regole dettagliate da esso previste ai fini di un equilibrio tra gli opposti interessi pubblici e privati (si veda la causa *Evans*, sopra citata § 82) ».

gli Stati trovino necessario agire con particolare cautela nel campo della procreazione artificiale.

Si è quindi ritenuto che il

[...] divieto della donazione di gameti che prevede l'intervento di terzi in un processo medico altamente tecnico era una questione controversa nella società austriaca e solleva questioni complesse di natura sociale ed etica nelle quali non esisteva ancora un consenso nella società e che doveva tenere conto della dignità umana, il benessere dei bambini così concepiti e la prevenzione delle ripercussioni negative o del potenziale abuso. La Corte ha già concluso (*supra*) che il divieto della donazione di ovuli per la fecondazione in vitro, che si fondava su tali motivi, era compatibile con i requisiti dell'articolo 8 della Convenzione e, nel prendere in considerazione il quadro generale in cui rientrava il divieto in questione, era pertinente al caso di specie.

Tale ultima valutazione è rimasta, ancora una volta, condizionata dalla rilevanza etica della questione e dall'assenza di consenso a livello europeo²⁵.

Per di più il giudice di Strasburgo non manca di sottolineare, a conferma ulteriore della massima valorizzazione del c.d. margine

25. Cfr. p. 106 e 107 sent.: «[...] La Corte ammette che il legislatore austriaco avrebbe potuto concepire un diverso quadro giuridico per la regolamentazione della procreazione artificiale che avrebbe consentito la donazione di ovuli. A tal riguardo nota che quest'ultima soluzione è stata adottata in diversi Stati membri del Consiglio d'Europa. Tuttavia, il fulcro della questione secondo il disposto dell'articolo 8 della Convenzione non è se una diversa soluzione avrebbe potuto essere adottata dal legislatore che avrebbe presumibilmente stabilito un più armonioso equilibrio, ma se, nello stabilire un armonioso equilibrio al punto in cui lo ha fatto, il legislatore austriaco sia andato oltre il margine di discrezionalità di cui godeva ai sensi di detto articolo (si veda la causa *Evans*, sopra citata, § 91). Per risolvere tale questione, la Corte ha attribuito una certa importanza, come sopra evidenziato, al fatto che non esiste un solido consenso in Europa sulla questione di stabilire se la donazione di ovuli per la fecondazione in vitro debba essere consentita. 107. A tal riguardo, la Corte osserva inoltre che i soli strumenti a livello europeo che trattano la questione della donazione di ovuli per la procreazione artificiale sono i principi adottati dal comitato ad hoc di esperti sul progresso in scienze biochimiche del 1989, di cui l'undicesimo stabilisce che, in linea di principio, la fecondazione in vitro deve essere effettuata con i gameti della coppia. La Convenzione sui Diritti dell'Uomo e Biomedicina del 1997 e il suo Protocollo Addizionale del 2002 non si esprimono sulla questione. La Direttiva 2004/23/CE dell'Unione Europea prevede esplicitamente che « tale Direttiva non dovrebbe interferire con le decisioni degli Stati Membri riguardanti l'utilizzo o non utilizzo di qualsiasi tipo specifico di cellule umane, ivi comprese cellule germinali e cellule staminali embrionali ».

di affidamento in mancanza di consenso fra gli Stati, che la scelta legislativa austriaca

[...] Dimostra piuttosto l'approccio attento e cauto del legislatore austriaco nel tentare di conciliare le realtà sociali con la sua posizione di principio in materia. A tal riguardo la Corte osserva inoltre che la legislazione austriaca non vieta in alcun modo di rivolgersi all'estero per richiedere il trattamento contro la sterilità che utilizza tecniche di procreazione artificiale non permesse in Austria e che, nell'eventualità di un trattamento con esito positivo, il Codice Civile contiene norme molto chiare sulla paternità e la maternità rispettose dei desideri dei genitori [...]

La decisione, peraltro, sembra scontare la situazione normativa esistente in Austria — e non solo in quel Paese — nel 1999, ragion per cui non sono mancate, in dottrina, voci rivolte a sistematizzare — ed in buona sostanza a comprimere — il ruolo e la portata della decisione della Grande Camera²⁶.

2.3. La c.d. diagnosi preimpianto – Corte EDU 28 agosto 2012, *Costa e Pavan c. Italia*

In altre occasioni l'esame comparatistico in ordine all'esistenza di un consolidato orientamento, all'interno degli Stati, circa la liceità di una pratica riproduttiva ha indotto la Corte a ritenere di potere verificare l'esistenza della violazione anche in casi eticamente sensibili.

Ciò è accaduto, di recente, nella vicenda relativa alla c.d. diagnosi pre-impianto²⁷.

Proprio nei confronti dell'Italia si iscrive la vicenda *Costa e Pavan c. Italia* – Corte EDU 28 agosto 2012, ric. 54270/2010 — divenuta definitiva per effetto del mancato accoglimento dell'istanza di rinvio alla Grande Camera formulata dal Governo italiano — nella quale la Corte, dopo avere riconosciuto che « il desiderio dei ricorrenti

26. Così G. REPETTO, *Corte costituzionale, fecondazione eterologa e precedente CEDU "super-veniens": i rischi dell'iperconcretezza della questione di legittimità costituzionale*, cit. ed anche B. LIBERALI, *La procreazione medicalmente assistita con donazione di gameti esterni alla coppia fra legislatore, giudici comuni, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC*, 3/2012.

27. V., sul punto, anche S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione, Le scelte esistenziali di inizio-vita*, vol. I, 2012, 151 ss.

di mettere al mondo un figlio non affetto dalla malattia genetica di cui sono portatori sani e di ricorrere, a tal fine, alla procreazione medicalmente assistita e alla diagnosi preimpianto rientra nel campo della tutela offerta dall'articolo 8 [...]», ha ritenuto comunque di potere riscontrare la violazione correlata al divieto esistente in Italia.

[...] Pur riconoscendo che la questione dell'accesso alla diagnosi preimpianto suscita delicati interrogativi di ordine morale ed etico, la Corte osserva che la scelta operata dal legislatore in materia non sfugge al controllo della Corte (si veda, *mutatis mutandis*, S.H., sopra citata, § 97). 69. Nella fattispecie, la Corte rammenta che, a differenza della causa S.H. (sopra citata), in cui essa è stata chiamata a valutare la compatibilità della legislazione austriaca, recante divieto di fecondazione eterologa, con l'articolo 8 della Convenzione, nel presente caso, riguardante una fecondazione omologa, la Corte ha il compito di verificare la proporzionalità della misura controversa a fronte del fatto che ai ricorrenti è aperta la via dell'aborto terapeutico (si veda il paragrafo 60 *supra*). 70. Si tratta quindi di una situazione specifica che, stando ai dati di diritto comparato in possesso della Corte, riguarda, oltre all'Italia, solo due dei trentadue Stati oggetto di esame: l'Austria e la Svizzera. Per giunta, in quest'ultimo Stato è attualmente all'esame un progetto di modifica della legge inteso a sostituire il divieto di diagnosi preimpianto, come attualmente previsto, con un'ammissione controllata.

Questo, agli occhi della Corte, non vuol dire abdicare al proprio ruolo di garante dei diritti umani in favore delle istituzioni nazionali, ma significa soltanto riservarsi il potere di

[...] ricercare se le misure adottate a livello nazionale si giustificano nel loro principio e sono proporzionate. Per delimitare l'ampiezza di questo margine di valutazione, la Corte tiene conto della posta in gioco, cioè la protezione dei diritti e libertà altrui, gli imperativi dell'ordine pubblico, la necessità di mantenere la pace civile ed un vero pluralismo religioso, indispensabile per la sopravvivenza di una società democratica.²⁸

Nel caso concreto, peraltro, la Corte ha limitato il proprio sindacato al profilo della irrazionalità del sistema normativo interno, proprio in ragione dell'incomprensibile differenziazione operata fra la situazione della donna che porta in grembo un feto malato e quella che, in forza della l. n. 40/2004, le impedisce di attivare il sistema di diagnosi

28. Corte EDU 26 settembre 1996, *Manoussakis ed altri c. Grecia* — ric.n. 18748/91 — § 44.

preventiva volto ad evitare la nascita di feto malato e, conseguentemente, la futura, successiva attivazione dell'interruzione volontaria della gravidanza, in caso di pericolo per la gestante.

2.4. Corte EDU, 24 giugno 2010, S. e K. c. Austria in tema di matrimonio fra persone dello stesso sesso

Anche in tema di matrimonio fra persone dello stesso sesso la Corte europea dei diritti umani ha avuto occasione di intervenire.

Corte EDU, 24 giugno 2010, S. e K. c. Austria (ric. n. 30141/04) — divenuta definitiva il 22 novembre 2010 — ha ricordato che l'art. 12 CEDU garantisce il diritto fondamentale di un uomo e di una donna di contrarre matrimonio e di fondare una famiglia e che l'esercizio di questo diritto è soggetto alle leggi nazionali degli Stati contraenti, fermo restando che le limitazioni introdotte in merito non devono limitare o ridurre il diritto in modo o in misura tale da minare l'essenza stessa del diritto.

Dopo aver passato in rassegna la giurisprudenza che si era occupata, anche se non specificamente, della nozione del matrimonio, ricordando i due diversi orientamenti espressi dalle sentenze *Cossey* e *Goodwin*, il giudice europeo non manca di ricordare altre due decisioni — Corte EDU, 28 novembre 2006, *Perry c. Regno Unito*, ric. n. 42971/05; Corte EDU, 28 novembre 2006, *R. e F. c. Regno Unito*, ric. n. 35748/05 — nelle quali la Corte EDU aveva riconosciuto che diversi Stati contraenti hanno esteso il matrimonio a partner dello stesso sesso, giungendo però ad affermare che ciò rifletteva la loro propria visione del ruolo del matrimonio nelle loro società e non derivava da un'interpretazione del diritto fondamentale, come stabilito dagli Stati contraenti nella Convenzione del 1950²⁹.

Per quel che qui concerne la Corte europea non disconosce affatto che l'istituto del matrimonio aveva subito importanti cambiamenti sociali dall'adozione della Convenzione, ritenendo piuttosto che

29. Si conclude, in quelle occasioni, che le modalità con cui disciplinare gli effetti del cambiamento di sesso sui matrimoni preesistenti rientrasse nel margine di discrezionalità dello Stato.

l'assenza di consenso fra i Paesi aderenti in materia di matrimonio omosessuale impediva di accogliere la tesi dei ricorrenti³⁰.

Per questi motivi, « visto l'art. 9 della Carta » [di Nizza–Strasburgo, N.d.R.], la Corte non riteneva più che il diritto al matrimonio di cui all'art. 12 potesse essere limitato in tutti i casi al matrimonio tra persone di sesso opposto. E tuttavia, pur essendo l'art. 12 cit. applicabile, riteneva la Corte di dovere lasciare « decidere alla legislazione nazionale dello Stato Contraente se permettere o meno il matrimonio omosessuale ». Ciò perché il matrimonio aveva connotazioni sociali e culturali radicate che potevano differire molto da una società all'altra.

Il giudice di Strasburgo, in casi simili, non riteneva di potersi sostituire alle autorità nazionali, « dato che esse si trovano in una posizione migliore per valutare e rispondere alle esigenze della società ».

La Corte non mancava nemmeno di affrontare il tema relativo alla prospettata discriminazione fra i diritti riconosciuti alle coppie omosessuali in base alla legislazione austriaca — peraltro di recente fattura — e quelli riconosciuti ai soggetti uniti in matrimonio, anche in questo caso escludendo l'esistenza della prospettata violazione.

Il giudice europeo, pur rifiutando di porsi in una prospettiva di esame specifico dei singoli diritti attribuiti in Austria alle coppie registrate rispetto a quelli dei soggetti uniti in matrimonio, ha quindi ritenuto che esiste un consenso emergente in Europa verso il riconoscimento legale delle coppie omosessuali, ritenendo però che non c'è ancora una maggioranza di Stati che ha provveduto ad un legale riconoscimento di tali coppie. I diritti riconosciuti riguardano un'area in evoluzione con un consenso non stabilizzato, in cui gli Stati devono ancora godere, almeno per ora, di un margine di apprezzamento.

In definitiva, a giudizio della Corte gli Stati sono ancora liberi di restringere l'accesso al matrimonio alle coppie eterosessuali e non hanno dunque un obbligo di totale equiparazione dei diritti spet-

30. Il giudice di Strasburgo è passato quindi a comparare l'articolo 12 CEDU e l'articolo 9 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, il quale aveva volutamente evitato il riferimento agli uomini e alle donne, poi aggiungendo che l'art. 9 aveva certamente un campo di applicazione più ampio dei corrispondenti articoli di altri strumenti relativi ai diritti umani, pure però precisando che « il riferimento [contenuto nell'art. 9, N.d.R.] alla legislazione nazionale riflette la diversità dei regolamenti nazionali, che spaziano dal permesso dei matrimoni omosessuali al loro esplicito divieto ». Secondo questa prospettiva il riferimento alla legislazione nazionale ivi operato demandava agli Stati di decidere « se permettere o meno i matrimoni omosessuali ».

tanti alle coppie sposate a quelle delle unioni soggette a specifica regolamentazione.

2.5. L'adozione da parte di persone dello stesso sesso – Corte EDU, GC, 19 gennaio 2013, *X e altri c. Austria*

Quello dell'adozione di figli da parte di persone dello stesso sesso è, a buon titolo, una delle questioni capaci di originare fortissime contrapposizioni all'interno delle società del mondo intero³¹.

Corte EDU, GC, 19 gennaio 2013, *X e altri c. Austria*, dopo alcune premesse³², non manca di ricordare: a) l'art. 3, par. 1 della Convenzione dei diritti del fanciullo approvata nel 1989 a New York, ove campeggia il concetto di miglior interesse del minore come canone da tenere in primaria considerazione; b) l'art. 4 della Convenzione europea sull'adozione dei minori aperta alle procedure di ratifica il 27 novembre 2008³³ ove si precisa che le autorità statali devono verifi-

31. Nella vicenda che ha originato la decisione della Grande Camera della Corte dei diritti umani resa nel gennaio 2013 una coppia di donne austriache aveva stipulato una convenzione per l'adozione del figlio di una di questa da parte della partner. Il tribunale interno rifiutava l'omologazione, rilevando che l'ordinamento nazionale ammetteva l'adozione da parte del singolo e da parte di una coppia di persone sposate, ma reputa impossibile l'interpretazione della disciplina interna in modo da consentire l'adozione incidesse sui diritti del padre, ed evocava espressamente, per esaminare l'eventuale *vulnus* ai diritti sanciti dagli artt. 8 e 14 CEDU in tema di divieto di discriminazione rispetto al diritto al rispetto alla vita privata e familiare, il notevole margine di apprezzamento riconosciuto dalla stessa Corte dei diritti umani ai singoli Stati nella disciplina di temi che presentavano forti componenti etiche non regolate in maniera uniforme nei Paesi contraenti. La decisione veniva confermata nei successivi gradi di giudizio. Tutti i ricorrenti si rivolgevano alla Corte di Strasburgo.

32. I giudici europei premettevano che nell'ordinamento austriaco le coppie omosessuali non si possono unire in matrimonio (p. 33) e che una normativa recentemente introdotta (*Registered Partnership Act*) consentiva la registrazione delle convivenze dalla quale derivavano taluni effetti giuridici per i partners, rimanendo marcate le differenze rispetto alla coppia unita in matrimonio, non potendo la prima, fra l'altro, adottare un minore (p. 38). Nell'ordinamento austriaco la potestà su un minore nato fuori dal matrimonio è riconosciuta solo alla madre, potendo i genitori naturali che convivono stipulare una convenzione per l'esercizio congiunto della potestà (p. 45) sottoposta ad omologazione da parte del giudice, chiamato a valutare se tale accordo è utile all'interesse del minore. Il genitore naturale che non convive con il minore ha il diritto di frequentare il minore e di essere partecipe di talune scelte rilevanti che riguardano il figlio (p. 48).

33. La Convenzione, entrata in vigore nel settembre 2011, sostituisce la Convenzione

care se l'adozione è disposta nell'interesse superiore del minore (art. 4), tenendo conto delle condizioni di vita che il minore assumerà in ragione dell'adozione (p. 50), prevedendo che la stessa è ammessa fra due persone di sesso differente, all'interno della coppia unita in matrimonio e da un single (art. 7)³⁴. La Corte ha quindi dedicato tre paragrafi (55, 56 e 57) al diritto comparato esaminando, attraverso uno studio del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, lo stato delle legislazioni dei Paesi contraenti sul tema delle adozioni di coppie dello stesso sesso.

Il piano comparatistico, peraltro, si è limitato, nel caso qui esaminato, alle legislazioni dei Paesi contraenti, tralasciando un'apertura verso esperienze extraeuropee che aveva, per contro, trovato spazio nel caso *Gas* — in particolare par. 56 — in una prospettiva volta a confermare il formarsi di un "consenso" verso il riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuale all'adozione³⁵.

La Corte ricorda di essersi occupata di vicende che riguardano le prime due ipotesi — caso *Frettè c. Francia* — ric. n. 36515/97 26 maggio 2002 — e *E.B c. Francia* — ric. n. 435466/02, 22 gennaio 2008 —³⁶ e *Gas*

europea in materia di adozione di minori, firmata a Strasburgo il 24 aprile 1967 e ratificata dall'Italia con la legge 22 maggio 1974, n. 357.

34. La stessa Convenzione precisa che gli Stati sono liberi di estendere la disciplina della Convenzione alle coppie dello stesso sesso che sono unite in matrimonio o stabilmente legate da un accordo. Ed è lo stesso rapporto esplicativo alla Convenzione a dare atto delle diversità esistenti nei singoli Stati circa le unioni di persone dello stesso sesso e le adozioni in tali ambiti. Si fa ancora menzione della Raccomandazione del Comitato dei Ministri (2010) 5 nella quale si fa esplicito riferimento al fatto che i Paesi nei quali sono riconosciute le convivenze fra persone dello stesso sesso, queste non possono essere discriminate rispetto ai diritti riconosciuti alle coppie eterosessuali, pur dovendosi tenere in considerazione l'interesse superiore del minore (p. 54).

35. La Corte ha messo in chiaro come la propria giurisprudenza è univocamente rivolta a combattere le discriminazioni fondate nel campo dell'orientamento sessuale. Dopo avere ribadito che la relazione fra persone dello stesso sesso fruisce della tutela apprestata dall'art. 8 CEDU e della nozione, ivi contemplata, di vita familiare, la Corte ha inquadrato il fatto al suo esame nell'ambito di una stabile coppia dello stesso sesso, al cui interno vive un minore figlio di uno dei partner, alla cui cura provvedono entrambi i conviventi (p. 96). È il punto 100 della motivazione a mettere *in chiaro* le tre diverse ipotesi che possono venire in gioco quando si discute di adozione di persone dello stesso sesso. Nella prima ipotesi si può pensare alla adozione da parte di un *single*; nella seconda si può profilare il desiderio di uno dei partner di adottare il figlio dell'altro; nell'ultima ipotesi si presenta il caso di adozione di un figlio da parte di una coppia omosessuale.

36. in *Fam. dir.*, 2008, 221, con nota di E. FALLETTI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'adozione da parte del single omosessuale*.

e Dubois c. Francia — ric. n. 25951/07, 15 marzo 2012³⁷.

Passando all'applicazione dei principi sopra esposti al caso concreto, la Corte si chiede se la situazione nella quale si trovavano i ricorrenti fosse assimilabile a quella di una coppia unita in matrimonio nella quale uno dei coniugi intende adottare il figlio del genitore biologico.

La risposta negativa fornita sul punto dalla Corte si fonda sulle ragioni espresse nella sentenza *Gas*, escludendo che la Convenzione imponga agli Stati di riconoscere il matrimonio fra persone dello stesso sesso. Il margine (*recte*, un *certo*) margine di apprezzamento del quale godono gli Stati nel regolare l'unione di tali coppie in modo diverso dal matrimonio induce la Corte a escludere l'esistenza di una discriminazione rispetto alle coppie sposate in Austria. Se in tale Paese l'adozione è di regola prevista per le coppie unite in matrimonio mentre l'adozione da parte di chi non è padre del minore figlio dell'altro sposo costituisce un'eccezione, non può ravvisarsi l'esistenza di una violazione per la prima e la terza ricorrente, non potendosi la loro situazione comparare con quella di una coppia unita in matrimonio.

37. Nel primo caso (*Fretté*) la Francia aveva rifiutato l'adozione da parte del single a causa del suo orientamento sessuale, mentre lo stesso ordinamento riconosceva l'adozione da parte dei single eterosessuali. In quel caso la Corte europea non ritenne esistente alcuna violazione dei principi convenzionali — rispetto vita privata e familiare in relazione all'art. 14 CEDU — evocando il notevole margine di apprezzamento del quale godevano gli Stati su un argomento eticamente rilevante, dividendosi la comunità scientifica sui riflessi di un'adozione da parte di persona omosessuale sull'adottato. Nel caso *E.b. c. Francia* la Grande Camera della Corte europea aveva modificato il proprio convincimento in un caso di soggetto che aveva una stabile relazione omosessuale e che intendeva adottare un minore. In quel caso la Corte valorizzò il fatto che il rigetto della domanda da parte delle autorità interne si era fondato, in realtà, sul fatto che il richiedente fosse omosessuale. Era stata, dunque, la considerazione che alla base del provvedimento di rigetto della domanda vi fossero state ragioni fondate sull'orientamento sessuale dell'adottante ad indurre la Corte a ritenere fondata la violazione degli artt. 8 e 14 CEDU. Se, infatti, la legislazione francese ammetteva l'adozione da parte del single, il divieto opposto all'adozione di persona omosessuale all'adozione fondata sul suo orientamento sessuale contrastava con le disposizioni anzidette (p. 103). Nel caso *Gas e Dubois*, all'interno di una coppia omosessuale unita da un PACS francese, una delle partner aveva chiesto l'adozione del figlio — nato con le tecniche di fecondazione artificiale — della partner. Qui le autorità interne avevano rifiutato l'adozione, ritenendola contraria all'interesse superiore del minore e la Corte europea aveva escluso la violazione dei parametri sopra evocati, rilevando che la legislazione francese non prevedeva che i conviventi avessero diritti identici a quelli delle persone coniugate e che la stessa consentiva l'adozione alla coppia sposata ma non alla coppia unita in base ai patti. Ragion per cui la situazione dei conviventi uniti da un patto civile non era tale da consentire alla coppia di aspirare ad un'adozione senza che ciò creasse alcuna discriminazione.

La Corte è però passata a esaminare gli eventuali profili discriminatori fra le due ricorrenti anzidette e le coppie non unite in matrimonio, al cui interno il partner può, in Austria, adottare il figlio dell'altra, a differenza del partner dello stesso sesso che intende adottare il figlio dell'altro partner³⁸.

In definitiva, la Corte ha constatato che la ragione primaria che aveva indotto i giudici a non autorizzare l'adozione non era stata rappresentata dalla valutazione concreta della situazione che coinvolgeva la coppia, il minore e il padre naturale, ma soltanto dal divieto giuridico di ottenere l'adozione previsto nell'ordinamento nazionale. Il che aveva impedito di verificare e ponderare l'esistenza dei presupposti per eventualmente ritenere irrilevante il consenso del padre naturale e, soprattutto, di ponderare quali effetti avrebbe prodotto l'adozione rispetto al superiore interesse del minore.

La Corte europea rileva che, a fronte di una situazione reale caratterizzata da evidenti implicazioni fattuali, le corti nazionali avevano escluso l'adozione quasi "facendosi scudo"³⁹ della legge nazionale. Il che, secondo la Corte, non è ammissibile: «[...] *It follows that the Court is not reviewing the law in abstracto: the blanket prohibition at issue, by its very nature, removes the factual circumstances of the case from the scope of both the domestic courts' and this Court's examination*»⁴⁰.

38. La Corte ha considerato, anzitutto, che le situazioni fra coppie non unite in matrimonio di sesso diverso e dello stesso sesso potevano essere oggetto di comparazione ai fini dell'art. 14 CEDU, poi rilevando che le ricorrenti potevano fruire del sistema di riconoscimento delle coppie recentemente introdotto in Austria (ancorché non ne avessero concretamente fruito), nel quale era tuttavia espressamente vietato, solo per tale ipotesi, l'adozione del figlio dell'altro partner. E ciò anche nell'ipotesi in cui il padre del minore fosse deceduto o, addirittura, avesse prestato il proprio consenso all'adozione (p. 116). La Corte europea dava anche atto che il giudice nazionale aveva stigmatizzato la situazione della madre del minore che rappresentava il minore stesso in una situazione di possibile conflitto d'interessi, ma evidenziava che tale circostanza era stata superata per il fatto del divieto di legge. Inoltre, il giudice nazionale non aveva affrontato il tema dei rapporti fra padre e figlio, limitandosi a riscontrare che il primo si incontrava col secondo, senza tuttavia verificare se esistessero i presupposti, pure previsti nell'ordinamento interno, idonei a superare l'assenza di consenso.

39. Tale espressione è assolutamente personale e non rispecchia il testo della sentenza ma vuol solo fare intendere quella che appare a chi scrive il senso della decisione.

40. La Corte, in questa prospettiva, prende in diretta considerazione l'eventuale effetto discriminatorio non solo con riguardo alla posizione dell'adottante, ma anche quella degli altri due ricorrenti — madre naturale e minore — coinvolgendo direttamente la vita familiare dell'intero gruppo (p. 127). La Corte ha quindi concluso nel senso che vi era stata

La Corte ritiene tuttavia di precisare che non era in discussione, innanzi ad essa, l'esistenza o meno dei presupposti concreti per disporre l'adozione reclamata da due dei ricorrenti, gli stessi rimanendo riservati, semmai, al giudice nazionale che meglio di ogni altro avrebbe potuto valutarli (p. 152)⁴¹.

