

Luigi Principato

Obbligo di vaccinazione, “potestà” genitoriale e tutela del minore

Sommario: 1. Premessa. L’obbligo di vaccinazione e la tutela della salute. 2. Responsabilità genitoriale ed autodeterminazione del figlio: funzione pedagogica e legalità costituzionale. 2.1. Dalla potestà alla responsabilità genitoriale. 2.2. Costituzione e funzione pedagogica dei minori. 2.3. Capacità giuridica, autodeterminazione e diritto del figlio all’adempimento dell’obbligo vaccinale. 2.4. Conclusioni: vaccinazioni obbligatorie ed abuso della funzione genitoriale. 3. Il ruolo del medico ed il vincolo della scienza medica ufficiale.

1. Premessa.

Da sempre l’interprete esita dinanzi alla *sacralità* – pur non trascendente – della famiglia, forse la più impenetrabile delle formazioni sociali. I tratti stessi della famiglia come fattispecie, ossia gli elementi che ne sarebbero costitutivi, nonché centro d’imputazione di situazioni soggettive, non trovano concordi gli interpreti, in un confronto fra argomenti tutti degni di attenzione.¹

Il profilo degli interessi protetti è di particolare complessità, specie se valutato nella dinamica evolutiva dei costumi sociali: nella famiglia è significativa la contaminazione del dato normativo da parte della realtà materiale².

Nell’esperienza romanistica, così come nel sistema liberale³, i bisogni della famiglia coincidono con quelli del *pater familias*⁴, mentre la Costituzione del 1947 pone i fondamenti per quello stravolgimento che, con la riforma del 1975, renderà il sistema più aderente ad una realtà sociale in evoluzione, imponendo una più efficace considerazione delle esigenze di

1Se si vuole, L. Principato, *I profili costituzionali della famiglia come canone ermeneutico, soggetto giuridico e fattispecie*, in *Giur. cost.*, 2015, 649 ss.

2F. Santoro Passarelli, *Il governo della famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Jovene, Napoli 1961, 400 ss.

3L. Califano, *La famiglia ed i figli nella Costituzione italiana*, in *I diritti costituzionali*, a cura di R. Nania e P. Ridola, III, Torino, 2006, 926.

4V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1960, 476; L. Capogrossi Colognesi, *Patria potestà (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, 1982, Giuffrè, Milano 1982, 242 ss.

protezione della donna e dei figli in seno alla famiglia, sia essa fondata sul matrimonio o sulla convivenza.

Il minore è in un vortice di *poteri*.

Quello pubblico, che deve tendere ad *i)* imprimere alle relazioni familiari un indirizzo coerente con la Carta costituzionale, *ii)* dare ad esso compiuta esecuzione e *iii)* offrire protezione anche giurisdizionale ai beni ritenuti meritevoli, nel rispetto dell'autonomia.

Quello privato, che è espresso essenzialmente nel sintagma responsabilità genitoriale, sostituito *ex lege* all'istituto della potestà (già patria, poi genitoriale), con modifica che ha rilievo più sul piano politico che giuridico.⁵

E' singolare che l'esigenza di porre regole a protezione del minore si realizzi proprio attribuendo ulteriori facoltà (ma anche obblighi) ad uno dei poteri che si pretende di contenere e definire, ossia quello genitoriale, talvolta trascurandosi un aspetto cruciale della tassonomia dei rapporti familiari: il problema della capacità, guardato rispetto a titolarità ed esercizio delle situazioni soggettive nell'ambito della famiglia.

L'obbligo di vaccinazione è una ideale cartina di tornasole ed introduce un ulteriore elemento di complicazione del quadro complessivo, perché nel rapporto fra capacità e tutela della salute, il mosaico degli interessi in gioco si arricchisce di quello collettivo quale limite alla posizione soggettiva del titolare del diritto.

L'esistenza di vaccinazioni obbligatorie impone di comprendere non solo quali siano le regole di composizione fra interessi e sfere giuridiche endofamiliari (dunque, essenzialmente del minore e dei genitori), ma anche come reagisca su tale composizione l'ulteriore esigenza di protezione del benessere collettivo, che costituisce l'altra dimensione fondante la meritevolezza della salute come situazione giuridica, in uno a quella individualistica.

⁵Il che è messo, provocatoriamente, in risalto nell'epigrafe di questo contributo, dove la *potestà* torna a sostituire la *responsabilità* genitoriale.

Le vaccinazioni sono trattamenti sanitari⁶ e possono essere obbligatorie (generalì o speciali⁷) o raccomandate.

Se obbligatorie, esse costituiscono un'eccezione rispetto al principio generale che vede in quello medico un atto di autonomia del paziente, necessariamente fondato sul consenso consapevole e dunque informato⁸, anche al fine di non ledere l'aspetto negativo del diritto fondamentale alla salute.⁹

6L'assunto, in passato oggetto di perplessità, è oggi pacifico anche per effetto di una interpretazione assai lata del sintagma trattamento sanitario, inteso come il complesso delle attività diagnostiche o terapeutiche volte a prevenire o curare una malattia (S. Panunzio, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, in *Dir. soc.*, 1979, 900 s.), a prescindere dalla durata, dalla tipologia e dalla effettiva incidenza sul paziente (F. Modugno, *Trattamenti sanitari 'non' obbligatori e Costituzione (a proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, in *Dir. soc.*, 1982, 303 ss.). V. anche P. G. Monateri, *Illiceità e giustificazione dell'atto medico nel diritto civile*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, IV, *Le responsabilità in medicina*, a cura di A. Belvedere e S. Riondato, Giuffrè, Milano 2011, 7.

7S. Panunzio, *Vaccinazioni*, in *Enc. Giur.*, XXXII, Istituto Enciclopedico Zecca dello Stato, Roma-Bari, 1994, 1.

8Il diritto al consenso informato è ormai pacificamente riconosciuto nella giurisprudenza di legittimità e merito, oltre che in dottrina (v. per tutti, G. Ferrando, *Informazione e consenso in sanità*, in Aa.Vv. *Le responsabilità in ambito sanitario*, a cura di S. Aleo, R. De Matteis, G. Vecchio, Cedam, Padova, 2014, I, 373 e, sul tema del consenso nelle persone non autonome, A. Querci, *Il problema del consenso ai trattamenti sanitari delle persone prive in tutto o in parte di autonomia*, ivi, 429 ss.). La situazione soggettiva avente ad oggetto la consapevole formazione delle determinazioni volitive, infatti, postula il diritto a ricevere adeguate informazioni su natura, forme e conseguenze potenziali del trattamento medico o della sua negazione, come riconosciuto nella giurisprudenza costituzionale, che pure lo fonda sul combinato disposto degli artt. 2, 13 e 32 Cost. (v. Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Giur. cost.*, 2008, 4945, con note di R. Balduzzi e D. Paris, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*; D. Morana, *A proposito del fondamento costituzionale per il "consenso informato" ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. n. 438 del 2008 della Corte costituzionale*; C. Coraggio, *Il consenso informato: alla ricerca dei principi fondamentali della legislazione statale*). In realtà, l'art. 2 Cost. è invocato forse per "pigrizia interpretativa", mentre l'art. 13 Cost. è del tutto inconfidente, attenendo ai soli trattamenti coercitivi (per i quali comunque permane l'obbligo informativo): è l'art. 32 Cost. ad implicare un diritto alla piena ed esaustiva informazione sull'atto medico, anche quando esso sia obbligatorio per legge (in questo senso, condivisibilmente, D. Morana, *A proposito del fondamento costituzionale*, cit.).

9Su natura e struttura del diritto alla salute, v. M. Luciani, *Salute, I) Diritto alla salute – dir. cost.*, in *Enc. giur.*, XXVII, Istituto Enciclopedico Zecca dello Stato, Roma-Bari, 1991; A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Cedam, Padova 2003, 95 ss.; B. Caravita, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. soc.*, 1984, 21 ss. V. *supra* sub 4.; D. Morana, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, II ed., Giappichelli, Torino 2015; se si vuole, v. se si vuole, L. Principato, *Il diritto costituzionale alla salute: molteplici facoltà più o meno disponibili da parte del legislatore o differenti situazioni giuridiche soggettive?*

L'atteggiamento del legislatore, nell'affrontare le esigenze sanitarie collettive attraverso gli obblighi generali di vaccinazione, ha oscillato tra la coercizione, assistita anche da sanzioni prima penali e poi amministrative, e la persuasione, fondata sulla ricerca del consenso attraverso adeguate campagne informative.¹⁰

Pur nella variegata articolazione dei *mezzi*, immutata è rimasta l'esigenza dei *fini*, ossia assicurare la c.d. immunità di gregge per limitare la circolazione di agenti patogeni¹¹, al contempo proteggendo la salute collettiva – anche degli altri non vaccinati, per libera scelta od impossibilità – e quella del singolo destinatario dell'obbligo.

Il d.l. 7 giugno 2017, n. 73, conv. con mod. in l. 31 luglio 2017, n. 119, attuato dalle circolari 14 e 16 agosto 2017 e 1 settembre 2017, ha novato il sistema rendendo obbligatorie o raccomandate e gratuite – in conformità ai LEA ed al Piano nazionale prevenzione vaccinale 2017/2019 – per tutti i minori di sedici anni e per i minori stranieri non accompagnati, una serie di vaccinazioni, prevedendo ipotesi di esonero o di omissione e differimento.

La novella appare nel complesso coerente con la legalità costituzionale.

La tutela della salute individuale richiede, infatti, che i limiti riposino su esigenze di protezione della salute collettiva (non già su altri interessi, siano essi privati o pubblici¹²) e, se

Nota a Corte costituzionale, sent. 16 luglio 1999, n. 309, in *Giur. cost.*, 1999, 2508 ss.

¹⁰Per una lettura storica della legislazione in tema di vaccinazioni obbligatorie, v. M. Plutino, *Le vaccinazioni. Una frontiera mobile del concetto di "diritto fondamentale" fra autodeterminazione, dovere di solidarietà ed evidenze scientifiche*, in www.dirittifondamentali.it, 1, 2017, 4 ss. E' fondato sull'idea della persuasione e non sull'obbligo, il tentativo di promuovere l'accesso alle vaccinazioni rendendole gratuite, perseguito con l'approvazione dei LEA, in particolare ai sensi dell'art. 2 d.P.C.M. 12 gennaio 2017 e relativo allegato n. 1. La scelta dei mezzi attiene, comunque, alla discrezionalità legislativa, atteso che la legalità costituzionale ammette il ricorso a strumenti obbligatori – alle condizioni che si sono esaminate – e strumenti persuasivi, fondati esclusivamente sull'informazione e lo stimolo della coscienza sociale. In questo senso, esplicitamente, Corte cost. 18 gennaio 2018, n. 5 in www.leregioni.it, cons. in dir. 8.2.1.

¹¹Salvo che per l'obbligo di vaccinazione antitetanica, volta alla cura esclusiva dell'interesse del destinatario, atteso che il tetano è patologia infettiva ma non trasmissibile tramite l'uomo. Se ne revoca in dubbio, infatti, la legittimità costituzionale, muovendo dal presupposto che "allorquando è in gioco solo la salute del singolo – senza alcuna incidenza diretta su quella di terzi – questi non può essere obbligato a vaccinarsi" (S. Panunzio, *Vaccinazioni*, cit., 2; Id., *Trattamenti sanitari*, cit., 917).

¹²L'obbligo vaccinale è dettato per far fronte al preoccupante abbassamento della copertura epidemiologica registrato negli ultimi anni in Italia.

espressi in trattamenti sanitari obbligatori¹³, siano determinati¹⁴ e disposti con legge¹⁵ in caso di “pericolo immediato per la salute pubblica”¹⁶ e nel rispetto della persona umana; implicino conseguenze “che per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili”¹⁷ e, se lesivi dell’interesse individuale, prevedano il “riconoscimento di una protezione ulteriore a favore del soggetto passivo del trattamento”¹⁸, ossia un equo ristoro del danno subito, fatto salvo il risarcimento laddove ne ricorrano i presupposti.

Ciò non di meno, l’obbligo di vaccinazione ha avuto una notevole eco mediatica e politica, specialmente per il sistema di sanzioni che assiste l’obbligo: sanzione amministrativa

13Fondamento costituzionale e limiti dei trattamenti sanitari obbligatori si ricavano dall’art. 32 comma 2 Cost., interpretato nel sistema costituzionale. In tema, v., per tutti, D. Vincenzi Amato, *Art. 32 comma 2, in Commentario della Costituzione, Rapporti etico-sociali*, a cura di G. Branca, Zanichelli- Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1976, 167 ss., che ritiene attratta alla disciplina dell’art. 32 Cost. anche i trattamenti coercitivi. Appare preferibile la tesi contraria, per la quale *ex multis*, A. Pace, *Libertà personale, (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Giuffrè, Milano 1974, 296 ss.; Id., *Problematica*, cit., 95 ss.; D. Morana, *La salute*, cit., 185 s.; M. Luciani, *Salute*, cit. 10.

14Abbiano cioè carattere generale ma specifico, non risolvendosi in generici obblighi di cura (V. Crisafulli, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. soc.*, 1982, 557 ss.; S. P. Panunzio, *Trattamenti sanitari*, cit., 875 ss.).

15Si tratta di una riserva rafforzata, i trattamenti dovendo essere determinati ed essendo posto il limite della persona umana; si discute se sia assoluta (P. Barile, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1994, 385; D. Morana, *La salute*, cit., 46 ss.) o relativa (M. Luciani, *Salute*, cit., 10; F. Modugno, *Trattamenti sanitari*, cit., 313; A.M. Sandulli, *La sperimentazione clinica sull’uomo (profili costituzionali)*, in *Dir. soc.*, 1978, 516).

16B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, 64.

