



Articolo 32

pubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.

nesso trattamento sanitario se non per disposizione di legge. Il diritto del rispetto della persona

dirittoe salute

Rivista di sanità e responsabilità medica

Numero 1 del 2022
Autorizzazione del Tribunale di Roma, n. 5 del 26 Gennaio 2017
Codice ISNN 2532-1862

dirittoe salute

Rivista di sanità e responsabilità medica

Direttore Scientifico:

Giuseppe Morbidelli

Direttore Responsabile:

Luigi Principato

Numero 1 del 2022
Autorizzazione del Tribunale di Roma n. 5 del 26 Gennaio 2017
Codice ISNN 2532-1862

Fascicolo n. 1 del 2022

GIULIA BIAGIONI, *Il curatore speciale del minore: nuove prospettive e questioni ancora aperte in tema di autodeterminazione e rappresentanza dell'incapace legale nell'esercizio del diritto alla salute* 1

CARLO BOTRUGNO, *Transizione digitale e diritto alla salute: sfide attuali e future* 18

ANGELO RAFFAELE SALERNO, *Sull'ammissibilità delle restrizioni alla libertà di circolazione tramite quarantena obbligatoria in caso di accertata positività al COVID-19*..... 40

GIANNI BALDINI, *Irrevocabilità del consenso e diritto della donna separata di procedere alla PMA anche contro la volontà dell'ex partner. Note a margine dell'ordinanza del Trib. Roma n. 131 del 2022 che ha sollevato q.l.c. dell'art. 6, comma 3, legge n. 40 del 2004* 55

BEATRICE PALCHETTI, *Rassegna giurisprudenziale in tema di abusi sessuali e disturbi dell'alimentazione*..... 75

Il curatore speciale del minore: nuove prospettive e questioni ancora aperte in tema di autodeterminazione e rappresentanza dell'incapace legale nell'esercizio del diritto alla salute

di Giulia Biagioni*

Abstract IT: *L'introduzione del curatore speciale del minore attraverso la legge n. 206 del 2021 fornisce all'A. l'occasione per tratteggiare un'attenta analisi sulla nuova disciplina. La riflessione si concentra sulla maggiore capacità di autodeterminazione riconosciuta ai minori, seguita dall'esame dell'impatto del novato contesto normativo sulla tutela del fondamentale diritto alla salute.*

Abstract EN: *The introduction of the special guardian for minors through Law No. 206 of 2021 provides the Author with the opportunity to outline a careful analysis of the new discipline. The reflection focuses on the greater capacity for self-determination recognized for minors, followed by an examination of the impact of the novel regulatory framework on the protection of the fundamental right to health.*

Sommario: 1. La condizione della persona incapace tra potere di rappresentanza e diritto all'autodeterminazione. – 2. Il curatore speciale: nuovi strumenti di rappresentanza processuale e sostanziale della persona minorenni. – 3. Il potere di autodeterminazione della persona minorenni in tema di consenso al trattamento medico: un modello imitabile.

1. La persona incapace tra potere di rappresentanza e diritto all'autodeterminazione.

La variegata casistica degli incapaci negoziali suggerisce che l'individuazione del miglior strumento volto alla loro tutela non può prescindere dall'esame degli aspetti concreti di ciascuna vicenda, atto dovuto onde evitare che l'omessa ricerca di una soluzione si traduca in una rinuncia ai loro diritti fondamentali¹.

* Avvocato del Foro di Firenze.

¹ In tal senso Cass. civ., sent. n. 14669 del 06/06/2018, espressasi su un caso di accesso dell'interdetto alla separazione dei coniugi, ma in senso più ampio si veda la Convenzione ONU per i diritti delle persone con disabilità del 13/12/2006, ratificata in Italia con la legge n. 18 del 13/03/2009 ed entrata

Ferme restando le esigenze di protezione di tali individui, ma volendo incentivarne una maggiore partecipazione personale ai traffici giuridici, vi potrebbe essere l'opportunità, in taluni casi di incapacità legale, di recuperare il concetto di «volontà» che, a ben vedere costituisce l'elemento peculiare della rappresentanza volontaria², anche in quella di tipo legale, tradizionalmente fondata sulla diversa tutela degli «interessi» dell'individuo.

Anche quando si sia in presenza di incapacità più serie, sembra comunque sempre doveroso mantenere la funzione strumentale della rappresentanza e, dunque, dedicarsi con maggiore impegno alla realizzazione della volontà della persona, in primo luogo attribuendo al legale rappresentante il «nuovo» compito di ricostruire, ove possibile, i desideri e le intenzioni variamente espresse dall'individuo³.

Tale ipotesi, peraltro, non è infrequente ove si considerino gli strumenti che l'ordinamento mette a disposizione per consentire a ciascuno di decidere in forma sempre più ampia della propria esistenza in caso di futura sopravvenuta incapacità, soprattutto in ambito sanitario, quali le disposizioni anticipate di trattamento e la pianificazione preventiva delle cure⁴.

A questi si aggiungono la possibilità di individuare *ex ante* il proprio futuro amministratore di sostegno e, da ultimo, la proposta di legge volta ad introdurre il c.d. mandato di protezione⁵.

Tali istituti confermano il progressivo superamento delle difficoltà sottese alla ricostruzione della volontà attuale della persona quando si tratti di disposizioni lasciate «ora per allora» e/o di attribuzioni di potere in merito alle scelte personali in favore di soggetti diversi da sé.

Quest'obiettivo dovrebbe esser perseguito anche quando si tratti di soggetti che vengano dichiarati incapaci già dal diciottesimo anno di età, valorizzando quel concetto di *capacity* a cui fa riferimento il diritto internazionale⁶ ed in maggior armonia, seppur con le dovute distinzioni, con ciò che avviene nella disciplina dei minorenni, pur sempre incapaci legali.

in vigore il successivo 30 marzo, che impone di riconoscere la capacità naturale di ciascun individuo e di permettergli, in tale condizione, di partecipare ai traffici giuridici.

² La rappresentanza volontaria, secondo la posizione in dottrina dominante, si fonda sul compimento di un'attività giuridica nell'interesse altrui e sulla *contemplatio domini*. Si veda, in tal senso A. SALOMONI, *La rappresentanza volontaria*, Padova, 1997, 18. A ben vedere, in tale istituto il rappresentante più che compiere un atto nell'interesse del rappresentato, lo fa nel rispetto della sua volontà, non essendo chiamato a nessuna indagine circa la rispondenza oggettiva dello stesso ai suoi interessi.

³ In senso contrario si segnala la pronuncia di Trib. La Spezia del 04/03/2020 ove il giudice tutelare, estendendo il divieto di cui all'art. 85 c.c. previsto per la sola persona interdetta, ha negato che all'amministratore di sostegno di un soggetto in stato di coma potesse essere riconosciuta la legittimazione all'espressione del consenso matrimoniale in luogo di quest'ultimo. Tale decisione è stata motivata alla luce del fatto che il beneficiario era totalmente incapace di determinarsi al compimento di un atto di così elevato rilievo nella sfera individuale ed economico-patrimoniale, nonostante convivesse da moltissimi anni con la compagna.

⁴ Cfr. legge n. 219/2017.

⁵ Il riferimento è alla proposta di legge avanzata da FederNotai nel maggio 2022, volta a introdurre il Mandato di protezione, istituto con cui taluno potrebbe designare uno o più soggetti ai quali attribuire specifici compiti di gestione della propria persona e del patrimonio qualora dovesse sopraggiungere un'eventuale incapacità d'agire.

⁶ Si veda *sub* nota 1.

Soltanto ove ciò non appaia possibile e solo adesso, si dovrebbe ripiegare su una tutela della persona maggiormente improntata alla cura dei suoi interessi, valutando se il compimento di quella determinata attività giuridica realizzi, nel singolo caso concreto e secondo le peculiarità della persona, un assetto di interessi tangibilmente favorevole per l'individuo, impiegando criteri quali utilità e necessità dell'atto e finalità di protezione della rappresentanza.

Ciò dovrebbe aver ad oggetto soprattutto il compimento di atti c.d. «personalissimi», ove il soggetto manifesta la propria individualità in via diretta ed esercita i propri diritti fondamentali, non ancora oggetto di una disciplina unitaria e, dunque, talvolta rimessi alla libera ed assoluta determinazione della persona incapace e talvolta rimessi al legale rappresentante⁷.

Si annoverano in tale categoria anche gli atti volti alla tutela del diritto alla salute, settore che peraltro ben si presta alla valorizzazione della volontà del singolo individuo in quanto non vi è alcuna particolare esigenza di tutelare la posizione di un terzo che sia eventualmente coinvolto dall'atto giuridico⁸.

Peraltro, atteso che la legge non sembra porre limiti espressi in tal senso⁹, si potrebbe anche ritenere ormai superata la categoria stessa degli «atti personalissimi», disomogenea e talvolta di difficile descrizione unitaria.

Invece, un esame concreto e atomistico del singolo atto che l'incapace si appresta a porre in essere porterebbe a meglio comprendere se la preclusione al suo compimento, prevista dalla legge o non espressamente disciplinata, possa ancora ritenersi attuale, anche alla luce dell'assetto di condizioni peculiari che si creerebbero nella vita dell'incapace¹⁰.

⁷ Rientrano nei c.d. «atti personalissimi» il matrimonio (cfr. Cass. civ., sent. n. 11536 del 11/05/2017), il testamento (cfr. Cass. civ., sent. n. 12460 del 21/05/2018), la donazione ed il riconoscimento del figlio, (cfr. Corte cost., sent. n. 114 del 10/05/2019); tuttavia, la persona, anche completamente incapace, ha diritto di autodeterminarsi in merito al diritto di aborto, ai sensi dell'art. 12 della legge n. 194 del 1978, mentre spetta al legale rappresentante l'espressione del consenso al divorzio, ai sensi dell'art. 4 co. 5 del d.lgs. n. 898/1970 e, per analogia, alla separazione: si veda in tal senso Cass. civ., sent. n. 14669 del 06/06/2018; spetta ancora al legale rappresentante l'espressione del consenso informato ai trattamenti medici, ai sensi dell'art. 3 co. 2 della legge 2019 del 2017 e, per recente giurisprudenza, il consenso all'adozione dell'*adottando* interdetto, su cui si segnala Cass. civ., sent. n. 3462 del 03/02/2022; secondo un orientamento più ampio, invece, l'espressione del consenso informato, quale atto unilaterale, richiede esclusivamente la capacità psico-giuridica e non quella in accezione legale, dovendo dunque spettare al titolare della posizione giuridica, anche incapace legale: si veda G. LA FORGIA, *Il consenso informato del minore «maturo» agli atti medico-chirurgici: una difficile scelta di equilibrio tra l'auto e l'etero-determinazione*, in *Fam. e Dir.*, n. 4/2004, 407 ss.

⁸ Diversamente da ciò che avviene in tema di contrazione del vincolo matrimoniale o in merito alla libertà di testare o fare donazioni, ove si avverte l'esigenza sia di considerare le conseguenze economiche delle proprie scelte sia la posizione dei terzi, quali l'altro coniuge o gli eredi legittimari.

⁹ In tal senso Cass. civ., sent. n. 1133 del 08/07/2021, in senso contrario la già citata pronuncia del Trib. La Spezia del 04/03/2020, si veda *sub* nota 3.

¹⁰ Alla persona incapace legale, per motivi diversi, sono espressamente vietati il matrimonio, ai sensi dell'art. 85 c.c., il testamento, ai sensi dell'art. 591 c.c. e la donazione, ai sensi dell'art. 774 c.c., pur essendo ammessa la donazione effettuata dal legale rappresentante dell'interdetto a causa del matrimonio di un discendente dell'incapace, in adempimento di un dovere morale di solidarietà familiare; sul tema si veda G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, 853; in tema di donazione dell'incapace a mezzo del suo rappresentante legale, anche in assenza della causa di nozze del discendente, si segnala Trib. Caltagirone, del 10/07/2008, con nota di A. DI SAPIO, A. GIANOLA, *Di una "donazione" del tutore dell'interdetto* in *Dir. Famiglia*, n. 2/2009, 673.

Peraltro, è di particolare interesse considerare come, talvolta, soprattutto in ambito sanitario, vi possa essere un proficuo dialogo tra il legale rappresentate dell'incapace e quest'ultimo, anche con intervento dell'autorità giudiziaria.

Difatti, quando il giudice è in grado di leggere le peculiarità e le esigenze della singola persona, può meglio comprendere la condizione di difficoltà dell'individuo soggetto a misura di protezione e, alla luce di ciò e con il supporto del legale rappresentante, condurlo a condividere la scelta che sia – seppur solo oggettivamente – più rispondente ai suoi interessi¹¹.

Diversa condizione si prospetta quando, invece alla luce delle condizioni psico-fisiche della persona, del suo ambiente socio-familiare, della presenza di una rete di supporto, ma, ancora una volta, del singolo atto giuridico che intenda porre in essere e dell'assetto di interessi che si andrebbe delineando, emerge che la persona incapace legale possa determinarsi e porre in essere in modo più autonomo l'attività giuridica.

In tali casi, difatti, dovrebbe recuperarsi con maggiore convinzione il perseguimento delle volontà e delle aspirazioni della persona incapace e riconoscersi in modo più espreso una concreta capacità «d'azione» di quest'ultima.

Ciò consentirebbe di rendere non solo più intensa ma soprattutto più diretta la partecipazione della persona alle attività giuridiche, mantenendo la funzione di controllo delle misure poste a protezione delle persone fragili mediante la supervisione del legale rappresentante, la nomina di un curatore speciale in caso di conflitto di interessi e, ove necessaria, la previa autorizzazione del giudice tutelare.

Ciò consentirebbe, altresì, di valorizzare anche il concetto di «assistenza» – anziché di «sostituzione» – per tutte quelle ipotesi ove l'individuo appaia bisognoso di un supporto, anche materiale, maggiore.

Un passo avanti in tal senso è già stato compiuto mediante l'introduzione della figura dell'amministrazione di sostegno, nata come forma di protezione «su misura» che consente al beneficiario di godere di uno strumento calibrato sulle proprie esigenze concrete, in un'ottica – seppur ancora sfumata – di maggior coinvolgimento dell'individuo nelle scelte che lo riguardano e di maggior rispetto delle proprie volontà¹².

¹¹ Il riferimento è a Trib. Vercelli del 31/05/2018, ove il giudice, adito su ricorso della beneficiaria di amministrazione di sostegno sostitutiva per sua contrarietà alla sottoposizione alle terapie mediche indicate dal personale sanitario e condivide dall'A.d.S., dall'ascolto della stessa capiva come la donna cercasse comprensione rispetto al peso di aver sopportato la terapia di dialisi per tutta la vita, più che voler esprimere un effettivo dissenso alla stessa, dichiarando espressamente come «mi hanno spiegato i dottori che se non la faccio muoio, ma io non ci volevo credere; ora mi sono ripresa e ho capito; ho chiaro il problema, e so che se mio marito farà l'ADS poi le decisioni le prende lui, nel caso mi vengano i cinque minuti; so anche che se vivo altri trenta anni (ne ho settantuno) devo fare la dialisi sempre, ma è meglio fare la dialisi che morire».

¹² La disciplina applicabile a ciascun individuo soggetto all'amministrazione di sostegno non è determinabile *ex ante* alla luce del dettato codicistico, atteso che spetta al singolo giudice tutelare indicare nel decreto di cui all'art. 405 c.c. sia i singoli atti che l'A.d.S. è chiamato a compiere in nome e per conto del beneficiario sia quelli che possano esser compiuti con la mera assistenza dello stesso, conservandosi per tutto ciò che non sia previsto, la piena capacità legale del beneficiario, il quale ha altresì diritto ad

È innegabile, dunque, che la valorizzazione dei desideri della persona variamente incapace potrebbe richiedere una revisione dei meccanismi sottesi in senso ampio all'amministrazione della giustizia, forse anche gravosa.

Ciò, infatti, implicherebbe un maggiore impegno concreto per attuarne al massimo i desideri e le aspirazioni, o tentare di ricostruirli, e, nei casi più seri, per riconoscere a ciascuno il diritto ad una tutela che possa dirsi soggettivamente giusta.

Peraltro, onde evitare un eccessivo congestionamento dei traffici giuridici, conseguente a una continua valutazione concreta dell'opportunità del singolo atto, una particolare attenzione potrebbe esser riconosciuta, *in primis*, alle situazioni a carattere esistenziale.

Nelle predette, infatti, e soprattutto in quelle rilevanti in ambito medico-sanitario, il mancato esercizio dell'atto equivale effettivamente e solamente alla privazione di un diritto.

Come si accennava, inoltre, per la persona minorenni, comunque incapace legale, tale procedimento è già *in itinere*: il minore di età oggi è pienamente riconosciuto quale soggetto di diritti e, grazie anche al rafforzamento del dovere di ascolto, calibrato sul suo sviluppo psichico e fisico, viene coinvolto in modo sempre più intenso e diretto nelle decisioni che lo riguardano.

Tale tendenza emerge dai procedimenti autorizzativi *ex* articoli 374 e 375 c.c., ove si predilige un esame della vicenda dal taglio concreto, volto proprio a valutare quelle peculiarità dell'assetto di interessi particolare che si delinea dal compimento della singola attività giuridica¹³, sempre nel preminente interesse del minore e nell'ottica di uno sviluppo progressivo della persona, come incrementato dalle recenti novità in materia.

Del pari emerge dalla casistica presente in ambito medico-sanitario ove, già da tempo, l'autorità giudiziaria valorizza la volontà della persona minorenni onde, nuovamente, evitare che la condizione naturale di «minore età» comporti la privazione di diritti fondamentali della persona¹⁴.

2. Il curatore speciale: nuovi strumenti di rappresentanza processuale e sostanziale della persona minorenni.

L'introduzione della figura del curatore speciale del minore¹⁵, ad opera della legge n. 206 del 2021, offre un'occasione interessante per valutare se – e in che

essere tenuto in considerazione per ciò che riguarda le proprie aspirazioni e ad essere tempestivamente informato degli atti ritenuti opportuni.

¹³ Il giudice competente, avvalendosi dei propri poteri d'iniziativa, assume tutte le informazioni utili o necessarie per la decisione, potendo a tal fine prendere in considerazione i documenti e le prove esibite dalle parti, ascoltare gli interessati, compreso il minorenni, disporre la consulenza tecnica di ufficio ed ogni altra ulteriore attività che ritenga necessaria o utile. In tal senso, si veda A. TORRONI, *L'evoluto concetto di responsabilità genitoriale: poteri gestionali e ruolo del giudice tutelare in Diritto di famiglia e delle persone (I)*, fasc. 4/2021, 1880.

¹⁴ Si veda in tal senso Trib. Minorenni di Milano del 30/03/2010.

¹⁵ La riforma Cartabia introduce due nuovi commi all'articolo 78 c.p.c., prevedendo che l'autorità giudiziaria debba procedere alla nomina del curatore speciale del minore quando: «1) il pubblico ministero abbia chiesto la decadenza dalla responsabilità genitoriale di entrambi i genitori, o in cui uno

misura – il legislatore abbia riconosciuto una maggiore capacità di autodeterminazione al minore di età, quanto abbia ancora lasciato all'istituto della rappresentanza e come tali novità possano trovare applicazione in ciò che concerne la tutela del fondamentale diritto alla salute.

Il generale riconoscimento di un autonomo centro di interessi in capo al minore, distinto da quello dei genitori, come operato dalla riforma, rappresenta indubbiamente una presa d'atto positiva poiché consente anche a tale soggetto di disporre di una difesa tecnica indipendente, volta a tutelare la sua esclusiva posizione giuridica, rendendolo da mera parte sostanziale del giudizio tale anche in senso processuale¹⁶.

Nell'intervento normativo *de quo* sembra individuarsi un precursore anche del diritto sovranazionale, e segnatamente del Regolamento n. 1111/2019 UE, entrato in vigore nell'agosto del 2022, in materia di competenza, esecuzione e riconoscimento delle decisioni adottate in ambito di responsabilità genitoriale.

Nel predetto, infatti, pur ribadendo l'importanza del coinvolgimento del minore nel giudizio che lo riguarda e il suo diritto di ascolto¹⁷, non ci si spinge sino ad individuarvi quel centro di imputazione autonomo rispetto a quello dei suoi genitori, che invece caratterizza la legge n. 206.

È innegabile, da un lato, che l'attribuzione della rappresentanza processuale della prole al curatore speciale e, dunque la sua sottrazione nei confronti dei genitori, possa rappresentare per questi un effetto estremamente severo, poiché volto a privarli di prerogative fondamentali nei confronti dei figli.

Ed è vero che nei conflitti endo-familiari i genitori possano, talvolta, apparire inadeguati a rappresentare gli interessi processuali della prole, non perché “cattivi genitori” ma perché chiamati ad agire, contemporaneamente, anche per la tutela dei propri¹⁸.

dei genitori abbia chiesto la decadenza dell'altro; 2) in caso di adozione di provvedimenti ai sensi dell'articolo 403 del codice civile o di affidamento del minore ai sensi degli articoli 2 e seguenti della legge 4 maggio 1983, n. 184; 3) nel caso in cui dai fatti emersi nel procedimento venga alla luce una situazione di pregiudizio per il minore tale da precluderne l'adeguata rappresentanza processuale da parte di entrambi i genitori; 4) quando ne faccia richiesta il minore che abbia compiuto quattordici anni. In ogni caso il giudice può nominare un curatore speciale quando i genitori appaiono per gravi ragioni temporaneamente inadeguati a rappresentare gli interessi del minore; il provvedimento di nomina del curatore deve essere succintamente motivato».

¹⁶ Lo stesso quindi non è più solo destinatario degli effetti dei provvedimenti giurisdizionali, su cui si veda *ex multis* Cass. civ., sent. n. 20323 del 23/06/2022, e già Corte cost., sent. n. 1 del 30/01/2002, ma viene riconosciuto portatore di posizioni giuridiche proprie, bisognose di tutela giurisdizionale, in applicazione degli artt. 24 e 111 Cost. e degli artt. 4, 9 e 10.1 della Convenzione di Strasburgo del 1996, ratificata in Italia con la legge n. 77 del 20/03/2003, ed in armonia con la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, per cui si rimanda a G.O. CESARO, *La corte europea dei diritti dell'uomo e la figura del curatore speciale del minore*, in *Fam. e Dir.*, 2019, 397 e ss. e F. DANOVÌ, *Il difensore del minore tra principi generali e tecniche del giusto processo in Dir. Famiglia*, n.1/2010, 243.

¹⁷ Si veda in tal senso l'art. 39 comma 2 del Regolamento 1111/2019 UE in materia di competenza, esecuzione e riconoscimento delle decisioni adottate anche in ambito di responsabilità genitoriale, che prevede la possibilità di negare il riconoscimento della decisione adottata in un altro Stato membro quando il minore non sia stato sentito, solo a condizione che il procedimento riguardasse esclusivamente i beni del minore, in presenza di seri motivi, da valutarsi a seconda dell'urgenza del caso.

¹⁸ La giurisprudenza appare sempre più incline a riconoscere l'esistenza di un conflitto di interessi *in re ipsa* tra genitori e figli in molte controversie endo-familiari, oltre che nei giudizi di adozione e decadenza dalla responsabilità genitoriale, in quanto minore e genitore sarebbero portatori di interessi, se non

Tuttavia, tale dualità caratterizza proprio la figura dell' esercente la responsabilità genitoriale che, anche sul piano del diritto sostanziale e della quotidianità del proprio ruolo, è chiamato a cercare un bilanciamento tra le proprie esigenze e quelle, spesso preminenti, dei figli¹⁹.

Occorre sottolineare che in ambito medico-sanitario tale rischio di conflitto di interessi sembra attenuato dalla natura stessa dell'atto, che non coinvolge in modo diretto gli interessi o i diritti del genitore, sebbene, d'altra parte, si tratti di un settore maggiormente esposto, forse, ad una strumentalizzazione della salute del minore da parte degli esercenti la responsabilità genitoriale.

In generale, la riforma sembra allora recuperare il carattere strumentale, ma in tale sede necessario²⁰, della rappresentanza quale mezzo per affermare una certa autonomia della persona minorenni, soggetto diverso e distinto rispetto ai propri genitori e per questo, titolare di una propria posizione processuale.

Nel compiere tale importante affermazione dell'individualità della singola persona, la riforma Cartabia effettua un ulteriore passo avanti dove predispone una figura *ad hoc* che si occupi della tutela della posizione del minore, ruolo che in passato era invece rimesso all'autorità giudiziaria, che assumeva direttamente le decisioni rispondenti all'interesse del minore, anche nel delicato ambito medico-sanitario²¹.

Tale previsione, anche nel rispetto dell'ordine logico-giuridico per cui la tutela dei diritti può solo seguire al loro riconoscimento, porta a chiedersi come – e se – una certa affermazione dell'individualità del minore abbia avuto una disciplina nel diritto sostanziale, alla luce del nuovo art. 80 co. 3 c.p.c.²².

sempre confliggenti, quantomeno distinti; sul tema si veda: Cass. civ., sent. n. 5256 del 03/06/2018, Cass. civ., sent. n. 7281 del 26/03/2010 in *Riv. Dir. proc.*, 2011, 407, con nota di S. BOCCAGNA; in senso contrario, in dottrina O. CLARIZIA, *La disciplina delle responsabilità genitoriali*, in *Aa. V.v., La nuova disciplina della filiazione*, 153.

¹⁹ In tema di obbligo di mantenimento della prole, escluso soltanto quando l'obbligato sia assolutamente privo di redditi, si veda, *ex multis*, Trib. Udine, sent. n. 1216 del 30/06/2022 in *Redazione Giuffrè 2022*, in tema di diritto alla bigenitorialità della prole anche in ipotesi di crisi coniugale si veda Trib. Palermo, sent. n. 2848 del 29/06/2022 in *Redazione Giuffrè 2022*, in tema di assegnazione della casa familiare nell'interesse della prole, in ipotesi di separazione o divorzio si veda Trib. Como, sent. n. 902 del 13/09/2022 in *Redazione Giuffrè 2022*.

²⁰ Nel nostro ordinamento manca una disposizione che attribuisca la legittimazione processuale al minore anche in ipotesi di separazione o divorzio ove lo stesso, pur essendo destinatario, in parte, dei provvedimenti ivi assunti, non ha alcun interesse ad agire ai sensi dell'art. 100 c.p.c. né ha il libero esercizio dei diritti e, pertanto, può solamente stare in giudizio per mezzo del proprio rappresentante, ai sensi dell'art. 75 c.p.c.; in dottrina, si veda G. COSTANTINO, *Legittimazione ad agire*, in *Enc. Giuridica Treccani*, XVIII, Roma, 1990.

²¹ Si veda in tal senso Corte appello Ancona, 26/03/1999 in *Famiglia e diritto 1999*, 467 ove si afferma che: «Nel caso in cui si tratti di assumere decisioni relativamente alla salute del minore non trova applicazione l'art. 78 comma 2 c.p.c., che prevede la nomina di un curatore speciale del rappresentato, in quanto dettato in previsione della tutela giudiziaria di un diritto di contenuto patrimoniale in relazione al quale sorga il conflitto tra l'esercente la potestà parentale ed il minore. In detta ipotesi, qualora si assuma che le decisioni dei genitori siano pregiudizievoli alla tutela del minore, il giudice, sulla base degli ampi poteri anche sostitutivi, conferitegli dall'art. 333 c.c., può consentire all'intervento sanitario, demandando ad altri l'esecuzione, anche forzata, di tale provvedimento qualora esso non fosse eseguito spontaneamente dall'esercente la potestà parentale».

²² Secondo cui «Al curatore speciale del minore il giudice può attribuire nel provvedimento di nomina, ovvero con provvedimento non impugnabile adottato nel corso del giudizio, specifici poteri di rappresentanza sostanziale. Il curatore speciale del minore procede al suo ascolto. Il minore che abbia

La riforma consente di attribuire al curatore speciale anche poteri di rappresentanza sostanziale della persona minorenni, sottraendo nuovamente tale prerogativa agli esercenti la responsabilità genitoriale.

In via del tutto preliminare, ancor prima di considerare l'opportunità di tale scelta e le sue implicazioni concrete, si può forse dire con le dovute cautele, che il solo operare una distinzione tra la persona minorenni ed i genitori, anche per ciò che riguarda i diritti sostanziali dell'individuo, significhi attribuirle una soggettività autonoma.

E tale riconoscimento, non scontato, costituisce in un certo senso il presupposto fondamentale per poter eventualmente parlare delle sue modalità di attuazione e, dunque, sia di autonomia che di rappresentanza.

Più nel dettaglio, il nuovo assetto incentiva l'impiego della rappresentanza sostanziale del minorenni, attribuendo al curatore speciale anche il potere di compiere atti aventi carattere personale in nome e per conto del rappresentato²³, assieme al dovere di ascolto del minore a cui deve procedere il suo «nuovo» rappresentante legale.

Ciò sembra allora confermare la tendenza a garantire una maggior partecipazione dell'individuo, anche legalmente incapace, all'assunzione delle decisioni che lo riguardano e la volontà del legislatore di considerare e valorizzare i suoi desideri, aspetto che, soprattutto in ipotesi di alta conflittualità tra genitori, potrebbe facilmente passare in secondo piano.

Sembra tuttavia opportuno riflettere sul diverso ruolo della rappresentanza in ambito processuale ed in ambito sostanziale, poiché se nel giudizio tale istituto sembra aver il pregio di porre le parti in condizione di parità, al fine di suggerire al giudice la scelta che meglio rispecchi il *best interest of the child*, in ambito sostanziale costituisce una manifestazione della responsabilità genitoriale e, in senso lato, esprime anche il diritto del minore alla bigenitorialità.

In estrema sintesi, l'esercizio della responsabilità genitoriale, oltre all'adempimento dei doveri codicistici verso la prole, importa lo sviluppo e la definizione della personalità del minorenni, atteso che la famiglia è portatrice di valori, idee e modelli comportamentali diretti e dà origine ad un rapporto stabile e a costruzione progressiva, soprattutto da lato figlio-genitore.

compiuto quattordici anni, i genitori che esercitano la responsabilità genitoriale, il tutore o il pubblico ministero possono chiedere con istanza motivata al presidente del tribunale o al giudice che procede, che decide con decreto non impugnabile, la revoca del curatore per gravi inadempienze o perché mancano o sono venuti meno i presupposti per la sua nomina».

²³ La formulazione letterale della norma non aiuta in tal senso, essendo esclusivamente prevista la generale attribuzione di poteri. Tuttavia, l'interpretazione accolta appare preferibile in quanto, in caso contrario, il curatore speciale rappresenterebbe un mero esecutore delle decisioni altrui e la sua figura diverrebbe più difficilmente inquadrabile atteso che, onde evitare l'inerzia dei genitori nel compimento delle attività materiali da eseguirsi nell'interesse del minore, sarebbe stata sufficiente una delega ai servizi sociali. Del pari, si ritiene che per gli atti a contenuto patrimoniale l'articolo 321 c.c. già preveda la nomina di un curatore speciale, quando si tratti di compiere atti di straordinaria amministrazione. Di conseguenza, onde evitare un'inutile duplicazione delle norme, l'articolo 80 c.p.c. sembra attribuire al curatore una rappresentanza per ciò che concerne il compimento di atti personali, quali la scelta dell'indirizzo scolastico, le scelte mediche, la gestione delle relazioni interpersonali del minore. In tal senso si veda C. COSTABILE, *Il curatore speciale del minore in Riforma del processo per le persone, i minorenni e le famiglie*, (a cura di R. GIORDANO, A. SIMEONE), Milano, 2022, 136.

È allora doveroso chiedersi se tale complessità di prerogative possa pretendersi anche dal curatore speciale, soggetto terzo rispetto al nucleo familiare e privo delle conoscenze psico-pedagogiche necessarie a tal fine, e, dunque, se sia opportuno sostituire la discrezionalità genitoriale²⁴ con la professionalità del curatore, e, in altre parole, il modello diretto dell'esempio con il parere del tecnico.

È innegabile, tuttavia, che in ambito strettamente medico-sanitario la discrezionalità riconosciuta al genitore nell'esercizio delle sue prerogative ceda parzialmente il passo all'utilità oggettiva del trattamento.

Con la conseguenza che, forse, è proprio in tale ambito, meno opinabile e dal forte carattere scientifico, che la sostituzione dei genitori con un terzo nel ruolo rappresentativo potrebbe dare più vantaggi, senza arrivare a compromettere quegli aspetti strettamente discrezionali che caratterizzano la figura genitoriale. L'unicità di tale ultima figura emerge ancora più marcatamente ove si consideri la struttura della rappresentanza legale nei confronti della prole, la quale, per ciò che riguarda l'assunzione delle decisioni più rilevanti, come appunto la salute e le scelte esistenziali, impone la partecipazione di due diversi individui al processo decisionale²⁵, con intervento dell'autorità giudiziaria in ipotesi di disaccordo²⁶. Tale meccanismo fondato sul doppio ramo della genitorialità, oltre che essere conseguenza della filiazione, a ben vedere, svolge anche una funzione di garanzia per il figlio minore, incentivando il dialogo tra i genitori e la ponderazione delle scelte nell'interesse della prole.

²⁴ A seguito della riforma del diritto di famiglia del 1975 il legislatore ha sostituito l'educazione familiare fondata sul rispetto dei principi della morale con una maggiormente personalista, che pone al centro il soggetto destinatario della stessa e, dunque, il figlio; si veda in tal senso C. COSSU, *Potestà dei genitori in Dig. IV, sez. civ., XIV*, Torino, 1996, 121 e già l'articolo 29 della Convenzione di New York sui diritti dell'infanzia, adottata dall'Assemblea ONU nel 1989 e ratificata dall'Italia con la legge n. 176 del 27 maggio 1991, secondo cui l'educazione del fanciullo deve avere come finalità: a) favorire lo sviluppo della personalità del fanciullo nonché lo sviluppo delle sue facoltà e delle sue attitudini mentali e fisiche, in tutta la loro potenzialità; b) sviluppare nel fanciullo il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dei principi consacrati nella Carta delle Nazioni Unite; c) sviluppare nel fanciullo il rispetto dei suoi genitori, della sua identità, della sua lingua e dei suoi valori culturali, nonché il rispetto dei valori nazionali del paese nel quale vive, del paese di cui può essere originario e delle civiltà diverse dalla sua; d) preparare il fanciullo ad assumere le responsabilità della vita in una società libera, in uno spirito di comprensione, di pace, di tolleranza, di uguaglianza tra i sessi e di amicizia tra tutti i popoli e gruppi etnici, nazionali e religiosi e delle persone di origine autoctona; e) sviluppare nel fanciullo il rispetto dell'ambiente naturale».

²⁵ Per quanto sia ormai principio appurato che non sempre la presenza di due genitori rappresenti *tout court* un vantaggio per la prole e l'esistenza di famiglie anche monogenitoriali, la regola è ancora rappresentata dalla bigenitorialità; si vedano a tal proposito G. BATTEZZATI, G. COSCIA, E. SAITA, G.G. VALTELLINA, *La famiglia monoparentale. Problematiche dello sviluppo normale e patologico dei figli*, 1995, Milano e A. ZANATTA, *Le nuove Famiglie. Felicità e rischi delle nuove scelte di vita*, Bologna, 2008.

²⁶ Si vedano, *ex multis*, C. App. Napoli, decreto del 30/08/2017 in *Guida al Diritto* 2018, 5,40 e Trib. Milano, ordinanza del 09/01/2018 in *Fam. dir.*, 10/2018, con nota di M. MONTANARI. Inoltre, sulla rilevanza della preventiva autorizzazione del giudice si vedano Cass. civ., sent. n. 2235 del 17/03/1990 e, prima, Cass. civ., sent. n. 541 del 15/02/1969 secondo cui: «l'impegno assunto verso terzi dal rappresentante dell'incapace, di ottenere il provvedimento di autorizzazione [...] è radicalmente nullo per contrarietà a norme di ordine pubblico».

La predetta funzione potrebbe allora subire un affievolimento ove le decisioni maggiormente rilevanti per l'individuo minorenni fossero assunte esclusivamente dal curatore speciale.

A tal proposito non mancano casi, anche in merito alla vaccinazione anti Covid 19, ove proprio il contrasto tra i genitori in merito all'opportunità di sottoporre il figlio al trattamento sanitario, ha generato il ricorso all'autorità giudiziaria che, all'esito della dovuta comparazione degli interessi in gioco e dell'ascolto del minore interessato, ha individuato tra i due il genitore più in grado di tutelare gli interessi della prole²⁷.

Allora, venendo meno proprio questa ipotesi di confronto tra genitori che giustifica l'intervento dell'autorità giudiziaria nell'assunzione delle scelte di maggior rilievo, si rischierà di adire il giudice soltanto ove vi sia contrasto tra il parere del minore medesimo e quello del suo legale rappresentante²⁸, ipotesi per cui sino a poco tempo fa non erano stati previsti strumenti *ad hoc* a tutela del minore di età.

Così il minore potrebbe trovarsi da solo davanti al parere del proprio legale rappresentante, in una condizione di inferiorità psichica più intensa rispetto a quella in cui verrebbe nei confronti del genitore in disaccordo, il quale costituisce, pur sempre, un punto di riferimento sicuro per il minore.

Sarebbe allora stata doverosa qualche riflessione in più in merito all'annoso problema del contrasto tra l'opinione del titolare della posizione giuridica soggettiva e quella del suo legale rappresentante, e dunque, del rapporto tra *auto* ed *etero* determinazione del minore, soprattutto quando, come nel caso del curatore speciale, questi sia chiamato ad assumere decisioni di tipo personale in nome e per conto dello stesso.