La Corte si perita di chiarire che non intendeva affrontare in termini generali e astratti la questione del diritto della coppia omosessuale all'adozione ma, soltanto, l'esistenza, nel caso concreto, di una violazione in punto di discriminazione in danno dei ricorrenti⁴².

Si tratta di un incedere che presenta tratti di vistosa somiglianza con il caso *Costa e Pavan c. Italia* a proposito della diagnosi preimpianto.

L'importanza del punto è confermata dal fatto che la Corte ritiene di dovere ribadire questo concetto in chiusura di motivazione (p. 150), quasi a voler dare un suggello alla propria motivazione, tutta incentrata sulla vicenda concreta e affatto orientata ad affrontare in termini sistematici la questione⁴³.

Qui poi particolarmente interessa sottolineare come sulla Corte abbia inciso l'assenza di consenso dei Paesi contraenti circa il tema

una discriminazione, in quanto il divieto di adozione era stato indissolubilmente collegato all'orientamento sessuale delle ricorrenti. Ciò che consente alla Corte di operare un netto distinguo tra la vicenda posta al suo vaglio ed il caso *Gas e Dubois* già ricordato, nel quale non si poneva alcun problema di discriminazione fra coppie omosessuali ed eterosessuali, posto che nella legislazione francese l'adozione era consentita esclusivamente alle coppie coniugate.

41. V. § 152 sent. cit. nel testo: «[...] All these issues would be for the domestic courts to decide, were they in a position to examine the merits of the adoption request ».

42. V. § 34 sent. cit. nel testo: «[...] Although the present case may be seen against the background of the wider debate on same-sex couples' parental rights, the Court is not called upon to rule on the issue of second-parent adoption by same-sex couples as such, let alone on the question of adoption by same-sex couples in general. What it has to decide is a narrowly defined issue of alleged discrimination between unmarried different-sex couples and same-sex couples in respect of second-parent adoption ».

43. La Corte non ritiene, pertanto, proporzionato, il divieto di adozione previsto dal legislatore austriaco in assenza di elementi che giustificavano un pregiudizio per il minore. La Corte non è convinta dalla posizione assunta dalla legislazione austriaca che, nell'ammettere il riconoscimento delle unioni civili, aveva tuttavia espressamente vietato l'adozione fra persone dello stesso sesso. In definitiva, secondo la Corte tutti gli elementi emersi nel procedimento erano tali da fare ritenere che la soluzione in ordine all'opportunità o meno di disporre l'adozione doveva spettare al giudice, a prescindere dal divieto previsto in via astratta dalla legge. Ed all'interno di quel procedimento spettava la giudice valutare il migliore interesse del minore che «[...] is a key notion in the relevant international instruments ».

dell'adozione di coppie omosessuali e il conseguente margine di apprezzamento spettante ai singoli Stati avrebbero potuto giustificare un atteggiamento meno invasivo da parte della Corte, proprio in linea con taluni suoi precedenti. Argomento, quello del *consensus*, che in *Fretté c. Francia*, cit., aveva, invece, mostrato di possedere un certo *appeal* presso i giudici di Strasburgo sempre nella stessa materia⁴⁴.

Secondo la Corte non può esservi dubbio che, in assenza di *common ground* tra gli Stati rispetto a questioni moralmente o eticamente sensibili, il margine di apprezzamento è ampio, ma tale margine si riduce progressivamente, quando entra in gioco la discriminazione fondata su ragioni di orientamento sessuale⁴⁵.

2.6. A proposito della giurisprudenza della CEDU in tema di fine vita – Corte EDU 20 gennaio 2011, *Haas c. Svizzera*

Accostandosi a Corte EDU *Haas c. Svizzera*, resa in tema di divieto imposto al malato psichico di ottenere dal sanitario la prescrizione di

44. Cfr. Corte EDU, *Fretté c. Francia* — ric. n. 36515/97 — § 41, in cui la Corte ebbe a precisare che « It is indisputable that there is no common ground [neretto aggiunto] on the question. Although most of the Contracting States do not expressly prohibit homosexuals from adopting where single persons may adopt, it is not possible to find in the legal and social orders of the Contracting States uniform principles on these social issues on which opinions within a democratic society may reasonably differ widely. The Court considers it quite natural that the national authorities, whose duty it is in a democratic society also to consider, within the limits of their jurisdiction, the interests of society as a whole, should enjoy a wide margin of appreciation when they are asked to make rulings on such matters. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, the national authorities are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions. Since the delicate issues raised in the case therefore touch on areas where there is little common ground amongst the member States of the Council of Europe and, generally speaking, the law appears to be in a transitional stage, a wide margin of appreciation must be left to the authorities of each State [...]. This margin of appreciation should not, however, be interpreted as granting the State arbitrary power, and the authorities' decision remains subject to review by the Court for conformity with the requirements of Article 14 of the Convention. » Né la Convenzione internazionale sulle adozioni, peraltro, ratificata da un numero limitato di Paesi, poteva essere in grado di dimostrare l'esistenza di un consenso rilevante idoneo a giustificare la diversità di trattamento fra coppie etero ed omosessuali in punto di adozione.

45. Sul tema C. VITUCCI, *La tutela internazionale dell'orientamento sessuale*, Napoli, 2012, recensito da A. SCHILLACI sul blog [diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), <http://www.diritticomparati.it/2013/01/orientamento-sessuale-e-diritti-umani-a-proposito-dellultimo-libro-di-chiara-vitucci.html>.

una dose micidiale di sostanza letale, ammessa solo sulla base di una prescrizione del sanitario nell'ordinamento svizzero, occorre ricordare come la Corte dei diritti umani, nell'escludere che la legislazione elvetica avesse inciso, vulnerandolo, sul diritto del soggetto a ottenere un'assistenza statale al suicidio, ha specificamente fatto riferimento all'assenza di *consenso* negli Stati contraenti.

Infatti, la Corte ha osservato che non esiste, in atto, fra gli Stati membri *un consenso* in ordine al diritto di un individuo di scegliere quando e come porre fine alla propria esistenza⁴⁶.

Sulla base di tali considerazioni, la Corte ha concluso che il margine di apprezzamento degli Stati membri in questo settore era notevole.

Per questo motivo nel bilanciamento tra le conseguenze dolorose che possono derivare a chi fallisce il tentativo di suicidio e i rischi che possano verificarsi dagli abusi correlati all'accesso indiscriminato a farmaci capaci di cagionare la morte di soggetti che possono non essere nelle condizioni per decidere consapevolmente del proprio destino, la Corte ha ritenuto immune da vizi la legislazione interna svizzera.

2.7. Corte EDU 28 maggio 2013, *Parrillo c. Italia*, in tema di diritto alla donazione di embrioni criocongelati

La Corte europea sarà a breve chiamata a pronunciarsi sul diritto di una donna a donare gli embrioni criocongelati in epoca antecedente all'entrata in vigore della l. n. 40/2004 che espressamente vieta tale possibilità.

Nel giudizio promosso da una cittadina italiana volto a sostenere che l'Italia ha violato gli artt. 1 Prot. n. 1, 10 e 8 CEDU, in relazione al divieto della donna di donare embrioni criocongelati ai fini di speri-

46. In Svizzera l'incentivo e l'assistenza al suicidio sono punibili solo quando l'autore di tali atti è stato spinto da motivi egoistici. Nel Benelux è stato depenalizzato l'atto di suicidio assistito solo in circostanze limitate. In altri Paesi sono ammessi solo gli atti assistenza "passiva", mentre la grande maggioranza degli Stati membri sembra dare più peso alla vita privata dell'individuo ed alla sua scelta personale. V., di recente Corte Suprema Irlanda, 29 aprile 2013, che ha escluso il contrasto del divieto di assistenza al suicidio con la Costituzione irlandese — v. in <http://www.biodiritto.org/index.php/item/288-corte-suprema-irlandese-il-divieto-di-assistenza-al-suicidio-non-e-incompatibile-con-la-costituzione>.

mentazione clinica, ha ritenuto parzialmente ricevibile il ricorso con la decisione resa il 28 maggio 2013 — ric. n. 46470/11, *Parrillo c. Italia*.

In tale occasione la Corte ha ritenuto meritevoli di essere comunicate al Governo le parti del ricorso nel quale si ipotizza la violazione del diritto al godimento pieno della proprietà e al rispetto della vita privata a familiare.

La Corte, nel giudizio di ricevibilità, ha evocato l'art. 18 della Convenzione di Oviedo — a cui tenore « Quando la ricerca sugli embrioni in vitro è ammessa dalla legge, quest'ultima assicura una protezione adeguata all'embrione. La costituzione di embrioni umani a fini di ricerca è vietata » — e le conclusioni della Commissione di studio sugli embrioni crioconservati nei centri di procreazione medicalmente assistita nominata con decreto del 25 giugno 2009 dal Ministro della Salute.

Secondo la relazione finale adottata l'8 gennaio 2010 da tale organo non può allo stesso riconoscersi la possibilità di interrompere la crioconservazione, ciò periodo dal divieto legale di soppressione degli embrioni fuori dai casi di impianto in utero o di morte accertata — che tuttavia non può verificarsi prima dello scongelamento⁴⁷.

La Corte, oltre a menzionare la decisione resa dalla Corte di Giustizia resa il 18 ottobre 2011 (C-34/10 *Oliver Brüstle / Greenpeace eV, cit.*),

47. «[...] Il divieto legale di soppressione degli embrioni induce a ritenere che la crioconservazione possa essere interrotta solo in due casi: quando si possa impiantare l'embrione scongelato nell'utero della madre o comunque di una donna disposta ad accoglierlo o quando sia possibile accertarne scientificamente la morte naturale o la definitiva perdita di vitalità come organismo. Allo stato attuale delle conoscenze, per accertare la perdurante vitalità dell'embrione è necessario però scongelarlo, il che ci pone di fronte ad un paradosso, dato che una volta scongelato l'embrione non può essere congelato una seconda volta e se non si provvede ad un suo immediato impianto in utero, se ne causa inevitabilmente la sua morte. Di qui la prospettiva tuzioristica di una possibile conservazione a tempo indeterminato degli embrioni congelati. È da ritenere però che il progresso della ricerca scientifica consentirà di individuare criteri e metodologie per diagnosticare la morte o comunque la perdita di vitalità degli embrioni crioconservati: si arriverà così a superare l'attuale paradosso, legalmente inevitabile, di una crioconservazione che potrebbe non avere mai un termine. In attesa che a tanto si giunga e che si possa ben presto stabilire quando sia divenuto privo di senso il prolungamento della conservazione degli embrioni in stato di congelamento, ribadisce che non è possibile non far riferimento all'esplicita prescrizione dell'art. 141 della l. 40/2004, che vieta comunque la soppressione degli embrioni, quindi anche di quelli tra essi che siano crioconservati. Non solo, ancor più dirimente è il fatto che il legislatore della legge 40 già postosi il problema della sorte degli embrioni soprannumerari, ha optato inequivocabilmente per la loro conservazione e non per la loro distruzione, con ciò cristallizzando normativamente una ratio preferenziale verso una loro tenuta in vita, anche quando fosse incerto il loro destino ».

non ha mancato di evidenziare l'attuale stato delle legislazioni europee in tema di utilizzazione degli embrioni ai fini di sperimentazione scientifica, ricordando che, su tredici Stati (Italia, Irlanda, Regno Unito, Portogallo, Spagna, Germania, Repubblica Ceca, Svizzera, Francia, Grecia, Lituania, Finlandia e Svezia), tre prevedono un divieto generale di utilizzare degli embrioni per finalità di ricerca scientifica (Italia, Irlanda e Germania), mentre negli altri Stati la legislazione permette tale pratica, soprattutto per quanto riguarda gli embrioni soprannumerari (ossia, quelli che, creati nell'ambito di una fecondazione in vitro, alla fine non vengono utilizzati), assoggettandoli ad alcune condizioni (ad esempio, che la coppia interessata vi acconsenta o che la ricerca sia effettuata entro un determinato periodo di vita degli embrioni).

La Corte ha quindi ritenuto irricevibile il motivo di ricorso fondato sull'art. 10 CEDU. La prospettazione secondo la quale il divieto di poter donare gli embrioni in causa violerebbe la libertà di espressione, di cui la libertà della ricerca scientifica costituirebbe un aspetto fondamentale è stata ritenuta inammissibile. Il giudice europeo, «[...] Non escludendo che l'eventuale uso degli embrioni in causa potrebbe essere utile per la ricerca scientifica e che quest'ultima può costituire una forma di libertà di comunicazione delle informazioni», ha rilevato che, così come formulato dalla ricorrente, il motivo di ricorso verte su un diritto di cui sono titolari gli operatori del settore, ossia i ricercatori e gli scienziati e indirettamente la ricorrente. Ragion per cui quest'ultima non può considerarsi vittima rispetto al motivo prospettato.

La Corte, in definitiva, si pronunzierà sulle violazioni di cui agli artt. 1 Prot. n. 1 CEDU — in relazione al fatto che la legge n. 40/2004 vieta alla ricorrente la possibilità di donare i suoi embrioni per finalità di ricerca scientifica, obbligandola a mantenere questi ultimi in uno stato di crioconservazione fino alla loro estinzione — e 8 CEDU, in relazione al diritto al rispetto della sua vita privata. In tale occasione il giudice europeo non potrà nemmeno omettere di considerare la recente decisione della Corte costituzionale francese che ha confermato la legittimità costituzionale della legge in tema di bioetica che ha, di recente, introdotto la possibilità di attività di ricerca scientifica su embrioni e cellule staminali con finalità medica⁴⁸.

48. Corte cost. francese, 1 agosto 2013 n. 674, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2013-674-dc/decision-n-2013-674-dc-du-01-aout-2013.137980.html>. Per

2.8. Il diritto a conoscere le proprie origini. Da Corte EDU, 25 settembre 2012, *Godelli c. Italia*, a Corte cost. n. 278/2013.

Particolarmente utile sembra l'esame della vicenda relativa al diritto a conoscere la propria identità, di recente vagliata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo proprio in relazione alla disciplina interna italiana che garantisce l'assoluto diritto all'anonimato della madre nei confronti del figlio abbandonato⁴⁹. In Corte EDU 25 settembre 2012, *Godelli c. Italia*, — ric. n. 33783/09 — salta agli occhi la diversità dei risultati cui approdano la Corte costituzionale e la Corte europea circa il "bilanciamento" operato dal legislatore fra il diritto della madre all'anonimato e quello all'identità personale del figlio. Corte cost. n. 425/2005 ritenne infondata la prospettata violazione dell'art. 2 della Costituzione sotto il profilo che la norma impugnata faceva prevalere in ogni caso l'interesse della madre naturale all'anonimato sul diritto inviolabile del figlio all'identità personale. Ciò perché «[...] La norma impugnata mira evidentemente a tutelare la gestante che — in situazioni particolarmente difficili dal punto di vista personale, economico o sociale — abbia deciso di non tenere con sé il bambino, offrendole la possibilità di partorire in una struttura sanitaria appropriata e di mantenere al contempo l'anonimato nella conseguente dichiarazione di nascita: e in tal modo intende — da un lato — assicurare che il parto avvenga in condizioni ottimali, sia per la madre che per il figlio, e — dall'altro — distogliere la donna da decisioni irreparabili, per quest'ultimo ben più gravi. L'esigenza di perseguire efficacemente questa duplice finalità spiega perché la norma non preveda per la tutela dell'anonimato della madre nessun tipo di limitazione, neanche temporale. Invero la scelta della gestante in difficoltà che la legge vuole favorire — per proteggere tanto lei quanto il nascituro — sarebbe resa oltremodo difficile se la decisione di partorire in una struttura medica adeguata, rimanendo anonima, potesse comportare per la donna, in base alla stessa norma, il rischio di essere, in un imprecisato futuro e su richiesta di un figlio

un interessante caso di inseminazione artificiale *post mortem* v. Tribunale di Palermo, 29 novembre 1998, in *Famiglia e diritto*, 1999, 52, con nota di M. DOGLIOTTI, *Inseminazione artificiale "post mortem" e intervento del giudice di merito*.

49. V., per una trattazione sistematica del tema, di recente, S. STEFANELLI, *Status e modelli procreativi nel sistema attuale*, in *La parificazione degli Status di filiazione*, a cura di R. CIPPITANI e S. STEFANELLI, Roma, 2013, 51 ss.

mai conosciuto e già adulto, interpellata dall'autorità giudiziaria per decidere se confermare o revocare quella lontana dichiarazione di volontà. Pertanto la norma impugnata, in quanto espressione di una ragionevole valutazione comparativa dei diritti inviolabili dei soggetti della vicenda, non si pone in contrasto con l'art. 2 della Costituzione ».

Di tutt'altro avviso è stato il giudice europeo nella ricordata decisione del settembre 2012, allorché si è compiuta una valutazione in termini di bilanciamento esattamente contraria. Quella che ai giudici costituzionali era parsa una "ragionevole valutazione comparativa dei diritti", è per i giudici di Strasburgo una ponderazione decisamente sbilanciata e spostata "tutta" sulla tutela dell'anonimato.

A ben considerare, anche la vicenda appena descritta conferma il "favor", in caso di questioni altamente delicate quale quella esaminata, per soluzioni che demandino direttamente al giudice — piuttosto che al legislatore, al quale invece spetta di "fissare" i limiti del potere discrezionale dello stesso — la determinazione, in relazione al caso singolarmente prospettato, del miglior bilanciamento possibile fra i valori in gioco.

La questione generale di cui si è detto in precedenza⁵⁰ è di recente approdata innanzi alla Corte costituzionale per effetto dell'ordinanza emessa dal Tribunale per i minorenni di Catanzaro il 13 dicembre 2012 (ord. 43/13), che pone in discussione la legittimità dell'art. 28 c. 7 della l. n. 184/1983 rispetto agli artt. 2, 3, 32, 117 primo comma Cost. in relazione all'art. 8 CEDU ed agli artt. 7 e 8 della Convenzione ONU sull'esercizio dei diritti dei fanciulli 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge n. 176/91, nella parte in cui esclude il diritto dell'adottato che ha compiuto 25 anni a conoscere le proprie origini quando la madre biologica ha dichiarato alla nascita di non volere essere nominata ai sensi dell'art. 30 c. 1 del d.P.R. n. 396/2000.

Il giudizio è stato deciso dalla Corte costituzionale con sentenza n. 278/2013⁵¹.

Nel dichiarare l'incostituzionalità della disposizione interna, la Corte, senza riconoscere il contrasto della disposizione con il parametro

50. Sulle vicende che hanno riguardato la Signora Godelli in epoca successiva alla sentenza indicata nel testo v. *retro*, Parte II, Cap. III, par. 3.5.

51. Per un primo commento alla decisione v. A. BURATTI, *Un delicato bilanciamento. La sentenza 278 della Corte costituzionale*, in <http://www.diritticomparati.it/2013/11/un-delicato-bilanciamento-la-sentenza-278-della-corte-costituzionale.html#sthash.GDLBW4cS.dpuf>.

convenzionale — art. 8 CEDU — ha tuttavia ripercorso il cammino che l'aveva, in passato, portata a riconoscere la compatibilità costituzionale della previsione normativa interna giungendo, però, a risultati diametralmente opposti, fino al punto da ritenere l'incostituzionalità della normativa nella parte in cui esclude che il genitore naturale venga interpellato dal giudice circa la possibilità di revoca della dichiarazione di anonimato. E ciò per effetto della sentenza *Godelli* della Corte europea più volte richiamata dal giudice delle leggi. Decisione alla quale va ascritta “nella sostanza” la paternità della decisione resa dalla Corte.

Resta solo da sottolineare che i dubbi connessi agli effetti che tale pronuncia potrà determinare “prima” dell'intervento del legislatore, sui quali i giudici minorili hanno immediatamente cominciato a discutere sui forum specializzati proprio per misurare sul campo le modalità e le tempistiche con le quali andrebbe contattata la madre genetica per verificare la persistente decisione di rimanere anonima assomigliano molto a quelli che l'interprete avverte quando è chiamato a verificare gli effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo sui quali si è già detto — Parte II, Cap. III, par. 3.5. — e si dirà in seguito — Parte III, Cap. IV.

2.9. La Corte dei diritti umani e le unioni civili “negate” alle coppie omosessuali – Corte EDU, Grande Camera 7 novembre 2013, *Vallianatos* e altri c. Grecia

Di recente la CEDU ha esaminato il ricorso proposto da alcune coppie dello stesso sesso di cittadini greci che, non potendo accedere alla disciplina prevista a livello interno sulle unioni civili, espressamente e testualmente riservate ai soggetti di sesso diverso, si sono rivolte, *per saltum*, a Strasburgo, prospettando la violazione degli artt. 8 e 14 CEDU⁵².

La decisione va letta insieme alla sentenza sulle adozioni per le coppie dello stesso sesso – Corte EDU–GC —, 19 febbraio 2013, X e altri c. Austria, già ricordata in precedenza⁵³.

52. I punti qualificanti della decisione mi sembrano essere quelli esposti nei § 75, 83, 91 e 96.

53. Per la quale, volendo, v. CONTI R., *La CEDU, l'adozione e le coppie dello stesso sesso*, in

E ciò perché la trama argomentativa sembra incentrarsi, qui come nella precedente decisione, sul ruolo giocato dal principio di non discriminazione — art. 14 CEDU — in combinato disposto con l'art. 8 CEDU, il quale tutela il pieno diritto al rispetto della vita privata e familiare.

Anche in questa circostanza l'elemento fondamentale che ha consentito alla Corte di pervenire all'accertamento della violazione degli articoli sopra ricordati e di sanzionare, così, la Grecia laddove essa non consente alle coppie dello stesso sesso di fruire della disciplina legale sulle unioni civili riservata alle coppie eterosessuali è, per l'appunto, la discriminazione che viene a crearsi fra situazioni omogenee fondata sull'orientamento sessuale della coppia.

La Corte fa precedere il nucleo centrale della decisione da alcune considerazioni di principio, volte a fare comprendere che essa non intende occuparsi della questione sostanziale, e cioè se le coppie dello stesso sesso possono avere una tutela giuridica omologa rispetto a quella garantita ai soggetti uniti in matrimonio. Ed in ciò le linee argomentative sono per buona parte sovrapponibili, con i dovuti distinguo rispetto all'oggetto dei due giudizi, a quelle esposte nel caso *X c. Austria* sopra ricordato.

La Corte ha a cuore, invece, il fatto che la legislazione nazionale non perpetui situazioni discriminatorie, una volta che la stessa ha deciso di disciplinare le unioni civili.

Il margine di apprezzamento, che pure esiste ed è pesante nella materia, sembra dire alla Corte che non consente agli Stati di introdurre regolazioni capaci di alimentare frizioni sociali ingiuste in danno di alcuni soggetti per il solo fatto che gli stessi hanno un orientamento sessuale diverso da quello delle altre coppie civili.

Nemmeno lo "spauracchio" agitato ad arte dal Governo circa il pericolo che l'estensione della disciplina interna potesse "toccare" la questione dell'affidamento di minori alle coppie dello stesso sesso è riuscito ad incrinare la ormai solida posizione assunta dalla Corte europea sul tema della non discriminazione.

Secondo la Corte nulla impedisce ai singoli Paesi di introdurre specifiche discipline in ordine ai minori che non sono nati all'interno della coppia; ma ciò non è argomento valido per impedire l'accesso

delle coppie dello stesso sesso alla disciplina in tema di unioni civili, una volta che questa sia stata regolata dal singolo ordinamento ed abbia avuto come prioritaria finalità quella di offrire alle coppie uno strumento giuridico alternativo al matrimonio e capace di offrire a tali unioni stabili un sistema di protezione regolato per legge.

In questa prospettiva, il fatto che la legge greca sulle unioni civili ha parimenti disciplinato alcuni aspetti collegati al regime dei figli nati nel corso dell'unione di fatto e persegue, dunque, anche tale finalità — non ipotizzabile quanto alle coppie dello stesso sesso — non poteva giustificare il divieto di accesso a tale disciplina per le coppie omosessuali, una volta che la ragione prioritaria perseguita da quel legislatore era stata, appunto, quella di introdurre uno strumento giuridico “a tutela” delle persone che, senza accedere al matrimonio, godevano dell'aspettativa ad una protezione giuridica della loro unione di fatto.

Rimane, così, sullo sfondo il tema della sovrapposibilità della disciplina sostanziale fra unioni fondate sul matrimonio ed unioni di fatto.

La Corte, anche qui portata a ragionare in punto di tutela sostanziale offre dimostrazione, al contempo, di essere aperta a recepire il nuovo *trend* senza, tuttavia, porre in discussione il fondamento del matrimonio.

Insomma, un'abile operazione di bilanciamento che produce, all'evidenza, frutti fecondi per chi, nei singoli Stati, si è confrontato con discipline fortemente limitative del valore rappresentato dall'art. 8 CEDU.

Nella descrizione di questo *trend*, per la verità univoco — dal quale l'Italia è, purtroppo, fuori — la Corte accenna al tema del *consenso* secondo una linea ormai solida ma si muove, come sempre, con estrema prudenza.