17Corte cost. 22 giugno 1990, n. 307, in *Giur. cost.*, 1990, 1874, con nota di F. Giardina, *Vaccinazione obbligatoria, danno alla salute e “responsabilità” dello Stato*, nelle quale si è accolta la questione di legittimità costituzionale della legge che disponeva l’obbligatorietà della vaccinazione antipoliomelitica, nella parte in cui non prevedeva adeguate misure di indennizzo per i danni recati dalle vaccinazioni. V. anche Corte cost., 23 giugno 1994, n. 258, in *Giur. cost.*, 1994, 2097 ss.: Corte cost. 18 aprile 1996, n. 118, in *Giur. cost.*, 1996, 1006; Corte cost. 14 dicembre 2017, n. 268, in www.giurcost.org, in cui si è riconosciuta l’esigenza di indennizzare anche chi subisca pregiudizio per effetto di vaccinazioni non obbligatorie, pur se raccomandate ed oggetto di una campagna informativa pubblica tale da ingenerare un affidamento sull’esigenza ed opportunità del trattamento sanitario, quale espressione del “patto di solidarietà sociale” che lega la collettività.

18Proprio in ragione del principio di solidarietà sociale, che impone il ristoro del pregiudizio patito dal singolo a cagione di una condotta a tutela della collettività. V. F. Giuffrè, *I doveri di solidarietà sociale*, in *Aa.Vv. I doveri costituzionali*, cit., 4 ss.

pecuniaria per chi, titolare della responsabilità genitoriale (oppure tutore o affidatario di un minore), non sottoponga il figlio minore alle prescritte vaccinazioni, ma anche impossibilità di accedere ai servizi educativi per l'infanzia ed alle scuole dell'infanzia pubbliche o private (non anche alle scuole di altro grado ed ai centri di formazione professionale regionale), in caso di mancata presentazione della documentazione attestante l'adempimento dell'obbligo vaccinale.

Si tratta di un tema esiziale per la tenuta sociale dell'ordinamento e molteplici sono i profili di interesse della novella; conviene, però, posare l'attenzione su quelli che più direttamente attengono al rapporto genitoriale, posto sul banco di prova dell'obbligo vaccinale.

2. Responsabilità genitoriale ed autodeterminazione del figlio: funzione pedagogica e legalità costituzionale.

2.1 Dalla potestà alla responsabilità genitoriale.

La riforma introdotta con gli interventi normativi culminati nella l. 19 maggio 1975, n. 151 ha dato forma – ed in parte stimolo¹⁹ – ad un'evoluzione sociale della famiglia, nella quale il minore si è progressivamente affrancato dalla condizione dominicale di *bene* soggetto all'*auctoritas* genitoriale²⁰, ponendosi quale fulcro di un modello di relazione partecipata, più funzionale allo sviluppo della sua personalità ed alla cura della sua soggettività giuridica.

Il processo ha reagito sulla situazione soggettiva genitoriale, la struttura della quale è progressivamente mutata da diritto soggettivo²¹ in potestà²², ossia in un ufficio di diritto privato attribuito per la cura di interessi altrui.

19C.M. Bianca, *Diritto civile*, II.1, *La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2014, 9 evidenzia la “funzione promozionale del diritto” di famiglia.

20V. D'Antonio, *La potestà dei genitori*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza*, dir. da G. A. Stanzione, Giappichelli, Torino 2006, IV, 465.

21A. Cicu, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile italiano*, dir. da F. Vassalli, rist. II ed., III, t. II, Utet, Torino, 1958, 310; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IX ed., II, Giuffrè, Milano 1965, 161; P. Cavaleri, M. Pedrazza Gorlero e G. Sciuolo, *Libertà politiche del minore e potestà educativa dei genitori nella dialettica del rapporto educativo familiare*, in *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, a cura di M. De Cristofaro e A. Belvedere, Giuffrè, Milano, 1980. La struttura del diritto soggettivo, però, non viene affermata nel rapporto con i figli, ma nei rapporti con i terzi, nel senso che la patria potestà implicherebbe l'obbligo di essi e dello Stato di non impedirne l'esercizio (cfr. M. Lupo, *Il diritto del minore al mantenimento delle relazioni parentali*, in *Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo*, II, Giuffrè, Milano 2002, 1363), esistendo un diritto dei genitori “ad essere lasciati soli nello svolgimento del processo di formazione” (P. Zatti, *Rapporto educativo ed intervento del giudice*, in Aa.Vv., a cura di De Cristofaro e Belvedere, Giuffrè, Milano 1980, 242). V. Cass. 7 novembre 1985, n. 5408, in *Giur. It.*, 1986, I, 1, 1025.

Tale metamorfosi, in atto già nel 1975, si è detta compiuta con la riforma della responsabilità genitoriale, introdotta con il d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, con il quale si è sostituito il lemma *responsabilità genitoriale* a quello *potestà* in tutta la legislazione 77vigente²³, di tal ché il dipolo non trova più riscontro nel diritto positivo²⁴ e la situazione soggettiva dei genitori sarebbe caratterizzata da obblighi e non da diritti²⁵.

L'argomento, che non è andato esente da acute critiche²⁶, non convince né linguisticamente²⁷, né per ciò che presuppone (la potestà come insieme di diritti e doveri è espressione di una

Si è osservato, in senso contrario, che la struttura del diritto soggettivo impone che la condotta del titolare non possa essere condizionata alla soddisfazione di interessi ulteriori rispetto ai propri (S. Ciccarello, *Patria potestà (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, 258); inoltre, il dipolo della rilevanza interna ed esterna della potestà sarebbe escluso dalla necessità di una considerazione unitaria dell'istituto, desunta dall'irrelevanza dell'obbligo di astensione di terzi, rispetto ad interessi diversi da quello sotteso alla protezione del minore (A.C. Pelosi, *Patria potestà (diritto vigente)*, in *Nov. Dig. It.*, diretto da A. Azzara ed E. Eula, UTET 1965, 580 s.). Non diritto soggettivo, dunque, ma pur sempre un diritto tutelabile in sede giurisdizionale secondo A. Jannuzzi, *Manuale di volontaria giurisdizione*, Giuffrè, Milano 1995, 47.

22C.M. Bianca, *Diritto civile*, cit., 6, riconosce che "L'evoluzione antiautoritaria si avverte anche nei rapporti fra genitori e figli. La potestà dei primi appare sempre più limitata dalla sua stessa funzione intesa nell'esclusivo interesse educativo dei figli, e perde comunque spazio di fronte al prevalere dell'autonomia personale dei figli nella condotta e nelle scelte di vita".

23V. art. 105 comma 1 d. lgs. n. 154 del 2013. In realtà l'art. 2 lett. h) l. n. 219 del 2012 aveva delineato "la nozione di responsabilità genitoriale quale aspetto dell'esercizio della potestà genitoriale", tanto che si è sostenuto (G. De Cristofaro, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile*, in *Nuove leggi civ.*, 2014, 785 s.) che "La sostituzione della potestà genitoriale con la responsabilità genitoriale non era dunque imposta né tantomeno autorizzata dalla legge delega", donde un profilo di incostituzionalità. Guarda favorevolmente alla riforma A. G. Cianci, *La nozione di responsabilità genitoriale (art. 316-317)*, in *La riforma della filiazione*, a cura di C.M. Bianca, Cedam – Wolters Kluwer, Lavis, 2015, 579 ss., il quale evidenzia le affinità con la *parental responsibility* dell'anglosassone *Children Act 1989*, s. 3, la *elterliche Sorge* del § 1626 comma 1 BGB tedesco e la *child support* degli Stati Uniti D'America; critici con la scelta lessicale sia P. Rescigno, *La filiazione "riformata": l'unicità dello status*, in *Giur. It.*, 2014, 1261 e P. Schlesinger, *Il d. lgs. n. 154 del 2013 completa la riforma della filiazione*, in *Fam. dir.* 2014, 443 ss., che pure riconoscono la *ratio legis* di accentuare il profilo degli obblighi nella funzione genitoriale (il primo) e la novità della novella, desunta da fonti internazionali e sovranazionali (il secondo).

24A. Gorassini, *La responsabilità genitoriale come contenuto della potestà*, in *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, a cura di M. Bianca, Giuffrè, Milano, 2014, 91 ss. ritiene che la nozione giuridica di potestà genitoriale permanga quale "fattispecie di specifica rilevanza giuridica solo nel caso di decadenza dalla responsabilità genitoriale da parte del genitore e proprio nell'area di vigenza temporale di rilevanza per la minore età del figlio", risolvendosi dunque nei poteri e doveri che la legge riconosce al coniuge non esercente la rappresentanza genitoriale ai sensi dell'art. 316 comma 5 c.c.

famiglia fondata sull'*auctoritas* e la gerarchia)²⁸, né per le conclusioni cui giunge (la responsabilità genitoriale si contrappone ad essa in quanto istituto caratterizzato dalla preminenza e centralità dei diritti del minore, rispetto ai doveri dei genitori)²⁹.

Del resto, l'aspetto singolare è che alcuni poteri e doveri dei genitori permangono anche quando la responsabilità genitoriale viene meno, giacché la decadenza non consente al genitore di sottrarsi all'obbligo di educare, istruire e mantenere la prole³⁰. Con il che, se in passato si decadeva dalla potestà ma permaneva la responsabilità per gli obblighi di legge, oggi la responsabilità decade e permane al contempo.

25C.M. Bianca, *Note introduttive*, in *La riforma della filiazione*, cit., XXXVII, secondo il quale "L'idea che compete ai genitori una potestà che prescinde dai doveri ha lasciato il posto all'idea della responsabilità genitoriale quale ufficio conformato ai doveri verso i figli nell'interesse dei quali esso è conferito ai genitori"; Em. Giacobbe, *Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale, Riflessioni sulla riforma "Bianca"*, in *Dir. fam. Pers.*, 2014, 817; A. Morace Pinelli, *I provvedimenti riguardo ai figli (art. 337-ter c.c.): le principali modifiche*, in M. Bianca (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Giuffrè, Milano, 2014). V. A. Bellelli, *I doveri dei genitori e i doveri dei figli nell'evoluzione legislativa*, in *La riforma della filiazione*, cit., 141 ss.

26G. De Cristofaro, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale*, cit., 782.

27L'idea di responsabilità è connessa alla "rottura di un equilibrio ordinativo", ossia di un sistema di relazione già strutturato in base a regole di comportamento (moralì, politiche o giuridiche), la violazione delle quali implica una "risposta riparatrice della rottura" [C. Maiorca, *Responsabilità (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano 1988, 1004 ss.]. Lascia perplessi, dunque, che il sintagma si utilizzi per individuare non già le conseguenze, bensì il presupposto della condotta, giacché in tal modo da un lato i genitori "hanno la responsabilità" sui figli, ma dall'altro essa "è esercitata" (cfr. artt. 316 c.c.), divenendo in sostanza una situazione giuridica soggettiva. E' pur vero che il diritto è un "fenomeno linguistico" (R. Guastini, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano 2010, 3) ed il linguaggio normativo o prescrittivo è atto a rendere fattispecie un termine, ad esso collegando specifici effetti giuridici, ma non è men vero che un simile processo non può essere del tutto arbitrario e deve dirsi governato, se non altro, da un'esigenza di ragionevole coerenza sistematica. Il medesimo nome, nel sistema giuridico, dovrebbe almeno tendere ad un'unità semantica.

28Nel 1919, nel vigore del codice civile del 1865 la potestà si riconosce "istituita nell'interesse dei figli minori per provvedere alla loro assistenza, all'educazione, e supplire alla loro incapacità giuridica" (E. Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile italiano*, VII, Fratelli Cammelli, Firenze 1919, 635); nel 1930 essa è "un'autorità che comporta diritti e obblighi: è dunque ad un tempo una *potestas* ed un *munus*, poiché le facoltà che si hanno sui sopposti non sono senza oneri, e anzi si può dir che siano attribuite in vista e al fine di adempire questi" (R. De Ruggiero, *Diritto civile*, II, Principato, Messina 1930, 718); in epoca fascista diviene mezzo di propaganda dell'ideologia dominante, dovendosi educare i minori ai principi della morale e del sentimento fascista ((S. Ciccarello, *Patria potestà (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, cit., 256; P. Vercellone, *Introduzione*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, II, *Filiazione*, Milano 2002, 939 ss. e Id., *La potestà dei genitori: funzioni e limiti interni*, ivi, 960), perché l'interesse del minore si risolve in quello dello Stato (G. Giacobbe, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano: materiali per una ricerca*, a cura di P.

2.2 Costituzione e funzione pedagogica dei genitori.

L'entrata in vigore della Costituzione sovrappone³¹ all'art. 147 c.c. l'art. 30 comma 1 Cost., disposizione precettiva³² che vincola i genitori attraverso la previsione di una situazione giuridica sia attiva che passiva³³ che assolve al compito di proteggere l'interesse del minore, al contempo attraverso l'attuazione dei "doveri inderogabili di solidarietà" di cui all'art. 2 Cost.³⁴ e la garanzia dei diritti fondamentali e dello sviluppo della personalità del figlio.

Virgadamo, III ed., Giappichelli, Torino 2016, 312 ss.); nel 1947 la potestà implica un potere esercitato dal titolare "per un interesse non proprio o non esclusivamente proprio", dunque qualificato come "funzione" o "ufficio" (Santi Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano 1947, 179); dopo l'entrata in vigore della Costituzione, il potere attribuito al genitore è esercitato sempre nell'interesse del figlio (A.C. Pelosi, cit., 583). In sostanza, non è con la riforma del 1975 che la potestà cessa di essere un diritto soggettivo per divenire un potere funzionale allo sviluppo della personalità del minore (in questo senso, A. Bucciante, *Potestà dei genitori*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano 1985, 778): essa è da sempre strutturalmente un *officio*, sul quale però reagisce la definizione dell'interesse del minore, funzione dell'evoluzione dei costumi.