Anche a tal proposito, come si accennava sopra per l'incapace maggiorenne, non sembra più possibile ignorare le singole circostanze del caso concreto onde individuare una soluzione che sia, da una parte rispondente agli interessi di una personalità ancora in formazione e non pienamente consapevole delle decisioni che assume e, dall'altra, quanto più rispettosa delle sue aspirazioni.

Sarebbe allora auspicabile, quantomeno di fatto, dato che la riforma Cartabia non prevede espressamente tale dovere, che il curatore speciale chiamato ad assumere decisioni in ambito sanitario ponderasse il grado del proprio intervento nei confronti del minore anche alla luce dell'effettiva necessità della sostituzione e/o dell'assistenza.

²⁷ Il riferimento è a Trib. Firenze del 15/02/2022 in *Diritto & Giustizia* 2022, 12 maggio, che ha evidenziato come: «Nel caso in cui insorga un contrasto tra i genitori sull'opportunità di sottoporre o meno a vaccinazione la figlia, deve essere preferito quello che meglio rappresenta gli interessi della minore. Spetterà, poi, al medico vaccinatore dell'Asl territorialmente competente valutare se sottoporre in concreto o meno la minore alla vaccinazione in questione, tenuto conto delle condizioni psico-fisiche della stessa e di eventuali patologie della medesima (nella specie, il giudice ha ritenuto che fosse da preferire il padre, assecondando il medesimo la volontà della minore, la quale peraltro aveva già effettuato la prima dose di vaccino, di sottoporsi anche alla seconda dose)».

²⁸ In tale situazione, tuttavia, il minore in disaccordo con il proprio curatore in merito all'assunzione di una decisione per lui rilevante, essendo privo di capacità negoziale, non potrà tuttavia conferire alcun mandato al difensore onde far valere le proprie ragioni dinanzi al giudice e dovrà necessariamente rivolgersi personalmente o far affidamento su un intervento del Pubblico Ministero.

E così, di fronte a ipotesi in cui il minore sia di così piccola età da non poter essere minimamente coinvolto nella decisione sul trattamento sanitario, nei casi di inadeguatezza dei genitori, il curatore speciale non potrà che sostituirsi ai medesimi.

È ciò che potrà accadere in casi analoghi a quello affrontato dal Tribunale di Modena nel Febbraio 2022²⁹, ove il giudice tutelare ha nominato un curatore speciale, con potere di esprimere il consenso al trattamento medico, al minore di soli due anni di età, a cui i genitori avevano negato emotrasfusioni vitali, per motivi in parte religiosi ed in parte dovuti al timore che venisse utilizzato sangue di donatori vaccinati contro l'infezione da Covid 19.

In tali casi, difatti, è la condizione stessa del minore a suggerire la necessità di un intervento particolarmente forte, mentre, quando il minore sia già in grado di esprimere le proprie considerazioni in merito al trattamento sanitario il ruolo del curatore dovrebbe esser attenuato.

Tale ufficio potrebbe allora anche esser declinato quale figura di raccordo tra il personale medico ed il paziente minore, al fine di fargli meglio comprendere le informazioni, le conseguenze del trattamento e tutto ciò che concerne l'espressione di un consenso che sia davvero informato³⁰.

Fermo restando comunque che la possibilità di attribuire al curatore speciale specifici poteri di rappresentanza potrebbe aiutare a costruire, anche per il minore, una tutela che sia un vero «vestito su misura», sarebbe di fondamentale importanza anche garantirne la preparazione tecnica.

E così, occorrerebbe perseguire l'idea non solo che tale frammentazione del potere di rappresentanza sia rispondente agli interessi del minore, ma anche che sia accompagnata da una sempre maggiore garanzia di competenza dei suoi legali rappresentanti³¹.

Un particolare dovere di formazione non è però stato previsto per il curatore speciale³², il quale spesso svolgerà contemporaneamente la difesa tecnica del

²⁹ Si veda Trib. Modena del 08/02/2022 in *Responsabilità Civile e Previdenza*, n. 4/2022, 1240.

³⁰ Il riferimento è a Trib. Milano del 22/11/2021 in *Ilfamiliarista.it* 7 aprile 2022, ove un minore di anni 12, affidato ai Servizi Sociali, non era stato sufficientemente informato circa la somministrazione del vaccino anti Covid 19, aderendo in modo passivo all'opinione del proprio genitore, nonostante gli fosse stato nominato un curatore speciale.

³¹ Non si può nascondere, tuttavia, il rischio che si verifichino conflitti di competenza tra i vari legali rappresentanti, compresi i Servizi sociali, normalmente incaricati nei procedimenti *de potestate*. A tal proposito si veda M. DOGLIOTTI, A. FIGONI, *L'affido del minore al Servizio Sociale ed i limiti all'esercizio della responsabilità genitoriale*, in *Fam. dir.*, 2003, 397 ss.

³² Per rivestire l'ufficio di curatore speciale del minore è richiesta l'iscrizione all'albo degli avvocati con anzianità pari ad almeno 5 anni, non aver riportato sanzioni disciplinari più gravi dell'avvertimento, aver correttamente adempiuto ai doveri di formazione professionale continua, aver maturato una certa esperienza in materia di diritto familiare e minorile, documentabile attraverso un certo numero di cause in materia ed aver frequentato un corso in materia, predisposto da un soggetto abilitato. Occorre aggiungere le linee guida elaborate dal Consiglio Nazionale Forense, le quali impongono al professionista il rispetto dell'art. 9 del Codice Deontologico Forense che si sostanziano in indipendenza, correttezza, competenza e lealtà. Si raccomanda inoltre al curatore di procedere all'ascolto del minore, chiarendo «al minore che sia capace di discernimento, con modi e termini a lui comprensibili, che la sua opinione sarà tenuta in debita considerazione ma non necessariamente accolta».

minore e la sua rappresentanza anche di tipo sostanziale, in una – forse eccessiva – commistione di ruoli³³.

3. Il potere di autodeterminazione della persona minorenni in tema di consenso al trattamento medico: un modello imitabile.

La riforma, oltre a valorizzare nuove forme di rappresentanza del minorenni, in un certo senso, incoraggia anche il riconoscimento di quella sfera «personalissima» ed intangibile che caratterizza qualunque individuo, nella parte in cui, in ambito processuale, permette all'ultraquattordicenne di adire personalmente l'autorità giudiziaria per ottenere la nomina del proprio curatore speciale.

E proprio a tal proposito sembra interessante considerare il diverso operare dell'autonomia dell'individuo minore di età in ambito sostanziale, e segnatamente in tema di espressione del consenso informato al trattamento medico, ed in ambito processuale, alla luce del nuovo art. 78 comma 3 n. 4 c.p.c.. La libertà riconosciuta al minorenni nell'esercizio del diritto alla salute può giustificarsi alla luce della natura delle scelte che esso implica, decisioni estremamente personali ove si avverte un'esigenza di protezione del minore da tutti i terzi estranei, compresi i genitori.

E difatti ad oggi il minorenni adolescente, in determinate casistiche, ha capacità decisionale per ciò che riguarda il diritto di aborto, l'accesso ai trattamenti sanitari a seguito di uso di stupefacenti a scopi non terapeutici ed in tema di accertamenti diagnostici e relative cure in caso di insorgenza di sintomi da malattia sessualmente trasmissibile³⁴, a cui occorre aggiungere la recente previsione giurisprudenziale che conferma la possibilità di somministrare alla minorenni la c.d. «pillola dei cinque giorni dopo» senza alcuna prescrizione medica³⁵.

La peculiarità del soggetto coinvolto, tuttavia, suggerisce ancora la necessità di rafforzare un obbligo informativo che consideri il grado di sviluppo della

³³ Sebbene la precedente giurisprudenza abbia ribadito che i due ruoli di avvocato e curatore restano distinti anche quando sono cumulati nel medesimo soggetto. In tal senso: Cass. civ., sent. n. 9 del 03/01/2019 e Cass. civ., sent. n. 14216 del 14/06/2010.

³⁴ Si vedano, rispettivamente, l'art. 12 della legge n. 194 del 1978, l'art. 95 della legge n. 685 e l'art. 4 della legge n. 837 del 1956 ed il regolamento attuativo d.p.r. n. 2056 del 1978; Inoltre, in senso più ampio, già il codice civile del 42 riconosce al minore capacità d'agire anticipata per il riconoscimento del figlio naturale, dal compimento del 16esimo anno di età, il consenso all'adozione da parte di chi abbia compiuto 14 anni e la capacità lavorativa per il minore che abbia compiuto 16 anni. In tema di diritto di aborto della minorenni anche in assenza del consenso dell'esercente la responsabilità genitoriale si veda giudice tutelare Catania, 07/11/2002.

³⁵ Si veda Cons. Stato, sent. n. 2928 del 19/04/2022 ove si afferma: «[...] Peraltro, il Giudice ha disposto che una lettura costituzionalmente orientata della disciplina del consenso informato impone comunque la protezione del diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'auto-determinazione della persona, diritto quest'ultimo che sarebbe esposto al concreto rischio di frustrazione nel caso in cui si pretendesse, limitatamente al caso di specie - che attiene alla libertà sessuale e, più in generale, alla sfera privata - la necessità del consenso dei genitori o dei tutori».

persona³⁶, il contesto socio-familiare di provenienza e la sua concreta capacità di comprensione, ma anche di accettare che l'eventuale assenso - o dissenso - al trattamento potrebbe essere sorretto da un minor grado di consapevolezza rispetto a quello che possa esprimere un adulto, ma non per questo automaticamente meno valido.

Tuttavia, sebbene in ambito di espressione del consenso informato al trattamento medico, anche al di fuori dei casi predetti, si abbia *in primis* l'obbligo di legge, rivolto anche ai sanitari, di tenere in considerazione la posizione della persona minorenni, concretamente si è fatto fatica a riconoscerle un effettivo potere di tutela processuale³⁷.

Allora, la possibilità di adire il giudice da parte dell'ultraquattordicenne introdotta dalla riforma Cartabia potrebbe costituirne proprio un valido strumento attuativo, traducendo anche in sede «contenziosa» quel riconoscimento di autonomia che già opera, in parte, in ambito sostanziale, rendendolo così completo.

Tuttavia, tale previsione appare forse prematura, di difficile attuazione pratica e fa sorgere dubbi anche sulla sua opportunità, in quanto importa che il minore denunci personalmente e senza alcuna difesa tecnica³⁸, dinanzi all'autorità giudiziaria, l'inadeguatezza dei propri genitori alla tutela della propria sfera giuridica.

Per quanto si debba favorire il riconoscimento dell'autonomia del minore quale centro di interessi sostanziali e processuali autonomo, ciò non dovrebbe tradursi nella sua diretta e solitaria partecipazione al giudizio³⁹.

Non solo, il riconoscimento e la valorizzazione della capacità di discernimento del minore, spesso presente quando abbia compiuto gli anni 14, non dovrebbe passare dall'attribuzione allo stesso di responsabilità e compiti che non può gestire, quale sarebbe un'accusa di inidoneità rivolta ai propri genitori.

Sarebbe stato allora forse più opportuno, in linea con la *ratio* ispiratrice della riforma e con la disciplina già applicata nel diritto sostanziale, predisporre una serie di meccanismi volti a far meglio comprendere al minore le dinamiche conflittuali che si trova a vivere, secondo la propria maturità, o ancora, individuare un soggetto diverso deputato già *ex ante*, e cioè dal momento stesso

³⁶ In tal senso si veda art. 3 della legge n. 2019 del 2017, il quale impone di il necessario coinvolgimento del minore nell'informazione e nell'assunzione della decisione, mentre, più recentemente il Comitato Nazionale di Bioetica nel parere del 29/07/2021 in materia di vaccinazione contro il Covid-19 ai minori di età, ha ribadito l'importanza di fornire loro un'informazione chiara in ordine alla natura del vaccino da somministrare.

³⁷ L'art. 3 comma 5 della l. n. 219/2017 difatti prevede espressamente l'obbligo del sanitario di adire il giudice soltanto ove si abbia contrasto tra il proprio parere tecnico circa l'utilità del trattamento sanitario e quello degli esercenti la rappresentanza dell'incapace.

³⁸ Si ricorda che il minore non può conferire alcun mandato al difensore, pertanto lo stesso si troverà da solo dinanzi al giudice o da solo di fronte al medesimo ma alla presenza dei propri genitori, privo di qualsivoglia supporto giuridico e/o psicologico, in una condizione tutt'altro che ideale.

³⁹ Peraltro, è anche alla luce di una maggior protezione emotiva e psicologica della parte – oltre che dell'incompetenza tecnica – che si rinviene la necessità di far partecipare al processo il difensore.

di insorgenza del contrasto con il parere dei propri genitori, alla tutela dei suoi interessi⁴⁰.

Tuttavia, se per ciò che concerne la rappresentanza del minore si è, in qualche modo, assistito alla creazione di un raccordo tra la disciplina processuale e quella del diritto sostanziale, aspetto quest'ultimo su cui comunque la riforma non sembra aver voluto mettere un *focus*, lo stesso non può dirsi per ciò che riguarda il diritto di autodeterminazione della persona minore.

Ed è forse in merito a tale aspetto che si avvertiva – e si avverte - invece, una maggiore necessità di intervento, anche in tema di tutela del diritto alla salute.

La riforma Cartabia si può forse ritenere un'occasione mancata per incoraggiare, anche da un punto di vista normativo, quella capacità di gestirsi in modo più autonomo che il minore più maturo già mostra nella propria quotidianità⁴¹ e che è riconosciuta da unanime giurisprudenza.

Si è consapevoli che la *ratio* ispiratrice della riforma Cartabia fosse un'altra così come è di tutta evidenza che la valorizzazione della capacità d'autodeterminazione sia un aspetto di difficile positivizzazione, sia per i delicati interessi coinvolti sia per la difficoltà di predisporre una disciplina generale ed astratta per un fenomeno così variegato.

Poteva comunque esser opportuno stabilire un diverso trattamento del minore alla luce della sua età, *rectius*, della sua concreta capacità di discernimento⁴².

E così prevedere, ad esempio, un più semplice dovere di ascolto e di informazione da parte del curatore solo nei confronti dei minori di età inferiore e ponendo invece un vero obbligo di coinvolgimento del c.d. «grande minore» nelle decisioni sostanziali che lo interessino⁴³, di modo che la volontà del minore

⁴⁰ Ad esempio, prevedendo espressamente l'obbligo del medico di adire il giudice in ipotesi di contrasto tra il parere del minore e quello dei genitori.

⁴¹ Si segnala, in tal senso, Trib. Minorenni Caltanissetta del 13/08/2019 in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II) 2019, 4, I, 1699, ove si afferma che: «Valutata in concreto la maturità del minore, risulta illegittima la volontà del padre della minore di opporsi alla relazione sentimentale della figlia. L'ordinamento, infatti, attribuendo rilevanza giuridica alla volontà del minore adolescente in svariate ipotesi, riconosce la sua facoltà di autodeterminarsi, anche nella scelta di instaurare delle relazioni sentimentali. Va pertanto autorizzata la figlia a trascorrere (sotto la supervisione dei servizi sociali) i fine settimana in compagnia del suo fidanzato e dei relativi familiari (con esclusione del pernottamento), essendo state appurate la sua piena maturità e l'affidabilità della famiglia ospitante».

⁴² Secondo molti continuare a distinguere i minorenni esclusivamente in base alla propria età sembra ormai anacronistico poiché risente della dicotomia capacità d'agire – incapacità e poiché non sembra tener conto del grado di sviluppo della singola persona che dovrebbe, altresì, condizionare le modalità di coinvolgimento del minore nelle vicende che lo riguardano, il diritto all'ascolto e le modalità di informazione del medesimo. In tal senso si veda G. RECINTO, *La genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno* in *Quaderni di «diritto delle successioni e della famiglia»*, 5, Napoli, 2006, 29 e A. PALAZZO, *La riforma dello status di filiazione* in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, I, 262; si dovrebbe allora svolgere una valutazione, ancora una volta, maggiormente casistica, per valutare “se il minore abbia [...] il discernimento per adottare una decisione con la medesima consapevolezza di una persona adulta” P. STANZIONE, *Personalità, capacità e situazioni giuridiche del minore*, in *Diritto di famiglia e delle persone* (II), fasc. 4, 1 dicembre 2020, 1792;

⁴³ Sulla valorizzazione del diritto di ascolto della persona minore per ciò che attiene gli aspetti che lo riguardano e sulla sua capacità di assumere talune decisioni in modo autonomo, si veda Trib. Milano, del 15/02/2010, in *Fam. Dir.*, 2011, 401, con nota di F. RUSCELLO. *Minore di età e capacità di discernimento: quando i concetti assurgono a supernome*; in generale, sull'insufficienza del solo diritto all'ascolto quando il minore sia prossimo alla maggiore età, si veda M. PORCELLI, *Minori d'età e rapporti giuridici non patrimoniali*, 584.

sia sempre considerata, ove necessario ponderata e, quando lo stesso sia prossimo al raggiungimento della maggiore età, rispettata.

E sempre a tal fine, ci si chiede se il curatore speciale stesso, quale ibrido tra il difensore tecnico ed il tutore, possa rappresentare la figura più idonea alla protezione del minore di età.

Il curatore, tra le figure poste a tutela dell'individuo incapace, sembra quella maggiormente incentrata sulla tutela del solo patrimonio⁴⁴, non avendo, solitamente, quella funzione volta alla predisposizione di un progetto educativo ed assistenziale, anche in continuità con la precedente attività genitoriale e volto all'esercizio concreto dei diritti da parte della persona fragile che, invece, caratterizza l'ufficio del tutore o dell'amministratore di sostegno.

D'altra parte, è innegabile che la figura del curatore speciale, tra tutte, si caratterizzi proprio per la sua natura assistenziale e partecipativa del compimento di un atto giuridico soggettivamente complesso⁴⁵ ed incoraggi non la «sostituzione» della volontà del rappresentato quanto, invece, una sua maggiore partecipazione diretta.

Tuttavia, a voler garantire anche in un più intenso intervento del minore nella sua attività giuridica, sarebbe stata forse auspicabile qualche ulteriore riflessione a tal proposito.

Occorre ricordare che, grazie alla legge n. 206 del 2021, il curatore speciale del minore si sostituisce alla figura genitoriale nell'esercizio della rappresentanza e, dunque, la scelta del miglior professionista avrebbe potuto – e forse dovuto – tener conto dei principi che ispirano proprio tale ruolo complesso.

Il genitore, seppur con ampia discrezionalità, sembra affine ad una figura di cura, insegnamento ed educazione dell'individuo⁴⁶, indole e formazione che si sarebbe potuta ricercare anche del nuovo rappresentante legale, anziché attribuire tale delicata prerogativa alla figura dell'avvocato, che agisce, invece, seguendo il principio di legalità.

Ad ogni modo, come già accennato, per ciò che concerne il riconoscimento di poteri sostanziali in ambito sanitario, la figura del curatore speciale può presentare molteplici aspetti positivi e, stante l'ampia formulazione scelta dal legislatore ben potrà essere oggetto di molteplici declinazioni pratiche.

Non resta che vedere come opererà concretamente la figura del curatore speciale del minore quale suo nuovo rappresentante legale, onde comprendere se

⁴⁴ In tal senso si veda Trib. Messina del 08/03/2005 in *Giurisprudenza locale – Messina 2005*, secondo cui: «[...] L'assistenza del curatore non costituisce un accompagnamento alla persona e non soddisfa le esigenze di cura ed aiuto nella vita quotidiana, quali il provvedere al vestiario, alla alimentazione ed alla casa, in esse comprese l'indirizzare il soggetto che soffre di una patologia verso un programma terapeutico» e già l'art. 321 c.c. che consente la nomina del curatore *ad acta* del minore quando i genitori non possano o non vogliano compiere un atto eccedente l'ordinaria amministrazione.

⁴⁵ La giurisprudenza ha evidenziato come il compimento dell'atto giuridico da parte della persona soggetta a curatela non richieda la presenza simultanea di due volontà, bensì la sola volontà del titolare della posizione giuridica soggettiva ed una mera integrazione della stessa da parte del curatore. In tal senso, si veda, C. App. Bari, sent. n. 1027 del 02/05/2019 in *Redazione Giuffrè 2019*.

⁴⁶ P. PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 945.

davvero la sostituzione del genitore inidoneo permetta, finalmente, di garantire i diritti fondamentali della persona minore anche in quelle circostanze familiari più complesse che possano coinvolgerlo.

Si ritiene che uno degli aspetti che sarà maggiormente oggetto dalla riforma sarà proprio la tutela del diritto alla salute del minore, sia perché diritto presupposto fondamentale che coinvolge l'integrità psico-fisica ed il benessere dell'individuo, sia perché, variamente declinato, importa il diritto alla libertà sessuale, alla capacità di autodeterminazione e in generale alla dignità della persona sia perché ambito ove la responsabilità genitoriale si manifesta in modo meno discrezionale.

Si ritiene, altresì, che con la progressiva applicazione della legge n. 206 del 2021 si avvertirà, forse, l'esigenza di delineare un curatore speciale che sia maggiormente specializzato e, possibilmente, multidisciplinare, di modo da renderlo, oltre che difensore tecnico, anche un supporto competente per il minore ed una figura di mediazione e raccordo tra ciò che il minore desidera e ciò che è più rispondente ai suoi interessi.

Tale opportunità di specializzazione, allora, ben potrebbe riguardare anche gli istituti posti a protezione del maggiorenne, di modo da distinguere la gestione della persona dalla gestione del patrimonio⁴⁷, ridimensionando quella concezione forse un po' degradante che caratterizza la persona ad essi sottoposta, per dar loro una veste che sia maggiormente professionalizzante.

Del pari, sarà l'operare concreto della nuova figura del curatore speciale del minore, non solo come descritto dalla riforma Cartabia, ma soprattutto alla luce del diritto vivente e delle evolutive interpretazioni giurisprudenziali, a suggerire se una modulazione quantitativa e qualitativa del suo intervento sia, oltre che auspicabile, possibile ed opportuna.

E così, se vi sia spazio per una progressiva riduzione del ruolo del legale rappresentante anche della persona incapace adulta, quando le sue condizioni lo consentano, valorizzando l'autonomia che già la misura dell'amministrazione di sostegno astrattamente prevede.

Ad ogni modo, sarà la casistica a suggerire se il nuovo assetto di rapporti tra minore, genitori e curatore speciale debba ritenersi eccessivamente responsabilizzante nei confronti dell'adolescente o se, invece, nemmeno troppo avanguardistica, operare concreto dell'istituto che sarà una rinnovata occasione di riflessione per individuare nuovi limiti e vecchi problemi delle misure di protezione delle persone variamente incapaci.

⁴⁷ Patrimonio dell'incapace che è ancora soggetto ad una gestione meramente conservativa. Si veda in tal senso P. STANZIONE in *Manuale di diritto privato*, Torino, 2017, 73 secondo cui: «La riscoperta della centralità della persona umana, alla luce dei valori espressi dalla Carta Costituzionale, ha [...] determinato un sostanziale e progressivo ripensamento della categoria della capacità d'agire ed in particolare degli strumenti di tutela a vantaggio dei soggetti che ne siano sprovvisti» e «un simile ripensamento ha riguardato in primo luogo i profili di carattere personale ed esistenziale dell'incapace, quasi del tutto sacrificati dal legislatore del 1942».

Transizione digitale e diritto alla salute: sfide attuali e future.

di Carlo Botrugno*

Abstract IT: *L'A. riflette sulle intersezioni tra diritto alla salute, nella sua dimensione pretensiva e astensiva, e transizione digitale.*

Abstract EN: *The paper analyses the intersections between the right to health, in its pretensive and abstensive dimensions, and digital transition.*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. “Digitalizzare” il diritto alla salute. – 2.1. Disponibilità e accessibilità. – 2.2. Accettabilità. – 2.3. Qualità. – 3. Salute digitale e livelli essenziali. – 4. Un diritto di “opporsi” alla salute digitale? – 5. La salute digitale alla prova delle diseguaglianze. – 6. Conclusioni: un approccio “geografico” per il diritto alla salute nell’era digitale.

1. Introduzione.

I sistemi sanitari dei paesi industrializzati si trovano oggi ad affrontare molteplici sfide che rendono sempre più complesso garantire il diritto alla salute in forma equa a tutta la popolazione. Fra tali sfide vi è certamente il progressivo invecchiamento della popolazione che, se da una parte va accolto positivamente, in quanto indicatore di accresciuto benessere delle nostre società, dall’altra pone il problema di un assetto dell’assistenza sanitaria che in molti contesti si mostra ancora inadeguato a soddisfare le esigenze di tipo nuovo create da questo mutamento. Al progressivo invecchiamento della popolazione corrisponde, infatti, un significativo incremento delle patologie cronico-degenerative, quindi l’esigenza di destinare una quota di risorse sempre più ampia al trattamento di queste ultime, senza tuttavia trascurare l’importanza della ricerca, attraverso cui,

* Ricercatore a tempo determinato in Filosofia del diritto, Università degli Studi di Firenze.

invece, si può sperare nella sperimentazione di nuovi farmaci e trattamenti, sia per il trattamento, sia per l'identificazione precoce di tali patologie.

Su un piano distinto, un ulteriore fattore di sfida è poi costituito dall'evoluzione del rapporto tra salute e malattia nelle società industrializzate. In linea con il monito contenuto nel preambolo costitutivo dell'OMS del 1948, oggi la salute non coincide più solo la "mera assenza di malattia". Tuttavia, persino lo "stato di completo benessere fisico, psichico e sociale", che più di recente ha inglobato anche la dimensione spirituale¹, potrebbe non essere più sufficiente a descrivere appieno una nozione che oggi costituisce il terreno di convergenza di molteplici aspettative e interessi, tanto individuali quanto collettivi, e sul quale si gioca una battaglia fondamentale per l'uguaglianza sociale. A testimoniare quest'evoluzione vi è il progressivo ampliamento del *core* del diritto alla salute che, nella sua dimensione pretensiva, non può più essere inteso appena come possibilità di accedere alle cure tempestivamente, quindi di curarsi in maniera adeguata, ma include oggi necessariamente l'esigenza stessa di mantenersi in salute, il che istituisce una relazione di salienza tra la salute in quanto diritto e il benessere in quanto interesse individuale e collettivo. Accesso tempestivo e adeguato alle cure e possibilità di mantenersi in salute, pertanto, rappresentano sempre più la misura del livello di equità e giustizia sociale riscontrabili all'interno di una determinata società. Ciò, peraltro, è divenuto ancora più evidente a causa della pandemia di COVID-19, che ha mostrato, una volta di più, come l'uguaglianza formale che presidia in astratto la garanzia del diritto alla salute sia insufficiente a evitare le profonde disuguaglianze e iniquità in salute che riflettono, amplificandole, le disuguaglianze socio-economiche e le discriminazioni basate su molteplici fattori tra cui genere, orientamento sessuale, religione, provenienza geografica, colore della pelle.

In questo contesto si inseriscono i processi di innovazione tecnologica, e in particolare quelli legati all'introduzione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC) in sanità, al cui complesso suole riferirsi con una molteplicità di definizioni ed espressioni, tra cui telemedicina, telesalute, salute digitale, *e-health*, solo per menzionarne alcune. A queste si affiancano poi espressioni atte a designare modalità di intervento più specifiche, che tipicamente ricalcano le singole specialità dell'area medica (es. telecardiologia, teleneurologia, teleradiologia, ecc)².

Lo sviluppo di questi servizi all'interno della pratica di *routine* rappresenta un pilastro della strategia di ammodernamento dei sistemi sanitari pubblici, che in questo modo cercano di dare una risposta ai nuovi bisogni di salute sopra descritti, contemperando le esigenze di bilancio da cui dipende, da ultimo, il loro stesso finanziamento. D'altro lato, la progressiva diffusione delle TIC in sanità

¹ Si veda la definizione adottata dall'OMS, *Spiritual health, the fourth dimension: a public health perspective*, 2013, consultabile all'indirizzo: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/329763/seajphv2n1_p3.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

² Per una breve riflessione sulla proliferazione di tali termini sia consentito rinviare a un mio precedente lavoro, C. BOTRUGNO, "Telemedicine in daily practice: addressing legal challenges while waiting for a EU regulatory framework", *Health Policy and Technology*, 7(2), 2008, 131-136.

ha contribuito in maniera significativa a sfumare i confini tra pratica medica e cura del benessere – sino a pochi anni fa più nettamente definiti –, creando una commistione di servizi che uniscono elementi di attività clinica a scienze statistiche, informatica medica e altri saperi ausiliari appartenenti alle scienze della salute. Oltre a stimolare la trasformazione dell’assetto dei sistemi sanitari contemporanei, la diffusione dei servizi digitali porta anche i pazienti a sviluppare aspettative di tipo nuovo rispetto al loro utilizzo. Essi possono mostrare insoddisfazione laddove tali servizi non siano utilizzati conformemente alle loro aspettative, poiché sempre più spesso confidano nell’utilità delle nuove tecnologie e sono disposti a essere «coinvolti nella gestione della propria salute, con il fine di avere un maggiore controllo sulla stessa»³.

Queste trasformazioni, che non rappresentano altro che il portato di quell’evoluzione della nozione di salute a cui si è fatto riferimento in precedenza, si ripercuotono inevitabilmente sulle forme, sui presupposti, e sui limiti del diritto alla salute, così come garantito all’interno degli ordinamenti costituzionali contemporanei. Da ciò è possibile desumere che l’incontro tra diritto alla salute e i servizi di salute digitale sia un’esigenza sempre più concreta nel contesto attuale, tanto quanto lo è comprendere se, in che misura, e attraverso quali strumenti, tale incontro possa assurgere al rango di pretesa giuridica sul piano individuale, tentativo con il quale ci si misurerà nel prosieguo di questo lavoro.

2. “Digitalizzare” il diritto alla salute.

In precedenti lavori, si era prospettata la possibilità di “digitalizzare” il diritto alla salute, ovvero di lavorare sulla configurabilità astratta di un diritto a ottenere prestazioni di telemedicina⁴, prospettiva poi estesa all’intero arco delle prestazioni di tipo digitale⁵. Tale possibilità si sviluppava attorno all’analisi di alcuni elementi tratti dallo stato dell’arte del settore della salute digitale, che – si sosteneva –, avrebbero potuto far sorgere una nuova dimensione applicativa del diritto alla salute per come garantito dall’art. 32 della nostra Costituzione. Nel proporre una connessione tra il diritto alla salute digitale inteso come ipotetica situazione giuridica di vantaggio e le prerogative già garantite dal nostro ordinamento in attuazione del dettato costituzionale, la prima si poneva tuttavia come un *surplus*, quindi come una pretesa aggiuntiva o eventualmente sostitutiva rispetto alla corrispondente prestazione già garantita dal SSN in modalità tradizionale. In quella prospettiva, infatti, la salute digitale era intesa come un servizio che eccedeva il “nucleo irriducibile” del diritto alla salute, costituzionalmente garantito a prescindere dalla natura finanziariamente

³ D.A. FLEMING, K.E. EDISON, e H. PA, *Telehealth Ethics*, in *Telemedicine and e-Health*, 8, 2009, 797 ss., in particolare p. 801 (traduzione dall’originale in inglese).

⁴ In particolare si rinvia a C. BOTRUGNO, *La diffusione dei modelli di cura a distanza: verso un diritto alla telesalute?*, in *Biolaw Journal*, 1, 2014, 161 ss.

⁵ Si rinvia a C. BOTRUGNO, *Una nuova geografia del diritto alla salute. Innovazione tecnologica, relazioni spaziali e forme di sapere*, Roma, 2020.

condizionata dello stesso⁶. Di conseguenza, la relazione tra prestazione convenzionale e prestazione a distanza poteva intendersi come un riflesso di quella sussistente sul piano teorico tra la nozione di *core* come requisito *prima facie* della dimensione pretensiva del diritto alla salute e il più alto livello di cure eventualmente garantito dal SSN. In questo contesto, l'elemento chiave per provare a modificare i termini di tale relazione era identificato nella forza espansiva intrinseca al diritto alla salute, da garantire al più alto livello possibile, o *at the highest standard attainable of health*, seguendo la formulazione adottata all'interno del Commento Generale n. 14/2000 adottato dal Comitato sui Diritti Economici, Civili e Sociali (CESCR) presso le Nazioni Unite. Questa connotazione, si sosteneva, rappresentava una forza dirompente per la figura del diritto alla salute, il quale, come è stato opportunamente ricordato, si fonda su una «dimensione mutevole in senso materiale, geografico, e temporale, essendo profondamente influenzata dalla stessa conoscenza scientifica e dal grado di progresso tecnologico»⁷.

In quei lavori, tuttavia, si avvertiva altresì come tale equilibrio potesse essere facilmente ridisegnato da ulteriori fattori, tra cui il sopraggiungere di avanzamenti tecnologici o mutamenti di tipo giuridico che avessero modificato gli elementi sostanziali di quell'analisi. La necessità di gestire la pandemia di COVID-19 ha indotto mutamenti significativi per lo sviluppo della salute digitale, e ciò tanto sul piano giuridico, quanto su quello relativo alla sua "accettabilità" da un punto di vista etico e sociale. Per questo motivo, in questa sede appare opportuno ripercorrere i punti salienti della digressione già citata, al fine di vagliare l'impatto di tali mutamenti e, in particolare, l'esigenza di promuovere un'ampia ed effettiva diffusione dei servizi digitali all'interno del nostro sistema sanitario. Per farlo, si riprendono i quattro pilastri identificati all'interno del summenzionato Commento Generale n. 14/2000 del CESCR come presupposti ineludibili per la dimensione applicativa del diritto alla salute⁸. Il Commento, infatti, elenca gli elementi essenziali al cui ricorrere uno Stato parte della Convenzione Internazionale per i Diritti Economici, Sociali, e Culturali (ICESCR) deve garantire il diritto alla salute ai propri cittadini, ovvero: *i*) la disponibilità di beni, servizi e strutture in una misura che possa essere valutata come sufficiente al fine di garantire un adeguato accesso a tutta la popolazione; *ii*) l'accessibilità dei servizi in questione, il che implica che i pazienti

⁶ Sulla natura finanziariamente condizionata si rinvia, *ex multis*, alle sentenze della Corte Costituzionale n. 27/1998, n. 309/1999, n. 509/2000, nelle quali si delinea il concetto di un nucleo irriducibile del diritto alla salute. Per una trattazione più diffusa sul punto cfr. anche A. ROVAGNATI, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti il diritto alla salute: un primo esempio di attuazione della previsione di cui alla lett. m), art.117 Cost.*, in *Le Regioni*, 6, 2003; B. PEZZINI, *Diritto alla salute e dimensioni della discrezionalità nella giurisprudenza costituzionale*, in R. Balduzzi (a cura di), *Cittadinanza, Corti e Salute*, Padova, 2007; C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni fra giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza amministrativa*, in *Federalismo fiscale*, 2, 2009.

⁷ Cfr. A. ODDENINO, *Profili internazionali ed europei del diritto alla salute*, in S. Rodotà, P. Zatti, R. Ferrara (a cura di), *Trattato di Biodiritto - Salute e Sanità*, Milano, 2010, p. 89.

⁸ La formulazione originale dello schema delle 4A comprendeva disponibilità (*availability*), accessibilità (*accessibility*), accettabilità (*acceptability*), e adattabilità (*adaptability*). Per quanto concerne la sua applicazione al diritto alla salute, l'adattabilità è stata modificata in qualità dell'assistenza (*quality of care*).

possano accedere all'assistenza sanitaria senza essere discriminati, e corrispondendo, laddove richiesto, un prezzo equo; *iii*) l'accettabilità dei servizi in questione rispetto ai principi dell'etica medica, e tenuto conto del rispetto delle differenze culturali e della protezione della privacy individuale; *ii*) la qualità di tali servizi, da valutare alla luce degli standard scientifici internazionalmente riconosciuti, sia per quanto concerne i trattamenti, la prescrizione di farmaci, e l'utilizzo di nuovi dispositivi medici.

2.1 Disponibilità e accessibilità.

Per quanto riguarda il fattore “disponibilità”, come ricordato in apertura, la diffusione del COVID-19 ha indotto i governi di molti Paesi ad adottare strategie volte a promuovere, talvolta in maniera repentina, i processi di digitalizzazione dell'assistenza sanitaria, in modo da approfittare dei benefici offerti dai servizi a distanza in un momento in cui la priorità assoluta era quella di limitare al minimo l'interazione sociale basata sulla prossimità fisica e sul contatto, e in particolare quella tra professionisti sanitari e pazienti affetti da COVID-19. La transizione digitale dell'assistenza ha quindi favorito una diffusione molto rapida di questi servizi, sostenuta dalla moltiplicazione delle tecnologie disponibili per il loro supporto. Ciò ha avuto un impatto determinante non solo sulla loro disponibilità, ma anche sulla loro accessibilità, fattore che, va ricordato, rappresenta un elemento fondamentale della *policy* di promozione delle TIC in sanità da parte della Commissione Europea, oggi parte della *Digital Strategy for EU*. Aumentare l'accessibilità, pertanto, assume una duplice veste, traducendosi, da una parte, in un ampliamento della platea di beneficiari dei servizi sanitari (digitali), dall'altra, in un incremento nella frequenza e nella facilità con cui diviene possibile accedere agli stessi. Va anche ricordato, tuttavia, che il livello di accessibilità di un determinato servizio – o di un determinato *range* di servizi – è strettamente correlato alla definizione di politiche pubbliche e strategie mirate che consentano a tutta la popolazione di usufruire in maniera equa delle opportunità introdotte dal progresso tecnologico (su questo punto si tornerà più diffusamente *infra*, in particolare al paragrafo 5).