Nel ricordare, così, che «[...] the Court considers that the trend emerging in the legal systems of the Council of Europe member States is clear: of the nineteen States which authorise some form of registered partnership other than marriage, Lithuania and Greece are the only ones to reserve it exclusively to different-sex couples [...]. In other words, with two exceptions, Council of Europe member States, when they opt to enact legislation introducing a new system of registered partnership as an alternative to marriage for unmarried couples, include same-sex couples in its scope. Moreover, this trend

is reflected in the relevant Council of Europe materials. In that regard the Court refers particularly to Resolution 1728(2010) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe and to Committee of Ministers Recommendation CM/Rec(2010)5 (see paragraphs 28–30 above). . . » i giudici di Strasburgo sottolineano come l'essere "soli" rispetto al contesto degli altri Paesi non determina, *ex se*, la violazione della CEDU, ma impone allo Stato *solitario* l'obbligo di fornire giustificazioni dei bilanciamenti interni operati particolarmente persuasive, in mancanza delle quali, è la Corte stessa a farlo intendere, nessuna tutela potrà essere più riconosciuta a livello convenzionale a situazioni che pongono in discussione il diritto ad una tutela paritaria per le coppie dello stesso sesso.

2.9.I. *Gli effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo rispetto ai soggetti vittoriosi a Strasburgo*

La Corte, inoltre, rigetta la richiesta di raccomandazioni alla Grecia per modificare la legislazione attuale che pure i ricorrenti avevano formulato, riconoscendo la sola equa soddisfazione.

Si affaccia, così, il solito tema delle ricadute delle sentenze CEDU nell'ordinamento interno sul quale tante energie ha speso da anni Antonio Ruggieri⁵⁴ e, più di recente, Vincenzo Sciarabba nel suo *Il giudicato e la CEDU*.

Si tratta, ancora una volta, di enucleare gli ambiti e della dimensione del diritto dei ricorrenti, dopo la sentenza della Corte europea che accerta la violazione, ad una regolamentazione in ambito interno che

54. Fra i tanti scritti di quello che, a ragione, va individuato come l'Autore più prolifico in tema di relazioni interordinamentali fra CEDU, diritto eurounitario e ordinamento interno v., RUGGERI A., *Ieri il giudicato penale, oggi le leggi retroattive di interpretazione autentica, e domani? A margine di Corte EDU, 7 giugno 2011, Agrati e altri c. Italia*, in http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/corte_europea_diritti_uomo/0016_ruggieri.pdf; ID., *Corti costituzionali e Corti europee, il modello, le esperienze, le prospettive*, in <http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Ruggieri.pdf>, spec. par.6; ID., *Il processo costituzionale come processo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e nella prospettiva delle relazioni interordinamentali*, in *Riv. dir. cost.*, 2009, 125 ss.; ID., *L' "intensità" del vincolo espresso dai precedenti giurisprudenziali, con specifico riguardo al piano dei rapporti tra CEDU e diritto interno e in vista dell'affermazione della Costituzione come "sistema"*, in <http://www.giurcost.org/studi/ruggieri24.pdf>.

renda effettivo il diritto per il quale era stata promossa la “causa” a Strasburgo.

In effetti, i ricorrenti nel caso esaminato dalla Corte avevano espressamente formulato, oltre al riconoscimento di un'equa soddisfazione — art. 41 CEDU — anche una specifica richiesta — cfr. § 96 della sentenza: «[...] They also requested the Court to make specific recommendations to the Government with a view to amending Law no. 3719/2008 and extending the application of civil unions to same-sex couples».

La Corte si è limitata a riconoscere un importo a titolo di ristoro del danno morale ed ha, poi, aggiunto, che «[...] The Court dismisses the remainder of the applicants' claims for just satisfaction» — §99.

Si ripropongono, così, vecchi, irrisolti dubbi su questioni spinose e, in particolare, su quale sia il rimedio che il titolare del diritto leso può esperire in ambito interno dopo la sentenza della Corte europea e, ancora, su quali caratteristiche ha questo “passaggio” della vicenda fattuale, le quante volte essa possa ancora essere tutelata in via concreta effettiva ed effettiva dal nazionale.

In altre e più agevoli parole questa tutela di rinvio è a rime obbligate e può dare luogo ad un altro passaggio alla Corte dei diritti umani in caso di mancata osservanza della sentenza europea ovvero questo passaggio è escluso, per l'appunto, dal rigetto di ogni altra questione che i ricorrenti avevano prospettato innanzi alla Corte?

In sostanza, il “giudicato” formatosi sulla tutela in forma specifica è tale anche nel sistema interno? E la circostanza che non vi sia, all'interno, alcun giudicato contrastante con la sentenza della Corte europea assume una certa valenza o è assolutamente irrilevante?

Dilemmi, questi, difficili da sciogliere.

Che dovrebbe fare, dunque, il giudice nazionale chiamato dai ricorrenti a “dare attuazione” alla sentenza della Corte europea?

Dovrebbe prendere atto che, agli occhi della Corte, non esisteva un diritto dei ricorrenti ad ottenere una tutela specifica. Ovvero dovrebbe, in caso di proposizione della domanda, riesaminare la domanda?

La questione è davvero ostica, se si considera che la medesima Corte, per giustificare la ricevibilità del ricorso proposto “saltando” le azioni giudiziarie interne, aveva ritenuto l'inidoneità del rimedio compensatorio-risarcitorio previsto dalla legislazione greca per il caso di violazione della Convenzione (*recte* della Costituzione greca) anche

in ragione della particolare situazione di permanenza della violazione sottesa alle domande dei ricorrenti « [...] *In the instant case, however, the applicants complain of a continuing violation of Articles 14 and 8 of the Convention on account of their inability, as same sex couples, to enter into civil unions, whereas legislation exists affording that possibility to different-sex couples. Hence, a mere award of financial compensation would not appear capable of remedying their grievances* » — § 96.

In altri termini, è la stessa Corte a riconoscere che il rimedio pecuniario non è totalmente soddisfacente, soprattutto per il carattere della violazione, per l'appunto permanente — o almeno capace di persistere nel tempo.

Ma se così è, la sentenza della Corte europea, che nel caso di specie ha escluso di potere formulare anche solo raccomandazioni o auspici alle autorità greche in ordine alla modifiche da introdurre nel sistema interno, può ritenersi pienamente soddisfacente o nasce, anch'essa, monca ed in definitiva priva — almeno in parte — di quelle caratteristiche di efficacia ed effettività che la stessa Corte aveva evocato per preferire la soluzione che “la faceva competente” sulle domande proposte dalle vittime-ricorrenti?

D'altra parte, il tema si colora di aspetti estremamente incerti, allo stesso affiancandosi l'ulteriore portentosa questione sollevata dall'opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque.

Quest'ultimo, infatti, non si è impegnato a dimostrare la non divisibilità nel merito della decisione della Grande Camera, ma ha messo in discussione, a monte, il potere della Corte di statuire sulla domanda, posto che i ricorrenti non avevano sperimentato le vie di ricorso interno.

La prospettiva dell'opinione di minoranza è stata, dunque, quella di sottolineare che l'intervento della Corte europea prima del possibile esperimento di rimedi interni volti vuoi a riconoscere un risarcimento, vuoi a prospettare l'incostituzionalità della legge, ha trasfigurato il ruolo della Corte conducendola ad una sorta di « supra-national positive legislator », snaturandone i contenuti ed i confini fino al punto di farla diventare « [...] as a European Constitutional Court functioning as a “positive legislator” which intervenes directly in the face of a supposed legislative omission by a State Party ».

Conclusione, quest'ultima, che apre diversi interrogativi e che, ovviamente, non può essere marginalizzata, invece abbisognando di più serena ed approfondita riflessione in diversa sede.

2.10. Mutamento di sesso ed effetti sul precedente matrimonio. Corte europea dei diritti umani, *Hämäläinen c. Finlandia*, 16 luglio 2014

La Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo ha di recente adottato una decisione sulla conversione del matrimonio in partnership a causa del mutamento di sesso di uno dei coniugi nell'ambito di una vicenda relativa alla legislazione finlandese.

Si tratta di una decisione importante, nella quale vengono ribaditi alcuni concetti già espressi dalla Corte europea che possono così sintetizzarsi. La Corte ribadisce, anzitutto, che non esiste una protezione collocabile sotto il paradigma dell'art.12 CEDU per il matrimonio di coppie dello stesso sesso. In materia manca infatti un consenso diffuso tra i paesi contraenti, ancorchè la materia sia oggetto di continua attenzione all'interno delle singole realtà statuali. Analoga assenza di consenso la Corte registra sul tema degli effetti del cambiamento di sesso sul precedente matrimonio.

Ora, sulla base di tali premesse il giudice di Strasburgo ha ritenuto che la legislazione finlandese, laddove consente in caso di mutamento di sesso una triplice possibilità: a) rimanere coniugati in forza del precedente matrimonio; accedere, col consenso dell'altro partner, ad una partnership legalmente regolata; c) attivare la procedura di divorzio, non determina alcuna violazione dei diritti sanciti dalla CEDU. Il fatto che la parte che ha mutato il proprio sesso non possa accedere al matrimonio con il partner ma solo, eventualmente, all'unione civile non lede i suoi diritti fondamentali, poiché la regolamentazione di quell'unione non genera effetti negativi sul rapporto familiare intercorso con il precedente coniuge. Anche se gli effetti del matrimonio e dell'unione legale non sono identici nella legislazione finlandese, tuttavia nel caso concreto il regime giuridico previsto non avrebbe determinato significativi scostamenti quanto alla relazione familiari intercorsa col partner. La previsione di una conversione a domanda del matrimonio in unione civile non è stata quindi ritenuta irragionevole né idonea a creare *vulnus* ai diritti della ricorrente. È dunque il notevole margine di apprezzamento riservato sul punto ai singoli Stati a giustificare la soluzione espressa dalla legislazione finlandese, proprio in assenza di consenso fra i singoli Stati.

Tale pronuncia è stata resa a distanza di un mese dalla sentenza della Corte costituzionale n.170/2014 dell'11 giugno 2014, con la quale

è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164 e dell'art. 31, comma 6, del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150 nella parte in cui tali disposizioni non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore.

Ora, la pronunzia di Strasburgo si coniuga perfettamente con la decisione interna della Corte costituzionale, la quale ha ritenuto che è “[...] compito del legislatore introdurre una forma alternativa (e diversa dal matrimonio) che consenta ai due coniugi di evitare il passaggio da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione, su tal piano, di assoluta indeterminatezza. E tal compito il legislatore è chiamato ad assolvere con la massima sollecitudine per superare la rilevata condizione di illegittimità della disciplina in esame per il profilo dell'attuale deficit di tutela dei diritti dei soggetti in essa coinvolti”. Ciò appunto nell'ambito del margine di apprezzamento che la Corte europea riconosce allo Stato ai singoli ordinamenti in materia.

2.II. Tirando le somme sulla c.d. dottrina del consenso

Tirando le somme di quanto si è andato dicendo, la dottrina del consenso si spiega evidenziando che al crescere del consenso rispetto ad una questione corrisponde un sindacato estremamente incisivo della Corte dei diritti umani per valutare la compatibilità dell'interferenza introdotta dallo Stato in difformità dalla regolamentazione uniforme raggiunta a livello europeo.

Per converso, l'assenza di tale condivisione sui grandi temi etico-sociali riduce l'ambito di operatività della Corte europea a un controllo *minimale*, espandendo il sindacato delle autorità nazionali — espresso attraverso il loro margine di apprezzamento — e, conseguentemente, l'ambito delle interferenze introdotte a livello statale. Ciò che ha fatto dire che il margine di apprezzamento è complementare al consenso,

nel senso che a un margine di apprezzamento lieve corrisponderà un consenso ampio, e viceversa.

Agli occhi della Corte, il *common ground* si collega intimamente alla possibilità di dare alla CEDU una lettura evolutiva, sicché in assenza del consenso tale interpretazione non deve ritenersi possibile⁵⁵.

È evidente, dunque, come il metodo comparativo acquisti per la Corte europea una notevole rilevanza⁵⁶.

Esaminando i dati virtuosi di tale dottrina⁵⁷, può dirsi che ad essa è sottesa, per un verso, la consapevolezza che un valore fondamentale vive in funzione dell'epoca nella quale è chiamato ad operare e, dunque, in ragione del *consenso* che sullo stesso si riscontra, di guisa che l'accresciuta sensibilità rispetto ad un valore finisce col giustificare l'innalzamento del suo livello di protezione anche nei confronti di chi non ha spontaneamente aderito alla manifestazione espressa dalla maggioranza⁵⁸.

Una simile impostazione guarda con favore all'interpretazione evolutiva di un valore fondamentale da parte di chi è chiamato ad individuare la portata, marginalizzando una visione "fissa" dei valori e del loro grado di protezione.

55. Cfr. Corte EDU, 24 giugno 2010, *S. e K. c. Austria*, cit., p. 46: «[...] Quantunque la Corte abbia spesso sottolineato che la Convenzione era uno strumento vivente che doveva essere interpretato alle condizioni attuali, essa ha solo usato tale approccio per sviluppare la sua giurisprudenza quando ha percepito una convergenza di standard tra gli Stati Membri.»

56. G. CANIVET, *La pratica del diritto comparato nelle Corti supreme*, cit., 424: «[...] l'interpretazione evolutiva della Convenzione inizia da un'esame dell'evoluzione della giurisprudenza nazionale. La corte, nel farlo, prende in considerazione i cambiamenti sociali, recepiti dai giudici nazionali, che riguardano, per esempio, i diritti dei figli illegittimi, il transessualismo o la struttura della famiglia. A questo proposito, la corte ha sottolineato che ogni evoluzione della giurisprudenza nazionale è suscettibile di spostare l'ago della bilancia e di provocare, di conseguenza, un cambiamento nella sua giurisprudenza.»

57. Per cui v. J. MURRAY, *Consensus: concordance, or hegemony of the majority?*, in www.echr.coe.int.

58. Questi principi sono stati espressi da Corte EDU, 27 ottobre 2009, *Bayatyan c. Armenia* ove, a conferma del carattere dinamico della CEDU e delle necessità di vagliare le diverse sensibilità esistenti all'interno dei Paesi aderenti, si legge, proprio in una vicenda in cui si discuteva della conformità a CEDU di un'obiezione di coscienza fondata su motivi religiosi, al par. 62, che «The Court reiterates that the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions (Tyrer v. the United Kingdom, judgment of 25 April 1978, Series A no. 26, pp. 15-16, §31). It is legitimate when deciding whether a certain measure is acceptable under one of its provisions to take account of the standards prevailing amongst the member States of the Council of Europe (see T. v. the United Kingdom, no. 24396/94, § 24724/94, 16 December 1999)».

Essa, d'altra parte, è consapevole che la protezione dei diritti fondamentali non può essere sganciata dal terreno nel quale essa opera.

La ricerca comparatistica, peraltro complessa, sembra così dimostrare l'esigenza di collegare direttamente la giurisprudenza europea alle tradizioni culturali dei singoli Paesi, dalle quali la stessa Corte non può fare a meno.

Il *consenso* che la Corte a volte ricerca è, allo stesso modo, caratterizzato da un certo margine di incertezza, come pure è stato sottolineato anche nelle opinioni dissenzienti di minoranza rese nella vicenda, già ricordata, della fecondazione *in vitro*⁵⁹ ed in quella del sui-

59. Cfr. op. separata Giudice DE GAETANO nel ric.n. 67813/00 *S.H. e a. c. Austria*, cit: «[...] la presente sentenza suggerisce (si veda il paragrafo 106) che un "*consenso europeo*" [corsivo aggiunto] sulla materia in esame è una considerazione importante per stabilire se vi sia stata o meno una violazione della Convenzione (nel caso di specie dell'articolo 8). Ed ancora, tale suggerimento devia l'attenzione dalla necessità di chiedersi se un particolare atto od omissione o limitazione faccia progredire o retrocedere la dignità umana (a parte il fatto che la storia ci insegna che il "*consenso europeo*" ha in passato portato ad atti di flagrante ingiustizia sia in Europa che altrove)». V., ancora, l'opinione dissenziente dei Giudici TULKENS, HIRVELÄ, LAZAROVA TRAJKOVSKA E TSOTSORIA nella stessa causa, par. 8: «[...] Anche secondo uno studio comparato sulla procreazione medicalmente assistita effettuato dal Consiglio d'Europa in 39 Paesi nel 1998, la donazione di ovuli era vietata all'epoca solamente in otto Paesi mentre la donazione di sperma in cinque Paesi. Nonostante ciò, la Corte ritiene che «il consenso non sia, tuttavia, basato su principi consolidati nella legislazione degli Stati membri ma che rifletta piuttosto una fase dell'evoluzione nell'ambito di un campo particolarmente dinamico del diritto e non limita in modo decisivo il margine di discrezionalità dello Stato» (si veda il paragrafo 96 della sentenza). Per la prima volta in assoluto la Corte conferisce una nuova dimensione al consenso europeo e gli fissa una soglia particolarmente bassa, lasciando al margine di discrezionalità degli Stati una estensione potenzialmente illimitata. L'attuale clima conduce probabilmente ad un tale passo indietro. Le differenze dell'approccio della Corte rispetto al valore determinante del consenso europeo ed in qualche misura l'atteggiamento lassista per ciò che riguarda gli elementi obiettivi utilizzati per determinare il consenso sono qui spinti al loro limite, generando grave incertezza giuridica [...]. V., continuando, par. 10: «[...] Nonostante il fatto che i dati dell'epoca supportassero maggiormente l'approccio opposto, e senza prendere in considerazione i progressi che erano occorsi nel frattempo, la Grande Camera afferma senza alcuna esitazione che non vi è ancora «una chiara posizione comune tra gli Stati membri» e che il margine di discrezionalità concesso allo Stato convenuto "debba essere di ampio raggio", permettendogli in tal modo di conciliare le realtà sociali con le sue posizioni di principio. Questo tipo di ragionamento implica che tali fattori debbano oramai lasciare il passo al consenso europeo, che è una svolta pericolosa nella giurisprudenza della Corte considerando che uno dei compiti della Corte è precisamente quello di contribuire all'armonizzazione in tutta Europa dei diritti garantiti dalla Convenzione».

cidio assistito di persona sana⁶⁰ che, tuttavia, non riescono a minarne completamente la valenza espansiva che invece possiede.

Tale circostanza non sembra certo essere tranquillizzante per il giudice nazionale, allorché questi intenda giustificare il risultato interpretativo al quale giunge su questioni biogiuridiche in base alla giurisprudenza europea, come si è visto non sempre coerentemente orientata a nettamente differenziare gli ambiti del margine di apprezzamento e la sua forza di resistenza rispetto ad un consenso generalizzato verso posizioni espansive dei diritti fondamentali.

Appare, d'altra parte, chiaro — e la questione è stata ben sottolineata in dottrina — il (duplice) rischio di tale operazione, rappresentato per un verso dall'approccio *minimalistico* del giudice europeo, al quale consegue un abbassamento del livello di protezione e il progressivo aumento di diversità tra le tutele dei diritti fondamentali a livello dei singoli Stati.

In tali occasioni, l'assenza di un terreno comune può determinare, attraverso il margine di apprezzamento riconosciuto ai singoli Stati,

60. Cfr. op. dissenziente Giudici RAIMONDI, JOČIENĖ E KARAKAŞ nella causa *Gross c. Svizzera*, cit., p. 6: «[...] 6. With regard to the margin of appreciation enjoyed by the State, for the purposes of the balancing process, we reiterate that a number of factors must be taken into account when determining the breadth of that margin in relation to any case under Article 8 of the Convention. Where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will normally be restricted (see, for example, *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, § 52, Series A no. 45; *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, § 90, ECHR 2002-VI; and *Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, § 77, ECHR 2007-IV). 7. Where, however, *there is no consensus* [corsivo non originale] between the States Parties to the Convention, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues, the margin will be wider. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, the State authorities are, in principle, in a better position than an international court to give an opinion, not only on the « exact content of the requirements of morals » in their country, but also on the necessity of a restriction intended to meet such requirements (see, among other authorities, *A, B and C*, cited in paragraph 58 of the judgment, and *Handyside v. the United Kingdom*, 7 December 1976, § 48, Series A no. 24). 8. The comparative research shows that the majority of States Parties do not allow any form of assisted suicide (see paragraph 34–35 of the judgment, and *Haas*, § 55). Only four States examined allow medical practitioners to prescribe a lethal drug in order to enable a patient to end his or her life. It follows that the States Parties to the Convention are a long way from reaching a consensus in this respect, thus indicating that the State should enjoy a considerable margin of appreciation in this area (also compare *Haas*, § 55, and *Koch*, cited in the judgment at paragraph 59) »

una regressione delle forme di tutela nei confronti delle minoranze che saranno per ciò stesso soggette alla maggioranza. Ed il pericolo maggiore di siffatta dottrina è forse quello di far dipendere dal “consenso” l'esigenza di protezione elevata dei diritti fondamentali. Affermare, infatti, che l'assenza di un *common ground* può giustificare il mancato innalzamento della tutela significa, in definitiva, affidare a un dato numerico o elettivo la protezione di valori fondamentali che, invece, vanno tutelati anche oltre il consenso dei destinatari e, anzi, contro la maggioranza se tale maggioranza finisca con il porsi su un binario lesivo di siffatti valori. Tali pericoli, peraltro, la Corte europea ha cercato di bypassare se si guarda ai casi in materia di adozione da parte di coppie omosessuali e di diagnosi preimpianto già ricordati.

Né può sottacersi la tendenza, che si coglie sottotraccia dall'esame della giurisprudenza europea, volta a differenziare il sindacato della Corte di Strasburgo a seconda che lo Stato abbia preso o meno posizione sulla questione eticamente sensibili, riconoscendosi un margine di apprezzamento ampio in ordine alla scelta di legiferare che va progressivamente scemando quando tale scelta viene compiuta, soprattutto valorizzando la tutela procedurale offerta dall'art. 8 CEDU⁶¹ e quella antidiscriminatoria di cui all'art. 14 CEDU.

Malgrado le incertezze anzidette, pure stigmatizzate in dottrina⁶², non pare potersi revocare in dubbio che sono proprio le caratteristiche del sistema di protezione dei diritti umani voluto dalla CEDU a riconoscere ai giudici nazionali un sindacato ampio sull'individuazione del contenuto di tali valori che non può prescindere dall'ambito — sociale, politico, giuridico — nel quale tali valori sono applicati.

Il che, ovviamente, non lascia spazio a operazioni al ribasso, ma semmai giustifica, in capo al soggetto — CEDU o giudice nazionale — chiamato a dare attuazione ai diritti CEDU, un ambito operativo di una certa ampiezza che trova, appunto, nella dottrina del *consenso* la sua dimostrazione.

61. S. PENASA, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria di gravidanza*, cit., par. 4.

62. P. DE STEFANI, *Dimensioni del biodiritto nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani. Aspetti penalistici*, in S. RODOTÀ e M. TALLACCHINI, *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2011, 705.

Autodeterminazione fra tutela convenzionale ed esigenze di bilanciamento

L'esigenza di bilanciare come regola di base del giudice in tema di bioetica, anche se in gioco vi è l'autodeterminazione

3.1. Spigolature sui diritti, di matrice convenzionale, alla vita e all'autodeterminazione; ricadute sul sistema di protezione interno

È giunto, così, il momento di considerare l'aspetto, affatto marginale, correlato al peso che l'operatore interno deve dare alla giurisprudenza europea, talvolta richiamata in modo poco ortodosso per "giustificare" orientamenti assunti dal giudice nazionale¹.

1. Il tema è stato efficacemente posto all'attenzione dell'interprete, in occasione di un commento ad una recente pronuncia delle Sezioni Unite in tema di confisca, da I. PATRONE, *Le Sezioni unite civili, la confisca di prevenzione e qualche discutibile riferimento al diritto «comunitario»*, in http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/-2384-le_sezioni_unite_civili_la_confisca_di_prevenzione_e_qualche_discutibile_riferimento_al_diritto_comunitario/, pag. 13: «[...] Perché le Sezioni unite, per decidere una questione indubbiamente complessa, che aveva visto contrasti nella giurisprudenza precedente, sia civile che penale, segnata oltretutto da interventi del legislatore ripetuti e poco coerenti, hanno sentito il bisogno di premettere alla loro decisione una (sostanzialmente inutile) disamina, oltretutto assai parziale, di un "quadro sovranazionale" che nulla di veramente utile ha aggiunto ad una motivazione che si segnala, oltretutto, per l'analisi precisa e puntuale del quadro normativo interno e per la soluzione adottata, criticabile come tutte le decisioni ma, in questo caso, del tutto coerente con le premesse "nazionali" che, contrariamente a quelle "comunitarie" appaiono correttamente esplicitate? Per dare una risposta occorre forse accennare ad un problema più ampio, che è quello dell'uso sempre più frequente da parte dei giudici (anche al vertice dell'ordinamento) di un "sostegno", di volta in volta eurounitario o convenzionale (o come in questo caso di entrambi) alle proprie argomentazioni, quasi che quelle fondate sul diritto nazionale (e sulla giurisprudenza costituzionale, che qui curiosamente non è stata neppure esaminata) appaiono insufficienti e poco persuasive».

Particolarmente interessanti risultano, allora, alcune pronunzie della Corte con specifico riguardo al tema del *fine vita*².

L'interesse è duplice, per un verso correlato alle indicazioni emerse in ordine al contenuto dei diritti afferenti la persona umana e, per altro verso, strettamente congiunto al tema dell'efficacia di tali pronunzie per il giudice nazionale, quando vi si scorgano espressioni di principi di ordine generale, vevoli dunque oltre le vicende specificamente esaminate dalla Corte europea che nasce, ontologicamente, per risolvere le controversie attivate dai singoli soggetti che si ritengono danneggiati rispetto ad una prerogativa garantita dalla CEDU.