Infatti, lo stesso Bianca – presidente della Commissione di studi che ha dato vita alla riforma – nell'ultima edizione del volume sulla famiglia (C.M. Bianca, *Diritto civile*, cit., 344) osserva che "i genitori sono titolari di un ufficio, che essi devono esercitare nell'interesse della prole", così come nell'edizione del 1989 affermava che la potestà include "i poteri decisionali funzionalizzati alla cura e all'educazione del minore". M. Piccini, *I minori di età*, in C. M. Mazzoni, M. Piccini, *La persona fisica, Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Giuffrè, Milano 2016, 398 e s., ritiene che "Il passaggio culturale dalla potestà, come diritto del genitore sul proprio figlio, alla potestà, come ufficio da esercitarsi nell'interesse dello stesso, e dunque come potere-dovere, iniziato già alla fine degli anni sessanta del secolo scorso [...] era ormai acquisito tanto nella elaborazione dottrinale quanto nelle applicazioni giurisprudenziali".

29Quando si sostiene che con la riforma si è passati dall'ottica dei doveri genitori a quella dei diritti dei figli (A. Bellelli, *op. cit.*, 141), si trascura di considerare che diritto ed obbligo sono le due facce della stessa situazione soggettiva. Inoltre, gli obblighi dei genitori si accompagnano sempre a poteri intesi come possibilità di azione cui sono connessi effetti giuridici (T. Perassi, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Cedam, Padova 1967, 51), contenuto di diritti, uffici, funzioni (da cui sono ben distinti: Santi Romano, *Frammenti*, cit., 173 e s.; Id., *Corso di diritto costituzionale*, Cedam, Padova 1931, 70) e addirittura obblighi, se si pensa che il debitore ha il potere di imputare il pagamento (art. 1189 c.c.) o di costituire in mora il creditore (art. 1206 ss. c.c.). La titolarità di poteri in capo ai genitori (si pensi al "potere di cura" del minore, per il quale v. V. G. Ferrando, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Cedam, Padova, 1999, 59 ss.) è del resto necessaria proprio in ragione delle loro responsabilità: il genitore risponde dei danni recati dai figli ai sensi degli artt. 2047 e 2048 c.c., proprio perché ha un potere che su di essi deve esercitare (V. Comporti, *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano 2011). La stessa dottrina che propone di distinguere la responsabilità dalla potestà genitoriale poiché espressiva di doveri e non di poteri, riconosce che essa attribuisce ai genitori "determinati poteri e doveri di intervento" (A.G. Cianci, *La nozione*, cit., 592).

Ma se “il vero e delicato problema sta nella valutazione in concreto dell’interesse dei figli”³⁵, non è condivisibile il corollario che se ne trae, consistente nel “carattere discrezionale dei poteri dei genitori [...] che si manifesta anche in una certa libertà di scelta dei mezzi con cui perseguire i fini concretamente individuati”³⁶.

Non ha effettive conseguenze giuridiche, dunque, la modifica dell’ultimo comma dell’art. 316 c.c., in forza della quale il genitore non esercente la responsabilità genitoriale non ha più “potere di vigilare”, ma “vigila” su istruzione, educazione e condizioni di vita del figlio, atteso che l’obbligatorietà dell’azione impone sempre l’esercizio di un potere.

Sulla complessità della posizione soggettiva del genitore v. F. Ruscello, *La potestà dei genitori*.

30Corte cost. 8 maggio 1974, n. 121, in *Giur. Cost.*, 1974, 829, in cui espressamente si riconosce che “L’obbligo di mantenere, educare ed istruire la prole non è inseparabile dalla patria potestà né la presuppone necessariamente. Basta considerare che esso, nell’ambito della filiazione legittima, quando i genitori non hanno mezzi sufficienti, è a carico degli altri ascendenti [...] e che l’obbligo predetto non viene certamente meno nell’ipotesi di decadenza del genitore legittimo o naturale dalla patria potestà”.

31La Costituzione non si è limitata a “confermare” il regime previgente, ma ha impresso ad esso una forte spinta innovatrice (M. Bessone, *Artt. 30-31*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, *Artt. 29-34, Rapporti etico-sociali*, Zanichelli – Foro Italiano, Bologna – Roma, 1976, 89, critico verso l’opposta tesi di G. Azzariti, *Dichiarazioni costituzionali e riforme legislative in tema di filiazione legittima*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, 827 ss.

32R. Nicolò, *La filiazione illegittima nel quadro dell’art. 30 Cost.*, in *Dem e dir*, 1960, II, 3 ss.

33C. Esposito, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *Studi in onore di A. Cicu*, II, Giuffrè, Milano 1951, 144.

34G. Lombardi, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, Milano 1967; E. Grosso, *I doveri costituzionali*, in *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Atti del XXIV Convegno annuale dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Cagliari, 16-17 ottobre 2009, Napoli 2010, 229 ss.; A. Morelli, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in www.forumcostituzionale.it; Aa.Vv., *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Atti del Convegno di Acquiterme-Alessandria, svoltosi il 9-10 giugno 2006, a cura di R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther, Giappichelli, Torino, 2007.

35A. Belvedere, *Potestà dei genitori*, cit., 2. Osserva M. Piccini, *I minori di età*, cit., 421 s. che per la determinazione dell’interesse del minore, “il principio di riferimento può essere individuato nella necessità di perseguire la migliore protezione dei soggetti in formazione con la maggiore promozione possibile della loro autonomia”, riconoscendo che la clausola generale dell’interesse è spesso servita “a far entrare nel giudizio l’ideologia dell’interprete”. Ai sensi dell’art. 24 comma 2 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, “In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da

I genitori non hanno discrezionalità nell'*an* dell'ufficio, poiché esso è teso a proteggere i diritti fondamentali³⁷ e la legittima aspettativa del minore a divenire cittadino *optimo iure*, anche attraverso l'adempimento dei doveri.³⁸

La dottrina migliore ha chiarito che dalla 'funzione educativa' e 'affettiva' dei genitori 'nei confronti dei figli', ancorché essa presenti tutti i caratteri di un 'diritto' e di doveri 'personalissimi', non può inferirsi che "il programma, i metodi e le iniziative di 'socializzazione della infanzia' [...] sono materia di poteri di opzione riservati in modo esclusivo ai genitori, quasi che l'attribuzione di essi doveri e di un diritto 'personalissimo' in ordine a istruzione ed educazione della prole consentisse di interpretare l'art. 30 come una norma intesa a prefigurare un *officium* e poteri tali da escludere in radice qualsiasi ulteriore direttiva di formazione della personalità minorile"³⁹.

Il progetto pedagogico che la Costituzione *impon*e, quale vincolo all'*officium* genitoriale – sotteso agli istituti della potestà (prima) e della responsabilità (oggi) – è proprio quello dello sviluppo della personalità del figlio in armonia con i principi fondanti la pacifica convivenza: "il disegno costituzionale [...] necessariamente interpreta l'educazione familiare del minore come un momento del più generale processo di formazione del cittadino".⁴⁰

istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente."

36A. Belvedere, *ult. op. cit.*

37Si legge in F. Giardina, *Minore, I – Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XX, Istituto Enciclopedico Zecca dello Stato, Roma-Bari 1990, 4 che "l'altra faccia del diritto-dovere del genitore di educare il figlio è costituita dal diritto del minore all'educazione, dotato di garanzia costituzionale. La garanzia costituzionale copre anche tutti i diritti e le libertà del minore che gli sono riconosciuti, dal momento in cui egli acquista capacità espressive autonome, nei confronti del genitore e nei suoi rapporti con i terzi." Il rilievo delle "scelte espressive autonome" del minore è già in F. D. Busnelli, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, ora in *Persone e famiglia*, scritti di F.D. Busnelli, Pacini, Pisa 2017, 222.

38Nel senso che "Paradossalmente, i doveri contribuiscono a definire lo status del "cittadino nazionale" assai più dei diritti. Si può anzi sostenere che proprio grazie alla "istituzionalizzazione" dei doveri si sviluppa la nozione moderna di cittadinanza, incardinata sul principio di nazionalità.", E. Grosso, *I doveri costituzionali*, Relazione al Convegno annuale 2009 dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti su "Lo Statuto costituzionale del non cittadino", Cagliari, 16-17 ottobre 2009, 10 del dattiloscritto, in www.rivistaqaic.it; *amplius*, Id., *Le vie della cittadinanza*, Padova, Cedam, 1997.

39M. Bessone, *Art. 30-31*, cit., 101 s.

40M. Bessone, *op. cit.*, 105. A. Bucciantie, *Potestà dei genitori*, cit., 784 ha affermato che "I genitori devono perciò impartire al minore gli ammaestramenti che valgono a preparare nell'adolescente il cittadino, cioè chi sarà chiamato a far parte attivamente della collettività, nel rispetto dell'altrui diritto, in quella

Questo è il più intimo significato della famiglia, *società naturale*⁴¹ che il diritto può solo lambire⁴²: una formazione sociale che dialoga con le altre nella pluralità degli ordinamenti, ma che non può spingere la propria autonomia sino al rifiuto od alla negazione dei principi fondamentali che, in quanto costitutivi dell'ordinamento nel suo complesso, non possono che esserlo anche di ogni sua articolazione.

Un'associazione paramilitare che persegue scopi politici è illegittima, ai sensi dell'art. 18 Cost., anche se gli associati costituiscano un nucleo familiare.

Si è acutamente osservato che “è la Costituzione a fissare, una volta per tutte, l'oggetto del dialogo tra le diverse morali, rendendo possibile il pluralismo ma negando ingresso ad alcune manifestazioni di quest'ultimo, e a pari titolo ponendo limiti alle evoluzioni, o involuzioni, della coscienza sociale dominante.”⁴³

Fare del minore un cittadino, infatti, non significa inculcargli una certa ideologia politica, religiosa o più latamente morale: il dato positivo impone la considerazione delle capacità, inclinazioni ed aspirazioni del figlio proprio perché la Carta fondamentale persegue “un'etica

coesistenza pacifica che si svolge secondo le norme del vivere civile, nel rispetto delle leggi e degli ordinamenti attuali. Solo al minore, quando all'adolescenza subentra o per spontanea germinazione quella prima fase di autogoverno dell'individuo, che si andrà poi rafforzando e definendo con l'acquisizione di un maggiore senso critico e di una più matura capacità di ragionamento, spetterà differenziarsi da quanto è stato oggetto dell'insegnamento familiare e compiere le scelte che il medesimo mostra di voler fare, venendo a contatto più ravvicinato e cosciente con la tematica che la vita collettiva gli offre allorché ne viene a far parte oltre l'*hortus conclusus* della famiglia”.

Anche in giurisprudenza si è colto il rilievo della funzione educativa, affermandosi che essa debba esercitarsi “non in termini meramente precettistico abilitanti, ma per far l'uomo capace di opzioni libere e coscienti, per conquistare nella cultura il mezzo della libertà” (Trib. min. Bologna, 26 ottobre 1973, in *Giur. it.*, 1974, I, 549), non al fine di “infondere nel figlio i principi di un'ideologia” dei genitori, come pure autorevolmente sostenuto (A. Trabucchi, *Il “vero interesse” del minore e i diritti di chi ha l'obbligo di educare*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 716).

41La letteratura in tema è sterminata. Per un recente ed originale contributo, v. F. Biondi, *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, in *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Atti del Convegno di Catania, 7-8 giugno 2013, a cura di F. Giuffrè e I. Nicotra, Editoriale Scientifica, Napoli 2013; se si vuole, v. L. Principato, *I profili costituzionali della famiglia, come canone ermeneutico, soggetto giuridico e fattispecie*, in *Giur. cost.*, 2015, 649 ss.

42Ancora di grande attualità la metafora di A. C. Jemolo, *La famiglia e il diritto*, in *Ann. Catania*, III, 1948/49, n. 5, 38.

43M. Manetti, *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in *Rivista AIC*, 2010, 10.

aperta bensì agli apporti delle diverse visioni del mondo, ma anche inevitabilmente contenuta all'interno degli orientamenti stabiliti dal patto fondativo.”⁴⁴

In una lettura sistematica, principio personalista, pluralismo religioso e politico, principio di solidarietà, manifestazione del pensiero⁴⁵ sono tutti vincoli allo sviluppo della personalità del minore, siccome strumentali e necessari a renderlo partecipe dei tratti fondanti il progetto di consorzio sociale, ossia a renderlo cittadino.

Sono i diritti ed i doveri costituzionali, oggetto del processo educativo, ad indicare il verso della formazione del minore: la garanzia costituzionale di essi passa attraverso l'esercizio del diritto all'educazione.⁴⁶

Il significato dell'art. 30 comma 1 Cost. s'intende meglio (in una lettura sistematica, ma soprattutto) nel combinato disposto con l'art. 31 Cost., a mente del quale la Repubblica protegge l'infanzia e la gioventù.

Non si tratta soltanto di un programma di solidarietà sociale, più o meno cogente e precettivo.⁴⁷

Il lemma *Repubblica* assume il significato – tra gli altri che in Costituzione si rinvencono – di sineddoche per ordinamento giuridico, enti pubblici territoriali, istituzioni pubbliche ma anche comunità sociali ed istituzioni private, atteso che l'art. 118 comma 4 Cost. prescrive che gli enti di cui all'art. 114 Cost. favoriscano l'autonoma iniziativa di cittadini per lo svolgimento

44M. Manetti, *op. cit.*, 11.