2.2 Accettabilità.

Con riferimento al fattore “accettabilità”, è opportuno ricordare che su di esso converge un dibattito di lungo corso, e di natura trasversale, che ha portato molti studiosi⁹ a far presente come la diffusione dei servizi sanitari a distanza recasse con se il rischio di una “disumanizzazione” dell'assistenza, e in particolare del

⁹ A mero titolo esemplificativo, si veda B. KAPLAN, e S. LITEWKA, *Ethical challenges of telemedicine and telehealth*, in *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 17, 2008, 401 ss.; FLEMING *et al.* cit.; BOTRUGNO, *Towards an ethics for telehealth*, in *Nursing Ethics*, 26(2), 2019, 357 ss.; A. VAN WYNSBERGHE, e C. GASTMANS, *Telepsychiatry and the meaning of in-person contact: a preliminary ethical appraisal*, in *Med Health Care and Philos*, 12, 2009, 469 ss.

rapporto medico-paziente nella sua modalità più tradizionale – *vis-à-vis* – che, almeno a livello teorico¹⁰, vanta un corredo di elementi quali empatia, intimità e prossimità fisica, a cui si aggiunge la percezione sensoriale e in particolare il contatto fisico, reso possibile dalla presenza simultanea di medico e paziente in uno stesso luogo, un luogo solitamente adibito all'esercizio della professione, e quindi ad alta valenza simbolica. È innegabile che la diffusione di incontri virtuali o altre modalità di interazione a distanza tra pazienti e professionisti sanitari rappresenti una grande sfida alla tradizione plurisecolare dell'*ars medica*, soprattutto laddove si consideri che sino a pochi decenni fa la percezione sensoriale rappresentava il principale strumento diagnostico a disposizione del medico, in ossequio agli insegnamenti di derivazione ippocratica¹¹.

A questo proposito, appare opportuno ricordare come, prima dell'avvento della pandemia, l'interazione virtuale tra medico e paziente fosse stata fortemente stigmatizzata da alcune istituzioni sanitarie tanto regionali quanto nazionali, e spesso le possibilità di ricorrervi erano circoscritte ad alcuni casi specifici, tra cui le situazioni di emergenza o comunque di impossibilità di raggiungere il paziente in maniera tempestiva. In particolare, a livello internazionale, va ricordato lo *Statement on the Ethics of Telemedicine* adottato dalla World Medical Association (WMA), al cui interno si afferma espressamente che il rapporto faccia-a-faccia deve rimanere lo standard per eccellenza della pratica medica, e che quest'ultima debba pertanto continuare a fondarsi in maniera preminente sull'esame obiettivo condotto in prima persona dal medico e su un'adeguata conoscenza della storia clinica del paziente¹². Lo *Statement*, quindi, considera la telemedicina come uno strumento di carattere "straordinario", ovvero da utilizzare laddove il medico non possa raggiungere fisicamente il proprio paziente entro un lasso di tempo accettabile, oppure per finalità più specifiche, come assicurare continuità assistenziale nella gestione delle patologie cronico-degenerative, pur sempre a seguito di una previa conoscenza personale tra medico e paziente¹³. Sebbene la virtualizzazione della pratica medica lasci spazio a molteplici perplessità, in particolare da un punto di vista etico, tanto la ricerca empirica, quanto l'esperienza maturata a causa dalla pandemia, hanno mostrato il valore

¹⁰ Per una ricostruzione delle criticità del rapporto medico-paziente nel contesto attuale si veda C. CAZZULLO, e F. POTERZIO, *Paziente e medico: fenomenologia e prassi della relazione terapeutica*, Roma, 2007. Sul tema della qualità del rapporto medico-paziente si veda inoltre J.A. CLARK, e E.G. MISHLER, *Attending to patients' stories: referencing the clinical task*, in *Sociology of Health and Illness*, 14, 1992, 344 ss.; G. COSMACINI, e C. RUGARLI, *Introduzione alla medicina*, Roma-Bari, 2007; D. DA GAMA, *La crise de la médecine contemporaine ou la second mort d'Hippocrate*, in *Journal des Maladies Vasculaires*, 5, 26, 2001, 287 ss.; C. DOWRICK, *Rethinking the doctor-patient relationship in general practice*, in *Health and Social Care in the Community*, 5, 1997, 11 ss.; F.J. HA, e N. LONGNECKER, *Doctor-patient communication. A review*, in *The Ochsner Journal*, 10, 2010, 38 ss.; D. SILVERMAN, *Communication and medical practice: social relations in the clinic*, Londra, 1987; J.H. OSORIO, *Evolution and changes in the physician-patient relationship*, in *Colombia Médica*, 42, 3, 2011, 400 ss.

¹¹ Sul punto sia consentito rinviare alle considerazioni già esposte in C. BOTRUGNO, *From Divine Healing Powers to the Tyranny of the Virtual Gaze: Medical Practice and the Technological Imperative in Healthcare*, in M. Leone et al. (a cura di), *Tools of Meaning. Representation, Objects, and Agency in the Technologies of Law and Religion*, 163 ss.

¹² WORLD MEDICAL ASSOCIATION, *Statement on the Ethics of Telemedicine*, art. 1, 2018, disponibile in <https://www.wma.net/policies-post/wma-statement-on-the-ethics-of-telemedicine/>.

¹³ *Ibidem*.

di questa modalità di assistenza, soprattutto laddove essa sia circondata da opportune precauzioni che fanno in modo da mitigare le possibili ripercussioni derivanti dall'assenza di contatto diretto tra medico e paziente¹⁴. A ciò si aggiunge che la salute digitale non coincide più solo con le forme di interazione a distanza tra medico e paziente, ma ricomprende un grande coacervo di servizi di varia natura e dalle finalità più disparate, che possono combinarsi tra loro o comunque integrare l'erogazione dei servizi convenzionali. Inoltre, essi possono essere utilizzati non solo a beneficio dei pazienti ma anche dei professionisti sanitari, *i.e.* per una condivisione del percorso diagnostico e/o di quello terapeutico tra più specialisti. Come messo in mostra da una robusta letteratura¹⁵, infatti, l'evoluzione della medicina moderna ha relegato in secondo piano alcune fonti di conoscenza medica che in passato avevano valore assoluto – la narrazione del paziente, insieme all'esercizio delle altre facoltà sensoriali – aprendo la strada a una nuova “verità”, quella costituita dall'evidenza medica, ovvero, in primo luogo, l'immagine del corpo, e quindi il *medical imaging* e tutti i processi di quantificazione che portano alla produzione di dati che possono essere condivisi e riutilizzati e trasformati in informazione. In maniera opportuna, infatti, è stato fatto notare come la pratica medica sia ormai indissolubilmente legata al ruolo dell'informazione, tanto che è stato messo in evidenza che siamo dinanzi a un cambio di paradigma, dalla *mechanical medicine* all'*informational medicine*¹⁶, il che influisce inevitabilmente sull'accettabilità dei servizi sanitari digitali.

Infine, sempre nell'ambito della definizione di accettabilità, lo schema offerto dal Commento Generale n. 14/2000 prevede che siano tenute in considerazione anche le differenze culturali e la tutela della *privacy*. Nel prosieguo di questo lavoro si tornerà in maniera approfondita sulle prime (*infra*, paragrafo 5), mentre per quanto riguarda quest'ultima, non può essere sottaciuto che la digitalizzazione dei servizi sanitari esponga i dati personali a un accresciuto rischio di violazioni e accessi non autorizzati, e ciò al netto del rinnovato impianto di protezione predisposto con l'adozione del Regolamento Europeo sulla protezione dei dati personali n. 679 del 2016 (RGPD), che ha sostituito il quadro normativo costituito dalle disposizioni della Direttiva CE n. 95/46, ritenuta ormai obsoleta anche in relazione alla complessità delle esigenze di protezione scaturite dall'utilizzo delle nuove tecnologie, non solo sanitarie. Tuttavia, per le finalità di questo lavoro, va sottolineato che il RGPD non offre una disciplina *ad hoc* per i dati sanitari, poiché questi sono considerati come una

¹⁴ Come sostenuto più ampiamente. in particolare, in C. BOTRUGNO, *Information technologies in healthcare: Enhancing or dehumanising doctor-patient interaction?*, in *Health*, 25(4), 2021, 475 ss.

¹⁵ Cfr., tra gli altri, G. COSMACINI, e C. RUGARLI, *Introduzione alla medicina*, cit.; D. DA GAMA, *La crise de la médecine contemporaine ou la second mort d'Hyppocrate*, cit.; J.H. OSORIO, *Evolution and changes in the physician-patient relationship*, cit.; C. BOTRUGNO, *From Divine Healing Powers to the Tyranny of the Virtual Gaze: Medical Practice and the Technological Imperative in Healthcare*, cit.

¹⁶ Tra gli autori che hanno fatto riferimento a questo cambiamento si veda S. NETTLETON, *The emergence of e-scaped medicine*, in *Sociology*, 38, 4, 2004, 661 ss., J. PICKSTONE, *Ways of Knowing: A New Science of Technology, Technology and Medicine*, Manchester, 2000; N. KNIGHT, *The New Light: X-rays and Medical Futurism*, in J.J. Corn (a cura di), *Imagining Tomorrow: history, technology, and the American future*, Cambridge, Massachusetts, 1986, 10 ss.

fra le diverse “categorie speciali” di dati personali. Ne consegue che il RGPD non contenga neppure disposizioni specifiche per la tutela della *privacy* nell’ambito delle attività di erogazione dei servizi sanitari digitali, che quindi restano regolati dalle regole più stringenti previste per le categorie speciali¹⁷.

2.3 Qualità.

Infine, per valutare la configurabilità di un diritto alla salute digitale secondo lo schema offerto dal Commento Generale n. 14/2000, deve essere presa in considerazione anche la “qualità” dei servizi sanitari digitali. Da una parte, la valutazione di questo profilo si ricollega inevitabilmente al rischio disumanizzazione di cui si è trattato in precedenza, pur non esaurendosi sullo stesso. Dall’altra, la stessa adozione di una definizione di qualità sul piano astratto è oggi resa estremamente complessa – se non impossibile – dall’incessante proliferazione dei servizi sanitari digitali, che coinvolge un numero sempre più ampio di specialità mediche e chiama in causa una gamma sempre più vasta di dispositivi tecnologici e *software* utilizzati per finalità medico-sanitarie e di benessere. Pertanto, al di là delle possibili definizioni di qualità a cui è possibile fare riferimento, ognuna delle quali commisurata agli standard ricorrenti nell’ambito di ciascuna specialità medica, va considerato che le evidenze empiriche disponibili mostrano come l’integrazione tra i servizi digitali e quelli convenzionali possa effettivamente contribuire a migliorare la qualità complessiva dell’assistenza sanitaria¹⁸. Maggiori perplessità sorgono invece, soprattutto da un punto di vista etico, laddove l’implementazione dei servizi digitali determini una corrispondente riduzione nell’offerta dei servizi sanitari convenzionali, il che può portare a squilibri nell’assetto dei sistemi sanitari e amplificare le barriere all’accesso, quindi le disuguaglianze in salute (su cui si tornerà in maniera più approfondita in seguito, nel paragrafo 5).

In virtù di quanto sopra esposto, è evidente che lo sviluppo attuale della salute digitale sia oggi tale da poter dare origine a una nuova dimensione applicativa del diritto alla salute, ovvero la possibilità di accedere a prestazioni mediate tecnologicamente che siano disponibili all’uso, facilmente accessibili, socialmente ed eticamente accettabili, e di qualità corrispondente a quella che caratterizza l’offerta dei servizi convenzionali. Peraltro, va ricordato come questa nuova declinazione del diritto alla salute fosse già stata auspicata dalla Commissione Europea, in particolare all’interno del Rapporto curato dall’*eHealth Stakeholder Group* sulla diffusione dei servizi di telemedicina in

¹⁷ Per una disamina più approfondita del rapporto tra protezione dei dati personali e utilizzo delle TIC in sanità si veda C. BOTRUGNO, *Tecnologie dell’informazione e della comunicazione e tutela della salute: le sfide aperte tra protezione, circolazione e riutilizzo dei dati*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2, 2020, 139 ss.

¹⁸ A mero titolo esemplificativo si vedano gli studi condotti da B.M. Pflüegeisen, e J. Mou, *Patient Satisfaction with Virtual Obstetric Care*, in *Matern. Child Health J.*, 21, 7, 2017, 1544 ss.; J. Schröder, T. van Crieckinge, E. Embrechts, X. Celis, J. van Schuppen, S. Truijen, e W. Saeys, *Combining the benefits of tele-rehabilitation and virtual reality-based balance training: a systematic review on feasibility and effectiveness*, in *Disability and Rehabilitation: Assistive Technology*, 14, 1, 2019, 2 ss.

Europa¹⁹, laddove si leggeva che «i pazienti dovrebbero poter aver accesso equo ai servizi di telemedicina come parte dei servizi sociali e sanitari convenzionali – e non per caso – a condizione che i primi siano efficaci ed economicamente convenienti»²⁰.

3. Salute digitale e livelli essenziali.

Nell'ambito della discussione sul contenuto essenziale dei diritti sociali, una nozione chiave è quella del *core obligation*, invalsa nel lessico del diritto internazionale di fonte pattizia, e che fa riferimento alla predisposizione di quel minimo di tutela senza la quale la protezione giuridica stessa di una determinata prerogativa viene meno. Al *core obligation* si richiama anche il Commento Generale n. 14/2000 del CESCR, evocando quel complesso di misure che gli Stati membri della Convenzione devono adottare e mantenere affinché siano garantiti i diritti fondamentali, e ciò indipendentemente da fattori contingenti, tra cui anche l'eventuale disponibilità di risorse²¹.

Nel nostro Paese, alla nozione di *core obligation* fa da *pendant* quella dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, i quali, secondo l'art. 117, comma 2, lett. m) della nostra Costituzione, devono essere garantiti in maniera uniforme su tutto il territorio nazionale. Per le finalità proprie di questo lavoro, va detto che la digitalizzazione del diritto alla salute potrebbe passare appunto per l'inclusione di un certo gruppo di prestazioni sanitarie digitali nel novero dei livelli essenziali. Tale inclusione troverebbe un ulteriore sostegno normativo nel Codice dell'Amministrazione Digitale²², che conferisce allo Stato il compito di promuovere l'utilizzo delle nuove tecnologie al fine di «facilitare l'esercizio dei diritti politici e civili sia individuali che collettivi»²³. D'altra parte,

¹⁹ Commissione Europea, *Widespread Deployment of Telemedicine Services in Europe - Report of the eHealth Stakeholder Group on implementing the Digital Agenda for Europe Key Action 13/2 'Telemedicine'*, 2014, disponibile all'indirizzo ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/dae/document.cfm?doc_id=5167.

²⁰ *Ivi*, 2 (traduzione dall'originale in inglese).

²¹ A questo proposito il Commento Generale n. 14/2000, evocativamente intitolato "The Right to the Highest Attainable Standard of Health" afferma che l'applicazione del *core obligation* implica la garanzia di una serie di prerogative, tra cui: accessibilità ai servizi sanitari senza discriminazioni; equa allocazione di risorse e distribuzione di servizi sul territorio; accesso a beni alimentari di prima necessità per eliminare la malnutrizione; accesso a un alloggio adeguato, comprensivo di servizi igienici e acqua potabile; accesso ai farmaci essenziali; adozione di politiche pubbliche in sanità che siano rivolte alla soddisfazione dei bisogni di tutta la popolazione; accessi ai servizi di salute riproduttiva, materna e infantile; adozione di programmi di immunizzazione contro i maggiori rischi di malattie infettive; adozione di misure dirette alla prevenzione, trattamento e controllo di malattie epidemiche ed endemiche; promozione di consapevolezza e accesso alle informazioni relative ai principali problemi sanitari della comunità; e l'organizzazione di una formazione adeguata ai professionisti della salute. Cfr. paragrafi 43- 44 del Commento Generale n. 14/2000 adottato dal CESCR.

²² Il Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD) è stato emanato con d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82.

²³ Cfr. art 9. CAD. Invero, tale richiamo deve essere letto congiuntamente a quanto stabilito all'interno delle "Linee di indirizzo nazionali per lo sviluppo della telemedicina", emanate nel 2014 dal Consiglio Superiore di Sanità. In questo documento si legge che la verifica sul recepimento delle prescrizioni contenute all'interno delle stesse Linee di indirizzo è esercitata dal Comitato Permanente per la Verifica dei Livelli Essenziali di Assistenza. Seppure tale indicazione non sia sufficiente a sostenere l'inserimento

va ricordato che il legislatore della riforma costituzionale n. 3/2001²⁴, nel demandare allo Stato la determinazione dei livelli essenziali, lasciava importanti spazi di discrezionalità per l'interprete, in particolare per quanto riguarda l'individuazione del significato del concetto di "essenzialità" delle prestazioni. Tale concetto, invero, si presta ad almeno due possibili interpretazioni: mentre la prima si sviluppa attorno al concetto di "irriducibilità" della prestazione e comporta che essa si caratterizzi per la presenza di un nucleo "essenziale", la seconda, invece, fa riferimento all'idea di "minimalità" e implica che il raggiungimento del livello essenziale possa essere raggiunto quando si è in presenza di una prestazione "minima", laddove tale attribuito va inteso come il "massimo" che sia possibile erogare tenuto conto della disponibilità di risorse finanziarie²⁵. Tuttavia, in dottrina si è sottolineato come questa seconda interpretazione potrebbe non apparire del tutto conforme al dettato del Titolo V, Parte II, della Costituzione, soprattutto se si prendono in considerazione alcuni orientamenti adottati dalla Corte Costituzionale in materia²⁶, che potrebbero condurre a censurare normative relative alla definizione dei livelli essenziali che appaiano palesemente lesive della necessità di garantire un contenuto "minimo" di tali diritti. A questo proposito, invero, la Corte ha già avuto modo di esprimersi, e ha ricordato come lo Stato «deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle»²⁷.

Non da ultimo, va considerato che la dottrina prevalente in tema di determinazione dei livelli essenziali appare concorde nel ritenere che una condizione minima di intervento non possa dare luogo, in concreto, a una prestazione minima. In questa prospettiva, la minimalità non sarebbe quindi riferibile «alla situazione di bisogno del fruitore del servizio, bensì alla capacità finanziaria del sistema erogatore dei servizi»²⁸. Per contro, l'essenzialità dovrebbe intendersi come un attributo proprio delle prestazioni, che dovrebbero raggiungere un livello tale che si possa considerare «soddisfacente non più in relazione ai vincoli economico-finanziari, bensì in relazione a obiettivi di benessere e di equità»²⁹.

della telemedicina all'interno dei livelli essenziali di assistenza, nondimeno questo collegamento testimonia l'astratta configurabilità di un diritto essenziale a prestazioni sanitarie mediate da TIC.

²⁴ Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, "Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione".

²⁵ Seppure formulata con riferimento ai livelli essenziali concernenti le prestazioni socio-assistenziali, tale distinzione, operata da A. GUALDANI, *Livelli essenziali di assistenza sociale*, in *Aggiornamenti sociali*, 9, 2011, 624 ss., può tornare utile ai fini del presente lavoro.

²⁶ Così E.A. FERIOLI, *I livelli essenziali di assistenza: dalle prestazioni ai diritti*, in *Studi Zancan. Politiche e servizi alle persone*, 2, 2003, 127.

²⁷ Cfr. sentenza della Corte costituzionale n. 282/2002. Per un approfondimento sull'interpretazione del concetto di "contenuto essenziale" da parte della giurisprudenza costituzionale si veda M. BELLETTI, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali' alla prova della giurisprudenza costituzionale. Alla ricerca del parametro plausibile*, in *Istituzioni del federalismo*, 3-4, 2003, 615 ss.

²⁸ Cfr. E. Balboni, *Il concetto di 'livelli essenziali e uniformi' come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Istituzioni del federalismo*, 6, 2001, 1109.

²⁹ *Ivi*, 1110.

Se è vero che l'ultimo atto di aggiornamento dei livelli essenziali dell'assistenza sanitaria del SSN, avvenuto nel 2017³⁰, non fa alcun riferimento ai servizi sanitari digitali, per contro, le “Indicazioni nazionali per l'erogazione di prestazioni in telemedicina” redatte dal Ministero della Salute e approvate in sede di Conferenza Permanente Stato-Regioni nel pieno dell'emergenza pandemica³¹ hanno assimilato, tanto sul piano giuridico quanto su quello economico, le prestazioni sanitarie erogate in forma convenzionale a quelle erogate mediate l'ausilio delle TIC. In particolare, le Indicazioni nazionali stabiliscono che per tutte le prestazioni sanitarie erogate a distanza «si applica il quadro normativo nazionale/regionale che regola l'accesso ai diversi Livelli essenziali di Assistenza, il sistema di remunerazione/tariffazione vigente per l'erogazione delle medesime prestazioni in modalità “tradizionale» (p. 9). L'estensione della disciplina vigente per i servizi sanitari convenzionali a quelli digitali rappresenta senza dubbio un punto di svolta per il nostro Paese, e in particolare per il SSN, che finalmente può sfruttare a pieno le potenzialità offerte da questa modalità di assistenza, volgendola a beneficio della popolazione. Tuttavia, restano molte perplessità sulle forme prescelte per realizzare quest'operazione, che confermano la ritrosia o quantomeno le difficoltà del legislatore italiano a regolare questa tematica attraverso un intervento che possa dare certezza giuridica, quindi stabilità agli operatori del settore. Alle Indicazioni nazionali hanno fatto seguito ulteriori linee guida emanate nel maggio 2022 da parte del Ministero della Salute in attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), con il nome di “Linee guida organizzative contenenti il modello digitale per l'attuazione dell'assistenza domiciliare”³², che si prefiggono di definire «il modello organizzativo per l'implementazione dei diversi servizi di telemedicina nel setting domiciliare, attraverso la razionalizzazione dei processi di presa in carico e la definizione dei relativi aspetti operativi, consentendo di erogare servizi attraverso team multiprofessionali secondo quanto previsto a legislazione vigente anche a distanza» (p. 4). Confermando il punto cruciale dell'assimilazione economica e giuridica tra prestazioni convenzionali e prestazioni a distanza, le Linee guida prevedono che «nelle more della definizione di specifiche tariffe nazionali» alla rendicontazione delle prestazioni di telemedicina si applicheranno «le attuali modalità utilizzate per erogare le medesime attività assistenziali erogate in modalità tradizionale» (p. 4). In quanto atti di indirizzo, tuttavia, tanto le Indicazioni nazionali quanto le Linee guida restano strumenti deboli per la regolazione di quella che rappresenta una trasformazione cruciale dell'assistenza sanitaria, e che, va ricordato, accanto a numerosi benefici, presenta anche molteplici aspetti critici, non solo sul piano

³⁰ Adottato con d.p.c.m. 12 gennaio 2017, “Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502”.

³¹ Le indicazioni nazionali sono state approvate in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano nel dicembre 2020. Il documento è consultabile al seguente indirizzo: <https://www.statoregioni.it/media/3221/p-3-csr-rep-n-215-17dic2020.pdf>.

³² Le linee guida sono state emanate in attuazione del *Milestone EU M6C1-4* del PNRR.

giuridico ma anche da un punto di vista etico³³, che non possono rimanere a lungo senza definizione.

4. Un diritto di “opporsi” alla salute digitale?

Dopo aver analizzato la dimensione pretensiva di un diritto alla salute digitale, è inevitabile volgersi a quella astensiva, anche se da un punto di vista diverso da quello a cui si è soliti riferirsi quando si parla della libertà dell’individuo da possibili interventi coattivi nella sfera della salute, giustificati nell’ottica della salute collettiva. Qui si prende in considerazione, per converso, l’eventualità che i pazienti possano rivendicare un “diritto” a essere assistiti in forma convenzionale piuttosto che in via digitale. Ovviamente, questo tipo di prerogativa, dal sapore “garantista”, fa riferimento a uno scenario ancora lontano da quello attuale, e che presuppone un livello di diffusione dei servizi sanitari digitali talmente elevato che il loro utilizzo possa essere considerato una pratica di *routine*. Siffatto scenario, tuttavia, non è così futuristico, soprattutto guardando a questa fase di transizione dalla fase emergenziale, che vede aprire la strada a investimenti robusti proprio per raggiungere obiettivi significativi nell’ambito della digitalizzazione dell’assistenza sanitaria.

A questo proposito, può essere utile ricordare che alcuni sistemi sanitari pubblici hanno già adottato forme di digitalizzazione dei dati sanitari piuttosto drastiche – come avvenuto in Gran Bretagna e in Australia –, promosse anche al fine di stimolare la creazione di robuste banche di dati sanitari delle rispettive popolazioni, a cui è poi possibile attingere per finalità diverse, tanto sul piano statistico-epidemiologico, tanto per finalità di ricerca. Questi processi, al contempo, hanno reso necessario concedere un “diritto di opporsi”, meglio noto come *opting-out*, a tutti coloro che non erano disposti a far confluire le proprie informazioni in queste banche dati. Per quanto riguarda il National Health Service (NHS) britannico, nel 2014 è stata adottata una duplice possibilità di *opt-out*, così come era stato raccomandato da un parere del *National Data Guardian for Health and Care*³⁴. La prima di esse consisteva nella facoltà, riconosciuta a ogni utente, di opporsi alla condivisione delle proprie informazioni personali digitalizzate con la generalità dei professionisti sanitari impiegati nel NHS. L’esercizio di questa prima opzione, pertanto, pur consentendo la digitalizzazione dei dati personali, ne limitava l’accesso al solo medico di base di ciascun utente, impedendone quindi il riutilizzo per finalità ulteriori e diverse dalla mera erogazione dell’assistenza sanitaria. La seconda

³³ A mero titolo esemplificativo si veda B. KAPLAN, *Revisiting health information technology ethical, legal, and social issues and evaluation: Telehealth/telemedicine and COVID-19*, in *Int J Med Inf*, 143(11), 2020, 104239; C. BOTRUNO, *The spread of telemedicine in daily practice: weighing risks and benefits*, in M. Ienca et al. (a cura di), *Emerging technologies, emerging rights? Life sciences and information technologies at the legal crossroads*, Cambridge, 2022.

³⁴ Si veda UK National Data Guardian for Health and Care, *Information: To Share Or Not To Share—The Information Governance Review*, 2013, disponibile all’indirizzo: <http://media.dh.gov.uk/network/355/files/2012/06/20120712-Approved-Scope.pdf>.

forma, invece, prevedeva un'opposizione completa alla condivisione dei propri dati al di fuori degli archivi nazionali gestiti dal NHS stesso³⁵. Il mancato esercizio di una delle due opzioni entro il termine stabilito rendeva automatica la digitalizzazione piena dei propri dati sanitari.

Per quanto riguarda il NHS australiano, è stata la Digital Health Agency (un organismo pubblico) a promuovere il processo di digitalizzazione che ha portato alla creazione automatica di registri sanitari elettronici per tutti gli utenti, anche in questo caso, con eccezione di coloro i quali avevano esercitato per tempo l'*opt-out* attraverso un apposito procedimento online³⁶.

La concessione di queste forme di opposizione lascia intravedere una logica di favore verso i processi di digitalizzazione, che potevano essere “bloccate” dagli interessati solo attraverso l'esercizio di una facoltà che però è stata riconosciuta solo per un limitato periodo di tempo e, paradossalmente, solo in via digitale. L'adozione di questo tipo di *policies* appare molto discutibile da un punto di vista dell'etica pubblica, soprattutto se si prende in considerazione il peso dei *digital divides* e dei livelli di alfabetizzazione sanitaria, che si frappongono non solo alla possibilità di esercitare tale scelta e di avere consapevolezza delle sue implicazioni, ma persino alla possibilità stessa di venire a conoscenza di tali processi e dell'esercitabilità (limitata) dell'*opting-out*. In altre parole, queste politiche assumono le forme di un *nudging*³⁷, ovvero una “spinta gentile” attraverso la quale si inducono gli utenti a una determinata “scelta” prospettata come la migliore nel loro interesse³⁸. Come è stato efficacemente sottolineato, infatti, il paternalismo *soft* del *nudging*, lungi dal basarsi su una qualche forma di coercizione giuridica, fa leva, piuttosto, sul “potere dell'inerzia dell'agente decisore”³⁹ e, pertanto, si affida ad «architetture della scelta e di regole di default che usano la debolezza cognitiva degli individui per aumentare la razionalità delle decisioni risultanti»⁴⁰.

³⁵ Sul tema si veda in particolare, F.B. PIEL, L. BRANDON, H.D. PARKES, L.A. HANSELL, e P. ELLIOTT, *The challenge of opt-outs from NHS data: a small-area perspective*, in *Journal of Public Health*, 40, 4, 2018, e594 ss. Si tenga presente che a partire dal 2018 un nuovo programma nazionale di *opting-out* è stato attivato in sostituzione di quest'ultima opzione. Per ulteriori dettagli sul funzionamento di questo nuovo programma si consulti il seguente indirizzo: <https://digital.nhs.uk/services/national-data-opt-out-programme>.

³⁶ L'*opting-out* poteva essere esercitato entro un determinato termine (gennaio 2019), allo scadere del quale è stato creato un registro digitale anche per coloro i quali non si erano espressi a riguardo.

³⁷ L'emersione di tale concetto si deve a C.R. SUNSTEIN, e R.H. TALER, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, in *University of Chicago Law Review*, 70, 4, 2003, 1159 ss.; R.H. TALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, New Haven, 2008.

³⁸ In M. GALLETTI, e S. VIDA, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, Roma, 2018, 14, gli autori descrivono il *nudge* alla stregua di «un tipo particolare di architetto, quello che organizza intenzionalmente un ambiente della scelta per massimizzarla rispetto a certi fini indicati come “benefici”, o buoni (fini economici, legati alla salute e al welfare), minimizzando i costi della realizzazione di questi obiettivi. Il *nudge* è dunque un dispositivo che possiede due caratteristiche fondamentali: la prima è che l'autorità preserva la libera scelta non impedendo la selezione di opzioni sub-ottimali da parte dei decisori individuali; la seconda è l'uso di determinate conoscenze empiriche al fine di modificare l'architettura della scelta e rendere più probabile che l'opzione ottimale, o di *default*, sia per lo più adottata dagli agenti decisori».

³⁹ *Ivi*, 37.

⁴⁰ *Ivi*, 34.

In questo contesto, pertanto, la concessione di forme di *opt-out*, sembra assumere il valore di una clausola di salvaguardia rispetto all'invasività di tali forme di digitalizzazione dei dati personali di salute. A questo proposito, va anche rimarcato che l'emersione di un diritto di opporsi al trattamento dei propri dati, seppure a certe condizioni⁴¹, è stata definitivamente consacrata all'interno del RGPD, il quale attribuisce tale possibilità in tutti quei casi in cui tale trattamento non sia effettuato per «l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento» o per «il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore»⁴². Al di fuori di questi casi, pertanto, l'interessato può impedire al titolare del trattamento di continuare a trattare ulteriormente i propri dati personali, a meno che quest'ultimo «dimostrì l'esistenza di motivi legittimi cogenti per procedere al trattamento che prevalgono sugli interessi, sui diritti e sulle libertà dell'interessato oppure per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria»⁴³.

Sebbene molti abbiano messo in discussione l'effettiva esercitabilità di questa forma di opposizione⁴⁴, sul piano teorico, l'emersione di un “diritto di opporsi” – tanto al trattamento dei propri dati personali ex RGPD quanto alla digitalizzazione dei propri dati sanitari nei sistemi sanitari pubblici britannico e australiano – sembra evocare una sorta di “resistenza” esercitabile dall'individuo nei confronti dei processi di innovazione tecnologica che coinvolgono la sfera pubblica, in questo caso quella sanitaria. A livello teorico, tale resistenza potrebbe essere inquadrata nell'ambito degli *exit rights*⁴⁵, ovvero, letteralmente, “diritti a (fuori)uscire” da una determinata comunità o da una determinata condizione. La dottrina ha identificato almeno quattro tipologie di *exit rights*: i) il diritto di uscire da una comunità culturale; ii) il diritto di uscire da un'associazione politica; iii) il diritto di lasciare un territorio; iv) il diritto di uscire come rimedio per reagire a “circostanze normativamente avverse o a trattamenti che integrano gli estremi della violazione dei diritti umani”⁴⁶. Sulla base di questa classificazione, il diritto di opporsi alla digitalizzazione dei propri dati di salute potrebbe porsi al crocevia tra un diritto di uscita culturale – i.e. restare al di fuori della comunità digitale – e un'azione di tipo rimediale – i.e. opporsi alla progressiva digitalizzazione della sfera della salute, almeno nella misura in cui

⁴¹ In particolare, si veda l'art 21 del Regolamento UE n. 679/2016, il quale subordina l'esercizio di questo diritto alla valutazione dei «motivi connessi alla sua situazione particolare».

⁴² Tali finalità, richiamate dallo stesso art. 21 del Regolamento, si trovano rispettivamente alle lettere e) e f) dell'art. 6, che enuclea le condizioni che devono sussistere affinché un trattamento di dati possa considerarsi lecito.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ A. KUNTSMAN, E. MIYAKE, e S. MAARTIN, *Re-thinking Digital Health: Data, Appisiation and the (im)possibility of 'Opting-out'*, in *Digital Health*, 5, 2019, 1 ss.

⁴⁵ R. DUFORD, *Must a world government violate the right to exit?*, in *Ethics & Global Politics*, 10, 1, 2017, 19 ss., B. SPIECKER, D. DE RUYTER, e J. STEUTEL, *Taking the right to exit seriously*, in *School Field*, 4, 3, 2006, 313 ss.

⁴⁶ R. DUFORD, cit., 22 (traduzione dall'originale in inglese).

tale processo possa essere considerato lesivo di un diritto fondamentale, tra cui la *privacy*.

A questo proposito va tuttavia considerato che la digitalizzazione dei dati sanitari non rappresenta altro che una componente della più ampia transizione digitale dei sistemi sanitari. Come si è accennato sopra, i dati sanitari sono il veicolo principale dei processi di quantificazione numerica e successiva elaborazione su cui si fonda l'*informational medicine*. Nel momento in cui i servizi sanitari digitali saranno talmente diffusi che il loro utilizzo potrà essere considerato come una pratica di routine, l'*opting-out* potrebbe catalizzare quelle rivendicazioni volte a sostenere un più ampio diritto a continuare a essere assistiti da professionisti sanitari "in carne e ossa" piuttosto che interagire con questi ultimi in forma virtuale o ricevere assistenza in forma automatizzata da un algoritmo. Questo tipo di prerogativa, peraltro, troverebbe il sostegno di gran parte degli orientamenti etici e delle linee guida ad oggi disponibili sul tema della telemedicina e delle TIC in sanità – su tutti, lo *Statement on the Ethics of Telemedicine* adottato della World Medical Association, sopra ricordato –, che stigmatizzano la virtualizzazione totale della pratica medica, e soprattutto dell'interazione tra medico e paziente, e raccomandano che essa continui a fondarsi in maniera preminente sul rapporto medico-paziente inteso in senso convenzionale.

5. La salute digitale alla prova delle diseguaglianze.

Come ricordato in precedenza (paragrafo 2), la Commissione europea ha sempre creduto nella diffusione dei servizi sanitari digitali come veicolo per favorire l'integrazione socio-economica e promuovere l'uguaglianza all'interno degli Stati membri, aumentando al contempo la qualità di vita dei pazienti attraverso maggiore trasparenza e accesso alle informazioni in materia di salute⁴⁷. Tuttavia, l'entusiasmo profuso dalla Commissione Europea nella promozione della *digital health* ha trovato scarso riscontro nelle evidenze empiriche sinora disponibili sul tema, che invece mostrano correlazioni significative tra i processi di digitalizzazione dell'assistenza sanitaria e l'aumento delle diseguaglianze in salute⁴⁸. A tali correlazioni si aggiungono le evidenze recentemente raccolte nell'ambito della pandemia, che ha confermato quanto la disponibilità di risorse formali e informali possa essere fondamentale per gestire alcuni fattori da cui dipendono non solo il rischio di contagio e l'eventuale impatto della malattia, ma anche tutte le ripercussioni economiche, sociali, e giuridiche dell'emergenza sanitaria. È noto, infatti, che le popolazioni maggiormente vulnerabili sono state quelle più esposte alle conseguenze fisiche,

⁴⁷ Commissione europea, n. 736/2012, *Sanità elettronica 2012-2020 - Una sanità innovativa per il 21° secolo*, cit., p. 5.

⁴⁸ A questo proposito si veda K. LATULIPPE, C. HAMEL, e G. DOMINIQUE, *Social Health Inequalities and eHealth: A Literature Review With Qualitative Synthesis of Theoretical and Empirical Studies*, in *J. Med. Internet Res.*, 19, 4, 2017, e136 ss.; E. KONTOS, K.D. BLAKE, W.S. CHOU, A. PRESTIN, *Predictors of eHealth usage: insights on the digital divide from the Health Information National Trends Survey 2012*, in *J. Med. Internet Res.*, 16, 7, 2014, e172 ss.

sociali e psicologiche della pandemia⁴⁹. Ciò è avvenuto spesso a causa della significativa compressione dei livelli di autonomia, quindi di *agency* individuale, che ha reso difficile anche solo adempiere alle più basilari norme igieniche, come osservare la distanza interpersonale, utilizzare dispositivi di protezione, lavare frequentemente le mani⁵⁰.