Il diritto alla vita, tutelato dall'art. 2 CEDU³, appartiene al c.d. nocciolo duro della Convenzione, esso contemplando una prerogativa che ogni Paese aderente deve sempre e comunque garantire, essendosi appunto in presenza di un « valore fondamentale delle società democratiche che formano il Consiglio d'Europa⁴.

Né si manca di sottolineare che l'art. 2 CEDU deve essere interpretato e applicato in modo da offrire una protezione concreta ed effettiva — sent. *Luluyev*, cit., p. 76.

Sul tema del *quando comincia la vita*, la Corte dei diritti dell'uomo ha mantenuto una posizione assai cauta, in ragione delle diversità di disciplina previste nei singoli Paesi, ritenendo che l'art. 2 non consente

2. V. sul punto L. SALVATO, Relazione svolta alla tavola rotonda su « *Gli approdi della corte edu in relazione al bilanciamento degli interessi coinvolgenti i diritti fondamentali: la vita, la riservatezza e la libertà di informazione, l'uguaglianza* », tenuta in occasione dell'incontro di studio organizzato dal CSM a Roma nei giorni 23–25 settembre 2009, sul tema « Il sistema integrato delle fonti e la giurisprudenza europea della Corte dei diritti dell'uomo », in www.csm.it

3. Art. 2 CEDU: « 1. Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il delitto è punito dalla legge con tale pena. 2. La morte non si considera inflitta in violazione di quest'articolo quando risulta da un ricorso alla forza resosi assolutamente necessario: a. per assicurare la difesa di ogni persona contro la violenza illegale; b. per eseguire un arresto regolare o per impedire l'evasione di una persona regolarmente detenuta; c. per reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o un'insurrezione ».

4. Cfr. Corte EDU, 27 settembre 1995, *Mc Cann e altri c. Regno Unito*; in particolare v. Corte EDU, 9 novembre 2006, *Luluyev c. Russia*: « The Court reiterates that Article 2, which safeguards the right to life and sets out those circumstances in which deprivation of life may be justified, ranks as one of the most fundamental provisions in the Convention, to which no derogation is permitted. Together with Article 3, it also enshrines one of the basic values of the democratic societies making up the Council of Europe ».

di ritenere che nel concetto di persona sia compreso quello del bimbo mai nato. Ciò, peraltro, non ha impedito alla Corte di riconoscere talune violazioni a carico di gestanti in gravi condizioni di salute, costrette a trasferirsi in altri Paesi ove era ammesso l'aborto⁵.

Quanto al *fine vita*, la Corte è stata chiamata a verificare l'idoneità dei sistemi penali nazionali che regolano in vario modo gli effetti prodotti da condotte di "aiuto" a parenti o familiari in gravi condizioni di salute alla commissione di atti idonei ad interrompere l'esistenza — c.d. suicidio assistito. In tale contesto è stato altresì tratteggiato il diritto all'autodeterminazione della persona.

Il caso sicuramente più noto esaminato dalla Corte dei diritti umani è quello *Pretty c. Regno Unito*⁶ al cui interno, peraltro, si riscontrano rilevanti approfondimenti sul diritto all'autodeterminazione.

In tale occasione i giudici di Strasburgo hanno affermato taluni principi che possono considerarsi assolutamente fermi e che possono così sintetizzarsi:

- a) la tutela del diritto alla vita, senza il quale il godimento di uno qualsiasi degli altri diritti e libertà garantiti dalla Convenzione sarebbe illusorio, non impone la tutela del *profilo negativo* e dunque non conferisce un diritto diametralmente opposto, vale a dire un *diritto di morire*, né fa nascere un diritto all'autodeter-

5. Riassume la posizione della Corte la sentenza dell'8 luglio 2004, *Vo. c. Francia* — ric.n. 53924/00 —; v. anche Corte EDU, 16 dicembre 2010, *A, B, and C c. Irlanda* [GC], ric. n. 25579/05, cit. Tale ultima decisione si segnala, peraltro, per il fatto che la Corte ha individuato l'esistenza di un problema strutturale a carico dell'Irlanda, invitandola ad adottare misure correttive pur senza specificarne in alcun modo il contenuto — «[...] while it is not for this Court to indicate the most appropriate means for the State to comply with its positive obligation (par. 266)». Problema che è stato affrontato attraverso l'introduzione della legge che ha ammesso, sia pure per ipotesi specifiche, l'aborto. V. A. CIERVO, *The Unbearable Lightness of the Margin of Appreciation: ECHR and 'Bio-Law'*, in *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, a cura di G. REPETTO, 159 ss.

6. La ricorrente, affetta da SLA che le impediva ogni movimento, aveva maturato il proposito di porre fine alla propria esistenza. Al fine di permettere alla sua cliente di suicidarsi con l'aiuto del marito, l'avvocato della ricorrente, con una lettera del 27 luglio 2001 e scritta in nome della signora Pretty, aveva invitato il Direttore della Pubblica Accusa "Director of Public Prosecutions" ("DPP") a prendere l'impegno di non incriminare il marito della ricorrente se quest'ultimo, aderendo ai desideri di sua moglie, avesse aiutato la ricorrente a suicidarsi. Non ottenendo detto assenso, la ricorrente propose ricorso all'autorità giudiziaria inglese che in tutti i suoi gradi lo rigettò.

- minazione nel senso che darebbe ad *ogni individuo* il diritto di scegliere la morte piuttosto che la vita — p. 39 —;
- b) non è possibile dedurre dall'articolo 2 della Convenzione un diritto di morire, sia per mano di un terzo o con l'assistenza di una pubblica autorità; ciò è confermato del parere nella Raccomandazione 1418 (1999) resa dall'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa. Né la liceità di pratiche di suicidio assistito in alcuni dei Paesi contraenti giustifica il riconoscimento del "diritto a morire" — p. 41 —;
- c) non esiste, in relazione alla tutela offerta dall'art. 3 CEDU contro i trattamenti degradanti e offensivi della persona, un obbligo dello Stato di salvaguardare la persona che si trova a dovere subire sofferenze gravi al proprio stato di salute dal pericolo di gravissime sofferenze alle quali la stessa va incontro a causa della malattia. La Corte, pur riconoscendo la particolare condizione di chi, a causa della malattia, non può commettere un atto suicidario, ha ritenuto che detta condizione non è tale da esigere dallo Stato un obbligo di consentire a terzi condotte di aiuto al suicidio. Affermare una diversa interpretazione dell'art. 3 CEDU significherebbe obbligare lo Stato ad approvare atti volti a interrompere la vita — p. 55. Pertanto l'articolo 3 della Convenzione non impone allo Stato convenuto nessun obbligo positivo di impegnarsi a non perseguire il marito della ricorrente se aiuta la moglie a suicidarsi o di istituire un sistema legale per qualsiasi altra forma di suicidio assistito;
- d) nemmeno può prospettarsi in tali casi una lesione del diritto al rispetto della vita privata e familiare.

La Corte ha poi aggiunto che, in ambito sanitario, il rifiuto di accettare un trattamento particolare potrebbe, inevitabilmente, condurre a un esito fatale, ma l'imposizione di un trattamento medico senza il consenso del paziente, *se è un adulto e sano di mente*, costituirebbe un attentato all'integrità fisica dell'interessato che può mettere in discussione i diritti protetti dall'articolo 8, paragrafo 1, della Convenzione.

Dunque, per la Corte « un individuo può rivendicare il diritto di esercitare la scelta di morire rifiutando di consentire ad un trattamento che potrebbe avere l'effetto di prolungargli la vita » — p. 64 *Pretty*, cit.

Anche la decisione della persona che, a causa del carattere devastante di una malattia, desidera attenuare tale sofferenza esercitando una scelta che consiste nel mettere fine alla sua esistenza con l'assistenza del marito, merita rispetto secondo la Corte, in quanto « il modo in cui ha scelto ella di trascorrere gli ultimi istanti della sua esistenza fa parte dell'atto di vivere ed ella ha il diritto di chiedere che venga rispettato » — p. 64 sent. ult. cit. Ciò perché:

La dignità e la libertà dell'uomo sono l'essenza stessa della Convenzione. Senza negare in nessun modo il principio della sacralità della vita protetto dalla Convenzione, la Corte rileva che è sotto il profilo dell'articolo 8 che la nozione di qualità di vita si riempie di significato. In un'epoca in cui si assiste ad una crescente sofisticazione della medicina e ad un aumento delle speranze di vita, numerose persone temono di non avere la forza di mantenersi in vita fino ad un'età molto avanzata o in uno stato di grave decadimento fisico o mentale agli antipodi della forte percezione che hanno di loro stesse e della loro identità personale.

Tale conclusione non ha impedito alla Corte di riconoscere la violazione dell'art. 8 CEDU nella parte in cui il sistema britannico punisce la condotta di aiuto al suicidio.

I giudici di Strasburgo non escludono, infatti, che tale disciplina rappresenti un'ingerenza nell'esercizio di un diritto garantito dall'art. 8, ma ritengono che la stessa risponda ai criteri che lo stesso art. 8 fissa per ritenere giustificata detta ingerenza.

Secondo la Corte, infatti, gli Stati hanno il diritto di controllare, tramite l'applicazione del diritto penale generale, le attività pregiudizievoli per la vita e la sicurezza dei terzi. *Più grave è il danno subito* — dice la CEDU — *e maggiore sarà il peso che avranno sulla bilancia le considerazioni di salute e di sicurezza pubblica di fronte al principio concorrente dell'autonomia personale.* Secondo la Corte, « la disposizione legislativa contestata nella fattispecie, vale a dire all'articolo 2 della legge (britannica) del 1961, è stata concepita per salvaguardare la vita, proteggendo le persone deboli e vulnerabili — specialmente quelle che non sono in grado di adottare decisioni con cognizione di causa — contro gli atti che mirano a porre fine alla vita o ad aiutare a morire. Certamente la condizione delle persone che soffrono di una malattia in fase terminale varia di caso in caso. *Ma molte di tali persone,* prosegue la Corte, *sono fragili, ed è proprio la vulnerabilità della categoria*

a cui appartengono che fornisce la ratio legis della disposizione in oggetto. Spetta, in primo luogo, agli Stati di valutare il rischio di abuso e le probabili conseguenze degli abusi eventualmente commessi che un'attenuazione del divieto generale di suicidio assistito o la creazione di eccezioni al principio implicherebbe. Esistono rischi manifesti di abuso, nonostante le argomentazioni sviluppate in merito alla possibilità di prevedere barriere e procedure di protezione » — p. 74 sent. cit. La natura generale del divieto di suicidio assistito non è stata, dunque, ritenuta sproporzionata.

Alla Corte non è così sembrato arbitrario che il diritto rispecchi l'importanza del diritto alla vita, vietando il suicidio assistito e prevedendo un sistema di applicazione e di valutazione da parte della giustizia che consente di valutare in ciascun caso concreto tanto l'interesse pubblico ad avviare un'azione giudiziaria quanto le esigenze giuste e adeguate del castigo e della dissuasione.

Né sproporzionato è risultato il rifiuto dell'Autorità inquirente di impegnarsi anticipatamente a esonerare da ogni azione penale il marito della ricorrente. Per tali ragioni l'ingerenza in esame è stata ritenuta giustificata in quanto « necessaria, in una società democratica », alla protezione dei diritti altrui⁷.

3.1.1. *Il diritto all'autodeterminazione nella giurisprudenza della Corte europea*

Passando ora all'esame più specifico della giurisprudenza sul tema dell'autodeterminazione, emerge che la portata ampia dell'art. 8 CEDU e della nozione di "vita privata" ivi contemplata ha consentito agevolmente di collocarvi l'integrità fisica e morale della persona, gli aspetti dell'identità fisica e sociale di un individuo — nome, orien-

7. V. anche le conformi conclusioni espresse da Lord Hope nel giudizio interno: « [...] Il rispetto della "vita privata" di una persona, la sola parte dell'articolo 8 che è in discussione, si rapporta al modo in cui vive una persona. La maniera in cui una persona decide di finire la propria vita fa parte dell'atto di vivere, e lei ha il diritto di chiedere il rispetto di ciò. A questo riguardo, la signora Pretty possiede un diritto all'autonomia. In questo senso, la sua vita privata si trova in gioco, anche se, confrontata ad una malattia in fase terminale, lei tende a scegliere la morte piuttosto che la vita. Ma cosa diversa è estrapolare da questi termini un'obbligazione positiva di dare attuazione al suo desiderio di mettere fine ai suoi giorni mediante il suicidio assistito. Io penso che ciò sarebbe estendere all'eccesso il senso delle parole ».

tamento sessuale e vita sessuale — il diritto allo sviluppo personale e il diritto di instaurare e intrattenere relazioni con altri esseri umani e il mondo esterno. Al suo interno trova spazio anche il diritto all'autodeterminazione in quanto tale⁸.

Secondo la Corte «la facoltà per ognuno di condurre la propria esistenza come vuole può anche includere la possibilità di dedicarsi ad attività fisicamente e moralmente pregiudizievoli o pericolose per la propria persona».

Secondo la Corte di Strasburgo⁹ la libertà di accettare o rifiutare uno specifico trattamento medico, o di scegliere una forma alternativa di trattamento costituisce un aspetto essenziale del principio di autodeterminazione e di autonomia personale. Un paziente adulto e capace è libero di decidere se sottoporsi a un trattamento chirurgico, di ricevere una trasfusione¹⁰.

Anche con riguardo alle cure imposte al minore contro la volontà dei genitori la Corte ha riconosciuto la violazione dell'art. 8 CEDU¹¹.

8. Cfr., sulla prospettiva internazionale dell'autodeterminazione C. CASONATO, *Riflessioni sul fine vita. La tutela multilivello dell'autodeterminazione individuale*, in http://www.astrid-online.it/rassegna/Rassegna-27/12-05-2009/Casonato_Fine-vita_Interv_17_03_09.pdf

9. Cfr. Corte EDU, 10 giugno 2010, *Jeovah's Witnesses of Moscow c. Russia*, ric.n. 302/2002.

10. Cfr. p. 136 sent. *Jeovah's Witnesses of Moscow c. Russia*, cit.,: «[...] The freedom to accept or refuse specific medical treatment, or to select an alternative form of treatment, is vital to the principles of self-determination and personal autonomy. A competent [corsivo aggiunto] adult patient is free to decide, for instance, whether or not to undergo surgery or treatment or, by the same token, to have a blood transfusion. However, for this freedom to be meaningful, patients must have the right to make choices that accord with their own views and values, regardless of how irrational, unwise or imprudent such choices may appear to others. Many established jurisdictions have examined the cases of Jehovah's Witnesses who had refused a blood transfusion and found that, although the public interest in preserving the life or health of a patient was undoubtedly legitimate and very strong, it had to yield to the patient's stronger interest in directing the course of his or her own life [...]. It was emphasised that free choice and self-determination were themselves fundamental constituents of life and that, absent any indication of the need to protect third parties — for example, mandatory vaccination during an epidemic, the State must abstain from interfering with the individual freedom of choice in the sphere of health care, for such interference can only lessen and not enhance the value of life» (see the *Malette v. Shulman* and *Fosmire v. Nicoleau* judgments, cited in paragraphs 85 and 87 above).

11. Corte EDU *Glass. c. Regno Unito*, 9 marzo 2004, ric. n. 61827/00, nell'ambito del quale i sanitari del Regno Unito avevano provveduto a sottoporre il minore a terapia con diamorfina contro il volere dei genitori. Su tale caso v., in particolare P. DE STEFANI, *Dimensioni del biodiritto nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani. Aspetti penalistici*, cit., 679.

Resta solo da dire che il diritto all'autodeterminazione e al conseguente consenso alla esecuzione di trattamenti sanitari non costituisce requisito assoluto nemmeno per i soggetti portatori di malattie mentali, nei cui confronti si è ammessa l'esecuzione di trattamenti sanitari compiuti nell'interesse degli stessi¹².

Ecco, dunque, la dimostrazione circa la naturale propensione dei diritti, anche di quelli considerati come assoluti, a subire operazioni di bilanciamento da parte del giudice — in questo caso della Corte di Strasburgo — sulle quali non si mancherà di tornare, alla fine del presente lavoro.

Operazioni che sembrano indiscutibilmente dimostrare che anche il diritto all'autodeterminazione, alla stregua del suo paradigma interno e sovranazionale, non può essere per ciò stesso considerato incompressibile e assoluto.

Per ora appare però utile sottolineare come l'art. 8 CEDU contenga altresì una proiezione di natura *procedimentale* rispetto al diritto all'autodeterminazione, recentemente esplicitata dalla Corte dei diritti umani nel caso *Kock c. Germania* — Corte EDU, 19 luglio 2012.

La Corte, in questo caso, ha riconosciuto la violazione dell'art. 8 CEDU in danno del marito di una malata terminale che aveva chiesto di acquistare un farmaco letale per porre fine alle sofferenze del coniuge. Tale rifiuto dei giudici nazionali di esaminare nel merito la

12. Corte EDU, 31 maggio 2005, *Schneiter c. Svizzera*— ric.n. 63062/00—(irric.): «[...] En ce qui concerne la médication forcée, la Cour est convaincue que celle infligée au requérant après son retour à la clinique le 5 janvier 1998 constitue *a priori* une ingérence dans le droit au respect de sa vie privée au sens de l'article 8 (voir, dans ce sens, *Matter c. Slovaquie*, no31534/96, § 64, 5 juillet 1999). L'ingérence ainsi relevée a méconnu l'article 8 sauf, notamment, si elle était prévue par la loi, visait un but légitime et si elle était nécessaire dans une société démocratique au sens de l'article 8 § 2. A cet égard, la Cour rappelle qu'aux yeux des autorités internes, la clause générale de police servait également de base légale à l'administration forcée des médicaments. Vu sa conclusion relative au grief tiré de l'article 5 de la Convention, la Cour considère l'article 28 de la Constitution du canton de Berne comme une base légale suffisante également au regard de l'article 8. Il s'ensuit également que l'administration forcée des médicaments visait, pour le moins, un but légitime prévu par le paragraphe 2 de cette disposition, soit la protection des droits et libertés d'autrui. Enfin, la Cour estime qu'aucun élément du dossier n'indique — et le requérant ne l'allègue pas véritablement — que les médicaments administrés au requérant pendant le laps de temps litigieux aurait dépassé le strict nécessaire qui, eu égard à la situation particulière et à l'urgence, s'imposait afin de protéger la vie et l'intégrité physique de celui-ci et d'autrui. Il s'ensuit que les griefs tirés de l'article 8 de la Convention doivent être rejetés comme étant mal fondés».

domanda integra una violazione del diritto del ricorrente alla tutela della propria vita privata di cui all'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo¹³.

La Corte, dopo avere dedicato un breve paragrafo al diritto comparato¹⁴ non ha, invece, esaminato nel merito la pretesa volta a verificare l'esistenza di una violazione sostanziale dell'art. 8 CEDU, ritenendo che il ricorrente non fosse legittimato a far valere tale violazione, afferendo al diritto personale della persona sofferente¹⁵.

13. Corte EDU, 19 luglio 2012, *Koch c. Germania*: «[...] La Corte inizierà la sua analisi in base all'aspetto processuale dell'articolo 8 of the Convenzione. La Corte osserva, all'inizio, che sia il Tribunale amministrativo sia la Corte Amministrativa d'Appello hanno rifiutato di esaminare nel merito la richiesta del ricorrente in quanto egli non poteva invocare diritti propri a norma del diritto nazionale e dell'articolo 8 della Convenzione, né aveva egli titolo a proseguire il ricorso della sua defunta moglie dopo la sua morte. Mentre il Tribunale amministrativo di Colonia, in un *obiter dictum*, ha espresso l'opinione che il rifiuto dell'Istituto Federale era stato legittimo e conforme all'articolo 8 della Convenzione (vedi paragrafo 18, supra), né la Corte Amministrativa d'Appello né la Corte Costituzionale Federale avevano esaminato nel merito l'originaria richiesta. 66. La Corte conclude che i giudici amministrativi — nonostante un *obiter dictum* fatto dal giudice di primo grado — hanno rifiutato di esaminare nel merito la doglianza originariamente presentata da B.K. ai giudici nazionali. 67. La Corte osserva inoltre che il Governo non ha eccepito che il rifiuto di esaminare nel merito questa causa fosse necessario per uno degli interessi legittimi di cui all'articolo 8, comma 2. Né può la Corte constatare che l'ingerenza nel diritto del ricorrente servisse uno dei fini legittimi elencati in quel paragrafo ». 68. Segue che vi è stata violazione del diritto del ricorrente di cui all'articolo 8 di vedere la sua richiesta esaminata dai giudici nel merito ».

14. Cfr. p. 26 sent. cit. nel testo: «[...] Comparative research in respect of forty-two Council of Europe Member States shows that in thirty-six countries (Albania, Andorra, Austria, Azerbaijan, Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Croatia, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Estonia, France, Georgia, Greece, Hungary, Ireland, Latvia, Lithuania, the Former Yugoslav Republic of Macedonia, Malta, Moldova, Monaco, Montenegro, Norway, Poland, Portugal, Romania, Russia, San Marino, Spain, Serbia, Slovakia, Slovenia, Turkey, Ukraine and the United Kingdom) any form of assistance to suicide is strictly prohibited and criminalised by law. In Sweden and Estonia, assistance to suicide is not a criminal offence; however, Estonian medical practitioners are not entitled to prescribe a drug in order to facilitate suicide. Conversely, only four member States (Switzerland, Belgium, the Netherlands and Luxembourg) allow medical practitioners to prescribe lethal drugs, subject to specific safeguards (compare *Haas v. Switzerland*, no. 31322/07, §§ 30–31 and 55, 20 January 2011) ».

15. Cfr. p. 69 e 70 sent. *Koch*: «[...] Quanto all'aspetto sostanziale della doglianza di cui all'articolo 8, la Corte reitera che l'oggetto e il fine che sono alla base della Convenzione, come indicato all'articolo 1, è che i diritti e le libertà dovrebbero essere garantiti dallo Stato Contraente all'interno della sua giurisdizione. È fondamentale per il meccanismo di tutela istituito dalla Convenzione che gli stessi sistemi nazionali forniscano una riparazione alle violazioni delle sue disposizioni, mentre la Corte esercita un ruolo di controllo soggetto al

Gli aspetti sostanziali di cui si è appena detto con riguardo all'art. 8 CEDU sono stati invece affrontati, peraltro in modo omologo rispetto alla vicenda *Pretty c. Regno Unito*, nel più recente caso *Haas c. Svizzera* — Corte EDU 20 gennaio 2011 — già ricordato, in precedenza.

In tale vicenda il ricorrente, affetto da parecchi anni da un grave disturbo di bipolarismo, intendendo porre fine alla propria dolorosa esperienza, si era rivolto ai sanitari per ottenere una sostanza letale (pentobarbitale sodico) — per la quale era necessaria la prescrizione medica — senza tuttavia ottenerla. Anche le autorità giudiziarie alle quali si era rivolto il ricorrente avevano rigettato la richiesta, ritenendo che il diritto di decidere la propria morte doveva essere distinto dal diritto a ottenere da parte dello Stato o di terzi un'assistenza al suicidio, diritto che non poteva ricavarsi dalla Convenzione.

La Corte europea, condividendo l'impostazione del Tribunale federale elvetico, ha stabilito che la Svizzera non ha violato i diritti di un soggetto al quale era stato impedito di acquistare un farmaco letale per suicidarsi per il quale era necessaria una prescrizione medica.

In tale circostanza, si è ribadito «[...] il diritto di un individuo di decidere quando e in che modo porre fine la propria vita, a condizione che egli sia in condizione di orientare liberamente la propria volontà a tal fine e di agire di conseguenza, è uno degli aspetti del diritto al rispetto della vita privata ai sensi dell'art. 8 della Convenzione» (§ 51). Tuttavia, la Corte ha chiarito che l'oggetto della controversia, a differenza della vicenda esaminata nella sentenza *Pretty*¹⁶, era quello di stabilire se, in base all'art. 8 CEDU, lo Stato avesse l'"obbligo positivo"

principio della sussidiarietà (compara, tra altri precedenti, *Z. e Altri c. Regno Unito*, ric. n. 29392/95, § 103, CEDU 2001 — *V e A. e Altri c. Regno Unito* [GC], n. 3455/05, § 147, CEDU 2009). La Corte ritiene che questo principio sia ancora più pertinente se la doglianza riguarda una questione per cui lo Stato gode di un significativo margine di apprezzamento. La ricerca comparativa dimostra che la maggioranza degli Stati Membri non consente alcuna forma di assistenza al suicidio (compara paragrafo 26, supra e *Haas*, citato supra, § 55). Solo quattro Stati esaminati consentivano ai medici di prescrivere un farmaco letale per consentire a un paziente di togliersi la vita. Segue che gli Stati Parti della Convenzione sono lungi dall'aver raggiunto un'unanimità a tale riguardo, fatto che indica il considerevole margine di apprezzamento goduto dallo Stato in questo contesto (compara anche *Haas*, citato supra, § 55)».

16. Sul punto la Corte ha precisato, in punto di fatto, che nel caso *Pretty* la donna era affetta da una malattia degenerativa incurabile e necessitava di un intervento esterno per potersi suicidare, mentre nella vicenda di cui si è detto (*Haas*) che — come sostenuto dal Governo svizzero — può materialmente uccidersi *manu propria*.

di fare in modo che il ricorrente potesse ottenere la sostanza che gli avrebbe consentito di togliersi la vita senza dolore e senza rischi d'insuccesso¹⁷.

I giudici di Strasburgo, se hanno ammesso che il ricorrente può desiderare di volersi suicidare in maniera sicura, dignitosa e senza inutili sofferenze, hanno comunque manifestato la convinzione che la condizione posta dall'ordinamento svizzero (una prescrizione medica) per procurarsi una dose di pentobarbitale sodico aveva lo scopo (legittimo) di proteggere le persone da decisioni prese precipitosamente e di prevenire gli abusi inerenti a un sistema che facilita l'accesso al suicidio assistito.