45M. Bessone, *Art. 30-31*, cit., 105 osserva che, riguardo al fascismo “L'ordinamento repubblicano ne rifiuta in linea di principio la logica totalitaria e non attribuisce ad alcuna ideologia il ruolo egemone di criterio direttivo del processo di formazione della personalità minorile, perché privilegia una *ratio legis* di difesa delle libertà ampiamente documentata dagli artt. 2, 8, 19 e 49”; pertanto, tali disposizioni “prescrivono modelli di azione pedagogica che qualificano le forme e gli stessi contenuti dell'educazione familiare, integrando la serie dei doveri assegnati ai genitori dal primo comma dell'art. 30” (106).

46Osserva F. Giardina, *Minore*, cit., 4, che “I diritti di libertà sono garantiti al minore attraverso il diritto all'educazione, che costituisce la premessa per il raggiungimento di una piena formazione personale”. In realtà, la garanzia costituzionale si estende a tutti i diritti costituzionali, inclusi i diritti sociali, civili e politici. E' evidente che anche le situazioni soggettive che non hanno per oggetto l'esercizio di una libertà, sono parimenti assicurate ai minori. Si pensi al diritto alla retribuzione per l'attività lavorativa, allo stesso diritto al lavoro, oltre che al diritto alla salute od all'istruzione.

47Per una lettura precettiva dell'art. 31 Cost., dalla quale ricavare l'esistenza di una obbligazione di solidarietà sociale immediatamente azionabile a tutela della famiglia ed in danno dello Stato, sia consentito il rinvio a L. Principato, *La famiglia e le misure di sostegno: legislazione nazionale*, in *La famiglia davanti ai suoi giudici*, in Atti del Convegno nazionale del Gruppo di Pisa, 6 e 7 novembre 2013, a cura di I. Nicotra e F. Giuffrè, Editoriale Scientifica, 2014.

delle attività di interesse generale, in applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale. Di quest'ultimo, del resto, appare fondamento lo stesso art. 4 comma 2 Cost. che rende doveroso per ciascuno l'esercizio di attività o funzioni che concorrano al progresso materiale o spirituale della società.⁴⁸

Repubblica, dunque, sono anche i genitori, per i quali la protezione dell'infanzia e della gioventù è un dovere, ma anche un diritto fondamentale teso a consentire l'armonico sviluppo del minore e la sua metamorfosi in cittadino, integrato in un consorzio sociale fondato su valori condivisi⁴⁹.

Proprio su questo si fondano i provvedimenti giurisdizionali di decadenza dalla potestà genitoriale adottati dal Tribunale dei Minorenni⁵⁰ per i "figli della mafia"⁵¹, nei quali si riconosce espressamente⁵² l'esigenza di sottrarre il minore alla "situazione di disagio [che] discende essenzialmente dall'inadeguatezza delle figure genitoriali investite della responsabilità educativa: figure che riproducono, nel nucleo familiare in cui dovrebbe aver luogo lo sviluppo del ragazzo, il sistema valoriale, fortemente connotato in senso criminale, che contraddistingue il circuito sociale e il contesto territoriale in cui la famiglia [...] è inserita".

Sul medesimo principio si fondano anche i provvedimenti ex art. 333 c.c., adottati dal Tribunale dei minorenni per far fronte a situazioni in cui non già le azioni, bensì le omissioni dei genitori siano atte a pregiudicare l'interesse all'armonioso sviluppo della personalità.⁵³

48M. Ruotolo, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012, 231.

49Infatti l'art. 29 della Convenzione dei diritti del fanciullo di New York del 1989, ratificata con l. n. 176 del 1991, dispone che "l'educazione deve avere come finalità il rispetto dei diritti dell'uomo, delle libertà fondamentali e dei principi consacrati nella Carte delle Nazioni Unite [...] dei valori nazionali del paese nel quale vive e [...] deve essere idonea a preparare il fanciullo ad assumere la responsabilità della vita in una società libera, in uno spirito di comprensione, di pace, di tolleranza, di eguaglianza [...]".

50Il Tribunale dei minorenni è stato ritenuto coerente con il tessuto costituzionale, proprio in quanto strumento di attuazione dell'obbligo di protezione della gioventù di cui all'art. 30 comma 2 Cost. V. Corte cost. 21 luglio 1983, n. 122, in *Giur. cost.*, 1983, 1319.

51S. Abbruzzese, *Minori in prima pagina: i figli della mafia*, in *Minori giust.*, 2009, 2, 293 ss.

52Trib. Min. Reggio Calabria, 8 marzo 2016, 2 in www.tribmin.reggiocalabria.giustizia.it con nota di S. Casabona, *Decadenza dalla responsabilità genitoriale nei confronti del latitante di mafia*. Colpisce favorevolmente, per altro, che alcuni analoghi provvedimenti ablativi della responsabilità genitoriale siano stati adottati su istanza – o comunque con l'adesione – delle madri dei figli di mafia.

Da ultimo, i genitori non hanno libertà di determinazione dei fini dell'azione educativa, ma neanche hanno piena disponibilità dei mezzi, potendo adottare solo misure che abbiano "intrinseca capacità educativa"⁵⁴.

53Trib. min, Bologna 23 ottobre 1973, con nota di M. Bessone, *Personalità del minore, funzione educativa dei genitori e garanzia costituzionale dei diritti inviolabili*, in *Giur. Merito*, 1975, I, 346 ss., caso in cui l'intervento del giudice è stato funzionale a promuovere la personalità del minore con scelte culturali ed ideologiche non prese dai genitori; Trib. min. Bologna, 13 maggio 1972, con nota di M.E. Poggi, *Patria potestà ed autonomia del minore*, in *Giur. It.*, 1974, I, 2, 330 ss.

54A. Pace, *Problematica*, cit., 312. Id., *Libertà personale*, cit., 300 e s. interpreta il rapporto fra art. 13 Cost. ed art. 32 Cost. proprio alla luce delle condotte di minore e genitori, entrambe condizionate: la prima, dall'assoggettamento al "procedimento educativo" (dunque alla funzione genitoriale), la seconda dall'interesse del figlio. Il genitore che impedisca al figlio di uscire di casa temendone cattive frequentazioni, oppure che lo perquisisca pensando che abbia commesso un furto (esemplifica Pace), non viola le libertà costituzionali di cui egli è titolare, se le misure – pur coercitive – siano sorrette da un intento pedagogico.

Un intento, però, che può fondare tale difficile bilanciamento solo se coerente con il programma costituzionale di formazione della personalità del figlio.

2.3 Capacità giuridica, autodeterminazione e diritto del figlio all'adempimento dell'obbligo vaccinale.

L'idea⁵⁵ che il figlio non sia titolare o legittimato all'esercizio delle libertà o di altri diritti costituzionali è in larga parte priva di fondamento.

Si abbia della capacità giuridica una concezione atomistica⁵⁶, organica⁵⁷ o gradualistica⁵⁸, per il compimento di atti materiali, come quelli dispositivi dell'integrità psico-fisica, non è necessaria la capacità di agire⁵⁹, essendo sufficiente quella naturale, sicché la volontà del

55F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, I, Cedam, Padova 2009, 134 ss., il quale ritiene conseguentemente che abbiano carattere eccezionale le disposizioni che attribuiscono rilievo alla volontà del minore, come nel caso degli obblighi di audizione.

56H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. It., Einaudi, Torino 1967, 77 ss., per il quale l'attività giuridica è la sommatoria delle situazioni attive o passive in cui il soggetto concretamente si trovi, le quali devono essere analizzate disgiuntamente giacché è la loro sommatoria a dare la complessiva sfera giuridica dell'uomo.

57A. Falzea, *Capacità (teoria generale)*, voce in *Enc. dir.*, Giuffrè, 1970, 12 ss., guarda alla capacità come idoneità ad essere soggetto di rapporti giuridici, sovrapponendola alla soggettività giuridica intesa come unità.

58La definizione è in M. Cuniberti, *Art. 22*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto ed M. Olivetti, Utet, Torino 2006, 476: la capacità come "misura della personalità" è in F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Società Ed. Foro It., Roma 1951, 119 – Ristampa a cura del Centro Aud. St. Univ. Camerino, Camerino 1998 – il quale riconosce che "non vi è alcun uomo, il quale non sia soggetto di rapporti giuridici", ma precisa come "la soggettività o personalità [non] sia attribuita a tutti gli uomini nella stessa misura", di tal che "la capacità giuridica è la misura della personalità giuridica riconosciuta a ciascun uomo o, in altre parole, la misura della sua partecipazione all'ordinamento giuridico" (Id., ult. op. cit., 120).

59A. Pace, *Problematica*, cit. 311. Si è sostenuto (P. Barile, *Le libertà nella Costituzione. Lezioni*, Cedam, Padova 1966, 31) che "il principio della capacità delle persone senza limiti di età è la regola generale del diritto pubblico; restando per altro salva l'effettiva capacità naturale: per grandi linee può dirsi infatti che sui diritti di libertà l'età non spiega, di regola, alcuna influenza."

Qualificando la libertà come pretesa a che i terzi si astengano da illegittime interazioni con la sfera giuridica del titolare, P.F. Grossi, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, I,1, *II ed. ampliata*, Giappichelli, Torino 1991, 254 s. nota 38 afferma che "i diritti di libertà – tutti i diritti di libertà, nessuno escluso – hanno carattere personale e non possono essere esercitati per il tramite di rappresentanti. E vengono, perciò, come tali direttamente goduti dai titolari delle rispettive pretese, ancorché civilisticamente incapaci e bisognevoli, quindi, di essere sostituiti od integrati nell'esercizio degli eventuali poteri corrispondenti."

Afferma la capacità giuridica del minore anche A. Cataudella, *I contratti. Parte generale*, III ed., Giappichelli, Torino 2009, 7ss.

genitore non può, in linea di principio, sostituirsi a quella del minore, fatto salvo il migliore interesse di quest'ultimo.⁶⁰

Parlare, camminare o riunirsi, così come determinarsi in relazione alla propria sfera fisica: in questi abiti v'è capacità del minore, poiché in ciò si estrinseca la sua soggettività giuridica⁶¹ e diviene più complessa l'interazione con la funzione genitoriale, specie sul piano del diritto alla salute.

Il genitore è giuridicamente vincolato alla tutela dell'integrità psico-fisica, ma anche dell'autonomia e della volontà del figlio, che sia capace di comprendere il significato e le conseguenze delle proprie azioni⁶².

In senso analogo P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, III. Ed., Giappichelli, Torino 2011, 105, ove si legge che "Per il godimento dei diritti fondamentali è necessario, dunque, disporre di una capacità naturale che consiste nella capacità, almeno potenziale, di compiere le attività materiali nelle quali dette libertà di estrinsecano, ovvero nella capacità di agire ex art. 2 c.c., per i diritti che si risolvono nel compimento di atti giuridicamente rilevanti (così ad esempio, la libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. e il diritto di proprietà di cui all'art. 42 Cost.)". Desume dall'art. 2046 c.c., a mente del quale la capacità di intendere e di volere è condizione sufficiente per l'imputabilità della responsabilità per i fatti illeciti, una "norma positiva [...] di portata generale per tutti gli atti giuridici" F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali di diritto civile*, Jovene, Napoli 1997, 110. Per le critiche alla tesi che fonda l'istituto della capacità naturale sull'art. 428 Cost., v. M. Piccinni, *Il consenso al trattamento medico del minore*, in *Biblioteca giuridica*, raccolta da G. Alpa e P. Zatti, CEDAM, Padova 2007, 127 ss.

60Il che supera la *ratio* dello stesso diritto di ascolto, poiché il minore diviene titolare del potere decisionale e, semmai, sarà il genitore ad essere ascoltato a riguardo. Addirittura, può accadere che il genitore sia estromesso dal processo decisionale, quando la sua partecipazione, anziché concorrere alla formazione di una scelta consapevole, abbia ad ostacolarla in concreto: è il caso dell'art. 12 l. 22 maggio 1978 n. 194, a mente del quale la decisione di interrompere la gravidanza è rimessa esclusivamente alla responsabilità della donna, anche se minore di età e viene autorizzata dal giudice previa audizione dei genitori, che però può essere omessa per gravi motivi (Corte cost., ord. 4 dicembre 2002 n. 514, in *Giur. cost.*, 2002, 4255 ; Corte cost. ord. 10 maggio 2012, n. 126, in *Giur. cost.*, 2012, 1792 ss. con nota di L. Principato, *La capacità dei minori, la potestà genitoriale ed il controllo giurisdizionale: tassonomia della volontà nell'interruzione della gravidanza*; anche Corte cost., ord. 19 luglio 2012, n. 196, in *Giur. cost.*, 2012, 2834 ss., pur se con motivazione contraddittoria, conferma in capo alla minore la titolarità del potere decisionale sull'interruzione della gravidanza.

61Cass. civ. sez. I, 16 ottobre 2009, n. 22080, in *Fam. dir.*, 3, 20190, specie 225 ss. con nota di F. Astiggiano, *Superiore interesse del minore ed immigrazione: sull'interpretazione dell'art. 31 d. lgs. n. 286/1998*. Sul rapporto fra capacità giuridica, soggettività e personalità v. P. Stanzione, *Capacità, I) Diritto privato*, in *Enc. giur.*, V, Istituto Enciclopedico Zecca dello Stato, Roma-Bari, 1988, 4 ss.

62Il riconoscimento del rilievo giuridico della "capacità di discernimento" del minore è in molte fonti internazionali (art. 12 Convenzione ONU sui diritti del fanciullo; art. 3 Convenzione di Strasburgo del 1996 sull'esercizio dei diritti dei minori; art. 13 Convenzione de L'Aja del 1980 sulla sottrazione internazionale di minori; art. 6 della Convenzione di Oviedo) ed eurounitarie: l'art. 24 comma 1 della Carta dei diritti

Se si accetta il presupposto che titolarità ed esercizio del diritto alla salute non postulino la capacità di agire, ma richiedano solo quella di discernimento, allora non può negarsi che il primo destinatario dell'obbligo vaccinale sia il minore, poiché è sul diritto alla salute di questi (e della collettività) che tale obbligo riposa e reagisce, imponendo un adempimento in via diretta, se v'è capacità d'intendere e volere, altrimenti in via mediata, tramite i genitori.