Nell'analisi che verte sugli effetti dei processi di innovazione tecnologica in salute diviene quindi ineludibile muovere dalla constatazione di fondo per cui le diseguaglianze in materia di accesso alle nuove tecnologie riflettono in misura significativa quelle sociali, quindi anche quelle sanitarie (accesso ai servizi sanitari) e in salute (mantenimento in salute)⁵¹. Ciò accade perché le aree territoriali in cui si riscontrano i livelli più elevati di diseguaglianze in sanità e in salute spesso coincidono con quelle aree in cui si registrano i livelli più elevati di *digital divides*⁵². Nello specifico, la disponibilità di una connessione telematica è considerata un *digital divide* di primo grado, soprattutto per coloro che vivono in condizioni socio-economiche precarie⁵³, essendo ancora oggi la barriera più importante nell'accesso ai servizi sanitari digitali⁵⁴. Le evidenze empiriche disponibili mostrano infatti una correlazione positiva tra la crescente disponibilità e diffusione di dispositivi tecnologici di utilizzo comune, tra cui smartphones e tablet, e l'accesso ai servizi digitali⁵⁵. A questo proposito, è stato osservato opportunamente che «[l]a differenziazione nell'accesso alle risorse offerte da internet può portare a divari nell'accesso alle informazioni pertinenti alla salute e al funzionamento dei sistemi sanitari, il che rischia di esacerbare ulteriormente le diseguaglianze di salute»⁵⁶.

⁴⁹ Z. MENGESHA *et al.*, 'Lived the Pandemic Twice': A Scoping Review of the Unequal Impact of the COVID-19 Pandemic on Asylum Seekers and Undocumented Migrants, in *Int J Environ Res Public Health*, 19, 11, 2022, 6624; A. VAN DEURSEN e J. ALEXANDER, *Digital Inequality During a Pandemic: Quantitative Study of Differences in COVID-19-Related Internet Uses and Outcomes Among the General Population*, in *JMIR*, 22, 8, 2020, e20073. L. ROBINSON *et al.*, *Digital inequalities in time of pandemic: COVID-19 exposure risk profiles and new forms of vulnerability*, in *First Monday*, 25, 7, 2020, ff10.5210/fm.v25i7.10845ff; R. A. OPPEL *et al.*, *The Fullest Look Yet at the Racial Inequity of Coronavirus*, in *New York Times*, 5 luglio 2020, consultabile all'indirizzo: <https://www.nytimes.com/interactive/2020/07/05/us/coronavirus-latinos-african-americans-cdc-data.html>.

⁵⁰ M.G. BERNARDINI, *A Matter of Interpretation? Critical Considerations on SIAARTT's Recommendations on Age Discrimination and Healthcare Emergency*, in *L'altro diritto*, 2020, 56-82; C. BOTRUGNO, *El papel de la tecnología en la gestión de la pandemia de CoViD-19*, in *RedBioetica Unesco*, 21, 2020, 13 ss.

⁵¹ Di questo avviso, anche A. MCAULEY, *Digital health interventions: widening access or widening inequalities?*, in *Public Health*, 128, 12, 2014, 1119.

⁵² A questo proposito, si rimanda a EuroHealthNet, *Making the link: eHealth and health equity*, 2011, disponibile all'indirizzo: <https://eurohealthnet.eu/sites/eurohealthnet.eu/files/publications/Fact-Sheet-Digital-Divide-V2.pdf>; P. PUGA, G. CARDOSO, R. ESPANHA, S. MENDONÇA, *Telecommunications for the Needy: How needed are they?*, in *Informatica Economica*, 13, 2, 2009, 175 ss.; S. LINDSAY, P. BELLABY, S. SMITH e R. BAKER, *Enabling healthy choices: is ICT the high way to health improvement?*, in *Health J.*, 12, 3, 2008, 313 ss.

⁵³ E. KONTOS *et al.*, cit., 2.

⁵⁴ Cfr. European Public Health Alliance, *Health inequalities and eHealth. Report of the eHealth Stakeholder Group*, 2014, 9, disponibile all'indirizzo: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/news/commission-publishes-four-reports-ehealth-stakeholder-group>.

⁵⁵ Ivi, p. 6; Y. FENG, e W. XIE, *Digital divide 2.0: the role of social networking sites in seeking health information online from a longitudinal perspective*, in *J. Health Commun.*, 20, 1, 2015, 60 ss.

⁵⁶ *Ibidem*.

Al di là dell'accesso a internet, molti studiosi si sono focalizzati su una serie di fattori che possono inficiare l'effettiva fruizione dei servizi digitali⁵⁷. Tra questi vi sono alcune capacità che possono essere inquadrare nell'ambito dell'alfabetizzazione sanitaria (o *health literacy*), che può essere descritta come «il grado in base al quale le persone hanno la capacità di ottenere, processare e comprendere informazioni sanitarie di base e di utilizzare i servizi in modo da adottare decisioni appropriate per la tutela della propria salute»⁵⁸. Declinata in prospettiva digitale, l'alfabetizzazione sanitaria porta alla *digital health literacy*, ovvero «l'abilità di cercare, trovare, capire e apprendere informazioni sanitarie attraverso mezzi elettronici e utilizzare la conoscenza acquisita per affrontare o risolvere un problema relativo alla tutela della salute»⁵⁹. L'alfabetizzazione sanitaria, tanto quella convenzionale, quanto quella digitale, non devono essere intese in termini di “status”, ma piuttosto come “proprietà”, che si possono sviluppare ed evolvere in senso diacronico, anche in relazione al contesto sociale in cui vivono gli individui. Ciò fa sì che i livelli di *digital health literacy* siano oggi considerati a tutti gli effetti come un *digital divide* di secondo grado⁶⁰. Il peso della *literacy* è ancora più evidente laddove si pensi che spesso i servizi digitali sono concepiti per essere utilizzati da persone che possono attingere a un certo bagaglio di conoscenze e capacità, quindi sono in grado di attivare determinate risorse immateriali, tra cui consapevolezza, concentrazione, ambizione e auto-controllo. Queste capacità, da cui può dipendere l'effettiva fruizione di servizi digitali, sono indissolubilmente correlate ai livelli di istruzione nonché a quelle «abitudini cognitive e comportamentali apprese e adattate nel confronto fra pari, e in particolare nel contesto sociale di riferimento, sin dalla prima età»⁶¹. Questo porta ad affermare che, paradossalmente, l'uso delle nuove tecnologie porta spesso a potenziare le capacità preesistenti, dal che discende che i servizi sanitari a distanza risultino particolarmente attrattivi e alla portata di individui ben istruiti e socialmente integrati nel proprio contesto di riferimento, mentre possano risultare inutilizzabili per tutti gli altri⁶².

Oltre ai livelli di *literacy*, vi sono ulteriori fattori che possono ostacolare un'effettiva partecipazione ai benefici offerti dalla salute digitale, e che pertanto possono essere considerati come un *digital divide* di terzo grado⁶³. Fra questi vi sono: la posizione geografica, le attitudini e i comportamenti nella ricerca delle informazioni di salute, la fiducia verso le politiche istituzionali e, in particolare, per il rispetto della propria *privacy*, l'assenza di supporto locale, le barriere linguistiche, o le differenze culturali⁶⁴. Nel loro complesso, tali fattori rimandano

⁵⁷ A. MCAULEY, cit., 1119.

⁵⁸ C.D. NORMAN, e H.A. SKINNER, *eHealth literacy: Essential skills for consumer health in a networked world*, in *J. Med. Internet Res.*, 8, 2, 2006, 2.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ L. LATULIPPE et al., cit., 5; R.M. VISWANATH et al., *Internet Use, Browsing, and the Urban Poor: Implications for Cancer Control*, in *J. Natl. Cancer. Inst. Monogr.*, 47, 2013, 199 ss., spec. 199.

⁶¹ European Public Health Alliance, *Health inequalities and eHealth. Report of the eHealth Stakeholder Group*, cit., 16.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ A. MCAULEY, cit., 1119.

⁶⁴ L. LATULIPPE et al., cit. 5.

al livello di *agency* di cui gli individui possono disporre nella gestione delle dinamiche sottese alla fruizione dei servizi digitali. Il peso di questi fattori può rappresentare un ostacolo insormontabile soprattutto per i gruppi sociali che si trovano in condizioni di vulnerabilità, tra cui persone che soffrono di isolamento sociale, o che vivono in condizioni economiche precarie, persone con disabilità, persone anziani, e persone migranti. Con riferimento specifico alle differenze culturali, per esempio, è stato evidenziato che «molti migranti non sono abituati al formato, allo stile, ed alla ‘schiettezza’ delle informazioni pubblicate sui siti internet europei, le quali possono non essere in linea con le proprie tradizioni culturali e con i propri valori religiosi. A questo proposito, alcune questioni specifiche con riferimento a comunità particolare devono anche essere affrontate (per esempio, le mutilazioni genitali femminili) dal momento che tali pratiche avvengono anche in Europa»⁶⁵.

A tali situazioni di difficoltà si aggiunge il fatto che, per massimizzare i propri profitti, i produttori di tecnologie e *software* tendono sviluppare e a mettere in commercio servizi che possano soddisfare le esigenze di una platea di utenti che sia sufficientemente ampia e che abbia le capacità di interagire con prodotti ad alta vocazione tecnologica⁶⁶. Ciò comporta, tuttavia, che le esigenze particolari proprie di piccoli gruppi sociali, magari con possibilità economiche ridotte, possano essere ignorate o trascurate, alimentando quindi discriminazioni di carattere multiplo a detrimento degli stessi. Peraltro, la necessità di rafforzare l'equità nella definizione delle politiche pubbliche per l'innovazione tecnologica è confermata dallo scarso interesse per le disparità di genere, nonché per gli squilibri derivanti dalle relazioni asimmetriche che si sviluppano soprattutto tra uomo e donna⁶⁷. Come è stato efficacemente sottolineato a questo proposito, i processi di innovazione tecnologica in sanità spesso si sviluppano «in contesti in cui prevalgono diseguaglianze di genere, *bias*, disparità sociali e iniquità nelle dinamiche di potere»⁶⁸. In questo contesto, è stato evidenziato come la prospettiva intersezionale possa integrare efficacemente l'analisi sull'incidenza del genere nello sviluppo delle politiche per l'innovazione tecnologica in sanità⁶⁹, il che consentirebbe di esaminare «il genere alla luce di fattori che contribuiscono alla stratificazione sociale, quali la classe, la razza, l'educazione, l'etnia, l'età, l'ubicazione geografica, la disabilità e la sessualità»⁷⁰.

⁶⁵ European Public Health Alliance, *Health inequalities and eHealth. Report of the eHealth Stakeholder Group*, cit., 18.

⁶⁶ *Ivi*, 11.

⁶⁷ C. SINHA, e A-M. SCHRYER-ROY, *Digital health, gender and health equity: invisible imperatives*, in *Journal of Public Health*, 40, suppl. 2, 2015, ii1-ii5.

⁶⁸ *Ivi*, ii3.

⁶⁹ *Ivi*, ii3.

⁷⁰ *Ivi*, ii3.

6. Conclusioni: un approccio “geografico” per il diritto alla salute nell’era digitale.

L’assistenza sanitaria si trasforma per effetto della progressiva introduzione delle TIC all’interno della pratica medica, stimolando una trasformazione delle aspettative e dei diritti ricollegati alla tutela della salute. È inevitabile, infatti, che la salute digitale entri prima o poi a far parte del *core* del diritto alla salute o, se si preferisce, del livello essenziale al di sotto del quale la stessa prestazione perderebbe la propria ragione d’essere. Da ciò discende che anche l’analisi sui processi di innovazione tecnologica in sanità e, in particolare, quella relativa alla digitalizzazione del diritto alla salute, debbano poter fare riferimento su un approccio di ampio respiro, che non si appiattisca sui temi che hanno dominato la discussione dottrina sino a questo momento, come la tutela della *privacy* e la protezione dei dati personali, e la responsabilità professionale derivante dall’uso delle nuove tecnologie. Lungi dal sottostimare l’importanza di questi temi, diviene sempre più chiaro come la discussione relativa all’impatto etico, giuridico, e sociale della salute digitale non si possa fermare alla trattazione di questi ultimi, ma debba inglobare ulteriori importanti aspetti, che influiscono in maniera decisiva sulla garanzia del diritto alla salute nei contemporanei ordinamenti costituzionali. Tra essi vi è certamente il peso esercitato dalle diseguaglianze, come si è visto dalle riflessioni sopra esposte. L’analisi delle evidenze empiriche disponibili in questo settore mostra che individui e gruppi che subiscono l’impatto delle diseguaglianze in salute sono gli stessi a trarre meno beneficio dalla digitalizzazione dell’assistenza sanitaria, mentre chi già gode di un buon livello di accesso e di confidenza con il funzionamento dei sistemi sanitari può sfruttare le potenzialità offerte dall’innovazione tecnologica per tutelare ancora meglio la propria salute⁷¹. Pertanto, il rischio che la salute digitale possa esacerbare le diseguaglianze anziché ridurle è molto concreto. Ciò porterebbe a creare un “doppio binario” nella tutela della salute, aggravando il divario tra gruppi sociali, e in particolare tra quelli più istruiti e con maggiori risorse, e quelli che, a causa di molteplici fattori, incontrano difficoltà nell’utilizzo dei servizi sanitari digitali.

Un altro elemento di novità generato dalla progressiva diffusione dei servizi di salute digitale è certamente rappresentato dalla possibile emersione di nuove prerogative che presto potrebbero integrare la dimensione applicativa del diritto alla salute. Come si è visto sopra, fra queste vi può essere tanto la pretesa di essere curati sfruttando il potenziale dei servizi digitali, quanto quello di continuare ad accedere al proprio medico di fiducia attraverso le forme più convenzionali.

Nel loro complesso, pertanto, le dinamiche sottese alla digitalizzazione dell’assistenza sanitaria portano alla necessità di innovare gli approcci esistenti

⁷¹ Di questa opinione anche L.A. SCOTT, *The Delivery of Cardiac Rehabilitation Using Communications Technologies: The “Virtual” Cardiac Rehabilitation Program*, in *Canadian Journal Of Cardiology*, 34, 10, 2, 2004, S278 ss.; LINDSAY *et al.*, cit.; B.A. CARLSON *et al.*, *A community-based participatory health information needs assessment to help eliminate diabetes information disparities*, in *Health Promot. Pract.*, 7, 3, 2006, s213 ss.

allo studio dei rapporti tra diritto alla salute e nuove tecnologie, col fine ultimo di far emergere una prospettiva utile ad analizzare i fattori e le dinamiche che connotano tale intersezione e, quindi, comprenderne a più a fondo le implicazioni etiche, giuridiche e sociali. L'elaborazione di tale prospettiva deve quindi consentire di indagare sulla riconcettualizzazione del rapporto tra salute e malattia per opera dei servizi sanitari digitali, e sulla parallela rimodulazione delle prerogative *de iure* e *de facto* degli utenti del sistema sanitario⁷². Come già esposto altrove⁷³, questa nuova prospettiva deve necessariamente fondarsi su (almeno) tre elementi. Il primo di essi è un'attitudine critica nell'interpretazione degli strumenti giuridici esistenti e delle politiche adottate in questo settore, il cui punto di approdo è una visione antiformalistica che rifugge dai dogmi del determinismo scientifico-tecnologico, ovvero quella visione sulla base della quale il concepimento, l'adozione e l'utilizzo di nuove tecnologie è considerata come un processo "neutrale", rivolto essenzialmente al perseguimento di un generico "progresso sociale"⁷⁴. L'adozione di tale attitudine critica rappresenta un fattore imprescindibile per neutralizzare i diversi *bias* che sostengono i processi di innovazione tecnologica all'interno delle società contemporanee, quindi per riportare il diritto e le politiche adottate in questo settore alla loro effettiva valenza di "una scelta" tra molteplici possibilità, nonché tra plurime allocazioni di risorse (pubbliche). Questo primo elemento appare strettamente correlato al secondo, ovvero il bisogno di un'effettiva interdisciplinarietà, il che implica, a sua volta, una sorta di "umiltà disciplinare", ovvero la presa d'atto che il diritto, al netto della ricchezza e varietà delle discipline di cui si compone, non è sufficiente, di per sé, a garantire la definizione di regole coerenti e orientamenti affidabili per l'utilizzo delle nuove tecnologie in sanità. Questa consapevolezza porta all'esigenza di fare affidamento sui saperi offerti al di fuori dal mondo del diritto, e in particolare, ai metodi e alle conoscenze maturate nell'ambito di altre discipline, come la sociologia della salute e l'antropologia medica. Infine, questa nuova prospettiva non può non fondarsi su una forte ispirazione etica, attraverso la quale diviene possibile orientare alcune delle questioni chiave che sorgono nella valutazione dei processi di innovazione tecnologica in sanità, tra cui: qual è l'obiettivo (effettivo) di questi processi? In che misura è opportuno alimentarli, e a quale costo per la società? Come allocare le risorse bilanciando finalità, interessi, e obiettivi diversi e/o tra loro alternativi? Qual è l'impatto di tali processi su inclusione sociale, democrazia e diseguaglianze. Nel loro complesso, questi elementi conducono a quella che può essere definita come una "nuova geografia del diritto alla salute"⁷⁵, ovvero un approccio che guarda

⁷² *Ibidem*.

⁷³ C. BOTRUGNO, *La nuova Geografia del diritto alla salute. Innovazione tecnologica, relazioni spaziali, e forme di sapere*, Roma, 2020.

⁷⁴ L. SUCHMAN, J. BLOMBERG, J. ORR, e R. TRIGG, *Reconstructing technologies as social practice*, in *American Behavioural Scientist*, 43, 3, 1999, 392 ss.; L. SUCHMAN, e L. BISHOP, *Problematising "innovation" as a critical project*, in *Technology, Analysis and Strategic Management*, 12, 3, 2000, 327 ss.

⁷⁵ Tale approccio trae ispirazione dagli studi di *legal geography*, che designano un ambito teorico dalla natura marcatamente interdisciplinare, che si focalizza sul "dove" del diritto. Il punto di partenza dei geografi del diritto è il rapporto di co-costituzione tra spazio e diritto, e quindi l'idea che il diritto non sia solo una pratica socialmente situata, ma lo sia anche spazialmente. L'approccio della geografia legale

alla tutela della salute come un «complesso di prerogative individuali, aspettative, opportunità e rischi che derivano dall'intersezione tra il diritto alla salute e la vocazione all'ubiquità propria delle TIC, e che conferisce una rinnovata valenza agli aspetti geografici e spaziali da cui dipende l'organizzazione dell'assistenza sanitaria»⁷⁶. Questa prospettiva può contribuire ad analizzare gli scenari di tipo nuovo generati dai processi di innovazione tecnologica in salute e in sanità, con l'obiettivo di fornire nuovi spunti, tanto per la ricerca empirica, quanto per la riflessione teorica. Più in particolare, essa consente di identificare le nuove prerogative individuali che scaturiscono dai processi di digitalizzazione dell'assistenza sanitaria e rinnovare l'analisi relativa ai fattori che influenzano l'accesso ai servizi sanitari digitali, prestando particolare attenzione alle asimmetrie e alle disuguaglianze che colpiscono in particolar modo i gruppi sociali più vulnerabili, escludendoli dai benefici dell'innovazione tecnologica.

consente di estendere il quadro dei rapporti co-costitutivi che interseca il diritto, i luoghi e lo spazio, in modo da includevi le due caratteristiche fondamentali dei servizi mediati da TIC: la loro capacità di attraversare le barriere spazio-temporali, e il loro essere ineludibilmente situati (*embedded*) nel contesto locale

⁷⁶ Spiego più esaurientemente i tratti costitutivi di questo approccio in C. BOTRUGNO, *La nuova Geografia del diritto alla salute. Innovazione tecnologica, relazioni spaziali, e forme di sapere*, cit.

Sull'ammissibilità delle restrizioni alla libertà di circolazione tramite quarantena obbligatoria in caso di accertata positività al COVID-19.

di Angelo Raffaele Salerno*

Abstract IT: *L'A. analizza la sentenza n. 127 del 2022, attraverso la quale la Corte ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale della previsione della quarantena obbligatoria in caso di accertata positività al COVID-19 rispetto all'art. 13 Cost.*

Abstract EN: *The paper analyses the ruling no. 127 of the 2022, through which the Constitutional Court has deemed unfounded the question of constitutional legitimacy of the provision of compulsory quarantine in case of ascertained positivity to COVID-19 in relation to art. 13 Cost.*

Sommario: 1. Un dibattito risalente. – 2. La sentenza n. 127 del 2022. – 3. L'insostenibile sussunzione della quarantena obbligatoria nell'ambito operativo dell'articolo 13. – 4. La parzialità della questione di legittimità costituzionale. – 5. Un rigetto condivisibile.

1. Un dibattito risalente.

Quasi un secolo fa, Carlo Esposito sosteneva si dovesse «nettamente distinguere l'attività imperativa del diritto da quella coercitiva, ed affermare che il diritto, quando comanda non coarcesce quando coarcesce non comanda»¹. Massima che rappresenta un'utile premessa teorica per riflettere attorno al tema che in questa sede ci occupa.

L'esame delle restrizioni poste alla libertà di circolazione tramite quarantena obbligatoria nei casi di contagio da COVID-19, rispetto alle quali la Corte

* Dottorando di ricerca in Diritto dei mercati europei e globali. Crisi, diritti, regolazione, Università degli Studi della Tuscia.

¹ C. ESPOSITO, *Lineamenti di una dottrina del diritto*, Fabriano, 1930, 61.

costituzionale si è di recente pronunciata a mezzo della sentenza n. 127 del 2022, chiama infatti necessariamente in causa un dibattito risalente, che almeno per grandi linee è necessario ripercorrere: quello intorno alla linea di demarcazione tra la sfera giuridica della libertà personale di cui all'art. 13 Cost. e quella della libertà di circolazione di cui all'art. 16 Cost., sulla quale varie tesi sono state elaborate proprio a partire dalla fondamentale distinzione tra comando e coercizione².

Gli argomenti addotti dalla Corte per sostenere la dichiarazione di infondatezza della questione sollevata dal giudice *a quo* rispetto all'art. 13 Cost. risentono in effetti di una sedimentazione giurisprudenziale assai risalente, che affonda le proprie radici addirittura nelle sue prime pronunce, in un tempo in cui la giurisprudenza costituzionale si intrecciava a doppio filo proprio al dibattito sull'inquadramento teorico delle due libertà, in cui il punto maggiormente controverso era rappresentato dall'estensione delle garanzie dell'art. 13 – e in particolare la riserva di giurisdizione³ – anche al di fuori dei casi di coercizione fisica. Quando la libertà individuale sancita dall'art. 26 dello Statuto albertino⁴ – ove libertà personale e libertà di circolazione non venivano distinte⁵ – venne frantumata in più libertà dalla Costituzione del 1947, si pose infatti il problema di determinare la linea di demarcazione tra le sfere di operatività dell'art. 13 e dell'art. 16⁶; una delicatissima questione teorica che venne notevolmente complicata dalla vicenda delle misure di prevenzione, le quali, collocandosi fra le due libertà, restituirono «un'immagine deformata dei loro rispettivi contenuti»⁷. In taluni casi, si prendevano le mosse da una determinata concezione teorica della libertà personale, definendo le altre libertà

² La libertà di circolazione e soggiorno è peraltro al centro della recente ricerca di G. D'AMICO, *La libertà "capovolta". Circolazione e soggiorno nello Stato costituzionale*, Napoli, 2020, il quale tenta di gettare "un ponte" tra gli studi sulle libertà di circolazione e soggiorno negli studi costituzionalistici – incentrati, secondo l'A., quasi esclusivamente sulla Costituzione e le leggi nazionali ma privi di un'adeguata considerazione della dimensione sovranazionale – e gli studi di diritto europeo, a loro volta reciprocamente sganciati – sempre a giudizio dell'A. – dalla dimensione nazionale. Sempre tra gli studi più recenti, approfondiscono le restrizioni alla libertà di circolazione dovute alle misure di contenimento della diffusione del COVID-19, fra gli altri, G.P. DOLSO, *Emergenza sanitaria e libertà di circolazione*, in Id., M.D. Ferrara e D. Rossi (a cura di), *Virus in fabula. Diritti e Istituzioni ai tempi del covid-19*, Trieste, 2020, 263 ss. e C. SAGONE, *La libertà di circolazione e le limitazioni poste per motivi di sanità nell'ordinamento regionale*, in *Rivista AIC*, 4, 2020, 95 ss.

³ In una più ampia analisi storico-comparatistica sull'avvento dello Stato costituzionale, è stato osservato che «lo spostamento delle garanzie dei diritti soggettivi dal potere legislativo ai giudici non risponde solo... all'esigenza di separare il potere, ma conferisce anche effettività al godimento di tali diritti rispetto all'epoca in cui la generalità ed astrattezza dei precetti legislativi assorbiva ogni pretesa di giustizia» (C. PINELLI, *Forme di Stato e forme di governo. Corso di diritto costituzionale comparato*, 2ª ed., Napoli, 2009, 139).

⁴ «La libertà individuale è garantita. Niuno può essere arrestato o tradotto in giudizio se non nei casi previsti dalla legge e nelle forme che essa prescrive».

⁵ Seppur i costituzionalisti del tempo non mancassero di inquadrare autonomamente la libertà di locomozione (si vedano F. RACIOPPI e I. BRUNELLI, *Art. 26*, in *Commento allo Statuto del Regno*, II, Torino, 1909, 99 e O. RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico. Il nuovo diritto pubblico italiano*, 4ª ed., Padova, 1933, 79).

⁶ Tra i primi studiosi a inquadrare le libertà di cui all'art. 16 Cost. come autonome rispetto alla libertà personale, S. GALEOTTI, *La libertà personale: studio di diritto costituzionale italiano e comparato*, Milano, 1953, 104.

⁷ G. AMATO, *Art. 16*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili. Art. 13-20*, Bologna-Roma, 1977, 114.

costituzionali – tra le quali, appunto, quella di circolazione – in negativo; in altri, si è riflettuto sugli artt. 13 e 16 Cost. in maniera congiunta, dal che si sono enucleati i più vari criteri finalizzati all'individuazione della loro differente sfera applicativa.

Così, negli anni, alle posizioni di chi – con varie sfumature – ha sostenuto che la libertà personale debba identificarsi con la libertà da coercizioni della sfera fisica della persona⁸, hanno fatto da contraltare quelle di chi ha invece sostenuto che essa vada intesa in un senso più ampio, in grado di inglobare la libertà morale⁹ e la dignità sociale della persona¹⁰ e, ancora, le posizioni di chi ha ritenuto che la libertà di circolazione di cui all'art. 16 fosse riconducibile «al medesimo principio della prima parte dell'art. 13»¹¹, e quella di chi ha invece adottato, come criterio discretivo, la distinzione tra obbligo positivo e obbligo negativo¹².

Senza entrare nel merito di un dibattito così ricco e articolato¹³, basti dire che il dato testuale dell'art. 13, quarto comma, Cost.¹⁴ sembra legittimare una lettura delle garanzie contenute nell'articolo in questione in quanto riferibili non soltanto al più classico concetto di *habeas corpus*, ma anche a un vero e proprio *habeas mentem* opponibile nei confronti di qualsiasi coercizione di natura psichica¹⁵. Resta in ogni caso fermo che, anche in questa prospettiva, la fondamentale distinzione tra coercizione e obbligo che Carlo Esposito invitava a tenere ben presente continua a mantenere una forza teoretica tale da facilitare

⁸ Fra gli altri, G. AMATO, *Art. 13*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili. Art. 13-20*, Bologna-Roma, 1977, 1 ss. (il quale la inquadra quale «libertà dagli arresti e, nella sua massima espansione, dalla sottoposizione a singole e specifiche coercizioni fisiche», 51), A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, 2^a ed., Padova, 1992 (per il quale l'art. 13 Cost. garantisce «la persona fisica contro le situazioni temporanee o durature all'altrui volere, conseguenti a una situazione di coartazione fisica», 178), L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962 (il quale afferma che la «linea di distinzione è data dalla presenza di un potere, legittimo o di puro fatto, che costringe attualmente una persona ad una serie interminabile di comportamenti, positivi o negativi, e soprattutto, la riduce ad una situazione di *Machtlosigkeit*», 84).

⁹ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 171 ss. Sul punto, merita di essere riportata la posizione di un autorevole penalista come G. VASSALLI, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, V, Padova, 1958, 353 ss., il quale precisa che la libertà personale «non è sola libertà da ogni coercizione fisica, bensì anche *libertà da ogni coercizione morale che abbia riferimento ad una attività fisica della persona*» (406, il corsivo è nostro). È opportuno rammentare che Vassalli riteneva che le libertà di circolazione e di soggiorno si distinguessero dalla libertà personale in quanto «implicano necessariamente un riferimento a qualche zona o territorio dove sia lecito, o non lecito, soggiornare o circolare», dal che se ne trarrebbe che esse siano accomunate con altre libertà da «un carattere che le distacca dalla mera libertà personale: quello di non poter essere intese ed apprese se non in un rapporto, o con un luogo o con altri soggetti o con un determinato effetto della attività in cui la libertà si estrinseca; in altri termini, *di non aver senso se non nella vita di relazione*. La libertà personale invece ha tratto alla persona in sé e per sé considerata» (396, il corsivo è nostro).

¹⁰ Così, fra gli altri, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, 9^a ed., Padova, 1976, 1054, ID., *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1960, 689-690, e A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, 40 ss.

¹¹ V. CRISAFULLI, *Libertà personale, Costituzione e passaporti*, in *Arch. pen.*, II, 1955, 117.

¹² M. MAZZIOTTI, *Circolazione e soggiorno (libertà di)*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, 16-17.

¹³ Il che, in questa sede, non sarebbe del resto possibile.

¹⁴ «È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà» (enfasi nostra).

¹⁵ C. PINELLI, *Diritto pubblico*, Bologna, 2018, 393.

la ricostruzione di una distinzione tra le libertà in questione¹⁶, a prescindere dalle più specifiche sfumature sottese alle varie tesi.

Passando dal piano della scienza giuridica a quello giurisprudenziale, va osservato che, al fine di identificare in quali casi le restrizioni alla libertà di locomozione configurino una violazione della libertà personale, la Corte ha accolto criteri compositi, che possono essere così schematizzati¹⁷: *i*) anzitutto, si rientra nella sfera di operatività dell'art. 13 Cost. nel caso di restrizioni operate da poteri di *coercizione fisica*, esercitati dal giudice, dalla polizia o da privati¹⁸; *ii*) un secondo criterio, legato al nesso della libertà personale con la tutela della dignità sociale della persona, è quello della cosiddetta *degradazione giuridica*, alla luce del quale ledono la libertà personale e richiedono dunque le garanzie dell'art. 13 Cost. tutte quelle misure che, pur non attuando una coercizione fisica, incidano sulla dignità della persona¹⁹; *iii*) infine, un terzo criterio adottato dalla Corte è quello strettamente *quantitativo*, che esclude violino l'art. 13 Cost. le coercizioni di lieve entità, non incidenti sulla dignità sociale²⁰.

Venendo alla questione che qui ci occupa, in cui la Corte ha attinto a piene mani a tali criteri, può dunque dirsi che le argomentazioni addotte per escludere la violazione dell'art. 13 Cost. tramite la previsione della quarantena obbligatoria riposano su un retroterra giurisprudenziale ricco e risalente, seppur spesso oscillante e – talvolta meritoriamente – criticato. La consapevolezza di ciò implica la necessità di riflettere a fondo intorno all'ammissibilità di restrizioni come quella censurata dal giudice *a quo*, il cui corretto inquadramento rifugge a semplicistiche equiparazioni in termini di incidenza sulle libertà costituzionali. Come la Corte costituzionale non manca di far notare.

¹⁶ Distinzione che peraltro continua a orientare anche ricerche più recenti. Si veda ad esempio la ricostruzione storico-dogmatica di L. PRINCIPATO, *I diritti della sfera civile nella dimensione individuale*, in M. Benvenuti e R. Bifulco (a cura di), *Trattato di diritto costituzionale. Volume III. I diritti e i doveri costituzionali*, Torino, 2022, 51 ss., il quale individua nella «natura coercitiva della limitazione» alla libertà personale l'«elemento realmente caratterizzante» (58) e inquadra sul piano teorico la libertà di circolazione come una specie della libertà individuale (di cui all'art. 23 Cost.), «dalla quale si differenzia sia sul piano oggettivo (la materiale attività di circolare o di soggiornare sul territorio nazionale), sia su quello degli strumenti di garanzia, essendo all'uopo posta una riserva di legge assoluta e rinforzata dal riferimento dai motivi di sanità o di sicurezza». Partendo da tali premesse, il quadro teorico offerto dall'A. citato si estrinseca in un sistema in cui le misure coercitive cadrebbero nell'ambito operativo dell'art. 13 Cost., mentre quelle obbligatorie in quello della riserva di legge relativa di cui all'art. 23 Cost.; «laddove», si precisa, «limitazioni siano disposte alla libertà di circolazione e soggiorno, ciò deve accadere solo in via generale e per motivi di sanità o di sicurezza, nel rispetto della riserva di legge assoluta e rinforzata» (103).

¹⁷ A. BARBERA, F. COCOZZA e G. CORSO, *Le situazioni soggettive. Le libertà dei singoli e delle formazioni sociali. Il principio di eguaglianza*, in G. Amato e A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico. I. Diritto pubblico generale*, Bologna, 1997, 243 ss.

¹⁸ Si veda, tra le varie pronunce, Corte cost. n. 238 del 1996, in tema di prelievo ematico coattivo.

¹⁹ Si veda, fra le altre, Corte cost. n. 68 del 1964, n. 27 del 1959 e n. 11 del 1956.

²⁰ Corte cost. n. 30 del 1962.

2. La sentenza n. 127 del 2022.

La questione era stata sollevata dal Tribunale di Reggio Calabria²¹ per l'asserita illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 6, e dell'art. 2, comma 3, decreto-legge n. 33 del 2020 («Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19») in relazione all'art. 13 Cost. Ad essere oggetto del dubbio di illegittimità costituzionale erano, rispettivamente, un divieto e la relativa sanzione.

La prima disposizione censurata, l'art. 1, comma 6, impone infatti il «divieto di mobilità dalla propria abitazione o dimora alle persone sottoposte alla misura della quarantena per provvedimento dell'autorità sanitaria in quanto risultate positive al virus COVID-19, fino all'accertamento della guarigione o al ricovero in una struttura sanitaria o altra struttura allo scopo destinata». L'art. 2, comma 3, dispone invece che salvo «che il fatto costituisca reato punibile ai sensi dell'articolo 452 del codice penale o comunque più grave reato, la violazione della misura di cui all'articolo 1, comma 6, è punita ai sensi dell'articolo 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265».

Nel procedimento penale nel corso del quale la questione è stata sollevata, il giudice *a quo* si trovava dunque a dover giudicare un imputato rispetto al quale era stato instaurato un giudizio direttissimo in relazione a vari reati, tra cui la contravvenzione che si configura in caso di mancata osservanza di «un ordine legalmente dato per impedire l'invasione o la diffusione di una malattia infettiva dell'uomo», punita, a seguito delle modifiche apportate dall'art. 4, comma 7, decreto-legge n. 19 del 2020, con l'arresto da tre a diciotto mesi e con l'ammenda da cinquecento a cinquemila euro²². Da qui, la ritenuta rilevanza della questione, dal cui esito dipendeva l'applicabilità della norma incriminatrice.

Invero, l'ordinanza di rimessione sconta un palese difetto strutturale consistente nella parziale, oltre che erronea, individuazione del parametro costituzionale. Più precisamente, la questione di costituzionalità è stata sollevata soltanto in relazione all'art. 13, senza alcun riferimento a un'eventuale violazione dell'art. 16 Cost.: ciò ha significato da un lato una prevedibile dichiarazione di infondatezza alla luce dell'insostenibile inquadramento della quarantena obbligatoria come misura incidente sulla libertà personale; dall'altro, una volta escluso che le restrizioni coinvolgano la libertà personale e ritenuto dunque che esse incidano sulla libertà di circolazione, ciò ha finito per impedire alla stessa Corte costituzionale ogni possibile scrutinio su eventuali profili di illegittimità alla luce dell'art. 16²³.

Sia come sia, il giudice *a quo* dubitava della legittimità delle disposizioni censurate asserendo che «una misura così limitativa della facoltà di libera locomozione, da impedire l'uscita dalla propria abitazione durante la malattia» non potesse che incidere sulla «sfera giuridica della libertà personale», ritenendo che la stessa

²¹ Tribunale ordinario di Reggio Calabria, Sez. penale, ordinanza del 15 aprile 2021 (reg. ord. n. 141 del 2021).

²² Art. 260, comma 1, r.d. n. 1265 del 1934.

²³ Questo punto, necessariamente non trattato dalla Corte, verrà approfondito più oltre.

potesse essere equiparata a misure che egli riteneva di pari afflittività, quali la misura cautelare degli arresti domiciliari (art. 284 cod. proc. pen.) e la detenzione domiciliare (art. 47-ter ord. pen.).

La Corte, sul punto, rileva immediatamente che seppur l'autodeterminazione di sé nello spazio rappresenti una componente fondamentale tanto della libertà personale quanto della libertà di circolazione, «i criteri che il rimettente suggerisce per qualificare la fattispecie ai sensi dell'art. 13 Cost., anziché in base all'art. 16 Cost., non hanno mai trovato corrispondenza nella pluridecennale giurisprudenza maturata da questa Corte sul punto controverso»²⁴. La motivazione si articola in due tronconi argomentativi portanti incentrati da un lato sul rilievo della mancanza di qualsivoglia coercizione fisica, dall'altro sull'assenza di una degradazione giuridica; elementi, questi, la cui sussistenza avrebbero senz'altro reso esatto l'itinerario interpretativo che aveva condotto il giudice *a quo* a ritenere che la misura censurata incidesse sulla libertà personale. Tuttavia, prima di approfondire questi due punti, la Corte pone alcune importanti premesse.