La Corte europea ha condiviso l'argomentazione del Tribunale federale secondo la quale il diritto alla vita obbliga gli Stati ad approntare una procedura volta ad assicurare che la decisione di togliersi la vita sia effettivamente corrispondente alla consapevole volontà dell'interessato. L'esigenza della prescrizione medica, rilasciata sulla base di un esame psichiatrico completo, è un mezzo che permette di adempiere a quell'obbligo.

Nel caso di specie, occorre quindi verificare se al ricorrente fosse stato garantito un accesso effettivo a una prescrizione medica che gli avrebbe consentito di ottenere il pentobarbitale sodico (nel caso contrario, il suo diritto di scegliere il momento e la maniera di morire sarebbe stato meramente teorico e illusorio).

La Corte si è detta non convinta dell'asserzione dell'interessato secondo cui questi sarebbe stato impossibilitato a trovare uno specialista pronto ad assisterlo.

Tenuto conto dell'insieme di queste considerazioni e del margine di apprezzamento del quale dispongono le autorità nazionali in questo campo, la Corte ha giudicato che, anche a supporre che gli Stati abbiano un "obbligo positivo" di adottare delle misure volte ad agevolare

17. Come già ricordato in precedenza la Corte ha messo in luce che non esisteva un consenso tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa circa il diritto di un individuo di scegliere quando e in che modo terminare la propria esistenza. Se l'assistenza al suicidio è stata depenalizzata (almeno in parte) in diversi Stati membri e se la Svizzera puniva l'aiuto al suicidio solo nei casi di intento egoistico, la maggior parte degli Stati offriva maggiore protezione al diritto alla vita delle persone piuttosto che alla loro possibilità di porvi fine. La Corte ha quindi ritenuto che il margine di apprezzamento degli Stati in questo settore fosse considerevole.

chi desidera togliersi la vita, le autorità svizzere non hanno violato quest'obbligo nel caso di specie.

La Corte ha ribadito che rientra nelle prerogative tutelate dall'art. 8 CEDU il diritto di un individuo a porre fine alla propria esistenza allorché la scelta sia frutto di una libera e ben ponderata volontà. Tuttavia, i giudici europei hanno ritenuto che il sistema elvetico, nel quale è già consentito il suicidio assistito, non viola la CEDU, anche sottolineando che la legislazione interna *attuava un corretto bilanciamento fra interesse del singolo e bisogni della collettività*, dovendo le autorità del Paese adottare misure che assicurino un accesso controllato a certi farmaci.

Ancorpiù di recente, la Corte europea è tornata a esaminare la legislazione elvetica, questa volta ritenendo sussistente la violazione dell'art. 8 CEDU in ragione dell'assenza di criteri normativi chiari in ordine alle modalità che il personale medico deve seguire per la prescrizione di una dose letale di pentobarbitale sodico richiesto da persona non affetta da alcuna patologia terminale.

Corte EDU 19 aprile 2013, *Gross c. Svizzera* (ric. 67810/10)¹⁸ — destinata ad essere superata per effetto della decisione, espressa dai Giudici della Corte europea in data 7 ottobre 2013, di accogliere la richiesta di rinvio alla Grande Camera avanzata dalla Svizzera — ha incentrato la propria analisi sul fatto che la ricorrente, non affetta da malattia incurabile, benché avesse esplicitato in termini chiari la propria domanda di accedere alla pratica eutanassica ai sanitari senza ottenere quanto richiesto, aveva subito un grave perturbamento alla propria vita privata dal fatto che, malgrado l'esistenza di una normativa che consente il ricorso alla prescrizione letale di pentobarbital per porre fine alla propria esistenza, non aveva tuttavia ottenuto una risposta esaustiva che rendesse chiari i presupposti che avrebbero dovuto condurre i sanitari al rilascio della prescrizione. Ciò che si collega alla necessità che la protezione offerta al diritto di cui all'art. 8 CEDU sia effettiva e non aleatoria. Decisione, quest'ultima, aspramente criticata

18. su tale pronuncia v. C. PARODI, *Una Corte divisa su una materia divisiva: una pronuncia di Strasburgo in tema di suicidio assistito*, in www.penalecontemporaneo.it. Più di recente A. CIERVO, "Illness" or "disease"? *La Corte di Strasburgo ritorna sulla legislazione svizzera in materia di « fine vita »*, in <http://www.diritticomparati.it/2013/10/illness-or-disease-la-corte-di-strasburgo-ritorna-sulla-legislazione-svizzera-in-materia-di-fine-vit.html#more>.

dall'opinione dissenziente di minoranza¹⁹. Orbene, le sentenze della Corte europea ricordate nel precedente paragrafo confermano, ancora una volta, quanto centrale sia nelle controversie in tema di biodiritto l'opera di bilanciamento spettante tanto al legislatore²⁰ che al giudice, proprio per l'avvento della Costituzione e delle Carte costituzionali²¹.

Per quel che riguarda, in particolare, il giudice a questi, in definitiva, anche nei casi di cui si discute, come in tutti quelli che gli vengono sottoposti, sarà chiesto di operare dei bilanciamenti da valere caso per caso²².

19. V., op. dissenziente dei Giudici RAIMONDI, JOČIENĖ E KARAKAŞ, ben sintetizzata da C. PARODI, *op. ult. cit.*, nel modo che segue: «[...] Secondo i tre giudici, le condizioni richieste dall'ordinamento svizzero per la prescrizione di una sostanza letale sono sufficientemente chiare: le norme di deontologia medica prevedono infatti la possibilità che la prescrizione possa effettuarsi nei confronti di soggetti in fin di vita, categoria nella quale certamente non rientra la ricorrente. La signora Gross non può pertanto dolersi del fatto che il suo diritto convenzionalmente tutelato a scegliere come e quando morire sia stato garantito in modo solo illusorio, giacché la Svizzera, in maniera pienamente armonica con il margine d'apprezzamento che la giurisprudenza convenzionale riconosce agli Stati in una materia — quale quella del fine vita — sulla quale non c'è *consensus* tra gli Stati aderenti alla Convenzione, non riconosce tale diritto a soggetti che non siano in una fase terminale della loro malattia. Essi escludono pertanto la violazione dell'art. 8 CEDU».

20. Del resto, vi sono prove tangibili, a livello normativo, che il principio del consenso in campo di atti dispositivi del proprio corpo e di cure non è stato considerato come assoluto. Si pensi al trapianto di fegato e di rene, dei quali si è già detto, ma anche ai casi in cui il consenso di soggetto minore viene richiesto ai genitori, per cui v. *supra*, Parte II, Cap. III.

21. Cfr., sul problema, R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo.*, cit., 249 ss., ID., *CEDU, Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*, cit. 264 ss.

22. A. RUGGERI, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009)*, in http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2009/0030_nota_311_317_2009_ruggeri.pdf; idem, *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in www.csm.it; *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento «intercostituzionale»*, in www.federalismi.it; idem, *Valori e principi costituzionali degli Stati integrati d'Europa*, in www.astrid.online.it; idem, *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in www.federalismi.it, ove si sottolinea la recente entrata in vigore dell'art. 4 del Trattato di Lisbona per ulteriormente confermare la necessità di operazioni di continuo bilanciamento tra principi — valori: «le stesse tradizioni tipiche del singolo Stato, nei limiti in cui effettivamente si differenzino da quelle comuni, danno corpo, secondo la illuminata previsione dell'art. 4 del trattato di Lisbona (e già dell'art. I — 5 del trattato costituzionale), ad uno dei principi di base dell'ordinamento europeo; di modo che, ancora una volta, i conflitti tra le norme dei due ordinamenti si convertono ipso iure in conflitti tra principi fondamentali dell'Unione, bisognosi — come sempre — di essere ripianati con la tecnica del bilanciamento». V. ancora, R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, 381 ss.; V. SCIARABBA, *Tra fonti e Corti, Diritti e principi fondamentali in Europa: profili*

Tale affermazione potrà, forse, risultare distonica rispetto a quanti ritengono che l'autodeterminazione, come profilo della dignità umana, sia *assolutamente* incompressibile.

Diversamente, pur non potendosi disconoscere il valore fondamentale e primario dell'autodeterminazione — e del consenso che ad essa si coniuga —, ormai pacificamente accolto, come si è già detto, oltre che dalla Cassazione²³ anche dalla nostra Corte costituzionale — sent. n. 438/2008 —²⁴, non pare potersi negare che tale diritto, come in

costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali, Padova, 2008, 175 ss. A. TANCREDI, *La tutela dei diritti fondamentali "assoluti" in Europa: «It's all balancing»*, in *Ragion pratica*, 2007, 383 ss. Cfr. anche, di recente, V. ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in www.europeanrights.eu: «e in ogni caso mi pare si debba considerare che in un sistema di diritti dell'uomo come quello europeo, sofisticato e ricco di diritti riconosciuti, il conflitto giurisprudenziale può facilmente sorgere quando più diritti si pongano in contrasto o concorrenza, senza che l'uno possa essere completamente sacrificato all'altro e con la necessità quindi di procedere a valutazioni di bilanciamento e proporzione». V., ancora, R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 248 ss.

23. Cfr., di recente, Cass. n. 19220/2013 e, in generale, Cass. n. 21748/2007, già più volte ricordata oltre a Cass. 23707/12, menziata nella nota dedicata al tema delle dichiarazioni anticipate di trattamento. v., di recente, Cass. n. 16754/2012, la quale ha affermato che, in tema di danno da nascita indesiderata, è a carico del medico l'obbligo di provvedere ad una completa informazione circa le possibilità (tutte le possibilità) di indagini diagnostiche, più o meno invasive, più o meno rischiose, e circa le percentuali di false negatività offerte dal test prescelto (test in ipotesi da suggerire, ma non certo da eseguire sic et simpliciter, in guisa di scelta sostitutiva e di assunzione del rischio parimenti sostitutivo), onde consentire alla gestante una decisione il più aderente possibile alla realtà della sua gestazione. Ne consegue una responsabilità del medico predicabile non soltanto per la circostanza dell'omessa diagnosi in sé considerata (ciò che caratterizzerebbe il risarcimento per un inammissibile profilo sanzionatorio/punitivo, in patente contrasto con la funzione propria della responsabilità civile), ma per la violazione del diritto di autodeterminazione della donna nella prospettiva dell'insorgere, sul piano della causalità ipotetica, di una malattia fisica o psichica.

24. V. anche Corte cost., 22 ottobre 1990, n. 471, in *Foro it.*, 1991, I, con nota di R. ROMBOLI, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto "attivo" ed in quello "passivo"*, nella quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità della norma del codice penale (art. 696, comma 1°, c.p. c.) nella parte in cui non permette accertamenti sulla persona a fini probatori. In questa vicenda, il diritto all'autodeterminazione sembra sagomato già intrinsecamente dalla concorrente necessità che esso si muova, pur sempre, nell'ambito della dignità: «[...] Tale precetto costituzionale, proprio perché pone limiti all'esecuzione di misure concernenti l'ispezione personale, consente la praticabilità della via giurisdizionale per l'ammissione di atti di istruzione, anche preventiva, aventi ad oggetto la propria persona, beninteso sempre nel rispetto di modalità compatibili con la dignità della figura umana, come richiamato in Costituzione all'art. 32, secondo comma». Anche Corte cost., 9 luglio 1996, n. 238, a proposito di prelievo ematico coattivo, ritiene «necessaria la libera manifesta-

definitiva sembra avere colto in maniera magistrale Cass. n. 23707/12, è destinato a convivere con altri diritti e valori fondamentali e, per tal motivo, subire operazioni di accomodamento le quante volte, nel singolo caso, lo stesso debba cedere di fronte ad altri valori parimenti fondamentali o non si dimostri adeguato in funzione della salvaguardia della dignità della persona stessa e della solidarietà che è inerente al principio personalistico che anima la Costituzione.

È, in altri termini, l'attività stessa dell'individuazione di un diritto che richiama in sé la necessità di un previo bilanciamento di quel valore con gli altri concorrenti, senza il quale il diritto non potrà essere individuato nella sua corretta consistenza²⁵.

Bilanciamento fra valori che sarà governato, ancora una volta, dal principio della massima espansione possibile dei diritti fondamentali.

In definitiva, ogni volta che il giudice comune è chiamato a definire la portata del diritto fondamentale e ad acclarare se le limitazioni ammesse impediscono l'operatività del valore in esame, egli si troverà a dover esaminare, all'interno di quella verifica, i valori (eventualmente) costituzionali che sono in gioco, proprio al fine di considerare la

zione di volontà della parte». Sul punto, diffusamente, G. FERRANDO, *Diritto alla salute ed autodeterminazione fra diritto europeo e Costituzione*, cit., 7, la quale ricorda, pure, che «La libertà di accettare o rifiutare uno specifico trattamento medico, o di scegliere una forma alternativa di trattamento — osserva la Corte Europea in altra occasione [Corte EDU, 10 giugno 2010, *Jeovah's Witnesses of Moscow c. Russia*, cit., corsivo aggiunto] — costituisce aspetto essenziale del principio di autodeterminazione e di autonomia personale. Un paziente adulto e capace è libero di decidere se sottoporsi a un trattamento chirurgico, di ricevere una trasfusione».

25. A. RUGGERI, *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento "intercostituzionale"*, Relazione al Seminario su *La sfida della transnazionalizzazione tra teoria delle fonti e dottrine della Costituzione*, Enna 16 maggio 2009, pag. 18 del dattiloscritto: «[...] una speciale sottolineatura va fatta ai bilanciamenti tra beni o interessi di rilievo costituzionale operati dalle Corti sovranazionali e dalla Corte costituzionale, per il modo con cui in essi può darsi tutela ai diritti. Sono bilanciamenti che stanno, in qualche modo, a mezza via tra quelli fatti dal legislatore e gli altri fatti dai giudici comuni. Gli uni, fatti dal legislatore, a qualunque livello istituzionale, grado e forma, presentano infatti carattere inevitabilmente astratto, siccome fissati in disposizioni; gli altri, ad opera dei giudici comuni, sono concreti e particolari, con effetti circoscritti al caso ed alle parti; infine, i bilanciamenti fatti dai giudici costituzionali e sovranazionali (essi pure ormai "costituzionali" in senso materiale) sono, allo stesso tempo, concreti e generali, manifestando la congenita vocazione a proiettarsi oltre il caso, ad "universalizzarsi" insomma».

ricorrenza o meno del diritto preso in esame²⁶. Si tratterà, allora, di un bilanciamento che non avviene, a monte, sulle disposizioni, ma sulle « norme » per come esse vivono e sui “casi”, per come essi si declinano volta per volta.

Si tratta di un *modus arguendi* che comincia ad affermarsi anche nella giurisprudenza di legittimità, che ha di recente riconosciuto come « [...] nelle controversie in cui configura una contrapposizione tra due diritti, aventi ciascuno di essi copertura costituzionale, e cioè tra valori ugualmente protetti » il giudice è tenuto ad applicare « [...] il c.d. criterio di “gerarchia mobile”, dovendo il giudice procedere di volta in volta ed in considerazione dello specifico “thema decidendum” all’individuazione dell’interesse da privilegiare a seguito di un’equilibrata comparazione tra diritti in gioco, volta ad evitare che la piena tutela di un interesse finisca per tradursi in una limitazione di quello contrapposto, capace di vanificarne o ridurne il valore contenutistico »²⁷.

Nel far ciò si è ricordato che il giudice di merito deve « [...] effettuare in caso di contrapposizione di diritti una comparazione tra gli stessi al fine di trovare un giusto equilibrio tra le posizioni delle parti in lite ».

Rispetto ai temi che ruotano attorno alla persona, alla sua vita, il diritto all’autodeterminazione non può essere considerato come *supervalore assoluto ed intangibile*²⁸.

26. Così, ancora, A. RUGGERI, *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, cit.; idem, *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, XIII, Studi dell’anno 2009, Torino, 2010, 480: « [...] per effetto della unificazione-integrazione ad opera dei (e nei) principi, sono sollecitate a formarsi operazioni plurime di bilanciamento [...]. Ora, impedire ad una norma di spiegare effetti in ambito interno, senza che peraltro sia caducata *erga omnes*, non è altro che ciò che quotidianamente si fa nelle aule di tribunali (segnatamente, dei tribunali costituzionali) in occasione dello svolgimento di operazioni di bilanciamento su basi di valore che — come si sa — possono determinare — ed effettivamente determinano persino il momentaneo accantonamento di un principio per far posto ad un altro, in ragione delle peculiari esigenze del caso ». V., volendo, anche R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Il ruolo del giudice*, cit., 261 ss.

27. Cfr. Cass. 5 agosto 2010 n. 18279.

28. Se così del resto fosse, dovremmo riconoscere l’obbligatorietà dell’atto di colui al quale viene richiesto di uccidere un uomo che ha deciso di porre fine alla propria esistenza. Cfr. A. NICOLUSSI, *Testamento biologico e problemi del fine-vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?* cit.: « [...] Se l’atto giuridico del consenso informato non può essere ricostruito alla stregua di un nuovo dogma della volontà, che pretenderebbe di assorbire ogni altro valore, esso va colto in una prospettiva più equilibrata in cui il

È vero, invece, che come tutti i diritti fondamentali l'autodeterminazione vive con gli altri diritti e valori fondamentali e con questi quotidianamente convive. Quando sorge un conflitto fra tali valori è, allora, (la legislazione²⁹, o) il giudice (nel caso concreto) a dovere mediare e bilanciare, nella singola vicenda, i diversi interessi³⁰, dovendo parimenti fare i conti, in casi estremi, con il supervalore della dignità umana, questo sì assolutamente e indissolubilmente incoercibile ed insuscettibile di operazioni di bilanciamento³¹.

A me pare essere, questo, un punto fermo, non sempre adeguatamente considerato quando si discute di diritti fondamentali, per i quali si usa il termine *assoluto* senza avvedersi che l'assolutezza tende progressivamente a ridursi ogni volta che di fronte ad un diritto fondamentale si para davanti altro valore parimenti fondamentale e per questo bisognoso di pari tutela. Il che vale *anche* per diritti fondamentali come la vita, la salute — Corte cost. n. 85/2013³² — e l'autodeterminazione.

principio del rispetto della persona umana nei trattamenti sanitari viene compreso alla luce dei principi di solidarietà e di libertà personale, avendo sempre riguardo alla tutela della dignità umana che è alla radice di tutti i diritti dell'uomo. Altrimenti, consenso informato e biotestamento finirebbero per reintrodurre quella reificazione del corpo che proprio mediante il consenso informato si vorrebbe evitare ».

29. R. ROMBOLI, *La 'relatività' dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del corpo*, cit., 572 e 573.

30. V., del resto, Corte EDU, 26 marzo 2013, *Rappaz c. Svizzera*, in tema di alimentazione forzata ai detenuti, la quale ha escluso l'ammissibilità del ricorso del detenuto che aveva subito l'alimentazione forzata in relazione all'aggravarsi del proprio stato di salute—su tale decisione v. M. PELAZZA, *L'alimentazione forzata di detenuti in sciopero della fame al vaglio della Corte di Strasburgo*, in http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/-/2245-1__alimentazione_forzata_di_detenuti_in_sciopero_della_fame_al_vaglio_della_corte_di_strasburgo/. V., ancora, Corte EDU 7 ottobre 2008, *Bogumil c. Portogallo* — ric.35228/03. In questo caso, anche per un intervento volto a salvaguardare la salute del detenuto che aveva ingerito della droga in alcuni contenitori, eseguito dalle autorità medico sanitarie in ambito penitenziario non per finalità di acquisizione di prova ma nell'interesse del soggetto, potendo la rottura degli involucri cagionare la morte del medesimo, senza il consenso del detenuto la Corte, tenuto conto della semplicità dell'intervento, ha escluso la violazione dell'art. 3 CEDU.

31. Per l'esperienza tedesca, nella quale si è posto il noto caso del nano che veniva, col suo consenso, lanciato da un cannone all'interno di uno spettacolo e che il Consiglio di Stato ha ritenuto contrastare con la dignità umana v. G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della carta dei diritti)*, cit., 839.

32. I principi sono espressi in maniera estremamente chiara dalla Corte costituzionale sul noto "caso Ilva". In tale occasione, Corte cost. n. 85/2013 ha avuto modo di chiarire che «[...] non si può condividere l'assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l'aggettivo "fondamentale", contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di

Si guardi, quanto al primo, al composito quadro normativo rappresentato dall'art. 2, 3, 8, e 15 par. 2 CEDU e alla stessa possibilità che lo Stato chieda ai suoi cittadini di mettere al servizio della collettività la vita dei propri soldati — come si constata periodicamente pensando ai caduti nelle operazioni di *peacekeeping* — o degli appartenenti alle forze dell'ordine (Ruggeri). E vale ancor di più quando in discussione è il diritto all'autodeterminazione.

Si è già esposto, nel paragrafo in cui si è discusso della dottrina del consenso, circa la rilevanza della volontà e si è fatto cenno alla rilevanza che all'autodeterminazione viene riconosciuta in forme variegata e cangianti in relazione all'oggetto della tutela ed al soggetto — minore, persone in condizioni mentali precarie.

Anche in tali casi è il legislatore che, dapprima portato quasi a nullificare il valore della volontà di tali soggetti a causa della loro incapacità e dunque a riconoscere *tout court* la loro inidoneità ad autodeterminarsi se non attraverso le figure tutorie — appunto tutore e genitori — viene, invece, progressivamente riconoscendo a tali categorie un accentuato peso nelle decisioni che riguardano la persona stessa, la cura, la persona, le sperimentazioni.

Quest'*autodeterminazione* dei soggetti *lato sensu* incapaci o disabili dimostra, per l'un verso, un commendevole accrescimento della sensibilità dei legislatori — a dire il vero ancora una volta "spinti" dagli strumenti internazionali — che hanno viepiù valorizzato le istanze dei soggetti deboli, proprio in funzione dell'effettivo riconoscimento, nei loro confronti, di una pari dignità che tende progressivamente ad affrancarli dalla soggezione ad un'altra persona (sia esso il genitore o tutore) per vedersi riconosciuta una piena dignità di persona. Per altro

un "carattere preminente" del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell'ambiente e della salute come "valori primari" [...] implica una "rigida" gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come "primari" dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato — dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo — secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale ».

verso conclama, a chi scrive pare indiscutibilmente, che tale riconoscimento viene realizzato in funzione protettiva delle persone anzidette e non certo distruttiva. Il che si ottiene valorizzando il concetto di “miglior interesse del minore”³³ e di “cura” del soggetto che non si trova in condizioni di provvedere autonomamente a se stesso.

Tanto che le misure di sostegno apprestate dagli ordinamenti sono state realizzate per garantire il massimo benessere psico-fisico di quelle stesse persone. Il che val quanto dire che anche attraverso l’analisi delle discipline appena descritte l’autodeterminazione di tali soggetti costituisce valore fondamentale che, tuttavia, viene graduato dal legislatore in funzione protettiva.

Questa forte tendenza a “bilanciare”, messa bene in evidenza dalla dottrina (Ruggeri, Tancredi) coinvolge, dunque, anche quei diritti che, all’apparenza, sembrano doversi considerare incomprimibili e, semmai, destinati a essere oggetto di interpretazioni che ne determinano il contenuto ma che, in effetti, mascherano vere e proprie operazioni di bilanciamento.

Questa esigenza di bilanciamento che risulta, a mio avviso, evidente dall’esame della giurisprudenza della Corte di Strasburgo trova, passando dal piano teorico a quello pratico e dell’esperienza, ai miei occhi conferma in un episodio accadutomi poco tempo fa³⁴.

33. Sul quale, v. anche R. CONTI, *Alla ricerca del ruolo dell’art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Pol. dir.*, 2013, nn. 1-2, 127 ss.

34. Una piccola esperienza personale mi ha consentito di radicare ulteriormente le idee esposte nel testo. Trovatomi in una corsia di ospedale per assistere mio padre in un reparto di cardiologia e terapia intensiva, ho involontariamente assistito ad una discussione accorata tra i componenti di un nucleo familiare che si trovava in vacanza in Sicilia su come realizzare il trasferimento del loro congiunto, colpito da infarto — rispettivamente marito e padre degli stessi. Essendo proprio accanto a quei familiari, ho ascoltato le argomentazioni che ognuno esternava circa l’opportunità o meno di assecondare la scelta del malato di trasferirsi in Toscana con la nave ancorché i medici avessero espresso, in modo netto, la necessità dell’uso del mezzo aereo. Alle argomentazioni della moglie, che sottolineava la piena capacità di mente del marito e riteneva di doverne rispettare comunque la scelta, consapevole, si contrapponevano quelle di alcuni dei figli che, invece, sostenevano in maniera altrettanto netta e con vari argomenti la necessità assoluta di discostarsi dalla volontà paterna proprio a causa delle condizioni in cui lo stesso versava e del “rischio” al quale sarebbe andato incontro assecondandone la scelta. Tutti avevano a cuore la persona malata e tendevano a salvaguardarne la persona, anche se la soluzione al problema passava, per entrambi, per vie opposte. Questo fatto concreto mi pare confermi che quando entra in gioco la vita, il fascio di rapporti e relazioni personali che ruotano attorno alla persona del paziente convivono accanto al ruolo del sanitario, risultando tutti quali elementi indefettibili per la corretta attuazione di un’*alleanza terapeutica*, vista come luogo “principe” per garantire l’emersione della “migliore scelta possibile”.