Diversamente da quanto accade per gli atti patrimoniali, per quelli personali non è possibile stabilire un criterio fisso per l'accertamento della sussistenza della capacità naturale⁶³, essendo più opportuno tenere in considerazione le specificità di ogni singolo caso concreto, in ragione sia della tipologia di atto che delle condizioni del titolare e del contesto in cui questi abbia ad operare⁶⁴.

Si è ipotizzato⁶⁵ di distinguere i casi di radicale incapacità, da quelli di moderata o completa possibilità di determinazione autonoma: nei primi la responsabilità genitoriale si esercita in modo pieno⁶⁶, mentre negli altri essa concorre, è affiancata o è sostituita dalla volontà del

fondamentali dell'Unione Europea dispone che "I bambini hanno diritto alla 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."

63Si è proposto (Bussani, Cendon, Ghedini, Venchiarutti, *I diritti della personalità dei minori: titolarità ed esercizio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, 778; A. Ansaldo, G. Alpa, *Le persone fisiche, Artt. 1-10*, in *Commentario* fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Giuffrè, Milano, 2013, 203 s.) di distinguere tre fasce di età (infanzia, adolescenza, giovinezza) al fine di distinguere la capacità dei minori.

64In questo senso, M. Piccinni, *I minori di età*, cit., 443 ss., la quale riconosce che "La capacità di discernimento del minore, intesa come grado di maturità raggiunto dal minore, rispetto al determinato atto da porre in essere, si rileva in questo contesto essenziale per determinare quando e con quali modalità il minore possa valutare autonomamente i propri interessi" (446).

65M. Piccinni, *Il consenso al trattamento medico*, cit., 261 ss.

66Pur se è discutibile che in tal caso vi sia effettivamente rappresentanza legale, atteso che la peculiare struttura del diritto alla salute ne ammette un esercizio in via esclusiva da parte del titolare. In ogni caso, la funzione genitoriale postula il potere di cura del minore, sicché la scelta relativa all'atto medico può anche considerarsi quale espressione degli obblighi che ineriscono lo status di genitore, anziché frutto di poteri rappresentativi in senso proprio.

Infatti, la natura giuridica dell'atto compiuto dal genitore in luogo del minore incapace è quella dell'autorizzazione, più che del consenso inteso come manifestazione di volontà. In tema v. M. Piccinni, *ult. op. cit.*, 267 ss., che argomenta anche dall'art. 6 della Convenzione di Oviedo, a mente del quale l'atto di protezione delle persone incapaci, che rende possibile il trattamento medico, è definito esplicitamente *autorizzazione*.

minore, che assume conseguentemente la valenza di un “assenso integrativo”⁶⁷ o di un vero e proprio atto di esercizio del diritto, rispetto al quale, però, il ruolo del genitore continua ad essere quello di “*accertamento e verifica che la scelta medica posta in essere dal minore costituisca un mezzo idoneo alla cura del suo interesse psicofisico*”.⁶⁸

Nelle relazioni dinamiche che governano il nucleo familiare, l’interazione è assicurata dalla centralità dell’interesse del figlio, intorno al quale ruota il vortice della determinazione volitiva all’atto medico, nel bilanciamento fra esercizio dei diritti ed osservanza dei doveri espressi nel rapporto genitoriale.⁶⁹

Come tutti gli obblighi di legge, quello di vaccinazione condiziona al contempo sia il minore che la responsabilità genitoriale. Esso, come di regola accade nei trattamenti sanitari

67U.G. Nannini, *Il consenso al trattamento medico. Presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania e Italia*, Giuffrè, Milano, 1989, 407.

68M. Piccini, *Il consenso al trattamento medico*, cit., 269.

69Il generico riferimento al genitore od ai genitori, andrebbe meglio declinato in ragione delle possibili evenienze concrete. Infatti può accadere che vi sia un contrasto fra i genitori, che sarà deciso in applicazione dell’art. 316 c.c.; oppure che sia intervenuto un provvedimento di decadenza della potestà dell’uno o di entrambi, ovvero un provvedimento ex art. 333 c.c., del quale sarà necessario verificare il contenuto concreto, fermo restando il diritto-dovere del genitore decaduto di esercitare i poteri di vigilanza sull’esercizio della responsabilità genitoriale; od ancora che, in sede di separazione, divorzio, annullamento o nullità del matrimonio o nel caso di filiazione extramatrimoniale, il minore sia stato affidato congiuntamente ad entrambi i genitori, ovvero ad uno di essi in via esclusiva (caso in cui la scelta in ordine al trattamento medico, siccome “di maggior interesse”, resta condivisa fra le parti) o addirittura ad un terzo, ai sensi degli artt. 337 *ter* c.c. e 337 *quater* c.c., dall’ulteriore e diverso caso dell’affido c.d. “super-esclusivo”, disposto ai sensi dell’art. 337 *quater* comma 3 c.c., integrato laddove il giudice ritenga di dover modulare i poteri dell’affidatario escludendo l’altro genitore anche dalle scelte di maggiore interesse, in ragione delle circostanze concrete. In tale ultima ipotesi, al genitore non affidatario residua comunque una traccia di responsabilità genitoriale, sia negli obblighi di mantenimento che nel diritto-dovere di vigilare sull’istruzione, l’educazione e l’assistenza morale prestata al figlio (cfr. Trib. Milano, 20 marzo 2014, in *Nuova Giur. civ.*, 2014, 12, 1182, con nota di G. Savorani, *L’affidamento super-esclusivo in talune circostanze è l’unico mezzo per tutelare l’interesse del figlio minore*).

obbligatori, è dettato anche⁷⁰ per “preservare o migliorare la salute del singolo”⁷¹ destinatario, che in ogni caso non può ledere, fatto salvo l’indennizzo ed il risarcimento del danno.

I genitori, quindi, *devono* esercitare il proprio ufficio nel verso della tutela del figlio, ossia dell’assoggettamento alla misura sanitaria obbligatoria per legge; correlatamente, il figlio ha *diritto* a che la responsabilità sia esercitata in tal senso.

Analoga doverosità insiste sulla sfera giuridica del figlio, pur se di questi entra in gioco quella capacità di autodeterminazione che, invece, non rileva per i genitori, proprio perché essi esercitano una funzione per un interesse alieno.

La capacità del figlio è conformata dall’obbligo di legge, perché v’è una predeterminazione normativa di strumenti di attuazione della garanzia costituzionale non solo della sua salute, ma anche della sua partecipazione al consorzio sociale, in attuazione del principio di solidarietà.

Anche se non ci fosse strumentalità fra vaccinazione e salute individuale, essendo l’obbligo posto a tutela del solo interesse collettivo, la condotta del figlio sarebbe egualmente conformata dall’esigenza che questi divenga cittadino in armonia con i principi costituzionali;

⁷⁰Secondo la ricostruzione di C. Mortati, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Raccolta di scritti*, III, Giuffrè, Milano 1972, 439. La Consulta, nella sentenza n. 307 del 1990 ha ritenuto che l’obbligo di vaccinazione sia conforme all’art. 32 Cost. se “il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri”; l’espressione deve intendersi nel senso della illegittimità costituzionale di un trattamento obbligatorio non fondato sull’esigenza di protezione della salute collettiva (P. Barile, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984. 386), non anche nel senso della esigenza che il medesimo trattamento produca effetti positivi sulla salute del destinatario dell’obbligo (come pure di regola accade), ma sempre a condizione che non risulti in alcun modo di essa pregiudizievole (v. *supra sub* nota 93). Ciò accade perché la salute individuale è un bene primario ed assoluto, diritto fondamentale della persona che impone piena ed esaustiva tutela (Corte cost., 1996, n. 399, in *Giur. cost.* 1996, 3646) anche fra privati (Cass., III civ., 3 febbraio 1999, n. 915, in *Giur. cost.*, 1999, 3199, con nota di M. Esposito, *Locazione e tutela della salute: interferenza di norme e rapporti*) tale da non potersi considerare mai cedevole – se non nei limiti illustrati – verso il bene della salute collettiva. Non può però nascondersi una velata contraddittorietà, nella giurisprudenza costituzionale, fra l’affermazione categorica della primaria esigenza di protezione della salute individuale e la più realistica presa di coscienza della necessità, in taluni casi, di una delle “scelte tragiche del diritto”, quella di accettare un rischio (minimo ma) certo di sacrificio individuale, a tutela dell’interesse collettivo, a fronte del temperamento offerto dalla necessaria previsione di strumenti di indennizzo del danno così patito (cfr. Corte cost. 18 aprile 1996, n. 118, in *Giur. cost.*, 1996, 1006). Donde il convincimento che, in concreto, talvolta sia la dimensione collettiva a prevalere su quella individuale (v. D. Morana, *La salute*, cit. 61).

⁷¹D. Morana, *La salute*, cit., 43 nota 19.

allo stesso modo sarebbe vincolata la condotta dei genitori, per effetto della loro funzione pedagogica.

Si tratta dunque di un'ipotesi di *dovere di salute*, eccezione al diritto di essere malato⁷², fondata sul principio di solidarietà. Esso incontra a sua volta i *controlimiti*⁷³ della riserva di legge e del rispetto della persona umana, questa volta declinato non già come capacità di autodeterminazione, ma come diritto che reagisce sulla struttura dell'obbligo e sulle modalità di esecuzione, che non potranno essere lesive della riservatezza e del diritto all'informazione, e dovranno essere tali da consentire la protezione della personalità del paziente, nella relazione di cura.⁷⁴

Ciò che rileva, però, è che l'autodeterminazione che l'obbligo viene a comprimere, così come la protezione della persona umana che di esso è parametro di legittimità costituzionale, sono sempre quelle del figlio e mai quelle dei genitori, dei quali al contrario si arricchisce l'ufficio.

72Il diritto di non curarsi, espressione di autodeterminazione, viene fondato sul rispetto della persona umana e sul principio del *favor libertatis*, pur con il limite della pari dignità sociale ex art. 3 comma 2 Cost., poiché "la Costituzione non vuole dirci cosa la persona sia o debba essere, ma ci dice cosa non è e non può (socialmente) essere" (M. Luciani, *Salute*, cit., 10, che ne ricava la legittimità costituzionale dei limiti agli atti dispositivi del corpo). Altri ritengono che esso riposi sull'art. 32 Cost., in combinato disposto con le norme costituzionali che prevedono doveri inderogabili (artt. 4, 35, 52 Cost.) e postulano lo stato di salute del soggetto (C. Mortati, *La salute nella costituzione*, cit., 435).

73R. Romboli, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto "attivo" e in quello "passivo"*, in *Foro it.*, 1991, I, 20.

74D. Morana, *La salute*, cit., 50 ss., che muove una condivisibile critica alla tesi (F. Modugno, *Trattamenti sanitari*, cit., 314) che, ricavando dal limite della persona umana l'esigenza di proteggerne tutti i diritti fondamentali, inclusi quelli di coscienza, manifestazione del pensiero, libertà religiosa, finisce con lo svuotare di significato la previsione costituzionale dei trattamenti sanitari obbligatori.

Si sostiene che persona umana e dignità umana siano concetti distinti, perché la seconda "può essere violata mediante offese di ordine morale o a causa di abbandono in situazioni di degrado fisico", mentre la prima attiene anche alle "esigenze collegate al pudore della persona sottoposta al trattamento sanitario ed alla riservatezza delle notizie che concernono il suo stato di salute" (D. Morana, *op. ult. cit.*, 54). In senso contrario, ritenendo implicito nell'art. 32 comma 2 Cost. il riferimento alla dignità umana v. M. Ruotolo, *Appunti sulla dignità umana*, in Aa.Vv., *Studi in onore di F. Modugno*, IV, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, 3136. Ritiene coincidenti persona umana e dignità umana anche C. Panzera, *Un diritto fra i doveri? Lo "strano caso" del diritto alla salute*, in Aa.Vv., *I doveri costituzionali*, cit., 456).

2.4 Conclusioni: vaccinazioni obbligatorie ed abuso della funzione genitoriale.

Dal sistema delle vaccinazioni obbligatorie si possono, dunque, inferire due corollari.

Il primo corollario attiene alla tutela dell'interesse del figlio, nei casi di abuso della condotta genitoriale: è necessario, infatti, che l'ordinamento appronti adeguati strumenti di garanzia sia della volontà del figlio (se e nella misura in cui esista), sia del diritto di questi ad un adeguato sviluppo della propria personalità, verso la metamorfosi in cittadino.

Il d.l. n. 73 del 2017, anche a seguito di conversione, appare carente sotto entrambi i profili, pur se solo per omissione.

In caso di omessa vaccinazione, infatti, l'art. 1 comma 4 (come interpretato dalla Circolare ministeriale 16 agosto 2017) prescrive che la ASL competente – attraverso il Dipartimento di Prevenzione – convochi i genitori esercenti la responsabilità genitoriale, i tutori o i soggetti affidatari, per un colloquio informativo e perché sia sollecitato l'adempimento dell'obbligo di legge.

Colpisce che né la legge, né la circolare attuativa abbiano disposto la convocazione, almeno concorrente, del minore capace di discernimento. Di questi, in tal modo, si viola al contempo il diritto all'autodeterminazione e quello all'informazione, funzionale proprio ad un consapevole esercizio di autonomia in ambito sanitario, entrambi fondati sull'art. 32 Cost.

In sede di conversione, inoltre, è decaduto l'art. 1 comma 5, a mente del quale l'omissione vaccinale non regolarizzata implicava una comunicazione della ASL alla procura della Repubblica presso il Tribunale dei Minorenni.