La prima viene posta richiamando la fondamentale sentenza n. 68 del 1964, a mezzo della quale essa aveva ritenuto ammissibili ai sensi dell'art. 16 Cost. anche restrizioni a carico di singoli individui portatori di patologie contagiose. La Corte precisa che la stessa ipotesi di un cordone sanitario, finalizzato alla tutela della salute in quanto interesse della collettività, «possa stringersi di quanto è necessario, secondo un criterio di proporzionalità e di adeguatezza rispetto alle circostanze del caso concreto», potendo legittimare tanto misure consistenti in divieti generalizzati, quanto in divieti imposti a determinate persone quando queste, «in ragione della libertà di circolare, siano, a causa della contagiosità, un pericoloso vettore della malattia». Entrambe le tipologie di restrizione sarebbero riconducibili alla sfera operativa dell'art. 16 Cost., e non, come il giudice *a quo* riteneva rispetto alla seconda, in quella dell'art. 13 Cost.²⁵.

La seconda premessa – che abbiamo in parte anticipato – sembra lasciare intendere un certo qual rammarico per la parzialità dei parametri indicati nell'ordinanza di rimessione. La Corte rileva infatti che, pur escluso che restrizioni del tipo di quelle censurate possano sussumersi nell'ambito operativo dell'art. 13 Cost., ciò non significa che sia escluso ogni sindacato sulla legittimità della misura adottata rispetto «ai limiti costituzionali che il legislatore incontra in tema di compressione della libertà di circolazione». Eppure, la circoscrizione dei dubbi di legittimità costituzionale rispetto al solo art. 13 Cost. impongono

²⁴ Punto 3.1 del *Considerato in diritto*.

²⁵ Sul punto, si impone la precisazione che il dibattito intorno alla locuzione «in via generale» di cui all'art. 16 Cost., nonostante la chiara presa di posizione della Corte costituzionale, non ha incontrato risposte univoche tra gli studiosi. Ad esempio, M. GALIZIA, *La libertà di circolazione e soggiorno dall'Unificazione alla Costituzione repubblicana*, in P. Barile (a cura di), *La Pubblica Sicurezza. Atti del Congresso celebrativo delle leggi amministrative di unificazione. Tutela del cittadino*, Vicenza, 1967, 548 ss., esclude che l'inciso legittimi misure riferite a singole persone. Occorre comunque specificare che l'A. citato confuta altresì i tentativi di dare autonomia concettuale alla libertà di circolazione di cui all'art. 16 Cost., ricostruendo invece il rapporto con l'art. 13 Cost. attraverso la riconduzione all'art. 16 delle restrizioni adottate, appunto, «in via generale», mentre quelle che tali non fossero andrebbero ricondotte nell'alveo della disciplina di cui all'art. 13 (549).

alla Corte di focalizzare il proprio scrutinio in relazione a tale parametro, «restando invece impregiudicato ogni profilo afferente all'osservanza dell'art. 16 Cost.»²⁶.

A questo punto, la Corte incentra la propria motivazione sul dipolo sopra richiamato: l'assenza di coercizione fisica da un lato e di qualsivoglia degradazione giuridica dall'altro.

Quanto al primo aspetto, viene rammentato che «il nucleo irriducibile dell'habeas corpus», che trova tutela nell'art. 13 Cost., implica un limite alle coercizioni fisiche decise dal legislatore nella misura in cui la Costituzione prevede il necessario intervento di un giudice, tanto nell'ipotesi ordinaria di cui al secondo comma, quanto nei «casi eccezionali di necessità ed urgenza» di cui al terzo comma. «L'impiego della forza», afferma la Corte, «è quindi precluso alla legge dalla lettera stessa dell'art. 13 Cost, se non interviene il giudice», da cui discende che, ove il legislatore restringa la libertà di locomozione, «indice certo per assegnare tale misura all'ambito applicativo dell'art. 13 Cost. (e non dell'art. 16 Cost.) è che essa sia non soltanto obbligatoria... ma anche tale da richiedere una coercizione fisica»²⁷. Così inquadrato, il nucleo duro di tutela posto dall'art. 13 Cost., la Corte suffraga tale ricostruzione ricorrendo a una corposa rassegna dei propri precedenti sul punto²⁸.

La Corte si sofferma inoltre sull'insostenibilità dell'equiparazione della quarantena obbligatoria con gli arresti domiciliari e la detenzione domiciliare, facendo notare che nel primo caso è assente qualsivoglia forma di coercizione fisica – nonostante permanga il rischio di incorrere in una contravvenzione – così come non sono previste forme di sorveglianza volte a prevenire la violazione, e che nel caso in cui la persona si allontani «non gli si potrà impedire fisicamente di lasciare la dimora», né potrà essere arrestata in conseguenza di ciò. Al contrario, tanto gli arresti domiciliari quanto la detenzione domiciliare sono misure «coattivamente imposte e mantenute in vigore», accompagnate dalla previsione della possibilità di arresto dell'evaso anche al di là dei casi di flagranza. Dal che se ne trae che le misure risultano tra loro imparagonabili²⁹.

La Corte vaglia, infine, l'eventualità in cui la restrizione censurata implichi una degradazione giuridica, ipotesi nella quale la Corte estende tradizionalmente le

²⁶ Punto 3.3 del *Considerato in diritto*.

²⁷ Punto 4 del *Considerato in diritto*.

²⁸ Viene ad esempio rammentato che, in forza di tale schema teorico, un ordine di rimpatrio con foglio di via obbligatorio rientra nella sfera operativa dell'art. 16 Cost. ove richieda una collaborazione volontaria del destinatario, mentre ricade in quella dell'art. 13 Cost. ove implichi la coercizione fisica della persona, tradotta forzatamente (Corte cost. n. 2 del 1956 e n. 45 del 1960); che se l'esecuzione coattiva di un prelievo ematico nell'ambito di un procedimento penale ricade nell'art. 13 Cost. (Corte cost. n. 238 del 1996), ciò non vale invece per la previsione del test alcolemico per la persona che sia sospettata di aver guidato in stato di ebbrezza, in quanto quest'ultima, ritenendo configurarsi un abuso di potere, può sottrarsi, pur rischiando di incorrere in conseguenze penali (Corte cost. n. 194 del 1996). O, ancora, che anche ove la restrizione alla libertà di locomozione sia disposta in via generali per motivi di sanità ciò non implica necessariamente la sua riconduzione nella sfera operativa dell'art. 16 Cost., ove la stessa venga attuata attraverso il ricorso alla forza fisica, il che richiederebbe invece le garanzie stabilite dall'art. 13 Cost. (sul punto, viene richiamata la sentenza n. 22 del 2022).

²⁹ Punto 4.1 del *Considerato in diritto*.

garanzie dell'art. 13 Cost. anche in assenza di coercizione fisica³⁰. Sul punto, va premesso che la Corte ha da lungo tempo chiarito che «per aversi degradazione giuridica, come uno degli aspetti di restrizione della libertà personale ai sensi dell'art. 13 della Costituzione, occorre che il provvedimento provochi una menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona, tale da potere essere equiparata a quell'assoggettamento all'altrui potere, in cui si concreta la violazione del principio dell'habeas corpus»³¹.

Al netto della implicita ammissione di alcune ambiguità nella propria giurisprudenza, nella quale sono presenti «casi del tutto particolari» ai quali sono state estese le garanzie di cui all'art. 13 Cost. pur in assenza tanto di coercizione fisica quanto di degradazione giuridica³², la Corte esclude, nel caso di specie,

³⁰ Invero, la Corte, pur orientata da un'apprezzabile precomprensione garantistica, nel momento in cui afferma che simili restrizioni sono «assistite dalle piene garanzie dell'habeas corpus offerte dallo statuto della libertà personale» (punto 5 del *Considerato in diritto*), finisce per ascrivere allo stesso *habeas corpus* un significato a-storico, in quanto tale formula di garanzia «ha sempre considerato unitariamente i problemi dell'arresto, della detenzione e delle conseguenze dell'uno e dell'altra, nel quadro dei poteri di polizia e di quelli connessi al processo penale» (G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 27), con ciò alterando la stessa struttura delineata dalla Costituzione per la libertà personale. Ma sul punto avremo modo di tornare più oltre.

³¹ Corte cost. n. 68 del 1964, punto 3 del *Considerato in diritto*.

³² La precisazione (punto 5.1 del *Considerato in diritto*) è assai interessante. La Corte richiama le sentenze n. 193 e n. 143 del 1996, con le quali aveva deciso questioni in cui erano venute in rilievo le due distinte misure, previste dalla legge n. 401 del 1989 («Interventi nel settore del giuoco e delle scommesse clandestine e tutela della correttezza nello svolgimento di manifestazioni sportive»), del divieto di accedere ai luoghi in cui si svolgono manifestazioni sportive (art. 1) e dell'obbligo di comparire presso un ufficio di polizia durante lo svolgimento di manifestazioni sportive (art. 2). In particolare, con la sentenza n. 143, la Corte aveva ritenuto la seconda misura incidente sulla sfera della libertà personale di chi coloro i quali siano tenuti a comparire. Il «carattere restrittivo del provvedimento adottato dal questore» sarebbe confermato dai lavori preparatori della disposizione, dalla garanzia del ricorso per cassazione avverso l'ordinanza di convalida del giudice per le indagini preliminari (art. 6, comma 4) oltre che dal fatto che «la procedura prescelta dal legislatore per disciplinare le modalità della convalida del provvedimento in questione ricalca quella prevista dall'art. 390 del codice di procedura penale per la convalida dell'arresto o del fermo, sia per quanto concerne gli organi interessati (pubblico ministero, competente per la richiesta di convalida, e giudice per le indagini preliminari, competente per la convalida), sia in riferimento ai termini entro i quali deve addivenirsi alla richiesta ed alla convalida (quarantotto ore per ognuna delle due fasi), sia, infine, in relazione agli effetti del mancato rispetto di tali limiti temporali (da cui discende l'inefficacia della misura)». Sul punto, è però interessante notare che l'unico argomento di carattere sostanziale volto a sussumere la restrizione nel campo applicativo dell'art. 13 Cost. – gli altri or ora richiamati fanno esclusivamente riferimento alla qualificazione operata dal legislatore ordinario, e alla relativa procedimentalizzazione – lo si rinviene nel rilievo per cui la misura «attraverso l'imposizione di un obbligo di presenza in un luogo determinato, comporta una restrizione nella libertà di movimento dello stesso soggetto durante una particolare fascia oraria» (punto 3 del *Considerato in diritto*). Ma, se il criterio per inquadrare una misura restrittiva della libertà di locomozione nell'apparato di garanzie di cui all'art. 13 Cost. consiste nella mera circostanza di avere l'obbligo – non coercibile, si badi, seppur presidiato da sanzione penale – di recarsi in un determinato luogo in una certa fascia oraria, e ciò in assenza di qualsivoglia ipotesi di degradazione giuridica, allora la quarantena obbligatoria – anch'essa obbligo non coercibile presidiato da sanzione penale – dovrebbe senza dubbio alcuno rappresentare una misura restrittiva della libertà personale; il che, chiaramente, non è. Il tutto risulta ancor più contraddittorio guardando alla valutazione che la Corte esprime in relazione all'altra misura, il divieto di accedere agli stadi. Posta dal giudice *a quo* dinanzi alla questione della rispondenza al principio di eguaglianza della distinzione procedimentale dei due provvedimenti (con riferimento alla sottoposizione a controllo giurisdizionale del solo l'obbligo di comparire innanzi all'ufficio di polizia), la Corte si era pronunciata (sentenza n. 193 del 1996) nel senso dell'infondatezza, sulla base della laconica motivazione della «minore incidenza sulla sfera della libertà del soggetto» ingenerata dal divieto di accesso ai luoghi in cui si svolgono manifestazioni sportive (punto 3 del *Considerato in diritto*). Questi

qualsivoglia degradazione giuridica della persona – e dunque l’incidenza della misura sulla libertà personale – osservando «che l’accertamento dello stato di positività non si congiunge ad alcuno stigma morale, e non può cagionare mortificazione della pari dignità sociale»³³, e ciò perché il fatto di ammalarsi contraendo un agente patogeno è «circostanza del tutto neutra sul piano della personalità morale e della pari dignità sociale», cui consegue la cosiddetta quarantena obbligatoria. Per contro, e a maggior riprova dell’insostenibilità del paragone, viene osservato che l’applicazione degli arresti domiciliari – come della detenzione domiciliare – implica giocoforza «una valutazione individuale della condotta e della personalità dell’agente, da parte dell’autorità giudiziaria».³⁴ Non solo. La Corte completa il proprio apparato argomentativo osservando che, seppur il provvedimento amministrativo sia posto alla base della fattispecie contravvenzionale, non solo esso non ricade nell’ambito applicativo dell’art. 13 Cost., ma la sua esistenza non era neppure costituzionalmente imposta, essendo consentito al legislatore «configurare come reato la condotta di chi, sapendosi malato, lasci la propria abitazione o dimora, esponendo altri al rischio del contagio, senza la necessità della sopravvenienza di un provvedimento dell’autorità sanitaria».

precedenti, non a caso definiti nella pronuncia in commento «casi del tutto particolari», evidenziano la necessità di procedere con cautela – anche a fronte di apprezzabili precomprensioni garantistiche – nel tentativo di estendere la sfera applicativa dell’art. 13 Cost. In questa sede, ci limitiamo segnalare che le due vicende evidenziano anzitutto l’insoddisfacente funzionalità del criterio quantitativo, che rispetto ai due casi sfuma tanto da non rendere neppure comprensibile quale sia stato il punto dirimente in ordine alla riconduzione di una misura all’art. 13 e dell’altra all’art. 16 Cost. Non solo. Emerge anche la pari insufficienza funzionale del criterio incentrato sulla distinzione tra obbligo positivo e obbligo negativo, pur autorevolmente sostenuto (M. MAZZIOTTI, *Circolazione e soggiorno*, cit., 16-17). Peraltro, il fatto che il legislatore abbia procedimentalizzato la restrizione relativa all’obbligo di comparire alla stregua della disciplina imposta dall’art. 13 Cost. *rispetto alle restrizioni della libertà personale* non significa di per sé che la stessa rientrasse *necessariamente* in tale sfera applicativa; del resto, lo stesso art. 16 prevede garanzie minime che la Costituzione appronta in relazione alle libertà di circolazione e soggiorno, ma non preclude al legislatore ordinario l’adozione di garanzie ulteriori. In definitiva, ove si tenti di tracciare una linea di demarcazione tra libertà personale e libertà di circolazione, la casistica richiamata dalla Corte illumina la necessità di assestarsi sui criteri distintivi che si sono rivelati maggiormente solidi tanto sul piano del retroterra teorico quanto su quello dell’ormai pluridecennale esperienza giurisprudenziale. Sul punto, potrebbe essere opportuno richiamare l’insegnamento – il quale suona in fondo a mo’ di avvertimento – per cui la libertà personale è anzitutto «una situazione (il non giurista direbbe più espressivamente una condizione) preliminare al potenziale esplicarsi dei più vari aspetti di tale personalità, che, per ragioni storiche e positive, si ritiene compromessa con l’instaurazione dello stato detentivo», e che l’art. 13 «regola quel complesso di poteri che ruotano attorno allo stato detentivo, così in sede di polizia come ai fini del processo penale... Il fatto che tali problemi trovino oggi un comun denominatore in quella che noi chiamiamo libertà personale ha di certo un suo significato, poiché dimostra come l’ordinamento vigente – sulla scia del costituzionalismo – sposti l’attenzione sul singolo e sulla sua persona, per accentuarne la tutela rispetto alla situazione (instaurazione dello stato detentivo) in cui quei problemi si pongono; ma non può e non vuol significare che tale situazione sia destinata a mutare o a moltiplicarsi, sino ad abbracciare ipotesi di specie che con lo stato detentivo non hanno più nulla in comune. Se questo è vero, ne esce illuminato anche il rapporto fra libertà personale e libertà di circolazione, probabilmente inestricabile quando lo si pone al livello di ipotesi come quella di colui il quale venga abbandonato nel deserto con le manette, ma assai più limpido se ricostruito alla luce dei poteri e delle situazioni cui intendono concretamente riferirsi, nel nostro ordinamento, gli artt. 13 e 16 (G. AMATO, *Individuo e autorità*, cit., 24 ss., i corsivi sono nostri).

³³ Punto 6 del *Considerato in diritto*.

³⁴ Punto 6.1 del *Considerato in diritto*.

3. L'insostenibile sussunzione della quarantena obbligatoria nell'ambito operativo dell'articolo 13.

I criteri da lungo tempo elaborati nella giurisprudenza costituzionale per distinguere le due libertà si prestano tutt'ora a vari ordini di critiche, a seconda delle peculiari premesse teoriche adottate³⁵. Eppure, è interessante osservare come, riannodando i fili argomentativi dipanati dalla Corte, le restrizioni alla libertà di locomozione poste dalla cosiddetta quarantena obbligatoria risulterebbero costituzionalmente legittime, rispetto all'art. 13 Cost., tanto ove si ritenga che alla libertà personale debba essere ascritto il più ristretto significato che la vede consistere in sole coercizioni fisiche, quanto ove si accolga una nozione più ampia, includente anche la libertà morale e la dignità sociale della persona³⁶.

In ogni caso, l'ordinanza di rimessione ricostruiva in termini tanto enfatici la capacità "afflittiva" della misura della quarantena obbligatoria da imporre alcune considerazioni sulla specificità della stessa e sulla dimensione garantistica delle libertà costituzionali e delle garanzie alle stesse apprestate.

Preciando dall'ulteriore questione teorica dell'inquadramento della libertà personale come diritto soggettivo³⁷ o meno³⁸, la questione sollevata dal giudice *a quo*, lo si è anticipato, era connotata da una strutturale fragilità.

Anzitutto, la quarantena obbligatoria appariva ben lungi dal configurare una violazione della libertà personale. Nessuna delle elaborazioni della scienza giuridica, né alcuno dei criteri elaborati dalla giurisprudenza costituzionale, avrebbero mai potuto sostenere la sua sussunzione nell'ambito di operatività dell'art. 13 Cost. Un risultato che non cambia neppure tentando di valorizzare gli specifici argomenti adottati nell'ordinanza di rimessione, e in particolare quelli di natura per così dire comparativa, incentrati sul paragone della quarantena

³⁵ Si è comunque osservato che «l'argomento della degradazione giuridica o sociale è spesso sempre insieme a quello della natura coercitiva della limitazione» (L. PRINCIPATO, *I diritti della sfera civile nella dimensione individuale*, cit., 58).

³⁶ Rimane certamente il fatto che alcuni dei criteri utilizzati dalla Corte continuano a suscitare perplessità, specie quelli, non agevolmente giustificabili sul piano teorico, che hanno condotto la Corte a ricondurre determinate restrizioni di libertà all'art. 13 Cost. nei casi in cui la stessa ha prescinduto dalla sussistenza tanto delle coercizioni fisiche quanto della degradazione giuridica. Si tratta di ipotesi la cui dimensione problematica sembra essere riconosciuta dalla stessa Corte. Casistica, come detto, opportunamente riportata nel punto 5.1 del *Considerato in diritto*, rispetto alla quale viene addotta l'assai generica motivazione «delle peculiarità con cui si è eventualmente manifestato l'intervento legislativo».

³⁷ A. PACE, *Libertà e diritti di libertà*, in *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2012, ora in *Per la Costituzione. Scritti scelti*, I, Napoli, 2019, ritiene che «i diritti di libertà si identificano, sotto forma di situazioni giuridiche soggettive, in diversi "modi", tutelati dall'ordinamento, nei quali la personalità dell'individuo *deve potersi liberamente dispiegare*» (447); situazioni che possono ricadere nelle più ampie categorie dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi (ID. *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo Studio dei diritti costituzionali*, 3^a ed., Padova, 2003, 77 ss.). Sul punto, cfr. G. VASSALLI, *La libertà personale*, cit., il quale rinviene nella libertà personale «un vero e proprio diritto soggettivo» (407).

³⁸ G. AMATO, *Libertà (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974, 276-277, il quale peraltro inquadra la libertà essenzialmente come «libertà negativa», rilevando che «se esiste uno specifico valore "libertà", questo non può non consistere nella *alienità dal potere*» (277, il corsivo è nostro).

obbligatoria con gli arresti e la detenzione domiciliare, rispettivamente misura cautelare i primi e misura alternativa alla detenzione la seconda.

Rispetto a un tale sforzo ermeneutico, volto a estendere a dismisura le maglie applicative dell'art. 13 Cost., si potrebbe anzitutto richiamare l'autorevole e risalente insegnamento che ammoniva circa il «pericolo cui si va incontro intendendo la libertà personale dell'art. 13 in senso troppo generale»: quello di finire per ritenere costituzionalmente legittima qualsivoglia restrizione alle libertà, «purché demandata all'autorità giudiziaria»³⁹. Ma le ragioni che inducono a ritenere la ricostruzione teoricamente opinabile risiedono altrove.

Anche ammettendo che in assenza di coercizione fisica vi siano ancora i margini per argomentare nel senso del residuo criterio della degradazione giuridica, rispetto alla quarantena obbligatoria per i contagiati le misure di diritto penale richiamate dal giudice *a quo* recano in sé una differenza ontologica insuperabile, in quanto legate, rispettivamente, a un procedimento penale, volto all'accertamento di un fatto di reato, o direttamente alla sentenza di condanna che lo accerta e ne acclara le responsabilità. La Corte ha avuto dunque buon gioco nel rilevare il nesso tra l'applicabilità di tali misure e la sottoposizione dell'agente a una «valutazione individuale della condotta e della personalità», il che marca una netta differenza con la quarantena obbligatoria.

Quanto alla detenzione domiciliare, ad esempio, ove si consideri che la stessa implica necessariamente una condanna a seguito dell'accertamento della colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio, il paragone risulta insostenibile in maniera ancor più evidente: sussiste infatti tanto una coercizione fisica quanto una innegabile degradazione giuridica, non foss'altro per le conseguenze cui una condanna penale è legata, tra cui il fatto stesso che il reato rende possibile la dichiarazione di pericolosità sociale, rispetto alla quale esso, come è stato detto, rappresenta un «sintomo imprescindibile»⁴⁰.

Quanto agli arresti domiciliari, abbiamo senz'altro una coercizione fisica e con ogni probabilità anche una degradazione giuridica, seppur certamente meno intensa – non foss'altro che non è ancora intervenuta una condanna – rispetto alla detenzione domiciliare⁴¹.

³⁹ G. CONSO, nota a Corte cost. n. 27 del 1959, in *Giur. it.*, I, 1959, c. 722. Un rilievo analogo sarebbe stato poi utilizzato da Leopoldo Elia per confutare le tesi di chi riteneva «troppo angusta» una ricostruzione «ristretta» del concetto di libertà personale, ritenendo che esse partissero dall'erroneo presupposto per cui in base all'art. 13 sarebbe stata consentita al legislatore qualsiasi forma di restrizione della libertà di tipo coercitivo, trascurando così di considerare la «natura processuale, *servente* a norme sostanziali della Costituzione» estranee all'art. 13, come quelle sancite negli artt. 25, 30 e 32. In tal modo, egli configurava la riserva di cui all'art. 13 come «una riserva di legge “dipendente” e processuale, subordinata alle riserve di legge “sostanziali”... in un rapporto di strumentalità necessaria» (L. ELIA, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.* 1964, 948-950).

⁴⁰ M. GALLO, *Capacità penale*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, II, 1958, 886.

⁴¹ Fermo restando che, se gli arresti domiciliari implicano «una menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona» – il che pure è difficilmente confutabile, almeno a tener conto dello stigma sociale spesso ingenerato, nell'opinione pubblica, dalla notizia della sola applicazione di misure cautelari in capo a una persona – appare lecito interrogarsi sull'effettiva dimensione costituzionale della presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27, secondo comma, Cost. L'osservazione esula certamente dall'oggetto di queste pagine, ma consente di riflettere circa l'ampiezza dei casi in cui può aversi una degradazione giuridica della persona, anche al di fuori – o, come nel caso delle misure cautelari, prima – dell'eventuale instaurazione di un processo penale; o, meglio, anche al di fuori

Da tempo, invece, si è acutamente fatto notare come al netto del categorico divieto di restrizioni per motivi politici di cui al primo comma, l'art. 16 Cost. lascia «lo spazio per identificare un pericolosità derivante dal soggetto e tuttavia non implicante giudizi o apprezzamenti discrezionali su di lui», dal che se ne trae la riconducibilità nell'area applicativa dell'articolo in parola di quelle misure incentrate su «requisiti e caratteristiche di indole tecnica, o comunque riconoscibili per mero accertamento, non attinenti alla generalità degli interessati, il possesso o il non possesso dei quali accomuna una generalità di soggetti»⁴². Uno schema teorico nel quale la misura censurata dal giudice *a quo*, legata al mero accertamento della positività al COVID-19, può essere agevolmente ricondotta.

D'altro canto, come anticipato, a causa dell'individuazione del parametro nel solo art. 13 Cost., è invece rimasta impregiudicata ogni valutazione in ordine all'illegittimità della misura sotto il profilo dei limiti di cui all'art. 16 Cost. e del più ampio *pomerium* della legalità costituzionale rappresentato dalla ragionevolezza delle restrizioni alla libertà di circolazione. Un punto sul quale appare opportuno soffermarsi.

4. La parzialità della questione di legittimità costituzionale.

La questione sollevata dal Tribunale di Reggio Calabria si sarebbe posta con maggiore complessità, nel caso in cui, anziché all'art. 13, il giudice *a quo* avesse fatto riferimento a differenti parametri, tra i quali l'art. 16 e, nell'ottica di un giudizio di ragionevolezza, l'art. 3, primo comma, Cost.⁴³. Ciò avrebbe infatti posto le premesse per un sindacato maggiormente penetrante sulla misura. Ci si potrebbe dunque interrogare circa la legittimità della stessa alla luce di tali profili. Occorre, anzitutto partire dalla premessa che l'apparato di garanzie predisposto dall'art. 16 Cost. – seppur il dibattito scientifico non abbia condotto a conclusioni pacificamente acquisite – si estrinseca in una riserva di legge assoluta e «doppiamente rinforzata»⁴⁴, alla luce degli incisi «in via generale» e «per motivi

dell'esperienza giuridica del sottosistema penale in senso stretto, dove pure esigenze di difesa sociale sono in genere addotte per comprimere, sia pur temporaneamente, i diritti fondamentali.

⁴² G. AMATO, *Art. 16*, cit., 116.

⁴³ Ammesso e non concesso che, ai fini della configurazione di un tale giudizio, si ritenga imprescindibile – e ciò non è pacifico, in letteratura – l'aggancio a tale disposizione. Sul punto, lo stesso Alessandro Pace, la cui posizione è notoriamente assestata su un rigoroso giuspositivismo, ha sostenuto che il sindacato di ragionevolezza discenderebbe «implicitamente, dalla stessa logica dello “Stato legislativo” e del “diritto razionale” su cui esso si basa» (A. PACE, *Diritti «fondamentali» al di là della Costituzione?*, in *Pol. dir.*, 1993 e in AA.VV., *I diritti fondamentali oggi. Convegno dell'AIC, Taormina, 1990*, Padova, 1995, ora in *Per la Costituzione*, cit., 535, nota 5), al punto che «è lecito sostenere che il richiamo all'art. 3 Cost. ha sin dall'inizio rappresentato un espediente – nobilissimo quanto si vuole ma pur sempre un “espediente” – per imbrigliare l'arbitrio del legislatore (e quindi per impedirgli appunto di dire e disdire), al di là dei propositi dello stesso Costituente» (ID., *Leggi di incentivazione e vincoli sul futuro legislatore*, in *Studi in onore di Vittorio Bachelet*, III, Milano, 1987, ora in *Potere costituente, rigidità costituzionale, autorvincoli legislativi*, 2^a ed. riveduta e ampliata, Padova, 2022, 175).

⁴⁴ C. PINELLI, *Diritto pubblico*, cit., 401. Negli studi più recenti, aderisce per contro alla tesi della riserva relativa G. D'AMICO, *La libertà “capovolta”*, cit., 78-79. La ricostruzione di tale riserva come assoluta appare in ogni caso più rigorosa. L'apertura alla normazione tramite fonti regolamentari su parti più o

di sanità o di sicurezza»⁴⁵, e che l'assolutezza della riserva non osta all'ammissibilità di regolamenti esecutivi e di ordinanze amministrative che diano esecuzione alla disciplina disposta in via generale dalla legge⁴⁶.

Ciò posto, va in primo luogo osservato che la misura considerata si colloca evidentemente al di qua del limite invalicabile delle restrizioni fondate su «opinioni politiche» o su giudizi relativi alla personalità morale degli individui. Altra questione è se – e, nel caso, fino a che punto – la misura ingeneri *vulnera* costituzionali rispetto all'art. 16 Cost. in relazione a differenti profili.

Ebbene, quanto al limite del carattere generale delle restrizioni, essa sembra in grado di superare agevolmente uno scrutinio di legittimità, nella misura in cui provvedimenti specifici si ritengano ammissibili ove si collochino in una dimensione esecutiva del disposto legislativo, e non implicino valutazioni sulla personalità degli individui interessati dalle restrizioni. Sul punto, il carattere generale della disciplina legislativa è senz'altro soddisfatto dal decreto-legge, del quale appare peraltro arduo contestare la sussistenza dei presupposti *ex* art. 77 Cost., alla luce dell'emergenza pandemica; e del resto, «è davvero difficile immaginare una disciplina più “generale”, quanto a destinatari, e adottata per una ragione più “generale” di questa»⁴⁷.

Esclusa la violazione di tale limite, lo scrutinio si sposta dunque sul vincolo relativo ai motivi di sanità e sicurezza, rispetto ai quali occorre sondare la connessione, con questi, delle restrizioni poste in essere. Qui appare parimenti agevole escludere l'illegittimità della misura adottata in quanto il nesso è talmente palmare da arrivare quasi a giustificarsi da sé: appare infatti arduo confutare la sussistenza di una connessione tra la misura della quarantena obbligatoria per chi sia risultato positivo al COVID-19 e l'obiettivo di contenere la diffusione del virus in un contesto di emergenza pandemica. Altro, tuttavia, è

meno ampie delle misure volte a restringere tale libertà sembra infatti meno aderente allo statuto che l'art. 16 le assegna nel complessivo disegno costituzionale. Comparando l'art. 13 e l'art. 16 alla luce sia del criterio letterale (l'art. 13, secondo comma, contiene l'inciso «nei soli casi e modi previsti dalla legge», non dissimile da «le limitazioni che la legge stabilisce» di cui all'art. 16) e di quello funzionale (entrambi garantiscono la persona nei confronti di possibili abusi da parte del pubblico potere richiedendo anzitutto una legge che garantisca contro restrizioni arbitrarie), appare difficile rinvenire una solida ragione alla base della ricostruzione dell'una come coperta da riserva assoluta e dell'altra in quanto garantita da una riserva relativa. E quand'anche si obiettasse che la libertà personale è garantita anche da una riserva di giurisdizione, si potrà replicare che «è proprio il divieto di leggi provvedimento, destinate cioè a restringere la libertà di circolazione e soggiorno di uno o più individui predeterminati, a spiegare perché la Costituzione presume che l'intervento giurisdizionale non sia necessario» (C. PINELLI, *op. cit.*, 401-402). E il fatto che l'art. 16 Cost. non preveda la riserva di giurisdizione grazie al divieto di tali leggi risulterebbe una *contradictio in adiecto*, ove a una garanzia ritenuta in grado di rendere superfluo l'intervento del giudice, garante per definizione contro misure arbitrarie, si accompagnasse la possibilità di una normazione più o meno ampia attraverso fonti regolamentari, certamente sindacabili dal giudice amministrativo ma prive dei connotati di generalità e astrattezza, oltreché di democraticità e trasparenza – e dunque garanzia – del procedimento di formazione, di cui è invece portatrice la legge.

⁴⁵ Tale riserva è stata anche definita «*qualificata e rinforzata*: *qualificata*, perché esige norme generali e *rinforzata*, perché queste norme sono astrette alle finalità previste dalla Costituzione stessa», precisando che tuttavia ciò «non esclude atti applicativi di una legge generale, riferiti a singoli soggetti» (A. CERRI, *Istituzioni di diritto pubblico. Nel contesto europeo*, 5^a ed., Milano, 2015, 451).

⁴⁶ C. PINELLI, *op. cit.*, 402.

⁴⁷ C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *ASTRID Rassegna*, 2020, 2.

interrogarsi sull'effettiva ragionevolezza della misura in relazione all'appurata connessione con i motivi di sanità. In proposito, ci limitiamo a osservare che un tale scrutinio è inevitabilmente destinato ad essere orientato dalla valutazione dei profili di ragionevolezza scientifica, alla luce dell'evoluzione del contesto pandemico.

In ogni caso, la ragionevolezza di una misura come quella in esame, dalla durata temporale assai circoscritta, appare difficilmente confutabile, almeno fintantoché la pandemia perduri e il COVID-19 continui ad avere un significativo impatto sulla salute delle persone e sul sistema sanitario; d'altro canto, ogni possibile esito di un tale, ipotetico giudizio è inscindibilmente legato ai mutamenti del contesto nel quale la misura è calata. Mutamenti che, nel prossimo futuro, non sono certo da escludere. In tal senso, nell'ottica di consentire alla Corte un'analisi della ragionevolezza della restrizione, la parzialità dell'ordinanza di rimessione rappresenta senz'altro un'occasione mancata.

5. Un rigetto condivisibile.

Nell'apparato argomentativo della sentenza n. 127 del 2022, lo si è visto, riecheggia l'eco di un dibattito antico, raffinato, oltre che, per vari aspetti, ancora attuale. Un dibattito alla luce del quale non soltanto la questione può esser letta con maggior consapevolezza storica e teorica, ma che di per sé stesso, pur con la sua straordinaria varietà di posizioni, finisce per confermare ciò che pure appariva evidente: l'insostenibile sussunzione della quarantena obbligatoria nell'ambito operativo dell'art. 13 Cost.

La questione, che certo non ha posto la Corte dinanzi a particolari dilemmi teorici, illumina in ogni caso la necessità di maneggiare con cura categorie giuridiche la cui concettualizzazione è frutto di una complessa elaborazione scientifica e di una risalente sedimentazione giurisprudenziale che non hanno ancora condotto a conclusioni pacificamente accolte dagli studiosi. Categorie il cui inquadramento dogmatico e la loro conseguente distinzione teorica mal si prestano a ricostruzioni che di tale, travagliato percorso, sembrano invece non tenere adeguatamente conto.

Irrevocabilità del consenso e diritto della donna separata di procedere alla PMA anche contro la volontà dell'ex partner. Note a margine dell'ordinanza del Trib. Roma n. 131 del 2022 che ha sollevato q.l.c. dell'art. 6, comma 3, legge n. 40 del 2004

di Gianni Baldini*

Abstract IT: *In attesa della pronuncia della Corte costituzionale chiamata dal Tribunale di Roma ha esprimersi sulla costituzionalità dell'art. 6, comma 3, legge n. 40 del 2004, il saggio si chiede se tale disposizione non sia un "residuo normativo" da superare. In tal senso analizza i profili di verosimile contrarietà della disposizione a precetti costituzionali fondamentali inerenti: libertà personale, autodeterminazione, salute. Parimenti vengono indagati i profili di una possibile violazione del canone di ragionevolezza conseguente alla impossibilità di revocare il consenso ad un progetto genitoriale, a distanza di anni dalla intervenuta disgregazione della coppia e della famiglia giustificato da un asserito prevalente diritto dell'embrione in vitro allo sviluppo.*

Abstract EN: *Pending the ruling of the Constitutional Court summoned by the Court of Rome, it has expressed itself on the constitutionality of Article 6, par. 3, L. 40/04, the essay wonders if this provision is not a "regulatory residue" to be overcome. In this sense, it analyzes the probable opposition profiles of the provision to inherent fundamental constitutional precepts: personal freedom, self-determination, health. Likewise, the profile of a possible violation of the canon of reasonableness resulting from the impossibility of revoking consent to a parental project, years after the break-up of the couple and the family occurred, justified by an alleged prevailing right of the in vitro embryo to the development.*

Sommario: 1. Premessa: l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Roma n. 131 del 2022. – 2 La tutela dell'embrione nella legge n. 40 del 2004: progressivo affievolimento a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009. – 3. Presupposti logici e giuridici del consenso informato in PMA. – 4. Inquadramento del consenso informato e legge n. 40 del 2004. – 5. L'ordinanza

* Docente di Biodiritto, Università degli Studi di Siena e Università degli Studi di Firenze.

n. 30294/17 della Corte di Cassazione sua inapplicabilità al caso de quo. – 6 La prospettiva dell'abuso di diritto. – 7. Considerazioni conclusive.

1. Premessa: l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Roma n. 131 del 2022.

La formulazione dell'art. 6, comma 3, legge n. 40 del 2004 sulla irrevocabilità del consenso in PMA dopo la fecondazione dell'ovocita¹ deve essere letta nel quadro sistematico di un ordito costituzionale la cui trama di diritti e principi fondamentali, anche alla luce delle intervenute pronunce di illegittimità costituzionale sulla legge n. 40 del 2004 riguardo specifici aspetti della normativa², definisce un sistema nel quale i principi di *piena revocabilità del consenso informato* (sintesi tra i diritti fondamentali di cui agli artt. 2, 13, 32 Cost.³) nell'ambito del trattamento sanitario; *la libertà personale, l'autodeterminazione e la*

¹ «Tra la manifestazione della volontà e l'applicazione della tecnica deve intercorrere un termine non inferiore a sette giorni. La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo».