Proprio tale vicenda mi ha confermato, ancora una volta, l'idea che pensare all'autodeterminazione come diritto non solo inviolabile, ma sempre e comunque destinato a prevalere su altri valori che dovessero emergere, nel caso concreto, è una prospettiva non completamente appagante, dovendo piuttosto immaginarsi che, quando sono in discussione valori fondamentali, le regole ferree e scritte del diritto devono forse lasciare il posto a regole più elastiche, ma non per questo meno cogenti, tutte governate dal principio della dignità dell'uomo — con le precisazioni già svolte nei primi paragrafi —³⁵, del rispetto, del dialogo.

Colpiscono, sul punto, per chiarezza le pagine che Antonio Ruggeri ha scritto sul tema³⁶.

Egli muove dal dato di partenza per cui non può dubitarsi che l'autodeterminazione sia un principio o valore fondamentale, collocato sotto l'ombrello dell'art. 2 Cost., ma poi aggiunge che questo valore « non è solo, ad esso affiancandosi e con esso richiedendo di doversi variamente bilanciare valori diversi ».

La presenza di una componente *deontica* in ciascun valore fondamentale, di un elemento di doverosità « riportabile alla dignità della persona umana per un verso, alla solidarietà per altro » induce Ruggeri a considerare che nello stesso diritto fondamentale alla vita e all'autodeterminazione convive una prospettiva di doverosità non compiutamente disponibile quando in gioco dovesse esserci la dignità dell'uomo³⁷.

35. Da ultimo, sul punto, A. RUGGERI, *Ancora a margine di Corte cost. n. 230 del 2012, post scriptum*, in www.diritticomparati.it, p. 6 del dattiloscritto. In precedenza dello stesso A., *Valori e principi costituzionali degli Stati integrati d'Europa*, in http://www.astrid-online.it/rassegna/Rassegna-27/12-05-2009/RUGGERI-Relazione-Bari_29-30_04_09.pdf: « [la dignità] [...] è un *prius* logico ed assiologico di ogni disciplina positiva relativa ai diritti umani, un autentico valore "supercostituzionale" ed anche — potrebbe dirsi — "precostituzionale", non riuscendosi neppure ad immaginare un ordinamento che voglia avere al proprio centro la persona umana che non punti, costantemente e con ogni risorsa di cui dispone, alla salvaguardia della dignità ».

36. A. RUGGERI, *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, in www.forumcostituzionale.it

37. A. RUGGERI, *op. ult. cit.*: « Si dice da parte di molti che il primo dei diritti, che precede e giustifica ogni altro, è il diritto alla vita, di cui ciascuno di noi può fare ciò che vuole. Non è, però, esattamente così. In disparte una generale riserva che può farsi nei riguardi di graduatorie siffatte e fermo restando che il godimento dei diritti presuppone ovviamente la vita, quest'ultima a certe condizioni è disponibile (o, diciamo meglio, "ragionevolmente disponibile"), la dignità no. Lo stesso Stato — com'è stato, ancora da ultimo, opportunamente rammentato — può chiedere ai suoi cittadini, nel momento in cui li chiama alla difesa della Patria, il sacrificio della vita (o, diciamo meglio, la sottoposizione al rischio della morte) ma non può, in alcun caso o modo, chiedere loro di rinunciare alla propria dignità ».

Effetti delle sentenze della Corte europea nell'ordinamento interno

L'effetto — diretto e indiretto — delle sentenze sulle vicende eticamente sensibili affrontate dal giudice domestico e il margine di apprezzamento dopo il Protocollo n. 15 annesso alla CEDU

Per non tradire le premesse indicate all'inizio, rimane solo da sottolineare che il sicuramente fulgido e proficuo ricorso ai meccanismi dialogici fra giudice nazionale e giudice della CEDU non può far dimenticare come la Corte di Strasburgo rimanga un giudice destinato a operare su impulso di una parte e, in tal modo, a decidere il singolo caso posto alla sua attenzione. In questa direzione appare estremamente importante che tale sottolineatura venga ripetutamente fatta da Vladimiro Zagrebelsky.

Se si segue questa prospettiva, la sistematizzazione dei principi che pure la Corte fissa nella propria giurisprudenza, esse anzi finendo con l'essere una "Corte basata sul precedente", impone un atteggiamento di particolare cautela rispetto all'efficacia delle pronunce resa dalla Corte su questioni eticamente sensibili.

Cautela che si può esprimere, per un verso, onerando il giudice nazionale della verifica attenta e scrupolosa del "precedente" evocato dalla parte o ritenuto rilevante dallo stesso giudice *ex officio*, proprio al fine di vagliarne la totale o parziale sovrapponibilità o, per contro, la totale irrilevanza rispetto alla vicenda concreta esaminata.

I riferimenti alla particolare valorizzazione dei casi che innervano le questioni di natura etica trovano anche qui particolare conferma, dovendosi l'interprete fare carico di circoscrivere con attenzione l'oggetto del giudizio definito dalla Corte.

Ciò che, ovviamente potrà condurre il giudice interno a valorizzare i principi fissati dalla Corte europea anche se in vicende che, pur riguardando una legislazione diversa da quella interna, presentavano tratti unificanti e, per converso, a scartare la rilevanza di altri precedenti i quali, pur riferibili a vicende interne, si caratterizzavano per presupposti fattuali non omogenei i quali avevano fondato la decisione della Corte.

Minori problemi, ovviamente, sorgeranno laddove la Corte ha espresso una valutazione negativa correlata all'accertamento di una violazione c.d. di sistema, per l'appunto originata non da un'occasionale violazione determinata in sede di attuazione di una normativa interna ma, piuttosto, dalla legislazione stessa¹.

Per rendere più esplicito il ragionamento testè espresso, appare utile qualche esemplificazione con riguardo a vicende già ricordate nei precedenti paragrafi — v. Parte III, Cap. II, par. 2.1 ss. —.

Partendo dalla sentenza in tema di adozioni da parte delle coppie omosessuali austriache la Corte dei diritti dell'uomo intende muoversi su un binario che non la conduce ad affermazioni di principio, anzi ripetutamente sottolineando i limiti della propria decisione e, al contempo, i compiti spettanti al giudice nazionale. Di guisa che ogni lettura del tipo [...] secondo la Corte le coppie omosessuali hanno diritto all'adozione [...] sarebbe oltre che erronea, poco persuasiva².

1. Discorso diverso, per contro, dovrà farsi con riguardo al tema del divieto — risultante dalla l. n. 40/2004 — in tema di diagnosi preimpianto per le coppie sane che la Corte dei diritti dell'uomo ha riconosciuto in via generale nella già ricordata sentenza *Costa e Pavan c. Italia*. In tal caso, riscontrandosi un'ipotesi di *systematic violation of human rights*, l'effetto della sentenza deve ritenersi immediatamente operante nei confronti del giudice nazionale. Ed in questa direzione si è orientato il Tribunale di Cagliari il quale, nel novembre 2012, all'indomani della sentenza appena ricordata, ha autorizzato detta diagnosi espressamente operando un'attività di interpretazione convenzionalmente orientata.

2. Il giudice di Strasburgo insiste sul ruolo dell'interesse superiore del minore su esso, in definitiva, incentrando il proprio ragionamento. Se, in altri termini, in gioco c'è il diritto della coppia e del minore ad una relazione familiare stabile, al cui interno gravita il minore, non è possibile che un ordinamento vieti l'ulteriore formalizzazione di tale relazione esclusivamente per ragioni di orientamento sessuale e non si comporti allo stesso modo per le coppie eterosessuali. Si tratta di un postulato, quest'ultimo, che appare convincente ma che non dice nulla, ovviamente, sull'opportunità e doverosità che una legislazione che consenta *tout court* alle coppie omosessuali di adottare un figlio, anche nell'ipotesi in cui il minore sia figlio di uno dei partner. La Corte, in altri termini, sembra voler marcare molto i propri limiti, demandando al giudice nazionale la ponderazione adeguata di tutti gli interessi coinvolti e, fra questi, del "superiore" interesse del minore. In questa

Resta tuttavia il fatto che, stando alle parole della Corte, la possibilità di adozione delle coppie omosessuali si misura attraverso il confronto con la tutela che gli ordinamenti riconoscono alle coppie eterosessuali avendo, a quanto è dato comprendere, la Corte ormai tarato su tale regime il *tertium comparationis* da considerare al fine di verificare quelle discriminazioni che la stessa con forza ha inteso — e par di capire intenderà in futuro — emarginare³. E ciò a prescindere dal consenso che si andrà o meno consolidando nei vari Paesi contraenti sulla regolamentazione di tali tematiche.

Orbene, volendo sistematizzare la sentenza ora ricordata e proiettandosi in una prospettiva *de iure condendo*⁴, il “valore” della stessa rispetto a esperienze giuridiche diverse da quella austriaca è tale per cui la scelta di normativizzare i rapporti delle coppie di fatto che i

prospettiva, il tema che pure era emerso innanzi alle corti nazionali austriache circa un possibile conflitto d'interessi fra madre naturale e minore rispetto all'utilità dell'adozione pone in evidenza una questione che va oltre i contesti spazio-temporali della sentenza qui esaminata, evocando il tema generale della rappresentanza processuale del minore nelle procedure di adozione, dove l'interesse anzidetto costituisce il “cuore” della tutela, come pure osserva l'opinione dissenziente, coinvolgendo anche la sfera dei rapporti dell'altro genitore naturale. Tema processuale avente, tuttavia, evidenti risvolti in termini di tutela sostanziale dell'interesse coinvolto che non può né deve essere sottovalutato, a pena di tradire quell'istanza, che sembra provenire forte dalla Corte, in ordine alla necessità di fornire una tutela rilevante al superiore interesse del minore. V. pure l'opinione parzialmente dissenziente resa dai Giudici CASADEVALL, ZIEMELE, KOVLER, JOČIENĚ, ŠIKUTA, DE GAETANO E SICILIANOS.

3. Del resto, autentica conferma si trae dalla più recente decisione della Corte europea in tema di unioni civili per le coppie dello stesso sesso resa nei confronti della Grecia.

4. L'istituto dell'adozione di minori è disciplinato dalla legge del 4 maggio 1983 n. 184 — modificata nel 2001 con la legge del 28 marzo n. 149. Sul tema interno, più volte pronunzie recenti del giudice di legittimità sono state interpretate in modo non adeguato dai mezzi di informazione come *apertura* della Cassazione alle adozioni di persone singole e di coppie omosessuali. Così è accaduto per Cass. n. 3572/2011 e per Cass. n. 601/2013, ancorché nessuna delle due pronunzie abbia affermato che nel diritto interno l'adozione è consentita alle persone singole ed alle coppie omosessuali. Quanto a Cass. n. 3572/2011, in *Fam. Dir.*, 2011, 697, v. nota di M. ASTONE, *La delibazione del provvedimento di adozione internazionale di minore a favore di persona singola*. Su Cass. n. 601/2013, il giudice di legittimità non si è limitato a rigettare una censura che intendeva escludere l'affidamento esclusivo di un minore ad un genitore per il solo fatto che lo stesso era omosessuale. Ed in questo si può, forse, intravedere un collegamento fra tale pronunzia e la sentenza della Corte europea, entrambi i *dicta* sottolineando come nei rapporti adulti-minori non può essere la condizione astratta in cui versa il primo ad incidere nei rapporti col minore, in assenza di elementi che ne dimostrino il pregiudizio concreto per il minore.

legislatori nazionali potrebbero decidere di introdurre non potrà prevedere regimi discriminatori fra coppie omo e/o etero sessuali. Non altro. Il che val quanto dire che, in Italia, l'assenza di una legislazione specifica, *de iure condito*, non sembra lasciare spazio ad aperture fondate sulla pronunzia della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Emerge, in definitiva, la necessità che l'interprete proceda in modo rigoroso all'individuazione dei principi di massima che la Corte europea ha inteso volta per volta affermare, evitando quanto più possibile il rischio di generalizzazioni che potrebbero condurre a soluzioni fallaci, ancorché formalmente sagomate "sulla giurisprudenza della CEDU"⁵.

D'altra parte, il c.d. margine di apprezzamento — sul quale v., di recente, Corte cost. n. 236/2011 e n. 303/2011 —⁶ del quale pure si è detto, esaminando la giurisprudenza della Corte, costituisce certamente un elemento — peraltro destinato a essere ulteriormente considerato ove il Protocollo n. 15 annesso alla CEDU⁷, approvato il 24 giugno 2013, dovesse entrare in vigore⁸ — capace di ulteriormente contenere la portata espansiva della giurisprudenza della Corte europea. Di ciò, del resto, non sono mancati esempi anche recenti di « rottura » fra Corte dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale⁹.

5. Ai pericoli appena esposti può, all'evidenza, andare incontro anche la stessa Corte costituzionale. In definitiva, le operazioni di c.d. *cross-fertilization* [V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni fra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., 34 ss.] esaltano quanto preoccupano, nella misura in cui non si chiariscano le regole di ingaggio che esistono fra sistema interno e giurisdizioni sovranazionali. L'esempio più recente è, a sommeso giudizio di chi scrive, rappresentato da Corte cost. n. 143/13 che ha inciso considerevolmente sul regime dell'art. 41-bis l.ord.pen. in nome di una tutela del diritto fondamentale alla difesa chiamando in causa la — *recte*, solo parte della — giurisprudenza della Corte dei diritti umani tralasciando il richiamo di altre pronunzie europee che avrebbero, forse, potuto/dovuto indurre ad una soluzione diametralmente opposta a quella raggiunta dal giudice delle leggi.

6. Sul tema abbiamo dedicato, in passato, alcune riflessioni in R. CONTI, *L'Europa e il crocifisso*, in *Pol. dir.*, 2010, 2, 227 ss. ed in *CEDU e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?*, in www.federalismi.it

7. L'art. 1 del Protocollo prevede un emendamento alla fine del preambolo della CEDU del seguente tenore: « Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention ».

8. Tale Protocollo, a differenza del Protocollo n. 15 del quale si è detto, richiede per la sua entrata in vigore la ratifica di tutti gli Stati che hanno firmato il relativo Trattato.

9. Sui quali v. la recente Corte cost. n. 264/12 e, tra i tanti, il commento di A. RUGGERI,

4.1. Maternità surrogata, trascrizione di atto di nascita straniero e preminente interesse del minore. A proposito di Cass. n. 24001/14 e di Corte dir. uomo, 26 giugno 2014, (ric. nn. 65192/11 e 65941/11) e di Corte appello Torino 29 ottobre 2014

Una vicenda di recente posta al vaglio dal giudice di legittimità può costituire esempio concreto delle dinamiche esistenti fra giudice nazionale e Corte dei diritti umani sui temi qui esaminati.

La Corte di Cassazione è stata chiamata ad esaminare un caso di maternità surrogata compiuta all'estero su richiesta di una coppia coniugata italiana, al fine di verificarne gli effetti in Italia rispetto alla richiesta di riconoscimento della certificazione proveniente da Stato estero attestante lo status genitoriale della coppia.

Era accaduto che una coppia di coniugi italiani aveva presentato all'Ufficiale di stato civile un certificato di nascita ucraino attestante la condizione di genitori biologici di un minore rivelatosi falso. Dopo avere accertato che il minore era nato per effetto di un contratto di surrogazione di maternità e che i due coniugi non erano i genitori biologici del minore, il P.M. presso il tribunale per i minorenni competente, verificata la nullità del contratto di surrogazione in base alla legge ucraina — secondo la quale almeno il 50% del patrimonio genetico deve provenire dalla coppia committente — aveva dichiarato lo stato di adottabilità in relazione alla situazione di abbandono in cui versava il minore (art. 8 l. n.184/83) e disposto il collocamento dello stesso in comunità, non ritenendo riconoscibile il certificato di nascita rilasciato dalle autorità straniere, stante la sua contrarietà all'ordine pubblico, tenuto conto del divieto di qualsiasi forma di surrogazione di maternità previsto dall'art. 12 c. 6 l. n. 40/2004.

La Cassazione ha confermato la legittimità dei provvedimenti adottati, respingendo il ricorso della coppia committente che aveva proposto numerose censure deducendo, fra l'altro, la contrarietà della decisione impugnata agli strumenti internazionali che ponevano al centro l'interesse superiore del minore ed il grave trauma da quest'ultimo patito per il solo fatto che i coniugi avevano inteso eludere la

La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale ("a prima lettura" di Corte cost. n. 264 del 2012), in <http://www.giurcost.org/studi/Ruggeri23.pdf>

legge italiana in tema di surrogazione di maternità. Cass.n.24001/14 ha osservato che il concetto di ordine pubblico rilevante ai fini del riconoscimento in Italia della certificazione ucraina — pur debitamente apostillato — si compone dei principi fondamentali interni e dell'ordine internazionale, evidenziando ancora che il divieto, sanzionato penalmente, di surrogazione di maternità previsto dalla l.n.40/2004 era stato inserito a presidio di valori fondamentali — dignità umana della gestante e istituto dell'adozione.

Né la vicenda concreta, caratterizzata da una surrogazione realizzata senza ovociti o gameti riferibili alla coppia, poteva giustificare un diverso bilanciamento.

Nemmeno poteva dirsi che il provvedimento impugnato fosse contrario all'interesse superiore del minore — tutelato dall'art.3 della Convenzione ONU di New York sui diritti del fanciullo — tenuto conto della scelta legislativa italiana che riserva la maternità alla partoriente e affida la genitorialità disgiunta dal legame biologico alle forme regolate con l'adozione.

A sostegno di un diverso avviso non potevano nemmeno richiamarsi le sentenze rese il 26 giugno 2014 dalla Corte europea dei diritti dell'uomo — ric. nn. 65192/11 e 65941/11.

Tali pronunzie, nel dare atto del notevole margine di apprezzamento riservato ai singoli Stati rispetto al tema della maternità surrogata — correlato alla mancanza di consenso sulla materia —, si erano limitate a sanzionare la legislazione nazionale francese che aveva negato il riconoscimento dello stato di filiazione nei confronti del padre committente — genitore biologico; circostanza quest'ultima non ricorrente nel caso di specie¹⁰.

10. Le sentenze della Corte di Strasburgo evocate dalla Cassazione in tema di contratto di maternità surrogata avevano riguardato due coppie di coniugi francesi che avevano dato alla luce, mediante pratiche di maternità surrogata conclusa negli Stati Uniti, rispettivamente due gemelli e un figlio regolarmente considerati come figli legittimi in due stati degli USA. Le due coppie non avevano ottenuto la trascrizione della relazione di filiazione in Francia — in un caso attestata da un atto di notorietà che certificava una relazione di fatto assimilabile a quella legittima. La Corte europea ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 8 CEDU con riguardo alla posizione dei minori, escludendo la violazione nei riguardi dei genitori. La Corte europea dà atto che detta discrezionalità, ancorché elevata in relazione alla situazione disomogenea delle legislazioni dei Paesi del Consiglio d'Europa — nelle quali si riscontra un prevalente orientamento volto a negare la pratica della maternità surrogata — non impedisce, nella prospettiva della tutela della filiazione, alla stessa di

Pienamente conforme “a legge” appare, dunque, il seguito che la Cassazione ha dato alla giurisprudenza europea, dando corpo e giustificazione a quel margine di apprezzamento riservato agli Stati e, al contempo, non operando un'estensione degli effetti delle decisioni emessa dalla Corte di Strasburgo a fattispecie diversa¹¹.

Restava, semmai, nemmeno tanto sullo sfondo la questione, anch'essa micidiale e puntualmente sollevata dai ricorrenti, circa il ruolo del superiore interesse del minore.

I giudici di ultima istanza hanno risolto la questione ritenendo che la materia disciplina dal legislatore interno, offrendo unicamente tutela alla maternità genetica e/o alla filiazione fondata sull'istituto dell'adozione la tutela della genitorialità disgiunta dal legame biologico ha considerato, in modo non irragionevole, che l'interesse del minore fosse salvaguardato sulla base di tali modalità, escludendo ogni rilevanza all'accordo delle parti. Per tali ragioni “[...] si tratta di una valutazione operata a monte dalla legge, la quale non attribuisce al giudice, su tale punto, alcuna discrezionalità da esercitare in relazione al caso concreto [...]”

Stabilire se questo bilanciamento sia stato correttamente operato o se era il caso di considerare la soluzione del collocamento in comunità come gravemente lesiva del preminente interesse del minore in modo tale da rendere non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale relativa al divieto di maternità surrogata è questione che presenta, forse, alcuni margini di opinabilità, apparendo evidente che la soluzione accolta va in ogni caso contestualizzata

verificare la compatibilità degli effetti prodotti dal diniego di riconoscimento sui minori. Se, dunque, il margine di apprezzamento, ampio in materie eticamente sensibili, si contrae “sensibilmente” in favore del superiore interesse dei minori, il diritto alla identità dei minori, visto nella prospettiva del riconoscimento del rapporto di filiazione con i genitori, è stato considerato essenziale fino al punto che la possibilità di godere in via di fatto e di diritto di una protezione quasi simile rispetto a quella dei figli legittimi non impedisce alla Corte di ravvisare la violazione. La situazione di incertezza giuridica nascente dal mancato riconoscimento dello stato di filiazione nei confronti dei minori coinvolti nelle due vicende ha quindi integrato la violazione dell'art. 8 CEDU, tenuto conto dello stato di incertezza cagionato tra il minore e il genitore biologico, anche ai fini ereditari e della ipotetica separazione all'interno della coppia.

11. Per una diversa impostazione del problema v., comunque, App. Bari, 13 febbraio 2009, in www.minoriefamiglia.it, ove veniva in considerazione un contratto di maternità surrogata con fecondazione dell'ovocita attraverso lo sperma di uno dei genitori committenti.

in modo preciso rispetto alla specificità del caso, nel quale non era esistente alcun legame biologico tra i componenti della coppia e il minore.

Orbene, la circostanza che la Corte di legittimità si sia fermata ad una valutazione del preminente interesse del minore come parametro di legittimità costituzionale pare, verosimilmente, collegata alle modalità di proposizione del motivo di censura.

Resta il fatto che la Cassazione non ha mostrato alcuna apertura rispetto alla concreta condizione del minore coinvolto, al suo eventuale legame *ipso facto* creato con la coppia coniugata e agli eventuali contraccolpi negativi che poteva subire il minore privato non solo della madre genetica, ma anche di quella surrogata.

Valutazione del preminente interesse del minore che, per converso, sembra avere condizionato i giudici della Corte di appello di Torino che, con decreto del 29 ottobre 2014¹², hanno per la prima volta nel nostro ordinamento giuridico la trascrivibilità dell'atto di nascita, formato all'estero, del figlio di una coppia omosessuale. In particolare, era accaduto che una donna italiana aveva trasferito il proprio ovulo ad una donna spagnola che, dopo la fecondazione con seme proveniente da un donatore, aveva portato a termine la gravidanza realizzando da un lato una fecondazione eterologa mediante donazione del seme da parte di un donatore esterno alla coppia e dall'altro la scissione fra la madre genetica (cui risale l'ovocita fecondato) e la madre biologica (che ha condotto la gestazione).

In tale occasione la Corte torinese, nel riconoscere la trascrizione del certificato di nascita eseguita in Spagna, ha ritenuto che “[...] non si tratta di introdurre *ex novo* una situazione giuridica inesistente ma di garantire la copertura giuridica ad una situazione di fatto in essere da anni, nell'esclusivo interesse di un bambino che è stato cresciuto da due donne che la legge riconosce entrambe come madri. Assume rilievo determinante la circostanza che la famiglia esista non tanto sul piano dei *partners* ma con riferimento alla posizione, allo status e alla tutela del figlio. Nel valutare il best interest per il minore non devono essere legati fra loro, il piano del legame fra i genitori e quello fra genitore-figli: l'interesse del minore pone, in primis, un vincolo

12. In www.articolo29.it, con commento di M. GATTUSO, *Minore nato da due donne in Spagna: l'atto di nascita può essere trascritto in Italia*

al disconoscimento di un rapporto di fatto, nella specie validamente costituito fra la co-madre e un figlio”. Sempre la Corte sabauda non ha mancato di precisare che “[...] La mancata trascrizione dell’atto di nascita, limita e comprime il diritto all’identità personale del minore [...] e il suo status nello Stato Italiano; sul territorio italiano il minore non avrebbe alcuna relazione parentale né con la signora [...] né con i parenti della stessa. Il minore non avrebbe un esercente la responsabilità genitoriale e nessuno potrebbe esercitarne la rappresentanza con riferimento a problematiche sanitarie, scolastiche, ricreative; oltre all’incertezza giuridica in cui si troverebbe nella società italiana il minore verrebbe anche privato dei rapporti successori nei confronti della famiglia della Sig.ra [...]” infine concludendo che “[...] Compito del Giudice come ribadito dalle pronunce della Corte di giustizia che recano in epigrafe: “Diritti concreti ed effettivi non teorici illusori”, è quello di rendere effettivi con la giurisdizione i diritti previsti dalla legge; non può affermarsi, nel caso de quo, che costituisca il miglior interesse del minore privarlo di un legame attraverso il quale si esprime il diritto al proprio status di figlio”.

Conclusioni

Alla fine di queste riflessioni non rimane che scusarsi con il lettore, ben consapevole essendo chi ha scritto di avere abusato del tempo e della pazienza con argomenti, in definitiva, tutti già ampiamente svolti e “rivoltati” da studiosi che vi hanno dedicato energie impareggiabili, mettendole al servizio (anche) dei giudici e non solo di quelli che si occupano di questioni biogiuridiche.