La norma aveva sollevato accese polemiche, fondate sulla carenza di proporzionalità tra provvedimenti ablativi o limitativi della responsabilità genitoriale ed esigenza di sanzione dell'inadempimento dell'obbligo di vaccinazione.

In effetti, le critiche potevano cogliere nel segno (pur se con qualche riserva) con riguardo alla decadenza di cui all'art. 330 c.c., ma erano meno conferenti rispetto ai provvedimenti conformativi della responsabilità previsti dall'art. 333 c.c.

Si tratta di lacune che possono e devono trovare soluzione già sul piano ermeneutico, nell'ambito della legalità costituzionale, senza che sia necessario l'intervento del legislatore.

L'interpretazione conforme a Costituzione dell'art. 1 comma 4 d.l. n. 73 del 2017, infatti, consente di ritenere doverosa, poiché non vietata ed ancorché non prevista, l'audizione del minore capace di discernimento, anche in combinato disposto con il diritto di ascolto sancito dall'art. 315 *bis*, 316 comma 3 e comma 3 e 337 *octies* c.c., che ha valenza di principio generale suscettibile di applicazione estensiva.

Analogamente, l'omessa previsione della adozione di provvedimenti conformativi della responsabilità genitoriale quale sanzione per il caso di omessa vaccinazione non impedisce in alcun modo il ricorso al giudice, fermo restando il potere di ordinanza sindacale di cui all'art. 1 comma 6 d.l. n. 73 del 2017 in caso di urgenza, ai sensi dell'art. 117 d. lgs. n. 112 del 1998.

In questo senso si è esplicitamente pronunciata la Consulta, osservando che “L'applicazione degli artt. 333 e 336 c.c. non può ritenersi preclusa in ragione dell'espressa previsione di una sanzione amministrativa per il caso di violazione dell'obbligo in esame. Gli interventi previsti dalle norme suddette infatti non hanno natura sanzionatoria e, pertanto, non può essere fatto richiamo al principio di specialità”, con la conseguenza che “spetta al giudice rimuovere o superare la decisioni dell'esercente la potestà che, in violazione di precisi doveri siano pregiudizievoli al minore stesso, adottando i provvedimenti che egli ritiene convenienti nell'interesse del minore”.⁷⁵

Il secondo corollario attiene alla discrezionalità dei genitori nell'esercizio della propria responsabilità ed al connesso sindacato giurisdizionale⁷⁶.

⁷⁵Corte cost. 27 marzo 1992, n. 132, in *Giur. cost.*, 1992, 1108 ss.

⁷⁶L'obbligo di vaccinazione è di certo “questione di particolare importanza” che, se oggetto di contrasto nell'esercizio della responsabilità genitoriale, legittima il ricorso al Tribunale ordinario, ai sensi dell'art. 316 c.c. o 337 *ter* c.c. In tali casi, il giudice sente i genitori ed il minore, cercando di promuovere una composizione, in difetto attribuendo il potere di decisione a chi ritenga più idoneo a curare l'interesse del minore. Ai sensi dell'art. 38 disp. att. c.c., come modificato dalla l. n.219 del 2012, la pendenza di tale procedimento attrae la competenza all'adozione dei provvedimenti ai sensi dell'art. 330 e 333 c.c. altrimenti rimessi al Tribunale dei minorenni. La competenza sarà dunque radicata dalla priorità della domanda ex art. 337 *ter* c.c. o ex artt. 330 e 333 c.c. (Cass. civ., sez. I, 14 settembre 2017, n. 21348, in *Fam succ.*, 13 ottobre 2017, con nota di V. Piccinini, *Responsabilità genitoriale, ripartizione fra tribunale ordinario e per i minorenni: la sentenza della Cassazione*. Analoga sorte subiscono le istanze ai sensi dell'art. 709 *ter* c.p.c.

Si tratta di rimedi giurisdizionali, dunque distinti da quello amministrativo previsti dall'art. 403 c.c., che abilita la pubblica autorità, a mezzo degli organi di protezione dell'infanzia, ad intervenire in caso di

In effetti, nella ricostruzione che si è offerta, i margini di tale “autonomia funzionale” devono ritenersi fortemente contenuti e conformati ora dalla volontà del minore, ora dalla discrezionalità legislativa, pur sempre nel quadro della legalità costituzionale. Non si può escludere che esistano ambiti in cui i *poteri* genitoriali, rappresentati nella Carta fondamentale attraverso la metafora dei *diritti* di cui all’art. 30 Cost., trovino concreto esercizio, ma si tratta di spazi di autonomia fortemente compressi dalla *ratio* e dalle caratteristiche dell’ufficio.

Per meglio intendere, si guardi alle ragioni che possano fondare il diniego di adempimento dell’obbligo vaccinale, da parte di chi eserciti la responsabilità genitoriale: esse dovranno sempre costituire attuazione dell’esigenza di protezione del minore e, pertanto, non potranno mai consistere nell’affermazione di una posizione ideologica o religiosa dei genitori. La manifestazione di pensiero o credo religioso, politico o scientifico di questi ultimi, ancorché costituzionalmente protetta ai sensi degli artt. 19, 21, 33 e 49 Cost., non può che cedere dinanzi alla primaria esigenza di protezione del figlio, proprio in ragione della natura funzionale che gli artt. 30 e 31 Cost. imprimono all’ufficio genitoriale.⁷⁷

Saranno legittime ragioni giustificative dell’inadempimento dell’obbligo vaccinale, dunque, quelle fondate sul dovere di protezione del minore, in specie della sua salute, ma anche con riguardo ad esse occorre un distinguo.

Non è, infatti, il solo argomento della potenziale ed astratta lesività della vaccinazione – perché ad essa siano connessi rischi di lesione o perché la particolare condizione soggettiva del minore possa implicarli – a legittimare la condotta omissiva dei genitori: occorre che la contestazione sia specifica e circostanziata, dovendo essa avere ad oggetto le ragioni che nel caso concreto impongono di non vaccinare, al fine di evitare pregiudizio all’integrità psico-

minore materialmente o moralmente abbandonato, oppure allevato in locali insalubri o pericolosi o da persone per qualsiasi motivo incapaci di provvedere alla sua educazione. V. F. Ruscello, *Responsabilità dei genitori. I controlli. Artt. 330-335, in Il codice civile, Commentario* fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Giuffrè, Milano, 2016, 50 s.

77I genitori, dunque, non possono sollevare obiezioni di coscienza riguardo alla sfera giuridica del figlio, non avendo rilievo alcuno la propria sfera della coscienza e non potendo essi disporre di quella del minore. V. A. Alpini, “*Vaccinazioni obbligatorie*” e “*obiezione di coscienza*”, in *Rass. Dir. civ.*, 4, 2011, 1035. In giurisprudenza si esclude la possibilità di obiezione di coscienza dei genitori in ordine all’adempimento degli obblighi vaccinali (Cass. 18 luglio 2003, n. 11226, in *Riv. it. medicina legale*, 2003, 1160, con nota di Buzzi-Magliona, *Libertà di cura e interesse della collettività nelle vaccinazioni obbligatorie in età pediatrica: verso un nuovo equilibrio?*; App. min. Perugia 21 giugno 1997, in *Foro it.*, *Rep.* 1999, voce *sanità pubblica*, n. 298).

fisica del figlio⁷⁸. Il principio trova conferma nella giurisprudenza costituzionale⁷⁹ ed è applicato dal giudice comune, anche laddove le contestazioni riguardino specificamente la validità delle conclusioni cui la scienza medica perviene in tema di vaccinazioni.⁸⁰

Il sindacato giurisdizionale sulla condotta dei genitori è svolto essenzialmente – ma non esclusivamente – attraverso i procedimenti *de potestate*.

Il discrimine fra decadenza e conformazione della responsabilità genitoriale è normalmente fondato sulla gravità delle condotte e della conseguente sanzione, anche se v'è chi⁸¹ ritiene che sussista una diversità qualitativa, assumendo che la decadenza assista ipotesi di violazione o trascuratezza di doveri genitoriali o abuso dei poteri, mentre i provvedimenti ex

78Cass. civ. sez. I, 8 luglio 2005, n. 14384, in *Mass. Giur. it.*, 2005. V. *supra sub* nota 125. In senso conforme, App. Bari, 6 febbraio 2002, in *Giur. mer.*, 2002, 988. Sul piano processuale, l'onere della prova deve dirsi incombere sui genitori, di tal ché implicherebbe l'accertamento della illegittimità della condotta omissiva la mancanza di rilievo processuale della dannosità del vaccino. Si è talvolta affermato, però, che la circostanza che il vaccino possa implicare danni al minore debba essere accertata dalle autorità sanitarie ed, in difetto, si debba "ritenere insussistente qualsivoglia comportamento pregiudizievole dei genitori che si rifiutino di sottoporre il figlio minore alle vaccinazioni obbligatorie" (App. Perugia, 13 dicembre 1996, citata in M. Morelli, *La potestà dei genitori*, in *Aa.Vv., Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, diretto da G. Cassano, IV, *La filiazione e l'adozione*, Giuffrè, Milano 2006, 2006, 297.

79Corte cost. 22 luglio 2004, n. 262, in *Giur. Cost.*, 2004, 2692, in cui si è dichiarata manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'obbligo di vaccinazione anti-tetanica di cui all'art. 1 lett. c), l. 5 marzo 1963, n. 292, sollevata con riferimento all'art. 32 Cost. Dinanzi al giudice *a quo* i genitori avevano argomentato la legittimità del proprio diniego di vaccinazione in ragione non già di convenzioni ideologiche o etiche, bensì del dubbio sulla dannosità del vaccino antitetano, ricavato dal disposto del d.m. 13 novembre 2001, che ne disponeva il ritiro dal commercio ma con effetto solo pro futuro. La Corte ha precisato che il giudice del giudizio principale è tenuto a verificare l'eventuale fondatezza degli argomenti a sostegno della pericolosità dei vaccini, o del rischio connesso allo specifico e concreto stato di salute del figlio attraverso "i necessari approfondimenti tecnico-sanitari".

80App. Bari, 6 febbraio 2002, in *Giur. mer.*, 2002, 988. Sul problema dell'efficacia vincolante della scienza medica ufficiale, v. *infra sub* 4.

81F. Ruscello, *Responsabilità dei genitori*, cit. 185, nota 20, il quale esemplifica con riferimento ai casi in cui i genitori non vogliono iscrivere a scuola un minore, o vogliono precludergli una certa relazione affettiva o sentimentale, assumendo che ciò sia rispondete alle sue inclinazioni o, comunque, al suo interesse: l'intervento del giudice non è fondato sull'imputazione al genitore di una condotta abusiva, bensì sull'esistenza di danno per la vita di relazione del figlio. In senso contrario, F. Giardina, *I rapporti personali fra genitori e figli alla luce del nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1977, 1384, per il quale l'art. 333 c.c. consente di dirimere i conflitti fra genitori e figli su questioni di interesse del minore, svolgendo una funzione analoga al 145 c.c. che invece riguarda i contrasti fra coniugi sull'indirizzo della vita familiare.

art. 333 c.c. intervengano laddove vi sia un pregiudizio del minore, anche senza che ricorrano tali abusi o violazioni⁸².

Si è detto che gli strumenti giurisdizionali sono utilizzabili anche nelle ipotesi di violazione degli obblighi vaccinali, almeno quanto ai poteri conformativi ex art. 333 c.c., atteso che la sanzione della decadenza dalla potestà appare non proporzionata alla sola omissione vaccinale, pur se sempre possibile⁸³ laddove in concreto essa si inserisca in un più ampio e problematico quadro di modalità di esercizio delle responsabilità genitoriali.

L'intento perseguito od i motivi concreti che sostengono la condotta di chi esercita la responsabilità genitoriale non dovrebbero avere alcun rilievo, atteso che l'unico presupposto che si ravvisa nella lettera dell'art. 333 c.c. è quello del pregiudizio eziologicamente connesso ad essa condotta.

Desta perplessità, dunque, l'isolato orientamento⁸⁴ che ritiene di non poter adottare provvedimenti limitativi della *potestà* genitoriale, laddove la scelta "di non sottoporre i figli

82Si pensi al caso in cui, nella situazione di conflitto fra i genitori, nessuna delle soluzioni prospettate al magistrato sia ritenuta funzionale alla tutela del figlio, di tal ché si assuma un provvedimento conformativo che indichi le attività da compiersi, vincolante per entrambi i genitori. In sostanza la categoria è aperta (App. Napoli 26 settembre 2002, in *Dir. fam.*, 2003, 689 ss.), pur se si afferma che non possano adottarsi misure che producano effetti al di fuori del rapporto fra genitore e figlio sicché "il giudice deve limitarsi ad imporre ai genitori e non ai terzi, particolari modalità o direttive" (L. Ferri, *Della potestà dei genitori. Artt. 315-342*, in *Comm. del cod. civ. Scialoja e Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, 157).

Nel senso che il relativo provvedimento, non "attribuisce o nega ad uno dei soggetti coinvolti un bene della vita, ma accerta l'interesse del minore con una pronuncia segnata dalla precaria efficacia giuridica degli atti incidenti sul potere-dovere attribuito ai genitori dall'art. 30 Cost.", v. Cass. civ. sez. I, 3 febbraio 2004, n. 1920, la quale ribadisce il consolidato orientamento (Cass. civ. Sez. I, 22/09/2016, n. 18562 e Cass. civ. Sez. Unite, 02/02/2015, n. 1825; Cass. civ. Sez. Unite, 15/07/2003, n. 11026, in *Giur. It.*, 2004, 1162 nota di Perilli). In senso contrario, però, Cass. civ. sez. I, 4 marzo 1996, n. 1653, in *Fam. dir.*, 1996, 4, 368 ha affermato l'ammissibilità del ricorso ex art. 111 Cost. in tutti i casi in cui la decisione incida su diritti "di natura personalissima e di primario rango costituzionale" (Cass. civ. Sez. I, 21/11/2016, n. 23633, in *Fam. dir.*, 2017, 3, 225 nota di Donzelli; Cass., 29.1.2016, n. 1743 e n. 1746, entrambe in *Fam. e dir.*, 2016, 1135, con nota di Ravot, *Responsabilità genitoriale e provvedimenti de potestate*; Cass., sez. un., 9.1.2001, n. 1, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1229.