Per una riflessione sul punto cfr., tra gli altri: F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, 47; C. CASONATO ed E. CAMASSA (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, in *Quaderni di scienze giuridiche*, Università degli Studi di Trento, 2005; M. FACCIOLI, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Digesto disc. priv. Sez. civ.*, Aggiornamento***, II, Torino, 2007, 1060 ss.; G. OPPO, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 330. Per ulteriori indicazioni di dottrina e giurisprudenza conformi su tali questioni cfr.: M. SESTA, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 2004, 6; G. BALDINI, *Nuovi orientamenti legislativi e giurisprudenziali in tema di procreazione medicalmente assistita*, in *La famiglia dopo le riforme*, Milano, 2015, 519 ss.; ID., *Riflessioni di biodiritto, Profili evolutivi e nuove questioni*, Milano, 2019, 57 e ss.; R. VILLANI, *La procreazione assistita*, in G. COLLURA, L. LENTI e M. MANTOVANI (a cura di), *La filiazione*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da ZATTI, 2a ed., Milano, 2012, 670 ss.; ID., *L. 19 febbraio 2004, n. 40*, in A. ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto della famiglia*, 4ª ed., Padova, 2020, 1237; L. BOZZI, *Il consenso al trattamento di fecondazione assistita tra autodeterminazione procreativa e responsabilità genitoriale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 231 ss.; S. AGOSTA, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, Roma, 2020, 191 ss. S. PENASA, *Procreazione, scienza e diritto: nuovi paradigmi di disciplina nella prospettiva della massima valorizzazione della Costituzione*, Torino, 2021.

² Il riferimento è innanzitutto alle pronunce della Consulta con relative declaratorie di incostituzionalità di specifiche disposizioni della legge n. 40 del 2004: sentenza n. 151 del 2009 in tema di numero di embrioni producibili, contemporaneo impianto degli embrioni prodotti, crioconservazione degli embrioni sovrannumerari e prevalenza dell'interesse alla salute della donna (art. 14, commi 1 e 3); sentenza n. 162 del 2014 sull'ammissibilità della PMA c.d. eterologa (art.4 comma 3, art. 9, commi 1 e 2, art. 12, comma 1); sentenza n. 96 del 2015 in tema di accesso delle coppie fertili portatrici di patologia genetica trasmissibile e ammissibilità della diagnosi genetica pre-impianto-PGT (artt. 1, commi 1 e 2, art.4, comma 1).

Per una analisi d'insieme delle varie pronunce sia consentito il rimando a G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto, Profili evolutivi e nuove questioni*, cit., 57 ss.

³ Per tutti cfr. Corte cost. n. 438 del 2008 secondo la quale «il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che la libertà personale è inviolabile» e che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge». Ed ancora, «La circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute».

privatizza del diritto di costruire una famiglia e di diventare genitore e (anche) per questa via il consequenziale, necessario, affievolimento della tutela dell'embrione nell'ottica di un bilanciamento di interessi costituzionalmente rilevanti, emergono in maniera netta e incontrovertibile anche rispetto ad un recente passato⁴. È questo, in sintesi, il core dell'ordinanza di rimessione con la quale, dopo alcune pronunce di merito che l'avevano negato, il Tribunale di Roma ha proposto l'incidente di costituzionalità della norma⁵.

La ragione essenziale, precisata da tutti i ricorrenti ex parte maschile nei giudizi *a quibus*, deve essere rinvenuta nella circostanza che la suddetta disposizione rappresenta un “residuo normativo” che deve essere ricondotto ad unità con il sistema. È di ogni evidenza, infatti, come la *ratio* della disposizione di cui all'art.6 comma 3, ultimo periodo «*La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo*» trovava il suo presupposto logico e la sua ragion d'essere nel correlato sistema di divieti espresso nell'originaria formulazione dell'art. 14, commi 1 e 2, legge n. 40 del 2004 in forza del quale: il medico non poteva produrre più di tre embrioni per ciascun trattamento di PMA, non poteva crioconservare gli embrioni prodotti e doveva procedere al loro immediato e contemporaneo trasferimento nell'utero della donna⁶. L'intervento della Consulta che affermando un differente bilanciamento tra interessi dell'embrione da un lato e tutela della salute della donna, delle esigenze della procreazione e dell'autonomia terapeutica del medico dall'altro, ha nei fatti scardinato il meccanismo proposto dalla legge, aprendo

⁴Sul punto, cfr. per tutti F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 459 ss; con specifico riguardo alla fattispecie indagata in questa sede cfr.: F. MEOLA, *Quando si dice non più. Ragionando sugli artt. 5, comma 1 e 6, commi 1 e 3 della Legge n. 40/2004*, in *BioLaw Journal – Riv. BioDir.*, 2021, 75 ss; M. FACCIOLI, *Procreazione assistita omologa, separazione dei coniugi e revoca del consenso da parte dell'uomo*, in *Persona e Mercato*, 2021, 2, 361 ss.

⁵ Trib. Roma, Ord. 131/2022: «Il Tribunale ordinario di Roma, Sezione XVIII Diritti della persona e immigrazione civile, in composizione monocratica, visti gli artt. 134 della Costituzione e 23 della legge n. 87/1953, dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 3, della legge n. 40/2004 per contrasto con gli artt. 2, 3, 13, comma 1, 32 e dell'art. 117, comma 1 della Costituzione in relazione all'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) quanto meno nella parte in cui non prevede, successivamente alla fecondazione dell'ovulo, un termine per la revoca del consenso». Già il Tribunale di Firenze nell'ordinanza di rimessione alla Consulta relativo al divieto di PMA eterologa sollevò il contrasto tra l'art. 6, co. 3, della legge 40 e gli artt. 2, 3, 13 e 32 della Costituzione, sul presupposto che la norma, che consente alla coppia ricorrente di revocare il consenso fino al momento della fecondazione dell'ovocita, sia fonte dell'obbligo alla prosecuzione dei trattamenti procreativi, pur in assenza delle condizioni legittimanti un TSO o di una situazione di urgenza per la salute del paziente (ord. 7.12.2012). La questione fu ritenuta inammissibile per irrilevanza rispetto al giudizio a quo.

⁶ La norma di cui all'art. 14, comma 3, legge n. 40 del 2004, prima della declaratoria di incostituzionalità (Corte cost. n. 151 del 2009) prevedeva un espresso divieto di produrre un numero di embrioni superiore a tre e un obbligo per il medico di procedere sempre e comunque ad un unico e contemporaneo impianto degli embrioni prodotti (art. 14, comma 1) con ciò determinandosi un meccanismo impeditivo della possibilità, anche in astratto, che si potessero formare embrioni sovranumerari. Ove eccezionalmente ciò si fosse verificato il previsto divieto assoluto di crioconservazione (art. 13, comma 1) sarebbe stato derogabile unicamente quando «il trasferimento nell'utero degli embrioni non risultava possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione». Solo in tale ipotesi era «consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile» (art.14, comma 3).

uno scenario completamente nuovo e diverso nel quale il medico in scienza e coscienza, sulla base delle specifiche esigenze terapeutiche del caso concreto, decide quanti embrioni produrre, trasferire (e quindi, in caso, crioconservare) nella preminente esigenza di tutelare la salute della donna⁷.

In tal senso la decisione del Tribunale di Roma che chiamato a pronunciarsi sulla pretesa avanzata dalla donna separata di procedere all'utilizzo dell'embrione soprannumerario residuo crioconservato anni prima al ciclo di PMA in origine avviato e condiviso con l'ex partner, ha sollevato la ridetta questione di legittimità della norma, conferma gli assunti⁸.

Alla luce di quanto precede preso atto delle difficoltà di interpretazione costituzionalmente orientata⁹ di una disposizione di legge chiara ed inequivoca nella sua formulazione letterale, non c'è chi non veda gli esiti cui inevitabilmente conduce l'applicazione formalistica della norma di cui all'art. 6, comma 3, ultimo periodo, legge n. 40 del 2004, come d'altra parte confermato da tutte le pronunce rese dalla giurisprudenza di merito fino ad oggi¹⁰. Le Corti hanno riconosciuto il diritto della donna anche successivamente alla disgregazione della famiglia (e contro la volontà dell'ex partner) di procedere – sul presupposto dell'irrevocabilità del consenso inizialmente prestato dalla coppia – al trasferimento dell'embrione soprannumerario crioconservato con ogni effetto consequenziale in caso di avvio della gravidanza riguardo all'assunzione della responsabilità genitoriale in capo a questi. I rilievi sollevati dall'ordinanza del

⁷ Con le richiamate declaratorie di incostituzionalità e in particolare con la pronuncia della Consulta n. 151 del 2009, l'affievolimento della tutela dell'embrione e il bilanciamento costituzionalmente conforme degli interessi (allo sviluppo) di questi, da un lato con la salute della donna e le giuste esigenze della procreazione, dall'altro con l'autonomia e la discrezionalità del medico che in piena autonomia professionale compirà le scelte terapeutiche (numero di embrioni da produrre e modalità del loro trasferimento in utero) più adeguate a tutelare la madre, viene a crearsi una situazione che l'originario assetto normativo era riuscito a scongiurare: la fisiologica produzione di embrioni soprannumerari (a tutela della salute della donna – per evitare di sottoporre a plurime stimolazioni – e per ottimizzare le chances di successo del trattamento) che verranno crioconservati in vista di un possibile utilizzo futuro ovvero abbandonati per volontà dei disponenti.

In una siffatta situazione la disposizione di cui all'art. 6, comma 3 prevista per impedire la revoca del consenso del partner immediatamente prima o durante il trattamento di PMA, assume un significato completamente diverso andando a produrre i suoi effetti in un contesto del tutto estraneo a quello originariamente previsto e ben oltre la sua originaria funzione.

⁸Cfr. Trib. Roma (ord.) 11 novembre 2020, giudizio cautelare, il quale rileva come: «L'art. 6 della legge n. 40/2004, che prevede il divieto di revoca del consenso dopo la formazione dell'embrione da impiantare, era stato introdotto quando era ancora vigente il sostanziale divieto di congelamento degli embrioni, successivamente dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 151 del 2009. Sicché il divieto di revoca del consenso una volta formatosi l'embrione svolgeva i suoi effetti in una situazione nella quale l'impianto avveniva sostanzialmente nell'immediatezza della formazione dell'embrione, non poteva considerare situazioni in cui l'impianto sarebbe potuto avvenire a distanza di anni in una situazione che poteva essere concretamente radicalmente cambiata, potendo venire meno anche i presupposti e i requisiti previsti dalla stessa legge n. 40/2004 per procedere alla PMA».

⁹ Cfr. Trib. Roma (ord.) n. 131 del 2022 il quale precisa che «La chiarezza dell'art. 6, comma 3, della legge n. 40/2004 non permette di addivenire, ad avviso di questo giudice, a una interpretazione costituzionalmente orientata».

¹⁰ Cfr. Trib. Santa Maria Capua Vetere (ord.) 11 ottobre 2020 e 27 gennaio 2021 (Reclamo), in <https://www.altalex.com/documents/news/2021/03/01/diritto-donna-trasferimento-embrioni-crioconservati#p1> con commento di G. BALDINI *Diritto della donna al trasferimento degli embrioni crioconservati*; Trib. Perugia, (ord.) 28 novembre 2020 e Trib. Perugia 12 aprile 2022 n. 167 (entrambe inedite).

Tribunale di Roma in ordine al dubbio di costituzionalità della disposizione *de quo* devono dunque ritenersi, anche nel merito, pienamente condivisibili.

È di palese evidenza, infatti, come l'irrevocabilità assoluta del consenso o se vogliamo la configurazione della fattispecie di 'consenso ad effetti perpetui' creata di fatto dalla norma conduce a risultati ragionevolmente improspettabili, contraddittori e financo abusivi (in quanto devianti dal fine della norma stessa) e contrari oltre che alla stessa *ratio* della legge n. 40 del 2004¹¹, anche a taluni principi fondamentali costituzionalmente rilevanti, *in primis*: libertà individuale intesa come diritto a formare una famiglia e ad autodeterminarsi riguardo a interessi fondamentali di natura personalissima (la scelta di procreare/non procreare); consenso informato quale sintesi di diritti fondamentali della persona (artt. 13 e 32 cost) e come tale sempre revocabile; diritto alla protezione della propria salute fisica e psichica, *etc.*

Una risalente e isolata decisione della giurisprudenza di merito, precedente all'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004, nel negare tale pretesa alla donna separata, aveva già evidenziato con analoghe argomentazioni, tali rilevati profili critici pervenendo a conclusioni analoghe a quelle ribadite dal Tribunale di Roma¹².

¹¹ Si rammenta come la *ratio* che sottende alla legge n. 40 del 2004 riguardo alle condizioni oggettive e soggettive necessarie per accedere alle tecniche di PMA è ben palesata agli artt. 4 e 5. L'art.4 consente l'accesso alle tecniche nei casi di «impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico». L'art.5 riserva la possibilità di accedere alle tecniche di PMA a «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». Evidente la scelta di campo del legislatore: opzione terapeutica della metodica e accesso consentito a soggetti idonei a costituire una famiglia riconducibile al cd modello tradizionale. Non c'è chi non veda come, *ex adverso*, nella situazione in esame verrebbe consentito alla donna fuori da un rapporto di coppia, la possibilità di accedere alla PMA in assenza ovvero contro la volontà dell'ex partner, grazie al cui contributo biologico è stato formato l'embrione. Sul punto cfr. F. MEOLA, *Quando si dice non più. Ragionando sugli artt. 5, comma 1 e 6, commi 1 e 3 della Legge n. 40/2004*, cit., 76 ss; M. FACCIOLO, *Procreazione assistita omologa, separazione dei coniugi e revoca del consenso da parte dell'uomo*, cit., 365 ss.

¹²Trib. Bologna (ord.) 9 maggio 2000. Il Giudice felsineo rigettò il ricorso di una donna separata di ottenere, in via cautelare, un provvedimento che ordinasse al centro di medico di PMA a cui la coppia si era rivolta anni prima di procedere all'impianto in utero degli embrioni crioconservati, nonostante l'opposizione del *partner*, anzitutto affermando che, in caso di F.I.V.E.T., con crioconservazione degli embrioni, «i diritti fondamentali personalissimi di entrambi i genitori biologici, all'esercizio della libera determinazione alla paternità o alla maternità, devono essere necessariamente collocati sullo stesso piano e ricevere pari dignità e tutela costituzionale». Secondo il giudicante, «fino a quando non vi sia stato il trasferimento dell'embrione nell'utero della donna con determinazione dell'inizio della gravidanza, i diritti fondamentali dei genitori biologici sull'embrione, che è frutto dell'unione dei rispettivi gameti, ed i diritti fondamentali alla libera autodeterminazione alla procreazione, devono essere valutati, garantiti e tutelati sullo stesso piano paritetico». La vicenda alimentò un significativo dibattito in dottrina: Trib.Bologna (ord.) 9 maggio 2000 in *Famiglia*, 2001, 481, con nota critica di I. CORTI, *Procreazione assistita e diritto alla maternità*; Trib. Bologna, 26 giugno 2000, in *Fam. dir.*, 2000, 614, con nota di G. CASSANO, *Impianto degli embrioni ed autodeterminazione nelle scelte procreative*. Entrambi i provvedimenti sono inoltre pubblicati in *Corr. giur.*, 2001, 1216, con nota adesiva di A. ARGENTESI, *Il difficile equilibrio tra il diritto ad essere madre e il diritto a non essere padre*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 475, con nota di C. FAVILLI, *Autodeterminazione procreativa e diritti dell'embrione*.

2. La tutela dell'embrione nella legge n. 40 del 2004: progressivo affievolimento a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009.

L'art. 6, comma 3, ultimo periodo, che prevede l'irrevocabilità del consenso dopo la fecondazione dell'ovocita, costituiva dunque una disposizione che si inseriva in un *corpus* normativo la cui *ratio* era evidentemente quella di assicurare una *tutela prevalente del diritto alla vita e allo sviluppo dell'ovocita fecondato* (*rectius* l'embrione in vitro di cui la legge in nessuna parte fornisce peraltro, una precisa definizione) rispetto a qualsiasi altro interesse proveniente dai vari soggetti coinvolti. In tal senso, senza pretesa di completezza si leggano le disposizioni che prevedevano: il divieto di qualsiasi indagine genetica di pre-impianto (per evitare il rischio di selezione di embrioni malati e quindi non trasferibili, art. 13, commi 1 e 2); la già ricordata condotta terapeutica imposta al medico di produrre massimo tre embrioni e di procedere in tutti i casi senza alcuna possibile eccezione (salvo la "grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione" art. 14, n. 3) al loro contemporaneo trasferimento; il divieto assoluto di crioconservazione degli embrioni residuati a cicli di PMA (art. 14, comma 1); il divieto di PMA eterologa (art. 9, comma 1)¹³.

Tali disposizioni, come visto in precedenza, sono state oggetto di declaratoria di incostituzionalità da parte della Consulta che ha ritenuto illegittimo il bilanciamento operato dalla legge n. 40 del 2004 tra i vari diritti personalissimi implicati nella vicenda, in estrema sintesi, sulla base della nota e risalente massima del Giudice delle leggi – che aprì la strada alla legge n. 194 del 1978 sull'IGV – secondo la quale «*pur sussistendo una tutela costituzionale del concepito - secondo quanto può dedursi dagli artt. 31, secondo comma, e 2 della Costituzione - che di per se' giustifica l'intervento protettivo da parte del legislatore penale-, detto interesse puo' venire in collisione con altri beni che godono pur essi di tutela costituzionale, cui spetta adeguata protezione*». In tal caso, ovvero in ipotesi di conflitto con il diritto alla vita o alla salute della madre, il Giudice delle leggi statui che «*non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la*

¹³ Sul punto sia consentito il rinvio a G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto*, cit., 47 ss. e ivi i principali riferimenti dottrinali e giurisprudenziali; R. VILLANI, *La Procreazione assistita*, Torino, 2004; A. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004; T.E. FROSINI, *In materia di fecondazione assistita il giudice deve sollevare la questione di costituzionalità*, in *Giustizia amm. e Riv. dir. amm.*, 6, 2004, 9; L. D'AVACK, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: un'occasione mancata per bilanciare valori ed interessi contrapposti in uno Stato laico*, in *Dir. fam. pers.*, II, 2004, 793 ss.; P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004; F. RUSCELLO, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. e dir.*, 6, 2004, 628 e ss.; A. DOGLIOTTI, *La legge sulla procreazione assistita: problemi vecchi e nuovi*, in *Fam. e dir.*, 2004, 117 e ss.; ID., *Una prima pronuncia sulla procreazione assistita: tutte infondate le questioni di legittimità costituzionale?*, in *Fam. e dir.*, 4, 2004, 384; M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *Procreazione Assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza*, Milano, 2004; G. FERRANDO, *Procreazione medicalmente assistita e malattie genetiche: i coniugi possono rifiutare l'impianto di embrioni malati*, in *Dir. fam. pers.*, 4, 2004, 380; ID., *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in *Corr. Giur.*, 2004, 810; U.A. SALANITRO, *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, in *Familia*, 2004, 489 ss.

*salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare*¹⁴. Tale giudizio è stato sempre ribadito anche successivamente in varie occasioni¹⁵.

Significativo rilevare come in questo caso per *concepito*, il riferimento non fosse *all'embrione in vitro* ma al concepito inteso come *feto* già attecchito nel corpo della donna. Non c'è chi non veda la differenza, anche in termini di 'grado soggettività' cui ricondurre in termini tecnico-giuridici adeguata tutela, tra una blastocisti *in vitro* che deve essere scongelata ed evolvere (con rischi di estinzione calcolati intorno al 30%) quindi essere trasferita nell'utero della donna (con possibilità di attecchimento ottimali stimate tra il 20/25%) e un feto umano già avviato, con la gravidanza, alla nascita che tali fasi ha già superato. Senza considerare come secondo autorevole e ormai prevalente dottrina e giurisprudenza qui condivisa, l'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione codicistica di cui all'art. 1 c.c., alla luce degli artt. 2 e 31 Cost, induce a ritenere che fino alla nascita non è comunque possibile configurare tecnicamente un soggetto di diritto destinatario di situazioni giuridiche soggettive quanto, semmai, un possibile *centro di imputazione di aspettative di diritto che verranno a consolidarsi unicamente con l'evento nascita*¹⁶.

Sulla base di tale principio/parametro di ragionevolezza tutte le pronunce sulla legge n. 40 del 2004 della giurisprudenza civile ordinaria con una unica eccezione¹⁷ e della Consulta sono andate nella *direzione di un affievolimento della tutela dell'embrione riconducendo per questa via il testo di legge a compatibilità col sistema costituzionale*. In altri termini è stato in tutti i casi operato un *bilanciamento* degli interessi dedotti in favore: del superiore interesse alla salute della donna¹⁸; dell'autonomia professionale del medico circa le modalità terapeutica più

¹⁴ Corte cost. n. 27 del 1975.

¹⁵ Cfr. *ex multis* sent. Corte cost. n. 26 del 1981, n. 35 del 1997, n. 514 del 2002, n. 151 del 2009, n. 162 del 2014, n. 96 del 2015.

¹⁶ Sulle questioni inerenti la cosiddetta soggettività dell'embrione umano la bibliografia è sterminata. Per una visione d'insieme, anche con riferimento alla PMA cfr. tra gli altri: P. ZATTI, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2, 2001, 149; G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1982, 499 ss.; ID., *Scienza, diritto, vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 1, 17; F.D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2004, 533 ss.; C.M. MAZZONI, *Protezione del concepito: dal nominalismo giuridico all'uomo "in quanto tale"*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, II, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, cit., 299 ss.; P. ZATTI, *Questioni della vita nascente*, ivi, 1307-1339; F. GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, II, 2005, 183; G. BALDINI, *L'accesso alle tecniche di M.A.: libertà o diritto?*, in *Tecnologie riproduttive e tutela della persona. Verso un comune diritto europeo per la bioetica* (a cura di G. Baldini, M. Soldano), Firenze, 2007, 5 ss.; ID., *Il nascituro e la soggettività giuridica*, in *Dir. fam. e pers.*, 2, 2000, 334 ss.

¹⁷ Trib. di Catania (ord.) 4 maggio 2004 che negò il diritto di una donna portatrice di betalassemia di effettuare la diagnosi pre-impianto sull'embrione da trasferire sul presupposto che «Non è configurabile un diritto della coppia di selezionare i nascituri in sani e malati, eliminando questi ultimi. La legge n. 40 del 2004 non incide su diritti fondamentali della persona, che non ha un diritto fondamentale a produrre un figlio conforme ai suoi desideri».

¹⁸ Corte cost. n. 151 del 2009 con la quale la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 2 dell'art. 14, limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre» e del terzo comma dello stesso articolo nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio per la salute della donna.

adeguata da adottare nel caso concreto a garanzia di tale interesse¹⁹; delle legittime aspettative della procreazione, cioè di successo delle tecniche di PMA²⁰; dell'interesse al superamento della condizione patologica di sterilità radicale che impedisce la realizzazione per via naturale di un progetto genitoriale espressione del più generale diritto alla libertà personale ricorrendo alla donazione anonima di gameti di terzi²¹; del diritto a conoscere lo stato di salute dell'embrione²².

Tutto ciò, come è noto, ha portato alle declaratorie di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004 e al superamento del divieto (anche penale) di crioconservazione degli embrioni sovrannumerari²³ nonché all'affermazione da parte della Giurisprudenza che la previsione di cui all'art. 6, comma 3, ultimo periodo, legge n. 40 del 2004 è una sorta di norma programmatica dal contenuto incoercibile, espungendosi per questa via, definitivamente, possibili interpretazioni che pur in assenza di una specifica sanzione non escludevano, in astratto, in caso di rifiuto della donna fuori da una giustificazione medica, la coercibilità dell'obbligo al trasferimento dell'embrione creato²⁴.

¹⁹ Corte cost. n. 151 del 2009 con la quale la Consulta ha precisato come: «La giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente posto l'accento sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica: sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali (sentenze n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002)».

²⁰ Corte cost. n. 151 del 2009 la quale osserva come «finalità della legge è quella di individuare un giusto bilanciamento tra la tutela dell'embrione e quella dell'esigenza di procreazione...».

²¹ Corte cost. n. 162 del 2014 con la quale la Consulta dichiara «l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, co. 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 sulla PMA, nella parte in cui stabilisce per la coppia di cui all'art. 5, co. 1, della stessa legge, il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute e irreversibili. La disposizione censurata lede irragionevolmente la libertà fondamentale della coppia di formare una famiglia con figli».

²² Corte cost. n. 96 del 2015 con la quale la Corte si è pronunciata per «l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità che consentono l'accesso all'aborto terapeutico (art. 6, lett. b, l. n. 194/1978), accertate da apposite strutture pubbliche».

²³ Corte cost. n. 229 del 2015 con la quale la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13 della legge n. 40/2004 sulla PMA commi 3, lett. b) e 4 «nella parte in cui contempla come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche se finalizzata esclusivamente ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie geneticamente trasmissibili».

²⁴ Sul punto pressoché unanime l'opinione di dottrina e giurisprudenza. Cfr. tra gli altri, M. FACCIOLO, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Digesto disc. priv. Sez. civ., Aggiornamento****, II, Torino, 2007, 1061; M. SESTA, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 2004, 6; R. VILLANI, *La procreazione assistita*, in G. Collura, L. Lenti e M. Mantovani (a cura di), *La filiazione*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, 2a ed., Milano, 2012, 670 ss.; ID., *L. 19 febbraio 2004, n. 40*, in A. Zaccaria (a cura di), *Commentario breve al diritto della famiglia*, 4a ed., Padova, 2020, 1237; S. STEFANELLI, *Procreazione e diritti fondamentali*, in A. Sassi, F. Scaglione e Id., *La filiazione e i minori*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, 2a ed., Milano, 2018, 112; L. BOZZI, *Il consenso al trattamento di fecondazione assistita tra autodeterminazione procreativa e responsabilità genitoriale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 231 ss.; G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto*, cit., 47 e 57 ss.; S. Agosta, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, Roma, 2020, 191 ss.

3. Presupposti logici e giuridici del consenso informato in PMA.

Ciò premesso e precisato, nel caso in esame attesa la diacronia temporale intercorsa tra momento della prestazione del consenso al trattamento ed esecuzione dello stesso, non c'è chi non veda come *il venir meno a distanza di molto tempo dell'unione familiare da cui il progetto genitoriale* – espresso nella prestazione del consenso di entrambi i coniugi alla PMA che ha dato luogo alle blastocisti crioconservate – *traeva origine*, fa venir meno, a nostro avviso, il *presupposto logico-giuridico sul quale tale consenso si fondava assumendo validità ed efficacia*²⁵.

Negare ciò, significherebbe obbligare due estranei a condividere un progetto genitoriale, in un contesto di fatto e diritto completamente diverso da quello originario, contro la propria volontà. Paradossali gli effetti sul piano giuridico: non potendosi applicare le presunzioni di nascita in costanza di matrimonio ci si chiede se, fuori da soluzioni che postulino l'applicazione degli automatismi previsti dall'art. 8, comma 1, legge n. 40 del 2004, il nato dovrebbe essere qualificato come figlio legittimo o naturale? Il padre biologico sarebbe costretto ad assumere anche la paternità giuridica del nato? La madre potrebbe qualificarsi come unico genitore in senso giuridico? A tacer d'altro, grave e irreparabile si prospetterebbe la violazione di diritti personalissimi: libertà personale e diritto di costituire una famiglia (artt. 2, 13, 29 Cost.), autodeterminazione terapeutica e salute psichica (artt. 2 e 32 Cost.)²⁶ dell'ex partner²⁷.

²⁵ Sul punto cfr. F. MEOLA, *Quando si dice non più. Ragionando sugli artt. 5, comma 1 e 6, commi 1 e 3 della Legge n. 40/2004*, cit. 75, la quale rileva come «il caso sollecita una particolare attenzione sulla gravidanza da riconoscere al consenso prestato al ricorso alle nuove tecniche di fecondazione assistita ed ancor più alla sua revoca, specie quando questa sia esercitata in un contesto che, unitamente allo scioglimento del vincolo di coppia, segni, da parte di chi ritratti il suo assenso alla M.A., la rivendicazione di suoi precisi diritti fondamentali, quali quello all'autodeterminazione, al benessere psico/fisico, ma anche alla “non genitorialità»; M. FACCIOLI *Procreazione assistita omologa, separazione dei coniugi e revoca del consenso da parte dell'uomo*, cit., 365; Corte cost., 13 aprile 2016, n. 84, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1202, con nota di P. SANFILIPPO, *L'esitazione della Consulta salva il divieto di ricerca sull'embrione*.

²⁶ Corte cost. n. 84 del 2016, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1197, con nota di P. SANFILIPPO, *L'esitazione della Consulta salva il divieto di ricerca sull'embrione*, cit., 1202; F. MEOLA, *Quando si dice non più. Ragionando sugli artt. 5, comma 1 e 6, commi 1 e 3 della Legge n. 40/2004*, cit., 90; C. PICCOCCHI, *La procreazione medicalmente assistita tra biologia e volizione, nella sentenza n. 84 del 2016 della Corte costituzionale*, in *Studium Iuris*, 2016, 1441. Per una diversa soluzione v. Trib. S Maria Capua a Vetere (ord.) 11 ottobre 2020 il quale osserva come «con riguardo alla fattispecie in esame deve ritenersi prevalente il diritto dell'embrione a nascere e il diritto alla tutela delle esigenze della procreazione rispetto al diritto del genitore che, nell'esercizio della sua autoresponsabilità, ha comunque la facoltà di revocare il consenso al trattamento fino alla fecondazione, risultando in tale bilanciamento coerente il sistema che consente una limite alla tutela dell'embrione esclusivamente nell'ipotesi di difesa delle esigenze della procreazione e di tutela del diritto alla salute della donna». In altri termini, posto che sulla scia della pronuncia della Corte n. 151 del 2009 fuori dai casi di pregiudizio per la salute della donna e di giuste esigenze della procreazione la tutela riservata agli embrioni prevista dalla legge n. 40 del 2004 sarebbe conforme a Costituzione, il contrastato preteso «diritto alla non paternità» invocato dall'uomo, dovrebbe cedere il passo rispetto al primo; U. SALANITRO, *Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, in G. Di Rosa (a cura di), *Della famiglia. Leggi complementari*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, 2^a ed., Torino, 2018, 1724 ss.,

²⁷ Sul punto cfr. F. MEOLA, *Quando si dice non più. Ragionando sugli artt. 5, comma 1 e 6, commi 1 e 3 della Legge n. 40/2004*, cit., 91, la quale osserva come la particolare attenzione che nell'occasione della pronuncia 151/09, «è stata rivolta dal giudicante alla tutela del bene psico/fisico della madre, non sembra peraltro precludere la possibilità che la stessa eccezione venga oggi riformulata in relazione, questa volta, alla salvaguardia del benessere psichico del padre, che, in ragione dei limiti opposti dall'art. 6, comma 3, ultimo capoverso alla revocabilità del consenso all'impianto in utero della moglie degli embrioni già

Proprio tale ultima questione interroga l'interprete riguardo all'ulteriore rilievo circa l'evidente discriminazione tra donna (madre) e uomo (padre) che si produrrebbe riguardo alla possibilità riconosciuta alla prima di revocare il consenso per ragioni di salute (in forza della decisione additiva della Consulta n. n. 151 del 2009) ovvero per ripensamento successivamente intervenuto (situazione vigente *de facto*, stante l'incoercibilità dell'obbligo previsto dall'art.6, comma 3) possibilità che all'uomo sarebbe preclusa²⁸.

Senza considerare, come sopra ricordato, l'evidente contraddizione rispetto al paradigma proposto dalla legge n. 40 del 2004 che all'art. 4 non consente la realizzazione di un *progetto genitoriale fuori dalla relazione di una coppia eterosessuale, coniugata o convivente, in età potenzialmente fertile* escludendo la possibilità per il single di accedere alla PMA²⁹.

formati, potrebbe risultare gravemente compromesso, causa il rifiuto psicologico dell'idea di proseguire nel progetto di filiazione. Né a tale rilievo potrebbe negarsi spessore in ragione della dimensione solo psichica e non fisica del bene salute che verrebbe negativamente inciso dal prosieguo del trattamento medico in assenza del consenso di chi vi è sottoposto. Una simile interpretazione, infatti, contrasterebbe in pieno con la definizione che del bene "salute" è accolta a livello costituzionale, e con la pienezza della tutela che il testo fondamentale offre di esso, definendolo, unico tra i tanti, diritto "fondamentale" (art. 32, comma 1, Cost.).».

²⁸ Sul punto, cfr. M. FACCIOLO, *Procreazione assistita omologa, separazione dei coniugi e revoca del consenso da parte dell'uomo*, cit., 364 ss. il quale osserva come «L'integrità psichica invero gode di tutela costituzionale alla pari dell'integrità fisica, l'una e l'altra rientrando nel concetto di salute elevato a diritto fondamentale dell'individuo dall'art. 32 Cost.: e se nell'interpretazione dell'art. 6, comma 3°, della l. n. 40/2004 si ritiene che la tutela dell'embrione debba cedere di fronte alle istanze di tutela della salute e della libertà individuale della donna, allora si potrebbe pensare che tanto debba valere, in ossequio ai principi di eguaglianza e di ragionevolezza, anche per l'uomo, in modo da evitare di imporre a quest'ultimo una paternità non (più) voluta calpestando il suo diritto ad una procreazione consapevole, libera e responsabile ricavabile dagli artt. 2, 13, 29, 30 e 31 Cost.».

²⁹ In tal senso si osserva come l'assunto (accesso alla PMA consentito solo alla coppia eterosessuale coniugata o stabilmente convivente) non appare contraddetto dal riconoscimento dello *status* di figlio di entrambi i componenti della coppia nell'ipotesi che il partner sia deceduto prima del transfer dell'embrione nell'utero della donna. Infatti la cosiddetta PMA *post mortem*, espressamente vietata all'Art.12 co 2 dalla legge n. 40 del 2004, ove realizzata all'estero, pone piuttosto all'interprete l'esigenza di assicurare la tutela del figlio in una condizione nella quale la coppia aveva condiviso un progetto genitoriale comune rispetto al quale è dimostrato un perdurante consenso di entrambi. Ed infatti le corti di merito pronunciate sulla questione, accertata la sussistenza di uno specifico consenso al proseguimento del trattamento di PMA reso in vita dal marito/compagno della madre, pur rilevando l'illiceità della pratica *ex art. 12, comma 2, legge n. 40 del 2004*, hanno autorizzato l'impianto intrauterino dell'embrione crioconservato dopo il decesso del partner (cfr. tra gli altri: Trib. Palermo, (ord.) 8 gennaio 1999, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1999, 226 ss; Trib. di Bologna, 16 gennaio 2015; Trib. di Lecce, (ord.) 21 – 24 giugno 2019. Per un primo commento di tale decisione, cfr. D. GIUNCHEDI, *L'impianto intrauterino degli embrioni dopo il decesso del marito*, in www.giustiziacivile.com. Sul punto si è pronunciata anche la Corte di legittimità affermando il seguente principio di diritto: «La L. 19 febbraio 2004, n. 40, art. 8, recante lo status giuridico del nato a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, è riferibile anche all'ipotesi di fecondazione omologa *post mortem* avvenuta mediante utilizzo del seme crioconservato di colui che, dopo avere prestato, congiuntamente alla moglie o alla convivente, il consenso all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ai sensi dell'art. 6 della medesima legge, e senza che ne risulti la sua successiva revoca, sia poi deceduto prima della formazione dell'embrione avendo altresì autorizzato, per dopo la propria morte, la moglie o la convivente all'utilizzo suddetto. Ciò pure quando la nascita avvenga oltre i trecento giorni dalla morte del padre» (Corte di Cassazione, 1 sez civ, 15 maggio 2019, n. 13000, punto 7.8.6 del *Considerato in diritto*). Per un'ampia disamina sul punto cfr. F. MEOLA, *Quando si dice non più. Ragionando sugli artt. 5, comma 1 e 6, commi 1 e 3 della Legge n. 40/2004*, cit., 85 ss.

4. Inquadramento del consenso informato e legge n. 40 del 2004.

Sotto diverso profilo di indagine anche riguardando la questione nell'ottica di contestualizzare lo strumento del consenso informato come modalità autorizzativa del paziente al trattamento medico, si rileva come il consenso all'atto medico in PMA si configura come una sorta di *surrogato dell'atto sessuale*. Come questo costituisce l'elemento individuativo della responsabilità: 1. dell'avvio del procedimento sanitario di PMA; 2. dei soggetti responsabili di tale avvio; 3. delle conseguenze morali e giuridiche del procedimento ove si arrivi al concepimento e alla nascita di un bambino³⁰.

Proprio per tale ragione particolare significato assume la questione *dell'attualità del consenso* e la connessa esigenza del permanere dello stesso in ogni fase del procedimento. Ciò ha portato, come prassi comune dei centri di PMA, di richiedere, ove tra un tentativo di transfer e l'altro intercorrano più di 3 o 4 mesi, *che la coppia rinnovi il proprio consenso al trattamento indipendentemente che siano stati già prodotti e crioconservati gameti o blastocisti con l'iniziale stimolazione*.

La questione *dell'attualità del consenso* e della sua *piena revocabilità* oltre a costituire principio generale dell'ordinamento, non sussistendo trattamenti sanitari fuori dal TSO che risultino coercibili per legge³¹ risulta oggi espressamente disciplinato all'art. 1 legge n. 219 del 2017 («Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento») che detta disposizioni generali in tema di consenso informato assicurando la piena revocabilità dello stesso in qualsiasi momento³².

D'altra parte la permanenza del consenso del soggetto in tutte le fasi del trattamento sanitario, non da oggi si configura come principio fondamentale del sistema³³.

³⁰ Per un approfondimento della questione sia consentito il rinvio a G. BALDINI, *Riflessioni di Biodiritto. Profili evolutivi e nuove questioni*, cit., 32 ss.