Il tentativo — forse vano — di delineare i ruoli, i *modus operandi* e le principali caratteristiche dei *Giudici* — di merito, di legittimità, sovranazionali — che nel campo del biodiritto sono chiamati a cimentarsi conferma, in ogni modo, l’idea che il biodiritto è per sua natura «[...] aperto, a geometria variabile, che basa il proprio riconoscimento sull’essere il risultato di una procedura dialogica, di contrapposizione anche accesa ma sempre intellettualmente onesta fra più componenti della società, della politica, delle religioni, della scienza, del diritto, della cultura» (Casonato).

È, peraltro un dialogo nel quale il convitato di pietra, il legislatore, spesso manca, principalmente per il fatto che sulle questioni di moralità pubblica che filosofi, uomini di Stato, cittadini hanno dibattuto per secoli senza prospettiva di accordo, è difficile ipotizzare una composizione attraverso la legge. Ma il punto è che il conflitto fra le diverse istanze esiste nel corpo sociale. Infatti, a fronte di questa mancanza il «corpo sociale continua a vivere, e a vivere dinamicamente, e ad avvertire l’esigenza quotidiana di una veste giuridica che sia aderente, senza forzature, ai fatti di vita: in altre parole che sia capace di ordinarlo»¹³.

Quando quella società che si trasforma «[...] a volte sensibilmente, in modo quotidiano, dando luogo a ciò che [...] viene definito come l’evoluzione perenne del costume»¹⁴ si rivolge al giudice, questi trova

13. P. GROSSI, *Novecento giuridico un secolo post moderno*, in *Introduzione al novecento giuridico*, Roma-Bari, 2011, 34.

14. R. LIVATINO, *Il ruolo del giudice nella società che cambia*, cit., 57.

nelle regole elastiche il modo migliore per offrire una tutela in termini di *effettività* e di *efficacia*.

È, dunque, la « fattualità dei nostri giorni, [...] indocile, recalcitrante ad ogni irretimento, tanto più a una gabbia legislativa, che è per sua natura tarda e lenta a formarsi, che si sottrae a ogni variazione o che assorbe con difficoltà ogni variazione [...] »¹⁵ a valorizzare al massimo la dimensione concreta del diritto e, per essa, l'attività del giudice.

Ora l'assenza di cui si è detto reca con sé l'accusa di *attivismo giudiziario* estremo rivolta alla giustizia.

Ma questa accusa non può, pare, fermare o anche solo rallentare un processo che vede ormai i giudici, nazionali e sovranazionali, interrogarsi insieme, riflettere, formarsi sui temi biogiuridici come su altri versanti, ponendo il prodotto del loro agire alla critica degli utenti, delle persone, dei giuristi, dei sociologi, degli scienziati, dei medici¹⁶.

Sicché l'elasticità dei principi costituzionali non solo non può essere essa stessa ragione giustificatrice di un atteggiamento di retroguardia del giudice ma è, anzi, il maggior fattore giustificativo del suo attuale agire.

Ciò a patto che il giudice abbia sempre ben chiaro il "limite" che la legge e, prima ancora, la funzione affidatagli dalla Costituzione, rappresentato dal legame processuale al caso che ogni decisione deve possedere, dipendendo dalla solidità di questo legame « la legittimazione del potere discrezionale esercitato dai giudici »¹⁷.

A questa *giudiziarizzazione* del diritto, alla quale corrisponde una *relativizzazione* della certezza del diritto classicamente intesa, deve corrispondere da parte del giudice — di legittimità e di merito, sui piani che a ciascuno pertengono — una presa di coscienza delle rilevanti ricadute che l'operato giudiziario produce nel sistema, oltretutto nella singola vicenda posta alla sua attenzione, in modo da evitare che la do-

15. P. GROSSI, *Introduzione al novecento giuridico*, cit., 77.

16. R. BIN, *A discrezione del giudice*, cit., 98: « [...] È la critica a testare *rationes* e argomenti usati dai giudici per giustificare ognuna delle loro decisioni. È la critica ad ammonire i giudici a non oltrepassare la sottile linea che ne delimita la funzione e a basare le loro decisioni su specifiche regole di diritto. È la critica che può correggere il comportamento delle corti che discettano dei diritti senza avere un collegamento preciso con casi e fatti specifici ».

17. R. BIN, *A discrezione del giudice*, cit., 108.

manda di giustizia a lui rivolta possa determinare uno stravolgimento dei valori costituzionali dei quali è, egli stesso, garante ed al quale egli deve rimanere, come il legislatore, *fedele*.

Spetterà poi al legislatore il compito, non solo di offrire leggi che sui temi biogiuridici siano chiare ma, anche, di consentire a quel giudice di operare in modo che egli possa svolgere al meglio il proprio ruolo.

Bibliografia

- AGOSTA STEFANO, *Note di metodo al disegno di legge in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento (tra molteplici conclusioni destruenti ed almeno una proposta costruente)* http://archivio.rivistaaic.it/dottrina/libertadiritti/agosta_testamentobiologico.pdf.
- , *La Consulta nel gioco di specchi riflessi tra Corti sopranazionali e giudici comuni (in tema di protezione giuridica della vita nascente)*, 23 luglio 2012 – <http://www.giurcost.org>.
- , *Bioetica e Costituzione, Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Milano, 2012.
- AMEDEO, *La volontà oltre la coscienza: la Cassazione e lo stato vegetativo* – *Nuova giur. civ. comm.*, II, 24, 2008, I ss.
- ANDALORO SERENA, *L'amministrazione di sostegno come strumento di tutela del consenso informato*.
- ANRÒ ILARIA, *Il caso Englaro di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo: un confronto con la Corte di giustizia delle Comunità europee circa la legittimazione ad agire delle associazioni a difesa dei diritti dell'uomo* – www.forumcostituzionale.it.
- ANZANI GAETANO, *Consenso ai trattamenti medici e « scelte di fine vita »* – *Danno resp.*, 10/2008, 957 ss.
- AZZOLINI MARIO, *Il rifiuto di cure. Riflessioni a margine del caso Welby* – *Nuova giur. civ. comm.*, II, 23, 2007, 313.
- , *Trattamenti life-saving e consenso del paziente: i doveri del medico dinanzi al rifiuto di cure*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 24, 2008, 73 ss.
- BALLARINI, *La Cassazione riconosce la soggettività giuridica del concepito: indagini sui precedenti dottrinali per una lettura "integrata" dell'art. 1 c.c.* – *Dir.fam.pers.*, 2009, 3, 1159.
- BALSAMO ANTONIO – DE FLAMMINEIS SIRO, *Interpretazione conforme e nuove dimensioni garantistiche in tema di retroattività della norma penale favorevole* – *Archivio penale (web)*, n. 2/2012.
- BARAK ARIEL, *La comparazione nel diritto pubblico*, in B. MARKESINIS e J. FEDTKE, *Giudici e diritto straniero*, 391.

- BARTOLE SERGIO, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004.
- , *Giudici ed attuazione dei valori costituzionali*, Relazione preparata per il Convegno Giurisdizione e giudici nella Costituzione tenutosi presso la Corte di Cassazione in occasione del LX Anniversario della Costituzione il 18 giugno 2008 – www.associazioneideicostituzionalisti.it.
- BECCHI PAOLO, *L'imperialismo giudiziario. Note controcorrente sul caso Englaro* – *Riv. intern. fil. dir.*, 2009, 379 ss.
- BENZONI STEFANO, CESARO GRAZIA O., LOVATI PAOLA, VIZIELLO PAOLA, *Prima dei 18 anni: l'autonomia decisionale del minore in ambito sanitario*, a cura di, Milano, 2010.
- BIFULCO DANIELA, *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto"*, Napoli, 2008.
- BILOTTA FRANCESCO, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare* – *Dir. Fam. pers.*, 2011, II, 2, 899.
- BIN ROBERTO, *Soft law, no law*, in <http://www.robertobin.it/ARTICOLI/Softlaw.pdf>.
- , *Libertà della ricerca scientifica in campo genetico*, in *Alle frontiere del diritto. Scritti in onore di V. Onida*, a cura di D'AMICO MARISILISA e RANDAZZO BARBARA, Milano, 2011, 216 ss.
- , *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva "quantistica"*, Milano, 2013, 22 e 23.
- BINI MARZIO, *L'Interpretazione giurisprudenziale in Italia come fonte del diritto: il caso dei contratti collettivi di diritto comune*, in <http://www.giuri.unige.it/corsistudio/dottdiritto/documents/Bini.pdf>
- BITETTO ANNA L., *Fecondazione assistita, malformazione fetali e ristoro del «bebè preiudice»* – *Foro it.*, 2010, I, 141.
- BOLOGNA CHIARA, *Sentenza in forma di legge? Il caso Englaro e la lezione americana della vicenda Terri Schiavo* – www.forumcostituzionale.it
- BORSELLINO PATRIZIA, *Esiste davvero la bioetica laica, ed esiste ancora la bioetica cattolica?* – *Bioetica*, 2007, I, 32.
- BRONZINI GIUSEPPE, *I diritti fondamentali nell'ordinamento integrato. Il ruolo della Corte di Giustizia*, Relazione svolta all'incontro di studio organizzato dal CSM in Roma nei 1-3 febbraio 2010 su I diritti fondamentali nell'ordinamento – www.csm.it.
- , *Il plusvalore giuridico della Carta di Nizza – Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, a cura di R. COSIO e R. FOGLIA, Milano, 2013, III ss.

- BRUSCO CARLO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal c.d. decreto Balduzzi*, in http://www.penalecontemporaneo.it/tipologia/o-/-/2495-linee_guida__protocolli_e_regole_deontologiche__le_modifiche_introdotte_dal_c_d__decreto_balduzzi/.
- BUFFONI LAURA, *Le fonti nazionali del biodiritto: alcuni appunti per una teoria della "sovranità" dell'individuo nella produzione giuridica* – Osservatorio-sullefonti.it, 2010, fasc. 2, 47 ss.
- BURATTI ANDREA, *Un delicato bilanciamento. La sentenza 278 della Corte costituzionale* – <http://www.diritticomparati.it/2013/11/un-delicato-bilanciamento-la-sentenza-278-della-corte-costituzionale.html#sthash.GDLBW4cS.dpuf>
- BUSNELLI FRANCESCO D., *Capacità, Capacità ed incapacità del minore*, Milano, 1982.
- BONILINI GIOVANNI, CHIZZINI AUGUSTO, *L'amministrazione di sostegno*, Padova, 2007.
- CANIVET GUY, *La pratica del diritto comparato nelle corti supreme*, in B. MARKESINIS E J. FEDTKE, *Giudici e diritto straniero*, 418.
- CAPONI REMO, *Overruling in materia processuale e garanzie costituzionali (in margine a Cass. n. 19246 del 2010)*, in <http://unifi.academia.edu/documents/0176/1870/2010CaponiDecrIngiunTerminiOpposizioneAcademiaJudicium.pdf>;
- , *Democrazia, integrazione europea, circuiti delle Corti Costituzionali dopo (dopo il Lissabon-urteil)*, 404.
- CAPPELLETTI MARIO, *Giudici legislatori?*, *Studio dedicato alla memoria di Tullio Ascarelli e di Alessandro Pekelis*, Milano, 1984.
- CAPPUCCIO LAURA, LAMARQUE ELISABETTA, *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?* (a cura di) – Napoli, 2013.
- CARAPEZZA FIGLIA GABRIELE, *Tutela dell'embrione e divieto di brevettabilità: un caso di assiologia dirimente nell'ermeneutica della corte di giustizia – Il diritto di famiglia e delle persone*, 2012, pp. 20–38.
- CARBONE ENRICO, *Quattro tesi sulla nomofilachia*, in *Pol.dir.*, 2004, 599 ss.
- CASONATO CARLO, *Il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari fra livello statale e livello regionale*, in http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2008/0036_nota_438_2008_casonato.pdf.
- , *Riflessioni sul fine vita. La tutela multilivello dell'autodeterminazione indi-*

- viduale – http://www.astrid-online.it/rassegna/Rassegna-27/12-05-2009/Casonato_Fine-vita_Interv_17_03_09.pdf – CASONATO CARLO, BUSATTA LUCIA, PENASA SIMONE, PICIOCCHI CASSESE SABINO, *Ordine giuridico europeo e ordine nazionale*, in *Gior. dir. amm.*, 2010, n. 4, pp. 319–422.
- , *La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale* – *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 622.
- , *Lo spazio giuridico globale*, Bari, 2003.
- , *I tribunali di Babele*, Roma, 2009.
- CASONATO CARLO – PICIOCCHI CINZIA, (a cura di), *Biodiritto in dialogo*, Padova, 2006.
- CAROZZA PAOLO G., *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights: A Reply* – <http://www.ejil.org/pdfs/19/5/1704.pdf>, 933.
- CATANIA ALFONSO, *Metamorfosi del diritto*, Bari, 2008.
- CATTANEO ELENA, *La ricerca sulle saminali embrionali e la prospettiva di una ricercatrice* – *Politeia*, 2007. n. 88, pag. 25 ss.
- CEMBRANI FABIO e CEMBRANI GIANLUCA, *Ancora una volta il Giudice costituzionale salva l'impianto della legge 22 maggio 1978*, n. 194, <http://www.biodiritto.org/index.php/item/162-call-for-papers-le-corti-e-linizio-della-vita>.
- CENDON PAOLO, ROSSI ROBERTO, *Amministrazione di sostegno: motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, Torino, 2009
- CERRI AUGUSTO, *Prolegomeni ad un discorso sull'indipendenza della magistratura*, in AA.VV., *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Scritti in onora di LORENZA CARLASSARE, a cura di BRUNELLI GIUDITTA, PUGIOTTO ANDREA, VERONESI PAOLO, 2009, 1270.
- , *Osservazioni in margine al caso Englaro*, in www.astrid-online.it.
- CHITI MARIO P., *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed Europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?* – *Dir.un. eur.*, 2012, 5, 745.
- CIERVO ANTONELLO, *Che fine ha fatto la signora Dickison? La Corte di Strasburgo e "the forgotten person"* – http://archivio.rivistaaic.it/cronache/giurisprudenza_comunitaria/dickinson/index.html.
- , *Il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo* – www.federalismi.it.

- , *The Unbearable Lightness of the Margin of Appreciation: ECHR and 'Bio-Law' – The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, a cura di G. REPETTO, 159 ss.
- , “Illness” or “desease”? *La Corte di Strasburgo ritorna sulla legislazione svizzera in materia di « fine vita »*, in <http://www.diritticomparati.it/2013/10/illness-or-desease-la-corte-di-strasburgo-ritorna-sulla-legislazione-svizzera-in-materia-di-fine-vit.html#more>.
- COCCIA AMELIA M.G., MARELLA MARIA R., *I beneficiari dell'amministrazione di sostegno – FERRANDO GILDA, LENTI LUIGI (a cura di), Soggetti deboli e misure di protezione. Amministrazione di sostegno e interdizione*, Torino, 2006.
- CONTE RICCARDO, *Profili costituzionali del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali alla luce di una pronuncia della Corte Europea dei diritti dell'uomo – Corr.giur.*, 2011, 573.
- CONTI ROBERTO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Il ruolo del giudice*, Roma, 2011.
- , *Profili costituzionali del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali alla luce di una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo – Corr.giur.*, 2011, p. 573 ss.
- , *Alla ricerca del ruolo dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Pol. dir.*, 2013, I.
- , *Il diritto alla vita nella giurisprudenza delle Alte Corti*, in *Politica del diritto*, 2012, I–2, 555 ss.
- , *CEDU, Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari – Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, a cura di COSIO ROBERTO e FOGLIA ROBERTO, Milano, 2013, 232.
- , *Le Sezioni Unite ancora sulla legge Pinto: una sentenza storica sulla via della piena attuazione della CEDU – Corr.giur.*, 2006, 835 ss.
- , *C'era una volta il giudicato – Corr. Giur.*, 2010, 2, 173 ss.
- , *Il “dialogo” fra giudice nazionale e Corte di Strasburgo sull'istanza di prelievo nel giudizio amministrativo – Corr. Giur.*, 2009, II, 1484 ss.
- , *Il “dialogo” tra giudice nazionale e Corte UE – Corr. giur.*, 2009, 8, 1053 ss.
- , *Rinvio pregiudiziale alla Corte UE del giudice di ultima istanza. Ma è davvero tutto così poco “chiaro”? (Note su Cons. Stato 5 marzo 2012 n. 4584) – Pol. dir.*, 2012, I, 83 ss.

- , *CEDU e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?* – www.federalismi.it.
- , *Gerarchia fra Corte di Giustizia e Carta di Nizza–Strasburgo? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei “confini” fra le Carte dei diritti dopo la sentenza Åklagaren (Corte Giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10)* – <http://www.diritticomparati.it/2013/03/gerarchia-fra-corte-di-giustizia-e-carta-di-nizza-strasburgo-il-giudice-nazionale-doganiere-e-ariete.html#sthash.ObjwnUQZ.dpuf>.
- , *Norme applicabili all’amministrazione di sostegno*, in AA.VV., *Amministrazione di sostegno*, diretta da G. FERRANDO, Bologna, 2012, 269 ss.
- , *Convergenze (inconsapevoli o... naturali) e contaminazioni tra giudici nazionali e Corte EDU: a proposito del matrimonio di coppie omosessuali* — *Corr. giur.*, 2012, 579 ss.
- , *Alla ricerca del ruolo dell’art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo* – *Pol. dir.*, 2013, nn. 1–2, 127 ss.
- , *L’Europa e il crocifisso* – *Pol. dir.*, 2010, 2, 227 ss.
- , *Pensieri sparsi dopo il post scriptum di Antonio Ruggeri su Corte Cost. n. 230/2012* – www.diritticomparati.it.
- , *Pensieri sparsi, a prim(issima) lettura, su una sentenza della Corte dei diritti umani in tema di adozione di coppie dello stesso sesso* – GC, 19 gennaio 2013, X e altri c. Austria — www.europeanrights.eu.
- D’AMICO GIACOMO, *Tecniche argomentative e questioni scientifiche controverse in materia di biodiritto: U.S. Supreme Court e Corte costituzionale a confronto* – http://www.jus.unitn.it/dsg/convegni/2008/forum_biodiritto/Papers/DAmico.pdf
- D’ANDREA PATRIZIO I., *La procreazione medicalmente assistita al confine con l’eugenetica* – <http://www.biodiritto.org/index.php/item/335-la-procreazione-medicalmente-assistita-al-confine-con-l-eugenetica>.
- D’AVACK LUIGI, *L’ordinanza di Salerno: ambiguità giuridiche e divagazioni etiche* – *Dir. famiglia*, 2010, 04, 1737.
- DE STEFANI PAOLO, *Dimensioni del biodiritto nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani. Aspetti penalistici*, in RODOTÀ STEFANO E TALLACCHINI MARIACHIARA, *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2011, 705.
- DE VERGOTTINI GIUSEPPE, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010.

- DI CIOMMO FRANCESCO, « Giurisprudenza–normativa » e ruolo del giudice nell'ordinamento italiano – *Foro it.*, 2010, I, 141.
- DI MASI MAURIZIO, *Testimoni di Geova e amministrazione di sostegno: nuovi orizzonti del fine–vita* – *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 145 ss.
- DOGLIOTTI MASSIMO, *Inseminazione artificiale “post mortem” e intervento del giudice di merito* – *Famiglia e diritto*, 1999, 52.
- D'ORAZIO EMILIO e MORI MAURIZIO, a cura di, *La legge 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita: quali prospettive?*, *Politeia*, a cura di D'ORAZIO EMILIO e MORI MAURIZIO, 2005, 77.
- DZEHTSIAROU KANSTANTSIN , *Consensus from within the Palace Walls*, in *UCD Working Papers in Law, Criminology & Socio–Legal Studies Research Paper*, 17 settembre 2010, n. 40/2010.
- FALLETTI ELENA, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'adozione da parte del single omosessuale* – *Fam. dir.*, 2008, 221.
- , *Amministrazione di sostegno e consenso informato a terapia sperimentale del beneficiario sofferente di Alzheimer*; E. CALÒ, *L'amministrazione di sostegno al debutto fra istanze nazionali e adeguamenti pratici* — *Notariato*, 2004, 3, 249 s.
- FERRAJOLI LUIGI, *La questione dell'embrione tra diritto e morale*, in *Politeia*, *Le questioni bioetiche davanti alle Corti: le regole sono poste dai giudici?*, a cura di SANTOSUOSSO AMEDEO e GENNARI GIUSEPPE, 2002, n. 65, 165.
- FERRANDO GILDA, *Diritto alla salute e autodeterminazione tra diritto europeo e Costituzione* – *Pol. dir.*, 2012, 1, 4.
- , *L'amministrazione di sostegno nelle sue recenti applicazioni* — *Fam. Pers. Succ.*, 12/2010, 847.
- , *Diritto alla salute e autodeterminazione tra diritto europeo e Costituzione*, *Pol. dir.*, 2012, n. 1, 13.
- , *La volontà oltre la perdita di coscienza*– AA.VV., *Le questioni bioetiche davanti alle Corti: le regole sono poste dai giudici*, a cura di A. SANTOSUOSSO e G. GENNARI – *Politeia*, 2002, n. 65, 212.
- , *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale*, *Relazione tenuta all'incontro di studio organizzato dal CSM in Roma– 16/18 settembre 2009– sul tema Il giudice e le decisioni di inizio e fine vita* – www.csm.it.
- FERRANDO GILDA, LENTI LUIGI (a cura di), *Soggetti deboli e misure di protezione. Amministrazione di sostegno e interdizione*, Torino, 2006, 109 ss.

- FERRARESE MARIA R., *Il diritto al presente*, Bologna, 2002.
- , *Diritto sconfinato*, 2006, Bari–Roma.
- FLICK GIOVANNI MARIA, *Eutanasia: dovere di vivere, diritto di morire, oppure...?* – <http://www.dillinger.it/eutanasia-59914.html>.
- FRANCESCHELLI MARIO, *Nomofilachia e Corte di Cassazione – Giur. cost.*, 1986, 39.
- FRESA MARIO, *Abnormità dell'interpretazione e responsabilità del magistrato*, Relazione svolta all'incontro di studio organizzato dal CSM in Roma nei 26–28 ottobre 2011 sul tema *L'interpretazione delle leggi* — www.csm.it
- GAMBARDELLA MARCO, *Eius est abrogare cuius est condere. La retroattività del diritto giurisprudenziale favorevole*, in www.penalecontemporaneo.it.
- GAMBARO ANTONIO, *Il diritto comparato nelle aule di giustizia*, in AA.VV., *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, in *Quaderni della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 2004, p. 3 ss.
- , *La circolazione degli argomenti legali: uso del metodo comparativo e riferimento ai modelli interpretativi stranieri nelle sentenze dei giudici nazionali*, Relazione svolta all'incontro di studio organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura in Roma sul tema « *I giudici e la globalizzazione: il dialogo tra le corti nazionali e sopranazionali* » – www.csm.it.
- GARAPON ANTOINE, *I custodi dei diritti*, Milano, 1997 – trad. a cura di CREMAGNANI.
- GAZZONI FRANCESCO, *Continua la crociata parametafisica dei giudici-missionari della c.d. "morte dignitosa"* – *Dir. fam.*, 2009, 288.
- , *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio di divisione dei poteri)*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 1/2008, 107 ss.
- GHIRIBELLI ANNALISA, *Il potere del Presidente della Repubblica in sede di emanazione dei decreti-legge: il « Caso Englaro »* – <http://www.giurcost.org/studi/ghiribelli.htm>.
- GIUSTI ALBERTO, *Cosa si aspetta la Cassazione dai giudici di merito*, Relazione tenuta al corso laboratorio sui rapporti fra fra giurisprudenza di merito e di legittimità organizzato dal CSM in Roma nei 3–4 maggio 2012 – www.csm.it
- GORI PIERPAOLO, *La rilevanza del diritto comparato nelle decisioni della CEDU*, le relazioni sono entrambe reperibili all'indirizzo http://www.corteappello.milano.it/Formazione_de_mag_ref.aspx.

- GORGONI A., *Amministrazione di sostegno e trattamenti sanitari – Europa e Diritto Privato*, fasc. 2, 2012, pag. 547 ss.
- GROSSI PAOLO, *Novecento giuridico un secolo post moderno*, in *Introduzione al novecento giuridico*, Roma–Bari, 2011, 34.
- GUARNIER TATIANA, *I giudici italiani e l'applicazione diretta della Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, in *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?*, cit. 1337 ss.
- GUASTINI RICCARDO, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, 381 ss.
- GUAZZAROTTI ANDREA, *Uso e valore del precedente CEDU nella giurisprudenza costituzionale e comune posteriore alla svolta del 2007* – <https://diritticedu.unipg.it/>.
- IADECOLA GIANFRANCO, *Il trattamento medico chirurgico su persona non consenziente: profili di responsabilità penale e civile* – www.csm.it.
- LAMARQUE ELISABETTA – *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma–Bari, 2012.
- , *I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità? Ragionando intorno al libro di Victor Ferreres Comella Constitutional Courts and Democratic Values*, a cura di L. CAPPUCCIO e E. LAMARQUE, Napoli, 2013, 299.
- LENTI LEONARDO, *Il caso Serena. I bambini non si usucapiscono* – *Giur.it.*, 1989, I, 2, ss.
- LIBERALI BENEDETTA, *L'adozione dei single e delle coppie omosessuali*, intervento svolto al Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" Catania 7–8 giugno 2013 «La famiglia davanti ai suoi giudici» – <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2013/05/LIBERALI.pdf>
- , *La procreazione medicalmente assistita con donazione di gameti esterni alla coppia fra legislatore, giudici comuni, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC*, 3/2012.
- , *Una nuova censura (nuovamente respinta) nei confronti della l. n. 194 del 1978*, <http://www.biodiritto.org/index.php/item/162-call-for-papers-le-corti-e-linizio-della-vita>.
- LISERRE ANTONIO, *In tema di responsabilità del medico per il danno al nascituro* – *Corr.giur.*, 2010.