83In Trib. Min. Brescia 13 gennaio 1984, in *Giur. it.*, 1985, I, 2, 96, con nota di M. Dogliotti, si è disposta la decadenza della responsabilità genitoriale a cagione dell'inadempimento dell'obbligo del giudice di sottoporre il minore a vaccinazione obbligatoria; la possibilità è contemplata anche in Trib. min. Bologna, 19 settembre 2013, in *Fam. dir.*, 2014, 4, 371 con nota di Amato.

84Trib. min. Taranto, 5 aprile 2012, in www.comilva.it, nel quale comunque si dispone che l'ASL riproponga l'obbligo di vaccini ai genitori e, in caso di diniego, se ne dia comunicazione alla Procura della Repubblica presso il Tribunale dei minorenni.

alle vaccinazioni obbligatorie non è frutto di incuria, ma espressione di una scelta ideologica consapevole e informata”: esso da un lato contrasta con la lettera della disposizione di legge, modificandone strutturalmente la fattispecie nel sostituire le modalità della condotta dei genitori all’esistenza del pregiudizio per il figlio; dall’altro attribuisce alle scelte ideologiche dei genitori carattere scriminante della illegittimità dell’inadempimento di un obbligo di legge, in contrasto con il prevalente orientamento dei giudici costituzionali.

Talvolta, l’impossibilità ad adottare provvedimenti conformativi della responsabilità genitoriale è argomentata negando radicalmente la competenza del Tribunale dei minorenni⁸⁵, oppure osservando che l’inadempimento dell’obbligo di vaccinazione sarebbe teso ad evitare i rischi per la salute del minore “in aderenza a quanto sostenuto da una non irrilevante corrente nell’ambito della medicina scientifica”⁸⁶. In questo caso, pur se pone correttamente l’accento sul profilo del pregiudizio al figlio, quale presupposto legale per i provvedimenti ex art. 333 c.c., si attribuisce carattere determinante ad un orientamento scientifico minoritario, senza chiarire in alcun modo né come l’esistenza di esso possa prevalere rispetto alla maggioritaria letteratura scientifica internazionale, né qual sia la sorte dei provvedimenti amministrativi che quest’ultima recepiscono.

Soprattutto, una simile lettura del dato normativo finisce per svilirne l’obbligatorietà, venendo addirittura a negarla proprio in assenza di strumenti coercitivi che consentano l’attuazione delle vaccinazioni⁸⁷, senza tenere in considerazione i poteri attribuiti al Sindaco

85Trib. min. Bologna, 25 gennaio 1994, in *Dir. fam. pers.*, 1994, 1292, in cui si ritiene che l’obbligo di vaccinazione non lasci spazio ad alcuna valutazione discrezionale in esercizio di responsabilità genitoriale, di tal che laddove inadempito, legittimi l’adozione dei provvedimenti coercitivi di cui all’art. 33 l. 833 del 1978.

86Trib. min. Bologna, 23 gennaio 2014, inedita, nella quale si ripropone anche il non condivisibile argomento della impossibilità di intervenire sulla decisione dei genitori, se adottata scientemente e consapevolmente.

87Si afferma infatti che sia impossibile “ricomprendere l’obbligo di vaccinazione tra i casi di trattamento sanitario imposto a sicuro ed immediato presidio del diritto alla vita ed alla salute della minore in oggetto ovvero precipuamente alla sfera del suo personale e diretto interesse, riconducendolo, piuttosto, in via prevalente, nell’ambito di scelte di politica legislativa sanitaria da valutarsi sul piano dell’interesse pubblico ad evitare l’insorgere di importanti focolai epidemici” (Trib. min. Bologna, 23 gennaio 2014).

In realtà, l’interesse pubblico a che non sorgano focolai epidemici è proprio quell’aspetto collettivo protetto dall’art. 32 Cost. che costituisce legittimo limite al diritto individuale alla salute ed esso si accompagna al correlato interesse del destinatario dell’obbligo vaccinale a non contrarre malattie, come del resto mostra implicitamente (e contraddittoriamente) di ritenere lo stesso giudicante, precisando che

dall'art. 33 l. n. 833 del 1978⁸⁸, ferma restando l'esigenza di soddisfare le condizioni di legalità di cui all'art. 13 Cost.⁸⁹, in particolare quanto alla riserva di giurisdizione.

La giurisprudenza⁹⁰ quasi unanime, comunque, riconosce di contro che la violazione dell'obbligo vaccinale costituisca condotta lesiva della salute del minore, dovendosi esprimere adesione alla medicina dominante, ed abiliti all'adozione di provvedimenti limitativi della responsabilità genitoriale, che abbiano per contenuto l'imposizione di un obbligo di esecuzione dei vaccini, (talvolta espresso come obbligo di osservanza delle decisioni del pediatra del Servizio Sanitario Nazionale⁹¹), l'attuazione del quale è rimessa in primo luogo alla diligenza dei genitori e, nell'inerzia o nell'opposizione di essi, al Sindaco del comune di residenza del minore, per il tramite del Servizio socio-sanitario locale.⁹²

Certo, rischia di frustrare le esigenze di protezione del minore il fatto che l'art. 336 c.c. non attribuisca al minore la legittimazione attiva nei procedimenti ai sensi degli artt. 330 e 333

quello pubblico è l'interesse prevalente (dunque non l'unico) sotteso alla disciplina dei vaccini.

Si è affermato (Trib. min. Ancona, 9 giugno 2000, inedita), che "in mancanza di coercibilità per legge delle [...] vaccinazioni, non è consentito al Giudice intervenire nella materia e perciò solo limitare la libertà individuale degli stessi [genitori] di provvedere alla salute dei propri figli nei modi che ritengono più idonei". Duplice l'errore: ricavare dalla incoercibilità il diverso requisito della non obbligatorietà e, al contempo, assumere che vi sia un'esigenza di protezione della libertà individuale dei genitori, mentre non v'è spazio per autodeterminazione dei propri interessi nell'esercizio di un ufficio dettato a tutela dell'interesse del minore.

88Sugli obblighi di motivazione delle ordinanze sindacali ex art. 33 l. 833 del 1978, v. *ex multis* T.A.R. Valle d'Aosta, 16/04/1999, n. 76, in *Trib. Amm. Reg.*, 1999, I, 2405.

89A. Pace, *Libertà personale*, cit., 295; M. Luciani, *Salute*, cit., 10. *Contra*, F. Modugno, *Trattamenti sanitari*, cit., 319.

90Di recente, v. App. Napoli, Sez. minori, 30 agosto 2017, in *Foro It.*, 2017, 10, 1, 3175, in cui si afferma che "a fronte del contrasto tra i genitori sulla somministrazione o meno dei vaccini al figlio minore può configurarsi il rischio di un grave pregiudizio per quest'ultimo", e deve, dunque, confermarsi il provvedimento del giudice minorile che "(all'esito di una c.t.u. e conformemente all'opinione scientifica largamente dominante) ha affievolito la responsabilità genitoriale della madre sul figlio minore (di circa sette anni), relativamente alla somministrazione delle dosi vaccinali di richiamo (esavalente e trivalente), da eseguirsi a cura dell'altro genitore."

91In questo senso, Trib. Roma, sez. I, ord. 16 febbraio 2017, in *Fam. dir.*, 2017, 12, 1105, con nota di De Pamphilis.

92Trib. min. Venezia, 28 ottobre 2011, inedita. Del resto anche l'art. 1 comma 6 d.l. n. 73 del 2017 fa salvi i poteri sindacali d'urgenza di cui all'art. 117 d. lgs. n. 112 del 1998.

c.c.⁹³. Ma se il quarto comma della disposizione, introdotto dall'art. 37 comma 3 l. n. 149 del 2001, chiarisce che genitori ed il minore siano "assistiti da un difensore", in quanto contraddittori necessari, anche alla luce dell'art. 12 della Convenzione sui diritti del fanciullo, resa esecutiva con l. n. 176 del 1991⁹⁴, allora un'interpretazione conforme a Costituzione, rispettosa del *favor minoris* e degli artt. 3, 30 e 31 Cost., impone di riconoscere al minore capace di intendere e di volere la legittimazione attiva nei procedimenti *de potestate*.⁹⁵

3. Il ruolo del medico ed il vincolo della scienza medica ufficiale.

L'attività di cura non è oggetto di un diritto di libertà⁹⁶ per il medico che, se ausiliario del sistema sanitario nazionale⁹⁷, non è titolare di alcuno spazio di libertà sull'*an* della prestazione, atteso che le scelte terapeutiche sono sempre funzionali alla protezione di un interesse alieno, oggetto di composizione politica nella disciplina primaria (almeno sino all'eventuale accertamento di illegittimità costituzionale), mentre sul *quomodo* egli è vincolato⁹⁸ dalla scienza medica e dall'organizzazione sanitaria, anche in ragione di come essa reagisca sul contratto di lavoro.

L'obbligo di diligenza e di protezione⁹⁹ che grava sul medico si traduce nella determinazione avente ad oggetto modalità e forme del trattamento, nonché nel potere-dovere di controllo

93Si è sostenuto che il riferimento ai *parenti*, contenuto nell'art. 336 c.c., possa dirsi inclusivo del minore, inteso quale parente del genitore contro cui si ricorre (F. D. Busnelli, *Capacità ed incapacità*, cit., 223).

94Corte cost., 30 gennaio 2002, n. 1, in *Giur. cost.*, 2002, 1, in cui si ribadisce che il minore è parte del procedimento, con la necessità del contraddittorio nei suoi confronti, se del caso previa nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 78 c.c.

95In analogia a quando disposto dall'art. 321 c.c., che attribuisce al minore l'azione per la nomina di un curatore speciale, laddove i genitori non vogliano compiere atti di straordinaria amministrazione necessari alla migliore protezione del suo interesse.

96C. Piciocchi, *Libertà terapeutica e "medicine non convenzionali": definizione e confini*, in *Trattato di Biodiritto*, a cura di S. Rodotà e P. Zatti, III, *I diritti in medicina*, a cura di L. Lenti, E. Palermo Fabris, P. Zatti, 289 ss., che ritiene la libertà terapeutica composta da una libertà del medico di prestazione della cura e da una libertà del paziente di ricezione della cura.

97 Il medico libero professionista ha la scelta dell'*an* della prestazione – salvo il caso di urgente necessità – ma ha vincoli nel *quomodo* analoghi al medico ausiliario di struttura pubblica.

98V. *infra* sub 5.

99Pur se non appare corretto desumerne l'esistenza di una responsabilità contrattuale anche per i medici ausiliari del Servizio Sanitario Nazionale. In tema, se si vuole, L. Principato, *La medicina d'emergenza e la legge n. 24 del 2017 profili civilistici nella legalità costituzionale*, in *Medicina d'urgenza. Responsabilità e principi*, Giappichelli, Torino 2017, 137 ss.

sulle decisioni adottate dagli interessati, al fine di sollecitare eventualmente meccanismi di tutela amministrativa e giurisdizionale¹⁰⁰, fatto salvo l'obbligo di intervenire in caso di urgente necessità e con ogni connessa responsabilità¹⁰¹.

Neanche con il riferimento all'obiezione di coscienza¹⁰² possono argomentarsi incondizionati spazi di libertà per il medico. Nei casi di espressa previsione¹⁰³, ma anche a ritenere che essa sia un principio generale, il medico non può invocarla al fine di sottrarsi all'adempimento degli obblighi funzionali sempre e comunque, bensì solo condizionatamente alla protezione degli interessi ad essa sottesi: nell'interruzione della gravidanza, ad esempio, attraverso il rifiuto si esprime – condivisibilmente o non – la convinzione della superiorità della vita, anche rispetto al principio dell'autodeterminazione.

Nel caso di obbligo di vaccinazione, si è al cospetto di un trattamento imposto per preservare la salute della collettività e quella del singolo che, se minore, arricchisce del riferimento all'art. 30 Cost. il fondamento costituzionale del vincolo imposto all'autodeterminazione, di tal che l'obiezione del medico incontra un duplice limite – tutela della salute e *favor minoris*, principio di solidarietà – e deve ritenersi recessiva, se fondata su propri convincimenti ideologici.

Diverso il caso in cui essa trovi giustificazione su argomenti di carattere medico-scientifico.

La questione della reale efficacia (e necessità) delle coperture vaccinali ha scosso l'opinione pubblica, nella quale è corso il dubbio che siano più le ragioni del mercato, rispetto a quelle della salute collettiva, a trovare riconoscimento nell'approccio del legislatore.

100Dal combinato disposto degli artt. 33 e 37 del Codice deontologico dei medici, approvato il 18 maggio 2014, si ricava l'obbligo, per il medico, di fornire adeguate informazioni al minore ed acquisire il consenso al trattamento dall'esercente la responsabilità genitoriale, precisando che in caso di opposizione del minore (o del genitore), si debba dare segnalazione al giudice al fine dell'adozione dei provvedimenti del caso. V. anche l'art. 31 del Codice deontologico dell'infermiere e l'art. 13 del Codice del diritto del minore alla salute e ai servizi sanitari, che afferma il diritto del minore capace di discernimento ad esprimere il consenso informato all'atto medico.