³¹ Sul punto forse superfluo ricordare i principi enunciate nelle Carte fondamentali: art. 32 Cost.; art. 3 CDFUE; artt. 2 e 3 Convenzione di Oviedo, 1997.

³² Art. 1, comma 5, legge n. 219 del 2017: «Ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, con le stesse forme di cui al comma 4, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso. Ha, inoltre, il diritto di revocare in qualsiasi momento, con le stesse forme di cui al comma 4, il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento». Segnatamente all'art. 6, comma 3, legge n. 40 del 2004 la questione circa la possibile contrarietà ai principi costituzionali di cui 2, 13, 32, Cost. era già stata portata all'attenzione dal Tribunale di Firenze nel 2012 aveva rilevato «una palese violazione del principio regolativo del rapporto medico/paziente... espropriato della possibilità di revocare l'assenso dato al primo di eseguire atti sicuramente invasivi della propria integrità psico-fisica... in un momento particolarmente delicato dell'attività medica atteso che il trattamento, tutt'altro che concluso, si trova in una fase intermedia cui necessariamente seguirà il delicatissimo momento del trasferimento in utero del materiale prodotto». La questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale fiorentino venne dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale per mancanza di rilevanza nel giudizio *a quo*. Per un commento cfr. Trib. Firenze, 12 dicembre 2012, in *Foro it.*, 2013, I, c. 1005, con nota di G. CASABURI; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 589, con nota di G. DI ROSA, *Scienza, tecnica e diritto in recenti applicazioni giudiziali della disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita*.

³³ Sul punto cfr. per tutti Cass. civ., 11 maggio 2009, n. 10741 «Il consenso informato deve essere presente sia nella fase di formazione del consenso, sia nella fase antecedente che in quella di esecuzione del contratto, riconducibile (come in altri settori) alla clausola generale di buona fede del nostro ordinamento civilistico ex artt. 1175, 1337, 1375 c.c.».

Nel caso di cui all'odierna ordinanza e ai precedenti decisi dalle corti di merito dianzi citati, il consenso alla realizzazione del progetto genitoriale mediante l'accesso alle tecniche di PMA, è di molti anni precedente. Correttamente il Centro medico ha dunque richiesto che la coppia esprimesse ex novo il consenso al trattamento sanitario di PMA al fine di accertare la sussistenza delle condizioni che hanno dato avvio anni prima ad un trattamento sanitario poi interrotto per volontà di due soggetti, allora coppia che condivideva lo scopo di un progetto comune che oggi, venuti meno i presupposti, non esiste più.

5. L'ordinanza n. 30294/17 della Corte di Cassazione sua inapplicabilità al caso de quo.

Alla luce di quanto precede e del lineare e non contestabile percorso compiuto riguardo al bilanciamento tra situazioni soggettive operato dalla legge n. 40 del 2004 ed oggi ritenuto parzialmente superato per effetto degli interventi del Giudice delle Leggi, deve essere presa in esame la ricordata ordinanza n. 30294/17 della Corte di Cassazione³⁴.

Sul punto deve preliminarmente rilevarsi come *trattasi di ordinanza e non di sentenza* adottata peraltro prima dell'approvazione della legge n. 219 del 2017 che proprio riguardo al consenso ne afferma la revocabilità assoluta. In tutti i casi risulta di palese evidenza come la fattispecie concreta sottoposta all'attenzione del Giudice di legittimità, ad un esame più attento, sia sensibilmente differente da quella in esame su almeno *due punti*. Il primo *attiene alle cause giustificatrici della revoca del consenso* da parte del partner. Mentre nel caso di cui all'ordinanza della S.C. non risulta che la revoca, *effettuata rispetto ad un trattamento di PMA appena avviato ovvero in fase di svolgimento* sia giustificata dal venir meno della relazione coniugale e familiare nell'ambito della quale il progetto genitoriale trovava fondamento, nel caso *de quo* è proprio *il venir meno di tale presupposto logico-giuridico peraltro su iniziativa della moglie, a giustificare la decisione*.

Il secondo verte sulla questione *dell'attualità e del legittimo affidamento* di entrambi i partecipanti al trattamento di PMA. Come sopra accennato, risulta agli atti come nel caso deciso dalla richiamata ordinanza il partner dopo aver prestato il proprio consenso alla PMA eterologa della donna con conseguente creazione dell'embrione in vitro, revocò qualche giorno dopo, a trattamento avviato, la propria volontà al *transfer* della blastocisti. Non c'è chi non veda come una siffatta situazione risulti profondamente diversa da quella oggetto dell'ordinanza di remissione *de quo* nella quale *a distanza di diversi anni dalla prestazione del consenso al trattamento*, da un lato si sia avviato un procedimento per separazione giudiziale tendente alla disgregazione della famiglia (e di tutti i relativi progetti condivisi in quella sede: dalla casa, al lavoro, al figlio...) e dall'altro venga invocato un presunto *diritto (quello alla maternità, qualificato come assoluto) a realizzare un comune*

³⁴ Cass., 18 dicembre 2017, n. 30294, in *Fam. dir.*, 2019, 21, con nota di A. FIGONE, *Revoca del consenso alla fecondazione eterologa*; in *Res civ. prev.*, 2018, 1193, con nota di F. CARLINO, *Fecondazione eterologa e dinamiche del consenso: disconoscimento di paternità e tutela dell'interesse del minore*.

*progetto genitoriale... che venendo meno sia sotto il profilo formale che sostanziale il rapporto di coppia, non c'è più*³⁵.

In altri termini un conto è revocare il consenso dopo la fecondazione dell'ovocita ma prima della fase del transfer nell'utero della donna un conto è che ciò avvenga dopo o durante³⁶. Non c'è chi non veda infatti come nel caso deciso dagli Ermellini, stante l'estraneità biologica del partner (si trattava di PMA eterologa) lo scopo della revoca fosse quello di poter poi esercitare liberamente una azione di disconoscimento della paternità ex art. 244 c.c. privando il nato dello status automaticamente al medesimo riconosciuto ex artt. 8 e 9 legge n. 40 del 2004 peraltro in contrasto con l'ormai pacifica giurisprudenza in materia³⁷.

Ad abundantiam si osserva infine come ulteriore elemento che differenzia le fattispecie in esame è individuabile, sotto il profilo tecnico giuridico, sulla qualificazione dell'atto richiesto: mentre nel primo caso siamo in presenza di *revoca di un consenso prestato* ad un trattamento sanitario attuale, nell'ipotesi in esame all'ex partner verrebbe richiesto di *rinnovare ovvero di esprimere nuovamente un consenso al trattamento* di PMA in assenza del quale si dovrebbe ritenere ancora valido ed efficace quello espresso anni fa.

Precisata l'inapplicabilità al caso di specie della invocata ordinanza siano consentiti alcuni ulteriori rilievi critici. Accertato che la tutela costituzionale dell'embrione risulta oggi, per effetto delle intervenute pronunce della Consulta sulla legge n. 40 del 2004 che ne affermava l'assoluta preminenza rispetto ad ogni altro contrastante interesse, rientrando la stessa all'interno del parametro di ragionevolezza posto dalla sentenza della Corte costituzionale n. 27 del 1975, a nostro avviso, risulta in tutti i casi non corretta *l'equivalenza operata tra divieto di*

³⁵Cfr. Trib. Roma (ord.) 2020, cit. il quale osserva come «Il caso esaminato dalla Corte di cassazione nella sentenza n. 30294/2017 citata dalla ricorrente per sostenere la prevalenza della tutela dell'embrione era molto diverso da quello oggetto del presentegiudizio. Si trattava di un impianto avvenuto nell'immediatezza della formazione dell'embrione attraverso la fecondazione eterologa, di una revoca del consenso avvenuta quando si stava materialmente procedendo all'impianto nell'utero della donna, nell'ambito di un giudizio di disconoscimento di paternità in un caso di fecondazione eterologa. Venivano in considerazione, in primo luogo, l'interesse prevalente del minore ad avere due genitori (quindi la tutela di un bambino e non dell'embrione), in quanto trattandosi di fecondazione eterologa era esposto al possibile accoglimento dell'azione di disconoscimento di paternità, e il diritto alla salute della donna, che aveva completato tutti i trattamenti necessari al transfer e alla riuscita dell'impianto che stava materialmente avvenendo. Nel caso di specie nel tempo trascorso dalla crioconservazione dell'embrione sono venuti meno i requisiti previsti dalla legge per procedere alla PMA in quanto non si è più in presenza di una coppia convivente, inoltre viene in considerazione il diritto all'autodeterminazione in ordine alla scelta di diventare genitore, tutelato dall'art. 8 CEDU. Infatti, la nozione di «vita privata» include il diritto all'autonomia e allo sviluppo della persona, il diritto di intrecciare e coltivare relazioni con altri e il diritto al rispetto per la decisione di avere o non avere figli (v. tra le altre Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 aprile 2007, Evans c. Regno Unito [GC], ric. n. 6339/05, § 71; E. B. c. Francia, cit., § 43, 22; 8 novembre 2011, V. C. c. Slovacchia, ric. n.18968/07)».

³⁶ Cfr. F. MEOLA, *Quando si dice non più. Ragionando sugli artt. 5, comma 1 e 6, commi 1 e 3 della Legge n. 40/2004*, cit., 95 la quale osserva come «nel caso di cui si discute, il figlio non è ancora nato. Anzi, non c'è ancora un figlio, ma un embrione. Tale embrione, peraltro, non è neppure già impiantato in utero. Piuttosto, esso è crioconservato. E non vi è chi non veda che si tratta di condizioni assolutamente diverse, e che, quindi, in punto di diritto, devono essere trattate in maniera ragionevolmente diversa».

³⁷ Cfr. Cass., sentenza 16 marzo 1999, n. 2315, in *Il Foro Italiano*, I, 1999, 1834 ss.

disconoscimento di paternità previsto all'art.9 legge n. 40 del 2004 per i nati da PMA eterologa operata dal partner che in tal senso avesse inizialmente espresso il proprio consenso e la revoca rectius la prestazione di nuovo consenso per il transfer dell'embrione. Come sopra già accennato nel primo caso l'atto facendo leva sulla mancata derivazione biologica del figlio dal padre sociale sarebbe diretto, del tutto strumentalmente e abusivamente, a far perdere allo stesso lo status di figlio nato nel matrimonio o riconosciuto con ogni implicazione consequenziale riguardo ad oneri e responsabilità morali ed economiche sul genitore. Nel secondo, non è in discussione la derivazione biologica del nato posto che il materiale utilizzato è della coppia. Si tratta di revoca o meglio, pretesa alla prestazione di un nuovo consenso alla prosecuzione di un procedimento sanitario avviato anni prima, finalizzato a realizzare un progetto genitoriale che risulta incerto nell'an, nel quando, nel quantum e nel quomodo.

Invero non si tratta, per effetto di capriccioso ripensamento, anche a prescindere dalle ragioni che lo fondano, di sottrarsi alle proprie responsabilità genitoriali (economiche e morali) nei confronti di un minore, bensì di riprendere un trattamento sanitario al quale anni prima in condizioni personali e relazionali completamente diverse, era stato dato l'avvio. E che il fattore tempo risulti dirimente per l'assunzione e la conservazione degli status è dimostrato anche dagli stringenti termini di decadenza per l'esercizio dell'azione di disconoscimento di paternità da parte del padre che nella novella legislativa è stata stabilita (in luogo dell'originaria imprescrittibilità dell'azione) in un tempo massimo e inderogabile di 5 anni³⁸.

In altri termini, la presunta aspettativa al trasferimento erroneamente qualificata come diritto (in tutti i casi non certo diritto alla vita posto che le blastocisti per la legge italiana devono essere crioconservate a tempo indeterminato, non possono essere distrutte e potrebbero, ad esempio, col consenso di entrambi i partner, essere donate ad altre coppie per effettuare la PMA eterologa) non può giustificare la pretesa di un partner contro l'altro, terminata la relazione che giustificava il comune progetto genitoriale, di diventare genitore contro la sua volontà assumendosi tutte le responsabilità conseguenti³⁹.

³⁸ Art. 244, commi 4 e 5, c.c.: «L'azione non può essere, comunque, proposta oltre cinque anni dal giorno della nascita. L'azione di disconoscimento della paternità può essere proposta dal figlio che ha raggiunto la maggiore età. L'azione è imprescrittibile riguardo al figlio».

³⁹ In una ottica per così dire 'mediana' o 'compromissoria' potrebbe in *extrema ratio* ipotizzarsi, semmai, che, se, a tutto concedere, il diritto di non procreare del padre genetico, che cambia idea in ordine all'impianto, e la tutela della vita dell'embrione non sono comparabili perché la vita umana ha un valore superiore, anche giuridicamente, a qualsiasi altro diritto di diversa natura, altrettanto non potrebbe dirsi riguardo alla piena comparabilità tra loro del 'diritto di procreare' della madre e quello 'di non procreare' del padre posto che tali diritti prima del trasferimento dell'embrione nell'utero della donna si trovano sullo stesso piano giuridico. Orbene atteso il pari grado delle citate pretese è evidente che in assenza di accordo tra le parti la donna non potrebbe pretendere di procedere al transfer dell'embrione. Né tantomeno che da tale sua unilaterale decisione possano scaturire effetti giuridici automatici nella sfera giuridica dell'ex partner (che diverrebbe padre suo malgrado). La valorizzazione del principio di responsabilità nel rispetto di quello all'autodeterminazione potrebbe trovare allora una ragionevole sintesi nella possibilità di consentire la costituzione del rapporto di filiazione unicamente in capo alla donna con esclusione della assunzione forzata della paternità nei confronti dell'ex partner che in tal senso si opponeva. Sul punto cfr. A. GORGONI, *Rilevanza giuridica dell'embrione e «procreazione» di un solo genitore*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 367 ss. Con specifico riguardo alle esigenze di assicurare l'uguaglianza di trattamento tra uomo e donna riguardo alla tutela del diritto di procreare e non procreare cfr. anche

6. La prospettiva dell'abuso di diritto.

In altra e differente prospettiva, gli esiti che l'interpretazione della norma di cui all'art. 6, comma 3, ultimo periodo, nel senso prospettato dal ricorrente potrebbe condurre, risulterebbe financo idonea a configurare una ipotesi di *abuso del diritto* intesa come esercizio ovvero realizzazione di un diritto contraria alle sue finalità, valutando complessivamente gli interessi incisi dall'esercizio della situazione soggettiva, in una prospettiva dinamico relazionale⁴⁰.

Risulta di palmare evidenza infatti come la pretesa della donna oggi di far valere in forza delle invocate disposizioni della legge n. 40 del 2004 il consenso espresso anni prima assieme al marito ad un trattamento sanitario finalizzato alla realizzazione dell'interesse dei coniugi di coronare il proprio progetto genitoriale in un contesto attuale nel quale la relazione coniugale è venuta meno (e con essa tutti i progetti comuni che dalla stessa si originavano, in primis quello genitoriale) *configura un uso anormale del diritto, che conduce il comportamento del singolo (nel caso concreto) fuori della sfera del diritto soggettivo esercitato, per il fatto di porsi in contrasto con gli scopi etici e sociali per cui il diritto stesso veniva riconosciuto e protetto dall'ordinamento giuridico positivo*⁴¹.

Trib. Bologna ord. 9 maggio 2000, cit. Come sopra ricordato, secondo il Tribunale Felsineo «I diritti fondamentali e personalissimi di entrambi i genitori biologici, all'esercizio della libera determinazione alla paternità o alla maternità, devono essere necessariamente collocati sullo stesso piano e ricevere pari dignità e tutela costituzionale».

⁴⁰ Sulla categoria dell'abuso di diritto e sul suo possibile uso in funzione qualificativa e sanzionatoria della fattispecie cfr. tra gli altri: P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1965, 205 ss.; S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, I, Torino, 1987, 1 ss.; A. GAMBARO, *Abuso del diritto (diritto comparato e straniero)*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988; G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in G. MANIACI (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Milano, 2006, 115 ss.; R. SACCO, *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Agg. VII, Torino, 2012. In giurisprudenza si veda per tutti Cass., Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, la cui massima precisa come «Oggi, i principi della buona fede oggettiva, e dell'abuso del diritto, debbono essere selezionati e rivisitati alla luce dei principi costituzionali - funzione sociale ex art. 42 Cost. - e della stessa qualificazione dei diritti soggettivi assoluti. In questa prospettiva i due principi si integrano a vicenda, costituendo la buona fede un canone generale cui ancorare la condotta delle parti, anche di un rapporto privatistico l'interpretazione dell'atto giuridico di autonomia privata e, prospettando l'abuso, la necessità di una correlazione tra i poteri conferiti e lo scopo per i quali essi sono conferiti. Qualora la finalità perseguita non sia quella consentita dall'ordinamento, si avrà abuso». In questo caso il superamento dei limiti interni o di alcuni limiti esterni del diritto ne determinerà il suo abusivo esercizio.

⁴¹ In tal senso cfr. la decisione del Comitato per i Diritti sociali ed economici dell'ONU che su ricorso di una coppia che lamentava, tra le altre, la violazione del proprio diritto a disporre liberamente delle blastocisti crioconservate all'esito di trattamenti di PMA, ha condannato l'Italia per la presenza di una normativa che impone illegittime restrizioni alla libertà «di ritirare il proprio consenso al trasferimento di embrioni per la procreazione». Il Comitato ha in tal senso trasmesso specifiche raccomandazioni all'Italia affinché adegui la propria normativa in conformità con le disposizioni di cui al cap. II e III della Convenzione sulle Biotecnologie, c.d. Convenzione di Oviedo del 1997. Più precisamente il punto b) delle Raccomandazioni all'Italia prevede: «Adottare misure legislative e/o amministrative appropriate per garantire l'accesso a tutti i trattamenti riproduttivi generalmente disponibili e per permettere alle persone di ritirare il proprio consenso al trasferimento di embrioni per la procreazione, assicurando che tutte le restrizioni all'accesso di questi trattamenti soddisfino i criteri forniti dall'articolo 4». Inoltre, il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali ha esaminato la sesta relazione periodica dell'Italia, e ha adottato una serie di osservazioni conclusive. Al punto 66 il Comitato raccomanda allo Stato parte di rivedere la Legge 40/2004 al fine di rimuovere tali restrizioni irragionevoli (*Comitato dei Diritti Economici, Sociali e*

Senza entrare nel merito della *vexata questio* del fondamento giuridico nel nostro ordinamento di una siffatta categoria generale, è possibile individuare già negli artt. 1175 e 1375 c.c. le clausole generali atte a sanzionare come abusivi comportamenti contrastanti con le regole della correttezza e buona fede nei rapporti obbligatori. Con ogni implicazione consequenziale, *mutatis mutandis*, per la fattispecie che a noi interessa.

7. Considerazioni conclusive.

Alla luce di quanto precede risultano, a nostro avviso, fondati i rilievi di costituzionalità sollevati dall'ordinanza in epigrafe. Mantenere il 'residuo normativo' di cui all'art. 6, comma 3 significherebbe confermare una asserita prevalente tutela dell'ovocita fecondato riguardo al proprio interesse allo sviluppo e negare l'intervenuto ragionevole affievolimento, in forza del bilanciamento con i principi di autodeterminazione e consenso informato collegati in questo caso non solo (e non tanto) alla salute della donna che si sottoporrà al trattamento, quanto ad aspetti fondamentali attinenti la sfera esistenziale della coppia (*rectius* dell'ex partner), quali, come già evidenziato: il diritto a costituire una famiglia quale espressione della libertà personale e della privacy delle scelte inerenti la vita privata (e in tal senso la scelta di 'non procreare') ovvero alla sua salute psichica che potrebbe ben subire un possibile pregiudizio conseguente all'attribuzione coercitiva di una paternità non voluta e non più ragionevolmente prospettabile⁴².

La previsione inerente all'irrevocabilità assoluta del consenso (fuori dai casi attinenti la tutela della salute della donna già oggetto di declaratoria di incostituzionalità) oltre a risultare contraria con i dettami costituzionali di cui agli artt. 2, 3, 13, 29, primo comma e 32 primo e secondo comma, mostrano, a nostro avviso, rilevanti vizi di ragionevolezza e una intrinseca illogicità e contraddittorietà. In particolare ove nel caso di specie non venisse ritenuta possibile la revoca del consenso al trattamento di PMA risulterebbero violati fondamentali interessi riconducibili ai citati parametri costituzionali di cui agli artt. 2,3,13, 29, primo comma e 32; art. 8 CEDU e gli artt. 3 e 7 CDFUE, disposizioni espressamente richiamabili ai sensi dell'art. 10 Cost; e disattesa la richiamata raccomandazione rivolta all'Italia dal Comitato ONU di

Culturali delle Nazioni Unite - S.C. e G. c. Italia: Condanna dell'Italia per violazione del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali con riguardo alla legge 40/2004, in *BioLaw Journal – Riv. BioDir.*, 7 marzo 2019).

⁴² Cfr. F. MEOLA, *Quando si dice non più. Ragionando sugli artt. 5, comma 1 e 6, commi 1 e 3 della Legge n. 40/2004*, cit., 95, la quale rileva come «il problema a cui, nella fattispecie considerata, l'interprete è chiamato a dare una definizione è quello di stabilire la rilevanza che, nel bilanciamento con le aspettative di nascita dell'embrione in vitro, debba accordarsi ai diritti del padre, a partire da quello alla libertà personale, alla salute psichica e all'autodeterminazione, tenuto conto della sua partecipazione al trattamento di M.A., e dei danni che potrebbero essere prodotti su tali suoi diritti dal prosieguo del relativo proto- collo, in assenza di un suo perdurante consenso, e nel contesto di una rottura del rapporto di coppia all'interno del quale il progetto filiale aveva originariamente preso forma».

adeguamento delle limitazioni alla revocabilità del consenso come prevista dall'art. 6, comma 3, ultimo periodo, legge n. 40 del 2004⁴³.

Ma non solo, ciò si porrebbe in aperta contraddizione con la ratio della legge che consente solo alla coppia di accedere alla PMA⁴⁴.

Più precisamente non c'è chi non veda come ove venisse confermata la rilevata formalistica applicazione dell'art. 6, comma 3, ultimo periodo, legge n. 40 del 2004 nel senso di legittimare la pretesa di diventare genitore, riavviando un procedimento sanitario iniziato anni prima e poi per varie ragioni non coltivato fino a quel momento in una situazione di famiglia e relazione coniugale anche formalmente superata – e implicitamente con essa tutti i vari progetti ivi condivisi nella logica di una vita comune cui si è inteso porre fine contro la espressa volontà del partner che in tal senso ha negato il consenso alla ripresa del trattamento stesso – si darebbe luogo alla *aberrante prospettiva di una coercizione alla genitorialità tra soggetti divenuti formalmente e sostanzialmente estranei in assenza di un figlio nato ma per la semplice prospettiva di un figlio possibile ed eventuale* (l'ovocita fecondato *in vitro* da trasferire).

Evidente la violazione del principio di ragionevolezza⁴⁵ a nulla rilevando presunte (e insussistenti) simmetrie tra fattispecie differenti⁴⁶: la situazione del figlio nato che il padre sociale vorrebbe disconoscere sulla base della mancata derivazione biologica strumentalmente invocata per superare il consenso precedentemente prestato alla PMA eterologa della moglie, è situazione ben differente da quella di un embrione *in vitro* creato con i materiali biologici della coppia nell'ambito di un procedimento sanitario non coltivato per decisione comune della coppia per anni, avviato in presenza di un progetto genitoriale che per effetto della separazione personale tra i coniugi è venuto meno, e che uno dei partner contro la volontà dell'altro intende comunque portare a termine!. Si tratta di ipotesi che presentano differenze evidenti negli elementi costitutivi essenziali insuscettibili di una disciplina analogica.

Altrettanto evidente l'abusività della pretesa con evidente distorsione dei fini protettivi di cui alla ratio della disposizione e del bilanciamento di interessi programmato dall'ordinamento.

⁴³ Al punto 66 il Comitato raccomanda allo Stato parte di rivedere la legge n. 40 del 2004 al fine di rimuovere tali restrizioni irragionevoli.

⁴⁴ Cfr. F. MEOLA *Quando si dice non più. Ragionando sugli artt. 5, comma 1 e 6, commi 1 e 3 della Legge n. 40/2004*, cit. 90 la quale osserva come «laddove non si valutasse l'incidenza rivestita dall'intervenuta rottura del rapporto di coppia nella definizione della controversia giudiziale in esame, si rischierebbe altresì di aprire un pericoloso varco alla legittimazione di comportamenti in frode alla legge. Questa, infatti, proprio in ragione dei diritti del nascituro di cui si è appena detto, nega categoricamente l'accesso alle tecniche di M.A. alla donna *single*. Ed invece, laddove si l'autorizzasse l'impianto nell'utero della donna degli embrioni formati a mezzo del ricorso alla M.A., nonostante l'assenza di un perdurante consenso del *partner*, si finirebbe, per questa via, per legittimare proprio ciò che il legislatore ha inteso assolutamente negare».

⁴⁵ Per un approfondimento sui profili qualificativi e applicativi del principio di ragionevolezza in ambito civile e costituzionale cfr.: L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir.*, Aggiornamento I, Milano, 1997, 899 ss.; G. SCACCIA, *Controllo di ragionevolezza delle leggi e applicazione della Costituzione*, in *Nova juris interpretatio*, Roma, 2007, 286 ss.; G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, *passim*.

⁴⁶ Cfr. la richiamata Cass. n. 30294/17.

Parimenti dicasi riguardo alla conseguente violazione di fondamentali diritti della persona che sarebbe costretta a subire tutte le conseguenze di una genitorialità non voluta: grave limitazione della propria libertà personale con conseguente coartazione nelle decisioni attinenti la sfera più intima della propria vita personale e familiare; violazione del proprio diritto a costituire (e sciogliere) una famiglia; libertà di autodeterminazione riguardo a trattamenti sanitari (propri o condivisi) sempre e comunque revocabili in violazione del consenso informato inteso come sintesi dei diritti fondamentali alla libertà personale e alla salute⁴⁷.

Senza considerare come, in punta di diritto, il bilanciamento programmato dalla legge n. 40 del 2004, di cui il 'residuo normativo' di cui all'art. 6, comma 3 costituisce evidente espressione, tra i richiamati interessi qualificabili come diritti fondamentali della persona non opererebbero nei confronti di altra persona (l'embrione persona deve ancora diventare...⁴⁸) bensì di una entità *titolare di aspettativa di diritto* che potrà consolidarsi in diritto soggettivo unicamente con l'evento futuro e incerto della nascita. A ciò si aggiunga come il predetto bilanciamento opererebbe, peraltro, non nei confronti di una *aspettativa alla vita* riconducibile all'ovocita fecondato, che in tutti i casi mai potrebbe essere per espressa disposizione di legge distrutto (art. 13 legge n. 40 del 2004) ma rimarrebbe comunque crioconservato in vista di futuri differenti utilizzi, ma con la differente *aspettativa al trasferimento in utero o allo sviluppo* al fine di realizzare un originario progetto genitoriale che venendo meno la coppia non c'è più.

In tal senso, come già ricordato, significativa pure la violazione, che una interpretazione formalistica della disposizione potrebbe determinare riguardo ai principi generali in tema di consenso informato. Infatti il fatto che l'art. 6, comma 3, ultimo periodo, legge n. 40 del 2004 risulti norma sprovvista di sanzione, non fa venir meno, in linea di principio la portata della disposizione che introduce un *vulnus* nel sistema, sistema che, come visto in precedenza, esclude la stessa prospettabilità di un consenso ad effetti perpetui ovvero suscettibile di configurarsi fuori dalle direttrici di spazio e tempo e dalla necessità di una *sua persistente attualità* (e nel caso di specie anche una convergenza) e risulta ben definito entro le coordinate stabilite dalle pronunce delle Supreme magistrature che oggi trovano definitiva conferma nella legge n. 219 del 2017. In tal senso, giova ricordarlo, molteplici sono gli arresti del Giudice di legittimità e di quello delle leggi⁴⁹.

⁴⁷ Cfr. Corte cost. n. 438 del 2008.

⁴⁸ Corte cost. n. 27 del 1975.

⁴⁹ In tal senso le Supreme magistrature Costituzionale e di legittimità secondo le quali «*la circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2,13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute*» (Corte cost. n. 438 del 2008); «*Il diritto al consenso informato, in quanto diritto irrinunciabile della persona, va comunque e sempre rispettato dal sanitario, a meno che non ricorrano casi di urgenza... Tale consenso è talmente inderogabile che non assume alcuna rilevanza per escluderlo che l'intervento absque pactis sia stato effettuato in modo tecnicamente corretto*» (Cass, Sez. III, 28 luglio 2011, n. 16543); «*Il consenso informato deve essere presente sia nella fase di formazione del consenso, sia nella fase antecedente che in quella di esecuzione del contratto, riconducibile (come in altri settori) alla clausola generale di buona fede del nostro ordinamento civilistico ex artt. 1175, 1337, 1375 c.c.*» (Cass. n. 10741/2009).

La recente decisione del Comitato per i Diritti sociali ed economici dell'ONU, che ha condannato l'Italia per la presenza di una normativa che impone illegittime restrizioni alla libertà «*di ritirare il proprio consenso al trasferimento di embrioni per la procreazione*», nel confermare gli assunti della recente normativa e della giurisprudenza costituzionale e di legittimità in materia, pare risultare in linea con quanto fin qui sostenuto.

Alla luce delle considerazioni che precedono deve ritenersi pienamente condivisibile la decisione del Tribunale di Roma laddove ritiene non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 3, ultimo periodo, legge n. 40 del 2004 attesa l'irragionevolezza e l'illogicità di tali disposizioni rispetto agli artt. 2, 3, 13, 29 primo comma, 30, 32; all'art.8 CEDU, agli artt. 3 e 7 CDFUE, disposizioni espressamente richiamabili ai sensi dell'art. 10 Cost.

Rassegna giurisprudenziale in tema di abusi sessuali e disturbi dell'alimentazione

di Beatrice Palchetti⁵⁰

Abstract IT: *L'A. fornisce una puntuale disamina della giurisprudenza in materia di reati sessuali, che valorizza la rilevanza dei disturbi dell'alimentazione come elemento idoneo a corroborare l'attendibilità del narrato della vittima ovvero a escludere l'applicazione della circostanza attenuante della minore gravità.*

Abstract EN: *This article provides a detailed examination of case law concerning sexual offenses, highlighting the significance of eating disorders as a relevant factor in corroborating the credibility of the victim's account or excluding the application of the mitigating circumstance of lesser gravity.*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Giurisprudenza in materia di abuso sessuale e disturbo dell'alimentazione conseguente al reato. – 2.1. Elemento rilevante ai fini della valutazione dell'attendibilità della persona offesa. – 2.2. Elemento rilevante ai fini della non applicazione dell'ipotesi di minore gravità di cui al terzo comma dell'art. 609-bis c.p. e di cui al quarto comma dell'art. 609-quater c.p. – 3. Abusi sessuali: giurisprudenza e legislazione in ordine alla relazione autore del reato -vittima (familiari/conviventi). – 4. Conclusioni.

1. Introduzione.

Gli abusi e le violenze sessuali comportano per la persona offesa gravi conseguenze psicologiche, sia nel breve sia nel lungo termine. Nell'ampia gamma di tali conseguenze, l'insorgenza di comportamenti alimentari patologici è stata ben dimostrata da numerosi studi psichiatrici.

⁵⁰ Avvocato del Foro di Firenze.

In particolare, recente letteratura medica ha mostrato che i pazienti con disordine alimentare con storia di abuso sessuale rappresentano un gruppo di persone più complesse rispetto a pazienti che soffrono delle medesime patologie e che non hanno subito abusi: la guarigione completa è particolarmente difficile e si richiedono strategie di trattamento specifiche¹.

Non solo. Un ulteriore studio ha poi supportato l'ipotesi secondo cui l'abuso sessuale perpetrato da parte di un familiare o di un convivente potrebbe causare una forma di patologia alimentare particolarmente grave².

Il disturbo dell'alimentazione è un esito psicopatologico che si può verificare facilmente in soggetti che hanno subito abusi sessuali durante l'adolescenza, momento in cui nei circuiti cerebrali si sviluppa la visione della propria immagine corporea. L'esperienza traumatica interferisce con questo processo e l'immagine di se stessi risulta distorta: per tentare di gestire il senso di insoddisfazione che ne deriva, i pazienti che soffrono di anoressia si obbligano a rigorose restrizioni dietetiche.

Anche i comportamenti tenuti da pazienti sofferenti di bulimia rappresentano un tentativo di reazione al trauma: la temporanea perdita di inibizione che si verifica durante le abbuffate è una sorta di esperienza dissociativa che "protegge" la persona dalla consapevolezza dei ricordi traumatici. Infatti, la sensazione di perdita di controllo che si verifica durante le abbuffate pare essere particolarmente grave nelle vittime di abusi sessuali e il successivo e conseguente tentativo di riguadagnare il controllo attraverso diete, esercizio fisico o condotte di eliminazione, rappresenta un modo per recuperare un senso di identità con il proprio corpo³.

In questi soggetti, il fenomeno del discontrollo può anche andare al di là del rapporto con il cibo: spesso, infatti, pazienti con anamnesi positiva per abuso sessuale infantile/adolescenziale sviluppano multi-impulsive bulimia, patologia diagnosticata qualora, in un soggetto bulimico, vengano soddisfatti almeno tre criteri tra tentativi di suicidio, gravi comportamenti autolesivi, furti, concomitanza di stadi dissociativi, abuso di sostanze o alcol, promiscuità sessuale. È stato ipotizzato che tutti questi comportamenti eccessivi, che possono manifestarsi anche con altri atteggiamenti antisociali, come il bullismo,

¹ G. CASTELLINI, L. LELLI, E. CASSIOLI, E. CIAMPI, F. ZAMPONI, B. CAMPONE, A.M. MONTELEONE, V. RICCA, *Different outcomes, psychopathological features, and comorbidities in patients with eating disorders reporting childhood abuse: A 3-year follow-up study*. *Eur Eat Disorders, Rev*; 26, 2018, 217-229.

² Il lavoro è uno studio osservazionale trasversale attuato tra il 2018 e 2020 su un campione di 288 pazienti con disturbi dell'alimentazione afferenti alla SOD di Psichiatria dell'AOU di Careggi. Strumenti indagine: intervista socio-demografica, indice di massa corporea, EDE-Q (Eating Disorder Examination self report questionnaire version EDEq 12.0D), EES (Emotional Eating Scale), CTQ (Childhood Trauma Questionnaire). I dati sono stati riportati tramite media e deviazione standard, confrontando pazienti con disturbi dell'alimentazione che non hanno subito abusi sessuali con pazienti sofferenti della medesima patologia che hanno subito abusi sessuali da parte di parente / non parente, che convivevano / non convivevano con l'autore dell'abuso, che hanno subito abusi ripetuti / non ripetuti nel tempo. I confronti tra gruppi sono stati effettuati utilizzando l'Analisi della Varianza (ANOVA); i modelli statisticamente significativi ($p < 0.05$) sono stati ulteriormente approfonditi con analisi *post hoc* secondo Tukey.

³ G. CASTELLINI, V. RICCA, *Sexual abuse and body image in eating and weight disorders*, Berlin, 2018.

si sviluppino come strategie disfunzionali per far fronte allo stato d'animo doloroso derivante da una storia traumatica⁴.

Nei paragrafi a seguire vedremo come la Corte di Cassazione, nelle sue pronunce, ha valutato e valorizzato il disturbo dell'alimentazione conseguente alla violenza o agli abusi sessuali.

In molte sentenze la Suprema Corte ha utilizzato il dato clinico come elemento a sostegno della tesi accusatoria: è noto che i reati di violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.) o di atti sessuali con minorenne (art. 609-*quater* c.p.) sono tipici reati in cui spesso sono ben pochi i riscontri esterni a sostegno del racconto della persona offesa e, pertanto, il fatto che venga dato rilievo a questo esito clinico risulta di fondamentale importanza.

In altre sentenze, poi, la Corte di Cassazione ha valutato il disturbo dell'alimentazione sorto in conseguenza al reato come dato da tenere in considerazione al fine di non concedere al reo le circostanze attenuanti previste per i casi di minore gravità di cui agli artt. 609-*bis* e 609-*quater* c.p.: come noto e come meglio esplicitato in seguito, la concessione di queste circostanze attenuanti ha effetti molto importanti sia in ordine alla determinazione del *quantum* della pena sia in ordine all'esecuzione della pena detentiva nei confronti del responsabile del reato.

Al fine di negare le circostanze attenuanti sopra richiamate, la Corte ha valutato negativamente oltre al dato della bulimia anche il particolare rapporto sussistente in ambito familiare tra vittima e reo.

Tale valutazione è in linea con i recenti studi psichiatrici i quali hanno dimostrato che le violenze e gli abusi sessuali perpetrati da parte di un familiare o da parte di un convivente possono essere causa di un disturbo dell'alimentazione particolarmente grave.

Ciò trova spiegazione nel fatto che i bambini e gli adolescenti sono in grado di reagire a grandi difficoltà se si sentono protetti ed accuditi, ma, quando la causa del disagio è in chi si prende cura di loro, si crea un fattore di stress di ampia portata⁵.

A ciò si aggiunga che, in studi psichiatrici, è stato constatato anche che gli abusi sessuali nell'infanzia perpetrati da membri della famiglia hanno maggiori probabilità di essere ripetuti e con tipologie di atti sessuali particolarmente invasivi⁶.

Nell'abuso che avviene in ambito familiare, inoltre, ci possono essere anche una serie di altri fattori che limitano le possibilità per la vittima di riuscire a far fronte al trauma in modo positivo, come, ad esempio, la rottura del legame familiare e,

⁴ G. CASTELLINI, M. MAGGI, V. RICCA, *Sexual dysfunction in eating disorders*, Berlin, 2018.