- LIVATINO ROSARIO, *Il ruolo del giudice nella società che cambia* – Abate I., *Il piccolo giudice*, Palermo, 1992.
- LO GIUDICE MILENA, *L'intervento del sanitario ed il rapporto con il paziente disabile/incapace/minore e con il soggetto che lo assiste o rappresenta*, Relazione svolta all'incontro di studio organizzato dal CSM in Roma nei 9–11 maggio 2011 sul tema *Il consenso ai trattamenti sanitari dei soggetti deboli* – www.csm.it.
- LOMBARDI GIORGIO, *Fedeltà (dir. cost.)*, *Enc.dir.*, XVII, 1968, 165 ss.
- LUPO ERNESTO, Relazione tenuta all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2011 presso la Corte di Cassazione.
- MALFATTI ELENA, *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino "convenzionale" della Corte*, in www.forumcostituzionale.it.
- MANES VITTORIO, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012.
- , *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, *Riv. Dir. pen. Proc. pen.*, 2012, 3.
- MANNELLA FEDERICA, *La difficile elaborazione del "diritto ad avere un figlio" La questione di legittimità costituzionale è stata successivamente riproposta da Tribunale di Milano 13 dicembre 2012* – <http://www.diritto24.ilsole24ore.com/content/dam/law24/Gad/Documenti/2013/Febraio/Ordinanza%20Tribunale%20di%20MIilano.pdf>.
- MARINI GAETANO, *Crisi della legge e interpretazione* – *Riv. dir. civ.*, 1988, II, 172.
- MASERA GIUSEPPE, *La competenza decisionale dei minori affetti da patologie oncologiche – Prima dei 18 anni. L'autonomia decisionale del minore in ambito sanitario*.
- MARINI GIOVANNI, in *Trattato di biodiritto*, a cura di P. ZATTI e S. RODOTÀ, Milano, 2010.
- MARTINI CARLO M., MARINO IGNAZIO, *Crescere e conoscere*, Torino 2012.
- MARTINICO GIUSEPPE – POLLICINO ORESTE, *The Impact of the Protection of Human Rights by the European Courts on the Italian Constitutional Court*, in AA.VV., *Human Rights Protection in the European Legal Order: the Interaction between the European and the National Courts*, a cura di P. POPELIER–C. VAN DE HEYNING —P. VAN NUFFEL, Cambridge, 2011, 65 ss.
- , (a cura di), *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, Groningen, 2010.
- MARKESINIS BASIL – FEDTKE JÖRG, *Giudici e diritto straniero*, Bologna 2009, trad. a cura di TARUFFO ANNA.

- MAZZARELLA FERDINANDO, *Appunti storico-giuridici in margine a due recenti pronunce sul diritto alla vita* – *Foro it.*, I, 786 ss.;
- MERONE GIUDITTA, a cura di, *L'abuso del diritto nel dialogo tra corti nazionali ed internazionali*, Napoli, 2014.
- MICELA F., *Magistrati minorili: nel dubbio sulle competenze si consuma l'attesa del tribunale per la famiglia*, in *Guida al diritto*, 30 novembre 2013, n. 48, 10.
- MONACO GIUSEPPE, *La tutela della dignità umana. Sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol.dir.*, 2011, I, 45 ss.
- MORELLI ALESSANDRO, *Il dovere di fedeltà alla Repubblica*, Relazione al Convegno annuale del Gruppo di Pisa su *I doveri costituzionali nella giurisprudenza della Corte*, Acqui Terme (Alessandria), 9–10 giugno 2006, in AA.Vv., *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, a cura di BALDUZZI RENATO–CAVINO MASSIMO–GROSSO ENRICO–LUTHER JORG, Torino 2007, 198.
- , *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, 2013.
- , *Tra Babele e il nulla. Questioni etiche di fine vita, «nichilismo istituzionale» e concezioni della giustizia*, in *Thanatos e nomos. Questioni bioetiche e giuridiche di fine vita*, a cura di P. FALZEA, JOVENE, Napoli, 2009, 160 ss.
- MORELLI MARIO R., *Contributo sul ruolo del giudice come garante dei diritti fondamentali della persona nello Stato costituzionale*, Intervento svolto in occasione del convegno organizzato dal CSM ad Agrigento in occasione del ventennale della morte di ROSARIO LIVATINO nei giorni 20–21 settembre 2011, su *L'interpretazione giudiziale fra certezza del diritto ed effettività delle tutele* – www.csm.it.
- , *Il “diritto vivente” nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, – *Giust. civ.*, 1995, 169 ss.
- MORRONE ANDREA, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell'ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale* – www.forumcostituzionale.it.
- MURRAY JOHN L., *Consensus: concordance, or hegemony of the majority?*, – www.echr.coe.int.
- NICOLUSSI ANDREA, *Testamento biologico e problemi del fine-vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?* in *Europa e Diritto Privato*, fasc. 2, 2013, pag. 457.
- NIVARRA LUCA, *Autonomia (bio)giuridica e tutela della persona* – *Europa dir. priv.*, n. 3/2009, 719 ss.

- ONIDA VALERIO, *Costituzione, garanzia dei diritti, separazione dei poteri*, in *Quaderni giustizia*, 2005, 4.
- PACE ALESSANDRO, *L'inutilità pratica della legge "per" Eluana* – www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- PANUNZIO SERGIO P., *Il cittadino handicappato psichico nel quadro costituzionale* – *Rass. dir. civ.*, 1986, 2, 362.
- , *Premesse per uno studio sui diritti costituzionali e la capacità dei minori*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, Padova, Cedam, 1985, 633.
- PARODI CARLO, *Una Corte divisa su una materia divisiva: una pronuncia di Strasburgo in tema di suicidio assistito* – www.penalecontemporaneo.it.
- PATRONE IGNAZIO, *Le Sezioni unite civili, la confisca di prevenzione e qualche discutibile riferimento al diritto «comunitario»* – http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/-/2384-le_sezioni_unite_civili_la_confisca_di_prevenzione_e_qualche_discutibile_riferimento_al_diritto_comunitario/.
- PELAZZA MARTA, *L'alimentazione forzata di detenuti in sciopero della fame al vaglio della Corte di Strasburgo* – http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/-/2245-1__alimentazione_forzata_di_detenuti_in_sciopero_della_fame_al_vaglio_della_corte_di_strasburgo/.
- PENASA SIMONE, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria di gravidanza* – *Revista Europea de Derechos Fundamentales* (numero monografico "La protección jurídica del menor"), Instituto de Derecho Público – Universidad Rey Juan Carlos, n. 21, 2013.
- PERON SABRINA, *Vita, nuda vita ed il diritto al rifiuto delle cure*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, II, 2391.
- , *Orientamenti giurisprudenziali in tema di biodiritto* – *Resp. civ. prev.*, 2011, 4, 777.
- PETRONI ELEONORA, *Il valore del precedente straniero nella giurisprudenza italiana dagli anni '50 ad oggi* — *Contr. impr. Europa*, I, 2010, 184.
- PINARDI ROBERTO, *L'interpretazione adeguatrice tra Corte e giudici comuni: le stagioni di un rapporto complesso e tuttora assai problematico*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, IV, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, a cura di G. BRUNELLI–A. PUGIOTTO–P. VERONESI, Napoli, 2009.
- PIRRONE PASQUALE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2004.

- PIZZORUSSO ALESSANDRO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione* – www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- POLLICINO ORESTE, *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, a cura di G. MARTINICO–O. POLLICINO, Groningen, 2010.
- PROTO PISANI ANDREA, *Il caso E.: brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile* – *Foro it.*, 2009, I, 987 ss.
- RAIMONDI GUIDO, *La controversa nozione di consensus e le recenti tendenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in riferimento agli articoli 8 e 11 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Relazione tenuta all'incontro di studio organizzato dalla Formazione decentrata europea del Distretto della Corte di appello di Milano sul tema, *La Corte europea dei diritti dell'uomo, il meccanismo di decisione della CEDU ed i criteri dell'interpretazione conforme alla Convenzione*, Milano, 11 gennaio 2013 – http://www.europeanrights.eu/public/commenti/relazione_CEDU_Raimondi_Milano_11_gennaio_2013.pdf.
- REICHLIN MASSIMO, *Cattolico e laico: i limiti d una dicotomia abusata Bioetica*, 2007, I, 83 ss.
- REPETTO GIORGIO, *Corte costituzionale, fecondazione eterologa e precedente Cedu "supervenienti": i rischi dell'iperconcretezza della questione di legittimità costituzionale* – *Giur. cost.*, 2012, 57, 3, 2069.
- , *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa*, Napoli, 2011.
- , *La Corte di Strasburgo si confronta per la prima volta con il matrimonio omosessuale* – https://diritticedu.unipg.it/index.php?option=com_content&view=article&id=112%3Ala-corte-di-strasburgo-si-confronta-per-la-prima-volta-con-il-matrimonio-omosessuale&catid=258%3Amatrimonio-e-famiglia&Itemid=178&lang=it.
- , *Ancora sull'ordinanza n. 150 del 2012 della Corte costituzionale: alcune ragioni per fare di necessità virtù* – www.diritticomparati.it.
- RESTA GIORGIO, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della carta dei diritti)* – *Riv. dir. civ.*, 2002, 6, 801 ss.
- RODOTÀ STEFANO, *Il valore della Carta a tutela della dignità*, in <http://www.unita.it/culture/rodota-il-valore-della-carta-br-a-tutela-della-dignita-1.511205?page=1>.
- , *Il diritto di avere diritti*, Roma–Bari, 2012.
- ROMBOLI ROBERTO, *La 'relatività' dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del corpo* – *Pol. dir.*, 1991, 566.

- , *Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte Edu come ius superveniens e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa* – <http://www.giurcost.org>.
- , *Il matrimonio fra persone dello stesso sesso: gli effetti nel nostro ordinamento dei “dicta” della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo, nell'interpretazione della Corte di Cassazione* – *Foro it.*, 2012, I, 2727.
- , *La ‘relatività’ dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del corpo*, in *Pol. dir.*, 1991, 567
- , *Modelli di giudice e complessità sociale: bocca della legge, interprete, mediatore dei conflitti o difensore dei diritti?*, Intervento svolto in occasione del convegno organizzato dal CSM ad Agrigento in occasione del ventennale della morte di ROSARIO LIVATINO – www.csm.it.
- , *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità* – www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- , *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto « attivo » ed in quello “passivo”*.
- ROSSI STEFANO, *Se il diritto è una terra straniera: note sull'ordinanza spoletana in tema di aborto, Carrer M., Shut up and calculate? Il giudice tutelare, la Corte costituzionale e l'interruzione di gravidanza* – www.forumcostituzionale.it.
- ROZAKIS CHRISTOS L., *Il giudice europeo come comparatista* in B. MARKESINIS e J. FEDTKE, *Giudici e diritto straniero*, 445.
- RUGGERI ANTONIO, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009)* — http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2009/0030_nota_311_317_2009_ruggeri.pdf.
- , *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale (“a prima lettura” di Corte cost. n. 264 del 2012)* – <http://www.giurcost.org/studi/Ruggeri23.pdf>
- , *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale...) pretesa a connotarsi come “famiglie”* – http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0189_ruggeri.pdf
- , *Ancora una decisione d'incostituzionalità accertata ma non dichiarata (nota minima a Corte cost. n. 279 del 2013, in tema di sovraffollamento carcerario)* –

- www.diritticomparati.it.
- , *“Strane” idee sulla famiglia, loro ascendenze teoriche ed implicazioni di ordine istituzionale* – www.gruppodipisa.it
- , *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in www.csm.it;
- , *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento «intercostituzionale»* – www.federalismi.it.
- , *Valori e principi costituzionali degli Stati integrati d’Europa*, in www.astrid-online.it.
- , *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative* – www.federalismi.it.
- , *Ancora a margine di Corte cost. n. 230 del 2012, post scriptum* – www.diritticomparati.it.
- , *Valori e principi costituzionali degli Stati integrati d’Europa* – http://www.astrid-online.it/rassegna/Rassegna-27/12-05-2009/RUGGERIRElazione-Bari_29-30_04_09.pdf.
- , *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento “intercostituzionale”* — *“Itinerari” di una ricerca su l sistema delle fonti*, XIII, Studi dell’anno 2009, Torino, 267.
- , *La Corte costituzionale “equilibrata”, tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte EDU* – <http://www.giurcost.org/studi/ruggeri-9.htm>.
- , *Il Consiglio di Stato e il “metarinvio” pregiudiziale (a margine di Cons. St. n. 4584 del 2012)* — www.diritticomparati.it.
- , *Il caso Englaro e il controllo contestato* – www.astrid-online.it.
- , *Ancora a margine di Corte cost. n. 230 del 2012, post scriptum* – www.diritticomparati.it.
- , *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronuncia del Tribunale di Roma, I Sez. Civ., che dà “seguito” a Corte EDU Costa e Pavan)* – <http://www.diritticomparati.it/2013/10/spunti-di-riflessione-in-tema-di-applicazione-diretta-della-cedu-e-di-efficacia-delle-decisioni.html>.
- , *L’“intensità” del vincolo espresso dai precedenti giurisprudenziali, con specifico riguardo al piano dei rapporti tra CEDU e diritto interno e in vista dell’af-*

- fermazione della Costituzione come “sistema” – <http://www.giurcost.org/studi/ruggeri24.pdf>.
- , *La Corte costituzionale, i parametri “conseguenziali” e la tecnica dell’assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell’anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)* – www.giurcost.it.
- , *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in www.federalismi.it; ID., *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento «intercostituzionale»*, Comunicazione alle Giornate italo-spagnolo-brasiliane su *La protección de los derechos en un ordenamiento plural*, Barcellona 17–18 ottobre 2013, www.consultaonline.it.
- , *Dignità versus vita?*, Testo rielaborato di una relazione svolta al Convegno su *Del diritto alla vita*, organizzato da G. MOSCHELLA e svoltosi a Messina il 24 e 25 marzo 2011.
- , *Penelope alla Consulta: tesse e sfila la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell’ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell’ordine convenzionale (“a prima lettura” di Corte cost. n. 230 del 2012)* — www.diritticomparati.it, 15 ottobre 2012, e www.giurcost.org, 16 ottobre 2012.
- , *La cedevolezza della cosa giudicata all’impatto con la convenzione europea dei diritti umani. . . ovverosia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in <http://www.astrid-online.it/Giustizia-1/Studi-ric/Canzio-Kostoris-Ruggeri.pdf>.
- RUGGERI ANTONIO–SPADARO ANTONIO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2009.
- , *Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)* – *Pol. dir.*, 1991, 343 ss.
- RUOTOLO MARCO, *Appunti sulla dignità umana – Direitos Fundamentais e justiça*, II/2010, 123 ss.
- , *La Cassazione penale e l’interpretazione delle disposizioni sulla custodia cautelare in carcere alla luce del principio del minore sacrificio della libertà personale*, in *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?*, 3.
- SABATO RAFFAELE, *I diritti delle persone di orientamento omosessuale alla luce della giurisprudenza delle Corti europee, dopo l’intervento della Corte costituzionale italiana* – *Amore che vieni, amore che vai. . . : unioni omosessuali e*

- giurisprudenza costituzionale, a cura di SALVATORE PRISCO, Napoli, 2012, 99.
- SALAZAR CARMELA, *Riflessioni sul caso Englaro* – www.forumcostituzionale.it.
- , *La Costituzione “sottintesa”*, Relazione svolta al Seminario dal titolo *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009 — www.cortecostituzionale.it.
- SALVATO LUIGI, Relazione svolta alla tavola rotonda su « *Gli approdi della corte edu in relazione al bilanciamento degli interessi coinvolgenti i diritti fondamentali: la vita, la riservatezza e la libertà di informazione, l’uguaglianza* », tenuta in occasione dell’incontro di studio organizzato dal CSM a Roma nei giorni 23–25 settembre 2009 *Il sistema integrato delle fonti e la giurisprudenza europea della Corte dei diritti dell’uomo* – www.csm.it.
- , *I diritti fondamentali nelle fonti interne ed “esterne”: tutela e compiti del giudice comune*, Relazione tenuta all’incontro di studio organizzato dal CSM in Roma, 22–24 novembre 2010, « *Sulle fonti normative e giurisprudenziali del diritto dell’Unione europea* » – www.csm.it.
- SANTOSUOSSO AMEDEO, AZZINI SARA, *Scienza, tecnologia e gli attuali flussi giuridici transnazionali*, in *Trattato di biodiritto, Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di STEFANO RODOTÀ e MARIACHIARA TALLACCHINI, 731.
- SARRA CLAUDIO, *Dialogo tra corti e circolazione delle giurisprudenze. ancora sull’uso “dialettico” del precedente giudiziario – Dialoghi tra Corti e principio di proporzionalità*, a cura di BIANCHINI MAURIZIO e GIOIA GINA, Padova, 2013, 477 ss.
- SCACCIA GINO, *Valori e diritto giurisprudenziale*, Relazione al convegno Valori e Costituzione: a cinquant’anni dall’incontro di Ebrach Roma, Luiss–Guido Carli, Facoltà di Giurisprudenza 26 ottobre 2009 – www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- SCALISI VINCENZO, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio personalista* – *Rass. dir. civ.*, 2010, I, 150.
- SCHIEMAN KONRAD, *Il giudice come comparatista*, in B. MARKESINIS e J. FEDTKE, *Giudici e diritto straniero*, 467 ss.
- SCLAVI MARINELLA, *I tre knowhow della gestione costruttiva dei conflitti: Ascolto attivo, Alternative Dispute Resolution (ADR) e Confronto Creativo*, Relazione tenuta all’incontro di studio svolto a Roma e organizzato dal CSM sul tema, *L’Ascolto del minore*, 20–24 giugno 2011.
- SCASATI SARA, *Tu mi interroghi, tu mi trasformi. Partecipazione e complessità*

- in età evolutiva – in *Prima dei 18 anni. L'autonomia decisionale del minore in ambito sanitario*.
- SCIARABBA VINCENZO, *Tra fonti e Corti, Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008.
- SERRAO EUGENIA, *I nodi sostanziali sciolti (e quelli irrisolti) in tema di amministrazione di sostegno*, Relazione svolta all'incontri di studio organizzato dal CSM in Roma dal 16 al 18 gennaio 2012 sul tema *Il punto sull'amministrazione di sostegno a otto anni dall'entrata in vigore della legge 6/2004* – www.csm.it.
- , *Il consenso informato al trattamento dei soggetti affetti da demenza nella sperimentazione*, Relazione svolta all'incontro di studio organizzato dal CSM in Roma dal 24 al 26 giugno 2009 sul tema « La tutela sostanziale e processuale dell'incapace », in www.csm.it
- SESTA MICHELE, *Fecondazione assistita: la Cassazione anticipa il legislatore* – *Dir. fam. e pers.*, 1999, 622 ss.
- SILVESTRI GAETANO, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice* – *Riv. dir. pubbl.*, 2004, 2, 17.
- , *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona* – <http://archivio.rivistaaic.it/dottrina/libertadiritti/silvestri.html>.
- , *Uguaglianza, ragionevolezza e giustizia costituzionale* – *Rassegna parlamentare*, 2008, 581.
- , *Le Corti supreme negli ordinamenti costituzionali contemporanei*, in AA.Vv., *Le Corti supreme*, Atti conv. Perugia 5–6 maggio 2000, Milano, 2001, 36 ss.
- , *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto* – *Rivista di diritto costituzionale*, 1/1996, 3 ss.
- , *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice* – *Dir. pubbl.*, 2004, 411.
- SIMON JURGEN, *Scientific Process, Judge-Made law and procedural law* – *Politeia, Le questioni bioetiche davanti alle Corti*, a cura di A. SANTOSUOSSO e G. GENNARI, 2002, 44.
- SMORTO GUIDO, *L'uso giurisprudenziale della comparazione* – *Eur. dir. priv.*, 2010, 1.
- , *La comparazione giuridica negli Stati Uniti d'America. Spunti per una riflessione*, in *Le nuove frontiere della comparazione*. Atti del I Convegno Nazionale della SIRD. Milano, 5–6–7 maggio 2011, 335 ss.

- SORRENTI GIUSY, *La decisione e la regola. Prime note su alcune tendenze in atto nel sistema politico (a margine del caso Englaro)* – www.forumcostituzionale.it.
- SORRENTINO FRANCESCO, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (Considerazioni preliminari)* – *Corr.giur.*, 2010, 2, 148.
- SPADARO ANTONIO, *Può il Presidente della Repubblica rifiutarsi di emanare un decreto-legge?* – www.forumcostituzionale.it.
- SPINELLI STEFANO, *Re giudice o re legislatore? Sul conflitto di attribuzioni tra potere legislativo e giurisdizionale a margine dell'ordinanza 334 del 2008 della Corte costituzionale – Il diritto di famiglia e delle persone*, 3/2009, 1488 ss.
- STEFANELLI STEFANIA, *Status e modelli procreativi nel sistema attuale – La parificazione degli Status di filiazione*, a cura di R. CIPPITANI e S. STEFANELLI, Roma, 2013.
- STEFANI ANNALISA, *Il caso Englaro: le due Corti a confronto*, in *Quad. cost.*, 2009, 95.
- TANCREDI ANTONELLO, *La tutela dei diritti fondamentali “assoluti” in Europa: «It's all balancing»* – *Ragion pratica*, 2007, 383 ss.
- TARUFFO MICHELE, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991.
- TORINO RAFFAELE (a cura di), *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione*, Roma, 2013.
- TURRI GIAN C., *Autodeterminazione, trattamenti sanitari e minorenni* – *Questione Giustizia*, 2000, 3.
- , *I giudici, i medici e i minorenni in Europa, U.S. e U.K.* – *Politeia, Le questioni bioetiche davanti alle Corti*, 93 ss.
- VACCARI GIULIA, *Circolazione dei modelli e dialogo fra sistemi: le peculiarità del biodiritto* – <http://www.jus.unitn.it/biodiritto/publicazioni/docs/P-RIN%202006%20def.pdf>.
- VENTURA LUIGI, sub Art. 54, *Commentario alla Costituzione*, a cura di BRANCA Giuseppe e continuato da PIZZORUSSO Alessandro, Bologna–Roma, 1994.
- VIAFORA CORRADO, *Argomentare con la dignità umana nell'ambito della bioetica clinica*, in *Bioetica e dignità umana*, cit., 269.
- VIGANÒ FRANCESCO, *Riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1039 ss.

- , *Decisioni mediche di fine vita e “attivismo giudiziale”* – Riv. it. dir. proc. pen., 2008, 1594.
- , *Esiste un «diritto a essere lasciati morire in pace»? – Diritto penale e processo*, 2007, 8.
- VILLA LUCA, *L'esperienza del Tribunale per i Minori di Milano per la tutela dell'autonomia decisionale del bambino in ambito sanitario – Prima dei 18 anni. L'autonomia decisionale del minore in ambito sanitario*, 98 ss.
- VINCENTI UGO, *Diritto e menzogna*, Roma, 2013.
- , *Diritti senza identità*, Bari–Roma, 2007.
- VITUCCI CHIARA, *La tutela internazionale dell'orientamento sessuale*, Napoli, 2012.
- WINKLER MATTEO, *Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della Corte di Strasburgo – Nuova giur.civ.comm.*, 2010, I, 1148.
- ZAGREBELSKY GUSTAVO, *Il diritto mite*, Torino, 1992.
- , *La virtù del dubbio*, Bari, 2007.
- , *Conversazione sull'art. 54 Cost.* – <http://www.youtube.com/watch?v=oP4EoM9N7ww>.
- , *Note sulle conclusioni della conferenza di Brighton «per assicurare l'avvenire della Corte europea dei diritti dell'uomo»* – www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- ZAGREBELSKY VLADIMIRO, *La prevista adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo* – www.europeanrights.eu.
- ZATTI PAOLO, *Note sulla “semantica della dignità”* – *Bioetica e dignità umana*, 96.
- , *Decisioni legali e valutazioni scientifiche*, in *Politeia, Le questioni bioetiche davanti alle Corti*, 145.

QUADERNI DI BIODIRITTO

1. Carla Faralli, Matteo Galletti (a cura di)
Biobanche e informazioni genetiche. Problemi etici e giuridici
ISBN 978-88-548-4149-9, formato 17 × 24 cm, 224 pagine, 15 euro
2. Giuseppe Cricenti
Il sé e l'altro. Bioetica del diritto civile
ISBN 978-88-548-4689-0, formato 17 × 24 cm, 148 pagine, 10 euro
3. Angela Giuseppina Cossiri, Giovanni Di Cosimo (a cura di)
La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa
ISBN 978-88-548-6049-0, formato 17 × 24 cm, 188 pagine, 11 euro
4. Roberto Conti
I giudici e il biodiritto. Un esame “concreto” dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee
ISBN 978-88-548-6807-6, formato 17 × 24 cm, 308 pagine, 20 euro
5. Roberto Conti
I giudici e il biodiritto. Un esame “concreto” dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee. Seconda edizione
ISBN 978-88-548-7994-2, formato 17 × 24 cm, 364 pagine, 20 euro

Compilato il 9 gennaio 2015, ore 08:47
con il sistema tipografico \LaTeX 2 ϵ

Finito di stampare nel mese di gennaio del 2015
dalla «Ermes. Servizi Editoriali Integrati S.r.l.»
00040 Ariccia (RM) – via Quarto Negroni, 15
per conto della «Aracne editrice int.le S.r.l.» di Ariccia (RM)