101Se si vuole, v. L. Principato, L. Principato, *L'art. 28 Cost. e la responsabilità civile dell'amministrazione sanitaria dell'emergenza-urgenza*, in *Giur. cost.*, 2016, 1633 ss.

102A. Pugiotto, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Dig. Pubbl.*, X, UTET, Torino 2004, 240 ss.; R. Bertolino, *Obiezione di coscienza, I) Profili teorici*, in *Enc. giur.*, Istituto Enciclopedico Zecca dello Stato, Roma-Bari, 1990.

103Si pensi alla disciplina dell'interruzione di gravidanza (art. 9 l. n. 194 del 1978), della fecondazione assistita (art. 16 l. n. 40 del 2004) e della sperimentazione animale (art.1 l. n. 413 del 1993). Si discute se la libertà di coscienza sia immediatamente azionabile, o richieda l'*interpositio legislatoris*. V. A. Pugiotto, *Obiezione*, cit.

Sul piano giuridico, occorre comprendere qual sia il vincolo che la scienza medica ed i provvedimenti anche amministrativi che abbiano a recepirla pongano al minore, a chi esercita responsabilità genitoriale ed al medico.

Un argomento di diritto positivo è offerto dall'art. 5 l. n. 24 del 2017, a mente del quale gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si devono attenere alle raccomandazioni previste dalle linee guida o, in mancanza alle buone pratiche clinico-assistenziali, fatta salva la specificità del caso concreto.

La disposizione sembrerebbe finalizzata a rilasciare una patente di legittimità all'attività sanitaria, escludendo in via presuntiva l'imputabilità di una condotta pur pregiudizievole per il paziente, in ragione dell'osservanza delle *raccomandazioni* previste dalle linee guida, salve le specificità dei casi concreti.¹⁰⁴

In senso critico sull'effettiva efficacia di questo parametro di giudizio, si è posto l'accento sui profili dell'incertezza scientifica e dell'esigenza di progresso; sulla difficoltà di individuare fonti affidabili per la cognizione di linee guida e buone pratiche; sulla potenziale vetustà di esse e sul fatto che possano rispondere più ad esigenze di economia gestionale che non alle finalità di efficacia terapeutica¹⁰⁵.

Ma è il tema dell'effettività della norma a catturare l'attenzione.

Le linee guida (e le buone pratiche) possono restare confinate nell'ambito della scienza, divenendo un parametro di riferimento da adeguare al caso concreto, un vincolo tecnico sostanzialmente rimesso alla valutazione del giudice attraverso l'impiego della consulenza tecnica d'ufficio.

Quando invece sono recepite in un atto amministrativo che abbia funzione dichiarativa della loro validità ed efficacia – in ragione di un atto primario abilitante – esso resta sempre nella disponibilità del giudice comune, il quale potrà disapplicarlo (il giudice ordinario) o annullarlo (il giudice amministrativo), se viziato, in forza del principio di legalità.

¹⁰⁴Se si vuole, L. Principato, *L'art. 28 Cost. e la responsabilità civile dell'amministrazione sanitaria dell'emergenza-urgenza*, in *Giur. cost.*, 2016, 1633 ss.

¹⁰⁵P. Piccialli, *Le novità legislative: le linee guida nel decreto Balduzzi*, in *Contratto e impr.*, 2015, 3, 569; A. Querci, *Le evoluzioni della responsabilità sanitaria, fra riforma Balduzzi e novità giurisprudenziali*, in *Jus*, 2013, 6 e s.

Il medico è, in questa ipotesi, l'arbitro della scelta terapeutica, poiché decide sotto la propria responsabilità se le circostanze del caso concreto richiedano adesione o non alle linee guida ed alle buone pratiche, mentre al giudice è riservato l'accertamento della legittimità della condotta tenuta.

Per le vaccinazioni obbligatorie vale un principio analogo.

E' evidente che il secolo breve ha regalato alla scienza la crisi dell'assolutezza e l'affermazione del principio di probabilità: il passaggio dalla logica del vero/falso a quella del possibile, implica una naturale diffidenza verso gli approdi scientifici, anche quale stimolo alla ricerca d'avanguardia¹⁰⁶.

In ciò è l'essenza stessa del principio di precauzione¹⁰⁷, che s'impone per la gestione del rischio, essendo ormai condivisi "i caratteri di incertezza, opinabilità e non neutralità delle valutazioni scientifiche"¹⁰⁸.

Ma la decisione politica¹⁰⁹, così come risponde ad una logica maggioritaria, deve necessariamente fondarsi su convincimenti e conclusioni, pur elaborati *allo stato dell'arte*, in questo caso medica.

Il legislatore fonda la propria condotta sull'attività di certificazione, di carattere evidentemente ricognitivo, che le pubbliche autorità a ciò preposte svolgono in rapporto alla scienza medica, ma al contempo pone i limiti che, in omaggio al principio di legalità, garantiscono efficacia, efficienza e legittimità dell'agire amministrativo: costituiscono

106Per tutti, K. Popper, *La logica della scoperta scientifica*, Einaudi, 2010, ove si legge: "Il vecchio ideale scientifico di episteme - di conoscenza assolutamente certa, dimostrabile - ha dimostrato di essere un idolo. La domanda di obiettività scientifica rende inevitabile che ogni affermazione scientifica deve rimanere provvisoria per sempre. (...) Non è il suo possesso di conoscenze, di verità inconfutabile, che fa l'uomo di scienza, ma la sua ricerca persistente e incautamente critica della verità".

107In termini generali, *ex multis*, F. De Leonadis, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Giuffrè, Milano 2005; A. Zei, *Principio di precauzione*, in *Dig. disc. pubb.*, III, UTET, Torino 2008, 670 ss.

108N. Vettori, *Diritti della persona ed amministrazione pubblica. La tutela della salute al tempo delle biotecnologie*, Giuffrè, Milano 2017, 78, la quale osserva che "Se i dati scientifici sono incerti, insufficienti o suscettibili di valutazioni fortemente divergenti è necessario scegliere, stabilire quale sia la soluzione più attendibile, eventualmente comporre divergente interne alla comunità scientifica."

109V. A. Orsi Battaglini, *Libertà, legalità, mercato. Profili comparatistici del diritto della scienza*, in *Scritti per Mario Nigro*, I, Giuffrè, Milano, 1991, 441 ss., il quale pone l'accento sull'opportunità che la composizione dei conflitti avvenga in esercizio di rappresentanza politica, quale garanzia di legittimazione democratica.

applicazione di questo principio l'elaborazione di un prontuario farmaceutico, l'accertamento delle linee guide e buone pratiche e, per quanto qui interessa, il Piano Nazionale Vaccini 2017/2019 ed ogni conseguente provvedimento attuativo.

Si tratta di un procedimento dialettico che rappresenta esso stesso garanzia dei diritti dei cittadini, quanto alla formazione della regola più idonea attraverso l'analisi dei presupposti tecnici, la decisione politica e l'attuazione amministrativa di essa, quale migliore compromesso fra tecnica e bilanciamento degli interessi.¹¹⁰

Non si può entrare nel merito dei presupposti medici dell'obbligo vaccinale¹¹¹ ma, quale che sia la scienza medica ritenuta dominante e riconosciuta in via ufficiale, non può al contempo negarsi né che essa sia assistita da una presunzione di efficacia, né che si abbia il diritto di revocarla in dubbio per un difetto sia originario che sopravvenuto: qualsiasi attività pubblica, che reagisca sulla sfera giuridica del privato, implica un diritto di difesa, se non di resistenza. Lo impone il principio di legalità ed il diritto alla tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione, così come la stessa nozione di rigidità costituzionale: se la legge è l'unico strumento che può imporre l'obbligo di vaccinazione, sulla base di evidenze scientifiche, i destinatari dei precetti devono avere la possibilità di dubitare della legalità costituzionale di quel vincolo, attraverso la contestazione dei suoi presupposti medici¹¹².

110Si afferma infatti che "il coinvolgimento dei diritti fondamentali e di interessi generali legati alla tutela della salute e l'incertezza insita nella tecnicità delle questioni coinvolte, rendono costituzionalmente necessaria la combinazione fra previsione legislativa (di principio) ed atto amministrativo" (N. Vettori, *Diritti della persona*, cit., 79).

111Per uno stimolante approccio v. P. Bellavite, *Scienza e vaccinazioni: aspetti critici e problemi aperti*, in <http://www.medicinademocratica.org/wp/wp-content/uploads/2017/06/170502ScienzaeVaccinazioni-1.pdf>

112La stessa Corte costituzionale, nella sentenza 23 giugno 1994, n. 258, in *Giur. cost.*, 1994, 2097, dichiarando inammissibile la q.l.c. delle leggi 27 maggio 1991, n. 165, 4 febbraio 1966 n. 51, 6 giugno 1939 n. 891, 5 marzo 1963 n. 292 e 20 marzo 1968 n. 419 (recanti obblighi di vaccinazione contro antiepatite B, antipolio, antidifterica ed antitetanica, ha sottolineato l'importanza della previsione normativa di accertamenti preventivi tesi a ridurre il rischio di lesioni per l'integrità psico-fisica, con monito al legislatore di prevederli, nel corretto bilanciamento fra interesse individuale e salute collettiva. In senso contrario, v. TAR Friuli Venezia Giulia, 11 gennaio 2017, n. 20 in www.lacostituzione.info (confermata in sede cautelare da Cons. Stato, sez. III, ord. 21 aprile 2017, n. 1662, in *Foro It.*, 2017, 7-8, 3, 405) ove espressamente si afferma che non è possibile "entrare nel merito di disquisizioni scientifiche sulla necessità delle vaccinazioni e sui rischi che esse comportano", sicché "In tale delicata materia risulta necessario rifarsi alla consolidata letteratura scientifica e in particolare a quanto stabilito dall'Organizzazione mondiale della sanità, oltre che dagli organi sanitari italiani."

La Corte costituzionale¹¹³ ha ribadito che “il diritto della persona di essere curata efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell’arte medica, e di essere rispettata nella propria integrità fisica e psichica [...] deve essere garantito in condizione di eguaglianza in tutto il paese, attraverso una legislazione generale dello Stato basata sugli indirizzi condivisi dalla comunità scientifica nazionale e internazionale”, ma al contempo ha precisato che le scelte del legislatore sono valide *rebus sic stantibus* e, nella “prospettiva di valorizzazione della dinamica evolutiva propria delle conoscenze medico-scientifiche che debbono sorreggere le scelte normative in campo sanitario”, ne è possibile sempre una revisione, tanto che l’art. 1, comma 1-ter del decreto-legge n. 73 del 2017 ha introdotto (in sede di conversione) un sistema di monitoraggio periodico che può sfociare nella cessazione della obbligatorietà di alcuni vaccini¹¹⁴.

L’azione amministrativa non può che essere improntata alla legalità costituzionale, poiché conformata direttamente dall’esigenza di protezione dei diritti costituzionali e, pertanto, oggetto di un pieno sindacato giurisdizionale.¹¹⁵

I genitori, dunque, potranno resistere all’adempimento dell’obbligo ed all’applicazione della sanzione, invocando l’accertamento incidentale della legittimità costituzionale del precetto in rapporto all’art. 32 Cost. Sarà affidata al libero convincimento del giudice *a quo* la valutazione delle risultanze istruttorie addotte a sostegno delle contestazioni mosse e conseguentemente, in ragione della loro inesistenza, inconsistenza o solidità, anche quella della fondatezza della domanda e della connessa rilevanza della questione di legittimità costituzionale.

Certo, non può ignorarsi che le stesse regole della c.d. *Evidence based medicine*, che condizionano a monte la scelta normativa sull’obbligatorietà dei vaccini, non possono che condizionare a valle la decisione dell’eventuale consulente tecnico cui il giudice rimetta la valutazione del caso¹¹⁶. Ma una considerazione sulla probabilità della conclusione del giudizio non può reagire sulla necessità che quel giudizio si svolga, a tutela del diritto di azione.

113 Corte cost. 18 gennaio 2018, n. 5 in www.leregioni.it, motivato in diritto n. 7.2.2

114 Uno strumento di flessibilità che la Corte costituzionale valuta positivamente, invitando il legislatore a verificare l’opportunità di estenderlo anche alle vaccinazioni cui non è attualmente riferito (cons. in dir. 8.2.5).

115 Cass. S.U. 9 marzo 1979, n. 1463, in *Giust. Civ.*, 1979, I, 764, con nota di A. Postiglione, *Localizzazione di centrali nucleari e tutela della salute e dell’ambiente*; Cass. S. U. 30 maggio 2005, n. 11334; se si vuole, L. Principato, *L’immediata precettività dei diritti sociali ed il “contenuto minimo del diritto fondamentale alla salute”*, in *Giur. cost.*, 1998, n. 3865 ss.

116 In App. Napoli, 30 agosto 2017, in *Fam. succ.*, 25 settembre 2017, con nota di A. Scalera, *La madre si oppone ingiustificatamente alle vaccinazioni del figlio? Al padre spetta la decisione*, a fronte della contestazione sollevata dalla madre, sulla dannosità della vaccinazione in rapporto alle peculiari condizioni di salute del minore (che mostrava peculiari reazioni allergiche, di dubbia eziologia), il giudice si è uniformato alle conclusioni del consulente tecnico, che recepiscono l'opinione scientifica dominante, nonostante alcuni contrari lavori di carattere sperimentale.

In App. Bari, 12 febbraio 2003, in *Gius.*, 2003, 10, 1117 si rigetta il ricorso avverso il decreto del Tribunale dei minorenni, che aveva prescritto di sottoporre il minore alle vaccinazioni obbligatorie, proprio perché fondato su "una soggettiva impostazione scientifica sull'argomento [...] in evidente contrasto con gli studi di diverso segno, le cui risultanze sono state recepite dal Piano Sanitario Nazionale".