⁵ M.H. TEICHER, J.A. SAMSON, *Childhood maltreatment and psychopathology: a case for ecophenotypic variants as clinically and neurobiologically distinct subtypes*, in *The American journal of psychiatry*, n. 170/2013, 1114-33.

⁶ D.M. FERGUSSON, M.T. LYNSKEY, L.J. HORWOOD, *Childhood sexual abuse and psychiatric disorders in young adulthood: Part I: The prevalence of sexual abuse and the factors associated with sexual abuse*, in *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry*, n. 35/1996, 1355-1364.

a volte, la riluttanza a credere al bambino⁷: il rischio di sviluppo di strategie disfunzionali è, quindi, alto.

Vedremo che la giurisprudenza è concorde nel negare l'applicazione delle circostanze attenuanti di minore gravità *ex artt.* 609 e 609-*quater* c.p., qualora l'autore del fatto sia un familiare o un convivente: il principio è stato ribadito anche recentemente con sentenze di legittimità dell'anno in corso.

Tale orientamento giurisprudenziale è in linea con le numerose modifiche che sono state apportate agli articoli in esame (*art. 609-bis* e 609-*quater* c.p.) al fine di tutelare con maggior forza e punire più severamente episodi di violenza o abuso sessuale avvenuti in ambito familiare/domestico. Da ultimo, in tal senso, vi è stata una recentissima modifica apportata all'*art. 609-quater* c.p. (atti sessuali con minorenni) dalla legge n. 238/2021, pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 17.1.2022.

2. Giurisprudenza in materia di abuso sessuale e disturbo dell'alimentazione conseguente al reato.

2.1 Elemento rilevante ai fini della valutazione dell'attendibilità della persona offesa.

Con sentenza n. 5919/2019, sez. IV, la Corte di Cassazione ha confermato la sentenza della Corte di Appello di Messina, con la quale l'imputato è stato condannato alla pena di anni 8 di reclusione per il reato *ex artt.* 609-*bis*, 609-*ter* e 61 n. 5 c.p., per avere costretto con violenza la figlia, di anni 15 all'epoca dei fatti, a un rapporto sessuale completo, con l'aggravante dell'essere il fatto commesso nei confronti di persona della quale il colpevole sia il genitore e con l'aggravante di aver approfittato di circostanze tali da ostacolare la privata difesa. Il difensore dell'imputato, tra gli altri motivi di ricorso, lamentava il rigetto della richiesta di perizia sulla capacità a testimoniare della minore e la mancanza di un vaglio più profondo su quanto riferito dalla persona offesa costituita parte civile, data l'assenza di riscontri esterni.

Relativamente alla mancata perizia psicologica sulla persona offesa, la Corte precisa che per costante orientamento giurisprudenziale, in tema di violenza sessuale nei confronti di minori, il mancato espletamento della perizia in ordine alla capacità a testimoniare non determina l'inattendibilità della testimonianza, non essendo tale accertamento indispensabile ove non emergano elementi patologici che possano far dubitare della predetta capacità⁸. Continua, poi, la Corte affermando che, inoltre, in tema di reati sessuali, la sola età adolescenziale del minore abusato non costituisce *in re ipsa* circostanza tale da escluderne la capacità a deporre in assenza di patologie incidenti su tale capacità⁹.

⁷ J.H. BEITCHMAN, K.J. ZUCKER, J.E. HOOD, G.A. DACOSTA, D. AKMAN, E. CASSAVIA, *A review of the long-term effects of child sexual abuse*, in *Child Abuse & neglect*, n. 16/1992, 101-118.

⁸ Cass. pen., sez. III, sentenza n. 8541/2017.

⁹ Cass. pen., sez. III, sentenza n. 27742/2008.

In ogni caso, a parere della Corte di Cassazione, la Corte di Appello di Messina ha rinvenuto nella consulenza tecnica prodotta in giudizio dal difensore di parte offesa elementi di prova che confermavano la sussistenza della capacità a testimoniare.

Continua la Corte sottolineando che la sentenza impugnata ha evidenziato altre fonti di prova a riscontro del racconto della vittima: ad esempio, le dichiarazioni della madre della persona offesa circa il rifiuto, da parte di quest'ultima, dopo l'avvenimento dei fatti in questione, di vedere il padre, e i cambiamenti subiti dalla minore sia quanto all'andamento scolastico sia quanto all'insorgenza di bulimia (diagnosticata dalla psicologa che aveva in cura la ragazza).

Relativamente a questo ultimo punto, sottolinea la Corte la correttezza del ragionamento effettuato della Corte di Appello, la quale aveva valutato che non erano emersi altri fatti che avrebbero potuto essere la causa del malessere della minore, con rigetto, quindi, della tesi difensiva (la quale riteneva che causa del disturbo fossero altre circostanze: la separazione dei genitori, i contrasti con il padre e i disagi della minore, di varia natura, già accusati prima della violenza).

La pronuncia appena esaminata utilizza il dato clinico dell'insorgenza della bulimia come elemento utile al fine di ritenere attendibile la parte civile.

L'esito psicopatologico patito dalla minore ha contribuito al convincimento della Corte in un procedimento in cui il castello accusatorio non era particolarmente solido: dalla sentenza emerge che la ragazza si trovasse in una situazione di particolare disagio anche per altri motivi, quali la separazione dei genitori, e che la stessa presentasse alcuni disturbi comportamentali già prima dei fatti. In aggiunta a ciò, la ragazza non fu sottoposta a perizia psicologica e nel processo non emerse alcun riscontro esterno al suo racconto, se non le dichiarazioni della madre e della sorella che testimoniano, però, solamente una certa ostilità da parte della ragazza nei confronti del padre dopo la data in cui accaddero i fatti delittuosi.

Come noto, per costante indirizzo giurisprudenziale, le dichiarazioni della persona offesa possono essere legittimamente poste da sole a fondamento dell'affermazione della penale responsabilità dell'imputato senza riscontri esterni a conferma, ma ciò impone la verifica, corredata da idonea motivazione, della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto, che deve essere più penetrante e rigorosa rispetto a quella cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone. Al giudice è, quindi, imposto un severo e rigoroso vaglio della deposizione della persona offesa, reso necessario alla luce dell'interesse di cui la stessa è portatrice, specie se costituita parte civile. Tutto ciò trova applicazione ancor più rigorosa se la persona offesa sia un minore e i fatti narrati riguardino gli aspetti più intimi della sua personalità, così da accentuare il rischio di suggestioni, reazioni emotive, comportamenti di compiacenza o autoprotettivi di contaminazioni esterne: in questo caso la valutazione delle dichiarazioni presuppone un esame della sua credibilità in senso onnicomprensivo.

Nel caso analizzato, con persona offesa una ragazza già problematica, colpisce la rilevanza che assume per i giudici l'insorgenza del disturbo specifico della

bulimia, ritenuto elemento, oltre a pochi altri, tale da far propendere per la colpevolezza dell'imputato.

Si riportano, brevemente altre pronunce le quali, in linea con la sentenza appena analizzata, hanno valutato il dato clinico dell'insorgenza della bulimia come un elemento utile alla valutazione di attendibilità della parte civile.

Con sentenza n. 20531/2016, sez. III, la Corte di Cassazione dichiara inammissibile il ricorso avverso la sentenza della Corte di Appello di Cagliari la quale aveva condannato l'imputato per il reato di violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.) aggravata dall'aver commesso il fatto nei confronti di persona di età inferiore agli anni 14 (art. 609-*ter* comma 2 c.p.), figlia della compagna. Il reato era stato compiuto in più occasioni (art. 81 cpv. c.p.) e le condotte erano consistite in atti sessuali di varia natura, tra cui tentativi di penetrazione. Il difensore dell'imputato proponeva ricorso avanti alla Corte di Cassazione lamentando difetto motivazionale: a parere del ricorrente, la Corte di Appello non avrebbe svolto una rigorosa verifica circa l'attendibilità della parte civile. Osserva, invece, la Suprema Corte, che la Corte di Appello ha ben valutato sia la capacità della persona offesa a testimoniare, sia l'attendibilità della stessa: sia il Tribunale di primo grado sia la Corte di Appello hanno richiamato, a conferma della deposizione della persona offesa, vari elementi: tra questi i riscontri psichiatrici, che avevano evidenziato un disturbo post traumatico da stress, nonché seri disturbi di natura psichiatrica quali crisi di panico notturne, forme di sonnambulismo, palpitazioni, sospetta anoressia nervosa. La Corte, quindi, sulla base di questi motivi, conclude dichiarando inammissibile il ricorso presentato dal ricorrente.

Con sentenza n. 21784/2007, sez. III, la Corte di Cassazione conferma la sentenza della Corte di Appello di Torino, la quale aveva condannato l'imputato per il reato di cui agli artt. 609-*bis* e 609-*ter* c.p. per essersi congiunto carnalmente con la figlia minore degli anni 14. Il difensore dell'imputato deduceva violazione di legge e difetto di motivazione lamentando, tra l'altro, che l'unica prova diretta dei fatti in esame fosse rappresentata dalla voce della minore che, a parere del ricorrente, aveva reso dichiarazioni incongrue e contraddittorie: in presenza di questo quadro probatorio, i giudici per ritenere attendibile la dichiarazione avrebbero dovuto impegnarsi in una motivazione esaustiva. La Corte Suprema, anzitutto, rileva come il racconto accusatorio della persona offesa sia logico, coerente, verosimile, astrattamente credibile e come le non rilevanti lacune mnemoniche siano state ragionevolmente spiegate dalla Corte di Appello in considerazione dell'età della vittima e del lungo arco temporale trascorso dagli abusi. La Corte, poi, afferma che le deduzioni difensive sono infondate poiché le accuse sono confortate da riscontri, evidenziati dai Giudici di merito, indiretti, ma di particolare significato e valore. Il primo riscontro è la difficoltà da parte della persona offesa di narrare i fatti superando palesi resistenza emotiva e blocco interiore; in tale modo, la ragazza ha dimostrato che riviveva nel narrare, esperienze particolarmente dolorose. Il secondo riscontro è rappresentato dai sintomi accusati dalla persona offesa, regrediti con il suo collocamento in comunità, derivanti da stress posttraumatico (anoressia, depressione, pensieri

suicidi, disturbi nel comportamento). Continua la Corte affermando che tale stato morboso, che il consulente ha collegato ai pregressi abusi sessuali, rappresenta un forte indicatore che dimostra come le asserite violenze sessuali siano state in effetti perpetrate.

2.2. Elemento rilevante ai fini della non applicazione dell'ipotesi di minore gravità di cui al terzo comma dell'art. 609-bis c.p. e di cui al quarto comma dell'art. 609-quater c.p.

Con sentenza n. 26258/2018, sez. III, la Corte di Cassazione ha ritenuto inammissibile il ricorso presentato dal difensore dell'imputato avverso la sentenza della Corte di Appello di Brescia, con la quale era stata emessa condanna ad anni 2 e mesi 6 di reclusione per il reato *ex artt.* 81, 609-*bis* e 609-*ter* comma 2 c.p., per avere l'imputato con più azioni esecutive del medesimo disegno criminoso, costretto la nipote a compiere e a subire atti sessuali (baci e palpeggiamenti), con l'aggravante di non avere la persona offesa compiuto gli anni 10, nonché del reato *ex artt.* 81 e 609-*quater* c.p., per avere, con più azioni esecutive del medesimo disegno criminoso, compiuto atti sessuali (palpeggiamenti) con un'altra nipote, con riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche e della circostanza attenuante di cui all'art. 61 n. 6 c.p. (risarcimento del danno), ritenute prevalenti sulla circostanza aggravante contestata.

Tra gli altri motivi di ricorso, la difesa ha dedotto i vizi di violazione di legge (art. 606 c.p.p. lett. b), ritenendo applicabile la circostanza attenuante di cui all'art. 609-*bis* c.p., comma terzo (casi di minore gravità). A sostegno della richiesta, la difesa affermava che tale circostanza attenuante dovrebbe trovare applicazione in tutti quei casi in cui la vecchia norma di cui all'art. 627 c.p., ormai abrogata, puniva tutte quelle situazioni e tutti quegli atti che venivano qualificati come atti di libidine violenta, quindi atti ben diversi dalla violenza sessuale vera e propria caratterizzata da rapporti sessuali completi, fatti questi ultimi non posti in essere dall'imputato.

La Corte di Cassazione ha ritenuto il motivo manifestamente infondato in diritto per i seguenti motivi.

Anzitutto, dopo aver escluso che la sola "tipologia" dell'atto possa essere sufficiente per ravvisare o negare tale attenuante¹⁰, precisa la Corte di Cassazione che la Corte distrettuale ha correttamente valutato il complesso degli elementi che non permettono l'applicazione dell'ipotesi di minor gravità: il fatto ha generato un trauma nelle persone offese e ciò è dovuto, a parere della Corte, alla reiterazione delle condotte, alla natura degli atti, alla sussistenza del rapporto di fiducia tra l'imputato e le nipoti, agli effetti che i fatti hanno generato su una delle due, vittima del reato di violenza sessuale, la quale, in seguito ai fatti, ha sofferto di bulimia ed anoressia, con necessità di lunghe cure psicologiche.

¹⁰ Cass. pen., sez. III, sentenza n. 39445/2014.

Nella sentenza in esame, quindi, il dato clinico del disturbo dell'alimentazione è stato un elemento che, insieme ad altri, ha contribuito al diniego dell'applicazione dell'ipotesi attenuata di cui all'art. 609-*bis* terzo comma c.p.

Come noto, la giurisprudenza ha più volte ribadito che l'applicazione del comma in esame deve desumersi dall'insieme delle circostanze del caso concreto, in cui assumono rilievo i mezzi, le modalità esecutive, il grado di coartazione esercitato sulla vittima, le condizioni fisiche e psicologiche di quest'ultima, anche in relazione all'età, nonché al danno arrecato alla vittima anche in termini psichici. Questi criteri devono convergere nel far ritenere che la libertà sessuale del soggetto passivo, bene giuridico tutelato, sia stata compromessa in maniera non grave¹¹, mentre ai fini del diniego della stessa attenuante è sufficiente la presenza anche di un solo elemento di conclamata gravità¹².

Anche per il reato di cui all'art. 609-*quater* c.p. (atti sessuali con minorenne), al quarto comma dell'articolo si prevede una circostanza attenuante per i casi di minore gravità. La giurisprudenza ha affermato che tale ultima ipotesi non può essere esclusa sulla scorta della valutazione dei medesimi elementi costitutivi della fattispecie criminosa (età della vittima e atto sessuale), essendo, invece, necessario considerare tutte le caratteristiche oggettive e soggettive del fatto che possono incidere in termini di minore lesività rispetto al bene giuridico tutelato, l'integrità psicofisica del minore: spetta al giudice valutare il livello di offensività del fatto, rivisto nella sua materiale concretezza in correlazione ai diversi livelli di sviluppo e di progressiva maturazione del minore, pur all'interno del medesimo perimetro del fatto di minore gravità, sì da condurre di volta in volta ad esiti differenziati del giudizio di bilanciamento¹³. Anche per il reato di cui all'art. 609-*octies* c.p. (violenza sessuale di gruppo), al quarto comma si prevede una circostanza attenuante per il partecipante la cui opera abbia avuto minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato.

L'applicazione della circostanza attenuante prevista per le ipotesi di minore gravità di cui al terzo comma dell'art. 609-*bis* c.p., oltre a permettere un adeguamento del trattamento sanzionatorio alle circostanze concrete del fatto, ha importanti conseguenze sull'esecuzione della pena. Come noto, infatti, per questo reato, la sospensione dell'esecuzione della pena *ex* art. 656 c.p.p. è sempre esclusa, a prescindere dal *quantum* di pena inflitta e, pertanto, si dispone immediatamente la reclusione (art. 656 c.p.p. comma 9 lett. a). Non solo. In caso di condanna a pena detentiva si prevede che le misure alternative alla detenzione (esclusa la liberazione anticipata), oltre l'assegnazione al lavoro all'esterno ed i permessi premio, possano essere concessi solo sulla base dei risultati dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente dagli esperti di cui all'art. 80 ord. pen. per almeno un anno (art. 4 comma 1-*ter* e *quater* ord. pen.). Qualora, poi, la violenza sia commessa ai danni di persona di età inferiore agli anni 18, è prevista la possibilità di partecipare al programma di riabilitazione specifica di cui all'art. 13-*bis* (trattamento psicologico con finalità

¹¹ Cass. pen., sez. III, sentenza n. 19336/2015.

¹² Cass. pen., sez. III, sentenza n. 16122/2017.

¹³ Cass. pen., sez. III, sentenza n. 3284/2015.

di recupero e sostegno), il cui esito positivo è oggetto di valutazione da parte del magistrato di sorveglianza al fine di decidere circa la concessione dei benefici.

Invece, qualora sia riconosciuta l'ipotesi attenuata di cui all'art. 609-*bis* terzo comma c.p., queste prescrizioni non trovano applicazione e, quindi, in caso di condanna, l'ordine di esecuzione della pena relativo ad una pena uguale o inferiore ad anni 4 sarà sospeso ed il condannato potrà chiedere una misura alternativa alla detenzione senza subire prima alcuna reclusione (ed osservazione)¹⁴.

Per i reati di cui agli artt. 609-*quater* e 609-*octies* c.p., invece, la sospensione dell'ordine di esecuzione è escluso anche in caso di applicazione delle rispettive ipotesi attenuate.

Inoltre, relativamente alla fase delle indagini, si ricorda che, qualora trovino applicazione le ipotesi attenuate di cui al terzo comma dell'art. 609-*bis* c.p. e di cui al quarto comma dell'art. 609-*quater* c.p., non si prevede l'arresto obbligatorio in flagranza di reato, previsto, invece, per le altre ipotesi di reato (art. 380 comma d *bis* e *ter* c.p.p.). Qualora, poi, vengano riconosciute le ipotesi attenuate di cui agli artt. 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*octies* c.p., non vi è presunzione, salvo prova contraria, che la misura cautelare della custodia cautelare in carcere sia la misura idonea a soddisfare le esigenze cautelari, come invece previsto per le altre ipotesi di reato.

Si riportano, brevemente, altre pronunce con le quali, in linea con la sentenza sopra analizzata, non vi è stata concessione della circostanza attenuante *de quo* in considerazione anche del disturbo dell'alimentazione insorto in conseguenza ai fatti di reato.

Con sentenza n. 32356/2017 sez. III la Corte di Cassazione ha confermato la sentenza della Corte di Appello di Ancona la quale aveva condannato l'imputato alla pena di anni 2 e mesi 5 di reclusione per il delitto di cui agli artt. 609-*bis* e 609-*ter* comma 1 n. 1 c.p., per avere il colpevole, con violenza e minaccia ed abusando delle condizioni di inferiorità della minore persona offesa, di cui era lo zio, costretto la stessa, da quando aveva 13 anni e per oltre 2 anni, a subire e compiere atti sessuali, consistiti in toccamenti e masturbazioni. Con i motivi di ricorso il difensore dell'imputato lamentava il mancato riconoscimento della circostanza attenuante di cui all'art. 609-*bis* c.p. terzo comma. La Corte di Cassazione ha dichiarato il motivo infondato. Osserva la Corte Suprema di Cassazione che la Corte distrettuale, attraverso la sottolineatura della particolare gravità ed odiosità dei fatti, anche perché commessi in ambito familiare e per un periodo di tempo piuttosto lungo, ha, sia pure implicitamente, ma con motivazione sufficiente, escluso la riconducibilità delle condotte alla ipotesi attenuata di cui al comma terzo dell'art. 609-*bis* c.p., il quale postula che la libertà sessuale sia stata compressa in maniera non grave e che il danno arrecato alla vittima, anche in termini psichici, non sia di rilevante entità; nel caso in esame ciò è stato correttamente escluso dalla Corte territoriale, in considerazione dell'età della vittima, del rapporto di parentela, della protrazione delle violenze e delle gravi conseguenze psicofisiche che ne derivarono. La parte civile, infatti,

¹⁴ Sul punto, Cass. pen., sez. III, sentenza n. 27724/2020.

in conseguenza dei fatti ha accusato sintomi di forti mal di testa, apatia, bulimia nervosa e vomito provocato.

Con sentenza n. 9362/2016, sez. III, la Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso avverso sentenza la Corte di Appello di Bologna confermando la condanna dell'imputato alla pena di anni 4 e mesi 6 di reclusione, esclusa la contestata recidiva e concesse le circostanze attenuanti generiche, per il reato di cui all'art. 609-*quater* c.p., comma 1, n. 2 (atti sessuali con minore degli anni 16 compiuti dal convivente della madre). Il reato era consistito in ripetuti rapporti sessuali completi. Il difensore dell'imputato ha proposto ricorso per cassazione con un unico motivo d'impugnazione, lamentando l'erronea applicazione della legge penale quanto alla mancata applicazione dell'art. 609-*quater* c.p., comma 4 (ipotesi di minore gravità) in riferimento ai parametri di cui all'art. 133 c.p., nonché contraddittorietà della motivazione a norma dell'art. 606 c.p.p., comma 1, lett. e). La Corte di Cassazione rigetta il ricorso ritenendolo infondato e spiegando che la Corte di Appello ha riferito del complessivo stato di disagio che la ragazza aveva ritratto dall'esperienza con un uomo di trent'anni più anziano, delle modalità drammatiche della confessione alla madre, delle paure a uscire di casa per il timore di incontrare l'imputato, del deperimento fisico ai limiti dell'anoressia, patito dalla giovane, poco più che quattordicenne nei momenti della vicenda, dopo il fatto.

Con sentenza n. 42427/2010, sez. III la Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso avverso la Corte di Appello di Palermo con cui si condannava l'imputato alla pena di anni 4 di reclusione per il reato di cui all'art. 609-*bis* c.p. per aver commesso violenza sessuale ai danni della nipote minorenni, cui era stata affidata per ragioni di vigilanza e di custodia: ciò con l'aggravante di cui all'art. 61 n. 5 c.p. (aver approfittato di circostanze tali da ostacolare la privata difesa). I fatti contestati consistevano in due episodi uniti dal vincolo della continuazione *ex art.* 81 c.p. Il primo episodio era avvenuto in occasione di un pernottamento insieme soli fuori città, e la condotta si era concretizzata in atti sessuali anche penetrativi. Il secondo episodio era avvenuto durante il viaggio di ritorno, ed era consistito in atti sessuali meno invasivi. La Corte di Cassazione conforta il ragionamento della Corte di Appello, la quale aveva affermato che il primo episodio non poteva essere ritenuto di minore gravità, come invece per il secondo, e ciò in considerazione della notevole differenza d'età, del rapporto di parentela, della tipologia degli atti sessuali compiuti e del turbamento causato, comprovato dal fatto che la vittima iniziò a soffrire di anoressia nervosa e tentò due volte il suicidio.

3. Abusi sessuali: giurisprudenza e legislazione in ordine alla relazione autore del reato - vittima (familiari/conviventi).

Come visto, le sentenze appena analizzate escludono l'applicazione delle ipotesi attenuate di cui agli artt. 609-*bis* e 609-*quater* c.p., oltre che in virtù delle

conseguenze psicologiche subite dalla persona offesa, anche in considerazione del rapporto di convivenza o parentela tra autore e vittima.

Per costante indirizzo giurisprudenziale, ribadito anche con recentissime sentenze, infatti, l'ipotesi di minor gravità non può trovare applicazione qualora il reato sia posto in essere da parte di familiari o conviventi.

Con sentenza n. 3767/2022, sez. III, la Corte di Cassazione conferma la sentenza emessa dalla Corte di Appello di Genova, la quale aveva condannato l'imputato per il delitto di cui agli artt. 81 cpv., 609-*bis* c.p. e art. 609-*ter* c.p., comma 1, n. 1 c.p., per aver costretto la figlia della propria moglie, abusando delle condizioni di inferiorità fisica e psichica della persona offesa e approfittando dell'assenza della madre in casa, a subire e a compiere atti sessuali, con cadenza di due volte alla settimana. Tra i motivi di ricorso, lamentava il difensore del ricorrente la mancata concessione della circostanza di cui all'art. 609-*bis* comma terzo c.p. La Corte di Cassazione conferma la correttezza di quanto stabilito dalla Corte di Appello, affermando che l'attenuante *de quo* non può trovare applicazione nel caso in esame, considerando, oltre il gravissimo danno cagionato alla persona offesa (tendenza all'autolesionismo), la reiterazione degli abusi e la posizione dell'autore, il quale, in quanto marito della madre e convivente, aveva il dovere di tutela nei confronti della minore.

Anche con le sentenze n. 4974/2022 e n. 38081/2021 sez. III, la Corte di Cassazione non ha ritenuto applicabile la circostanza attenuante di cui al terzo comma dell'art. 609-*bis* c.p. al colpevole del reato in considerazione del fatto che questi era compagno della madre e convivente della persona offesa.

Con sentenza n. 51895/2016, sez. III, la Corte di Cassazione dichiara inammissibile il ricorso presentato dal difensore dell'imputata avverso la sentenza emessa dalla Corte di Appello di Catania la quale aveva emesso condanna a 5 anni di reclusione nei confronti di una madre colpevole del reato *ex art.* 110, 600-*ter* comma 1 n. 1 e 602-*ter* commi 5 e 6 c.p. nonché per del reato *ex art.* 609-*quater* c.p., comma 1 n. 1, 110 e 62 n. 2 e 609-*septies* comma 4 n. 1 e 2 c.p. (atti sessuali consistenti in simulazioni, baci e toccamenti). Tra i motivi di ricorso in Cassazione, lamentava il difensore dell'imputata la mancata concessione della fattispecie attenuante prevista dal reato di atti sessuali con minorenni. A parere della Corte di Cassazione, i giudici del merito si sono attenuti al principio di diritto secondo il quale, in tema di reati sessuali, non ricorre l'attenuante della minore gravità del fatto nel caso in cui la violenza sessuale sia perpetrata dal genitore ai danni del proprio figlio, in quanto, ponendo in essere tale condotta, il genitore lede la libertà di autodeterminazione sessuale di quest'ultimo, così determinando uno sviamento dalla funzione di accudimento e protezione, tipica della figura genitoriale tanto più in presenza di condotte reiterate nel tempo e gravemente invasive della sfera sessuale, che determinano un coinvolgimento emotivo ed emozionale produttivo di gravi conseguenze sullo sviluppo psicofisico della vittima.

Sulla circostanza dei rapporti di familiarità/convivenza tra autore del reato di violenza/abusi sessuali e vittima, oltre all'attenzione posta dalla giurisprudenza, vi è stata una notevole evoluzione legislativa.

La legge n. 38/2006 ha modificato l'ipotesi di cui al comma 1 n. 2 del reato di atti sessuali con minorenne (art. 609-*quater* c.p.¹⁵) in cui, accanto alle figure di ascendente, genitore anche adottivo e tutore, viene introdotta la figura del convivente del genitore; inoltre, la legge in esame ha previsto l'aggiunta di un secondo comma all'art. 609-*quater* c.p., il quale prevede l'applicazione del reato *de quo* qualora, fuori dai casi di violenza sessuale, l'ascendente, il genitore, anche adottivo, il di lui convivente, il tutore o chi, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia riveste una posizione di affidamento nei confronti del minore, con abuso dei poteri connessi alla propria posizione, compia atti sessuali con persona minore che ha compiuto gli anni 16.

Successivamente, l'art. 13 della legge n. 69/2019 (c.d. "Codice Rosso"), sulla scia dei precedenti interventi legislativi, ha modificato in parte le circostanze aggravanti previste dall'art. 609-*ter* c.p., applicabili ai reati *ex* artt. 609-*bis* e 609-*octies* c.p.: infatti, prima dell'introduzione del Codice Rosso, si prevedeva la configurazione di una circostanza aggravante qualora la violenza fosse commessa nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni 18, della quale il colpevole fosse l'ascendente, il genitore anche adottivo, il tutore. Adesso l'articolo prevede due distinte ipotesi: le vesti di ascendente, genitore anche adottivo e tutore aggravano il reato a prescindere dall'età della vittima (art. 609-*ter* c.p. n. 1), e il fatto commesso nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni 18 aggrava il reato a prescindere dal rapporto esistente tra autore dei fatti e persona offesa (art. 609-*ter* c.p. n. 5).

Anche le ultime recentissime modifiche hanno posto attenzione proprio alle relazioni tra vittima e reo: la legge n. 238/2021 ("Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2019-2020"), pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 17.1.2022, introduce, infatti, un ulteriore comma da inserire dopo il secondo

¹⁵ Art. 609-*quater* comma 1 e 2 c.p.: «Soggiace alla pena stabilita dall'articolo 609-*bis* chiunque, al di fuori delle ipotesi previste in detto articolo, compie atti sessuali con persona che, al momento del fatto: 1) non ha compiuto gli anni quattordici; 2) non ha compiuto gli anni sedici, quando il colpevole sia l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato o che abbia, con quest'ultimo, una relazione di convivenza.

Fuori dei casi previsti dall'articolo 609-*bis*, l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato, o che abbia con quest'ultimo una relazione di convivenza, che, con l'abuso dei poteri connessi alla sua posizione, compie atti sessuali con persona minore che ha compiuto gli anni sedici, è punito con la reclusione da tre a sei anni».

La norma tutela l'intangibilità del minore, il corretto e fisiologico sviluppo psico-fisico dello stesso, pregiudicata dalle condotte altrui di natura sessuale, ove anche non accompagnate da violenza, minaccia, abuso (altrimenti dovrebbe configurarsi l'art. 609-*bis* c.p.). Quindi, si sanziona, per il solo fatto all'età del soggetto passivo (l'infraquattordicenne, che gode di tutela assoluta) o per il fatto dell'età, unitamente a specifiche qualità sussistenti in capo al soggetto attivo e tali da influire sulla volontà del minore (infrasedicenne e ultrasedicenne non maggiorenne, che godono di tutela relativa), il compimento di atti sessuali: mentre le condotte di atti sessuale con minore degli anni 14 rientrano sempre nella fattispecie criminosa, perché il reato sia configurabile nei confronti del minore che ha compiuto gli anni 14 ma non ha compiuto gli anni 16, è necessario che gli atti sessuali siano posti in essere da chi riveste le qualità sopra richiamate, ed infine, se il minore ha compiuto gli anni 16 ma non gli anni 18, è necessario che il soggetto attivo abusi dei poteri connessi alla sua posizione, intendendosi, comunque, una condotta priva di costrizioni.

comma dell'art. 609-*quater* c.p., che così prevede: «Fuori dai casi previsti dai commi precedenti, chiunque compie atti sessuali con persona minore che ha compiuto gli anni 14, abusando della fiducia riscossa presso il minore o dell'autorità o dell'influenza esercitata sullo stesso in ragione della propria qualità o dell'ufficio ricoperto o delle relazioni familiari, domestiche, lavorative, di coabitazione o di ospitalità, è punito con la reclusione fino a quattro anni».

Con la nuova previsione, quindi, si puniscono tutti quei casi in cui gli autori del reato abusano di un qualsiasi rapporto di fiducia instauratosi con il minore, ampliando notevolmente le possibilità applicative della fattispecie penale ed incriminando le condotte di abuso instaurate oltre i casi di affidamento elencati ai precedenti commi¹⁶: nella norma previgente non vi erano ricomprese le situazioni di abuso di fiducia o influenza diverse dai casi specificamente previsti dal codice, e cioè quando il minore non è affidato alla persona in questione per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia.

La nuovissima previsione normativa pone, quindi, attenzione proprio alle relazioni familiari, domestiche e di coabitazione e ospitalità tra vittima e reo. Tale nuova previsione, che ben si allinea con l'evoluzione legislativa che vi è stata relativamente ai reati *ex* artt. 609-*bis* e 609-*quater* c.p., pare assolutamente opportuna: l'ambito familiare/domestico è, infatti, quello in cui purtroppo, con maggior facilità si verificano abusi sessuali nei confronti di minori.

4. Conclusioni.

Le sentenze analizzate mostrano la rilevanza data dalla Corte di Cassazione al disturbo dell'alimentazione come conseguenza di abusi sessuali.

Come visto, in molte sentenze il dato clinico dell'esito psicopatologico è utilizzato come elemento a sostegno della tesi accusatoria: nelle pronunce esaminate si nota come non vi fossero ulteriori riscontri esterni a conforto del racconto della vittima e, pertanto, il dato clinico del disturbo dell'alimentazione, insieme a poche altre circostanze, è stato un fondamentale elemento decisivo.

In altre pronunce il dato clinico viene tenuto in considerazione anche al fine di non concedere le circostanze attenuanti previste per i casi di minore gravità di cui agli artt. 609-*bis* e 609-*quater* c.p., con importanti conseguenze sulla fase

¹⁶ Già, comunque, ai fini dell'integrazione dell'art. 609-*quater* n. 2 c.p., al concetto di affidamento è stata data ampia lettura: in giurisprudenza si è affermata la non necessità di un atto formale da parte dei genitori della vittima, costituendo un dato fattuale che prescinde dai rapporti formali tra l'affidatario e il soggetto avente potestà sul minore (Cass. pen., sez. III, sentenze n. 11559/2016 e n. 2835/2011). La condizione di affidamento per ragioni di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, prevista nell'ambito dei reati sessuali relativi a minorenni, attiene a qualunque rapporto fiduciario, anche temporaneo o occasionale, che si instaura tra affidante e affidatario mediante una relazione biunivoca e che comprende sia l'ipotesi in cui sia il minore a fidarsi dell'adulto, sia quella in cui il minore sia affidato all'adulto da un altro adulto per specifiche ragioni (Cass. pen., sez. III, sentenze n. 5933/2019 e n. 43705/2019). Nel concetto di affidamento rientra anche il rapporto di apprendistato, poiché volto a favorire l'educazione, l'istruzione, la formazione del minore, (Cass. pen., sez. III, sentenza n. 17411/2016) e quello nei confronti del collaboratore scolastico, in quanto addetto a compiti di accoglienza, sorveglianza e vigilanza sugli alunni in assenza degli insegnanti, (Cass. pen., sez. III, sentenza n. 35809/2010).

dell'esecuzione della pena detentiva disposta nei confronti dell'accertato colpevole del reato.

Colpisce il fatto che in tutte le sentenze richiamate nei paragrafi 2.1 e 2.2, in cui si analizzano casi di vittime con disturbi dell'alimentazione accusati in conseguenza al reato, l'autore dei fatti sia un familiare o comunque un convivente: come sopra accennato, in caso di violenza sessuale familiare/domestica, tra l'altro purtroppo particolarmente frequente, si può verificare come esito psicopatologico un disturbo dell'alimentazione particolarmente grave.

Studi psichiatrici richiamati in introduzione hanno constatato, infatti, che in ipotesi di violenza sessuale perpetrata in ambito familiare/domestico la vittima, oltre ad accusare un profondo tradimento del rapporto di fiducia instaurato con il familiare o convivente, spesso è soggetta a condotte ripetute nel tempo e attuate con modalità particolarmente invasive; effettivamente, analizzando i casi di specie delle sentenze di cui sopra si nota che le condotte incriminate sono per la maggior parte reiterate, nonché gravemente invasive della sfera sessuale.

Tali caratteristiche dell'abuso trovano ragione in una serie di circostanze: in primo luogo nella continua vicinanza con il minore, la quale facilita le possibilità di attuare le condotte criminose, inoltre nel rapporto di fiducia instaurato, che consente al reo di insinuarsi nella sfera intima della vittima.

Come visto nel paragrafo 3, anche la Corte di Cassazione è consapevole della particolare drammaticità degli abusi sessuali familiari/domestici: per costante indirizzo giurisprudenziale le circostanze attenuanti *ex artt. 609-bis e 609-quater c.p.* non possano essere concesse qualora l'autore del fatto sia persona appartenente alla famiglia o comunque un convivente.

In merito ai reati *ex artt. 609-bis e 609-quater c.p.* vi è stata, anche recentemente, un'importante evoluzione legislativa. Oltre alle modifiche apportate nel 2019 con l'introduzione del Codice Rosso, con cui si sono previsti aumenti di pena e nuove circostanze aggravanti, notevole rilevanza riveste la recentissima legge n. 238/2021, con cui l'Italia ha adempiuto agli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea. Con la procedura EU Pilot 2018/9373, infatti, la Commissione europea ha rilevato che l'art. 609-*quater c.p.* all'epoca vigente non rispettava del tutto il disposto dell'art. 3 della Direttiva europea n. 2011/92: nella nostra norma non erano ricomprese le condotte di chi abusa di un rapporto di fiducia instauratosi con il minore tramite un'autorità naturale, sociale o religiosa, che permette di controllare, punire o premiare il minore sul piano emotivo, economico o anche fisico, condotte diverse dall'affidamento alla persona per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia richiamate specificamente dal comma 2 dell'articolo 609-*quater c.p.* Con la legge n. 238/2021 si ampliano, quindi, in accordo al dettato della direttiva n. 92/2011, le possibilità applicative dell'art. 609-*quater c.p.*: al fine della configurazione del reato *de quo* è sufficiente che l'autore abusi di un qualsiasi rapporto di fiducia instauratosi con il minore, non essendo più necessario che questo sia compreso nei casi di affidamento elencati ai precedenti commi della norma.

Le novità legislative richiamate testimoniano la crescente presa di coscienza da parte del legislatore circa la maggiore gravità che gli abusi sessuali perpetrati in ambito familiare/domestico comportano, nonché la volontà di punire più severamente gli autori di queste condotte.



Articolo 32

La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.

nessuno trattamento sanitario se non per disposizioni di legge e nel rispetto della persona

dirittoesalute

Rivista di sanità e responsabilità medica

Numero 1 del 2022
Autorizzazione del Tribunale di Roma, n. 5 del 26 Gennaio 2017
Codice ISSN 2532-1862